

O REFORMISMO NORMATIVO BOURBÔNICO ESPANHOL: UMA VIA ALTERNATIVA PARA A MODERNIDADE JURÍDICA?*

SPANISH BOURBONESQUE NORMATIVE REFORMISM: AN ALTERNATIVE VIEW TO LEGAL MODERNISM?

Ezequiel Abásolo**

RESUMO

O artigo apresenta uma releitura do reformismo normativo borbônico espanhol como estratégia típica do séc. XVIII para estabelecer o direito vigente nos domínios da Coroa de Espanha. Mesmo tendo em conta os elementos do casuismo que advinham de período anterior, os Bourbon definiram um sistema novo que se apresentou nas compilações legislativas da época, entrando inclusive no início do séc. XIX, com diferenças ante o modelo francês de código (do *mos geometricus*). Por fim, demonstra a relevância de fazer-se a distinção entre dois conceitos de Modernidade jurídica, uma radical e outra moderada.

PALAVRAS-CHAVE

História do Direito. Reformismo. Compilações. Modernidade Jurídica.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Algumas palavras sobre a relação entre as compilações borbônicas e a modernidade jurídica. 3 O desapego quanto às práticas e aos critérios jurídicos antigos 4. 4 A incorporação de elementos jurídicos modernos. 5 Considerações gerais. Referências.

REFERÊNCIA: ABÁSULO, Ezequiel. O reformismo normativo borbônico espanhol: uma via alternativa para a modernidade jurídica? *Res Severa Verum Gaudium*, v. 3, n. 1, Porto Alegre, p. 5-16, mar. 2017.

ABSTRACT

The article presents a rereading of spanish borbonesque normative reformism as a typical strategy of the 18th century to establish the rule of law in the areas of the Crown of Spain. Even taking into account the elements of casuism that came from the previous period, the Bourbon defined a new system that was presented in the legislative compilations at the time, even entering the beginning of the 19th century presenting differences with the French code model (the *mos geometricus*). Finally, it shows the relevance of distinguishing between two concepts of legal Modernity, one radical and the other moderate.

KEYWORDS

Legal History. Reformism. Compilations. Legal Modernism.

1 INTRODUÇÃO

Inspirado pela *cultura da suspeita* que tão bem caracteriza o mestre Pio Caroni¹, tomo como ponto de partida de minhas indagações sobre as características do direito da época borbônica^a as inteligentes reflexões do professor Bartolomé Clavero. Contudo, também nesta oportunidade recorro às

* Texto original em língua espanhola: ABÁSULO, Ezequiel. El reformismo normativo borbónico: ¿vía alternativa a la modernidad jurídica?. In: ABÁSULO, Ezequiel. *Animado yo de los mismos deseos de mi agosto padre: Estudios y documentos sobre la fijación del Derecho de la Monarquía española durante la época de Carlos IV*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2009. p. 75-88. Tradução de Alfredo de J. Flores (Prof. Permanente PPGDir-UFRGS).

** Professor em História (Faculdade de Filosofia, Ciências da Educação e Humanidades da Universidade de Morón, 1992). Advogado (Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Morón, 1995). Doutor em Ciências Políticas (Universidade Católica Argentina, 2006). Doutor em Direito (Universidade de Buenos Aires, 2001). Especialista em Direito Militar (Escola Superior de Guerra – Argentina, 1997).

¹ CARONI, Pio. *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 14.

^a *Nota de tradução:* O período de domínio dos Bourbon durante o Antigo Regime se inicia no ano de 1700 com a ascensão de Felipe V ao trono espanhol e se caracteriza durante todo o séc. XVIII por um espírito de reformas políticas, o que era muito típico daquela época na Europa.

suas propostas para dar uma perspectiva diferente. Disse o catedrático sevilhano – e o fez bem na medida em que se entenda a sua afirmação de acordo com o que explicaremos na sequência – que “a lei do código não será a lei da compilação”. Continuando, sustenta (esgrimindo outras ideias que eu não concordaria) que “esta [ele se refere à lei da compilação] se subordinava à doutrina e à história, enquanto que aquela [a do código] irá se impor sobre ambas; daí que a compilação não somente poderia ser um corpo de escassa sistemática, muita casuística e quase nula generalidade em suas disposições, mas inclusive estava obrigada a sê-lo”.²

Do citado acima, parece-me oportuno deter-me em três questões. A primeira, que ainda que concorde com isso, de que a lei do código não é a da compilação, o acordo só se mantém enquanto não signifique entender as diferenças entre as normas incorporadas a códigos do *mos geometricus* e as compiladas como expressão de um inevitável jogo de opostos, em que necessariamente as duas devam ser tomadas como contrastantes. E ao anterior agrego que tampouco coincidiria com a frase, se com ela se pretendesse aludir à existência de uma “lei da compilação” sempre uniforme e genericamente intemporal. Vale dizer, que se apontasse para sustentar que todas as disposições compiladas participam entre si, pelo simples fato de sua reunião num corpo normativo de dimensão coletiva, de uma idêntica natureza, com independência de que se trate de leis concebidas em épocas diferentes. Suponhamos, umas do séc. XV e outras do séc. XVIII.

Segunda questão. Que a norma correspondente a um código “ao estilo francês” (que desse paradigma legal se trata) apareça, em princípio, como autônoma frente à doutrina e à história – posição que, diga-se de passagem, enquanto se formular no plano da pura teoria, deveria transigir logo com a realidade –, não implica que a lei da compilação se incline em todas as situações ante o saber dos juristas e as recomendações do costume. Agora, por acaso sustento que a lei da compilação prescinde sempre de autores e de usos? Não. O que quero assinalar é que a norma compilada na Espanha no final do séc. XVIII se move com os critérios jurídicos profissionais e populares de maneira diferente ao que se fazia em épocas prévias. Assim, ainda que não chegue a uma autonomia plena quanto à doutrina e às práticas – ideal ao qual em verdade se aspira, mas que se considera de impossível concreção para finais dos Setecentos –, a dependência legal para com o passado e o saber dos *experts*, se bem que pode resultar ocasionalmente funcional ao interesse do legislador – o qual, por certo, não é um tema menor – não alcança, nem se quisesse, a intensidade de outrora.

Terceira questão. Aquilo da “escassa sistemática, muita casuística e quase nula generalidade” merece mais de uma explicação, enquanto que as diferenças na ordenação dos materiais normativos

² CLAVERO, Bartolomé. La idea de código en la ilustración jurídica. *Historia, Instituciones, Documentos* (Sevilla), n. 6, 1978, p. 61.

que as compilações da época de Carlos III e Carlos IV oferecem a respeito dos códigos do *mos geometricus* não necessariamente implicam na ausência de sistema. Também não evidenciam *de per se* o exíguo do mesmo. Entendo, pelo contrário, que o que estes corpos legais fazem é propor um método alternativo àquele consagrado pela codificação ao estilo francês, de maneira tal que o racionalismo se concilia com a tradição jurídica local. Em outras palavras, o que surge é um estilo normativo distinto, que não se identifica tanto com uma mudança dramática na organização e apresentação geral do plexo normativo, mas antes com uma transformação mais sutil, operada, em boa medida, no nível das leis isoladamente consideradas. Explico. O “sistema novo” das compilações do séc. XVIII se manifesta, antes de tudo (ainda que não exclusivamente), no conteúdo e formulação de suas leis mais recentes, sendo que muitas das quais gozaram de alcance geral e se opuseram, com modalidades distintas, ao secular casuísmo.

2 ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE AS COMPILAÇÕES BOURBÔNICAS E A MODERNIDADE JURÍDICA

Não resulta infrequente que, sustentadas em grande parte em algumas das afetadas diatribes que ocorreram no marco da crise do absolutismo (as quais se dirigiam a condenar sem rodeios o direito impulsionado ou admitido pelos monarcas do séc. XVIII), as visões retrospectivas sobre as compilações borbônicas fazem eco de uma presumida carência de organização sistemática. Aceitando-se simplesmente a sua marginalidade quanto a todo método “científico” e “regular” – tal como se propunha em alguns escritos polêmicos da segunda década do séc. XIX³ – resultaria ocioso indagar a respeito das características do plexo jurídico desenhado pelo reformismo dos Bourbon. Em nossos dias – esclareço – aderem a esse tipo de posições alguns distintos estudiosos, os quais, por exemplo, sustentam que “a compilação não precisava de método, porque nela não se fundava o direito nem se concebia tal possibilidade de fundação; a compilação teria de repudiar o método porquanto este, com sua intrínseca vocação fundacional, podia então, num corpo legislativo, suplantar a doutrina que tradicionalmente definia e desenvolvia os princípios mais gerais da ordem constituída”.⁴

De minha parte, estou longe de compartilhar critérios análogos. Isso é assim na medida em que, logo de incursionar num exercício imprescindível, mas pouco praticado – refiro-me à consulta direta de fontes e ao exame desapassionado do marco teórico aplicável – terminei por despojar-me de dois clichês anacrônicos.

³ As palavras citadas entre aspas são utilizadas, entre outros documentos, em: *Observaciones sobre los defectos del Código de la Novísima Recopilación y Plan para corregirlos. Informe al Real y Supremo Consejo de Castilla por el Colegio de Abogados de Sevilla*, Sevilla, 11 de diciembre de 1816 – Archivo Histórico Nacional (Madrid), Consejos, legajo 4176, expediente 1, pieza 2°, foja 23.

⁴ CLAVERO, La idea de código..., cit., p. 60.

O primeiro tem relação com a suposta carência de ordem que afetaria o direito borbônico. Admito, como não poderia ser de outra maneira, que este discorria por modalidades alheias às dos Códigos do *mos geometricus*, e, por consequência, às dos nossos. Contudo, disto não se deve inferir simplesmente a ausência de ordem, nem que o seu desenho fosse escassamente sofisticado. Pelo contrário; entendo ser bem significativo que os testemunhos da época nos remetam uma e outra vez à gravitação do “método observado”.⁵ Logicamente, em atenção aos motivos que acabo de mencionar, estou consciente de que, ao neófito disciplinado na lógica jurídica contemporânea, o aludido método do direito compilado poderá não lhe parecer tal, razão pela qual a agrupação de normas do séc. XVIII se lhe aparecerá como um emaranhado caótico. Entretanto, o que um olhar mais atento permite descobrir, por exemplo na *Novísima Recopilación*, é um singular estilo jurídico, afastado daquele dos velhos corpos de leis dos sécs. XV e XVI. Ou seja, vinculado a outra ordem. A esse respeito, devem-se ter em conta umas modalidades de leitura legal que não são as nossas. Umas que implicam entender que, apesar das aparências, as leis agrupadas não eram iguais entre si. Desta maneira, a sucessão de capas normativas nesse momento adquire plenitude por meio de uma integração recíproca que, entre outros requisitos, supõe admitir uma relação hierárquica de acordo com a data e consultar as notas incorporadas à compilação pelo legislador.

O segundo preconceito que deixo de lado é aquele segundo o qual somente resulta concebível uma ideia de sistema jurídico. Por certo, este monismo se identifica, ademais, com as propostas dos instrumentos normativos acolhidos pelos juristas do *mos geometricus*. Entretanto, que hoje este seja o parecer dominante, não necessariamente significa que o tenha sido no final do séc. XVIII, nem tampouco no começo do séc. XIX. Assim assentadas as coisas, isto explica por que durante aqueles dias se manifestou uma peculiaridade intelectual muito problemática para nós. Refiro-me à promíscua convivência – às vezes, inclusive, no interior do pensamento de um mesmo jurista – de algumas concepções de direito descarnadamente matematizantes com outras inclinações a tomar as coleções de leis como corpos codificados.⁶ A explicação deste fenômeno – uma de cujas consequências consistiu em designar às compilações a condição de códigos⁷ – não exige maiores elucubrações. É que nada mais obedeceu à aceitação corrente de um significado amplo do vocábulo *sistema*. Vale dizer, pois, que ao que essa palavra remetia então era a uma noção de ordem material, transpassada pela pretensão de

⁵ Cfr. a *Real cédula* dada por Carlos IV no dia 9 de setembro de 1791 – lei 10, título 17, livro 1, *Novísima Recopilación*. Também a *Real resolución* dada por Carlos IV no dia 27 de fevereiro de 1802 – lei 15, título 18, livro 1, *Novísima Recopilación*.

⁶ Sobre este tema, ver: PETIT, Carlos. El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XLVIII, fascículo IV, out-dez 1995, p. 1433 et seq.

⁷ Sobre isto, pode-se ver: MORA CAÑADA, Adela. En los comienzos de la codificación civil española. *Forum historiae iuris*, n. 10-11. Disponível em: www.forhisiur.de/zitat/0508mora.htm.

consagrar um emaranhado normativo estável, autônomo e hierarquizado.⁸ Feito este esclarecimento, entende-se que, longe de ser o fruto de uma confusão sem sentido, a assimilação genérica das compilações aos códigos resultava ser lógica, ademais de conciliável com os postulados da Modernidade.

Com relação ao assinalado, em último caso verifico que as compilações borbônicas contavam com aptidão suficiente para satisfazer a maior parte das aspirações que também pretendiam cobrir os mais caros expoentes normativos do triunfante *mos geometricus*. Com efeito, salvo pelo componente liberal, ademais de sistemáticos, os corpos legais do séc. XVIII da monarquia espanhola perseguiram, de modo igual aos códigos “ao estilo francês”, a plenitude e a prevalência de suas disposições; proporcionar uma nova formulação orgânica aos antigos preceitos jurídicos; simplificar a atividade dos usuários do direito; reforçar o papel da lei frente ao da doutrina e ao do costume; consagrar o império de concepções normativas mais abstratas; avançar no caminho da secularização; circunscrever o âmbito de vigência do direito às fronteiras políticas da Coroa; e fazer dos poderes públicos os protagonistas exclusivos da produção jurídica.

Em conclusão, frente ao hábito de identificar irreflexivamente ao código do *mos geometricus* como a única expressão fidedigna da Modernidade jurídica, tenho para mim que este tipo de instrumentos somente constituiu uma entre várias alternativas possíveis. Em consequência, entre elas também devem incluir-se as compilações borbônicas espanholas.

3 O DESAPEGOS QUANTO ÀS PRÁTICAS E AOS CRITÉRIOS JURÍDICOS ANTIGOS

Bastaria uma rápida leitura das compilações do séc. XVIII para concluir que nelas as normas de mais recente aparição tocam por completo o entrelaçado de referências doutrinárias, tão caro à cultura do *ius commune*. Melhor é a sorte do elemento consuetudinário, cuja precariedade aflora por onde queira. Assim, por exemplo, uma cédula dada por Carlos III em 1786 somente admite “por agora” a subsistência “dos estatutos e costumes que existam nas igrejas de fazer as provas aos eclesiásticos que obtenham dignidades, canonicatos, *raciones*^b ou outros quaisquer ministérios, em tudo o que seja compatível com o benefício da causa pública e dos mesmos providos”.⁹ Entretanto, sem perder de vista a frequente inferioridade que se atribui ao costume ante a lei, também se registram ocasiões em que se lhe concede um amplo espaço. O fenômeno se adverte nas situações em que a monarquia encontra sustento para o seu apetite político. Tal é o caso em que o rei declara que “se guarde e observe a antiga

⁸ Sobre tais temas, ver: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La fijación del derecho: contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1977. p. 22; SEVE, René. *Système et code. Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, 1986, p. 80.

^b *Nota de tradução*: as “*raciones*” são parte das rendas da catedral devidas a cônegos (os “canónigos”).

⁹ *Real cédula* dada por Carlos III no dia 29 de janeiro de 1786 – lei 18, título 18, livro 1, *Novísima Recopilación*.

e consolidada prática” sobre a retroação das pensões concedidas na terceira parte do valor das *mitras*.¹⁰ Ainda mais contundente foi a simpatia suscitada por uma antiga lei de Afonso XI, em que, de acordo com a qual, “costume antigo é, em Espanha, que os reis de Castela consintam as eleições que se hão de fazer dos bispos e prelados, porque os reis são patronos das igrejas”.¹¹ Em definitivo, tal como assinala Manuel Martínez Neira, o interesse da Coroa num entrelaçado jurídico completamente racional diminuía cada vez que dele pudessem degradar-se umas regalias apoiadas na tradição e na ordem antiga.¹²

De outra parte, cabe destacar que, ainda que não tenham desaparecido de todo, mais de uma das velhas expressões do casuísmo se batem em retirada. Em consequência, não é raro topar-se com decisões régias que mandam ou observam “*por punto general*”^c o cumprimento de certas condutas.¹³ Um exemplo do que se refere é o da lei dirigida a “*todos os curas, por punto general, que obtenham curatos de último ascenso, ou reputados por tais em suas dioceses ou territórios*”.¹⁴ Por certo, não é um dado menor que este novel “sistema insinuado de uniformidade”¹⁵ venha da mão de uma incipiente imposição de regras comuns e iguais para todos os súditos¹⁶; em outros termos, cujo cumprimento se exige a “qualquer pessoa de ambos os sexos, seja de estado e condição que fosse”.¹⁷ Uma manifestação do citado se reflete naquela decisão mediante a qual o monarca se serviu para estabelecer um “sistema de uniformidade e economia na administração de todos os ramos que constituem meu Real Patrimônio”, para efeitos de “evitar os embaraços experimentados com a inútil e ainda prejudicial distinção de empregos de umas mesmas ou semelhantes funções”.¹⁸ Igualmente ilustrativas seriam as palavras de Carlos IV ao explicar que “o único objeto que me propus nas variações do sistema administrativo e econômico de minha Real Armada ... foi o desejo de manter a maior unidade possível nos princípios do Governo”, depois do qual assinala que “a verdadeira unidade consiste em que todos os ramos de Marinha tenham um centro comum, para que, deste modo, não se contradigam nem entorpeçam as providências”. O rei esclarece, ademais, que “nos novos regulamentos, que mandei dispor, deverão ficar

¹⁰ *Real resolución* dada por Carlos IV no dia 7 de dezembro de 1799 – lei 12, título 23, livro 1, *Novísima Recopilación*.

¹¹ Lei dada por Alfonso XI em 1328 – lei 1, título 17, livro 1, *Novísima Recopilación*.

¹² MARTÍNEZ NEIRA, Manuel. La ilustración (jurídica) española. In: PECES BARBA, Gregorio et alii. *Historia de los derechos fundamentales*. t. II (siglo XVIII - vol. I). Madrid: Dykinson, 2001. p. 401.

^c *Nota de tradução*: a expressão “*por punto general*” é própria do contexto, correspondendo hoje ao que se diz “por regra geral”.

¹³ *Real orden* dada por Fernando VI no dia 29 de junho de 1751 – lei 17, título 18, livro 1, *Novísima Recopilación*. Regras para a extração de réus refugiados a sagrado, formação e determinação de suas causas, dadas por *Real cédula* de Carlos IV no dia 11 de novembro de 1800 – lei 6, título 4, livro 1, *Novísima Recopilación*.

¹⁴ *Real resolución* dada por Carlos III no dia 16 de outubro de 1786 – lei 14, título 18, livro 1, *Novísima Recopilación*.

¹⁵ *Real decreto* dado por Carlos III no dia 8 de julho de 1787 – nº 13, lei 13, título 6, livro 3, *Novísima Recopilación*.

¹⁶ Cfr. *Real decreto* dado por Carlos III no dia 8 de julho de 1787 – nº 13, lei 12, título 6, livro 3, *Novísima Recopilación*.

¹⁷ Regras para a extração de *reos refugiados a sagrado*, formação e determinação de suas causas, dadas por *Real cédula* de Carlos IV no dia 11 de novembro de 1800 – lei 6, título 4, livro 1, *Novísima Recopilación*.

¹⁸ *Real decreto* dado por Carlos IV no dia 28 de fevereiro de 1785 – lei 17, título 6, livro 3, *Novísima Recopilación*.

uniformizados todos os ramos” da Armada, conforme a “ordem e método da *ordenanza* de arsenais, enquanto que pelos novos regulamentos não se fixe e estabeleça outro sistema”.¹⁹

Correlativamente, na hora de omitir alguns conteúdos normativos contemplados na *Recopilación de 1567*, não foi estranho que se eliminassem os de caráter assinaladamente casuísta. Assim, por exemplo, da *pragmática* dada em Madri por Felipe II no dia 20 de março de 1565 – que se incorporou como a Lei 2, título 3, libro 1, da *Novísima Recopilación* –, entre outros parágrafos se suprimiu o primeiro, que ordenava “que daqui em adiante por nenhuma pessoa defunta de qualquer qualidade, condição, e proeminência que seja, pode-se trazer, nem por luto, senão fosse por pai, ou mãe, ou avô, ou avó, ou outro ascendente, ou sogro, ou sogra, ou marido, ou mulher, ou irmão, ou irmã”.

4 A INCORPORAÇÃO DE ELEMENTOS JURÍDICOS MODERNOS

Antecipo que não permaneço indiferente às incongruências enfrentadas perante a modernidade jurídica que cabe imputar aos redatores e revisores dos instrumentos legais bourbônicos. Entendo, porém, que somente se trata de inconseqüências minoritárias. A esse respeito, posso trazer à colação o reenvio ao direito comum mencionado nas regras para a extração de alguns *reos refugiados a sagrado*.^{20 d}

Entretanto, o que em troca impera na documentação analisada são umas profundas modificações de mentalidade quanto à tradição normativa precedente. Os mesmos que replicam no âmbito jurídico transformações ocorridas em matéria política e social. Um exemplo significativo do mencionado se adverte no tratamento conferido às romarias. Com efeito, enquanto que, por um lado, na *Novísima* ainda se admite a subsistência de uma antiga lei que garantia a “todos os romeiros e peregrinos que andassem em romaria por nossos reinos, em especial os que fossem e viessem na romaria a Santiago, sejam seguros”²¹, também é verdade que se incorpora a esta uma disposição de Carlos III em que não se oculta a sua animadversão quanto aos peregrinos, como quando se dirige à excessiva fiscalização policial, com “seus papeis, estado, natureza, e tempo que necessitem para ir e voltar; o qual desde a fronteira se assinalará no passaporte”.²²

Algo que as normas das compilações bourbônicas prescrevem uma e outra vez é o protagonismo de umas estruturas políticas impessoais, distantes da antiga centralidade das concretas figuras régias.

¹⁹ *Real decreto* dado por Carlos IV no dia 18 de abril de 1802 – lei 19, título 6, livro 3, *Novísima Recopilación*.

²⁰ Regras para a extração de *reos refugiados a sagrado*, formação e determinação de suas causas, dadas por *Real cédula* de Carlos IV no dia 11 de novembro de 1800 – lei 6, título 4, livro 1, *Novísima Recopilación*.

^d *Nota de tradução*: quanto aos “*reos refugiados a sagrado*”, vinculam-se ao direito de asilo da época, com o tema do traslado de réus para presídios no norte da África, em particular desertores e ciganos.

²¹ Lei 1, título 24, livro 4, *Fuero Real*; lei 1, título 30, livro 1, *Novísima Recopilación*.

²² *Real decreto* dado por Carlos III no dia 24 de novembro de 1778 – lei 8, título 30, livro 1, *Novísima Recopilación*.

Esta modificação se percebe no novel emprego de vocábulos tais como “nação” e “estado”. Assim, por exemplo, num *real decreto* de Carlos III que reproduz o corpo legal sancionado por seu filho, fica assentado que “o bom exemplo do clero secular e regular transcende todo o corpo dos demais vassallos numa Nação tão religiosa como a Espanhola: o amor e o respeito aos Soberanos, à família Real e ao Governo é uma obrigação que ditam as leis fundamentais do Estado, e ensinam as Letras Divinas aos súditos como ponto grave de consciência: de aqui advém que os Eclesiásticos, não somente em seus sermões, exercícios espirituais e atos devotos devem infundir no povo estes princípios, mas também, e com mais razão, absterem-se eles mesmos em todas as ocasiões, e nas conversações familiares, das declamações e murmurações depressivas das pessoas de governo”.²³ De outra parte, enquanto numa *real cédula* compilada se resgata “a importância de que em meus vastos domínios nas Índias e na Ásia se proporcione a promulgação do Evangelho e dilatação da Fé católica em muitas regiões, em que seus habitantes vivem ainda na infidelidade; e que nos já civilizados se continue e estenda por sacerdotes seculares de toda instrução, exemplares costumes, afetos à Nação e a seu Príncipe, desprendidos de interesses e conexões particulares, como que em um e em outro se interessa a Religião e o Estado”²⁴, em outra resolução se alude “às notícias que desejo ter para a mais acertada eleição dos sujeitos nos quais devem prover-se as prelações, dignidades e benefícios eclesiásticos, pela grande utilidade e benefício que se segue à Igreja e ao Estado”.²⁵ A julgar pelo referido, então, resulta clara a irrupção de uma linguagem normativa desconhecida, ligada a concepções políticas e sociais bem diferentes daquelas da monarquia polissinodal^e dos sécs. XVI e XVII. Do que se fala, em termos definitivos, é de contribuir ao “benefício comum do Estado e causa pública”²⁶, e de atender à “conservação do Estado”.²⁷

A primazia deste direito de dimensão legal se consagra com expressões tais como a de que aos particulares “não incumbe julgar nem interpretar as ordens do Soberano”.²⁸ De sua parte, o que a Coroa pretende é terminar com o cenário de incerteza normativa.²⁹ Assim, por exemplo, sustenta que, “a fim de evitar dúvidas na inteligência da cláusula do decreto de 28 de abril de 1789, que diz – nem proibir

²³ *Real decreto* dado por Carlos III no dia 14 de setembro de 1766 – lei 7, título 8, livro 1, *Novísima Recopilación*.

²⁴ *Real cédula* dada por Carlos III no dia 14 de agosto de 1768 – lei 3, título 11, livro 1, *Novísima Recopilación*.

²⁵ *Real resolución* dada por Carlos III no dia 6 de fevereiro de 1786 – lei 13, título 18, livro 1, *Novísima Recopilación*.

^e *Nota de tradução*: o conceito de monarquia “polissinodal” é comum na nomenclatura científica que se utiliza para representar o período de consolidação do Império espanhol, durante o Antigo Regime, sob a tutela dos Habsburgo (logo, antes da ascensão de Felipe V como primeiro monarca Bourbon da Espanha em 1700). O modelo monárquico dos *Austria* era descentralizado, isso em razão das dificuldades notórias de administração dos territórios da Coroa espanhola nos primeiros séculos da Idade Moderna.

²⁶ *Real resolución* sobre observância da lei de amortização no reino de Valência dada por Carlos IV a 25 de setembro de 1796 – lei 20, título 5, livro 1, *Novísima Recopilación*.

²⁷ *Real decreto* dado por Carlos IV no dia 19 de setembro de 1798 – lei 24, título 5, livro 1, *Novísima Recopilación*.

²⁸ *Pragmática sanción* de expulsão da Companhia de Jesus dada por Carlos III no dia 2 de abril de 1767 – *Novísima Recopilación*, número 17, lei 3, título 26, livro 1.

²⁹ Cfr. a *Real orden* dada por Carlos III no dia 11 de novembro de 1787 – lei 15, título 6, livro 3, *Novísima Recopilación*.

perpetuamente a alienação de bens raízes ou estáveis por meios diretos ou indiretos; declaro, devem-se entender compreendidas nelas as capelarias, e quaisquer outras fundações perpétuas”.³⁰ Ou, ainda, chama a atenção sobre as múltiplas “dúvidas que em todos os tempos se suscitaram para entorpecer o cumprimento da lei de amortização e seus saudáveis e importantes fins”.³¹ Agora, o remédio concebido para superar esta situação consiste em exigir a “pontual observância da lei” e a fixação de “um sistema uniforme que a afiance”.³² Nesta mesma ordem de coisas, pode-se recordar, *v.gr.*, que a lei 2, título 4, livro 6, do suplemento da *Novísima*, relativa ao foro dos empregados nas Reais obras de fortificação, declarou “*por punto general*, entenda-se para o sucessivo concedido o foro de *ordenanza* em todos os casos e delitos que se cometam pelos empregados, dependentes ou trabalhadores, ainda que sejam cometidos fora das horas de trabalho, enquanto sejam tidos e reputados como tais empregados e dependentes das Reais obras de fortificação”.

Resulta evidente que, em seu crescente protagonismo normativo, a Coroa insiste em assegurar a primazia legal. Assim, a lei 11, título 2, livro 3, da *Novísima* manda que todas as leis do reino que expressamente não se encontrem revogadas por outras posteriores se observem literalmente sem que se admita a escusa de dizer que não estão em uso. Quanto a estas leis, não é demais recordar que se integram reciprocamente, com “preciso enlace ou conexão”.³³ Em consequência, uma das chaves para a sua inteligência consiste em vinculá-las às chamadas leis “consequentes”, ou seja, de umas que complementam as que as precedem. Por outro lado, a documentação de época remete à paulatina instalação de uma hierarquia entre as fontes de origem legal. A esse respeito, Juan de la Reguera distinguia as leis com “qualidade de temporais[,] que as exclui do corpo legislativo[,] onde somente devem ter lugar as disposições gerais e perpétuas que não de servir de regra no sucessivo e observar-se um tempo limitado para o seu cumprimento”.³⁴

³⁰ *Real resolución* por Carlos IV no dia 20 de fevereiro de 1796 – lei 6, título 12, livro 1, *Novísima Recopilación*.

³¹ *Real resolución* sobre observância da lei de amortização no reino de Valência dada por Carlos IV a 25 de setembro de 1796 – lei 20, título 5, livro 1, *Novísima Recopilación*.

³² *Real resolución* sobre observância da lei de amortização no reino de Valência dada por Carlos IV a 25 de setembro de 1796 – lei 20, título 5, livro 1, *Novísima Recopilación*.

³³ *Advertencia* da edição oficial de 1807 ao Suplemento da *Novísima Recopilación*.

³⁴ Solicitação de Juan de la Reguera Valdelomar, datada em Madri a 9 de novembro de 1801. Reproduzida em: ÁLVAREZ CORA, Enrique. Expedientes de censura y licencia de libros jurídicos en los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX. *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXIII, 2003, p. 309.

5 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Enquanto tentativa de racionalização do mundo normativo³⁵, a modernidade adotou mais de uma alternativa. Neste sentido, distingo ao menos duas posições bem nítidas, as quais denomino respectivamente *modernidade radical* e *modernidade moderada* (ou *modernidade de tipo diverso*, como poderia tê-la chamado Gregorio Mayans³⁶).

No que tange ao caráter *revolucionário* da primeira, vinculo este à pretensão de erigir um plexo normativo unicamente obediente aos postulados da razão, motivo pelo qual termina abstraindo-se de um tempo e um espaço determinados. Deste modo, tal como o explica Pio Caroni, faz-se imprescindível a intervenção autoritária de um Estado que aparte o direito da história.³⁷ Do mesmo modo, cabe assinalar que inicialmente este tipo de modernidade se concebe desde o gabinete do filósofo, enquanto um laboratório pretensamente asséptico, e não desde o espaço do jurista prático, frequentador dos estrados e, por consequência, consciente de suas necessidades.

Já quanto à modernidade moderada, esta responde a outra lógica. Na medida em que trata de ser conciliadora, inclina-se mais por uma reforma gradual do direito que pela ruptura drástica da ordem normativa. Consequentemente, ainda que comparta com a postura radical o desejo de reduzir o horizonte jurídico aos meros textos legais, não aceita que essa compreensão incida de maneira imediata na estrutura dos corpos normativos. Isto é, que não só não nega a compilação como instrumento válido, senão que se pronuncia a favor dela. Trata-se, em síntese, de um racionalismo temperado, afastado da pura especulação. Daí que, mais que admitir o legado da tradição, o que se fez foi considerá-la politicamente imprescindível para cimentar o cumprimento dos novos dispositivos normativos. Por outro lado, se a sua origem é a oficina do governante, seu modelo de referência é uma ciência da legislação interessada no desenho de uma lei “precisa e concisa, despida de considerações, raciocínios e fundamentações”, e também “unívoca, à guisa de não dar azo a várias interpretações nem, em consequência, a controvérsias”.³⁸ Neste contexto, sobressai a figura de Gaetano Filangieri, quem impulsiona a consagração de um sistema completo e razoável de legislação sobre a base de uma “ciência segura e ordenada, na qual se conjugam os meios com as regras, e a teoria com a prática”, e em que a diversidade das leis particulares e históricas não resulte incompatível com a racionalidade das leis universais.³⁹ Daí que a renovação normativa possa harmonizar-se com uma tradição que se reelabora graças à aplicação

³⁵ DÍEZ PICAZO, Luis. Codificación, descodificación y recodificación. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. XLV, 1992, p. 474.

³⁶ CLAVERO, La idea de código en la ilustración jurídica, cit. p. 55 e 56.

³⁷ CARONI, Lecciones catalanas sobre historia de la codificación, cit. p. 55.

³⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*. Aranzadi: Cizur Menor, 2006. p. 111.

³⁹ GREPPI, Andrea. La ilustración italiana. In: PECES BARBA, Gregorio et alii. *Historia de los derechos fundamentales*. t. II (siglo XVIII - vol. I). Madrid: Dykinson, 2001. p. 362-363.

de sutis e discretos meios, como a omissão dos textos legais precedentes ou sua redefinição de destino. Trata-se, por fim, de uma modalidade que também implica um *progresso político*. Contudo, trata-se de um de talante absolutista, e, por consequência, alheio ao liberalismo.

Pelo teor do afirmado, a Novísima e o Nuevo Código de Indias se nos apresentam como expressões jurídicas modernas, como também genuinamente espanholas. A propósito, seu posterior fracasso foi resultado de uma conjugação de fatores, entre os quais se destacam o abalo político da monarquia; o formidável impacto do modelo francês; e a debilidade inerente à sensível carência de referentes teóricos de consideração.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ CORA, Enrique. Expedientes de censura y licencia de libros jurídicos en los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX. *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXIII, 2003, p. 289-314.

CARONI, Pio. *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CLAVERO, Bartolomé. La idea de código en la Ilustración jurídica. *Historia, Instituciones, Documentos* (Sevilla), n. 6, 1978.

DÍEZ PICAZO, Luis. Codificación, descodificación y recodificación. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. XLV, fasc. 2, 1992.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La fijación del derecho: contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1977.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*. Aranzadi: Cizur Menor, 2006.

MORA CAÑADA, Adela. En los comienzos de la codificación civil española. *Forum historiae iuris*, n. 10-11. Disponível em: <www.forhisiur.de/zitat/0508mora.htm>.

PECES BARBA, Gregorio et alii. *Historia de los derechos fundamentales*. t. II (siglo XVIII - vol. I). Madrid: Dykinson, 2001.

PETIT, Carlos. El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. XLVIII, fasc. IV, out-dez 1995.

SEVE, René. Système et code. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, 1986.

