



UFC

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

STÉFANO GONÇALVES LIMA

**ANÁLISE DA LEI DA BOA RAZÃO À LUZ DA TEORIA DE HART: UM ESTUDO
INTERDISCIPLINAR ENTRE TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO**

FORTALEZA

2022

STÉFANO GONÇALVES LIMA

ANÁLISE DA LEI DA BOA RAZÃO À LUZ DA TEORIA DE HART: UM ESTUDO
INTERDISCIPLINAR ENTRE TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO

Monografia submetida ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito. Áreas de concentração: História do
Direito. Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado
Cabral.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L71a Lima, Stéfano Gonçalves.
Análise da Lei da Boa Razão à luz da teoria de Hart : um estudo interdisciplinar entre teoria e história do direito / Stéfano Gonçalves Lima. – 2022.
53 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Herbert L. A. Hart. 2. Lei da Boa Razão. 3. Norma de reconhecimento. I. Título.

CDD 340

STÉFANO GONÇALVES LIMA

ANÁLISE DA LEI DA BOA RAZÃO À LUZ DA TEORIA DE HART: UM ESTUDO
INTERDISCIPLINAR ENTRE TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO

Monografia submetida ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito. Áreas de concentração: História do
Direito. Teoria do Direito.

Aprovada em: 21/06/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Dr^ª. Gretha Leite Maia de Messias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Rafael Cronje Mateus
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

À Nossa Senhora Virgem Maria.

Ao meu pai Marcelo.

À minha mãe Eunice.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir viver esse período da minha vida.

À Nossa Senhora pelo milagre de poder estudar na Universidade Federal do Ceará.

Aos meus pais Eunice e Marcelo pelo apoio incondicional nos momentos felizes e tristes e pelo amor que recebi durante toda minha vida.

Ao meu irmão Marcelinho pela forma como faz a vida mais feliz.

Aos meus familiares por estarem sempre presentes para dar suporte e compartilhar os momentos que vivi durante o curso.

Ao Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral, pela necessária orientação não só no trabalho de conclusão de curso, mas durante a faculdade, com o Núcleo de Estudos sobre o Direito na América Portuguesa, por meio do qual tive contato com novos conhecimentos que mudaram minha forma de ver o mundo e que inspiraram este trabalho.

Aos participantes da banca examinadora Dr^a. Prof^a. Gretha Leite Maia de Messias e Rafael Cronje Mateus pelo tempo disponibilizado e por terem aceitado o convite.

À professora Gretha, também, pelo apoio durante o curso, pelos bons momentos com o grupo Ipsi Tantum e por me ajudar no ramo da pesquisa científica.

Aos professores e funcionários da Faculdade de Direito pelo que aprendi e pelo bom trabalho que realizaram.

A todos os meus amigos, pelos momentos que compartilhamos nesses anos, mas principalmente ao Vinícius e ao Pedro Henrique, pela amizade duradoura e valorosa.

À turma da faculdade, pela ajuda no decorrer do curso e pela camaradagem.

Aos colegas do grupo Feijoada por me aturarem, pelo enfrentamento em conjunto das disciplinas da faculdade, pelos trabalhos em grupo, pelos momentos felizes e por tornarem essa estrada menos dolorosa de trilhar. Mais precisamente, agradeço ao Euclides pelo companheirismo, pelas tardes conversando na Faculdade, por me ajudar a encarar o curso de forma mais leve e por topar minhas aleatoriedades; à Vanessa pelas boas conversas sobre temas pouco usuais, pelas lições de moral cirurgicamente precisas e por ter escolhido nosso grupo; ao Gérson pelas discussões proveitosas sobre o cenário sociopolítico atual, pelas videoconferências nas madrugadas e por discordar de mim; à Laura pelo ânimo sempre presente, por ter debatido comigo e por ter amalgamado nosso grupo; à Joana pela enorme solicitude, por todas as oportunidades que devo a ti, pelas boas conversas enquanto andávamos e por ter me ajudado a mudar.

“O pôr-do-sol em Gizé é maior do que as Pirâmides.”

(Will Durant)

RESUMO

O presente estudo tem como escopo analisar a Lei de 18 de agosto de 1769 se utilizando dos conceitos e postulados da teoria do teórico do direito Herbert L. A. Hart. Com isso almeja entender a possibilidade e a pertinência de se utilizar uma teoria do direito no estudo de uma lei de outro contexto histórico. Dessa forma, trata-se de uma pesquisa de caráter interdisciplinar entre teoria do direito e história do direito, que investiga a utilidade da teoria de Hart para estudos jurídicos não focados na dogmática hodierna. Para isso, destrinchou-se a teoria hartiana do direito em seus principais conceitos, fazendo-se uso de suas obras mais relevantes, com destaque para O Conceito de Direito, e da literatura científica qualificada que comentou e debateu suas ideias, o que compôs os símbolos teóricos da análise. Além disso, contextualizou-se historicamente a Lei da Boa Razão, por meio de pesquisa bibliográfica, a fim de demonstrar sua relação com as mudanças de influência iluminista em Portugal, destacando os estrangeirados e o Marquês de Pombal como principais agentes propagadores desses pensamentos e a noção de decadência do país expressada por eles. Outrossim, com a análise da redação da referida lei, este trabalho buscou entendê-la como um projeto reformador, que objetivava a alteração da norma de reconhecimento vigente, ou seja da prática dos juristas e tribunais de seu tempo, portanto foi dispensado o enfoque da eficácia desse dispositivo normativo. Ao fim, as considerações finais foram de que é possível usar a teoria de Hart para analisar uma lei de período diferente, em decorrência de sua natureza realista e linguística. Quanto à Lei da Boa Razão, esta pode ser entendida como um projeto de reforma da norma de reconhecimento, na medida em que tenta alterar a lógica do direito comum para um direito jusnaturalista racional e mais centralizado na figura do soberano.

Palavras-chave: Herbert L. A. Hart; Lei da Boa Razão; Norma de reconhecimento.

ABSTRACT

This study aims to analyze the Lei de 18 de Agosto de 1769 using the concepts and postulates of the legal theory of Herbert L. A. Hart. It aims to understand the possibility and pertinence of using a legal theory in the study of a law from another historical context. Thus, this is an interdisciplinary research between legal theory and legal history that investigates the usefulness of Hart's theory for legal studies not focused on contemporary dogmatics. To this end, Hart's theory of law was analyzed in its main concepts, making use of his most relevant works, especially *The Concept of Law*, and the qualified scientific literature that commented and debated his ideas, which composed the theoretical symbols of the analysis. Moreover, the Lei da Boa Razão was historically contextualized, through bibliographical research, in order to demonstrate its relationship with the changes of Enlightenment influence in Portugal, highlighting the *estrangeirados* (foreigners) and the Marquis of Pombal as the main propagators of these thoughts and the notion of decadence of the country expressed by them. Furthermore, by analyzing the wording of the aforementioned law, this paper sought to understand it as a reform project, which aimed to change the existing recognition rule, i.e., the practice of jurists and courts of its time. In the end, the final considerations were that it is possible to use Hart's theory to analyze a law from a different period, due to its realistic and linguistic nature. As for the Lei da Boa Razão, it can be understood as a project of change in the rule of recognition, insofar as it attempts to change the logic of common law into a rational jusnaturalist law that is more centered on the figure of the sovereign.

Keywords: Herbert L. A. Hart; Law of Good Reason; Rule of recognition.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A TEORIA HARTIANA DO DIREITO	13
2.1	O positivismo de Hart	13
2.2	Modelos de direito baseados em comandos e hábitos	15
2.3	Normas primárias e secundárias	17
2.3.1	<i>A norma de reconhecimento e suas complexidades</i>	19
3	O CONTEXTO DAS REFORMAS POMBALINAS	22
3.1	A perspectiva de um Portugal decadente	23
3.1.1	<i>A influência dos estrangeirados</i>	26
3.2	O Direito Comum e sua existência em Portugal	28
3.2.1	<i>A questão do Direito Subsidiário</i>	32
3.3	O jusnaturalismo e as reformas pombalinas no direito	36
4	ANÁLISE DA LEI DA BOA RAZÃO À LUZ DA TEORIA DE HART	40
5	CONCLUSÃO	47
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O vocábulo *Direito* é deveras plurissignificativo. Pode designar uma liberalidade de uma pessoa, a classificação de algo correto por corresponder a certos padrões, a ciência que estuda o fenômeno jurídico, um ordenamento jurídico, uma forma de regulamentação do comportamento em comunidade ou até mesmo o lado oposto do esquerdo. Para completar ainda mais essa complexidade, sua importância para as pessoas é tamanha que foi alvo de diversas teorias, as quais o relacionaram com outras palavras, como justo, natural, racional e positivado. E é com esse legado histórico e cultural que o jurista, com destaque para o graduando em direito, tem que lidar.

Inserido neste contexto, estão os ramos desta ciência, mais especificamente para fins deste trabalho, a teoria do direito e a história do direito. A problematização dessas áreas pode começar já no próprio nome designado para cada uma. O que seria uma teoria do direito? A Terra abrigou ao longo da história milhares de comunidades que possuíam cada uma sua forma de organização. Essa teoria seria, então, o estudo de cada uma dessas populações para buscar o denominador comum do direito? Mesmo usando um recorte menos abrangente, como o direito dito ocidental, é observável que em alguns períodos a teoria do direito precisava estar mais preocupada com questões morais e espirituais, enquanto em períodos não tão distantes o foco passaria a ser o ordenamento positivado dos países. Daí Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018, p. 44) afirmar que buscar uma essência do direito levaria a conceitos demasiadamente abstratos e genéricos.

Já quanto à história do direito, esta carrega o ônus de estudar o fenômeno jurídico no tempo, apesar de toda sua complexidade. O historiador do direito precisa, portanto, compreender que, por não ter acesso aos fatos do passado, visto que já ocorreram, deve buscar entendê-los através das fontes de linguagem deixadas pelos antigos. Contudo, pontua-se que esse ramo do saber pode e foi usado para validar o direito vigente. De fato, ao analisar, por exemplo, apenas as fontes de direito do governante de um período antigo, o historiador poderia aplicar sua visão de direito contemporâneo na pesquisa, implicando situações não correspondentes às que existiam no período analisado. É o que Ricardo Marcelo Fonseca (2009) aponta como concepção evolucionista da história do direito, fruto de uma teoria presentista, que naturaliza o direito vigente, por imaginá-lo como fruto de processo histórico linear.

Diante disso, é possível reiterar as dificuldades pelas quais pode passar o jurista que envereda por um estudo que não seja unicamente dogmático do direito. A falta de orientação e

de método podem perpetuar certas opiniões não científicas no meio jurídico, mesmo para quem não estuda história ou teoria do direito, o que dificulta debates, pesquisas e a própria prática dos juristas. Dito isso, imagina-se que um estudante do curso de direito pode se ver receoso ao começar seus estudos nessas duas áreas. Poderia ele aplicar o que aprendeu em teoria do direito nos seus estudos de história do direito? Ou estaria cometendo o erro do anacronismo?

Nesse contexto, menciona-se o teórico do direito Herbert Lionel Adolphus Hart. Sua teoria se encontra relacionada com o positivismo e com o realismo inglês, uma vez que não objetiva especular sobre os critérios morais que deveriam guiar o direito. Analisa, na verdade, o direito como uma prática positivada em determinado contexto social. Distancia-se, portanto, de uma perspectiva essencialista, para abordar o direito na forma pela qual a sociedade o imagina e o aplica. Assim, com uma abordagem linguística, Hart discorre, principalmente em seu livro *O Conceito de Direito* (2009, publicado originalmente em 1961), sobre o que é chamado e o que não é chamado de direito e quais teorias não correspondem a esse costume.

De fato, apesar do nome do livro, a preocupação do pensador inglês é muito mais apreender critérios que caracterizam o fenômeno jurídico que tentar definir o que seria direito. Nesse viés, empreende árdua tarefa, qual seja a de encontrar esse critério que seria capaz de separar o direito de outras coisas similares, como a moral, o hábito, o costume e a sanção. A suposta resposta, afirma-se, seria a compreensão do direito como fruto de um sistema jurídico, composto de normas primárias e secundárias. Todavia, pondera-se: Essa teoria hartiana do direito seria utilizável apenas em seu contexto britânico? Seria anacronismo aplicá-la no estudo do direito medieval, por exemplo, embora tenha vivido no século XX? Ela seria uma teoria atemporal do direito?

Com esses questionamentos em mente, este trabalho objetiva analisar a Lei de 18 de Agosto de 1769, a Lei da Boa Razão. Sua escolha se mostra oportuna pois foi o dispositivo legal de maior relevância do período pombalino, além de ter representado grande marco simbólico do direito português. Outrossim, sua importância não se limita a Portugal, uma vez que suas modificações hermenêuticas e legislativas tiveram impacto no direito brasileiro. Contudo, seu aspecto mais importante é o de ter sido um verdadeiro projeto de reforma, que almejava a modificação da prática dos julgadores, de forma consciente. Sendo assim, impõe-se como oportuno objeto de análise pela teoria de um jurista estudioso do direito enquanto prática.

Para isso, será feito, inicialmente, um levantamento dos textos oportunos de Hart, com destaque para o livro acima citado, visto ter sido elaborado de forma didática para passar sua

teoria do direito. Somada a leitura destes textos com os de comentadores importantes, será feita uma explanação sobre a teoria hartiana do direito, no primeiro capítulo, expondo-se os conceitos mais importantes para a análise deste trabalho. Em seguida, o capítulo posterior será fruto da leitura da bibliografia qualificada sobre o período das reformas pombalinas em Portugal, almejando-se a compreensão do direito comum, das ideias iluministas, do jusnaturalismo racional, e do período do século XVIII em Portugal, sua influência no direito vigente e, por consequência, na tentativa de alteração da prática realizada pela Lei da Boa Razão. Por fim, serão utilizados os símbolos e postulados hartianos para analisar a redação da Lei da Boa Razão, respeitando-se a divisão em parágrafos. Sendo assim, este trabalho não abarcará uma análise fática da repercussão da lei e de sua eficácia. Será observada, na verdade, como um projeto reformador.

Com isso, almeja-se compreender os limites e interseções da teoria do direito e da história do direito, buscando-se verificar a possibilidade e a eficácia de se utilizar teorias do direito recentes para entender leis de contextos espaciais e temporais diferentes. Ademais, objetiva-se entender a possível utilidade da teoria de Hart para a metodologia da história do direito, já que sua teoria do direito enquanto prática parece dialogar com o que Michael Stolleis (2020) comenta sobre a reconstrução histórica dos significados levando em consideração o contexto dos atos de linguagem analisados. Por fim, planeja-se interpretar a Lei da Boa Razão a partir de nova óptica, que destaque seu provável papel de projeto reformador e sua importância para a mudança do direito em Portugal, contribuindo para posteriores estudos sobre o tema.

Em síntese, a análise da Lei da Boa Razão à luz da teoria hartiana do direito realça os aspectos linguístico e social da lei, especialmente sua relação com a linguagem dos juristas, o que está de acordo com a óptica acima referida. Na perspectiva da história do direito, isso pode representar um possível e bem vindo distanciamento do entendimento das reformas jurídicas pombalinas como meras alterações nas leis vigentes enquanto textos. Na verdade, esta análise realista objetiva mostrar, se possível, que o significado das leis é essencialmente dependente do discurso dos juristas, portanto também o é o direito.

2 A TEORIA HARTIANA DO DIREITO

Previamente à análise da Lei da Boa Razão, faz-se importante uma exposição e explanação sobre os principais conceitos de Hart a serem usados neste trabalho. Com isto, não se objetiva esvaziar a extensa produção intelectual do jurista, mas esclarecer seu modo de pensar o direito positivo, com maior foco em seu trabalho de maior importância, o livro *O Conceito de Direito*.

Partindo do pressuposto de que uma teoria científica, de forma bastante simplificada, equivale a um conjunto de símbolos primitivos, que abrangem seus postulados e axiomas, conjugado com as regras procedimentais a serem utilizadas para dar caráter empírico aos símbolos (SUPPES, 1967), vê-se a necessidade de se fazer essa prévia apresentação, de modo que esse conjunto específico de interpretações do direito possa ser utilizado no estudo da lei objeto desta tese.

2.1 O positivismo de Hart

O Positivismo pode ser resumido, em uma de suas concepções, como a noção de que o direito é uma vontade expressa pelo povo, concretizado em um ordenamento posto, em determinado contexto histórico (HESPANHA, 2009, p. 89). Mais especificamente, podemos localizar Hart no contexto da escola do Realismo Inglês e do *common law*, estando marcado pela ideia de oposição a proposições não verificáveis (HESPANHA, 2009, p. 113).

Assim, Hart adota uma postura que ele mesmo denomina como descritiva (HART, 2009, p. 309), ou seja, que não utiliza nenhum fundamento moral particular nem procura justificar um ordenamento ou uma decisão. Com isso, imaginava criar uma teoria geral e descritiva, a qual seria capaz de não se limitar a um ordenamento jurídico específico, abrangendo uma estrutura recorrente do direito na história, marcada por seu aspecto normativo regulatório.

Nesse contexto, o título de sua principal obra se torna um problema. Qual o conceito de direito? Embora existam diversos juristas peticionando, julgando e analisando o direito todos os dias, o árduo trabalho de definir esse conceito permanece, o qual permeia a vontade de elaborar sua diferenciação de outras ideias. O autor, inclusive, elenca três questões que denomina problemas recorrentes neste trabalho: “em que o direito difere das ordens apoiadas por ameaças e como se relaciona com estas? Em que a obrigação jurídica difere do dever

moral e como se relaciona com este? O que são as normas e até que ponto elas são os elementos essenciais do direito?”(HART, 2009, p. 17-22).

Hart, pois, entende que a definição do direito é eminentemente complexa, visto que se trata de um termo com uso convencional muito amplo. De fato, a convenção na linguagem jurídica pode determinar que situações diversas configurem um mesmo instituto ou consequência, como a noção de propriedade e de posse. O uso de métodos tradicionais de definição para abstrair a essência de palavras como, norma, lei, direito e dever, mostra-se insuficiente, pois se retira a palavra de seu contexto linguístico. É por isso que Hart defende a compreensão do direito em seu aspecto normativo, pelo uso de uma metodologia hermenêutica que coloca em ênfase o aspecto interno de quem obedece uma norma (HART, 1983, p. 1-48).

O que o teórico inglês quer dizer é que, a partir de sua perspectiva positivista, o direito precisa ser entendido enquanto uma convenção de determinado local e tempo. As pessoas que aplicam e seguem o direito o têm como um conceito delimitado em maior ou menor grau e esta é a chave para seu entendimento, ou seja, a perspectiva interna dessas pessoas é essencial para o esforço de definição do direito. Contudo, a despeito dessa confusão conceitual, Hart assegura que existe a possibilidade de se “isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que formam uma parte comum” (HART, 2009, p. 21) das três questões mencionadas acima.

Em meio a essas ideias, convém mencionar a teoria dos fatos institucionais de John Searle. Em sua ontologia, o pensador afirma que do nosso mundo físico surgiu a consciência e que com essa consciência veio a intencionalidade, a capacidade desses organismos pensantes de representar objetos e estados do mundo em si. Assim, o conjunto desses indivíduos convivendo uns com os outros, geraria uma realidade social, constituída pela intencionalidade coletiva deles. Nesta realidade, encontram-se os fatos sociais dos quais são espécies os fatos institucionais. Estes, por fim, são originados apenas em sistemas de normas constitutivas, os quais podem ser traduzidos com a seguinte fórmula: “X é considerado como Y no contexto de C” (SEARLE, 1995, p. 1-58).

Trazendo essa ideia para a discussão do direito, podemos afirmar que o direito é um fato institucional, pois originado da intencionalidade coletiva de determinado contexto. Deveras, é evidente que direito, enquanto um termo polissêmico há muito utilizado, depende, para sua conceituação, da forma como é aplicado em situações diversas. Contudo, o que queremos demonstrar com essa comparação de teorias é que o direito, no aspecto normativo

destacado por Hart, está intrinsecamente ligado a um sistema, a normas constitutivas e a forma como as pessoas o percebem e o aplicam.

Em razão desse aspecto linguístico e social, a teoria do Hart, muito embora seja eminentemente uma teoria do direito, é enriquecida pela transdisciplinariedade e pelo contato com o aspecto social do direito, objeto da sociologia do direito. Daí Hart afirmar que seu livro *O Conceito de Direito* (2009, p. X) pode ser encarado como “um ensaio de sociologia descritiva”. Por isso, acreditamos que sua teoria possa ser importante ferramenta nos estudos sociais relacionados ao fenômeno jurídico, como na área da história do direito, vez que suas categorias conceituais servem de base para a compreensão dos fatos sociais (GALLIGAN, 2007, p. 49-50).

Outrossim, Hart aceita a denominação de positivismo brando, para caracterizar sua teoria, uma vez que defende que critérios morais podem ser adotados como critérios de validade jurídica, o que não é frequente nas teorias positivistas (HART, 2009, p. 323-328), entretanto esta discussão será melhor trabalhada quando da explicação da sua norma de reconhecimento.

Por agora, analisaremos seus conceitos básicos e a forma como o pensador diferenciou direito de costumes e moral.

2.2 Modelos de direito baseados em comandos e hábitos

Para entender a teoria hartiana, é preciso partir de sua crítica a John Austin, jurista e escritor de “*The Province of Jurisprudence Determined*”, que viveu entre 1790 e 1859. Hart comenta que Austin realizou uma tentativa de “analisar o conceito de direito em função dos elementos aparentemente simples dos comandos e dos hábitos” (HART, 2009, p. 23). No cerne de sua crítica, está a constatação de que o modelo simplificado adotado por Austin não seria capaz de descrever com exatidão o modelo jurídico conhecido até então.

Nesse contexto, Hart resume esta teoria como sendo a de um sistema jurídico em que o soberano, que pode ser uma pessoa ou um grupo de pessoas supremas e independentes, profere ordens de caráter geral, chamadas leis, apoiadas por ameaças, o que não seria compatível com a estabilidade e a continuidade que qualificam o modelo de sistema jurídico.

Criticou a noção de John Austin de que, em algum grau, todas as formas de direito são semelhantes a atos legislativos, tendo em sua origem um ato deliberado pelo soberano. Para abranger o fenômeno da delegação de poderes, foi pensada a noção de ordens tácitas, as quais seriam ordens indiretas do soberano, quando dá a entender que seus subordinados façam

alguma coisa, sem interferir diretamente no comando subordinado. Ocorre que este modelo é incapaz de explicar o *status* jurídico do costume.

Embora em diversos ordenamentos o costume seja introduzido por meio de permissões legislativas expressas, como é o caso do art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (BRASIL, 1942) no ordenamento pátrio, não se pode afirmar que isto é regra. Nessa questão, analisa o caso das normas consuetudinárias, que são aplicadas pelos tribunais, mesmo que, até o momento da decisão, não fossem consideradas leis. Depara-se, então, com o seguinte questionamento: da mesma forma que o tribunal reconhece no processo legislativo a origem de leis, o que impede que este reconheça em certos costumes a origem de fontes de direito?

Ademais, aponta como equivocada a presunção de que a vontade do soberano está presente na sua não interferência nos comandos tácitos. Esta teoria não se mostraria verdadeira, principalmente, nos sistemas jurídicos modernos, onde a multiplicidade de situações impede que o soberano tenha conhecimento de tudo, para que possa dar um comando, mesmo que indireto (HART, 2009, p. 59-66). No fim, conclui sua crítica com três proposições:

Em primeiro lugar, mesmo uma lei penal positivada, que é a que mais se aproxima da descrição, tem frequentemente um âmbito de aplicação diferente daquele das ordens dadas a outros indivíduos; pois uma lei como essa pode impor deveres tanto a outros quanto àqueles que a elaboram. Em segundo lugar, outras leis positivadas diferem das ordens na medida em que não exigem que as pessoas façam alguma coisa, mas conferem-lhes poderes para isso; não impõem deveres, mas oferecem dispositivos para a livre criação de direitos e deveres jurídicos dentro da estrutura coercitiva do direito. Em terceiro lugar, embora a promulgação de uma lei seja de certa forma análoga a uma ordem, algumas normas do direito têm origem no costume e não devem seu *status* jurídico a qualquer ato deliberado de criação do direito (HART, 2009, p. 65).

Dando continuidade à sua linha de pensamento, analisa a continuidade do poder soberano de proferir comandos e como, mesmo havendo a mudança de legisladores detentores do poder, constata-se um hábito de obediência das normas de caráter geral.

Nessa lógica, faz-se necessária a diferenciação de hábitos sociais e normas. Embora ambos sejam de aplicação geral, representando um padrão a ser repetido, aquele exige apenas convergência de comportamento para que exista, logo não há crítica à conduta que diverge da habitual. Portanto, a norma se justifica, entre outros motivos, pelo fato de que funciona como censura do desvio do padrão. Ademais, diferente do hábito que exige apenas a referida constatação externa de comportamento, a norma necessita que as pessoas pensem que o

padrão por ela garantido deve ser um padrão geral para todos do grupo, daí a importância da perspectiva interna dos indivíduos.

Para esclarecer, Hart usa o exemplo do xadrez, em que um jogador não só move a peça da rainha de uma forma específica habitualmente, mas entende, assim como todos os que jogam corretamente, que a rainha deve andar apenas dessa forma. A linguagem ganha, assim, um aspecto normativo de dever (HART, 2009, p. 67-76). Todavia, esse aspecto caracteriza o gênero norma, categorizado em normas sociais, como as de etiqueta, e normas jurídicas, marcadas pela noção de dever e de obrigação (HART, 2009, p. 111-112).

A fim de destrinchar essa linguagem normativa e seu aspecto institucional é que Hart elabora o modelo de direito como uma espécie de padrão social formado por normas primárias e secundárias, o que será abordado no próximo tópico.

2.3 Normas primárias e secundárias

O ponto de partida da elaboração da ideia de norma primária e norma secundária é a discordância de Hart da interpretação preditiva de John Austin. Resumidamente, essa concepção afirmava que a noção de obrigação era definida pela probabilidade de que o obrigado pudesse sofrer punição, caso desobedecesse o comando. Em contrapartida, Hart (2009, p. 106-109) entendia que “reações hostis não são apenas motivos para prever-se que reações hostis se seguirão”, além de apontar que nem sempre alguém obrigado estará ao alcance do aparato punitivo, não havendo, nesse caso, a tal probabilidade de punição. Assim, podemos afirmar que se sentir obrigado difere de ter uma obrigação, apesar de normalmente coincidirem.

Diante disso, observamos o foco dado pelo teórico para o aspecto interno do obrigado, conceitos resumidamente explicados por ele mesmo:

Quando um grupo social dispõe de certas normas de conduta, isso dá azo a muitos tipos de afirmação, estreitamente relacionados embora diferentes: pois é possível que um indivíduo se relacione com as normas como um mero observador, que não as aceita ele próprio, ou como membro do grupo que as aceita e as utiliza como orientação para sua conduta. Podemos chamar essas atitudes, respectivamente, de "ponto de vista externo" e "ponto de vista interno"¹. (HART, 2009, p. 115)

¹Denis Galligan (2007, p. 49-50) aponta que a diferenciação entre os pontos de vista internos e externos elaborada por Hart é desnecessária e equivocada. Equivocada no sentido de não partir da conceituação já utilizada nas investigações sociais, onde externo se refere à investigação científica fruto da observação de um fenômeno social, enquanto interno seria um bloco de conhecimento dentro de um sistema definido, como a matemática. Por isso, indica que a diferenciação utilizada possui objetivos claros de destacar o comportamento orientado por normas, que, na visão de Hart, não teria sido abordado suficientemente por John Austin.

Assim, Hart parece indicar que o aspecto normativo que surge na linguagem jurídica tem sua origem internamente, ou seja, na forma como as pessoas encaram e interpretam certos atos de linguagem. Mas o mero conjunto de normas que tratam dos atos que os indivíduos devem ou não devem praticar seria suficiente para gerar o direito? Hart (2009, p. 118-218) entende que não, pois esse modelo só poderia funcionar em uma sociedade com organização limitada, onde as normas não formariam um sistema. Daí a noção de que estas normas, ditas primárias, precisam de outras normas, chamadas secundárias, que versam sobre as normas primárias, proporcionando o traslado do pré-jurídico para o jurídico. Dito isso, convém, em seguida, apontar as espécies de normas secundárias.

Primeiramente, a norma de reconhecimento é a norma que “especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo” (HART, 2009, p. 122). Trata-se, pois, da fonte normativa da autoridade, que responde à pergunta “o que é direito no contexto C?” sendo “C” o ordenamento em questão. Através dessa identificação das normas por espécies diferentes, cria-se o protótipo do sistema jurídico.

Já as normas de modificação são as que autorizam “algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas” (HART, 2009, p. 124). Em suma, fundamentam a noção de promulgação e revogação de leis em determinado ordenamento. Ressalta-se, ainda, que pode possuir similaridades com a norma de reconhecimento, já que o processo legislativo pode ser incorporado por esta em seus critérios de identificação.

Por último, fala-se das normas de julgamento, que são as que capacitam “alguns indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária” (HART, 2009, p. 125). Assim, impõem a essas autoridades poderes judiciais e *status* especial às suas determinações referentes às normas, fundando noções importantes de quem aplica a lei, como juízes e tribunais.

Esta intercessão entre a norma de julgamento e a de reconhecimento está bastante ligada com a noção de Hart de textura aberta. Este termo caracterizaria a própria linguagem humana, mas mais especificamente a linguagem normativa, tanto a baseada em precedentes como a baseada na legislação. Em outras palavras, o ser humano vive a questão permanente de tentar dar nome às coisas que vê, mas seu conhecimento é limitado e a realidade é infinita. Não seria, então, possível cogitar que o direito previsse todas as situações fáticas possíveis, a ponto de necessitar apenas ser aplicado com simples correspondência.

Pelo contrário, a linguagem jurídica seria aberta, existindo sempre um ato discricionário de quem a julga e interpreta, vez que escolhe entre os sentidos possíveis abstraídos a partir da linguagem (HART, 2009, p. 161-176). Isso corrobora efetivamente com a crítica que o autor faz à ideia de um sistema jurídico consistente inteiramente de normas. De fato, essa escolha do julgador demonstra que as autoridades primeiramente encontram sua solução para em seguida justificá-la usando as normas predeterminadas (HART, 2009, p. 15-17).

Diante dessa explicação, entende-se que Hart aponta a interligação entre esses dois tipos de norma como a essência de um sistema jurídico², que poderia ser explicado como um conjunto de proposições, manifestadas por essas normas, intelectualmente organizadas. Acrescentando a esta ideia, o autor defende que não bastaria essa essência para a formação dos sistemas:

Exigem-se, portanto, duas condições mínimas, necessárias e suficientes, para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema. (HART, 2009, p. 150)

Portanto, é observável que a perspectiva interna e a externa estão presentes no sistema jurídico, na medida em que este exige a adoção pelas autoridades das normas de reconhecimento como indicador do que é uma norma válida, ao mesmo tempo que exige a obediência por parte das pessoas, mesmo que não refletida, à lei.

2.3.1 A norma de reconhecimento e suas complexidades

²Sartorius (1971) destaca a falta de empenho de Hart em apresentar um conceito de sistema legal. Isto se explicaria porque este conceito seria, na verdade, um conceito de conjuntos, ou *cluster concept* no original. Ou seja, as várias condições relacionadas com a existência de um sistema jurídico são individualmente necessárias, mas não suficientes para configurar a ocorrência do dito fenômeno. A título de ilustração, diz que o conjunto de normas primárias e secundárias serviria para categorizar o sistema de regras da National Football League (NFL). Daí sua defesa de que o conceito de sistema jurídico por Hart exige a integração de outros elementos de sua teoria, como o conteúdo mínimo de direito natural do direito, ou seja, o conteúdo das normas do sistema importariam para a configuração do conceito.

Em contrapartida, além do próprio Hart admitir a limitação dos elementos apontados para definir casos mais complexos de sistemas (2009, p. 128), pode-se apontar, como o fez Michael Payne (1976), que os dois elementos apontados na teoria hartiana como essenciais são suficientes para indicar sistemas legais. No lugar de negar essa composição usando o exemplo da National Football League, entendemos que a referida liga possui sim seu sistema legal, embora não seja este soberano como o do país deste esporte. Trata-se de uma questão de amplitude e de diferentes normas de reconhecimento, mas não implica a inexistência de um sistema legal na presença de normas primárias e secundárias.

A norma de reconhecimento é um dos conceitos mais importantes na teoria de Hart e também um dos mais complexos, por tentar categorizar o critério de validade do direito. Nesse viés, o autor (HART, 2009, p. 138-141) fala de uma norma última considerada suprema. Esta seria a norma que oferece critérios de validade para conhecimento de outras normas do sistema, porém sua validade não pode ser demonstrada, visto ser presumida.

Dividimos então a norma de reconhecimento em três: a norma de reconhecimento *lato sensu*, a norma de reconhecimento *stricto sensu* e a norma de reconhecimento última. Esta é uma espécie da primeira, assim como o são as normas de julgamento e de modificação. Portanto, o sentido mais abrangente desta norma seria uma categoria de normas que apontam critérios de identificação do direito, enquanto o sentido último seria o critério que não pode ser validado por outra norma. Já o sentido *stricto sensu* seria o que caracteriza normas cuja função é, de forma bem direta, apontar o direito e seus critérios, como a previsão nos artigos 611 e 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) de que convenções coletivas são fonte de direito. Portanto, está intrinsecamente ligada com as normas de julgamento, uma vez que, sendo o direito a prática dos tribunais, o lado oposto e complementar, como a segunda face de uma moeda, de dizer que “X” norma é cumpridora dos critérios “Y” de direito em “C” sistema é afirmar que ao menos uma categoria de julgador tem competência para decidir as situações fáticas relacionadas com “X”, visto que é direito.

Ademais, Hart (2009, p. 131) afirma que, normalmente, esta norma não é explicitamente declarada, mas pode ser observada, do ponto de vista externo, na prática de aceitação de normas dos tribunais e autoridades. De outra forma explica:

Pois, enquanto uma norma subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato. (HART, 2009, p. 142).

Outrossim, convém mencionar as discussões entre Hart e Dworkin envolvendo o termo. Como já mencionado neste trabalho, Hart afirma que adotou a posição do Positivismo brando, significando que reconhece a possibilidade de que a identificação do direito depende de critérios não tão certos relacionados a juízos morais e valorativos.

Diante disso, Dworkin aponta incompatibilidade entre essa abrangência da norma de reconhecimento e a pretensão do positivismo de identificação de padrões confiáveis e seguros. Haveria, também, incongruência entre essa pretensão de segurança e a norma de reconhecimento que adota critérios valorativos, o que promove maior incerteza na

identificação do direito, além do ponto da realidade dos juristas, que, nas ações, divergem com frequência quanto ao que seria o direito (HART, 2009, p. 324), demonstrando a fragilidade deste reconhecimento.

Em resposta, Hart defende que o objetivo da norma de reconhecimento não é acabar com as incertezas da prática jurídica, o que está de acordo com sua ideia de textura aberta do direito. De fato, enquanto prática social, é da essência desta norma que incorpore os critérios do grupo em que está inserida, apesar de menos seguros.

Ademais, a divergência quanto ao que é o direito não subsiste enquanto crítica, uma vez que, no uso social de conceitos e termos, as pessoas são guiadas por critérios em comum. Saber o significado de um termo pode se traduzir, então, em saber em grau considerável os critérios comuns de sua utilização.

Dessa forma, embora divergências e erros possam existir na prática jurídica, a noção comum de direito permanece com base na prática social representada na norma de reconhecimento (RAZ, 2001, p. 16).

3 O CONTEXTO DAS REFORMAS POMBALINAS

A Lei da Boa Razão pode ser observada como uma entre várias medidas tomadas no período do reinado de D. José I, o qual foi profundamente marcado pela administração de Sebastião José de Carvalho e Melo, o futuro Marquês de Pombal, alcunha que será usada neste trabalho sem pretensões históricas do período que possuiu o título. Sua governança, concomitante com o referido reinado, durou até a morte do rei em 24 de fevereiro de 1777, depois de quase 27 anos de reinado, tendo percorrido, portanto, grande parte do século XVIII. Quanto a este século, ficou conhecido como “século das Luzes”, uma vez que marcado por um movimento intelectual europeu chamado Iluminismo.

Embora não seja fácil definir o Iluminismo³, já que sua concepção enquanto movimento homogêneo é questionável, pode-se afirmar que em Portugal diversos atores políticos compartilhavam ideias comuns ao movimento iluminista, como a crítica clerical e o desejo de mudança dos métodos de ensino (MONTEIRO, 2009, p. 357-362). Na verdade, essas ideias estavam ligadas à consciência de atraso do país e ao desejo de reforma, havendo grande influências de ideias do século XVII.

Essa complexidade não é de se estranhar, visto que o processo de capilarização das ideias ilustradas não se deu da mesma forma em todos os lugares da Europa. Portugal recebia as ideias dos centros irradiadores, quais sejam Alemanha, França, Inglaterra e Itália, mas o fazia de forma particular, adaptando as ideias como uma ideologia de progresso e modernização (FALCON, 1993, p. 108-114) em tom essencialmente reformador, em vez de revolucionário.

Já quanto às reformas pombalinas, essas medidas estavam inseridas em um projeto de modernizar Portugal com base nas ideias iluministas europeias. A relação dos portugueses com o Reino Unido, com as colônias e com o resto da Europa gerou um ambiente de comparações e descontentamentos, que proporcionou sentimentos de mudança, os quais foram guiados em parte pela coroa, no que ficou chamado de “despotismo esclarecido”.

Convém relatar que esta expressão tem sido criticada, apontando-se como mais correta “absolutismo esclarecido” (FALCON, 1993, p. 128-137). Embora este termo tenha sido

³Explorando a polissemia do termo Iluminismo, Francisco José Calazans Falcon (1994, p. 5-19) discorre sobre essa difícil conceituação. Afirma que, apesar de o Iluminismo poder ser historicamente referido como o movimento intelectual que marcou a Europa no século XVIII, essa expressão tomou diversos sentidos para a humanidade atual. Pode ser encarado como um processo que culminou no século XVIII, tendo começado com o Renascimento, como pode ser observado como outro processo de criação da modernidade que começou no mesmo século. Convém, ademais, observar que a ambiguidade foi reforçada pelo uso da palavra “luz” como radical, a qual possui sentidos inclusive religiosos. Contudo, o autor defende que, para os iluministas, essa ideia era acima de tudo um processo pelo qual a humanidade estava a passar para se esclarecer.

recorrente na época, não deixa de ser uma contradição, já que um déspota não poderia ser um agente promotor da “luz”. Os reis, ditos déspotas, na realidade buscavam, em termos gerais, governar segundo as reflexões filosóficas dos pensadores modernizantes, apesar dos limites dessa adequação, objetivando a melhora da governabilidade e do bem comum. Assim, resumindo este tipo de governo, Falcon afirma:

Em sua essência o "governo ilustrado" é uma redefinição do campo de ação do Estado. Todos os obstáculos à soberania devem ser removidos, quaisquer que sejam eles. Nenhum setor da vida social pode ficar fora da esfera da soberania, associada impessoalmente ao governo. As novas técnicas destacam: a centralização da estrutura administrativa, a criação de uma burocracia leal e competente, a divisão das funções governamentais entre agências subordinadas; vêm a seguir o ataque às jurisdições privadas e independentes, em geral de origem feudal, a codificação do direito ou a sua afirmação perante outras fontes de jurisprudência, notadamente o direito canônico. (1993, p. 134)

Vale ressaltar que se pode observar esse ímpeto reformador do governo como sintoma do processo de desenvolvimento do Estado. O triunfo da centralização do poder, simbolizada na coroa, dependia do esforço de minar as barreiras à soberania do reino. Deveras, para fazer valer a vontade real, era preciso desenvolver os mecanismos impessoais burocráticos, jurídicos e militares, que permitiam a existência teórica e fática desse poder central. Além disso, fazia-se mister enfrentar os poderes opostos ao da coroa, muito bem observados, por exemplo, na Igreja Católica (CREVELD, 2004).

De acordo com esta tese está António Henrique Rodrigo de Oliveira Marques (1980, p 550-551) ao entender que o despotismo iluminado se aproxima mais de uma fase tardia do absolutismo que de um fruto dos pensamentos iluministas. As leis de Deus estavam no próprio rei e este deveria governar soberanamente por meio do Estado.

Diante disso e partindo da hipótese que as reformas pombalinas são fruto dessa conjuntura, buscaremos entender os principais fatores que comprovam este nexos causal, a fim de melhor compreender a normatividade da Lei da Boa Razão.

3.1 A perspectiva de um Portugal decadente

Está na própria etimologia da palavra reforma a conotação de voltar a um estado anterior, em um sentido positivo. Por que, então, devemos encarar as medidas adotadas por Pombal como reformas? Para esclarecer este ponto, convém entender como os portugueses, e mais precisamente Pombal, via o Portugal de sua época. Não como um grande explorador do

planeta, mas como uma fagulha do que um dia foi, em decorrência de diversos anos de relações desfavoráveis internas e externas.

Como acima exposto, já existiam pensadores em Portugal que defendiam ideias ilustradas, mesmo que não fosse por influência direta dos iluministas europeus. Contudo, foi com a noção de decadência de Portugal que esse espírito reformador tomou mais forma (MONTEIRO, 2009, p. 357-362). Esta imagem era reforçada pelos visitantes do Norte do continente europeu que, influenciados por ideias da reforma protestante, passaram a associar Portugal à superstição, ao obscurantismo e ao atraso.

No que tange à economia, o influxo do ouro vindo das Minas Gerais, grande produtor de riqueza para a corte no início do século XVIII, entrou em declínio a partir da metade do mesmo século. Com a crise dessa fonte de recursos tão importante para o reino português ainda mercantilista, o descontentamento foi generalizado, causando conflitos até na colônia brasileira (CABRAL, 2011).

Além disso, a euforia comercial verificada no comércio do vinho português para a Inglaterra gerou a diminuição do valor do litro do produto, fator preocupante, uma vez que sua importância era tamanha que já chegara a representar um dos produtos mais exportados pelos portugueses (MONTEIRO, 2009, p. 366-368). Esta relação comercial se observava demasiadamente desequilibrada, o que ficou demonstrado, por exemplo, no Tratado de Methuen de 1703, que desfavorecia o comércio dos vinhos portugueses.

Diante desse poder esfacelado, os portugueses se sentiram oprimidos, o que ensejou esforços por parte de alguns para analisar esta situação e buscar uma solução. Pombal foi um destes, tendo buscado compreender as origens da aparente fraqueza econômica, política e militar de Portugal, principalmente com relação à Grã-Bretanha.

Após seu estudo em Londres, de textos clássicos do mercantilismo e de relatórios econômicos diversos, Pombal escreveu o relatório crítico sobre as vantagens injustas que os britânicos usufruíam em Lisboa e no Porto, o que justificaria a falta de riqueza dos comerciantes portugueses. Suas ideias estavam marcadas pela noção de que a imitação de outras nações europeias favoreceria o engrandecimento de Portugal, assim como teria acontecido com as grandes potências europeias (MAXWELL, 1997, p. 1-8).

Ademais, recordar-se o terremoto que atingiu Lisboa em 1755. Embora possa ser encarado como um fenômeno natural que levou à destruição de boa parte da cidade e a morte de parcela considerável de sua população⁴, pode-se apontar o evento como um turbilhão

⁴Kenneth Maxwell (1997, p. 24) afirma que as estimativas variam entre dez mil e quarenta mil mortos, sendo este último número o mais acreditado à época, embora hoje se cogite algo em torno de quinze mil. Número

político, perpetuando-se por anos e trazendo mudanças, sobretudo, na estrutura da administração portuguesa. Os poderes intervencionistas despertados pelo terremoto foram tão significativos que Bernardo Vasconcelos e Sousa chega a afirmar que surgiu “assim o que podemos começar a chamar « Governo» com o sentido próximo ao dos dias de hoje” (MONTEIRO, 2009, p. 364).

Soma-se a isso, o atentado de 3 de Setembro de 1758, onde a carruagem na qual estava o rei foi baleada. O resultado foi a pena de morte para alguns nobres nascidos em Casas de varonia Távora, junto com alguns de seus criados, além do aumento do desgaste, crescente já há anos em decorrência da exploração do Brasil, da relação da coroa com a Companhia de Jesus, que foi acusada de inspirar o episódio. Diante disso, a urgência do acontecimento reforçou a autoridade do governo português, o que, na prática, traduzia-se em poder para Pombal (MONTEIRO, 2009, p. 368-370).

Quanto à questão religiosa, adverte-se que o século XVIII não foi um período ateu. A fé ainda era bastante presente na vida da população europeia, daí apontar, mais apropriadamente, que este foi um século de mudanças na própria ideia de religião. O que surgia era uma religião positiva, menos dogmática, cada vez mais identificada com conceitos vagos, como moral, natureza humana, religião natural ou racional. Contudo a ideologia eclesiástica seguia presente, e, por isso, apresentava-se, para os ilustrados, como uma barreira para o esclarecimento das pessoas e das estruturas (FALCON, 1993, p. 127-128). Uma visão de “luz” contra “trevas”.

Nesse contexto, Francisco José Calazans Falcon (1993, p. 135) comenta que, para além de um inimigo ideológico e histórico incompatível com as novas tendências, nos países católicos do século XVIII, a Companhia de Jesus e seus membros serviram como “bode expiatório”, para os ânimos reformadores⁵. Isso se explica pois os jesuítas possuíam quase controle total da educação, eram muito ligados à hierarquia eclesiástica da Igreja Católica e geraram conflitos com relação à exploração das colônias.

bastante elevado, considerando que a população da cidade deveria beirar os duzentos mil habitantes. Além disso, trinta e cinco das quarenta igrejas paroquiais de Lisboa desabaram e apenas três mil das vinte mil casas de Lisboa continuaram próprias para habitação.

⁵António Leite (1983, p. 50-54) aponta três principais obras anti jesuíticas desse momento: a “Relação abreviada da República, que os religiosos jesuítas das províncias de Portugal e Espanha estabeleceram nos domínios ultramarinos das duas monarquias e da guerra que neles têm movido e sustentado contra os exércitos espanhóis e portugueses”, a “Dedução Cronológica e analítica” e o “Compendio historico do estado da universidade de Coimbra no tempo da invasão dos denominados jesuítas”. A primeira foi atribuída a Pombal, enquanto se sabe que a segunda foi ao menos corrigida e aditada pelo Marquês. Já a terceira foi atribuída ao futuro Reitor da Universidade, D. Francisco de Lemos Pereira Coutinho, e a seu irmão João Pereira Ramos de Azevedo Coutinho. Em geral, os textos traziam diversas críticas e calúnias aos jesuítas e fomentaram a insatisfação contra a referida ordem, culpando-os pelo atraso histórico do reino português.

Percebe-se, portanto, que o conjunto de crises políticas, eclesiásticas e econômicas favoreceu a noção de um Portugal decadente, servindo de ambiente propício para reformas. Entretanto, cabe tratar ainda da forma como a formação de Pombal influenciou esse ímpeto de mudança e como as questões culturais e jurídicas também influenciaram as reformas de seu período no poder.

3.1.1 A influência dos estrangeirados

Como já afirmado acima, entendemos que está na essência da noção da decadência portuguesa a comparação com as ditas nações civilizadas europeias. Contudo, para além de uma simples comparação com concepções idealizadas do exterior por parte de moradores do reino português, esse confronto de ideias foi promovido por portugueses que moravam ou tinham contato com outros países (BOTO, 2010). Esses pensadores que lamentavam a decadência do antigo e poderoso Portugal, na metade do século XVIII, ficaram conhecidos pejorativamente como “estrangeirados”.

Esses portugueses se caracterizavam, intelectualmente, pelo iluminismo, pelo empirismo e pelo utilitarismo. As luzes da razão deveriam adentrar Portugal e modernizar a cultura. Contudo a ilustração possuía um empecilho a ser enfrentado: a educação eminentemente teórica, especulativa e dogmática das escolas portuguesas (SARAIVA, 1981, p. 239-242). Era a mudança do conhecimento da via receptiva e passiva para a via indutiva que resolveria esta questão.

Ademais, encarados como hereges por serem difusores das ideias estrangeiras, os estrangeirados não deixavam de ser frutos das mudanças vividas na cultura portuguesa. Depois de anos de unidade espiritual Ibérica, em meados do século XVII, Portugal passou a encarar a Espanha como inimiga (MARQUES, 1980, p. 554-555). Buscava-se, então, a influência francesa, observada, por exemplo, na substituição gradual do castelhano pelo francês como segunda língua. Portugal queria ser uma nação europeia, e a Espanha representava uma barreira física e ideológica a este objetivo.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, por ter atuado e vivido na Grã-Bretanha e em Viena, e por ter feito críticas à situação de Portugal, Pombal teria sido um estrangeirado. Aponta-se, ainda, que foi bastante influenciado pelas ideias desses pensadores direta e indiretamente, mais especificamente por D. Luís da Cunha, António Nunes Ribeiro Sanches e Luís António Verney.

O primeiro foi sucessivamente embaixador português na Inglaterra e manifestou suas críticas por meio de comunicações com o tio e patrocinador de Pombal, além de ter escrito o texto *Testamento Político* em 1748. Nesta obra de grande circulação, criticava Portugal, principalmente, na mentalidade de seus habitantes e nas suas relações internacionais (MAXWELL, 1997, p. 14-17).

D. Luís da Cunha afirmava que faltava iniciativa para o povo português, o que poderia se explicar pela grande quantidade de pessoas que ia embora para outras terras em busca de vida nova, deixando até mulher e filhos, pelo número excessivo de religiosos, pela presença da Inquisição e pela perseguição aos judeus. Pregava contra a posição internacional de Portugal, principalmente com a Espanha e com a Grã-Bretanha, tendo esta gozado de uma posição de superioridade nos acordos com o país, como foi com o Tratado de Methuen de 1703.

Outrossim, convém mencionar que, em sua visão reformista e ilustrada do Portugal decadente, encarava o país como um organismo vivo e doente. Assim, objetivava analisar seus sintomas, para compreender as causas dos males e, posteriormente, prevenir que os mesmos fatores não voltassem a causar as antigas debilidades (BOTO, 2010).

Quanto ao segundo, formado em medicina em Salamanca, suas críticas foram bastante incisivas contra a educação do povo português, inclusive contra o modelo adotado nas universidades. Afirmava que os privilégios, que atrasaram a sociedade, tinham origem na educação, uma vez que fidalgos não eram ensinados a lidar com as outras pessoas como iguais, contribuindo para o desequilíbrio da situação social. Além disso, era defensor do controle da educação por parte do Estado. Por meio deste, o reino poderia organizar e “planejar” sua população, a fim de atingir seus objetivos (BOTO, 2010). Com essa mentalidade, propôs diversas mudanças, como o ensino das crianças na língua portuguesa própria da idade delas, o ensino do “catecismo da vida civil”, a secularização da educação religiosa, a criação de “escolas maiores” em que as pessoas aprenderiam a servir à pátria e o ensino voltado às meninas fidalgas.

Por último, Luís António Verney frequentou Artes e Teologia na Universidade de Évora, mas foi morar na Itália, onde escreveu sua obra mais importante e um dos textos fundamentais do pensamento pombalino: o *Verdadeiro método de estudar*. Neste manual, Verney apresenta sua ideia de reforma da educação em Portugal, enfatizando a importância de modernizar os estudos e a ciência por meio de um enfoque mais da experiência e da observação. Isto implicava em um confronto com a tradição escolástica portuguesa, representada principalmente pelos jesuítas.

Nesse contexto, defendia a reflexão sobre os costumes, fruto da ideia de que a racionalidade deveria ser aplicada à vida comum. Logo, Verney entende necessário confrontar diversas tradições da época, com a promoção do estudo da anatomia nos cursos de medicina, para combater a ignorância quanto ao corpo humano, do estudo das mulheres, para dar maior equilíbrio às famílias, e de uma noção de nobreza dissociada de uma linhagem sanguínea, pois baseada na educação cívica recebida pela pessoa.

No que tange ao direito, Verney criticou a formação dos juizes e advogados de sua época, pois, apesar da fama, muitos não estudavam. Pontua, por exemplo, que Bártolo e Acúrsio, dois dos autores mais estudados no curso de direito, não possuíam os estudos históricos necessários ao bom entendimento do direito (CABRAL, 2011). Também abordou questões relacionadas ao direito natural, à boa razão e a críticas ao método analítico, o que viria a influenciar decisivamente as reformas pombalinas.

Por meio das críticas dos estrangeirados acima expostas, podemos inferir que o discurso político no século XVIII estava intrinsecamente ligado à cultura e à intelectualidade (SILVA, 2015, p. 413-424). Para que Portugal voltasse a ser glorioso, era necessário que desenvolvesse sua arte e sua ciência. O esclarecimento deveria atingir a todos, trazendo, assim, a “civilização”, e permitindo que o país fizesse frente às potências europeias.

3.2 O Direito Comum e sua existência em Portugal

Parece evidente que o direito português do século XVIII diverge do aplicado nos dias de hoje. Todavia, menos cristalino é o tamanho da divergência desses dois direitos. Estamos a falar dos falsos cognatos, que tanto atrapalham no entendimento do direito como uma prática ou mesmo como um jogo praticado por pessoas de um tempo específico.

Esboça-se um exemplo. Embora o significado da palavra “fonte” seja constante desde o período em análise, não é prudente persistir na ideia de que as fontes do direito na prática funcionavam como no direito liberal. Pode-se, ainda, usar outro exemplo mais palpável, o caso do termo *lex*. Diferente da noção atual de lei, como fonte de um processo legislativo, *lex* correspondia aos “atos legislativos do soberano, o direito romano, os costumes e a legislação estatutária” (CABRAL, 2010, p. 6116), logo mais similar a hodierna noção de fonte de direito.

Trata-se do que José Reinaldo de Lima Lopes (2016) chamou de compreender a configuração do campo. Alteradas as fontes primárias de um direito, modifica-se o campo e, consequentemente, o próprio conceito de direito.

Dito isso, passamos a discorrer sobre o direito que foi vigente, a despeito de estar em fase de transição, no século XVIII em Portugal: o direito comum (*ius commune*). Gustavo Cabral (2019) entende que o caráter essencial do *ius commune* é a unidade, contudo é um fenômeno histórico com poucos pontos pacíficos.

Esta unidade pode ser observada em diversas perspectivas: pela unidade de fontes de direito, quais sejam o direito justinianeu, o canônico e os direitos locais; por ser o direito objeto comum do discurso jurídico europeu; por ser analisado e utilizado por métodos e raciocínios similares; por ser fruto de uma cultura universitária comum em toda Europa; e por ser concebido na língua comum da época, o latim (HESPANHA, 2012, p. 121).

Apesar dessa complexidade, entendemos conveniente citar a conceituação exposta por Mário Reis Marques (2002, p. 16), para, em seguida, discorrer sobre as características desse direito:

Em suma, o conceito de *ius commune* é um conceito equívoco e pode assumir conteúdos diversos". O direito comum, *stricto sensu*, designa o direito romano; este é o seu núcleo fundamental. *Lato sensu*, refere-se ao *utrumque ius*, a um sistema único de normas universais constituído pelo direito romano e pelo direito canônico. *Sensu latissimo*, compreende, para além destes direitos, também a literatura jurídica jurisprudência que se foram acumulando à sua volta, assim como o direito feudal recebido no *Corpus Iuris (Libri feudorum)*. Fora deste contexto, recorre-se à expressão «direito comum» para designar o direito geral do reino em contraposição ao direito local .

Primeiramente, afirma-se que o direito comum está ligado ao direito romano, e a origem da perpetuação deste está conectada ao período do fim da antiguidade e da idade média, mais especificamente na Europa. Vale frisar, todavia, que se fala da Europa em um sentido cultural, como fruto de diversos fatores, entre eles a força do Império Romano, a conquista de Roma em 476, o começo da dinastia Carolíngia, a influência da Igreja Católica e a noção de *Respublica Christiana*.

Nesse contexto, uma das chaves para o entendimento deste fenômeno é o prestígio que tinha o Império Romano. Tal prestígio conseguiu sobreviver ao tempo, por meio de adaptações e continuidades. A começar pela religião cristã, que teve papel fundamental, no fim da antiguidade, de amalgamar essa nova cultura.

Ademais, relata-se que essa ideia de unidade e grandiosidade persistiu mesmo com a divisão do Império Romano em oriental e ocidental, inclusive com a queda deste último. Mesmo utilizando a língua grega, o Império Romano do Oriente manteve essa unidade viva, bastante apoiada na noção de “humanidade cristã”, o que era demonstrado no papel político e religioso do imperador.

Quanto aos povos germânicos que passaram a dominar o continente europeu, estes não foram inimigos da cultura romana, mas a incorporaram do seu modo, como no uso das moedas de ouro e no direito. Foi, contudo, com a chegada dos povos islâmicos vindos do oriente e com sua dominação das terras imperiais que tocavam o mar mediterrâneo que o império romano perdeu seu poderio “mundial” (KOSCHAKER, 1955, p 27-40).

Diante dessa mudança geopolítica, o prestígio romano, que estava nas mãos da Igreja Católica, por ter sido a instituição universal que sobreviveu à queda do império (CABRAL, 2019), foi transladado para o centro da europa continental, pelas mãos do papa Leão III, que coroou o rei franco, passando este, com a *translatio imperii*, a ser o imperador do Novo Império Romano do Ocidente.

Foi com base nessas duas instituições que a comunidade de governo chamada *Respublica Christiana* foi composta. Havendo a unidade política e a espiritual, ambas possuindo seus ordenamentos jurídicos vigentes paralelamente, era natural que surgisse a concepção de unidade no direito, consubstanciada no *ius commune* (HESPANHA, 2012, p. 122).

Isto posto, ressalta-se que o direito comum não era um ordenamento jurídico sistematizado, nos termos que conhecemos atualmente, mas um “sistema não completo e baseado nas ideias centrais de unidade e universalidade, fundando-se na crença de representar verdadeira manifestação escrita da razão” (CABRAL, 2019, p 74) e na fé cristã.

De fato, é possível apontar um caráter teológico para essa unidade, uma vez que não havia, à época, uma real dissociação entre direito e teologia, o que era demonstrado pelo uso de obras teológicas e jurídicas pelos estudiosos dos dois campos do saber (CABRAL, 2019, p 63-66).

Tal dimensão metafísica não deixou de contribuir para a forma como esse direito era concebido, pois, reconhecendo-se a ordem do mundo e das coisas, o direito era uma constelação aberta e flexível de ordens a serem devidamente aplicadas ao caso concreto, com o fim de se restabelecer esta referida ordem (HESPANHA, 2012, p. 160-166), o que é incompatível com a noção de um sistema fechado e rígido de fontes. Nesse sistema, a coerência era fruto da noção de direito natural ligado à religião católica e a completude era baseada na obediência à ordem natural, tanto pelas leis positivas quanto no julgamento dos casos não previstos (CABRAL, 2021b).

Visto isso, confirma-se a ideia abstrata de razão do direito comum que, na prática, não deixou de possuir uma aplicação geral comum. O *ius patrium*, por ser mais específico e próximo das realidades locais, tinha aplicação priorizada, enquanto o *ius commune*, aqui

podendo ser entendido como direito romano, direito canônico e direito feudal, tinha função de integração e aplicação subsidiária (CABRAL, 2019, p 72-74).

Ainda é oportuno tratar de um último tópico sobre esse direito: a influência das universidades e dos juristas para sua existência (HESPANHA, 2012, p. 122). De fato, faz-se mister apontar que essas ideias de prestígio e ordem social estavam inseridas na cosmovisão de pessoas, mas, mais pertinentemente para este trabalho, na cabeça dos juristas.

Tanto no século XII como em toda a modernidade, os juízes locais eram em grande maioria não letrados e estavam fortemente ligados aos valores de sua comunidade, por isso julgavam com base nos princípios morais desta população, o que inevitavelmente os limitavam e aproximava as pessoas da teleologia das decisões (HESPANHA, 2017, p 449-452).

Contudo, com a emergência do ambiente acadêmico jurídico das universidades, foram surgindo os juristas letrados. Estes não estavam restringidos ao sentimento local, pois desenvolveram um discurso sofisticado, que lhes conferia grande discricionariedade para dizer o que era direito, em decorrência da discrepância entre esse novo discurso e o saber popular. Por consequência disso, este trabalho se limitará a tratar desses juristas eruditos, já que eles estavam mais inseridos no contexto em que surgirá a Lei da Boa Razão.

Assim sendo, os juristas letrados compartilhavam um contexto intelectual comum, marcado pelo latim, pelo estudo da lógica e retórica e pelo prestígio do estudo do direito romano. Nesse contexto, acreditava-se que o direito romano era a *ratio scripta*, noção abstrata de que esse direito teria sido fruto da mente e esforço dos civilizados romanos, em seu exercício de encontrar a melhor solução para as questões (CABRAL, 2019, p. 66-67, 74-75). As universidades, então, encaixam-se nesse emaranhado de fatores como o local onde esse discurso jurídico foi gestado, dando-se destaque para Bolonha, onde houve o renascimento do direito romano enquanto ciência.

Ainda nesse sentido, e considerando a doutrina esparsa e pouco coesa do direito romano, evidencia-se o papel dos juristas na integração desta literatura e, por consequência, desta prática. A fim de trazer maior certeza para o direito, foi concebida a *opinio communis*, que pode ser explicada como a maioria qualitativa dos doutrinadores do direito comum, selecionados por critérios de importância e autoridade, podendo-se citar Bártolo e Acúrsio (CABRAL, 2019, p. 119-121). Seu prestígio era tamanho que de certa forma tomaram o espaço dos textos objeto de estudo. Por isso, Hespanha afirma que as leis do reino “eram, inevitavelmente, a interpretação que os juristas delas fizessem. E, portanto, eles nem sequer tinham que desobedecer à lei; bastava “interpretá-la”.” (HESPANHA, 2017, p 454)

Feita toda essa exposição, tratamos, por fim, da existência do direito comum em Portugal. A princípio, entende-se importante tratar da particularidade do direito romano no reino português. Desde o reinado de D. Diniz que ficou expressado que Portugal não estava submetido à supremacia do império. Em contrapartida, Nuno Espinosa (SILVA, 1985, p. 153-211) afirma que essa *exemptio imperii* não impedia que o direito romano fosse recepcionado por outros meios, como pela vontade do monarca, pela própria natureza do direito canônico, que estava entrelaçado com o direito romano, nos termos do direito comum acima explicado, pela elaboração de leis inspiradas no direito justiniano ou mesmo por influência das obras doutrinárias castelhanas, que serviam como introdução ao romanismo. Vale sobressaltar que esse posicionamento estava ligado com a premissa de poder absoluto do rei, que, assim como o imperador, almejava ter sua vontade como lei.

Outrossim, o humanismo jurídico foi introduzido em Portugal de forma parcial. A corrente filológico-crítica, que pregava a autonomia do jurista na exegese da lei, mais característica do *mos gallicus*, pouco se espalhou no reino (COSTA, 1983, p. 84-90). Em verdade, o país contou com alguns juristas que conciliavam a visão dogmática e a visão histórica do humanismo jurídico, contudo o romanismo português foi eminentemente bartolista, portanto mais próximo do *mos italicus*⁶.

Portanto, depreende-se que Portugal não ficou de fora do espaço do direito comum, convivendo com o prestígio do direito romano, com a presença da Igreja Católica e com a noção de *Respublica Christiana*, apesar de suas singularidades. Dessa forma, a quebra dessa unidade, somada com a pretensão de soberania crescente dos reinos, vai gerar, nos séculos seguintes, diversas questões envolvendo a aplicação do direito em Portugal, principalmente quanto ao direito subsidiário, dos casos omissos, que será analisado no próximo tópico.

3.2.1 A questão do Direito Subsidiário

O Direito Subsidiário é a forma pela qual se denomina, usando termos jurídicos contemporâneos, o direito a ser usado na integração das lacunas de um determinado ordenamento jurídico⁷. Devido à própria limitação da imaginação humana e da linguagem, o

⁶Convém diferenciar esses dois modos de pensar inseridos na *opinio communis*. De forma resumida, o *mos italicus* aprovava a aplicação do direito romano, por ser esta manifestação de uma razão universal. Baseavam-se principalmente nos autores da época, não enfatizando a apreciação historicista das leis. Enquanto o *mos gallicus* entendia que era necessário recuperar o entendimento do direito justiniano como era usado na época em que fora criado (CABRAL, 2019, p. 122-123).

⁷A título de ilustração, as Ordenações Afonsinas (1984) falavam, no Livro Segundo, Título Nonno, em “caso, de que se traute, nom for determinado per Ley do Regno”. Frisa-se com isso a ideia de uma omissão em um contexto de casuismo, em vez da ideia de lacuna, natural dos sistemas jurídicos contemporâneos e tema

direito é essencialmente incapaz de prever todas as situações fáticas que serão colocadas a seu crivo, o que torna natural este fenômeno.

Tratar, portanto, da questão desse direito, refere-se a uma consequência da natureza sistêmica de um ordenamento jurídico: à necessidade de entender qual o direito correto a ser aplicado em cada caso concreto de lacuna. Essa parte da ciência do direito pode ser revestida de um caráter mais costumeiro e prático, ou mais científico e sistêmico, com previsão expressa de como essa integração deve ocorrer, assim como funciona atualmente no Brasil⁸.

Nesse contexto, recordamos que o direito português por muito tempo contou com o domínio de leis no sentido amplo, escassas e incompletas. Sua aplicação, logo, exigia o uso recorrente de fontes subsidiárias, dando maior particularidade ao direito, com ênfase no caso concreto.

Dito isso, o direito subsidiário em Portugal recém independente começou com sua herança da Monarquia Leonesa. O Reino tinha como fontes o Código Visigótico, os forais, as leis gerais saídas de reuniões solenes celebradas em Leão, Coiança e Oviedo, além do costume (CRUZ, 1974). Todavia, foi com o renascimento jurídico romano-canônico que o direito português ganhou caráter autônomo do direito usado no reino de Leão e de Castela.

Este procedimento perdurou até meados do século XIII e representou a mudança do direito português, que saiu de uma base consuetudinária e foraleira. Mário Júlio de Almeida Costa (1989, p 194-195) o considera um “direito rudimentar”, caracterizado por instituições de tipo primitivo, resultado de um processo histórico de “amalgama de camadas jurídicas sobrepostas”, visto que reuniu resíduos de tradições das populações que habitavam a Península, direito romano vulgar, influência canônica, costumes germânicos, aspectos do direito árabe, entre outras raízes.

Sobre o mencionado processo de incorporação do direito canônico e romano, Guilherme Braga da Cruz relata:

Não tem que causar surpresa, num ambiente destes, que as grandes fontes de direito subsidiário tenham começado por ser, em Portugal — como nos demais países ocidentais da Europa — logo no século XIII, o direito romano e o direito canônico, inaugurando a esse título um longo reinado de quase seis séculos, que só seria abalado na segunda metade do século XVIII com a vitória das ideias iluministas e jusnaturalistas : — Do mesmo modo que se tinham tornado a grande fonte inspiradora da actividade legislativa dos monarcas, as compilações romano-canônicas passavam a constituir o inesgotável manancial de soluções concretas dos problemas jurídicos a que os tribunais podiam recorrer para suprir as

recorrente do jusnaturalismo do fim da idade moderna (CABRAL, 2019, p. 73).

⁸ Para exemplificar, recorda-se novamente o artigo 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (BRASIL, 1942), onde está expresso que “ Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

lacunas duma legislação incipiente — e, por isso, ainda extremamente incompleta — e dum direito consuetudinário cada vez mais ultrapassado adquirindo, sob essa veste, um domínio de aplicação mais ampla ainda do que o das próprias fontes jurídicas nacionais. (CRUZ, 1974, p. 192-193)

Contudo, o acesso a esse novo direito subsidiário das compilações romano-canônicas era, inicialmente, muito restrito. Ressalta-se que esses textos estavam escritos em latim, idioma difícil de ser lido mesmo para os julgadores letrados. Diante dessa situação, deu-se a popularização de textos doutrinários castelhanos, visto que eram melhores de entender por não serem escritos no idioma latino.

Conforme o prestígio dos textos originais foi aumentando, cresceu a insatisfação com uso da doutrina castelhana, também porque essa predominância era vista como risco de subordinação de Portugal à Castela (CRUZ, 1974, p. 200-212). E foi com a tradução dos textos romanos e canônicos para o vernáculo que este conflito foi resolvido, sedimentando a aplicação desses compilados traduzidos como direito subsidiário, junto com a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo.

Nesse contexto, surgiu, de fato, o problema do direito subsidiário. Com o silêncio das fontes imediatas do direito nacional (leis do reino, estilo da Corte ou costume), começava o conflito entre as leis imperiais (direito romano) e os santos cânones (direito canônico), ou seja, entre o poder temporal e o religioso. Tal situação exigiu expressa previsão de critérios nas Ordenações Afonsinas, os quais seguiam as lições de Bártolo de forma bem direta (CRUZ, 1974, p. 217-218). Assim, ficou entendido que o direito romano seria priorizado nos problemas de ordem temporal, exceto quando envolvida matéria de pecado enquanto o canônico teria predominância na ordem espiritual.

Necessário relatar, todavia, que a aplicação dessas instruções normativas não ocorria da forma como se imagina contemporaneamente a eficácia padrão de uma lei. Na verdade, os cinco volumes das Ordenações tornavam muito onerosa sua cópia e difusão pelo reino, o que só viria a ser facilitado pelo surgimento da imprensa em Portugal anos depois. A confusão ocasionada por essa difícil propagação da norma é constatada no prólogo das Ordenações Manuelinas (1984):

Pelo qual vendo Nós, como nas Ordenações pelos Reys Nossos Antecessores, e per Nós ategora feitas, a muitos casos nom era provido, e em alguas havia diversos entendimentos; e assim per andarem espalhadas , donde aos Julguadores recresciam muitas duvidas , e aas partes grande perda

Essas novas ordenações tiveram, pois, como um de seus objetivos o de esclarecer as dúvidas dos julgadores. Nesse viés, o texto normativo trazia nova previsão que foi entendida

majoritariamente (SILVA, 1985, p. 206-213) como orientação para que, na ausência de fontes formais, já citadas acima, a aplicação de Acúrsio e Bártolo só deveria acontecer na omissão da opinião dos doutores. Também reforçava a previsão já existente nas antigas ordenações de que, na ausência de todas as fontes citadas, o caso deveria ser remetido ao rei para decisão.

Outra novidade a ser ressaltada é a da justificativa da aplicação do direito romano. Embora não seja uma orientação, mas uma explicação para a prática vigente, as Ordenações Manuelinas trataram de limitar o uso do direito romano à “boa razam”. Explica-se que, com a decadência da ideia de uma *Respublica Christiana*, a noção do direito romano como norma vigente já não era suficiente, daí expressar que seu uso era devido à sua natureza de *ratio scripta* (SILVA, 1985, p. 210-211). Dessa forma, reforçava-se que Portugal não estava sujeito ao *Imperium*, sendo, portanto, soberano, ao mesmo tempo que se explicava o prestígio e o uso do direito romano.

Ademais, surgem as novas ideias humanistas que interpretaram o papel do direito romano, demonstrando uma guinada no sentido de questioná-lo, principalmente, sob um prisma racional ou histórico⁹. Se um dia o direito romano não precisou ter seu prestígio justificado, ou o fora por sua qualidade intrínseca de razão escrita, no século XVI, o humanismo colocou dúvidas sobre sua aplicação, uma vez que, como esse direito era usado por sua razão, faria sentido aplicar outras fontes “racionais”, não se limitando à romana (SILVA, 1985, p. 217-221). Tal mudança representa uma profunda alteração na cosmovisão daquelas pessoas, o que geraria, mais tarde, um novo direito, embora não tenha chegado perto de suprimir o uso do direito justiniano¹⁰.

A despeito dessas novas ideias, as Ordenações Filipinas de 1603 entraram em vigor, sem muitas alterações no texto dedicado ao direito subsidiário. Contudo, o título do direito subsidiário agora não mais pertencia ao Livro II, que dizia respeito a relações entre a Igreja e

⁹Nuno J. Espinosa Gomes Da Silva afirma que existia uma dupla tensão na aplicação do direito romano: entre o direito romano e a razão (apreciação racionalista), e entre as duas experiências do direito romano (apreciação historicista). Quanto à primeira, pensava-se que os preceitos romanos deveriam ser filtrados pela boa razão, com verificação das leis. Contudo, também havia quem defendia que se “as leis justinianeias apenas são de observar quando, caso a caso, se revelam conformes a um padrão de racionalidade, então poder-se-á esquecer o direito romano e concentrar o esforço interpretativo no contemplar da razão”. Já quanto à segunda, entendendo-se que o direito romano da época não era o mesmo do original de séculos anteriores, houve quem defendeu “o regresso ao texto, e quem aponte o caminho do seu abandono” (SILVA, 1985, p. 219-220).

¹⁰Pode-se questionar o motivo do direito romano ter continuado com sua aplicação mesmo após o humanismo, como se deu com a escola dos glosadores. Paul Koschaker (1955, p 205-209) ao tratar do tema entende que o direito romano estava erguido por uma ideia cultural de Roma. Nesta ideia repercutia a noção deste direito como o melhor já inventado e, implicitamente, aspectos da soberania de quem fosse o império romano, no caso o imperador alemão, embora não seja o caso de Portugal. Entende, em contrapartida, que sua aplicação não era devida a um valor intrínseco, mas ao prestígio que tinha por ser o direito do *imperium romanum*. O direito romano, na verdade, adapta-se ao sistema jurídico ao qual é incorporado, por isso sua recepção se deve à sua autoridade. Nesse sentido, Hespanha (2012, p. 134-136) argumenta que o direito justinianeu só sobreviveu ao tempo pois foi reinterpretado inúmeras vezes, desconsiderando-se seu contexto político e social de criação.

o Estado, tendo sido transferido para o livro III, destinado ao direito processual (COSTA, 1989, p 284-287), o que representou a confirmação de uma nova perspectiva sobre a relação entre poder temporal e espiritual, como explana Guilherme Braga da Cruz:

Quer isto dizer que só agora, em começos do século XVII, se rompeu a última amarra que prendia o problema do direito subsidiário à ideia inicial — que dominara por completo o texto afonsino e o texto manuelino de 1513-1514 — dum conflito de jurisdições entre o poder temporal, simbolizado pelo direito romano, e o poder eclesiástico, simbolizado pelo direito canónico. O texto manuelino de 1521, conforme vimos, já conseguira superar substancialmente essa ideia, através duma nova epígrafe e duma nova redacção; mas tinha ficado ainda preso a ela pelo respectivo enquadramento formal, entre os títulos referentes às relações do Estado com a Igreja[^]). E só agora, com a reforma filipina, o legislador tomou consciência da necessidade de cortar esse «cordão umbelical», dado ao título em causa um enquadramento formal inteiramente diverso. (CRUZ, 1974, p. 252)

Com efeito, o enquadramento deste problema de jurisdição como uma questão processual demonstra o novo carácter do direito, que estava sendo formado, cada vez mais autónomo. Convém dizer também que, embora o direito nacional fosse menosprezado em detrimento do direito romano (CRUZ, 1974, p. 253-254), não se questionava a prioridade dada pelas Ordenações ao direito nacional.

Daí o entendimento de que esse uso representava um abuso, sintoma do prestígio do direito romano como *ratio scripta* e da predominância da *communis opinio*. Esta era observada na prática dos tribunais, que interpretavam o direito nacional de forma restritiva e as leis imperiais de forma ampliativa (CRUZ, 1974, p. 275-279).

Essa prática vai, então, perdurar por anos, até encontrar novos obstáculos: as ideias do *usus modernus pandectarum* e do jusnaturalismo racionalista. E esses pensamentos serão impulsionados no direito português por meio da Lei de 18 de Agosto de 1769, a chamada Lei da Boa Razão.

3.3 O jusnaturalismo e as reformas pombalinas no direito

O direito natural não é algo novo. Na verdade, pode ser tão velho quanto o próprio descontentamento com regras. Já em um sentido mais delimitado de um direito natural das coisas, pode ter como uma de suas origens a sociedade grega. Deveras, elementos desse direito podem ser observados em Aristóteles e nos estóicos (HESPANHA, 2012, p. 289-301). Mais tardiamente, podemos vê-lo na escolástica de Santo Tomás de Aquino e na Escola Ibérica do Direito Natural, sempre alterando seu conteúdo parcialmente.

Diante disso, o direito natural europeu do século XVII se apresenta como um novo jusnaturalismo, marcado pela noção de laicização e da razão. Esta passaria a ser o meio de acesso à ordem da natureza, vez que regida por princípios lógico-rationais independentes mesmo de Deus, daí a possibilidade desse direito ser aplicado independente da fé. Ademais, a ruptura com a cosmovisão teológica do mundo, fez prosperar no discurso intelectual o uso de uma linguagem baseada na matemática e na física, por serem ciência que observavam e descreviam a natureza.

Foi bastante presente, também, o caráter voluntarista desse direito. Já que a razão é uma realidade que se impõe como uma verdade científica, é de se imaginar que a seguir levará a humanidade ao seu fim último. Portanto, o direito deve ser resultado de uma “vontade ao serviço da razão” (SILVA, 1985, p. 264). Mas quem seria o guia dessa legislação iluminada? Em diversas situações quem se impôs como parâmetro para essa razão foi a imagem do rei-filósofo, característica do despotismo esclarecido.

Além disso, no âmbito do direito penal, as influências racionalistas e humanistas estavam presentes. Mário Júlio de Almeida Costa (1983, p. 93-94) menciona, nesse viés, a nova ideia de pena como “meio de evitar futuras violações”, no lugar da antiga de pena como “castigo de facto passado”. Também foram concebidas a exigência da proporcionalidade e a substituição das penas corporais, por restritivas de liberdade, indicando já a noção deste valor como maior bem social. Outrossim, Gustavo Cabral demonstra a presença de ideias ilustradas nas decisões dos tribunais, mesmo quando a legislação não compartilhava desses parâmetros. Usa como exemplo uma decisão quanto à extensão das penas direcionadas aos *pasadores de ganado* e um caso que tratava da necessidade de contraditório envolvendo sucessão (CABRAL, 2021a).

Ressalta-se, outrossim, a problemática originada do conflito entre esse direito natural e o direito romano. Como a razão era o novo critério orientador, o que determinaria se o direito romano era ou não vigente seria o crivo da razão, logo este direito só teria servidão na medida em que fosse suscetível ao seu uso moderno (SILVA, 1985, p. 272-273). Em outros termos, buscava-se onde no direito romano existia direito natural. Deu-se a esta corrente teórica o nome de *usus modernus pandectarum*.

Porém, essas ideias iluministas não tiveram dispersão homogênea por toda Europa. No caso de Portugal, o iluminismo teve como principal centro de irradiação a Itália, onde o caráter anti-religioso e anti-histórico foi bem mais brando que em outros países. Nesse contexto, pode-se apontar Verney como evidência desse “iluminismo italiano” em Portugal, destacando-o dos outros estrangeirados já mencionados em tópico anterior.

De fato, Gustavo Cabral (2011, p. 99-108) indica diversos trechos em que o Verney cita pensadores iluministas e jusnaturalistas, como Hobbes, Locke, Spinoza, Grotius e Pufendorf. Além dele, menciona-se o Compêndio histórico, documento que expressava a mentalidade do Estado Português, no qual se defendeu, por exemplo, a universalidade do direito natural à luz de Grotius e de Heineccius e foram citados Wolff e Thomasius para criticar Aristóteles.

Todavia, o grande marco na reforma iluminista e pombalina do direito português foi a Lei de 18 de Agosto de 1769, a Lei da Boa Razão. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva (1985, p. 275-276) comenta que a referida lei foi provavelmente influenciada pelo iluminismo germânico, uma vez que seu anti-romanismo era acentuado. Afirma, também, que ela trazia novo paradigma de fonte do direito, afirmando proeminência da vontade do rei e da razão. Aquela, visível na proeminência do direito nacional e nas novas limitações aos estilos da corte, e esta na forma como foi reinterpretada as Ordenações, para que o direito justinianeu fosse limitado à boa razão em sentido jusnaturalista (*recta ratio*). Seus maiores detalhes serão analisados no próximo capítulo.

Ademais, recorda-se o papel da Junta de Providência Literária, comissão encarregada de analisar e dar parecer sobre o estado do ensino universitário em Portugal. Foi através de seu estudo que resultou o Compêndio Histórico, mencionado acima, o qual reafirmou diversas posições ilustradas de Verney. Ainda por obra dessa comissão, foram escritos os novos Estatutos da Universidade.

Partindo das críticas feitas pelo Compêndio Histórico de que os julgadores preteriam o direito nacional em favor da obediência à *opinio communis*, os novos estatutos objetivaram alterar a “opinião comum” dos juristas. Nesse viés, foi adotado para as aulas o método sintético-demonstrativo-compendiário, inspirado nas Universidades Alemãs, pelo qual os estudantes seguiriam uma complexidade progressiva das matérias. Ademais, criou-se a cadeira de direito natural, além de ter sido determinado que os textos que circulavam entre os alunos (*postilas*) fossem substituídos por novos compêndios elaborados pelos professores, o que acabou não sendo seguido pela maioria, normatizando o uso de obras estrangeiras (COSTA, 1983, p. 99-102).

Estas foram as duas principais reformas jurídicas desse contexto, embora existam algumas outras leis promulgadas com viés próximo. Dessa forma, é possível inferir que as reformas pombalinas estiveram intrinsecamente ligadas ao jusnaturalismo europeu do século XVIII. Outrossim, por meio do despotismo esclarecido, Pombal fez adentrar no reino

português, de forma brusca, diversas ideias ilustradas, o que representava, de certo modo, o já visível anseio de setores da sociedade em igualar Portugal a um “país civilizado”.

4 ANÁLISE DA LEI DA BOA RAZÃO À LUZ DA TEORIA DE HART

Apresentado o contexto, é chegada a parte final e central deste trabalho, onde serão utilizados os postulados da teoria de Hart aqui explanados para analisar a Lei de 18 de Agosto de 1769, a qual ficou conhecida como Lei da Boa Razão.

Previamente, explica-se que a análise se cingirá ao aspecto normativo da lei. Não um aspecto legal hermeticamente fechado em si, mas que leva em consideração, assim como a teoria do Hart, aspectos tangentes ao direito ciência, como acontece na observação do aspecto interno e externo. Ademais, frisa-se que não há pretensões de se analisar o dispositivo legal no âmbito de sua eficácia, pois entendemos mais pertinente encarar a lei símbolo das reformas pombalinas como uma reforma também, logo como um projeto normativo.

Dito isso, logo após o estilo¹¹ de D. José I, a redação da lei se presta a divulgar a preocupação da coroa com as interpretações abusivas e que o mesmo receio existe nas “Nações polidas da Europa”. Ainda aponta as consequências para essa situação: “ofendem a Majestade das Leis; desautorizam a reputação dos Magistrados; e tem perplexa a justiça dos Litigantes; de sorte que no Direito, e Domínio dos bens dos Vassallos não possa haver aquela provável certeza, que só pode conservar entre eles o público sossego” (1858, p. 408).

De início, portanto, observa-se o aspecto já referido neste trabalho da comparação. O problema das interpretações abusivas é sintoma de um Portugal decadente, o que fica mais evidente pela comparação com as nações ditas polidas ou mais iluminadas.

Tal situação está ligada com o problema da interpretação autêntica. A capacidade de dar interpretação autêntica às leis em Portugal já era, há algum tempo, formalmente do monarca, como ocorreu com a Lei Mental e as interpretações dadas pelo rei D. Duarte (CRUZ, 1974, p. 283). Entretanto, já mencionamos como a prática jurídica no reino estava marcada pelo direito comum e sua complexa multinormatividade, além do prestígio do direito romano e da *communis opinio*. Ao apontar, então, que a solução mais eficaz para esses abusos é reiterar o que já estava disposto nas Ordenações, mais especificamente nos parágrafos que tratam da autoridade e da interpretação das Ordenações, objetiva-se mudar o fundamento do direito? Considerando a íntegra da lei, seria ela um projeto de alteração da norma de reconhecimento vigente?

Nesse contexto, destaca-se o que Hart (2009, p. 151-159) fala da patologia do sistema jurídico, ou seja, da situação em que há divergências entre a aplicação do direito pelos tribunais, o reconhecimento do direito pela sociedade civil e a noção de autoridade detentora

¹¹Título legal ou oficial.

do poder de dizer o direito. Aponta que essa ruptura da norma de reconhecimento pode ter várias causas, como uma revolução, uma ocupação inimiga, uma situação anárquica e a independência de um país.

Para ilustrar esse último modo, fala do caso hipotético de uma colônia britânica cuja estrutura constitucional foi estabelecida por uma lei promulgada pelo Parlamento do Reino Unido. Contudo, a colônia se torna independente. Com isso, passa a não mais compartilhar com a metrópole a norma de reconhecimento da autoridade do Parlamento de Westminster, embora ainda tenha seu sistema jurídico baseado na lei britânica. O que ocorre é que a autoridade desse sistema não vem mais da relação colonial, mas do governo local da ex-colônia. O autor, porém, não deixa de expressar que determinar quando e como um sistema jurídico termina é um ato de pouca exatidão.

Outrossim, Hart (2009, p. 165-169) trata de como essa incerteza pode estar ligada à textura aberta do direito. De fato, a redação legal muitas vezes permite variadas interpretações, dando discricionariedade para o julgador decidir entre elas, o que, na prática, significa que ele está criando o direito com sua escolha. Além disso, cita-se o entendimento de que a autoridade dos julgadores para julgar e interpretar equivale ao verdadeiro “poder legislador” (HART, 2009, p. 182-183), sendo sua decisão o mandamento definitivo.

Diante disso ainda esclarece que a capacidade de um tribunal em decidir questões relacionadas aos critérios da norma última não é uma contradição com o fato de sua autoridade ser baseada nesta mesma norma. Acontece que nessas situações, o esclarecimento é parcial, sobre a extensão desses critérios, além de ser possível afirmar que os tribunais ao julgarem esses casos exerçam um poder *ex post facto*, ou seja é uma autoridade reconhecida após a situação ter sido solucionada, em decorrência de seu sucesso (HART, 2009, p. 195-199).

Expressado isso, para afirmar se a Lei da Boa Razão buscava alterar a norma de reconhecimento, ou em outras palavras, buscava modificar o motivo último que fundava todo o sistema jurídico português, é necessário entender se a razão que ela quer implantar é diferente da então vigente. Convém, logo, analisar o restante da sua redação.

No primeiro parágrafo, a lei (1858, p. 408-409) determina que as Glosas do Chanceler da Casa da Suplicação, um recurso de caráter extraordinário, seja concedida nos casos de decisão que for “expressamente contraria às Ordenações, e às Leis destes Meus Reinos” ou quando contra “Direito expresso” com erro notório, tendo seus procedimentos mais detalhados nos dois parágrafos seguintes. Ressalta-se que o referido direito expresso se refere às leis do reino e o erro notório significa o erro que contraria frontalmente disposição de lei, o

que não ocorre no caso de omissão e de amplas interpretações possíveis (TELLES, 1824, p. 9-10). Quanto a esta previsão, Guilherme Braga da Cruz (1974, p. 285-286) a chamou de “assentos por efeito de glosas do Chanceler”, tipo de assento normativo, de autoridade da Casa da Suplicação. Já no que tange aos parágrafos quarto, quinto e sexto, o autor os denomina, respectivamente, de assentos por efeito de dúvidas dos desembargadores, assentos para definição de estilos da Casa da Suplicação e assentos por efeito de dissidência entre os advogados dos litigantes quanto ao entendimento da lei aplicável.

Ademais, o parágrafo oitavo (1858, p. 410), sob a ideia de que é essa a vontade por trás do Livro Primeiro título Quinto Parágrafo Quinto das Ordenações, afirma que as Relações do Porto, Baía, Rio de Janeiro, e Índia, as ditas Relações Subalternas, não poderão mais proferir Assentos, o que será faculdade exclusiva do Supremo Senado da Casa da Suplicação.

Nesse viés, a lei afirma que tal disposição se justifica pela confiança dada à Casa de Suplicação e para dar maior segurança às interpretações das leis. Explica-se que (CRUZ, 1974, p. 283) a centralização da interpretação autêntica na Casa de Suplicação remonta ao rei D. Manuel I e à maior complexidade da governabilidade. Por sua ordem, através do Alvará de 10 de Dezembro de 1518, os poderes do rei foram transferidos ao referido tribunal, tendo mantido o monarca apenas a competência para dar a última palavra em casos que o regedor da Casa de Suplicação entender necessitados de esclarecimento.

Para reforçar essa organização e para evitar possíveis deturpações, o parágrafo sétimo (1858, p. 410) traz penalidades para advogados que exponham interpretações de “raciocínios frívolos e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras Disposições das Leis, do que a demonstrar por elas a justiça das partes”, variando, pelo número de vezes que cometeu o delito, de multa de cinquenta mil réis, privação dos graus da universidade, até cinco anos de degredo na Angola.

Com isto, mostra-se o enfoque centralizador da Lei da Boa Razão, que busca enfatizar a vontade real como fonte de direito, apesar desta ser descentralizada na Casa de Suplicação e nas leis do reino como um todo. Contudo, ressalta-se que a lei por várias vezes se referiu a antigos dispositivos das Ordenações, dando a compreender que objetiva antes dar continuidade, nesse aspecto, ao contínuo percurso normativo empreendido pela Coroa por meio das leis e de suas ordenações¹². Por isso Nuno J. Espinosa Gomes da Silva (1985, p.

¹²Daí Kenneth Maxwell afirmar que a reforma empregada por Pombal era “uma política de reforma disfarçada, como ditada pela prudência, por instituições e linguagens antigas” (1997, p. 10). Caso bem característico ocorre com a ressignificação do termo “boa razão” nas Ordenações.

276) afirma que “no século das luzes, mantém-se a vontade do monarca”, situação de persistência que não foi igual para o direito comum.

De fato, o nono parágrafo (1858, p. 411-412) cita o preâmbulo do Livro terceiro Título sessenta e quatro das Ordenações Filipinas, onde se afirma que as leis imperiais devem ser aplicadas subsidiariamente com base na boa razão, para em seguida expor a situação de deturpação denunciada:

(...) se tem tomado por pretexto, tanto para que nas Alegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Pátrias, fazendo-se uso somente das dos Romanos; como para se argumentar, e julgar pelas ditas Leis de Direito Civil geral, e indistintamente, sem se fazer diferença entre as que são fundadas naquela boa razão, que a sobredita Ordenação do Reino determinou por único fundamento para as mandar seguir; e entre as que, ou tem visível incompatibilidade com a boa razão; ou não tem razão alguma (...)

Além disso, a lei faz críticas ao direito justinianeu em um prisma historicista bastante característico do humanismo jurídico, apontando (1858, p. 411-412) os possíveis contextos políticos que poderiam tornar estas leis incompatíveis, o fato dos antigos romanos não serem cristãos, o menor desenvolvimento tecnológico dos governos romanos e a limitação deles em apreender o direito natural.

Feita essa fundamentação, a lei determina que não seja possível o uso “nas ditas Alegações, e Decisões de Textos, ou de Autoridades de alguns Escritores, em quanto houver Ordenações do Reino, Leis Pátrias, e usos dos Meus Reinos”, para em seguida estabelecer que a boa razão apresentada no dispositivo legal não é a do valor intrínseco do direito romano (*ratio scripta*), mas três situações que indicam boa razão: a que “consiste nos primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, (...) que os Direitos Divino, e Natural, formalizaram para servirem de Regras Morais, e Civis entre o Cristianismo”; a fundada nas regras que “de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilizadas”; e, por fim, a razão que “se estabelece nas Leis Políticas, Económicas, Mercantis e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs têm promulgado com manifestas utilidades” (1858, p. 411).

Em outros termos (CRUZ, 1974, p. 293-295), a primeira representava a explicação da boa razão como a *recta ratio* dos jusnaturalistas, logo em acordo com o direito natural. A segunda proclama como direito subsidiário o direito internacional (das gentes). Já a última é uma reiteração da segunda, que foi entendida, na época, como supressão da aplicação do direito romano nos casos mencionados.

Prosseguindo, o décimo e o décimo primeiro parágrafos (1858, p. 412-413) trazem previsão de abolição das técnicas usadas pelos juristas para ampliar o sentido das Leis Imperiais e restringir a aplicação das Leis do Reino. Foram excetuadas, porém, as restrições e ampliações que fossem naturais da leitura das leis nacionais ou que fossem de acordo com a boa razão.

No parágrafo décimo segundo e décimo terceiro, houve grande limitação do direito subsidiário em comparação com o que estava em prática. Determinava-se que aos “Tribunais, e Ministros Seculares não toca o conhecimento dos pecados; mas sim, e tão somente, o dos delitos” (1858, p. 413), ou seja os tribunais civis não mais aplicariam o direito canônico. Além disso, passava a ser proibido o uso em juízo das glosa e opiniões de Acúrsio e de Bártolo.

Por fim, o décimo quarto parágrafo estabelece os critérios para validação dos estilos da corte e do costume. Quando ao primeiro, “devem ser somente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos Assentos na Casa da Suplicação”, já o segundo precisaria de três critérios cumulativos: ser conforme à boa razão, não ser contrário às leis do reino e exceder o tempo de cem anos (1858, p. 414).

Tendo o conteúdo da lei sido explanado, questiona-se se seu teor objetivava a alteração da norma de reconhecimento vigente. Ao se falar em alteração da norma de reconhecimento, subentende-se essencialmente a modificação da prática de determinado contexto. Entretanto, em maiores detalhes, a referida norma pode ser alterada no seu sentido amplo, ou seja, a alteração de quaisquer normas secundárias, como também pode haver a alteração da norma de reconhecimento última, assim o fundamento da prática jurídica seria substituído.

Ao se apontar, como o faz a própria Lei da Boa Razão, a forma como os julgadores desviavam das leis do reino para aplicar o direito subsidiário, em respeito à *communis opinio*, questiona-se o lugar normativo da vontade do rei na “pirâmide” das normas secundárias. A dúvida levantada é se as leis do reino eram aplicadas por obediência à vontade do rei ou por incorporação dos preceitos do direito comum e da opinião comum dos doutores. Seria esse um caso de um novo sistema jurídico que nasce de outro preexistente?

Nessa perspectiva, Hespanha (1978, p. 75-78) afirma que, lidando com a ideia da inevitabilidade da função criadora dos juristas, a lei objetivou modificar o próprio trabalho destes, para adequá-lo ao novo contexto e aos anseios da Europa burguesa. A centralização da interpretação autêntica na vontade do monarca, representada principalmente pela Casa da Suplicação, era objetivo praticamente inalcançável pela vastidão do reino, daí conceber que uma solução viável seria a de admitir a interpretação doutrinal, mas como ferramenta de

reforma, ou seja meio para a modernização do direito português à luz do jusnaturalismo. Ainda nesse viés, o autor escreve:

Isto quer dizer que, se até aí o direito nacional era tido como um reflexo do direito romano, devendo a interpretação tender para uma progressiva aproximação dos dois direitos, agora ele vai ser entendido como uma manifestação do direito natural, a este se recorrendo para esclarecer os seus sentidos ocultos. (HESPANHA, 1978, p. 77-78)

Dessa forma, seria possível confirmar que a lei projetava a alteração da norma última de reconhecimento. Lançando-se mão de uma analogia, pode-se dizer que a Lei da Boa Razão objetivava fazer um enxerto¹³ do antigo ordenamento jurídico, em que o “sistema enxertado” foi inserido em outra “planta” jusnaturalista, que passaria a “nutrir” o novo sistema. O que fundaria o direito não seria mais, na perspectiva interna, a ordem natural criada por Deus, mas a ordem natural apreendida pela razão.

Ademais, mesmo que se entenda que a alteração almejada não seria suficiente para inaugurar uma nova norma última de reconhecimento, pelas próprias dificuldades de tal constatação, não é possível negar que houve mudança das normas de reconhecimento em sentido amplo, ou seja das normas secundárias que tratavam das normas primárias. Os parágrafos mencionados inequivocamente alteram as “regras do jogo”, o que geraria mudanças no próprio reconhecimento do que é direito.

Usando-se da divisão entre normas primárias e secundárias já acima apresentada, podemos apontar como normas secundárias de modificação os seis primeiros parágrafos, por tratarem da forma como serão estabelecidos novos assentos; o parágrafo oitavo, por estabelecer a forma pela qual os assentos das Relações Subalternas serão aprovados; e o parágrafo décimo quarto, visto ter apontado o modo de aprovação dos estilos da corte pela Casa de Suplicação.

Já quanto às normas secundárias de julgamento, destaca-se as atribuições e competências conferidas ao regedor para viabilizar assentos, nos parágrafos segundo, sexto e oitavo, bem como seu dever de nomear desembargadores que decidirão o caso em questão, no parágrafo terceiro. Além disso, no parágrafo oitavo é observável essa natureza, por causa da negação da competência das Relações do Porto, Baía, Rio de Janeiro e Índia de proferir assentos.

¹³De acordo com o dicionário Michaelis (2015), enxerto é o “Processo de propagação das plantas floríferas e frutíferas, caracterizado por associar duas plantas diferentes, em que uma delas sustenta a gema, o broto ou o ramo da outra que se pretende desenvolver, com os nutrientes necessários” (ENXERTO, 2015).

No que tange às normas secundárias de reconhecimento em *stricto sensu*, relevam-se os critérios identificadores do direito dispostos no parágrafo nono, quando trata da boa razão e das fontes; no parágrafo décimo e nono, com a prescrição do modo de “encontrar” a lei a ser aplicada na hipótese de a fonte ser romana; no parágrafo décimo terceiro, com a disposição de que as glosas de Acúrsio e Bártolo não são mais fontes; e no parágrafo décimo quarto, com a indicação de que estilos e quais costumes são aplicáveis no direito (1858, p. 408-414).

Diante de tudo isso, é possível admitir que a Lei da Boa Razão pode ser entendida como um projeto para alterar a prática dos juristas letrados. Sua redação em diversos momentos aponta e critica a prática dita deturpada dos juristas, determinando, em seguida, as possíveis soluções para esse problema, o que se alinha bem ao ideário iluminista português aqui apresentado. Outrossim, tal compreensão se reforça pela vinda posterior dos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, que, alterando a formação acadêmica dos juristas, logo o berço de seu discurso, entendia que o direito só poderia ser alterado se os julgadores também o fossem.

Pontua-se, também, que sua análise à luz da teoria de Hart se mostrou possível, principalmente, pelo fato de que a lei estava inserida em um sistema, nos termos hartianos. De fato, embora diferente dos sistemas jurídicos atuais, a Lei da Boa Razão já estava inserida em um contexto normativo formado por normas primárias, como as próprias condenações que traz em sua redação, e normas secundárias, como acima exposto. Essa conexão entre os símbolos teóricos e os fatos apreendidos das fontes da época permitiu esta análise.

5 CONCLUSÃO

Com este trabalho, foi possível estudar a teoria do direito de Hart e descobrir como ela foi aprimorada e influenciada pelo contexto jurídico e intelectual em que o pensador viveu. Seu esforço partiu antes da crítica de modelos normativos existentes e difundidos em sua época do que de especulações filosóficas abstratas sobre a essência do direito. Tal característica é consequência lógica da abordagem realista de Hart, uma vez que trata o direito como fruto da linguagem, ou seja, o uso dessa ideia pelas pessoas é que deve guiar as investigações sobre seu entendimento. Ademais, observamos que, por partir de uma análise da realidade social da linguagem, sua teoria tangencia com frequência outras áreas do conhecimento, evidenciando sua importância para a compreensão do complexo fenômeno jurídico.

Ademais, apresentou-se de forma ampla o contexto de Portugal no século XVIII. Foi visto como o iluminismo, com suas ideias humanistas, influenciou o país e sua população, principalmente pela comparação econômica, política e social que foi feita com outros países, principalmente por portugueses que moraram no exterior, os ditos estrangeirados. Nesse contexto, também foi mostrado como as correntes jusnaturalistas racionais e humanistas influenciaram a cosmovisão dos juristas, a ponto de alterar a fundação eminentemente divina que o direito tinha até então. Ressaltou-se, ainda, a relação desse ímpeto iluminista de reforma com as pretensões de soberania e centralização do reino, que levaram ao despotismo esclarecido.

Além disso, analisou-se a Lei da Boa Razão à luz da teoria do direito de Hart, demonstrando que, apesar da distância geográfica e temporal do jurista inglês, é possível utilizar sua teoria na observação de uma lei portuguesa do século XVIII. Com isso, entendeu-se que a estrutura predominantemente linguística da teoria hartiana a confere relativo caráter de atemporalidade, na medida em que não objetiva conferir conteúdo essencial ao direito, mas atribuir estruturas e critérios para que este possa ser identificado. Para saber o que é direito basta, de forma bem resumida, questionar o que é direito. Embora a opinião de alguns, como os julgadores, tenha maior valor prático que a de outros, partindo da ideia que o significado dado a uma palavra é construído socialmente, sua teoria pode ter ampla utilização nas pesquisas sociais. Contudo, os resultados não permitem inferir que seja uma teoria absolutamente atemporal, uma vez que o contexto analisado é relativamente próximo do de Hart, em comparação com a diversidade imensa de fenômenos jurídicos na história da humanidade.

Foi visto, também, que a Lei de 18 de Agosto de 1769 pode ser entendida como um projeto de alteração da prática dos juristas, dos tribunais e dos advogados de seu tempo. Enquanto projeto reformador, não pode ser entendida fora do contexto das reformas iluministas de Pombal nem dissociada dos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, que buscavam alterar a lógica interna da compreensão jurídica através da reforma do ensino universitário.

Diante disso, a análise da Lei da Boa Razão sob a óptica da teoria hartiana nos permitiu concluir que o direito está intrinsecamente ligado à visão de mundo e, conseqüentemente, à formação intelectual dos juristas. A maneira como a lei tratou de interpretar as Ordenações por meio do jusnaturalismo mostrou que analisar o direito deste período não pode se limitar à observação da redação das leis em vigor, e deve entender que o sentido desses textos legais depende do discurso dos juristas. O foco da reforma, então, não foi a alteração da redação normativa em vigor, mas a modificação das ideias do contexto. Nesse sentido, esse caráter de discurso é enfatizado pela teoria de Hart, ao conceber o aspecto interno e externo da prática jurídica. O uso do conceito de normas de reconhecimento também ressaltou o papel sistêmico da referida lei, demonstrando um caso em que se buscou traduzir as mudanças na cosmovisão social em alterações normativas. O presente estudo, uma vez que destaca esse caráter linguístico e social da norma, trilha caminhos para uma análise da repercussão fática dessa reforma nos tribunais.

De fato, a análise da referida lei não foi suficiente para demonstrar se o projeto pombalino foi concretizado, visto que tais resultados só poderiam ser melhor verificados se analisadas as decisões dos julgadores após a reforma. Assim, usando-se da linha de Hart, uma forma de saber se a prática jurídica, simbolizada na norma de reconhecimento, mudou seria através do estudo do aspecto interno daqueles que julgavam o que era o direito na prática.

Nesse viés, a teoria do direito de Hart se mostra oportuna para a história do direito, já que está de acordo com as novas compreensões do direito como discurso e das fontes como atos de linguagem. O enfoque realista de Hart ajudaria a destacar a lógica interna dos juristas de tempos pretéritos, evitando possíveis anacronismos. Ademais, Hart não ignora o papel criador dos juristas no direito, o que ajuda a contextualizar e a combater certos idealismos no pensamento jurídico na história.

Já no âmbito pessoal, este trabalho foi de grande valor na expansão do conhecimento jurídico. Considerando a grade curricular extremamente voltada para o ensino da dogmática jurídica, com maior foco para a prática que para a reflexão, o estudo do Hart abriu portas para entender o direito sem suas idealizações discursivas. Em outras palavras, ajudou a destacar o

caráter positivo e linguístico do direito e o papel dos juristas ainda hoje na formação deste. Além disso, o contato com a história do direito contribuiu para a desmistificação e desnaturalização do direito vigente, na medida em que mostrou como contextos diferentes podem encarar o direito de forma diversa.

Espera-se, por fim, que esta monografia contribua para futuros estudos da história do direito e de sua metodologia, que ajude na compreensão do direito português no século XVIII, e que facilite a interligação entre as áreas da teoria do direito e história do direito.

REFERÊNCIAS

BOTO, Carlota. A dimensão iluminista da reforma pombalina dos estudos: das primeiras letras à universidade. **Revista Brasileira de Educação**, v. 15, n. 44, 2010, p. 282-299.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 20 de jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 20 de jun. 2022.

CABRAL, Gustavo César Machado. A lei da boa razão e as fontes do direito: Investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 2010.

_____. **Direito natural e iluminismo no Direito Português do final do Antigo Regime**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2011.

_____. **Ius commune**: uma introdução à história do direito comum do Medieval à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. Iluminismo y derecho penal en Portugal: una contribución desde las decisiones de la Casa da Suplicação (siglo XVIII). **Iluminismo y derecho penal en Portugal: una contribución desde las decisiones de la Casa da Suplicação (siglo XVIII)**, p. 145-162, 2021a.

_____. Uma teoria do direito para a América Portuguesa (Séculos XVI-XVIII). In: CABRAL, Gustavo César Machado; FARIAS, Delmiro Ximenes de; PAPA, Sarah Kelly Limão. **Fontes do direito na América Portuguesa**: estudos sobre o fenômeno jurídico no Período Colonial (Séculos XVI-XVIII). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021b. p. 17-52. ISBN 978-65-5917-176-7. Disponível em: <https://www.editorafi.org/>. Acesso em: 12 maio 2022.

COLLECCÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUGUEZA desde a última compilação das ordenações, redegida pelo desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1763 a 1774. Lisboa : Typografia de L. C. da Cunha, 1858.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Debate jurídico e solução pombalina. In: ANTUNES, Manuel. **Como interpretar Pombal?**: No bicentenário de sua morte. Lisboa, PT: Edições Brotéria, 1983. p. 81-107.

_____. **História do direito português**. Coimbra: Almedina, 1989. 451 p.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e Declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. **Revista**

Portuguesa de História. Tomo XIV. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1974. p. 177-316. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/handle/10316.2/46682>. Acesso em: 13 mar. 2022.

ENXERTO. In: MICHAELIS, **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa.** São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/enxerto>. Acesso em: 27 maio 2022.

FALCON, Francisco José Calazans. **A Época Pombalina:** política econômica e monarquia ilustrada. 2 ed. São Paulo: Ática, 1993.

_____. **Iluminismo.** 4. ed. São Paulo: Ática, 1994.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2009.

GALLIGAN, Denis. **Law in modern society.** New York: Oxford University Press, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays in jurisprudence and philosophy.** Oxford: University Press, 1983.

_____. **O conceito de direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas, em, **A história do direito na história social.** Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

_____. **O Caleidoscópio do Direito:** o Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje, 2ª edição, reelaborada, Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Cultura jurídica europeia:** síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **A ordem do mundo e o saber dos juristas:** imaginários do antigo direito europeu. Lisboa: Kindle Direct Publishing, 2017.

KOSCHAKER, Paul. **Europa y el derecho romano.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

LEITE, António. A ideologia pombalina: despotismo esclarecido e regalismo. In: ANTUNES, Manuel. **Como interpretar Pombal?:** No bicentenário de sua morte. Lisboa, PT: Edições Brotéria, 1983. p. 27-54.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 53, n. 212, p. 203-226, 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p203.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

MARQUES, A. H. de Oliveira. **História de Portugal**: Desde os tempos mais antigos até ao governo do sr. Pinheiro de Azevedo. 4. ed. Lisboa: Palas Editores, 1980. 698 p. v. 1.

MARQUES, Mário Reis. **História do Direito português medieval e moderno**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MAXWELL, Kenneth. **Marquês de Pombal**: Paradoxo do Iluminismo (Título original: Pombal, Paradox of the enlightenment); Tradução: Antônio de Pádua Danesi. 2. ed. Brasil: Paz e Terra. 1997.

MONTEIRO, Nuno Gonçalo. Idade Moderna (Séculos XV-XVIII). In: RAMOS, Rui. **História de Portugal**. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2009. cap. 2, p. 197-435.

ORDENAÇÕES AFONSINAS. Ordenações Afonsinas. Nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida COSTA e textológica de Eduardo Borges NUNES. Reprodução fac-similada da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra em 1792. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ORDENAÇÕES MANUELINAS. Livro I. 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.

PAYNE, Michael. Hart's concept of a legal system. **Wm. & Mary L. Rev.**, v. 18, p. 287, 1976.

RAZ, Joseph. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. In: COLEMAN, J. L. **Hart's postscript**: essays on the postscript to The concept of law. Oxford; New York: Oxford University Press, 2001. cap. 1, p. 1-37.

SARAIVA, José Hermano. **História Concisa de Portugal**. 7.ed. Coleção Saber. Publicações Europa/América. 1981

SARTORIUS, Rolf. Hart's concept of law. **More Essays in Legal Philosophy**, 1971. p. 131-161.

SEARLE, John. **The construction of social reality**. New York: The Free Press, 1995.

SILVA, Ana Rosa Cloclot da. O Marquês de Pombal e a Formação do Homem-Público no Portugal Setecentista. In: FALCON, Francisco & RODRIGUES, Claudia, **A "Época Pombalina" no Mundo Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português**: fontes de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

STOLLEIS, Michael. **Escrever história do direito**: reconstrução, narrativa ou ficção?. Editora Contracorrente, 2020.

SUPPES, P., What is a scientific Theory. In: Sidney Morgenbesser (Ed.), **Philosophy of Science Today**. New York: Basic Book; Inc., 1967. p. 55-67.

TELLES, José Homem Correia. **Commentario crítico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typografia de N. P. de Lacerda, 1824.