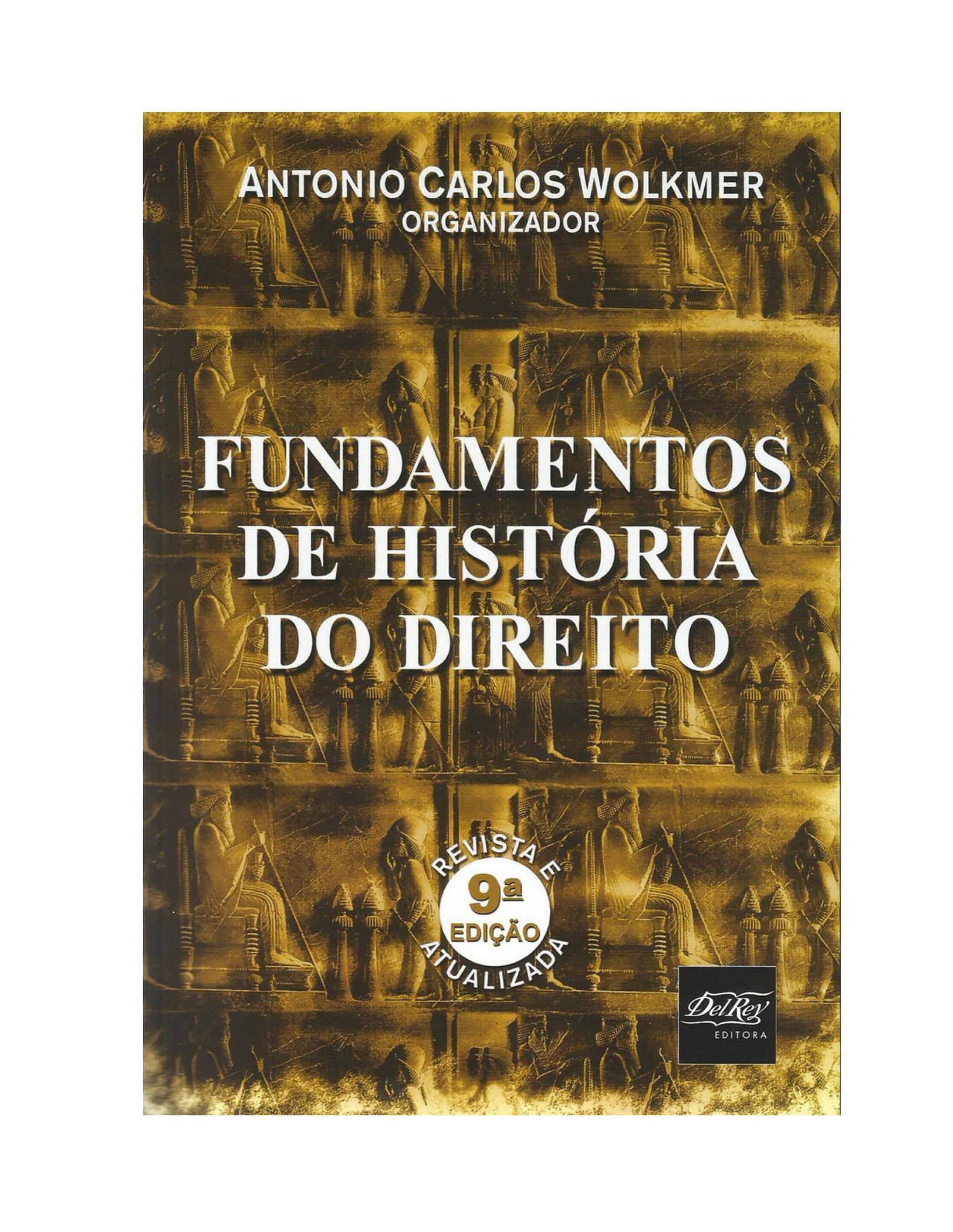


ANTONIO CARLOS WOLKMER
ORGANIZADOR

FUNDAMENTOS DE HISTÓRIA DO DIREITO

REVISTA EM
9^a
EDIÇÃO
ATUALIZADA

Del Rey
EDITORA



ANTONIO CARLOS WOLKMER
ORGANIZADOR

FUNDAMENTOS DE HISTÓRIA DO DIREITO

REVISTA EM
9^a
EDIÇÃO
ATUALIZADA

DelRey
EDITORA

E-book produzido por Monkey Books.

Tenho mais de 150 e-books produzido em formato EPUB, compartilhado em diversos sites de arquivos como DOCERO, ZLIBRARY, eLIVROS, etc. Caso queira, ajudar esse produtor de e-books...

Entre em contato para a lista total dos ebooks e doe para continua esse trabalho.

GRATO E APROVEITE A LEITURA!!!!

CONTATO, PAYPAL E PIX PARA COLABORAÇÃO:
monkey.booksbra@gmail.com

Nota à 3ª Edição

É por demais significativo e estimulador o interesse que esta obra tem despertado, bem como a sua recepção nas disciplinas de fundamentação dos cursos jurídicos em nível nacional, especificamente em atender as demandas crescentes de pesquisa no âmbito introdutório da historiografia jurídica.

Já consolidada no país, “Fundamentos de História do Direito” alcança, agora, sua 3ª edição, revista e atualizada, pretendendo ampliar ainda mais a discussão, a produção e a informação das fontes de conhecimento jurídico.

Renovando, assim, a preocupação que norteia a presente coletânea - reinterpretção de teor crítico-interdisciplinar da historicidade jurídica - cabe assinalar a revisão do capítulo 2, de autoria do Prof. Cristiano Paixão A. Pinto, para, posteriormente, a inserção de uma nova contribuição (o capítulo 12). Assim, busca-se oferecer um breve panorama e uma valiosa investigação da Profª Thais Luzia Colaço sobre as práticas jurídicas no interior das comunidades missionário-jesuíticas do sul da América.

Certos da costumeira receptividade de nossos alunos e professores, almejamos que a presente edição, por seu enriquecido conteúdo, favoreça ainda mais o estudo pelos caminhos sempre fascinantes da história da cultura jurídica.

Florianópolis, junho de 2004
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Nota à 2ª Edição

É com satisfação que estamos encaminhando a presente edição, revista e atualizada, para a comunidade acadêmica e, principalmente, para a área jurídica do país, Fica o nosso reconhecimento aos professores e aos alunos pela acolhida e pelo êxito desta obra, que vem sendo utilizada como fonte instrumental de consulta e pesquisa para disciplinas históricas no âmbito do Direito.

Embora mantenha sua estrutura central, a obra foi enriquecida com mais quatro textos que introduziram temas não trabalhados ou pouco aprofundados na 1ª edição, Assim, o 2º Capítulo da edição anterior (*O despotismo oriental e o modo de produção asiático*) foi substituído, pelo próprio autor, por outro artigo em que é desenvolvido, com interesse e vigor descritivo, a especificidade do Direito nas antigas sociedades da Mesopotâmia e do Egito, Além de necessária, a troca tornou-se extremamente oportuna. Outra valiosa e excelente contribuição é o aparecimento da instigante e erudita pesquisa sobre o *direito grego antigo*, da jovem pesquisadora e estudiosa das instituições helênicas *Raquel de Souza*. Igualmente, com segurança e seriedade, o professor *Francisco Quntanilha Véras Neto* contribui com apreciada retomada do Direito Romano Clássico e seus principais institutos. Estas três investigações sobre o *direito antigo nas sociedades da Mesopotâmia, do Egito, da Grécia e da Roma Clássica* foram solicitadas pelo organizador, levando em conta ausências temáticas e obedecendo a certos critérios formais, sendo atendidas prontamente pelos autores com eficiência, determinação e competência.

Na seqüência, outro resgate histórico importante é a colaboração do Professor Rogério Dutra dos Santos, que discute, criticamente, a *dogmática jurídica canônica medieval* sob a inspiração interdisciplinar de Pierre Legendre e Michel Foucault. Por último, a inserção de um texto conhecido e já clássico do renomado historiador e pesquisador *Arno Wehling* sobre a *regulamentação civil e penal da escravidão no Brasil do século XIX*. Trata-se de trabalho publicado há mais de dez anos pelo Museu Imperial (Rio de Janeiro) e cuja inclusão o autor gentilmente permitiu, possibilitando estimular a rica discussão histórica sobre os aspectos

jurídicos de um dos grandes temas que dominaram a sociedade brasileira no tempo do império. Fica, portanto, o convite para que, na consulta permanente da obra, todos que se voltam ao passado tenham uma leitura informativa e questionadora, sem deixar de ser prazerosa.

Novembro de 2000

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Apresentação à 1ª Edição

Diante das transformações da sociedade contemporânea, da crise das grandes narrativas de fundamentação e das mudanças dos paradigmas científicos, atualmente, adquire relevância redefinir as tradicionais relações entre o Direito e a História. Perde espaço e significação o cultivo de um historicismo jurídico oculto no mito da neutralidade do saber e na universalidade dos princípios do formalismo positivista, que serviram de instrumentos de justificação da ordem liberal-individualista e da racionalidade burguês-capitalista. Hodiernamente, vive-se o descrédito de uma historiografia jurídica demasiadamente apegada a textos legais, à interpretação firmada na autoridade de notáveis juristas, a construções dogmáticas e abstrações desvinculadas da realidade social, acabando por consagrar uma História elitista, erudita, idealista, acadêmica e conservadora.

Busca-se, agora, a renovação crítica da historiografia do Direito, nascida e articulada na dialética da produção da vida material e das relações sociais concretas. Trata-se de pensar a historicidade do Direito - no que se refere à sua evolução histórica, suas ideias e suas instituições - a partir de uma *reinterpretação das fontes do passado* sob o viés da interdisciplinaridade (social, econômico e político) e de uma *reordenação metodológica*, em que o fenômeno jurídico seja descrito sob uma perspectiva desmistificadora. Naturalmente, para se alcançar esta condição histórico-crítica sobre determinado tipo de sociedade e suas instituições jurídicas, impõe-se, obrigatoriamente, visualizar o Direito como reflexo de uma estrutura pulverizada não só por um certo modo de produção da riqueza e por relações de forças societárias, mas, sobretudo, por suas representações ideológicas, práticas discursivas hegemônicas, manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais.

Com o intento de recuperação da verdadeira história, aquela que nem sempre foi escrita, traduzida e interpretada (a história dos vencidos e periféricos), é que surgiu a proposta desta síntese de investigações jurídicas, dentro de um projeto direcionado para uma Nova História, fundada na inquietude e no engajamento de uma jovem geração de juristas

imbuídos pela força da crítica, da transgressão, do inconformismo e da postura libertária.

Certamente que a coletânea *Fundamentos de História do Direito* vem preencher, de modo muito oportuno e relevante, o imenso espaço vazio que existia na produção bibliográfica acadêmico-universitária do país, tanto no que diz respeito a obras sobre a *História do Direito*, *História das Ideias ou História das Instituições Jurídicas*, quanto de pesquisas históricas da cultura legal de uma nova orientação metodológica: interdisciplinar e crítico-desmistificadora

Com exceção do primeiro e do último texto, cabe observar que os trabalhos aqui reunidos foram escritos num período de dois anos (1994-1995), por alunos-mestrandos, nascidos sob a forma de *papers*, provenientes de apresentações e debates nos seminários da disciplina “História das Instituições Jurídicas”, do Curso de Pós-Graduação em Direito, em nível de Mestrado, na Universidade Federal de Santa Catarina.

A ordem dos textos não se originou de forma natural e espontânea, mas envolveu critérios metodológicos (de acordo com o referencial teórico da disciplina), bem como o processo de direcionamento e seleção de mais de duas dezenas de artigos escritos, privilegiando-se certos objetos, institutos e instituições (controle e sanção penal, família, propriedade, inquisição, bacharelismo, etc.) e um determinado enquadramento histórico-evolutivo da cultura jurídica ocidental (Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna, Brasil-Colônia e Império).

Na longa trajetória histórica demarcada para o estudo das instituições jurídicas, o texto escolhido para iniciar a obra foi aquele escrito pelo organizador da coletânea, *O Direito nas Sociedades Primitivas*. A preocupação geral é introduzir uma discussão inerente à antropologia jurídica, pontualizando alguns aspectos do Direito nas sociedades primitivas, tais como a formação, caracterização, fontes e funções. Privilegiando certas investigações de pesquisadores como B. Malinowski, a reflexão chama atenção para o fato de que o Direito nas sociedades primitivas não era escrito e encontrava-se profundamente dominado pelas práticas religiosas. Além disso, as regras primitivas de controle social não se reduziam tão somente à lei criminal, pois já existiam regras de Direito Civil consensualmente aceitas, respeitadas e motivadas por necessidades

sociais. Em consequência, as regras legais não foram exercidas de forma arbitrária, mas resultantes do acordo recíproco entre seus integrantes.

O texto seguinte, de autoria de *Cristiano Paixão*, *O despotismo Oriental e o Modo de Produção Asiático*, traz a tona a discussão sobre um tema que se tornou clássico no âmbito da teoria social contemporânea, principalmente de vertente marxista. Trata-se do resgate histórico e da contextualização do rico debate teórico que envolve as origens e evolução das formas burocráticas de dominação, bem como as possibilidades de utilização de seus pressupostos para o entendimento da estruturação das sociedades asiáticas contemporâneas. Examina-se o modelo de organização e administração do poder com o desenvolvimento da vida social produtiva, em sociedades orientais, constatando-se que a categoria do modo de produção asiático (conceito elaborado por *K. Marx*), na verdade, configura, a um só tempo, a continuação e a superação da tradicional noção política do despotismo oriental. Esta comprovação pode ser verificada na experiência contemporânea vivida pela sociedade chinesa.

Na sequência, *Jenny M. O. Nogueira* toma como referencial de investigação a obra de valor fundamental, *A Cidade Antiga*, de *Fustel de Coulanges*, para examinar uma das mais importantes instituições da sociedade greco-romana clássica: a família. Ao tecer um recorte específico da mais antiga instituição nos marcos do cenário desenhado pelo historiador francês, a pesquisadora descreve, com clareza e precisão, a influência das velhas crenças, o ritualismo do fogo sagrado, o culto dos mortos e a autoridade do poder paterno na constituição, hierarquia, imposição e ascendência da família.

Concomitantemente à escolha da família, a propriedade privada, como outra instituição antiga, não poderia ser esquecida, principalmente tendo em conta a dinâmica do processo de evolução histórica. Problematizando a propriedade como instituto imprescindível, *Valcir Gassen*, em *A Natureza Histórica da Instituição do Direito de Propriedade*, afirma que a posse da terra nasce das relações concretas entre os homens, sendo que, na trajetória da propriedade, esta sempre foi o mais importante “meio de produção” da riqueza. Orientando-se através das narrativas de *F. Coulanges*, *K. Marx* e *F. Engels*, o autor faz um apanhado crítico e caracterizador da propriedade antiga, medieval e moderna, em suas diversas modalidades de existência, desde a propriedade coletiva primitiva até a propriedade privada moderna.

No quinto capítulo, *Argemiro Cardoso M. Martins*, em *O Direito Romano e Seu Ressurgimento no Final da Idade Média*, dialogando e utilizando-se das análises eruditas de alguns dos mais importantes historiadores europeus da atualidade, *Perry Anderson*, *John Gilissen* e *Antonio M. Hespanha*, faz uma descrição densa e genérica das fases de formação e desenvolvimento do Direito Romano, bem como de seu declínio, recepção e renascimento na Idade Média Ocidental. Ainda que a narrativa histórica paute por reproduções e transcrições eruditas, carecendo de uma maior originalidade, o investigador supera-se quando traz, primeiramente, considerações histórico-críticas sobre a estrutura socioeconômica da Roma Antiga, relacionando a materialização do Direito com o escravismo e as lutas sociais. Possivelmente, o melhor momento do texto é expresso quando descreve as causas determinantes do ressurgimento do Direito Romano no Ocidente: os fatores culturais, econômicos, políticos, sociológicos e epistemológicos.

Esta reflexão sobre o aparecimento do Direito Romano em fins da Idade Média acaba preparando o caminho para uma discussão polêmica sobre os procedimentos legais da Inquisição, representada por dois artigos com enfoques um pouco distintos. Assim, *Samyra Haydêe Napolini*, no texto *Aspectos Históricos, Políticos e Legais da Inquisição*, aborda, de forma mais convencional e expositiva, os elementos históricos e políticos que geraram e objetivaram a Inquisição, criada pela Igreja Romana para combater as heresias e resguardar seu poder e sua riqueza. O estudo realça as mudanças no sistema penal (do processo acusatório ao processo por inquérito), a consagração e a utilização indiscriminada da tortura nos interrogatórios. Por outra parte, no ensaio *A Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial*, *Salo de Carvalho* problematiza, com muita criatividade e talento, a época do declínio dos processos por heresia nos tribunais da Inquisição, estimulada por uma revolução jurisprudencial, particularmente, da magistratura francesa, no século XVII. No contexto de uma dinâmica de secularização do Direito (fundado na razão) que desencadeou o rompimento entre o dogmatismo eclesiástico e as novas doutrinas jusfilosóficas, a prática jurisprudencial foi afetada, largamente, no dizer do jovem jurista gaúcho, pelo avanço científico, pelo humanismo penal e pela notável influência do racionalismo iluminista.

Dentro deste mesmo espírito insuflado pelo historicismo “problematizante” e pela visão crítico-desmistificadora, apresenta-se o

longo e compacto ensaio, *Da Invasão da América aos Sistemas Penais de Hoje: O Discurso da “Inferioridade” Latino-Americana*, de José Carlos Moreira da Silva Filho, um dos mais profícuos da toda a coletânea. Trabalhando com referenciais extraídos da filosofia da libertação e do pensamento de *Enrique Dussel*, o pesquisador de Brasília resgata a obra significativa de *Bartolomé de Las Casas*, bem como a riqueza e o sincretismo da herança indígena, questionando, agudamente, os fundamentos do eurocentrismo, advogando uma cultura emancipadora embasada num projeto de alteridade latino-americana.

Os dois ensaios seguintes têm como elo a trajetória do Direito brasileiro entre os séculos XVII e XIX. Depois de uma viagem no imaginário ocidental do tempo - da Antiguidade aos tempos modernos -, finalmente chega-se às terras do Brasil. Nisso reside a importância destes textos sobre a historicidade nacional: não só oferecem um fechamento coerente com todo o desenvolvimento temático (do fenômeno jurídico geral para o periférico), como, sobretudo, situam a narrativa histórica sobre o processo de formação da nossa cultura legal no bojo de uma articulação crítico-desmistificadora.

De fato, no artigo *O Direito no Brasil Colonial*, *Cláudio Valentim Cristiani* discorre sobre os fatores sociais, econômicos e culturais que influenciaram o Direito brasileiro no período da colonização. Naturalmente, a legislação da colônia não era expressão da vontade das populações originárias e nativas, mas imposição do projeto colonizador português, que encontrava respaldo na dominação das elites agrárias. Do mesmo modo, a formação e a organização do Poder Judiciário foram implantadas nos moldes da burocracia existente na Metrópole, tendo por finalidade representar os interesses de Portugal e não as aspirações autênticas e as reais necessidades locais.

No penúltimo capítulo, denominado *Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil*, *José Wanderley Kozima* examina, com desenvoltura e forma ensaística, a questão do bacharel de Direito, ao longo do Império, no Brasil. O autor amarra perspicazmente a institucionalização de um certo tipo de cultura - retórica, formalista e abstrata -, presente na formação e perfil dos advogados, com o peso de uma herança alimentada por uma organização política patrimonialista, uma estrutura social escravista e um saber clerical-jesuítico.

O texto final, *Uma Introdução à História Social e Política do Processo*, do jusfilósofo e historiador-jurista da USP, *José Reinaldo de Lima Lopes*, que encerra a coletânea, foi elaboração à parte e desvinculada do projeto inicial que norteou a totalidade desta produção. Entretanto, pela seriedade da investigação, pela importância do resgate de um tema não contemplado nos outros trabalhos (processo judicial) e pelo tipo de preocupação demonstrada na interpretação dos inúmeros períodos da processualística ocidental, o texto acaba aproximando-se e integrando-se ao perfil das demais incursões históricas. Certamente, esta inclusão honrosa justifica-se, porquanto o autor discorre, com segurança e densidade, sobre a evolução histórico-comparativa da tradição processual na Antiguidade e Idade Média, bem como os diferentes caminhos assumidos na modernidade pelo Direito romano-canônico e pelo Direito inglês, ora privilegiando a função decisória dos leigos, ora dos profissionais; ora consagrando o processo inquisitorial, ora o modelo acusatório. Em suma, o processo é redimensionado numa historicidade que democratiza o acesso à justiça e contribui para a efetivação dos direitos de cidadania.

Enfim, este esforço coletivo de contextualizar uma Nova História do Direito, assentada numa múltipla e rica fragmentação de enfoques e perspectivas crítico-desmistificadoras, revela não só o rumo para uma obrigatória atualização, profunda revisão e necessária ruptura com as práticas da historiografia jurídica tradicional, como, sobretudo, aponta o desafio de caminhos que avançam na direção de uma historicidade forjada na justiça, emancipação e solidariedade.

Prof. Antonio Carlos Wolkmer

1. O Direito nas Sociedades Primitivas

Antonio Carlos Wolkmer

Introdução

Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social.

Certamente que cada povo e cada organização social dispõe de um sistema jurídico que traduz a especialidade de um grau de evolução e complexidade. Falar, portanto, de um direito arcaico ou primitivo implica ter presente não só uma diferenciação da pré-história e da história do direito, como, sobretudo, nos horizontes de diversas civilizações, precisar o surgimento dos primeiros textos jurídicos com o aparecimento da escrita.

Não só subsiste um certo mistério, como falta uma explicação cientificamente correta e respostas conclusivas acerca das origens de grande parte das instituições jurídicas no período pré-histórico. Entretanto, ainda que prevaleça uma consensualidade sobre o fato de que os primeiros textos jurídicos estejam associados ao aparecimento da escrita, não se pode considerar a presença de um direito entre povos que possuíam formas de organização social e política primitivas sem o conhecimento da escrita. Autores como John Gilissen questionam a própria expressão “direito primitivo”, aludindo que o termo “direito arcaico” tem um alcance mais abrangente para contemplar múltiplas sociedades que passaram por uma evolução social, política e jurídica bem avançada, mas que não chegaram a dominar a técnica da escrita. Assim sendo, as inúmeras investigações científicas têm apurado que as práticas legais de sociedades sem escrita

assumem características, por vezes, primitivas, por outras, expressam um certo nível de desenvolvimento.

Certamente que a pesquisa dos sistemas legais das populações sem escrita não se reduz meramente à explicação dos primórdios históricos do direito, mas evidencia, sobretudo, um enorme interesse em curso, porquanto “milhares de homens vivem ainda atualmente, na segunda metade do século XX, de acordo com direitos a que chamamos “arcaicos” ou “primitivos”. As civilizações mais arcaicas continuam a ser as dos aborígenes da Austrália ou da Nova Guiné, dos povos da Papuásia ou de Bornéu, de certos povos índios da Amazônia no Brasil”.

Não parece haver dúvida de que o processo contemporâneo de colonização gerou um surto de pluralismo jurídico, representado pela convivência e dualismo concomitante, de um direito “europeu (*common law* nas colônias inglesas e americanas, direitos romanistas nas outras colônias) para os não indígenas e, por vezes, para os indígenas evoluídos; e outro, do tipo arcaico para as populações autóctones”.

Tendo em conta estas asserções iniciais, cabe pontualizar alguns aspectos do direito nas sociedades primitivas como a formação, caracterização, fontes e funções.

Formação do Direito nas Sociedades Primitivas

A dificuldade de se impor uma causa primeira e única para explicar as origens do direito arcaico deve-se em muito ao amplo quadro de hipóteses possíveis e proposições explicativas distintas. O direito arcaico pode ser interpretado a partir da compreensão do tipo de sociedade que o gerou. Se a sociedade pré-histórica fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do jurídico encontra-se primeiramente, nos laços de consanguinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições.

É neste sentido que a lei primitiva da propriedade e das sucessões teve em grande parte sua origem na família e nos procedimentos que a circunscreveram, como as crenças, os sacrifícios e o culto aos mortos. Ninguém melhor que Fustel de Coulanges para escrever que o direito antigo não é resultante de uma única pessoa, pois se impôs a qualquer tipo de legislador. Nasceu espontânea e inteiramente nos antigos princípios que

constituíram a família, derivando “das crenças religiosas, universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências e sobre as vontades”.

Posteriormente, num tempo em que inexistiam legislações escritas, códigos formais, as práticas primárias de controle são transmitidas oralmente, marcadas por revelações sagradas e divinas. Distintivamente da ênfase atribuída à família feita por Fustel de Coulanges, H. Summer Maine entende que esse caráter religioso do direito arcaico, imbuído de sanções rigorosas e repressoras, permitiria que os sacerdotes-legisladores acabassem por ser os primeiros intérpretes e executores das leis. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma, o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado.

Neste aspecto, nas manifestações mais antigas do direito, as sanções legais estão profundamente associadas às sanções rituais. A sanção assume um caráter tanto repressivo quanto restritivo, na medida em que é aplicado um castigo ao responsável pelo dano e uma reparação à pessoa injuriada. Para além do formalismo e do ritualismo, o direito arcaico manifesta-se não por um conteúdo, mas pelas repetições de fórmulas, através dos atos simbólicos, das palavras sagradas, dos gestos solenes e da força dos rituais desejados.

Os efeitos jurídicos são determinados por atos e procedimentos que, envolvidos pela magia e pela solenidade das palavras, transformam-se num jogo constante de ritualismos. Entretanto, o direito primitivo de matriz sagrada e revelado pelos reis-legisladores (ou chefes religioso-legisladores) avança, historicamente, para o período em que se impõe a força e a repetição dos costumes. Daí que, no dizer de H. Summer Maine, o direito antigo compreende, claramente, três grandes estágios de evolução: o direito que provém dos deuses, o direito confundido com os costumes e, finalmente, o direito identificado com a lei.

Nas sociedades antigas, tanto as leis quanto os códigos foram expressões da vontade divina, revelada mediante a imposição de legislador-administradores, que dispunham de privilégios dinásticos e de uma legitimidade garantida pela casa sacerdotal. Escreve H. Summer Maine que

algumas experiências societárias, ao permitirem o declínio do poder real e o enfraquecimento de monarcas hereditários, acabaram por favorecer a emergência de aristocracias, depositárias da produção legislativa, com capacidade de julgar e de resolver conflitos. Mas este momento inicial de um direito sagrado e ritualizado, expressão das divindades, desenvolve-se na direção de práticas normativas consuetudinárias. Certamente que ainda não se trata de um direito escrito, porém de um conjunto disperso de usos, práticas e costumes, reiterados por um longo período de tempo e publicamente aceitos. É a época do direito consuetudinário, largo período em que não se conheceu a invenção da escrita, em que uma casta, ou aristocracia, “investida do poder judicial era o único meio que poderia conservar, com algum rigor, os costumes da raça ou da tribo”. O costume aparece como expressão da legalidade, de forma lenta e espontânea, instrumentalizada pela repetição de atos, usos e práticas. Por ser objeto de respeito e veneração, e ser assegurado por sanções sobrenaturais, dificilmente o homem primitivo questionava sua validade e sua aplicabilidade.

A inversão e a difusão da técnica da escritura, somada à compilação de costumes tradicionais, proporcionam os primeiros códigos da Antiguidade, como o de Hamurábi, o de Manu, o de Sólon e a Lei das XII Tábuas. Constatam-se, destarte, que os textos legislados e escritos “eram melhores depositários do direito e meios mais eficazes para conservá-lo que a memória de certo número de pessoas, por mais força que tivessem em função de seu constante exercício”.

Esse direito antigo, tanto no Oriente quanto no Ocidente, na explicação de H. Summer Maine, não diferenciava, na essência, a mescla de prescrições civis, religiosas e morais. Somente em tempos mais avançados da civilização é que se começa a distinguir o direito da moral e a religião do direito. Certamente, de todos os povos antigos, foi com os romanos que o direito avançou para uma autonomia diante da religião e da moral.

Pode-se dizer, por fim, que outra regularidade desse processo normativo foi a longa e progressiva evolução das obrigações e dos deveres jurídicos da condição de *status* (as obrigações são fixadas na sociedade, de acordo com o status que ocupam seus membros), inerentes ao direito primitivo, para o da relação contratual dependente da vontade e autonomia das partes, características já do direito legislativo e formal.

Características e Fontes do Direito Arcaico

Pode-se distinguir, segundo as lições de John Gilissen, algumas características do direito nas sociedades arcaicas. Primeiramente, o direito primitivo não era legislado, as populações não conheciam a escritura formal e suas regras de regulamentação mantinham-se e conservavam-se pela tradição. Um segundo fator de conhecimento é que cada organização social possuía um direito único, que não se confundia com o de outras formas de associação. Cada comunidade tinha suas próprias regras, vivendo com autonomia e tendo pouco contato com outros povos, a não ser em condições de beligerância. Um terceiro aspecto a considerar é a diversidade dos direitos não escritos. Trata-se da multiplicidade de direitos diante de uma gama de sociedades atuantes, advinda, de um lado, da especificidade para cada um dos costumes jurídicos concomitantes, de outro, de possíveis e inúmeras semelhanças ou aproximações de um para outro sistema primitivo. Além de apontar a inexistência de uma legalidade não escrita, de uma certa unicidade de jurídico para cada comunidade e, por fim, a pluralidade dos direitos não escritos, Gilissen reconhece também que o direito arcaico está profundamente contaminado pela prática religiosa. Tal é a influência da religião sobre a sociedade e sobre as leis, que se toma intento pouco fácil estabelecer uma distinção entre o preceito sobrenatural e o preceito de natureza jurídica. Na verdade, o direito estava totalmente subordinado à imposição de crenças dos antepassados, ao ritualismo simbólico e à força das divindades. Um secretismo nebuloso mesclava e integrava, no religioso, as regras de cunho social, moral e jurídico.

Por último, Gilissen chama atenção para o fato de que os direitos primitivos são “direitos em nascimento”, ou seja, ainda não ocorre uma diferenciação efetiva entre o que é jurídico do que não é jurídico. Assinala-se, no entanto, que as regras de controle podem variar no tempo e no espaço. Os critérios que permitem auferir, na sociedade moderna, o que é jurídico podem não ser aplicados às comunidades da pré-história. Admite-se, assim, que um costume de épocas arcaicas assume em caráter jurídico na medida em que, constringendo, garante o cumprimento das normas de comportamento.

Ainda, seguindo as incursões históricas do erudito pesquisador belga, cabe mencionar uma breve passagem pela questão das fontes do direito entre as sociedades sem escrita. Do pouco que se sabe e que, com certeza, pode-se apontar, é que as fontes jurídicas primitivas são poucas, resumindo-se, na maioria das vezes, aos costumes, aos preceitos verbais, às decisões pela tradição, etc.

No que concerne aos costumes, há de se reconhecer como a fonte mais importante e mais antiga do direito, manifestação que se comprova por ser a expressão direta, cotidiana e habitual dos membros de um dado grupo social. Novamente, aqui, a religião aparece como fenômeno determinante, na medida em que o receio e a ameaça permanente dos poderes sobrenaturais é que garante o rígido cumprimento dos costumes.

Neste quadro, colocam-se, igualmente, certos preceitos verbais, não escritos proferidos por chefes de tribos ou de clãs, que se impõem pela autoridade e pelo respeito que desfrutam. Trata-se de verdadeiras leis ainda que não escritas, repousando no prestígio daqueles que detêm o poder e o conhecimento.

Por fim, parece significativo mencionar, como fonte criadora de preceituações jurídicas nas sociedades arcaicas, certas decisões reiteradas utilizadas pelos chefes ou anciãos das comunidades autóctones para resolver conflitos do mesmo tipo. Conjuntamente ao que designa de “precedente judiciário”, Gilissen acrescenta também os procedimentos orais propagados por gerações como os “provérbios e adágios”.

Funções e Fundamentos do Direito na Sociedade Primitiva

Algumas reflexões mais genéricas sobre a formação, características e fontes do direito primitivo, toma-se relevante destacar um pouco mais as funções e os fundamentos das formas de controle social em sociedades ainda não possuidoras do domínio técnico da escrita. Para uma outra leitura da natureza e das funções do direito arcaico, tomar-se-á em conta as investigações pioneiras e clássicas de Bronislaw Malinowski (1884-1942), feitas empiricamente com populações das Ilhas Trobriand, ao nordeste da

Nova Guiné, e que resultaram em 1926, na obra *Crime e costume na sociedade selvagem*.

Inicialmente, constata-se que em cada cultura humana desenvolve-se um corpo de obrigações, proibições e leis que devem ser cumpridas por motivos práticos, morais ou emocionais. Há que se considerar, para Malinowski, que, além das regras jurídicas sancionadas por um aparato social com poderosa força coagente, subexistem outros tipos diferenciados de normas tradicionais gerados por motivos psicológicos. Naturalmente, a base de toda investigação do direito primitivo está na imposição rígida e automática aos costumes da tribo.

A importância da interpretação de Malinowski está no fato de que, ainda que priorize a criminalidade, as formas de castigo e a recomposição da ordem, acaba tratando, igualmente, dos conflitos entre sistemas jurídicos (penal e civil), do direito matrimonial, da vida econômica, dos costumes religiosos, do desenvolvimento do comunismo primitivo e do princípio da reciprocidade como base de toda a estrutura social.

É necessário reconhecer o significado de algumas de suas premissas enquanto primeira tentativa de análise antropológica da lei primitiva. Um primeiro aspecto que chama a atenção, na proposta de Malinowski, está na tentativa de desmistificar a lei criminal entendida como núcleo exclusivo de todo e qualquer direito primitivo, pressuposto que se tornou entre alguns antropólogos do direito. Acertadamente, a regra jurídica primitiva não se reduz tão-somente a imposições, “nem tampouco a lei dos selvagens é somente lei criminal. Não se pode pretender que, com mera descrição do crime e do castigo, o tema do direito se esgote no que concerne à comunidade primitiva”.

Com decorrência desse processo, o autor dos *Argonautas do Pacífico Ocidental* apontou como segundo aspecto a inconsistência da tese de que não haveria um direito civil entre as sociedades aborígenes. Assim, divergindo da posição de muitos antropólogos de sua época que insistiam na base religiosa e no teor exclusivamente criminal da jurisprudência primitiva, Malinowski introduz o argumento de que existia um direito civil consensualmente aceito e respeitado. As regras de direito civil caracterizadas por uma certa flexibilidade e abrangência, enquanto ordenação positiva regulamentadora dos diversos momentos da organização tribal, compreendiam um conjunto de “obrigações impositivas

consideradas como justas por uns e reconhecidas como um dever pelos outros, cujo cumprimento se assegura por um mecanismo específico de reciprocidade e publicidade inerentes à estrutura da sociedade”. A lei civil primitiva não tem apenas um aspecto negativo no sentido de que todo o descumprimento resulta num castigo, mas assume um caráter positivo através da recompensa para os que cumprem e respeitam as regras de convivência.

Um terceiro aspecto é apontar a particularidade de que o direito não funciona por si mesmo, pois é parte integrante da dinâmica de uma estrutura. Torna-se desnecessária uma maior constatação, para Malinowski, porquanto as manifestações legais e os diversos fenômenos de tipo jurídico encontrados na Melanésia não “constituem instituições independentes. O direito é mais um aspecto da vida tribal, ou seja, um aspecto de sua estrutura do que propriamente um sistema independente, socialmente completo em si mesmo”.

Ao fazer uma crítica à teoria antropológica do direito, Malinowski avança no exame dos aspectos práticos de determinadas funções do direito, bem como à explicitação dos princípios legais que regem as relações sociais do grupo. Seu questionamento é feito basicamente contra a falsa perspectiva criada pela antropologia tradicional de que inexistente um direito civil e que toda lei é expressão dos próprios costumes autóctones, sendo obedecidos automaticamente por pura inércia. Ora, as normas de controle social que impõem obediência ao homem primitivo são afetadas por necessidades sociais e por motivações psicológicas.

É neste contexto que se deve interpretar o direito primitivo. A função principal do direito é, para Malinowski, liminar certas inclinações comuns, “canalizar e dirigir os instintos humanos e impor uma conduta obrigatória não espontânea (...)”, assegurando um modo “de cooperação baseada em concessões mútuas e em sacrifícios orientados para um fim comum. Uma força nova, diferente das inclinações inatas e espontâneas, deve estar presente para que esta tarefa seja concluída.”

Este fator novo que se distingue das imposições religiosas e das forças naturais vem a ser revelado pelo conjunto prático de regras jurídicas civil que, enquanto instrumento integrador, é caracterizado pelos fatores da “reciprocidade, incidência sistemática, publicidade e ambição”. Assim, o papel do direito é fundamental como elemento que regula, em grande parte,

os múltiplos ângulos da vida dos grupos na Melanésia e “as relações pessoais entre parentes, membros do mesmo clã e da mesma tribo, fixando as relações econômicas, o exercício do poder e da magia, o estado legal do marido e da mulher, etc”. Esta modalidade de regras civis distingue-se das regras fundamentais penais que protegem “a vida, a propriedade e a personalidade” e que instituem-se pela sanção do castigo tribal. Mas se não há sanção religiosa e tampouco castigo penal, quais são as forças poderosas que fazem cumprir estas regras de direito civil? Para Malinowski esta fundamentação há de se buscar na concatenação das obrigações, que “estão ordenadas em cadeia de serviços mútuos, seja, um dar e tomar que se estende sobre longos períodos de tempo, cumprindo ambos aspectos de interesses e atividades (...)”. Por consequência, a força compulsiva destas regras “procede da tendência psicológica natural pelo interesse pessoal (...) posta em jogo por um mecanismo social especial, dentro do qual se demarcam estas ações obrigatórias”. Parece claro aqui uma das teses nucleares que explicita e fundamenta a presença do legal nas sociedades autóctones: o direito não é exercido de forma arbitrária e unilateral, mas produto de acordo “com regras bem definidas e dispostas em cadeia de serviços recíprocos bem compensados”.

Em suma, de todos os sistemas de regras legais das sociedades primitivas, o destaque maior é atribuído ao direito matrimonial. Não só é o mais abrangente sistema legal, como o fundamento essencial dos costumes e das instituições. A força do direito matriarcal define que o parentesco só se transmite através das mulheres e que todos os privilégios sociais seguem a linha materna. Daí decorre a rigidez da lei primitiva com relação ao comércio sexual dentro do clã, fundamentalmente, no que se refere ao crime de incesto (principalmente com a irmã) que gera práticas de punição mais severas.

Conclusão

Resta, no final, levantar alguns questionamentos críticos sobre interpretações elaboradas por antropólogos acerca das origens do direito em sociedades primitivas.

Certamente uma primeira ponderação, respaldada nos elementos trazidos pela etimologia jurídica atual, aponta para a fragilidade das teses

evolucionistas que dão conta de que o direito primitivo passou por uma longa progressão constituída pela comunhão de grupos, pelo matriarcado, patriarcado, clã e tribo, Tal evolução sistemática é, no dizer de John Gilissen, por demais simplista e sobejamente lógica para ser correta. Não há comprovações científicas de que a legalidade acompanhou e refletiu os diversos estágios das sociedades primitivas de acordo com a premissa evolucionista. Não existe certeza se o matriarcado realmente ocorreu e se foi, posteriormente, sucedido pelo patriarcado.

Com relação à obra de H. Summer Maine, um dos fundadores da antropologia jurídica moderna, apesar de sua inegável importância, não deixou de compartilhar com um certo evolucionismo darwinista. Sua concepção societária parte de uma lenta evolução cujo processo permitiu que o direito transpusesse o período antigo do *status* para a fase moderna do “contrato”. Naturalmente transpareceu, em sua clássica e erudita investigação, a superioridade da cultura jurídica europeia moderna sobre a ingenuidade e o primarismo normativo das sociedades arcaicas.

Por último, cabe elencar algumas críticas às concepções jurídicas de B. Malinowski, autor que foi privilegiado em boa parte deste artigo. Para isso, seguem-se as considerações de Norbert Rouland, para quem as teses jurídicas de Malinowski não gozam mais do grande prestígio que alcançaram no passado. Trabalhos de antropologia jurídica mais recentes apontam certas inverdades sujeitas a comprovação. Um dos erros é conceber que, nas sociedades primitivas, o direito civil não podia ser violado. Por outro lado, o direito seria objeto de consenso, sendo muito mais respeitado entre os autóctones do que na sociedade moderna. Escreve Norbert Rouland que algumas investigações etnográficas mostram o contrário, pois o indivíduo, pensando que há menos vantagem do que inconveniência em respeitar a lei, acaba muitas vezes violando-a.

Em suma, foi pertinente começar a longa trajetória histórica das instituições jurídicas através de uma breve reflexão sobre as formas, natureza e características da legalidade nas sociedades primitivas.

2. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito

Cristiano Paixão Araújo Pinto

Introdução

O presente ensaio tem por objetivo descrever os principais aspectos relacionados à produção, vigência e aplicação do direito em duas civilizações orientais da Antiguidade: Mesopotâmia e Egito. Serão abordados, de início, alguns fatores históricos que caracterizaram uma mudança fundamental na forma de sociedade e propiciaram a emergência de novas manifestações do direito. Em segundo lugar, apresenta-se uma rápida recapitulação do panorama geográfico, político e econômico que permeou as civilizações mesopotâmica e egípcia, com observância de certas similaridades e distinções fundamentais naquelas sociedades. Passa-se, então, ao tema central do artigo: as formas de manifestação do direito e as instituições encarregadas de sua aplicação e propagação, tudo em consonância com as ponderações anteriormente lançadas. E, por fim, serão aventadas algumas possibilidades de subsistência de institutos jurídicos surgidos na Mesopotâmia e Egito nas civilizações clássicas que se desenvolveram posteriormente.

Elementos de Transição na Sociedade e no Direito

Não é possível separar, em qualquer momento histórico que se procure enfocar, a modificação da sociedade e a evolução do direito. A simples descrição de textos jurídicos e instituições judiciárias não é suficiente para que se possa aferir o real significado das manifestações do direito que surgem ao longo do tempo. Todo o trabalho retrospectivo direcionado à recuperação de documentos, testemunhos, vestígios enfim, fontes históricas - só se justifica a partir de um olhar abrangente; é preciso, antes de tudo, ampliar o campo histórico, buscar os elementos fundamentais de cada

civilização e, a partir dessa perspectiva, passar ao estudo do direito propriamente dito. Não há direito fora da sociedade. E não há sociedade fora da história.

Assim, a atividade do historiador do direito envolve duas dimensões: a cartografia das formas de sociedade (ou, como diria Braudel, a “Gramática das Civilizações”) e a percepção do fenômeno jurídico que brota na coletividade.

Numa obra já tomada clássica nos contextos brasileiro e europeu, Niklas Luhmann classifica três grandes grupos de manifestações do direito - que ele denomina “estilos” - ao longo da história: (1) o direito arcaico, característico dos povos sem escrita; (2) o direito antigo, que surge com as primeiras civilizações urbanas e (3) o direito moderno, próprio das sociedades posteriores às Revoluções Francesa e Americana.

Os dois primeiros modelos de direito *antigo* (ou seja, o segundo “estilo” de direito identificado por Luhmann) são aqueles verificados na Mesopotâmia e no Egito. Assim, a exposição terá de abordar, num primeiro momento, os fatores que marcaram a transição do direito *arcaico* para o novo “estilo” de direito. E, para tanto, será necessário identificar as marcas da passagem da sociedade arcaica para um novo tipo de conformação social.

Pode-se ilustrar a transição das formas arcaicas de sociedade para as primeiras civilizações da Antiguidade mediante três fatores históricos: (1) o surgimento das cidades; (2) a invenção e domínio da escrita e (3) o advento do comércio e, numa etapa posterior, da moeda metálica. Convém, então, fazer referência, ainda que de modo breve, a cada um desses aspectos.

Numa perspectiva histórica expandida, é possível identificar as origens da *cidade* no período paleolítico. Numa inspirada passagem, Lewis Murnford assinala que a ideia de cidade - compreendida como um lugar cívico, de satisfação do homem no plano coletivo, desvinculada de aspectos como sobrevivência, alimentação e proteção contra um ambiente hostil - já aparece nos primeiros locais em que eram celebrados ritos, normalmente fúnebres. Com isso, fica superada qualquer concepção estritamente utilitária da origem das cidades; passa-se a considerar o agrupamento humano organizado como uma primeira manifestação da identidade do próprio homem, de sua temporalidade e de sua diferença em relação a outros seres vivos. Com a organização do homem em aldeias,

resultante de sua sedentarização no território, que passa a ser cultivado - fenômeno típico da Era Neolítica -, a ideia moderna de cidade vai-se tomando mais próxima. O passo seguinte seria a fundação das primeiras cidades. E isso ocorreu, como é consenso entre os historiadores, na Mesopotâmia.

Consoante a lúcida narração de Ciro Flamarion Cardoso, a formação da cidade na Mesopotâmia foi o termo final de um processo lento de destribalização que se estendeu pela maior parte do quarto milênio da era pré-cristã. Na Baixa Mesopotâmia - região normalmente designada como Suméria, nas margens do Rio Eufrates, mais próxima ao Golfo Pérsico -, já se contabilizavam cinco cidades nos anos 3100-2900 a.C.: Eridu, Badtibira, Sippar, Larak e Shuruppak. No período histórico imediatamente subsequente, chamado dinástico primitivo ou pré-sargônico (2900-2334 a.C.), são registradas, além daquelas já mencionadas, as seguintes cidades: Kish, Akshak, Nippur, Adab, Umma, Lagash, Uruk, Larsa e Ur. A estrutura desses primeiros agrupamentos urbanos era tripartite: (i) a cidade propriamente dita, cercada por muralhas, em que ficavam os principais locais de culto e as células dos futuros palácios reais; (ii) uma espécie de subúrbio, extramuros, local em que se misturavam residências e instalações para plantio e criação de animais e (iii) o porto fluvial, em que se praticava o comércio e que era utilizado como local de instalação dos estrangeiros, cuja admissão, em regra, era vedada nos muros da cidade.

Ainda que não seja recomendável lançar qualquer assertiva postulando uma relação entre causa e efeito - pois a complexidade do correr do tempo histórico não permite tal simplificação -, é possível afirmar, pelas evidências hoje existentes, que o processo de invenção e consolidação da escrita possui estreita ligação com o surgimento das cidades (e das modificações que a revolução urbana acabou por trazer). Isso porque, se forem desconsideradas formas muito pouco evoluídas de inscrição como, por exemplo, puras representações pictográficas ou fichas de argila com indicações de mera quantidade -, é também na Mesopotâmia que se manifesta a primeira escrita mais complexa, com um maior número de sinais e com aspectos ideográficos e fonéticos: a escrita cuneiforme. Assim designada pela forma de “cunha” - construção geométrica em que os caracteres são dispostos -, a escrita cuneiforme surge na região da Baixa Mesopotâmia, por volta de 3.100 a.C. As razões dessa inovação decorrem da maior complexidade que as recém-fundadas cidades passaram a

apresentar. A simples transmissão oral da cultura começa a se tornar insuficiente para preservação da memória e identidade dos primeiros povos urbanos, que já possuem uma estrutura religiosa, política e econômica mais diferenciada. É nesse momento, portanto, que se consolida a passagem da *verba volant* para a *scripta manent*. Nesse contexto, Andrew Robinson pondera: “em algum momento do final do quarto milênio a.C., a complexidade do comércio e da administração nas primeiras cidades da Mesopotâmia atingiu um ponto que acabou por superar o poder da memória da elite governante.”

Uma última palavra merece ser enunciada, agora em relação ao advento do comércio. Não obstante ser extremamente difícil, em termos exatos, definir a data em que surge a modalidade de agregação de valor e posterior comercialização de bens, é bastante plausível citar o incremento e sistematização das trocas de mercadorias (por intermédio da venda em mercados ou da navegação) como um aspecto preponderante da passagem das sociedades arcaicas para o mundo antigo. De fato, como será observado a seguir, o comércio é um elemento fundamental na consolidação das civilizações da Mesopotâmia e Egito. Segundo a já clássica contribuição de Engels, a origem do comércio localiza-se na divisão do trabalho gerada pela apropriação individual dos produtos antes distribuídos no seio da comunidade; com a retenção do excedente, a criação de uma camada de comerciantes e a atribuição de valor a determinados bens, o homem deixa de ser senhor do processo de produção. Inaugura-se, então, segundo Engels, uma assimetria no interior da comunidade, com a introdução da distinção rico-pobre.

A síntese desses três elementos - cidades, escrita, comércio representa a derrocada de uma sociedade fechada, organizada em tribos ou clãs, com pouca diferenciação de papéis sociais e fortemente influenciada, no plano das mentalidades, por aspectos místicos ou religiosos. Há, nessas sociedades arcaicas, um direito ainda incipiente, bastante concreto, cognoscível apenas pelo costume e que se confunde com a própria religião.

Mas, aos poucos, vai se construindo uma nova sociedade - urbana, aberta a trocas materiais e intercâmbio de experiências políticas, mais dinâmica e complexa -, que demandará um novo direito.

As primeiras manifestações desse novo tipo de sociedade - e, por consequência, desse novo estilo de direito - ocorrem na Mesopotâmia e no

Egito.

Mesopotâmia e Egito: Aspectos Geográficos, Políticos e Econômicos

As civilizações ora estudadas fornecem um raro exemplo de simultaneidade do tempo histórico: elas são construídas de forma lenta, mas a finalização do processo de mudança dá-se no mesmo período. Com efeito, existem indícios de existência de vida humana na Mesopotâmia e Egito já na Era Neolítica (ano 7000 a.C. na região da Mesopotâmia e 5500 a.C. no Egito).¹³ Mas é no quarto milênio a.C. que a proximidade de datas fica mais evidente. Ambas as civilizações urbanizam-se e adotam a escrita em períodos muito próximos. Como já dito, as primeiras inscrições em cuneiforme aparecem na Mesopotâmia em 3100 a.C.; os primeiros textos em hieróglifos surgem no Egito no período compreendido entre 3100 e 3000 a.C. Quanto às cidades, elas já existem na Mesopotâmia no lapso de tempo situado entre 3100 e 2900 a.C.; no Egito, a urbanização dá-se de forma gradual, concomitante à unificação dos povos do Sul e Norte (Baixo e Alto Egito), o que resulta na formação das cidades entre 3100 e 2890 a.C. Segundo as pesquisas mais recentes, não há uma relação de causalidade entre as duas evoluções aqui descritas; ainda que existam indícios de contato entre os povos da Mesopotâmia e do Egito, possivelmente em virtude da navegação, hoje encontra-se superada a tese que atribui forte influência mesopotâmica na unificação do reino egípcio. As fontes disponíveis indicam, ao contrário, a existência de processos autônomos.

É hora de ressaltar as características gerais de constituição dessas civilizações, enfatizando semelhanças e diferenças.

* * *

A proximidade das datas de consolidação das civilizações mesopotâmica e egípcia não pode, por óbvio, ser tratada como mera coincidência histórica. Na verdade, a conformação do espaço é um elemento vital para a compreensão da durabilidade e êxito dessas civilizações.

Isso porque as duas regiões, situadas no Oriente Próximo, contavam com um elemento que lhes atribuía substancial vantagem em relação às demais localidades adjacentes: a proximidade de bacias hidrográficas. Ao contrário

de povos que precisavam manter-se em território litorâneo, desértico ou montanhoso - como os habitantes das regiões da Fenícia, Síria, Palestina ou Pérsia -, os mesopotâmicos e egípcios formaram suas civilizações em torno dos rios Tigre, Eufrates e Nilo. Tal circunstância permite, por óbvio, a existência de solo propício à agricultura, bem como a navegação fluvial, essencial para o transporte de mercadorias e sofisticação do comércio. E todos esses fatores contribuem para um crescimento mais acelerado da população dessas sociedades, bem como um maior desenvolvimento político e econômico.

Uma diferença, contudo, merece ser notada, em face da repercussão que refletir-se-á nas crenças e mentalidades manifestadas pelos povos aqui estudados. No que se refere ao antigo Egito, os períodos de cheia (recuo das águas do Nilo são previsíveis e estáveis; em se tratando de povos de credo politeísta, é comum a associação entre as divindades (fenômenos da natureza. Assim, a regularidade do ciclo das águas do Nilo trazia, aos habitantes do Egito antigo, uma sensação de continuidade, de evasão da passagem do tempo, que acabou por ser associada: um rito de imortalidade: o culto a Osíris. Tal crença - na possibilidade de um ciclo natural de vida, morte e renascimento - não poderia surgir nas cidades da Mesopotâmia, já que a cheia e recuo das águas do Tigre e do Eufrates possui um caráter pouco regular e previsível: ao contrário do fenômeno verificado no Egito, os rios da Mesopotâmia “têm comportamento muito menos uniforme que o Nilo. Os habitantes da antiga Mesopotâmia eram obrigados a enfrentar variações climáticas, ventos cortantes, chuvas torrenciais e enchentes devastadoras, que escapavam a seu controle”. Disso decorria a impossibilidade de credo em um ritual de fundo cíclico quanto à vida e à morte. Enquanto no Egito “o faraó simbolizava o triunfo de uma ordem divina inabalável sobre as forças do caos, na Mesopotâmia a monarquia representava a luta de uma ordem humana, com todas as suas ansiedades e fragilidades, para se integrar ao Universo”.

Essa variação no sistema de crenças terá reflexos na política e na economia desses povos do Oriente próximo.

* * *

A principal característica comum da organização política das civilizações aqui analisadas consiste no fato de que ambas desenvolveram a

monarquia como forma de governo. As diferenças, entretanto, neste terreno, são muito mais evidentes.

A primeira dessas distinções diz respeito à dicotomia fragmentação/unidade do poder político. No Egito, desde a consolidação da unificação dos reinos do Sul e do Norte (c. 3100 a.C.) até o final dos períodos de domínio persa (525-404 e 343-332 a.C.) e início da dominação romana (30 a.C.), consolidou-se uma monarquia unificada, com um poder central bastante definido, titularizado pelo faraó, e com uma capital instalada em determinada cidade do reino (que podia ser Mênfis, Tebas, Sais, entre outras). Ainda que alguns períodos de instabilidade interna ou invasão externa possam ter abalado a vida política do reino, é notável a durabilidade da estrutura centralizada do antigo Egito. Num período de aproximadamente 3000 anos - observa José das Candeias Sales -, é extraordinário “o fato de, durante todo esse tempo, a tendência de concentração política ter sempre conseguido sobrepor-se à tendência de fragmentação favorecida pela própria configuração longitudinal do país”. Conclui, então, o mesmo autor: “mais extraordinário ainda é o fato de, durante os mais de três milênios, a realeza egípcia nunca ter sido verdadeiramente posta em questão”.

Evidentemente, a experiência política na Mesopotâmia era diversa; desde seus primórdios, essa civilização optou pela fundação de cidades - comumente designadas cidades-estado - com alto grau de independência. Cada cidade tinha seu governante, seus órgãos políticos, e, muitas vezes, seu próprio exército. Logo, na região da Suméria havia as cidades de Ur, Uruk, Lagash e Larsa, entre outras; na Babilônia, além da cidade do mesmo nome, podem ser mencionadas Kutha, Kish, Borsipa; na região da Acádia, além da capital homônima, as cidades de Eshnunna e Sippar. E, por fim, na Assíria, as cidades de Nínive, Assur e Nuzi tinham algum destaque. Todas essas cidades possuíam soberanos e divindades próprios. É nítido, então, o contraste entre unidade do exercício do poder político, no antigo Egito, e a fragmentação desse poder entre as várias cidades da Mesopotâmia.

Uma segunda distinção deve ser citada, e diz respeito ao papel conferido aos soberanos. Talvez por influência da regularidade nas manifestações da natureza - especialmente das águas do Nilo -, e a criação de um rito de imortalidade a ser cumprido pelo faraó (imitando o deus Osíris),

consagrou-se, no Egito, a concepção de que o monarca não era um simples representante divino na Terra. Ele era o próprio deus. Trata-se do fenômeno intitulado teofania. Como descrito por Ciro Flamarion Cardoso, “O rei, chamado faraó (*per-aa*: a “grande casa” ou “palácio”), rei-deus, encamação do deus Hórus e - sistematicamente a partir da V dinastia, embora o título apareça antes - filho do deus solar Ra, entre muitos outros títulos, era o mais absoluto dos monarcas”.

De modo absolutamente contrário - e cabe recordar, aqui, as diferenças no comportamento das águas dos rios que ocupam papel central nas duas civilizações -, na Mesopotâmia, com a instabilidade natural já descrita e a fragmentação do poder político entre vários monarcas (os quais, frequentemente, guerreavam entre si), era simplesmente impossível fundar a dominação do rei com base na assunção de uma divindade. Na verdade, a monarquia, nas cidades do Tigre e do Eufrates, assumiu um caráter mais humano. O rei era, tão-somente, um representante de deus (a divindade escolhida pela cidade) na terra. E, nesse contexto, estava também submetido a limitações e contingências típicas de qualquer ser humano. Um interessante ritual praticado na Babilônia ressalta essa característica.

* * *

No plano da economia, há dois aspectos comuns que são essenciais, até mesmo como elementos distintivos entre a evolução dos povos que habitavam a Mesopotâmia e o Egito e daqueles que estavam além de suas fronteiras: a utilização do solo para plantio e o crescente emprego da navegação como meio de transporte de mercadorias. No entanto, é fundamental ressaltar que o Egito era rico em vários produtos de origem mineral - ouro, cobre, sílex, ametista e granito para construção -, mas pobre em madeira, que era importada da região da Fenícia, por meio do porto de Biblos. Além disso, as condições de irrigação e drenagem do solo eram bastante favoráveis na extensão do Rio Nilo, ao passo que na Mesopotâmia havia carência, em regra, de minerais (com exceção do cobre) e o solo, ainda que bastante fértil, apresentava problemas quanto à dificuldade de drenagem e de contenção do avanço da vegetação desértica.

Não é difícil concluir, portanto, que as cidades da Mesopotâmia dependiam do comércio em grau sensivelmente superior ao Egito, o que terá reflexos, como poder-se-á observar, no desenvolvimento do direito privado nessas duas civilizações.

A Vigência do Direito: Seus Elementos, Manifestações e Instituições

Há que se ponderar, de imediato, que o estudo do direito das sociedades pré-clássicas representa um campo relativamente novo na história do direito. Muitas das descobertas fundamentais, no terreno da arqueologia, são posteriores ao início do século XX. As principais expedições foram enviadas à Mesopotâmia e ao Egito nos anos vinte: as célebres escavações em Ur lideradas por Wooley (1922-1929) e a descoberta e catalogação dos tesouros da tumba de Tutankhamon, efetuadas por Carter, no Vale dos Reis (1922-1924). Evidentemente, a reaparição de elementos da cultura escrita e material, proporcionada pela arqueologia, é apenas o início de um longo trabalho que inclui a decifração dos textos, a compilação e confronto do material e a posterior tentativa de obter-se uma reprodução aproximada de determinado aspecto de uma sociedade, a saber, algum rito religioso, alguma manifestação política ou movimento econômico. Não é, dessarte, de se estranhar que uma obra clássica de história do direito escrita no século XIX, como a de Sir Henry Sumner Maine, não dedique uma linha sequer aos direitos da Mesopotâmia e do Egito.

Hoje a história vale-se da linguística e da arqueologia para tentar aprofundar o estudo dos direitos dos povos do Oriente próximo; é possível, com isso, esclarecer algumas características dos sistemas jurídicos da época clássica e posterior. Para tanto, cumpre ressaltar um dado fundamental no início da presente exposição; tanto os direitos da Mesopotâmia como o direito egípcio possuem uma característica comum: a ideia de revelação divina.

Como já observado no item anterior, as sociedades mesopotâmica e egípcia, em face de seu caráter urbano e comercial, passaram a desenvolver um grau de complexidade que exigia a vigência de um direito mais abstrato do que o simples costume ou tradição religiosa. Era necessário um conjunto de leis escritas, que desse previsibilidade às ações no campo privado, que estipulasse algum tipo de tribunal ou juiz para resolver controvérsias e que fosse inteiramente seguido em toda a extensão do reino para o qual se destinava. Ambas as sociedades aqui estudadas atingiram esse estágio. Deve ser ressaltado, contudo, o fato de que uma característica do direito arcaico ainda produziu efeitos nessas civilizações urbanas: as

normas de direito tinham sua justificação no princípio da revelação divina. A noção de responsabilidade política pela decisão legislativa é estranha à Mesopotâmia e ao Egito.

O exemplo mais enfático dessa revelação consta do Código de Hammurabi: num extenso prólogo, fica ali explicitado que o conjunto de leis foi oferecido ao povo da Babilônia pelo deus Sarnas, por intermédio do rei Hammurabi, e não por decisão deste. Na exata descrição de Aymard e Auboyer, “Hammurabi, ao publicar o seu código, quer satisfazer a Sarnas, deus da justiça, “fazer resplandecer o direito no país, arruinar o mau e o malfeitor, impedir que o forte maltrate o fraco”. Mas a justiça, no fundo, identifica-se à vontade dos deuses, cujas razões escapam à compreensão dos homens: e estes não devem julgá-la”. O mesmo raciocínio se aplica, com maior evidência, ao direito egípcio. Como o faraó é a própria encarnação da divindade, e dele emanam todas as normas, não será possível conceber qualquer decisão política que vincule o soberano pelo seu simples poder temporal. O direito terá de se originar num plano superior: a revelação divina.

Consignada essa premissa fundamental - comum às duas civilizações ora estudadas -, é hora de resgatar as principais manifestações do direito na Mesopotâmia e no Egito.

* * *

É pertinente iniciar a descrição dos fenômenos ligados à criação, vigência e aplicação do direito nas cidades da Mesopotâmia com uma advertência constantemente reprisada, mas que é ainda necessária: quando se fala da existência de “códigos” na antiga Mesopotâmia, é claro que esta expressão não deve ser compreendida em seu sentido moderno (como um documento sistematizado, dotado de princípios gerais, categorias, conceitos e institutos, pensado para vigorar como um conjunto de preceitos gerais e abstratos). A configuração do direito, no alvorecer da Antiguidade, reflete o estado de maturidade política e institucional da época. O emprego da expressão “código” para descrever as normas de direito escrito produzidas na Mesopotâmia encontra fundamento tão-somente na tradição. Não há qualquer paralelo com os códigos de inspiração napoleônica.

O primeiro desses “códigos” da antiga Mesopotâmia surge no período compreendido entre 2140 e 2004 a.C., na região da Suméria. Esta região, aliás, localizada na Baixa Mesopotâmia, foi a sede do primeiro império

fundado na bacia do Eufrates e do Tigre; o centro vital desse império inicial foi a cidade de Umma, que conquistou algumas cidades vizinhas entre 2465 e 2370 a.C. O império seguinte foi o acádico, teve como principal figura histórica o rei Sargão, e se estendeu de 2370 a 2140 a.C. A queda do império acádico veio com a recuperação da hegemonia suméria, por intermédio da refundação do primeiro império, agora com sede na cidade de *VI*. É nesse momento que surge o primeiro documento escrito da história do direito.

O fundador desse novo império na Suméria (que inicia a chamada III dinastia de Ur) é o rei Ur-Nammu. Ele promulga, então, em alguma data situada entre 2140 e 2004 a.C., o Código de Ur-Nammu.

A estrutura geral deste Código - e dos outros que lhe sucederão pode ser descrita como um meio-termo entre o direito fortemente concreto das sociedades arcaicas (pensado e manifestado exclusivamente para o caso em discussão) e as formas abstratas e gerais que caracterizam o direito moderno. Esses códigos são constituídos, na correta síntese de *Ciro Flamarion Cardoso*, de “esforços em direção a certa unificação da legislação que incluíram a promulgação da primeira compilação importante de precedentes judiciais ou “julgamentos típicos”. As normas ostentam o perfil de costumes reduzidos a escrito, ou, então, de decisões anteriormente proferidas em algum caso concreto. Um importante dado da estrutura da sociedade é transmitido pelo texto do Código de Ur-Nammu: existem duas grandes classes de pessoas, os homens livres e os escravos, bem como uma camada intermediária, de funcionários que servem os palácios reais e os templos, e que possuem uma liberdade limitada. As normas que subsistiram ligam-se predominantemente ao domínio do direito penal, mas é possível vislumbrar a importância - que não cessará de crescer - concedida pelas cidades da Mesopotâmia às penas pecuniárias.

Outros dois códigos surgem na Mesopotâmia em data anterior à célebre legislação de Hammurabi. Na cidade de Eshnunna, próxima ao rio Tigre, na Acádia, foi descoberto um código editado numa data próxima a 1930 a.C. Na cidade de Isin, na Suméria, foi encontrado o Código de Lipit-Ishtar, redigido possivelmente em 1934-1924 a.C., e que contém um prólogo, epílogo e 43 artigos. O Código de Eshnunna, mais extenso e completo (possui sessenta artigos), traz uma simbiose entre matérias civil e penal que caracterizará o Código de Hammurabi. O documento de Eshnunna já

contempla institutos conexos à responsabilidade civil, ao direito de família e à responsabilização de donos de animais por lesões corporais seguidas de morte.

Estava preparado, então, o terreno para a promulgação do Código de Hammurabi. Descoberto na Pérsia, em 1901, por uma missão arqueológica francesa, o documento legal, gravado em pedra negra, encontra-se hoje no Museu do Louvre. O Código foi promulgado, aproximadamente, em 1694 a.C., no período de apogeu do império babilônico, pelo rei Hammurabi. Ele é composto por 282 artigos, dispostos em cerca de 3600 linhas de texto, que abrangem quase todos os aspectos ligados à dinâmica da sociedade babilônica, desde penas definidas com precisão de detalhes até institutos do direito privado, passando, ainda, por uma rigorosa regulamentação do domínio econômico. O Código representa, ainda hoje, uma das principais fontes históricas disponíveis para o estudo da antiga Mesopotâmia. Tudo indica, na verdade, que se trata de uma grande compilação de normas anteriormente dispostas em outros documentos e de decisões tomadas em casos concretos, que serviram de base para a elaboração dos artigos.

Passa-se a uma rápida abordagem de alguns dos temas versados no Código.

A *organização da sociedade* segue os padrões já estabelecidos no Código de Ur-Nammu. Assim, há um estrato de homens livres, uma camada de homens dotados de personalidade jurídica, mas com liberdade limitada (pode-se chamá-los “subalternos”) e uma parcela de escravos (equiparados a um bem móvel). Não é difícil concluir que o Código dará um tratamento diferenciado a cada um desses segmentos: “Por exemplo, aquele que, espancando a filha de um homem livre, faz com que ela aborte pagará uma indenização de 10 siclos de prata; se se tratar da filha de um subalterno, 5 siclos; de um escravo, apenas 2.”

Alguns elementos surpreendentemente modernos marcam a delimitação do *direito de família* no Código de Hammurabi. A mulher, dotada de personalidade jurídica, mantém-se proprietária de seu dote mesmo após o casamento, e tem liberdade na gestão de seus bens. É prevista a possibilidade de repúdio da mulher pelo marido, mas a recíproca é igualmente verdadeira: a mulher pode alegar má conduta do marido e propor ação para retomar a sua família originária, levando de volta o seu patrimônio.⁴⁷ A organização familiar é em regra monogâmica, sendo,

contudo, flexibilizada quando se tratar da continuidade da linhagem familiar; é permitida, em alguns casos, a inserção de uma segunda esposa, uma espécie de concubina, quando o casal não conseguir gerar filhos, mas fica mantida a precedência da primeira esposa em relação à segunda. O Código prevê, ainda, com minúcias, os institutos da adoção (estipulando as consequências jurídicas da ruptura do vínculo entre adotante e adotado) e da sucessão (com limitações ao poder de dispor sobre o patrimônio, especialmente se isso ocorrer em detrimento de algum dos filhos sobreviventes).

No que se refere ao *domínio econômico*, o Código consagra alguma intervenção na atividade privada, por meio da delimitação de salários e preços. Não existem dados seguros acerca do êxito dessa tentativa, e da sua estrita observância pelos agentes econômicos da época. Mas, como pontuam Aymard e Auboyer, “determinando um bom número de salários e preços, a legislação de Hammurabi surge-nos como a mais ampla experiência, numa época antiga, do tabelamento oficial”.

O *direito penal* trazido pelo Código de Hammurabi reflete o momento de elaboração do próprio documento; buscando uma extrema centralização do poder nas mãos do soberano, o Código, na parte alusiva aos delitos e às penas, consagra uma fusão de elementos sobrenaturais, princípios de autotutela e retaliação e penas ligadas à mutilação e ao castigo físicos.

E, por fim, um dos principais legados da obra de Hammurabi para o direito superveniente localiza-se na regulamentação do *direito privado*. Várias modalidades de contratos e negócios jurídicos são contempladas no texto do documento. Por intermédio de artigos do Código, sabe-se que na Mesopotâmia já eram praticados os seguintes contratos: compra e venda (inclusive a crédito), arrendamento (com ênfase na regulamentação das terras cultiváveis) e depósito. A responsabilidade civil é levada às últimas consequências. Há previsão, ainda, de empréstimo a juros, títulos de crédito, operações de caráter bancário e de sociedades de comerciantes.

Após a declinação das principais características dessas normas escritas que regiam as sociedades da antiga Mesopotâmia, uma pergunta se impõe: como se davam os *processos de aplicação do direito*? A resposta é proporcionada pela subsistência de milhares de documentos escritos, conservados sob a forma de tabletas de argila ou de cilindros de pedra, que reproduzem decisões judiciais tomadas em casos concretos. Mesmo no

período de maior centralização do poder político auge dos impérios sumério, acádico, babilônico, assírio e neobabilônico -, não se formou, nas cidades da Mesopotâmia, uma estrutura burocrático-profissional nos moldes existentes no Egito antigo. Havia, isso sim, funcionários do palácio real e sacerdotes locais, que auxiliavam o soberano na aplicação do direito. Mas, em regra, os juízes eram nomeados pelo próprio monarca, que poderia, igualmente, ser instado para decidir, em grau de recurso, determinada causa existente no reino. Eis a descrição de Aymard e Auboyer, característica do período de Hammurabi: “Ao lado da justiça das cidades e da dos templos, existe urna justiça real cujos representantes são nomeados pelo rei. Ainda mais, Hammurabi oferece a todos a possibilidade de apelo ao rei ou ao seu ministro “supremo”.”

* * *

É lamentável que o historiador do direito não possua, no estudo do direito egípcio, a mesma riqueza de fontes de que dispõe no exame dos direitos das cidades da Mesopotâmia. Nenhum texto legal do período antigo do Egito chegou ao conhecimento do homem moderno. Há, contudo, excertos de contratos, testamentos, decisões judiciais e atos administrativos - além, é claro, de urna abundância de referências indiretas às normas jurídicas em textos sagrados e narrativas literárias que permitem inferir alguns aspectos da experiência egípcia no campo do direito.

A contribuição mais interessante ao estudo das relações entre sociedade e direito que se pode retirar do Egito antigo é a consagração, na aplicação do direito, de um princípio de justiça que é simbolizada pela figura de urna deusa, de nome *maat*. Consoante a descrição de José das Candeias Sales, “Os egípcios acreditavam numa lei reguladora e organizadora dos sistemas de coisas, numa noção de eterna ordem das coisas e do Universo, a *maat*, que gozou no Egito faraônico de enorme popularidade e importância na estruturação e funcionamento da própria realeza. Podemos afirmar que é o elemento basilar do Estado”.

A aplicação do direito estava subordinada, então, à incidência de um critério divino de justiça. A conclusão que daí decorre é evidente: ao faraó, que tinha atributos de divindade, incumbia velar pela vigência do princípio de justiça simbolizado pela deusa *maat*: “Indissociável do faraonato como instituição fulcral da vida egípcia, a *maat* possui um conteúdo e uma vertente social, ética e cósmica que confere direta e expressamente ao faraó

a responsabilidade de estabelecer a Justiça, a Paz, o Equilíbrio e a Solidariedade social e cósmica da sociedade terrena. A função real devia estar conforme aos desígnios da *maat*.”

E como operava o princípio da justiça na aplicação do direito? A explicação é fornecida por Gilissen: “*Maat* é o objetivo a prosseguir pelos reis, ao sabor das circunstâncias. Tem por essência ser o 'equilíbrio'; o ideal, a esse respeito, é por exemplo “fazer com que as duas partes saiam do tribunal satisfeitas”. Como é neste preceito que reside a “verdadeiro” justiça, *Maat* pode ser traduzido por Verdade e Ordem como por Justiça propriamente dita.”

Convém ressaltar, enfim, que a jurisdição era titularizada pelo faraó, que poderia, a seu critério, delegar funcionários especializados para a tarefa de decidir questões concretas. Em regra, esse funcionário era o vizir, que vinha logo abaixo do soberano na hierarquia política do Egito, e que era também o sacerdote da deusa *maat*.

Conclusão

A envergadura dos sistemas jurídicos desenvolvidos na Mesopotâmia e no Egito antigos já seria suficiente para atribuir a essas civilizações um papel de destaque na evolução das sociedades e do direito. O século XX, segundo já mencionado, “descobriu” a herança das civilizações do Oriente próximo, e precisou reescrever a história do direito. Não se pode mais iniciar o estudo dos textos, instituições e processos jurídicos sem passar pelas experiências mesopotâmica e egípcia.

Um particular aspecto, todavia, merece ser aqui aventado, como forma de finalizar a presente exposição. Algumas indagações desde logo se impõem: qual a dimensão do legado deixado pelas sociedades da Mesopotâmia e do Egito para a história do direito? Como é possível identificá-lo?

Não existem muitas dúvidas acerca da expressiva contribuição trazida pela cultura mesopotâmica e egípcia aos povos da Europa clássica. Como se sabe, o sistema sexagesimal de medida - que até os dias atuais determina a contagem das horas, minutos e segundos - nasceu na Babilônia. De outra parte, o calendário solar, que é adotado na quase totalidade dos povos ocidentais, foi concebido no antigo Egito. Há fortes evidências de que a

mudança do calendário lunar utilizado na Roma. antiga para o novo calendário solar, chamado juliano, em 45 a.C., tenha relação com as campanhas de Júlio César no Egito, quando teria travado contato com o astrônomo Sosígenes.

Outros vestígios de continuidade entre os mundos do Oriente antigo e as civilizações clássicas são igualmente famosos: a descrição que Heródoto fez da Babilônia (mesmo que não se saiba se o historiador efetivamente visitou a cidade), a presença de Alexandre Magno nas duas civilizações (subjugou o Egito e faleceu, em 323 a.C., na Babilônia, contemplando, segundo a lenda, os célebres jardins suspensos), ou ainda os contatos comerciais existentes entre negociadores da Jônia e do império neobabilônico de Nabucodonosor.

Um outro indício surgiu, inesperadamente, a partir de escavações arqueológicas conduzidas, entre 1906 e 1907, por Winkler e sua equipe na região da atual Turquia (antiga Anatólia central). Descobriu-se a civilização dos hititas, povo que estabeleceu sua capital na antiga cidade de Hattusas (hoje Boghazköy) e dominou uma extensa porção de território, desde a Capadócia e a Frígia até as fronteiras da Mesopotâmia. O auge do império hitita foi atingido no ano 1350 a.C., durante o reinado de Suppiluliuma.

E, como algumas pesquisas começam a indicar,⁶¹ os hititas podem ter desempenhado um papel fundamental na passagem da herança mesopotâmica e egípcia aos povos da Antiguidade clássica. Já foram identificados numerosos pontos de contato entre o império hitita e as civilizações do Oriente próximo. Observe-se a assertiva de Ciro Flamarion Cardoso: “Para além das fronteiras do império, o rei hitita mantinha ativa diplomacia, trocando cartas e presentes com seus “irmãos” do Egito e da Mesopotâmia.” É curioso acrescentar que, logo após a atividade diplomática descrita acima, os hititas e os egípcios entraram em conflito armado, que terminou, sem vencedores aparentes, com a celebração de um tratado de paz, em 1270 a.C., que é hoje considerado um dos primeiros documentos de direito internacional.

Remontando-se à primeira civilização urbana da Mesopotâmia, António Augusto Tavares assinala uma linha de continuidade nas formas de sociedade:

vários elementos das culturas e civilizações modernas encontram as suas origens mais remotas no Sul da Mesopotâmia, na Suméria.

Babilônios e Assírios conservaram e, por vezes, desenvolveram a herança espiritual dos Sumérios que comunicaram aos vizinhos: Hurritas, Hititas, Cananeus. Foram em seguida os Hebreus e os Gregos, por motivos e maneiras diferentes, os principais veículos para a posteridade.

É plausível supor, nesse contexto, que alguns dos institutos jurídicos existentes na Mesopotâmia e do Egito tenham sido absorvidos pelos hititas e posteriormente transferidos para as sociedades do mundo grego. Essa é a linha de investigação proposta por Gilissen, e que parece respaldada por razoáveis indícios históricos. Tampouco seria equivocado apontar a subsistência, na sociedade e no direito romanos, de institutos provenientes da Mesopotâmia e do Egito antigos, como a celebração de espécies diversificadas de contratos e a centralização administrativa apoiada por um corpo burocrático estável. É razoável conceber, então, um panorama de circulação de ideias na região do Mediterrâneo, que pode ter auxiliado na conformação de institutos jurídicos posteriormente legados ao patrimônio do Ocidente.

Talvez seja chegado o momento de identificar as origens dos direitos modernos em sociedades que nasceram, se desenvolveram e encontraram sua mais profunda decadência antes mesmo do surgimento das civilizações clássicas. Talvez tenha sido atingido o estágio de ampliar os horizontes do tempo histórico, pois, na vigorosa e singela afirmação de Marc Bloch, o verdadeiro tempo da história “é, por natureza, contínuo. É também perpétua mudança”.

3. O Direito Grego Antigo

Raquel de Souza

Introdução

Quando se discute a Grécia antiga, é comum dividir sua história em vários períodos: o *arcaico* - do oitavo ao sexto século a.C., quando se iniciam as Guerras Pérsicas; o *clássico* - quinto e quarto séculos a.C.; o *helenístico* - desde Alexandre Magno até a conquista romana do Mediterrâneo oriental; o *romano* - fixado a partir da derrota de Antônio e Cleópatra por Augusto. Para o estudo do direito grego é particularmente interessante o período que se inicia com o aparecimento da pólis, meados do século VIII a.C., e vai até o seu desaparecimento e surgimento dos reinos helenísticos no século III a.C. Esse período de cinco séculos corresponde aos convencionalmente denominados época arcaica (776 a 480 a.C., datas dos primeiros Jogos Olímpicos e batalha de Salamina, respectivamente) e período clássico (quinto e quarto séculos a.C.). Um aspecto adicional, de qualquer estudo sobre a Grécia, é que Atenas costuma ser utilizada como paradigma e não outras cidades gregas também importantes, como Esparta, Tebas ou Corinto. Neste aspecto, é reveladora a observação feita no posfácio do livro *O mundo de Atenas*, que tem Peter Jones como organizador:

Este livro foi deslavadamente atenocêntrico porque Atenas era a pólis mais importante e não porque sobre ela chegou até nós maior número de dados que sobre qualquer outra pólis da época. A tentação de vermos tudo através de lentes atenienses é irresistível.

O estudo do direito na Grécia antiga não é exceção. Além de ser a pólis da qual mais se tem informações (*Aristófanes*, oradores áticos, historiadores e a *Constituição de Atenas de Aristóteles*), Atenas foi onde a democracia melhor se desenvolveu e o direito atingiu sua mais perfeita forma quanto a legislação e processo. É comum utilizar direito grego e direito ateniense como sinônimos. No entanto, deve-se ter em mente que nem sempre são a mesma coisa, e não se pode falar de direito grego no

sentido de sistema único e abrangendo todas as pólis. Aqui, novamente, Esparta é a grande exceção.

A época arcaica é um período de transformações e se caracteriza por certo número de criações e inovações. Um dos fenômenos mais característicos dessa época foi o da colonização, prática que continuou até o período helenístico. Seja por motivos de excesso de população, secas ou chuvas em demasia, sempre que a pólis tinha dificuldade em alimentar a população, decidia pelo envio de uma parte para outro lugar, com o objetivo de fundar uma colônia, a qual denominavam *apokia* (residência distante). Foi dessa forma que os gregos se espalharam pelo Mediterrâneo.

Além de dispersarem os gregos geograficamente, essas colonizações estimularam o comércio e a indústria. As colônias precisavam realizar troca de mercadorias com o continente e também colocavam os gregos em contato com outros povos, os bárbaros, na visão dos gregos. Logo o comércio transformou-se em atividade autônoma e próspera, estimulando a indústria, principalmente a produção de cerâmica.

Com respeito às inovações do período arcaico, Paul Faure apresenta cinco: (1) o armamento naval com as trirremes; (2) o armamento terrestre com os hoplitas; (3) o cavalo montado, substituindo os carros de guerra puxados por cavalos; (4) a moeda e (5) o alfabeto. Desses, interessa em particular os hoplitas, a moeda e o alfabeto, que será assunto dos tópicos seguintes.

O hoplita, uma transformação de tática militar, retirou da aristocracia a hegemonia do poder militar, permitindo o acesso a maior número de cidadãos. Mesmo tendo o hoplita de custear seu equipamento, este ainda era mais barato que o custo de um cavalo, privilégio dos nobres. Segundo Paul Faure, “A nação em armas substituiu os campeões, os heróis, os senhores de guerra. Todos os proprietários de um lote de terra, capazes de pagar seu equipamento, são de direito e de fato remadores e hoplitas.”

Tendo aparecido na Lídia em meados do século VII a.C., a moeda foi logo adotada pelos gregos, contribuindo para incrementar o comércio e permitir a acumulação de riquezas. Com o aparecimento dos plutocratas como uma nova classe, a aristocracia perdeu o poder econômico, embora ainda mantivesse o poder político, que seria por ela controlado, contudo finalmente retirado com as reformas introduzidas pelos legisladores e tiranos.

A escrita surge como nova tecnologia, permitindo a codificação de leis e sua divulgação através de inscrições nos muros das cidades. Dessa forma, junto com as instituições democráticas que passaram a contar com a participação do povo, os aristocratas perdem também o monopólio da justiça.

Retirar o poder das mãos da aristocracia com leis escritas foi o papel dos legisladores. Coube-lhes compilar a tradição e os costumes, modificá-los e apresentar uma estrutura legal em forma de leis codificadas. O primeiro legislador de que se tem conhecimento é Zaleuco de Locros (por volta de 650 a.C.), figura lendária a quem é atribuído o primeiro código escrito de leis. Em seu livro *A Grécia antiga*, José Ribeiro Ferreira cita Éforo e Diodoro como atribuindo a Zaleuco o mérito de ter “sido o primeiro a fixar penas determinadas para cada tipo de crime”.

Tem-se a seguir Carondas, legislador de Catânia (cerca de 630 a.C.), e Licurgo, em Esparta. São de particular interesse dois legisladores atenienses: Drácon e Sólon. O primeiro (620 a.C.) fornece a Atenas seu primeiro código de leis, que ficou conhecido por sua severidade e cuja lei relativa ao homicídio foi mantida pela reforma de Sólon, sobrevivendo até nossos dias graças a uma inscrição em pedra. Deve-se a Drácon a introdução de importante princípio do direito penal: a distinção entre os diversos tipos de homicídio, diferenciando entre homicídio voluntário, homicídio involuntário e o homicídio em legítima defesa. Ao Areópago cabia julgar os homicídios voluntários; os demais tipos de homicídios eram julgados pelo tribunal dos Éfetas.

Sólon (594-593 a.C.) não só cria um código de leis, que alterou o código criado por Drácon, como também procede a uma reforma institucional, social e econômica. No campo econômico, Sólon reorganiza a agricultura, incentivando a cultura da oliveira e da vinha e ainda a exportação do azeite. No aspecto social, entre as várias medidas, são de particular interesse aquelas que obrigavam os pais a ensinarem um ofício aos filhos; caso contrário, estes ficariam desobrigados de os tratarem na velhice; a eliminação de hipotecas por dívidas e a libertação dos escravos pelas mesmas e a divisão da sociedade em classes societárias. Atrai também artífices estrangeiros com a promessa de concessão de cidadania. Com respeito às instituições, manteve os Arcontes, o Areópago e a Assembléia, mas com algumas alterações. Acredita-se que a *Boulê* (Conselho) tenha

sido uma criação de Sólon, mas formada inicialmente por 400 pessoas e sendo um conselho paralelo ao Areópago. Uma criação importante e de grande repercussão no direito ateniense foi o tribunal da Heliaia. José Ribeiro Ferreira observa que esse tribunal, ao qual qualquer pessoa podia apelar das decisões dos tribunais, assegurava a ideia “de que a lei se encontrava acima do magistrado que tinha a cargo sua aplicação.”

Também é da época arcaica o aparecimento de tiranos, sendo comumente aceito o período de 640-630 a.C. De início, o termo *tirano* não tinha ainda o sentido pejorativo que apareceria em Atenas, no século V a.C., com o governo dos Trinta Tiranos (404 a.C.). Em Atenas, Pisístrato é o grande nome e aquele, após algumas tentativas, que estabelece a tirania de 546 a 510 a.C., comportando-se como déspota esclarecido. Seu período de tirania coincide com importante fase de desenvolvimento econômico para Atenas. São desse período as famosas moedas de prata com a imagem da coruja, símbolo da deusa protetora da cidade. Com respeito às instituições e leis, mantém o que Sólon tinha estabelecido. Outros tiranos importantes foram Periandro, em Corinto, no período de 590 a 560 a.c., e Policrato, tirano de Samos, entre 538 a 522 a.C.

Com a queda da tirania de Pisístrato em 510 a.C., o povo ateniense reage, não aceita a liderança de Iságoras e elege Clístenes, considerado, posteriormente, o pai da democracia grega. Clístenes atua como legislador, realizando verdadeira reforma e instaurando nova Constituição.

Com as guerras Pérsicas (490 e 489-479 a.C.) inicia-se o que se conhece como era clássica da Grécia. São figuras importantes, nesse período: Milcíades, com a vitória em Maratona; Temístocles, com a vitória naval de Salamina; Efiltes, que consegue retirar do Areópago a maioria dos poderes e, finalmente, Péricles, que estabelece a remuneração (*mistoforia*) para o tempo que se estivesse a serviço da *pólis*. Nessa época se consolidam as principais instituições gregas: a Assembléia, o Conselho dos Quinhentos (*Boulê*) e os Tribunais da Heliaia. Pode-se ainda citar Creon, tristemente conhecido pelas comédias de Aristófanes.

Ao iniciar a Guerra do Peloponeso, por volta de 430 a.C., estima-se que Atenas tivesse cerca de 300 mil habitantes, dos quais de 30 a 40 mil eram cidadãos. Quanto aos escravos, estes eram de 100 a 150 mil, sendo esse número razão de crítica por alguns historiadores, que veem em Atenas uma democracia escravagista. Independente das críticas, Atenas tinha atingido

sua maioria quanto à democracia e a tinha estendido a outras cidades gregas, principalmente depois da Confederação de Delos, embora, em alguns casos, à força. A Assembleia do Povo era a principal de suas instituições e era onde as decisões eram tomadas. Nas palavras de José Ribeiro Ferreira, “o *dêmos*, em vez de eleger homens encarregados de o governar, governava.”

A Escrita Grega

Falando sobre o direito grego em Atenas, Mário Curtis Giordani menciona que os historiadores têm dado pouca importância a ele e cita Louis Gernet como reconhecendo “que o direito grego foi durante muito tempo uma disciplina deserdada”, novamente porque o direito grego tem sido objeto de estudo mais por parte de (1) filósofos (que não se preocupavam muito com a verdade jurídica) e (2) de romanistas, que permaneciam fechados em suas categorias tradicionais.

S. C. Todd, autor de importante livro sobre direito grego (*The shape of athenian law - Ajorma da lei ateniense*), admite que “Direito é uma das poucas áreas de práticas sociais na qual os antigos gregos não tiveram influência significativa nas sociedades subsequentes”.

Às duas razões citadas por Mário C. Giordani pode-se adicionar uma terceira: a de que a escrita grega surgiu e se desenvolveu ao longo da história da civilização grega, tendo atingido sua maturidade somente após o ocaso dessa civilização. Estivessem a escrita, os meios de escrita e a tecnologia de produção de livros em adiantado estágio quando a civilização grega atingiu seu auge, como aconteceu com a civilização romana, teríamos talvez outra história quanto ao direito grego.

Inicialmente, cabe lembrar que a língua (como expressão oral) e a escrita não são exatamente a mesma coisa. Pode parecer óbvio, mas tal obviedade é, muitas vezes, motivo de enganos.

Nem sempre a escrita foi tratada por língua, como tem sido a expressão oral, principalmente no século XX, e nem todos os filólogos estão de acordo com a igualdade das duas. No entanto, é importante ter em mente que a escrita é instrumento idealizado para a execução de tarefa que se pode desempenhar mais ou menos bem. Pode ser vista como tecnologia, assim como os meios de escrita (papiro, pergaminho, impressão) são

tecnologias auxiliares. Atualmente pode parecer estranho falar-se da escrita como tecnologia por já estar assimilada em nossa cultura, mas é assim que é vista quando surge dentro de uma sociedade.

É também importante frisar que a escrita é sempre posterior à expressão oral, e hoje se concorda que ela não é uma transcrição exata da língua falada. Tem-se, inclusive, povos com língua falada mas sem escrita.

Essas considerações iniciais sobre escrita são necessárias porque ela e o direito estão intimamente relacionados. Pode-se afirmar que não há como ter um sistema jurídico plenamente estabelecido sem um sistema de escrita.

Este papel da escrita no direito é discutido por Michael Gagarin, professor de Clássicos na Universidade do Texas, que publicou o livro sobre direito na Grécia antiga intitulado *Early greek law* (Direito grego antigo). No primeiro capítulo do livro, Michael Gagarin discute o direito na sociedade humana e sugere um modelo composto de três estágios para o desenvolvimento do direito em uma sociedade: *pré-legal*, *proto-legal* e *legal*. As definições dos três estágios são dadas a seguir:

a) *Sociedade pré-legal*: A única característica reconhecível em uma sociedade deste tipo é de que, não tem qualquer procedimento estabelecido para lidar com as disputas que surgem em seu meio. Uma pequena sociedade pode permanecer neste estágio por algum tempo, mas quando a densidade populacional atinge determinado ponto, haverá muitas pessoas que não se conhecem e passam a ter necessidade de um sistema de resolução de disputas.

b) *Sociedade proto-legal*: Neste caso existem regras e procedimentos bem determinados para a administração de disputas. Durante este estágio não há distinções entre regras (padrões sociais) e leis (conectando ações específicas a consequências específicas). É um estágio intermediário entre o estágio pré-legal e um estágio legal mais rígido.

c) *Sociedade legal*: Esta é uma sociedade tal qual as de nossos dias atuais, sociedades que consideram determinados atos tão indesejáveis que justificam uma punição. Devido ao fato de que as leis de uma sociedade deste tipo regem a conduta de seus membros e associam atos com punições normalmente *uma sociedade neste estágio requer uma forma de escrita desenvolvida*.

Como se vê, direito e escrita estão relacionados, e não somente a escrita como tecnologia, mas também os meios de escrita, como tecnologias auxiliares, de forma a permitir a produção e a divulgação das leis.

Assim, para melhor entender o direito grego, é apropriado aprofundar-se na história da escrita, particularmente porque direito e escrita se confundem com a própria história da civilização grega.

Como expressão oral, a língua grega é uma língua indo-europeia. Logo após o III milênio a.C., as populações que falavam línguas indo-europeias começaram a mover-se em direção à outras regiões como a Gália, Bretanha, Germânia, Península Ibérica, Ucrânia, Rússia, etc., onde acabaram fixando-se. Os aqueus foram um desses povos e se dirigiram para a Grécia (aproximadamente 2000 a.C.), onde sua língua indo-europeia tornar-se-ia o veículo da futura civilização Micênica. Foram seguidos pelos jônios e pelos eólios, que formaram com os aqueus a primeira onda migratória, enquanto os dórios constituíram a segunda onda alguns séculos mais tarde (1200 a.C.). São essas as origens longínquas do grego antigo.

É aos aqueus que se deve, no Peloponeso, a civilização Micênica, que depois se estendeu até Creta, chegando ao fim com a chegada dos dórios, que, por sua vez, expulsaram os aqueus. A Grécia conheceu nessa época uma multiplicidade de dialetos, dentre os quais distinguiram-se quatro: o dório, o arcádio-cipriota, o eólio e o jônio-ático. As grandes obras de Atenas do século V a.C. foram escritas em dialeto ático, mas a *Odisseia*, datada do século VIII a.C., foi escrita em dialeto jônico.

Depois da destruição da civilização micênica no século XIII a.C., os gregos ignoraram a arte da escrita durante séculos. A tradição grega data a adoção do alfabeto fonético a partir da primeira olimpíada, ou seja, em 776 a.C., data esta aceita pela maioria dos arqueólogos e historiadores.

Os gregos adotaram uma versão do alfabeto semítico utilizado pelos fenícios, provavelmente porque estes utilizam a via marítima para o comércio e tinham contatos com os gregos. A maioria das letras gregas consonantais deriva seus valores da escrita semítica ancestral de maneira direta. No entanto, a grande contribuição dos gregos foi a criação de vogais, visto que as diferenças entre as vogais eram muito mais decisivas em grego que nas línguas semíticas. As palavras gregas amiúde começam com vogais.

Naturalmente, os gregos seguiram a prática semítica de escrever da direita para a esquerda, passaram ao estilo “a volta do boi”, alternadamente da direita para a esquerda e da esquerda para a direita em linhas sucessivas, como os sulcos do arado, e evoluíram para a forma de escrita, ainda hoje empregada, da esquerda para a direita.

Ao passar do silabário ao alfabeto fonético e com a criação de símbolos para as vogais, o grego exerceu um papel essencial na história da escrita. David R. Olson menciona que:

(...) duas das revoluções culturais mais notáveis, e seguramente das mais estudadas - a da Grécia do V, IV e III séculos a.C., e a da Europa renascentista, que vai aproximadamente dos séculos XII ao XVII da nossa era - foram acompanhadas de mudanças drásticas no modo e na extensão com que se leu e escreveu, ou seja, na natureza e abrangência do uso da escrita.

É famosa a declaração de Aristóteles em *De interpretatione*: “As palavras são símbolos ou signos de afeições ou impressões da alma; as palavras escritas são signos das palavras faladas.” Essa declaração gerou o mal entendido de que a escrita seria uma mera transcrição da fala. Na verdade, a escrita é um modelo para a própria fala. Aprender a ler e escrever significa, em parte, ouvir e pensar a fala de uma nova forma.

Apesar de ter sido o berço da democracia, da filosofia, do teatro e da escrita alfabética fonética, a civilização grega tinha algumas características bastante particulares. Duas delas podem ter contribuído para o obscurecimento do direito grego ao longo da história. A primeira é a recusa do grego em aceitar a profissionalização do direito e da figura do advogado que, quando existia, não podia receber pagamento. A segunda é a de que preferia falar a escrever. Sobre a primeira se verá mais adiante; no entanto, quanto à segunda, parece até um paradoxo que o povo que inventou a escrita desse primazia à fala. Esse paradoxo é ainda mais reforçado pela sua alta produção literária. O historiador Moses Finley, em seu livro *Os gregos antigos*, chama a atenção para essa característica dos gregos:

Os gregos preferiam falar e ouvir; a sua própria arquitetura é a de um povo que gostava de falar; não apenas os grandiosos teatros ao ar livre e os recintos de reuniões, mas também as mais características de todas as estruturas gregas, a *stoá* ou coluna tapada. Por cada pessoa que lia uma tragédia, havia dezenas de

milhares que as conhecia por representação ou audição. O mesmo acontecia com a poesia lírica, composta habitualmente para execução pública (frequentemente por coros) em ocasiões festivas, quer casamentos, festas religiosas ou para celebrar um triunfo militar ou uma vitória nos Jogos. O mesmo se verificava ainda, embora dentro de um certo limite, em relação à prosa. Heródoto, por exemplo, fez leituras públicas da sua História. Os filósofos ensinavam mediante o discurso e a discussão. Platão exprimiu abertamente a sua desconfiança em relação aos livros: não podem ser inquiridos e, por conseguinte, as suas ideias estão fechadas à correção ou ao maior aperfeiçoamento e, além disso, enfraquecem a memória (Fedro 274-8). O seu mestre Sócrates conseguiu a sua reputação apenas com uma longa vida de conversação, já que não escreveu uma só linha.

Os próprios escritos de Platão são na forma de diálogos, em que as suas ideias filosóficas são desenvolvidas através de discussões, utilizando pessoas e situações reais. Os escritores do século IV eram na sua maioria oradores e professores de retórica. Não por acaso, o direito grego é, antes de tudo, um direito retórico.

A característica dos gregos de dar preferência à fala em detrimento da escrita era também reforçada pelas dificuldades que a escrita ainda apresentava, mesmo no século V a.C., como a disponibilidade e custo do material para escrita e produção de obras para consumo. O próprio Moses Finley reconhece tais dificuldades:

O livro-códice mais comodo, a que estamos habituados, assim como a folha de pergaminho mais suave (vellum), só apareceram muitos séculos depois. O leitor do rolo de papiros tinha poucas ajudas: não havia sinais de pontuação regular, os títulos e parágrafos eram irregulares mesmo nos textos literários, as palavras geralmente não estavam separadas. Todas as cópias eram escritas a mão e temos de supor que existiriam poucas de qualquer livro, num dado momento. Nos fins do século V, fala-se já de livrarias, mas o comércio teria de ser muito pequeno, com uma circulação sobretudo de base pessoal e não comercial.

Em seu livro *The history and power of writing* (A história e poder da escrita), Hemi-Jean Martin confirma a situação da escrita e do livro na

Grécia Antiga. Segundo ele, os gregos tiveram acesso ao papiro por volta do século VII a.C., a partir de Naucratis, um grande centro comercial utilizado por mercenários e mercadores gregos. No entanto, até meados do século IV a.C., os gregos não tinham acesso a um meio de escrita barato e acessível. O grego comum escrevia em qualquer lugar, ou coisa: cacos de louça, pele, couro, cerâmica, e tábuas de cera. A situação começou a mudar com a introdução em grande escala do papiro, depois do século IV a.C., como resultado do apoio dado por Ptolomeu I à exportação do papiro pelo Egito.

O grande passo seguinte no desenvolvimento de material para escrita foi o surgimento do pergaminho, devido à proibição de exportação do papiro pelo Egito, por Ptolomeu V. No entanto, o apogeu da Grécia já tinha passado e Roma dominava. Henri-Jean Martin menciona que a escrita, muito mais do que na Grécia, esteve onipresente em Roma desde o final da república.

Finalmente, o surgimento do códex (a obra é apresentada em páginas escritas nos dois lados e não em um lado só, na forma de um rolo contínuo) pode ser considerado a mais importante revolução do livro. Porém, já é o início do primeiro século de nossa era e Roma dominava totalmente.

A Lei Grega Escrita como Instrumento de Poder

Antes do século VII a.C., os gregos não tinham leis escritas porque a arte da escrita se perdera (escrita linear B) com o término do período Micênico. A escrita, conforme visto anteriormente, somente foi reaprendida pelos gregos no século VIII a.C. e um dos usos dessa nova arte foi a inscrição pública de leis. O que levou os gregos a utilizarem a nova tecnologia da escrita para escrever e publicar leis na forma de inscrições públicas tem sido motivo de controvérsias. A explicação até agora mais predominante tem sido a de que o povo grego, em determinado ponto da história (por volta do século VII a.C.), começou a exigir leis escritas para assegurar melhor justiça por parte dos juízes. Christopher Carey, em seu livro *Trials from classical Athens* (Julgamentos da Atenas clássica), defende essa posição, provavelmente a mais antiga, de que “foi um desejo de colocar limites no exercício do poder por aqueles que detinham a autoridade”. O propósito seria o de remover o conteúdo das leis do controle de um grupo

restrito de pessoas e colocá-lo em lugar aberto, acessível a todos. As palavras de Teseu nas *Suplicantes de Eurípedes* (produzida por volta de 420 a.C.) têm sido utilizadas como apoio nessa posição: “Quando as leis são escritas, o pobre e o rico tem justiça igual.”

No entanto, entre as objeções a essa teoria está a falta de evidência de que as leis, antes dos legisladores, estivessem sob controle exclusivo de determinados grupos da sociedade. Uma coisa é grupos aristocráticos, controlarem o processo judicial e outra é ter o controle do conhecimento das leis. A famosa queixa de Hesíodo sobre a injustiça dos reis refere-se à forma como a aplicavam, mas não sugere que as regras tradicionais fossem inacessíveis ou que reivindicassem maior acessibilidade a elas. É interessante que as maiores inovações introduzidas pelos legisladores, nas novas leis escritas, era com respeito ao processo, justamente o ponto da queixa de Hesíodo. Não há também evidências de que as leis escritas fossem mais justas do que as anteriores; as evidências são, principalmente, quanto à preocupação das novas leis em reformular o sistema judicial.

Uma versão mais recente, defendida por *Michael Gagarin*, é a da utilização da nova tecnologia, a escrita, pela cidade (pólis) como um instrumento de poder sobre o povo. Gagarin argumentava que as leis escritas não colocaram em xeque e nem limitaram o poder de governantes e magistrados. Elas podem ter limitado a autonomia dos magistrados judiciais, mas o poder político absoluto continuava intocável. Embora mais tarde, como foi o caso de Atenas, as reformas introduzidas no sistema legal tenham aumentado o poder do povo, inicialmente as leis visavam a beneficiar a pólis e dessa forma fortalecer o controle do grupo que dominava a cidade, fosse ele qual fosse, e, principalmente, as leis inicialmente eram essencialmente aristocráticas. Devem-se a Sólon (594 a.C.) as primeiras iniciativas de democratização das leis.

Outro ponto utilizado como argumento é de que, com o colapso da cultura micênica (por volta de 1200 a.C.), ocorreu uma mudança importante na sociedade grega: a transição do grande reino micênico para um menor, formado pelas cidades (pólis) independentes. Por volta de 750 a.C., as cidades estavam crescendo rapidamente e, com o aumento na prosperidade material e o crescimento populacional, passou a haver necessidade inevitável de maior controle pela cidade sobre a vida de seus habitantes.

Com o crescimento das cidades, aumentavam as oportunidades de conflitos e conseqüentemente a necessidade de meios para sua solução pacífica. Como resposta às perturbações e agitações que se formavam, muitas cidades devem ter buscado na nova tecnologia da escrita uma forma de controle e persuasão. Embora já estivesse disponível por quase um século, a escrita somente foi utilizada em inscrições públicas para as primeiras leis por volta da metade do sétimo século antes de Cristo.

Gagarin acrescenta que mesmo as leis de Sólon, mais democráticas que as anteriores, aumentaram o controle da cidade sobre a vida dos habitantes. Como exemplos, tem-se o controle das atividades econômicas e a ideia de serviço político como obrigação de todo cidadão. Dessa forma, a promulgação de uma legislação escrita estabelecia a autoridade da cidade sobre seus habitantes. Evidentemente, a legislação escrita não era o único meio de fazer isso: temos o exemplo de Esparta que, de forma consciente, rejeitou o uso de leis escritas e aumentou o seu grau de controle sobre o sistema educacional para atingir similarmente uma autoridade forte sobre os cidadãos. Atenas e outras cidades optaram pelo uso da nova tecnologia, a escrita.

O entendimento de Gagarin está em harmonia com a explicação dada pela moderna teoria geral do processo para o surgimento da jurisdição em substituição à autotutela, onde “a justiça privada dá lugar à justiça pública em que o Estado, já suficientemente forte, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*”.

Assim, as inscrições públicas das primeiras leis não fortaleceram determinadas formas de governo, democrático, aristocrático, oligárquico ou tirânico, mas reduziram as contendas entre os membros da pólis e, aumentando o alcance e a eficiência do sistema judiciário, apoiava e fortalecia o grupo, não importando qual deles estivesse no controle da cidade. Independente do tipo de governo, todas as cidades gregas começaram gradualmente a aumentar seu poder, às custas das famílias e dos indivíduos. À medida que as cidades aumentavam em tamanho e complexidade, reconheciam a necessidade de um conjunto oficial de leis escritas, publicamente divulgadas, para confirmar sua autoridade e impor a

ordem na vida de seus cidadãos. Não se discute aqui o bom ou mau uso desse exercício de poder, ou de se é justo ou injusto, mas apenas a sua razão social para o estabelecimento de leis escritas, Leis que serviriam não apenas ao interesse de algum grupo, ou partido político, mas de todos os cidadãos incorporados nessa instituição única, a cidade (pólis).

Além de Gagarin, mais recentemente outros especialistas em história da escrita e em direito grego antigo tem reconhecido que as leis gregas antigas, principalmente as inscrições públicas em muros, demonstraram poder da cidade sobre o povo. Marcel Dettienne, em seu artigo *L'écriture et ses nouveaux objets intellectuels en Grèce* (A escrita e seus novos objetos intelectuais na Grécia), desenvolve a ideia de que a escrita, nos povos antigos, além de sua complexidade intrínseca, estava confinada aos palácios e era privativa de especialistas letrados. Assim foi também com a escrita linear B do período Micênico, de uso restrito para atividades administrativas. Porém, com a nova escrita alfabética, mercadores, poetas, artesãos e o povo em geral, cada um a sua maneira, começaram a usar escrita. Com os legisladores criando e codificando leis, a escrita muda de status e se torna “operador de publicidade”. As leis escritas são tornadas públicas através de inscrições em pedra, mais afirmando do que informando. Assim se refere Marcel Dettienne: “Mas também afirmando uma vontade para agir, de transformar a vida pública, de impor novas práticas seja na intervenção da cidade nos crimes de sangue ou a obrigação para a assembléia de aceitar a vontade da maioria.” Henri-Jean Martin faz referência a Marcel Dettienne e conclui: “Isto demonstra que a importância das inscrições públicas na cidade antiga era mais para assegurar uma presença do que para ser lida.”

O Direito Grego Antigo

Após o período Micênico, a Grécia atravessou um período denominado “era das trevas”, que se estendeu de 1200 a 900 a.C. e, no começo de 900 a.C., os gregos não tinham leis oficiais ou sistemas formalizados de punição. Os assassinatos eram resolvidos pelos membros das famílias das vítimas, que buscavam e matavam o assassino, dando início a disputas sangrentas sem fim. Somente no meio do século VII a.C. estabeleceram os gregos suas primeiras leis codificadas e oficiais.

As fontes das leis escritas gregas dividem-se em duas categorias fontes literárias e fontes epigráficas. Devido à característica democrática dos gregos, particularmente dos atenienses, de publicar documentos em forma pública e permanente (madeira, bronze e pedra), grande número dessas inscrições em pedra sobreviveram até os dias atuais e constituem as fontes epigráficas. Quanto às fontes literárias temos uma classificação dada por S. C. Todd: (i) discursos forenses dos dez oradores áticos; (ii) monografias constitucionais; (iii) filósofos do direito e (iv) antiga e nova comédia.

De modo geral, a tradição vê em Zaleuco o primeiro legislador que escreveu leis (cerca de 662 a.C.) em Locros, no sul da Itália. A primeira inscrição legal conhecida é a de Dreros em Creta, datada tentativamente para o meio ou segunda metade do sétimo século a.C. No meio do sexto século, muitas cidades gregas já tinham leis escritas, sendo Esparta a exceção.

Os gregos não elaboraram tratados sobre o direito, limitando-se apenas à tarefa de legislar (criação das leis) e administrar a justiça pela resolução de conflitos (direito processual). Adicionalmente, devido à precariedade dos materiais de escrita utilizados na época (inscrições em pedra e madeira e textos escritos em papiro), um texto literário, filosófico ou lei escrita, somente chegaria aos nossos dias, não pela conservação do original, mas pelas contínuas transcrições e reproduções e até mesmo citações por autores posteriores. Assim aconteceu com os escritos dos filósofos e escritores gregos do passado e, mesmo assim, muita coisa se perdeu. Sabe-se que Sófocles escreveu 120 peças, porém somente dispomos de sete tragédias completas e fragmentos de outras. Tem-se conhecimento de que Aristóteles escreveu um segundo volume da Poética versando sobre a comédia, no entanto o original se perdeu e nenhuma cópia sobreviveu até nossos dias. Com o direito grego aconteceu um processo diferente do tratamento dispensado à filosofia, literatura e história. Enquanto estes foram copiados, recopiados e constantemente citados, nada se fez com relação às leis gregas, não havendo compilações, cópias, comentários, mas Pouquíssimas citações. Ficaram apenas algumas fontes epigráficas e as menções feitas por escritores, filósofos e oradores. Douglas MacDowell, em seu livro *The law in classical Athen* (O direito na Atenas Clássica), menciona:

Temos os textos de um número de leis (embora seja somente uma pequena proporção do total que deve ter existido), seja nas inscrições originais em pedra ou em citações nos discursos forenses que sobreviveram. Muito pouco destes textos são completos.

Uma forma utilizada para classificar as leis gregas é a utilizada por Michael Gagarin, categorizando-as em crimes (incluindo *tort*), família, pública e processual. A categoria denominada por crimes e *tort*, que aproximadamente corresponderia ao nosso direito penal, inclui o homicídio que os gregos, já com Drácon (620 a.C.), diferenciavam entre voluntário, involuntário e em legítima defesa. A lei de homicídio de Drácon manteve-se em vigor até, pelo menos, o quarto século a.C. e uma inscrição fragmentada, datada de 409 a.C., sobreviveu até os dias de hoje.

Ainda na categoria de crimes e *tort* se incluem: as leis estabelecidas por Zaleuco, que fixou penalidades para determinadas ofensas, um embrião de nosso moderno direito penal; as leis de Carondas, que também estabeleciam penalidades para vários tipos de assaltos; as leis de Sólon, que previam uma multa para estupro, penalidades específicas para roubo, dependendo dos bens roubados, e penalidades para difamação e calúnia.

Classificadas como família, encontramos leis sobre casamento, sucessão, herança, adoção, legitimidade de filhos, escravos, cidadania, comportamento das mulheres em público, etc., e nesse caso a informação é mais abundante do que no caso das leis da categoria crimes e *tort*.

Como leis públicas temos as que regulam as atividades e deveres políticos dos cidadãos, as atividades religiosas, a economia (regulamentando as práticas de comércio), finanças, vendas, aluguéis, o processo legislativo, relação entre cidades, construção de navios, dívidas, etc.

Algo notável no direito grego era a clara distinção entre lei substantiva e lei processual. Enquanto a primeira é o próprio fim que a administração da justiça busca, a lei processual trata dos meios e dos instrumentos pelos quais o fim deve ser atingido, regulando a conduta e as relações dos tribunais e dos litigantes com respeito à litigação em si, enquanto que a primeira determina a conduta e as relações com respeito aos assuntos litigados.

Não é casual dispormos de considerável informação a respeito das leis processuais na Grécia antiga. A importância dada pelos gregos à parte

processual do direito é evidenciada por Aristóteles em sua Constituição de Atenas quando, ao se referir às três mais populares reformas democráticas de Sólon, declara:

Ao que parece estas três constituem as medidas mais populares do regime de Sólon: primeiro, e a mais importante, a proibição de se dar empréstimos incidindo sobre as pessoas; em seguida, a possibilidade, a quem se dispusesse, de reclamar reparação pelos injustiçados; e terceiro, o direito de apelo aos tribunais, disposição esta referida como a que mais fortaleceu a multidão, pois quando o povo se assenhoreia dos votos, assenhoreia-se do governo.

As duas últimas medidas de Sólon, citadas por Aristóteles, são claramente relacionadas com a operação do processo legal de Atenas, ou seja, eram leis processuais, enquanto que a primeira tratava-se de lei econômica e social, podendo ser classificada como lei pública.

Um exemplo significativo de quão evoluído era o direito processual grego é encontrado no estudo dos árbitros públicos e privados. Trata-se aqui de duas práticas que se tomaram comuns, no direito Grego, como alternativas a um processo judicial normal: a arbitragem privada e a arbitragem pública. A arbitragem privada era um meio alternativo mais simples e mais rápido, realizado fora do tribunal, de se resolver litígio, sendo arranjada pelas partes envolvidas que escolhiam os árbitros entre pessoas conhecidas e de confiança. Nesse caso o árbitro (ou árbitros) não emitia um julgamento, mas procurava obter um acordo, ou conciliação, entre as partes. Segundo Aristóteles, o árbitro buscava a equidade e não simplesmente o cumprimento de uma lei codificada. A arbitragem privada corresponderia, portanto, a nossa moderna mediação.

Por outro lado, a arbitragem pública visava a reduzir a carga dos *dikastas*, sendo utilizada nos estágios preliminares do processo de alguns tipos de ações legais. Nesse caso, o árbitro era designado pelo magistrado e tinha como principal característica a emissão de um julgamento, correspondendo à moderna arbitragem.

Embora os gregos não estabelecessem diferença explícita entre direito privado e público, civil e penal, é no direito processual que se encontra uma diferenciação quanto à forma de mover uma ação: a ação pública (*graphé*) e a ação privada (*diké*). A ação pública podia ser iniciada por qualquer cidadão que se considerasse prejudicado pelo Estado, por

exemplo, por ação corrupta de funcionário público. A ação privada era um debate judiciário entre dois ou mais litigantes, reivindicando um direito ou contestando uma ação, e somente as partes envolvidas podiam dar início à ação.

Exemplos de ações privadas (*diké*) são: assassinato (*diké phonou*), perjúrio (*diké pseudomartyrion*), propriedade (*diké blabes*); assalto (*diké aikias*); ação envolvendo violência sexual (*diké biaion*); ilegalidade (*diké paranomon*); roubo (*dike klopes*).

Exemplos de ações públicas (*graphé*): contra oficial que se recusa a prestar contas (*graphé alogiou*); por impiedade (*graphé asebeias*); contra oficial por aceitar suborno (*graphé doron*); contra estrangeiro pretendendo ser cidadão (*graphé xenias*); contra o que propôs um decreto ilegal (*graphé paranomon*); por registrar falsamente alguém como devedor do Estado (*graphé pseudengraphes*).

A Retórica Grega como Instrumento de Persuasão Jurídica

Em *A cidade grega*, Gustave Glotz chama a atenção ao que considera característica do individualismo grego aplicado ao direito: “Não há magistrado que inicie um processo, não há ministério público que sustente a causa da sociedade. Em princípio, cabe à pessoa lesada ou a seu representante legal intentar o processo, fazer a citação, tomar a palavra na audiência, sem auxílio de advogado.”

Steven Johnstone inicia seu livro *Disputes and democracy: the consequences of litigation in ancient Athens* (Disputas e democracia: as conseqüências da litigação na Atenas antiga), declarando:

A lei ateniense era essencialmente retórica. Não havia advogados, juízes, promotores públicos, apenas dois litigantes dirigindo-se a centenas de jurados. Este livro analisa as maneiras como os litigantes procuravam persuadi-los.

Essas duas declarações sobre a ausência, no direito grego, de juízes, promotores e advogados, pelo menos na forma como os conhecemos hoje, ajudam a entender por que os gregos não influenciaram as sociedades subsequentes no aspecto do direito. É S.C. Todd quem talvez esclareça os

motivos que levaram os gregos a conservarem o direito nas mãos de amadores: “Um dos mais notórios aspectos da administração da justiça na Inglaterra de nossos dias é o seu alto custo. (...) A lei inglesa é cara porque é profissional.” Mais adiante, referindo-se ao direito em Atenas, acrescenta:

Em Atenas, contudo, a administração da justiça foi mantida, tanto quanto possível, nas mãos de amadores, com o efeito (e talvez também o objetivo) de permanecer barata e rápida. Todos os julgamentos eram aparentemente completados em um dia, e os casos privados muito mais rápidos do que isto. Não era permitido advogado profissional; e embora a arte dos logógrafos tendesse, na prática, a burlar essa regra, nenhum litigante corria o risco de admitir que seu discurso era na realidade um discurso 'fantasma' feito por um orador profissional. O presidente da corte não era um profissional altamente remunerado, mas um oficial designado por sorteio.

Douglas Macdowell vai mais além e atribui aos atenienses a invenção do júri popular:

O direito a um *julgamento* por um júri formado de cidadãos comuns (em vez de pessoas tendo alguma posição especial e conhecimento especializado) é comumente visto nos estados modernos como uma parte fundamental da democracia. Foi uma invenção de Atenas.

É justamente nessa parte processual do direito, formada por litigantes, *logógrafos* e júri popular, que se encontra a grande particularidade do direito grego antigo: a retórica da persuasão. O assunto não é novo, apesar de somente nos últimos dez anos terem os especialistas voltado a atenção para a oratória grega forense e a análise pormenorizada dos discursos dos oradores áticos. Na introdução de seu livro sobre os discursos de Antífonas, Michael Gagarin faz a seguinte citação:

Mas até o século dezenove houve pouco interesse na oratória ática como evidência do direito ateniense - o direito da Atenas clássica sendo de pouca relação aos romanos e juristas europeus posteriores, cujas próprias leis não foram influenciadas por ele - e só recentemente os escolares compreenderam o valor dos oradores para um estudo mais amplo da sociedade de Atenas.

Em 1927, Robert Bonner, professor de grego da Universidade de Chicago, publicou um dos mais importantes livros sobre o direito grego e as origens do advogado, intitulado *Lawyers and litigans in ancient Athens* (Advogados e litigantes na Atenas antiga). Esse livro, junto com *The history of lawyers: ancient and modern* (A história dos advogados: antiga e moderna) de William Forsyth, publicado originalmente em 1875, são, provavelmente, duas das melhores fontes sobre as origens e a história do advogado. Ambos conflitam com a afirmação de Michel Foucault sobre as origens do advogado em seu livro *A verdade e as formas jurídicas*.

Já então Robert Bonner reconhecia a importância dos oradores áticos e de seus discursos como fonte de informação do direito grego, a ponto dedicar todo um capítulo à retórica forense e outro aos oradores áticos.

O direito grego através de seus tribunais formados por um júri composto de cidadãos comuns, cujo número chegava a várias centenas, era atividade que fazia parte do dia-a-dia da maioria das cidades gregas. Os atenienses pleiteavam o crédito de terem sido os primeiros a estabelecer um processo regular jurídico, e tanto tinham razão que era reconhecido por Cícero.

Na sociedade moderna, a administração da justiça está nas mãos de profissionais especializados, os juizes. Na Atenas clássica, a situação era o reverso. A *heliaia* era o tribunal popular que julgava todas as causas, tanto públicas como privadas, à exceção dos crimes de sangue que ficavam sob a alçada do *areópago*. Os membros da *heliaia*, denominados *heliastas*, eram sorteados anualmente dentre os atenienses. O número total era de seis mil e, para julgar diferentes causas, eram sorteados novamente para evitar fraudes. O número de *heliastas* atuando como júri em um processo variava, mas atingia algumas centenas. Para permitir que o cidadão comum pudesse participar como *heliasta* sem prejuízo de sua atividade, recebiam um salário por dia de sessão de trabalho.

As sessões de trabalho para julgar os casos apresentados eram chamadas *dikasterias*, e as pessoas que compunham o júri eram referidas como *dikastas* em vez de *heliastas*. Os *dikastas* eram apenas cidadãos exercendo um serviço público oficial, e sua função se aproximava mais da de um jurado moderno. A decisão final do julgamento era dada por votação secreta, refletindo a vontade da maioria.

A apresentação do caso era feita por discurso contínuo de cada um dos litigantes, interrompido somente para a apresentação de evidências de

suporte, e era dirigido aos *dikastas*, cujo número poderia variar em algumas centenas, por exemplo 201 ou 501, por julgamento; o número total era sempre ímpar para evitar empate. A votação era feita imediatamente após a apresentação dos litigantes, sem deliberação. Não havia juiz: um magistrado presidia o julgamento, mas não interferia no processo.

Os litigantes dirigiam-se diretamente aos jurados através de um discurso, sendo algumas vezes suportados por amigos e parentes que apareciam como testemunhas. O julgamento resumia-se a um exercício da retórica e persuasão. Cabia ao litigante convencer a maior parte de jurados e para isso valia-se de todos os truques possíveis. O mais, comum, e que passou a ser uma das grandes características do direito grego, foi o uso de *logógrafos*, escritores profissionais de discursos forenses. Podemos considerá-los como um dos primeiros advogados da história. Sobre eles, William Forsyth menciona:

As pessoas em Atenas que correspondem mais de perto a nossa ideia de advogado, não eram os oradores nos tribunais, mas aqueles que forneciam discursos para os clientes (*logógrafos*) para serem apresentados pelas partes em seu próprio benefício.

Apesar de ser requerido por lei que os litigantes apresentassem seus próprios casos aos jurados, era difícil fazer cumprir essa lei, que aos poucos foi transformando-se em lei morta. O júri regularmente permitia que um parente, ou associado, auxiliasse um litigante. Alguns litigantes faziam uma breve introdução e solicitavam que um amigo o representasse. As solicitações dirigidas aos jurados para solicitar auxílio eram normalmente formais e perfunctórias. Robert Bonner exemplifica: “Eu tenho dito o que podia. Chamarei um de meus amigos se me permitem.” Ainda segundo Bonner, as pessoas que prestavam auxílio, no início, eram recrutadas dentre os parentes de sangue ou por casamento, ou ainda dentre os amigos mais íntimos ou vizinhos. Pelos meados do quarto século a.C., a prática ficou firmemente estabelecida e os litigantes já não mais fingiam que a pessoa que prestava auxílio era na verdade um amigo e até mesmo um profissional.

Os *logógrafos* escreviam para seus clientes um discurso que este último deveria recitar como se fosse sua a autoria. Eles suprimiam sua própria personalidade e escreviam um discurso que parecesse o mais natural possível para o litigante cliente e desse a impressão de ser extemporâneo.

Além disso, o logógrafo não era um mero retórico. Devia ter considerável familiaridade com as leis e o processo. Bonner cita vários usos de agentes que utilizavam serviços de pessoas com domínio de leis de práticas jurídicas, como banqueiros, pessoas que emprestavam dinheiro, políticos e homens de negócios.

A retórica dos logógrafos tomou-se um dos mais eficazes meios de persuasão e tem sido discutida e analisada como uma das grandes fontes do direito grego antigo. Em seu tratado, *Retórica*, Aristóteles diferencia três tipos de retórica: deliberativa, judiciária e epidítica. A retórica judiciária, segundo Aristóteles, visava ao júri e tratava de eventos passados. Na linguagem de hoje, retórica é vista como sinônimo de empolgação, discurso pomposo. No sentido grego original, significava orador e se referia à arte de dizer, da eloquência, e tinha como objetivo original persuadir com a força dos argumentos e com a conveniência da expressão.

Os logógrafos gregos são classificados em dois grupos: predecessores e contemporâneos de Demóstenes. Os mais famosos, denominados „dez oradores áticos“, são: Antífonas (440-380 a.C.), Lísias (450-380 a.C.), Isaeus (420-353 a.C.), Isócrates (436-338 a.C.), Demóstenes (384-323 a.C.), Ésquino (390-330 a.C.), Licurgo (a.C.), Hipérides (389-322 a.C.) e Dinarco (360 a.C.).

Tem-se ainda, no rol de personagens do sistema processual do direito grego antigo, a figura do *sicofanta*, um produto do próprio sistema que permitia e estimulava que qualquer cidadão grego iniciasse uma ação pública (*graphé*). O estímulo era dado por meio de leis que concediam percentuais, pagos ao acusador, sobre a quantia que o acusado deveria pagar ao Estado, principalmente quando se tratava de devolução ou reembolso no caso de administradores públicos. Os sicofantas passaram a viver desse expediente e tomaram-se uma classe temida e odiada na sociedade ateniense, adquirindo o nome um sentido pejorativo e tomando-se alvo de críticas e ridículo nas comédias de *Aristófanes*, particularmente em *Pluto*.

As Instituições Gregas

Neste item serão vistas com mais detalhes as instituições gregas e sua organização, sendo que algumas características e nomes já apareceram nos

capítulos anteriores. As instituições gregas, mais particularmente as de Atenas, podem ser classificadas em instituições políticas de governo da cidade e instituições relativas à administração da justiça, os tribunais. No primeiro grupo (governo da cidade), tem-se a Assembleia do Povo (*Ekklêsia*), o Conselho (*Boulê*), a Comissão Permanente do Conselho (*prítanes*), os estrategos e os magistrados (*arcontes* e secundários). O segundo grupo (administração da justiça) estava organizado em justiça criminal (o Areópago e os Efetas) e justiça civil (os árbitros, os heliastas e os juízes dos tribunais marítimos).

* * *

A *Assembleia* (*ekklêsia*) era composta por todos os cidadãos acima de 20 anos e de posse de seus direitos políticos. Dentre os 40 mil cidadãos de Atenas, de uma população de 300 mil, dificilmente se conseguia reunir mais de 6 mil, seja na praça pública (ágora), seja na colina da Price ou, já no quarto século, no grande teatro de Dionísio. O início não havia pagamento, mas, entre 425 e 392 a.C., os participantes recebiam um óbolo por sessão, depois dois, três e finalmente, em 325 a.C., seis óbolos.

A Assembleia constituía-se no órgão de maior autoridade, com atribuições legislativas, executivas e judiciárias. Competiam-lhe: as relações exteriores, o poder legislativo, a parte política do poder judiciário e o controle do poder executivo, compreendendo a nomeação e a fiscalização dos magistrados. No quinto século, o presidente da Assembleia era o *epistatês* dos pritanes.

O Conselho (*boulê*), composto de 500 cidadãos (50 para cada tribo), com idade acima de 30 anos e escolhidos por sorteio a partir de candidatura prévia, era renovado a cada ano. Eram submetidos a exame moral prévio (*dokimasia*) pelos conselheiros antigos e a prestação de contas (*euthynê*) no final de sua atividade. Segundo Glotz “os ambiciosos cuja vida não era sem mácula não ousavam apresentar-se, porque temiam o interrogatório da docimasia feito pelo Conselho em poder”. A atividade no Conselho requeria dedicação total durante um ano inteiro e, embora fosse paga - cinco óbolos por dia na época de *Aristóteles* -, não era suficiente para um ateniense de pouca renda se dedicar a tal atividade.

Por meio da mediante Assembleia, o povo era o real soberano, mas encontrava algumas dificuldades para o exercício contínuo de sua soberania. Não podia manter-se em sessão permanente para preparar textos

e decretos para discussão e votação nas assembleias e nem tinha como assegurar-se de que fossem adequadamente executados os projetos aprovados. Tinha de fiscalizar a administração pública, negociar com estados estrangeiros, além de receber seus representantes. O papel do Conselho, devido a sua dedicação total à atividade pública, era o de auxiliar a Assembleia e aliviá-la das atividades que requeriam dedicação total, funcionando como parlamento moderno. Entre suas principais atividades, destacam-se a de preparar os projetos que seriam submetidos à Assembleia, controlar os tesoureiros, realizar a prestação de contas dos magistrados, receber embaixadores, investigar as acusações de alta traição, examinar os futuros conselheiros e os futuros magistrados.

Os *prítanes* é o que se pode chamar de comitê diretor do Conselho (*Boulé*). Os 500 membros do Conselho eram organizados em 10 grupos de 50 (um grupo para cada tribo) e cada grupo exercia a pritania durante um décimo do ano. O *epistatês* era o presidente de cada grupo e era escolhido diariamente por sorteio e somente podia ser escolhido uma vez. Atuava como presidente do Conselho e da Assembleia e tomava-se o guardião das chaves dos templos onde ficavam os tesouros e os arquivos. Os *prítanes* eram o elo entre o Conselho e a Assembleia, os magistrados, os cidadãos e os embaixadores estrangeiros.

Os *estrategos* foram instituídos em 501 a.C., em número de dez, sendo eleitos pela Assembleia, e podendo ser reeleitos indefinidamente (foi o caso de Péricles, eleito estrategos 15 vezes) e devendo prestar contas no final da atividade. Como requisito, tinham de ser cidadãos natos, casados legitimamente (não eram elegíveis os solteiros) e possuir uma propriedade financeira na Ática que assegurasse alguma renda, porque a atividade não era remunerada. Tinha como atividades principais o comando do exército, distribuição do imposto de guerra, dirigir a polícia de Atenas e a defesa nacional. Como atividades políticas podiam convocar assembleias extraordinárias, assistir às sessões secretas do Conselho e, no exterior, eram embaixadores oficiais e negociadores de tratados. Embora, pela sua origem, suas atividades estivessem mais associadas com a guerra, foram, aos poucos ampliando suas funções e acabaram substituindo os arcontes como verdadeiros chefes do poder executivo.

Os *magistrados* eram sorteados dentre os candidatos eleitos, renovados anualmente e não podiam ser reeleitos, o que impedia qualquer

possibilidade de continuidade política (o que não acontecia com os estrategos). Os atenienses tinham vários tipos de magistraduras, quase sempre agrupadas em forma de colegiado (normalmente dez por categoria), sendo o grupo mais importante dos arcontes. Estes também em número de dez (nove arcontes e um secretário) tinham nomes particulares, dependendo de sua atividade. O arconte propriamente dito dava seu nome ao ano e passou a ser chamado de arconte epônimo no período romano, cabendo-lhe regulamentar o calendário, presidir as Grandes Dionisíacas, instruir os processos de sucessão e tutelar viúvas e órfãos. O arconte rei (*basileu*) tinha funções apenas religiosas e presidia os tribunais do Areópago. O arconte polemarco não era mais o chefe do exército, mas o responsável pelas cerimônias fúnebres dos cidadãos mortos em combate com o inimigo. Seis arcontes (*thesmothétai*) eram os presidentes de tribunais e, a partir do quarto século a.C., passaram a revisar e coordenar anualmente as leis. O arconte era o secretário (*grammateus*).

Os demais magistrados, conhecidos também por magistrados, conhecidos também por magistrados secundários, ocupavam-se de atividades como: executar as sentenças de morte, inspecionar os mercados, os sistemas de água, o sistema de medidas e demais atividades relacionadas com a administração municipal.

Resumindo, as instituições políticas que se ocupavam do governo da cidade eram organizadas da seguinte forma:

O Conselho:

- examina;
- prepara as leis;
- controla.

A Assembleia:

- delibera;
- decide;
- elege e julga.

Os Estrategos:

- administram a guerra;

- distribuem os impostos;
- dirigem a polícia.

Os Magistrados:

- instruem os processos;
- ocupam-se dos cultos;
- exercem as funções municipais.

* * *

Sempre coube ao Estado o papel de administrador da justiça e assim tem sido até nossos dias, constituindo a Grécia antiga, no modelo ateniense, a grande exceção. Como detentor da soberania, ao povo, e somente a ele, cabia administrar a justiça e resolver conflitos através de instituições populares e com a característica adicional da ausência total do profissionalismo. As instituições atenienses, para a administração da justiça, podem ser agrupadas em duas categorias: (a) justiça criminal e (b) justiça civil.

a) Justiça criminal

O *Areópago* era o mais antigo tribunal de Atenas e, de acordo com uma lenda, havia sido instituído pela deusa Atena para o julgamento de Orestes. De início era um tribunal aristocrático, com amplos poderes, tanto na condição de corte de justiça como na de conselho político. Com as sucessivas reformas (Clístenes e Efialtes), teve seu poder esvaziado, perdendo várias atribuições, inclusive as políticas. No quarto século, somente julgava os casos de homicídios premeditados ou voluntários, de incêndios e de envenenamento. Seus membros eram os ex-arcontes.

O tribunal dos *Efetas* era composto de quatro tribunais especiais: o Pritaneu, o Paládio, o Delfínio e o Freátis. Estes tribunais eram compostos de 51 pessoas com mais de 50 anos e designadas por sorteio. O Areópago enviava a esses tribunais os casos de homicídio involuntário ou desculpáveis (como legítima defesa, por exemplo), conforme a diferenciação estabelecida desde os tempos de Drácon.

b) Justiça civil

Os juízes dos demos, em número de 30 e mais tarde 40, escolhidos por sorteio, percorriam os demos e resolviam de forma rápida os litígios que não ultrapassassem 10 dracmas (cerca de 20 dias de salário). No caso de processos mais importantes, embora fossem enviados aos tribunais atenienses, cabia aos juízes dos demos a responsabilidade da investigação preliminar. Era um arranjo que facilitava a vida dos habitantes do campo, evitando que tivessem de se dirigir à cidade para solucionar pequenos litígios.

Os *árbitros* podiam ser privados ou públicos. No caso de árbitros privados, estes eram escolhidos pelos litigantes, que assim mantinham o caso fora dos tribunais e do conhecimento público. Funcionava também como sistema rápido e econômico para a solução de litígios entre familiares; os árbitros procuravam uma solução negociada, sem possibilidade de apelação, que se assemelhava à mediação de nossos dias. No caso de árbitros públicos, eram escolhidos por sorteio e deviam ter mais de 60 anos. Também nesse caso o processo era mais rápido e menos custoso, mas a sentença era imposta pelo árbitro, com possibilidade de apelação.

A *heliaia* foi a grande demonstração de que o povo era soberano em matéria judiciária, por ser um tribunal que permitia que a maior parte dos processos fosse julgada por grandes júris populares. Composta por seis mil heliastas escolhidos anualmente por sorteio pelos arcontes, dentre os cidadãos com mais de 30 anos, era o grande tribunal ateniense onde a cidade se reunia para julgar.

Havia dois sorteios adicionais que operacionalizavam o sistema e procuravam dificultar as possibilidades de suborno dos jurados. O primeiro sorteio era realizado no início da manhã do dia do julgamento e escolhia os jurados em número de 201, 301, 401 membros, etc., de acordo com a natureza e a importância do julgamento. O outro sorteio designava o local onde seria realizado o julgamento, podendo ser na *Ágora* ou no *Odeon*. As seções de julgamento eram conhecidas como *dikasterias*, de onde resulta nome *dikasta* para os jurados, que assim eram designados em vez de *heliastas*. Os jurados recebiam o pagamento de um óbolo por sessão no início do quinto século (criado por Péricles), passando depois para três óbolos no seu final, aumento concedido por Creon.

Finalmente, havia os *juízes dos tribunais marítimos (nautodikai)*, que se ocupavam dos assuntos concernentes ao comércio e à marinha mercante, além das acusações contra os estrangeiros que usurpavam o título de cidadão.

Conclusão

É famosa a máxima de John Ford no filme *The man who shot liberty valance* (O homem que matou o facínora): “When the legend becomes fact, print the legend” (Quando a lenda se toma fato, imprima-se a lenda). Na verdade, essa frase é uma variante do princípio de que os mitos escondem as verdades. Com relação ao direito grego, dois mitos têm-se perpetuado em nossa cultura, distorcendo os fatos: o de que os gregos não eram fortes em direito e o da severidade das leis draconianas que tudo punia com a morte. Este trabalho tratou particularmente do primeiro e procurou mostrar como o direito grego surgiu simultaneamente com a escrita no oitavo século a.C., tomando-se um sistema relativamente sofisticado em Atenas, principalmente com respeito à parte processual.

O direito grego antigo é uma das áreas da história do direito em que podemos garimpar e descobrir uma rica mina pouco explorada, conforme reconheceu Kenneth Dover, e que tem sido por muitos anos relegado ao ostracismo devido à visão meramente filosófica dos estudiosos e a influência romanista no direito ocidental. Além disso, três fatores adicionais contribuíram para o direito grego não ocupar a importância que merece. Primeiro, o desenvolvimento da escrita e a publicação de textos em material durável aconteceu paralelamente à evolução da sociedade grega e do direito. Em segundo lugar, a obstinação dos gregos em não aceitar a profissionalização do direito, sendo bem apropriadas as palavras de Robert J. Bonner: “Tivessem os advogados sido livres para falar pelo litigante como o *logógrafo* estava, Atenas teria rapidamente desenvolvido um corpo de peritos legais comparável ao *juris consulti romano* ou aos modernos advogados.”

Finalmente, devido ao tipo de material da época para a produção de leis e textos escritos (madeira, pedra e papiro), associado à pequena reprodução de cópias pelos escritores posteriores, muito pouco material sobreviveu para servir ao estudioso moderno do direito grego antigo. Mesmo assim,

nos últimos dez anos, um sem-número de obras sobre o direito grego antigo tem aparecido, e as pesquisas dos escolares têm-se intensificado no estudo e na interpretação dos discursos dos oradores áticos, lançando novas luzes e outra visão sobre o assunto.

Contrariamente ao pressuposto de que o direito começou a ser escrito na Grécia antiga, tão logo surgiu a escrita, para que o povo tivesse acesso às leis, os estudos publicados nos últimos anos reconhecem na inscrição das primeiras leis escritas uma demonstração de poder da cidade (*pólis*) sobre os cidadãos. A escrita é vista como nova tecnologia que, ao se tornar disponível, foi utilizada como meio de controle e persuasão. Dessa forma, confirmava-se a autoridade da cidade e impunha-se a ordem na vida dos cidadãos. Situação idêntica ocorreu com o surgimento do Estado moderno.

Os gregos antigos não só tiveram um direito evoluído, como influenciaram o direito romano e alguns de nossos modernos conceitos e práticas jurídicas: o júri popular, a figura do advogado na forma embrionária do logógrafo, a diferenciação de homicídio voluntário, involuntário e legítima defesa, a mediação e a arbitragem, a gradação das penas de acordo com a gravidade dos delitos e, finalmente, a retórica e eloquência forense. Essa influência não foi resultado de um acaso, mas fruto da atividade, do envolvimento e da genialidade de um povo que, além de se haver destacado na filosofia, nas artes e na literatura, destacou-se também no direito. Na história de uma civilização, a diferença muitas vezes reside naquilo que as gerações seguintes, atuando como filtro, preservaram e transmitiram, ou deixaram de fazê-lo. Em sua tragédia *Édipo em Colono*, Sófocles sintetizou a visão do ateniense sobre o direito quando Teseu, rei de Atenas, profere suas famosas palavras a Creonte, rei de Tebas: "Entra num território submisso à justiça, e decide cada coisa de acordo com a lei."

4. A Instituição da Família em *A Cidade Antiga*

Jenny Magnani de O. Nogueira

Introdução

A pretensão do presente Capítulo está assentada na necessidade do estudo das velhas crenças das sociedades antigas e suas implicações, para o conhecimento de suas instituições, no que tange às regras e princípios que norteavam a sociedade e a família na Antiguidade clássica.

Incidirá este estudo, preponderantemente, na análise dos costumes gregos e romanos, seguindo a orientação de Fustel de Coulanges em sua obra *A cidade antiga*.

Para o conhecimento da família naquele período, seguindo a linha de pensamento preconizada, irá se identificar as diferenças proeminentes entre esses povos e a civilização moderna decorrentes de fundamentação religiosa diversa.

O objetivo é demonstrar como a sociedade era conduzida quanto à família, constituição, hierarquia, principalmente sua importância e ascendência, verificando-se as razões de sua transformação e, mesmo, o decaimento de seu significado na condução da sociedade humana que lhe sucedeu.

A família romana e grega, por semelhança, traduzia o tipo de uma organização política cujo princípio básico era a autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. O *pater familias* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, constituindo-se, assim, a família como a unidade da sociedade antiga, em contraposição à posição do indivíduo na sociedade moderna.

Fustel de Coulanges baseia a sua análise no reconhecimento de que as instituições antigas eram consequência de suas crenças religiosas que as marcaram fortemente. Evidentemente, esses princípios decorrentes das concepções adotadas tomaram-se anacrônicos no decorrer da história. Entretanto, para uma análise rigorosa, deve-se estudá-las, sobretudo as instituições decorrentes das concepções que tinham da vida, do mal, do

princípio divino, oriundas de suas crenças, para um entendimento conveniente do sistema social da Antiguidade.

A comparação entre crenças e leis mostra que as famílias gregas e romanas foram constituídas e influenciadas por religiões primitivas que estabeleceram o casamento, a autoridade paterna, determinando a linha de parentesco, o direito de propriedade e de sucessão.

Tendo sido a religião a formadora e conformadora da família enquanto instituição, acabou por exercer influência na concepção e organização das cidades, interferindo em seu governo e, portanto, no princípio da autoridade dela emanado.

Através do conhecimento da família na Antiguidade clássica é que se torna possível a compreensão de suas consequências sociológicas, institucionais e suas implicações no direito privado da Antiguidade.

Não obstante essa concepção de pensamento, os autores modernos estudam as civilizações clássicas não sob o aspecto religioso, mas com relação ao humanismo, ressaltando as condições do indivíduo, ao passo que Fustel de Coulanges o faz através da religiosidade.

Essa preocupação do historiador francês é revelada em sua obra *A cidade antiga*. É considerado um dos trabalhos clássicos da historiografia moderna por apresentar de forma autêntica a história civil do mundo greco-romano centralizada no culto aos mortos.

Fustel de Coulanges demonstra que a construção social e jurídica da cidade antiga baseava-se em uma religião primitiva assentada em fortes crenças. Entendia relevante esta influência que acabava por fortalecer a estrutura social e que o enfraquecimento dessas convicções religiosas possibilitou a decadência de tal sociedade.

A obra *A cidade antiga* pode ser compreendida em dois momentos distintos. O primeiro, que trata da formação das cidades, da influência das crenças religiosas como fator determinante das relações sociais, políticas e jurídicas, e o segundo, que trata da desagregação das cidades, decorrente da dissolução entre os fatores religiosos e o fator jurídico e político da Antiguidade. Essa dissolução, segundo o autor, é provocada por uma série de revoluções, dentre as quais elenca três principais: a primeira, a supressão da autoridade política dos reis, que passam a conservar somente a autoridade religiosa; a segunda, produzida em decorrência de alterações

na constituição da família; e uma terceira, principal, constituída pela revolução social da plebe.

O renomado autor, estudando o ciclo evolutivo das cidades antigas desde o seu nascimento até o seu desaparecimento, em face da desagregação dos costumes, defende que é possível a sua explicação, com a renovação do entusiasmo que caracterizou o seu tempo, para gerar uma nova concepção de vida. Evidentemente, fazendo substituir o temor aos deuses pelo amor de Deus, superando formas e conceitos de religião doméstica por uma religião universal, em que passam a ser respeitados os anseios humanos.

O autor procura pois, neste estudo, analisar as causas profundas da transformação da sociedade, sem emitir qualquer juízo de valor; trata apenas de explicar, de esclarecer as forças ocultas do movimento, fazendo delas derivar os fatos históricos.

Alguns intérpretes dirigem certas críticas à obra de Fustel de Coulanges, ou discutindo sua interpretação, questionando, por exemplo, acerca da fundamental importância que o culto aos mortos tinha para a história dos municípios antigos; ou ainda alegando ser o método utilizado, nesta obra - racional cartesiano - inadequado.

Contudo, essas críticas não diminuem o valor da obra que se apresenta como uma extraordinária descrição, proporcionando notável apreensão da essência social da cidade antiga, de sua arquitetura social, consolidada em estudo de inigualável valor.

O método utilizado permitiu concluir as evidências e ressaltar defeitos. Uma crítica anotada à sua obra é dirigida ao apego excessivo ao valor dos textos, abstraindo-se da crítica filológica e diplomática das fontes. Outra incidiu sobre o uso ingênuo das fontes decorrentes da consideração da história como uma ciência de objetivo absoluto, subestimando outros enfoques que permitem chegar à verdadeira história em sua relatividade no tempo, para compreendê-la contemporaneamente.

Dotado de raciocínio cartesiano, Fustel de Coulanges pretende apresentar as instituições políticas, religiosas e sociais com essa concepção de pensamento.

Tentando simplificar a linha do seu entendimento, conseguiu abranger o complexo universo do estudo de uma maneira pessoal, reduzindo as variáveis importantes em benefício da objetividade do fenômeno, que buscou detalhar as condições emergentes que lhe valeram diversas críticas.

Apesar delas e das omissões certamente existentes, a obra *A cidade antiga*, em seus cem anos, continua sendo considerada um marco necessário para um estudo aprofundado sobre a religião, o direito e as instituições greco-romanas.

O Culto e as Antigas Crenças

O princípio conformador da família e de todas as instituições nessa época é a religião, mas uma religião primitiva, formada por diversas crenças muito antigas.

A primeira delas elencada por Fustel de Coulanges é a respeito da alma e da morte. Os antigos já acreditavam numa segunda existência depois da morte física, porém, que nessa segunda existência a alma continuava unida ao corpo, que não sofria decomposição. Não se podia conceber a metempsicose, ou que os espíritos subissem a um outro lugar, a uma região de luz e energia; essa concepção é relativamente recente na nossa história. Assim, alma e corpo não se separavam com a morte e os antigos pensavam estar enterrando no mesmo lugar, além do corpo inerte, alguma coisa com vida - a alma.

Essas crenças chegaram ao nosso conhecimento através de alguns testemunhos autênticos, como o rito fúnebre, sobrevivente às crenças primitivas.

Necessário se faz salientar que não bastava que o corpo fosse confiado à terra. Era preciso ainda obedecer a alguns ritos tradicionais e pronunciar determinadas fórmulas, porque do contrário as almas tomar-se-iam errantes, não repousariam nos túmulos, como inscrevia-se no epitáfio.

Nas cidades antigas punia-se os grandes culpados com um castigo considerado terrível: a privação da sepultura. Punia-se-lhe assim a sua própria alma, infligindo-lhe um suplício quase eterno.

Os antigos acreditavam que os mortos, assim como os vivos, precisavam se alimentar, por isso, em determinados dias do ano, levava-se uma refeição a cada túmulo; era o banquete fúnebre, que não era apenas uma espécie de comemoração; o alimento que a família levava ao túmulo destinava-se efetivamente ao morto, exclusivamente a este. Assim,

cavavam buracos nos túmulos para que o alimento chegasse até o morto e derramavam água e vinho para saciar sua sede.

Desde os mais remotos tempos, deram essas crenças lugar a regras de conduta. Como, entre os antigos, o morto necessitava de alimento e de bebida, tornou-se um dever, uma obrigação dos vivos, satisfazer-lhe essa necessidade. Dessa forma, estabeleceu-se uma verdadeira religião da morte, cujos dogmas logo desapareceram, perdurando, no entanto, os seus rituais até o triunfo do cristianismo.

Os mortos eram considerados criaturas sagradas; assim, cada morto era um deus e seu túmulo um templo. Esta espécie de apoteose não era atributo dos grandes homens; entre os mortos, para os antigos, não havia distinção de pessoas; todos, ao morrerem, tomavam-se deuses de suas famílias.

As sepulturas eram os templos dessas divindades, que gozavam de uma existência bem aventurada. “Contudo, era necessário preencher-se uma condição indispensável para sua felicidade; era imprescindível que em determinadas épocas os vivos lhes trouxessem suas oferendas.” Quando isso deixava de acontecer, acreditavam os antigos que as almas deixavam a pacífica morada e tornavam-se almas errantes, atormentando os vivos. Assim, os *manes*, as almas dos mortos consideradas divindades, eram verdadeiros deuses, às quais dirigiam orações e súplicas, mas eram-no tão-somente enquanto os vivos os venerassem com o seu culto.

Essa religião dos mortos parece ter sido a mais antiga que existiu entre estes povos, segundo preleciona Fustel de Coulanges. Dessa forma, pode-se crer ter o sentimento religioso do homem origem com este culto. Foi, talvez, à vista da morte que o homem teve pela primeira vez a ideia do sobrenatural e quis confiar em coisas que ultrapassavam a visão de seus olhos.

Uma outra crença cultuada pelos antigos era o culto ao fogo. Toda casa de grego ou de romano possuía um altar com um fogo aceso, que só deixava de brilhar quando a família inteira houvesse morrido. Fogo extinto significava família extinta.

Esse fogo no altar doméstico não era um costume qualquer; possuía algo de divino: adoravam-no e prestavam-lhe verdadeiro culto. As regras e os ritos então observados fazem-nos crer que esse fogo era considerado puro, não lhes sendo permitido alimentá-lo com qualquer tipo de madeira. A

religião distinguia, entre as árvores, aquelas espécies que podiam ser usadas para esse fim, e aquelas cujo uso era taxado de impiedade.

O fogo do lar era, pois, a providência da família; extinguindo-se o fogo deixava de existir o seu deus tutelar, decorrendo daí a obrigação indelegável do dono da casa de mantê-lo sempre aceso.

Pode-se fazer uma comparação entre esse culto ao fogo sagrado com o culto dos mortos, porque há entre eles uma estreita ligação. O fogo mantido no lar, no entendimento dos clássicos, não é o mesmo fogo de natureza material, possuindo uma natureza inteiramente diversa. É um fogo puro, uma espécie de ser moral.

Os deuses “lares”, os deuses cultuados pela família, eram simplesmente as almas dos mortos, a que o homem atribuía um poder sobre-humano e divino, como foi referido anteriormente. E a lembrança de algum desses mortos sagrados achava-se sempre ligada ao fogo.

Assim, o culto ao fogo e o culto aos mortos estavam associados no respeito dos homens e em suas orações. Os descendentes, quando falavam do fogo, recordavam imediatamente o nome dos seus antepassados, adorados como deuses. Essa religião nem sempre mostrou-se igualmente poderosa sobre a alma; foi-se enfraquecendo com o tempo, mas nunca a ponto de desaparecer por completo.

A religião nas cidades antigas era estritamente doméstica, ao contrário do que passou a ocorrer com o advento do cristianismo. "Há muito tempo que o gênero humano não admite uma doutrina religiosa senão sob duas condições: uma, a de lhe anunciar um único deus; outra, desde que, de igual modo, se dirija a todos os homens e seja acessível a todos, sem afastar sistematicamente nenhuma classe ou raça." Contudo, a religião primitiva não preenchia nenhum desses requisitos. Os deuses eram muito numerosos e só aceitavam a adoração dos seus descendentes. Na religião primitiva, cada um dos deuses só podia ser adorado por sua família. Ressalte-se que é a partir dessa religião doméstica que se pode entender a constituição da família grega e romana.

Essa religião doméstica tinha como núcleo o culto aos mortos, que eram os deuses “lares” protetores da família e só por ela poderiam ser adorados, sendo representados pelo fogo sagrado, que existia em todas as casas. O fogo sagrado era a providência da família, protegendo somente os seus. Esse culto não era público, todas as cerimônias eram celebradas apenas

entre os familiares e possuía um caráter obrigatório além de secreto. Ninguém que não fosse da família podia presenciar tais ritos, nem tampouco avistar o fogo sagrado. O primeiro filho era encarregado de continuar o culto aos ancestrais; se deixasse de fazê-lo, traria, com sua conduta, infelicidade e morte para a família. Estabelecia-se, assim, um poderoso laço, unindo todas as gerações de uma mesma família.

Para essa religião doméstica não existiam rituais comuns; cada família possuía o seu rito celebrado pelo pai, o *pater familias*, que era o sacerdote da religião doméstica.

Essa religião só podia propagar-se pela geração. O pai, gerando a vida de seu filho, transmitia-lhe, ao mesmo tempo, com a vida, sua crença, seu culto, o direito de manter o fogo sagrado, de oferecer o banquete fúnebre e de pronunciar as fórmulas da oração. A criança, logo ao nascer, tomava-se portadora da obrigação de adorar os deuses da sua família e, com o advento da sua morte, tomar-se-ia também um ancestral a ser adorado.

No entanto, na propagação dessa religião, é preciso ressaltar uma particularidade – esta religião doméstica só se transmitia na linha masculina; a mulher só participava do culto através do seu pai ou do seu marido. E desse fato resultaram algumas implicações muito graves no direito privado e na constituição da família, como se fará referência mais adiante.

A Família Antiga

A religião doméstica - baseada no culto aos mortos -, ao determinar a existência, em cada casa, de um altar com o fogo sagrado sempre aceso, e a reunião diária da família em torno dele para a adoração aos seus deuses, demonstra que o que caracteriza a família é a possibilidade de cultuar e adorar os mesmos deuses, sob o princípio da autoridade paterna.

O poder paterno é uma das peças fundamentais para se entender a antiga concepção da família, da autoridade, da herança, da propriedade.

Em outras palavras, a relação de dependência e subordinação representa o critério informativo do parentesco civil entre os antigos.

A origem da família não está na geração; a prova disso é que “pode haver laços de sangue entre várias pessoas, sem que estas pertençam à

mesma família, e, por sua vez, pessoas sem nenhum vínculo consanguíneo podem constituir uma só família, desde que sujeitas à autoridade de um mesmo chefe”. Assim, um filho emancipado ou uma filha casada não são partes integrantes da mesma família. O que unia os membros da família antiga não era o nascimento ou o sentimento, mas a religião do fogo sagrado e dos antepassados; assim, só fazia parte da mesma família aquele que fosse iniciado no seu culto. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a família era mais uma associação religiosa do que uma associação natural. Fustel de Coulanges sublinha com nitidez que não foi a religião que criou a família, mas foi ela que lhe concedeu as regras, daí resultando receber a família antiga uma constituição muito diferente do que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores.

O critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consanguinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater familias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater familias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.

Feitas essas breves considerações a propósito da estrutura da família antiga, cabe descrever, agora, o seu funcionamento, as suas relações de dependência e subordinação.

Afirma-se que a religião doméstica determinava a constituição da família antiga; isso equivale a dizer que era a religião que determinava o parentesco entre os homens. Assim, dois homens seriam parentes quando tivessem os mesmos deuses, o mesmo lar e o mesmo banquete fúnebre. Dessa forma, o princípio do parentesco não era o ato material do nascimento, porém o culto. A isto chamava-se agnação.

Como o direito de ofertar sacrifícios ao fogo sagrado só se transmitia de homem para homem, o direito do culto também só era transmitido em linha masculina, e da mesma forma dava-se a agnação. Assim, não eram agnados os parentes da mulher e, como tal, sofriam as consequências resultantes do fato, tais como a proibição do direito de herdar e tantos outros, como se verá mais adiante.

O casamento foi a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica e era considerado um ato dotado de extrema importância e seriedade para ambos os cônjuges, porque não se tratava, na Antiguidade,

de mera troca de moradia, por parte da mulher, e sim de abandonar definitivamente o lar paterno, para invocar dali em diante os deuses do esposo. Tratava-se, pois, de trocar de religião, de passar a praticar outros ritos e adorar outros deuses. Assim, a partir do casamento, a mulher nada mais tinha em comum com a religião doméstica dos seus pais, passando a cultuar e adorar outros deuses até então desconhecidos. Isso decorria da impossibilidade de se cultuar deuses de famílias diferentes, já que não se poderia permanecer fiel a um deus, honrando outro, porque, de acordo com a religião, era princípio imutável a mesma pessoa não poder invocar dois fogos sagrados nem duas séries de ancestrais. O casamento era a cerimônia sagrada que devia produzir esses grandes e graves efeitos. Por esse motivo, na cidade antiga, a religião não admitia a poligamia e o divórcio só era permitido através de cerimônia religiosa e em poucas circunstâncias.

A família antiga foi constituída pelas crenças referentes aos mortos e pelo culto a eles devido.

Os antigos julgavam que a felicidade do morto dependia não da sua conduta em vida, mas da conduta que seus descendentes tinham a seu respeito, após sua morte. Dessa forma, os mortos tinham necessidade de que a sua descendência jamais se extinguisse, porque a extinção da família provocaria a ruína de sua religião e a infelicidade dos ancestrais.

Assim, “todos tinham, pois, grande interesse em deixar um filho, convencidos de que com isso, tornavam feliz sua imortalidade”. Por esse motivo o filho primogênito era aquele gerado para o cumprimento do dever, já que o grande interesse da vida humana consistia em continuar a descendência para, por ela, dar sequência ao culto. Dessa forma, o celibato era considerado uma impiedade grave e uma desgraça para a família, unidade central da Antiguidade clássica.

Essas crenças, por muito tempo, evitaram o celibato que, em algumas cidades gregas, era até mesmo punido como delito, porque o homem, segundo as crenças, não pertencia a si mesmo, mas à sua família, e tinha o dever de continuar o culto.

Porém, não era bastante a geração de um filho; era necessário que fosse fruto de casamento religioso, senão a família não se perpetuaria por seu intermédio. Se a mulher não estivesse associada ao culto do marido, seu filho também não estaria. Isso significou a sacralização do casamento, que era portanto obrigatório para a perpetuação do culto. Nesse sentido, torna-

se fácil entender que um casamento poderia ser perfeitamente desfeito se a mulher fosse estéril.

A religião determinava “que a família não podia extinguir-se e todo o afeto e todo o direito natural cediam perante esta regra absoluta”. Dessa forma, a entrada de um filho numa família dava-se através de um ato religioso, em que, primeiramente, havia o reconhecimento pelo pai, que decidia se o recém-nascido seria ou não da família. O nascimento constituía, assim, apenas o vínculo físico; essa declaração do pai é que criava o vínculo moral e religioso e admitia, portanto, a criança nesta espécie de associação sagrada que era a família.

Uma criança poderia ainda fazer parte de uma família tendo nascido fora dela. Fustel de Coulanges esclarece com nitidez:

A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que concedia o divórcio em casos de esterilidade, que substituía o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferecia ainda à família um último recurso, como meio de fugir à desgraça tão temida da sua extinção; esse recurso encontramos-lo no direito de adoção.

Pode-se notar, assim, que o dever de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de adoção entre os antigos e exatamente por esse motivo só era permitida a adoção a quem não tinha filhos.

A adoção também se realizava por uma cerimônia religiosa, que admitia o adotado em uma nova família, tomando-o estranho à sua natural. Saliente-se novamente que era a religião, na cidade antiga, que determinava a existência ou não do parentesco, pois o vínculo do culto o substituía.

O instituto da emancipação também foi contemplado pelos antigos. Através dele, um filho libertava-se da religião de sua família e jamais poderia ser considerado novamente seu membro, nem pela religião nem pelo direito. Assim, para que um filho pudesse entrar em nova família, era preciso estar apto a sair da antiga, e o fazia através da emancipação, da renúncia àquele culto.

Da mesma forma que a religião determinava a constituição da família, do parentesco entre os homens, com o objetivo de perpetuação *ad*

infinitum, ela regulava o direito de propriedade com o mesmo objetivo, o de perpetuar o culto e a religião.

Nesse sentido, menciona-se um trecho bastante esclarecedor da obra *A cidade antiga*:

Há três coisas que, desde as mais remotas eras, se encontram fundadas e estabelecidas solidamente pelas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que apresentaram entre si manifesta relação e que parece terem mesmo sido inseparáveis.

Segundo a concepção dos antigos, a ideia da propriedade privada fazia parte da própria religião. Como a religião determinava que cada família deveria ter o seu lar e os seus antepassados, e estes só poderiam ser adorados pela sua família, e só a ela protegiam, eram tanto estes como aquele sua propriedade particular. Assim, cada família, tendo os seus deuses e o seu culto, devia também ter o seu lugar particular na terra, a sua propriedade, que não era individual, mas da família, um lugar onde os antepassados “repousavam” e a eles era oferecido o banquete fúnebre. O solo da família, onde eram enterrados os mortos que viravam deuses, transformava-se, dessa forma, em propriedade inalienável e imprescritível.

Não foram as leis, porém a religião que, a princípio, garantiu o direito de propriedade: a própria família não podia abandonar a terra onde se encontravam seus ancestrais e seu fogo sagrado, a qual tomava-se propriedade inalienável, pois não pertencia a um homem apenas, mas a toda uma família. Se o homem não podia, a não ser com muita dificuldade, desfazer-se da terra, com muito mais razão não podiam, contra a sua vontade, despoja-lo dela. Ignorou-se, assim, entre os antigos a expropriação por utilidade pública, e o confisco só se praticava como consequência da, sentença de exílio, ou seja, quando indivíduo fosse privado do título de cidadão, situação em que não poderia exercer nenhum direito na cidade, incluindo, portanto, o de propriedade.

Cabe salientar que, na Antiguidade, o que responde pelas dívidas de um cidadão não é o seu patrimônio, como se dá entre nós (princípio moderno de direito obrigacional), mas o seu próprio corpo. Assim, seria muito mais fácil escravizar um indivíduo do que tirar-lhe a propriedade, porque esta mostrava-se inseparável da sua família. A propriedade não estava baseada no direito do trabalho; se estivesse, responderia pelas dívidas do seu

proprietário, que poderia perfeitamente dela se desfazer, mas estava baseada na religião, que a tomara inviolável, inalienável, imprescritível e indivisível para que pudesse garantir a sua perpetuação.

Na asserção de Fustel de Coulanges, “o direito de propriedade, lendo-se estabelecido para a perpetuação de um culto hereditário, não podia desaparecer ao longo da existência de um indivíduo”.

Desse modo, com a continuação religiosa doméstica, o direito de propriedade deveria permanecer.

Da mesma forma que a religião doméstica era hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim como o primeiro filho homem era o natural e obrigatório continuador do culto, herdava também, de pleno direito, os bens, não lhe assistindo o direito de renúncia ou desistência, o que só mais tarde foi incorporado ao direito.

Conforme as leis antigas, o direito de sucessão cabia somente ao filho, não podendo ser contemplado à filha. A razão de tal tratamento, nesse contexto, parece óbvia, se somente o filho podia manter o culto familiar, já que a filha casando-se renunciava ao culto do seu pai para adotar o do esposo, não lhe podendo caber nenhum direito à herança, porque se assim não fosse desvincular-se-ia o culto da terra, da propriedade, o que a religião rigorosamente proibia. Para Fustel de Coulanges, a filha “não casada, a lei não a privava formalmente de sua parte na herança; mas é necessário perguntarmo-nos se, na prática, poderia realmente ser herdeira”. Essas leis existiam em decorrência das crenças e do poder religioso e não em decorrência da lógica ou do sentimento natural. Para o historiador francês, não se têm provas de que a filha estivesse excluída da herança, no direito romano, porém, se tem certeza de que, se casada, nada herdava de seu pai e, se solteira, jamais poderia dispor do que havia herdado; e cabe lembrar, que isso só poderia ser feito através de testamento, porque as filhas não herdavam de pleno direito.

A legislação ateniense, citada por Coulanges, que proibia a filha de herdar, sob qualquer circunstância, encontrou uma maneira de conciliar esse preceito religioso com o sentimento natural de que ela pudesse usufruir da fortuna do pai, como, por exemplo, desposando um herdeiro seu.

Cumprе salientar que, se um indivíduo morresse sem filhos, procurar-se-ia entre os herdeiros aquele que deveria ser o continuador do seu culto; este

seria, pois, o seu herdeiro.

Pelo exposto, pode-se notar que a família antiga não recebeu as suas leis da cidade; se a cidade tivesse estabelecido o direito privado, este seria bem diferente. À cidade não interessava a inalienabilidade da terra ou a indivisibilidade do patrimônio, ou ainda a disponibilidade total do filho pelo pai. Quando a cidade foi aos poucos se formando e as leis sendo feitas, ela já encontrou esse direito formado e consolidado pela família e acima de tudo pela religião, que se impôs ao legislador.

Esse direito familiar e religioso era exercido pelo *pater familias*, que possuía os mais amplos e ilimitados poderes, como consequência de sua posição de chefe e de sacerdote do culto religioso.

Segundo José A. C. Branco Rocha,

A autoridade do *pater familias* não pode ser explicada em razão das exigências de caráter puramente doméstico. As sociedades antigas são mais ou menos homogêneas. Nelas a estratificação social é nula ou mínima. A família assume, em tal circunstância, funções que só mais tarde teriam de diferenciar-se. É a um só tempo unidade política, religiosa e econômica. Explica-se, assim, a soma enorme de poderes conferidos ao chefe de família, entre os antigos.

A família, nessas sociedades antigas, assumia enormes proporções. A *gens*, ou melhor, a família unida pela religião, era formada não só pelos agnados, pelos parentes, mas também pelos servos, escravos e clientes que, depois de “iniciados”, passavam a pertencer àquela família, ao preço de sua liberdade. Para antes e depois da morte, todas as pessoas submetidas ao poder do *pater familias*, concedido pela religião, estavam indefinidamente numa situação de sujeição total ao pai e, no caso de sua morte, ao primogênito, que era a quem caberia o direito e o dever de presidir a religião doméstica e a família.

No dizer de E. E. Evans-Pritchard, é a análise feita na obra *A cidade antiga* o mais geral e extenso exame sociológico da religião feito até os nossos dias. O tema nuclear do livro *A cidade antiga* de Fustel de Coulanges:

(...) é o de que a antiga sociedade clássica estava centrada na família, no sentido mais amplo que se possa dar a esta palavra,

compreendendo família conjunta ou linhagem, e que o que mantinha unido o grupo agnático como uma corporação, dando-lhe permanência, seria o culto do ancestral, no qual o chefe da família atuaria como um sacerdote. À luz desta idéia central e somente a partir dela - onde os mortos aparecem como as deidades da família - todos os costumes do período podem ser compreendidos: normas e cerimônias de casamento, o levirato, a adoção, a autoridade paterna, regras de descendência, herança e sucessão, leis, propriedades, os sistemas de nomeação, calendário, escravidão, clientela e muitos outros costumes. Quando os estados-cidade se desenvolveram, tomaram o mesmo padrão estrutural que havia informado a religião nestas condições sociais iniciais.

Conclusão

No que tange à família em *A cidade antiga*, é preciso considerar as circunstâncias históricas e os contingenciamentos genéricos que a instituíram e conformaram para verificar, convenientemente, o desenvolvimento de todas as instituições antigas, como realizaram, com propriedade, Fustel de Coulanges e outros, como Gustave Glotz; este último dando maior enfoque à complexidade das sociedades humanas, em face das diferentes variáveis existenciais.

Escreve H. Berr, na introdução da obra *A cidade grega* de Gustave Glotz, ser necessária a leitura de *A cidade antiga* por conter uma larga parte de verdade e porque se “constitui numa admirável construção de linhas severas e puras”. Mas, por ter extrapolado a união das instituições e crenças, Fustel de Coulanges teria exagerado a “semelhança dos gregos e dos romanos”, como também a diferença - que estima “radical e essencial” - entre os povos antigos e as sociedades modernas.

Neste sentido, *A cidade grega* de Gustave Glotz constitui, segundo H. Berr, um complemento necessário ao clássico trabalho de Fustel de Coulanges. Muitas teses e afirmações categóricas desse autor apresentam-se bem discutidas e equilibradas na obra citada. Entretanto, cabe ressaltar que *A cidade antiga* apresenta um panorama mais amplo quanto às instituições romanas e gregas.

É preciso convir que uma tese formulada com detalhes, como é a *A cidade antiga*, corre o risco inerente de se tornar arbitrária, acabando por agredir a complexidade das causas. No entanto, no contexto dos numerosos estudos sobre a história das instituições greco-romanas, esta obra pode ser considerada indispensável para qualquer estudo sério, pelo fato de ser extremamente elucidadora e fazer uma análise singular da sociedade antiga sob o prisma religioso, enquanto outros intérpretes fazem-no sob outras influências.

O livro clássico, aqui evidenciado, apresenta a família antiga concebida em função da religiosidade e, como tal, influenciando o poder, sobretudo o poder político do Império Romano, que nasceu de sua organização.

O *pater familias*, tendo poderes ilimitados sobre a sua descendência e todos aqueles que estivessem sob a sua responsabilidade, exercia autoridade suprema, dispondo livremente de suas vidas e patrimônio. A mulher da família antiga lhe era totalmente dependente e seus filhos jamais alcançavam a maioridade, que não era concedida pela religião. Essas regras, para nós desumanas e até mesmo impiedosas, possibilitaram uma forte disciplina familiar com favoráveis implicações na organização militar daquele povo.

Com o desenvolvimento da história, estas severas regras arrefeceram quando se impuseram à sociedade familiar outros direitos, destacando-se o do cidadão, sobrepondo-se ao doméstico.

Fustel de Coulanges, estudando o caráter essencialmente cívico-religioso do Estado-urbano, explica com clarividência a natureza de suas instituições, mostrando o equívoco das conclusões apressadas entre a democracia moderna e a democracia que os antigos alcançaram e valorizaram nos momentos culminantes de sua história.

Na verdade, o historiador francês apresenta o Estado grego e romano como um Estado

(...) em que a religião é a senhora absoluta da vida privada e da vida jurídica, o Estado uma comunidade religiosa; o rei, um pontífice; o magistrado, um sacerdote; a lei, uma fórmula sagrada; o patriotismo, piedade; o exílio, excomunhão. O homem vê-se submetido ao Estado pela alma, pelo corpo e pelos bens. É obrigatório o ódio ao estrangeiro, pois a noção do direito e do

dever, da justiça e da afeição, não ultrapassa os limites da cidade (...).

Com estes pressupostos, não era mesmo possível a liberdade individual, pois só se compreendia a plenitude da personalidade dentro do Estado e pelo Estado, a tal ponto que era apenas como parte componente de uma comunidade político-religiosa que o homem se revestia da qualidade de cidadão e, portanto, de ser livre.

Porém, na sua evolução pós-romana, a família moderna, recebendo a contribuição do direito germânico, mudou a sua concepção. Recolhendo, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduziu o grupo familiar aos pais e filhos, sucedendo à organização autocrática uma orientação democrática afetiva.

Assim, o centro de constituição familiar deslocou-se do princípio da autoridade paterna para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político da agnação pela vinculação biológica da consanguinidade. E o pai, na modernidade, passou a exercer o pátrio poder exclusivamente no interesse dos filhos, menos como direito e mais como dever. Tudo isso levou a uma nova concepção da instituição familiar, abandonando-se o caráter hierático e conquistando-se novas relações e papéis, que encaminham modernamente a evolução da civilização humana.

5. Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e seu Legado

Francisco Quintanilha Vêras Neto

Introdução

A ideia de modo de produção já foi desenvolvida por Karl Marx, opondo a ideia de mundo antigo ao de sociedade antiga, criando uma periodização das fases do desenvolvimento histórico, iniciando portanto uma forma inusitada e impactante de interpretação materialista das transformações históricas, a partir do modelo de sucessão dos modos de produção asiático, escravagista, feudal e capitalista:

Na produção social de sua vida, os homens estabelecem determinadas relações de produção que correspondem a uma determinada fase do desenvolvimento das suas forças produtivas materiais (...). Num certo estágio de seu desenvolvimento, as forças materiais da sociedade entram em conflito com as relações de produção existentes, ou, o que não é senão a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade dentro das quais se desenvolveram até ali (...). Abre-se, então, uma época de revolução social (...). Em linhas gerais, podemos designar os modos de produção asiático, feudal e burguês moderno como outras tantas épocas do progresso da formação econômica da sociedade.

Essa interpretação dos modos de produção no tempo traz à tona a ideia de que o Império Romano e suas várias etapas históricas estariam fixados cronologicamente no modo de produção escravagista, em que o motor do desenvolvimento econômico estava nas grandes propriedades apropriadas pela aristocracia patricia, que, controlando os meios de produção, as terras e as ferramentas necessárias ao trabalho agrícola, dominavam as classes pobres e livres dos plebeus, clientes e a dos escravos, estes últimos classificados como *res* (coisa), eram uma espécie de propriedade instrumental animada. A sociedade desigual romana gerou uma série de instituições políticas e jurídicas *sui generis*, bem como um ambiente de conturbação e de conflitos de classe, decorrentes das desigualdades sociais,

principalmente entre as classes dos patrícios e a dos plebeus, esta situação se manifestou, por exemplo, na rebelião plebeia que gerou a elaboração da famosa Lei das XII Tábuas, atribuindo mais poder aos plebeus, reforçando a visão de Marx de que:

Até hoje a história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes (...).

Nas primeiras épocas históricas, verificamos, quase por toda parte, uma completa divisão da sociedade em classes distintas, uma escala graduada de condições sociais. Na Roma antiga encontramos patrícios, cavaleiros, plebeus, escravos; na Idade Média, senhores, vassalos, mestres, companheiros, servos; e, em cada uma destas classes, gradações especiais.

Na monumental obra reconstituidora da história da vida privada ocidental, desde os romanos, George Duby fornece uma interessante análise do universo cultural romano, principalmente nas suas relações familiares, caracterizadas por valores que tomam a civilização romana tão exótica, para a moderna civilização mundial, como foram as civilizações ameríndias subjugadas e exterminadas pelos primeiros invasores europeus. Descontitui-se, assim, o mito de um universo cultural romano idealizado e similar ao do contexto europeu, mito imposto pelo racionalismo emergente do renascimento europeu. Toma-se, portanto, essencial a aplicação do método historicista e crítico, assim como a revalorização da relativização antropológica do princípio da alteridade, para enfim reatribuir a significação histórica do direito romano em seu contexto histórico, caracterizado por um modo de produção escravagista, especificamente demarcado no tempo. Esse mundo era caracterizado por formas de dominação diferentes das atuais, incluindo aí um universo jurídico construído por formas peculiares de controle social, mantidas pela força coativa e pela persuasão de um universo cultural constituído por uma religião, uma moral e filosofia típicas daquela civilização da Antiguidade Clássica.

A evidência do reconhecimento da prática da eugenia e do poder exacerbado do *pater familias* romano (pátrio poder), por exemplo, constituem-se em evidências historiográficas, que demarcam as diferenças culturais daquela sociedade patriarcal da Antiguidade, mais próxima talvez do nosso período colonial escravagista brasileiro, já imerso nas relações

pré-capitalistas de produção típicas do capitalismo mercantilista colonial (pacto metropolitano).

O nascimento de um romano não é apenas um fato biológico. Os recém-nascidos só vêm ao mundo, ou melhor, só são recebidos na sociedade em virtude de uma decisão do chefe de família; a contracepção, o aborto, o enjeitamento das crianças de nascimento livre e o infanticídio do filho de uma escrava são, portanto, práticas usuais e perfeitamente legais. Só serão malvistas, e, depois, ilegais, ao se difundir a nova moral que, para resumir, chamamos de estoica. Em Roma um cidadão não “tem” um filho: ele o “toma”, “levanta” (*tollere*); o pai exerce a prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levantá-la do chão, onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enjeitá-la. A mulher acaba de dar à luz (sentada, numa poltrona especial, longe de qualquer olhar masculino) ou morreu durante o trabalho de parto, e o bebê foi extraído de seu útero incisado: isso não basta para decidir a vinda de um rebento ao mundo.

O abandono de crianças condicionava-se a diferentes motivos, que iam desde a má formação do feto até questões relacionadas à classe social, sendo a criança enjeitada tanto por miséria como por políticas familiares de sucessão entre os ricos, visando a permitir educação mais aprimorada para uma pequena prole, dotando-a, portanto, de melhores condições para competir naquela sociedade:

A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num monturo público; quem quiser que a recolha. Igualmente será enjeitada se o pai, estando ausente, o tiver ordenado à mulher grávida; os gregos e os romanos sabiam de uma particularidade dos egípcios, dos germanos e dos judeus, que consistia em criar todas as suas crianças e não enjeitar nenhuma. Na Grécia era mais frequente enjeitar meninas que meninos; no ano I a.C., um heleno escreveu à esposa: “Se (bato na madeira!) tiveres um filho, deixa-o viver; se tiveres uma filha, enjeita-a”. Mas não é certo que os romanos tivessem a mesma parcialidade. Enjeitavam ou afogavam as crianças malformadas (nisso não havia raiva, e sim razão, diz Sêneca: “É preciso separar o que é bom do que não pode servir para nada”), ou ainda os filhos de sua filha que “cometeu uma

falta”. Entretanto, o abandono de filhos legítimos tinha como causa principal a miséria de uns e a política matrimonial de outros. Os pobres abandonavam as crianças que não podiam alimentar; outros “pobres” (no sentido antigo do termo, que hoje traduziríamos por “classe média”) enjeitavam os filhos “para não vê-los corrompidos por uma educação medíocre que os torne inaptos à dignidade e à qualidade”, escreve Plutarco; a classe média, os simples notáveis, preferia, por ambição familiar, concentrar esforços e recursos num pequeno número de rebentos. Contudo, mesmo os mais ricos podiam rejeitar um filho indesejado cujo nascimento pudesse perturbar disposições testamentárias já estabelecidas. Dizia uma regra de direito: “O nascimento de um filho (ou filha) rompe o testamento” já selado anteriormente, a menos que o pai se conforme com deserdar de antemão o rebento que poderia vir a ter; talvez se preferisse nunca mais ouvir falar nele ou deserdá-lo.

O universo cultural e a significação moral advindas desse mundo escravagista atribuíam ao direito civil romano a forma de direito material e instrumental, baseado em ardis e fraudes, que por sua vez acabavam beneficiando os mais fortes em face da existência de uma sociedade extremamente desigual, em que o direito formal permitia usualmente apenas aos mais fortes beneficiar-se do sistema jurídico existente devido ao seu poder material alicerçado nos planos econômico e militar:

Em época normal, os costumes romanos são traduzidos com bastante exatidão pelo direito civil, cujo cordão umbilical com a moral vigente nunca foi realmente cortado: a técnica desse direito, mais verbal que conceptual e ainda menos dedutiva, permitia a seus profissionais entregarem-se a exercícios de virtuosismo. Tal direito realmente permitia obter justiça? Fazia respeitar as regras do jogo quando os indivíduos as violavam para oprimir o próximo? Numa sociedade tão desigual, desigualitária e atravessada por redes de clientelas, não é necessário dizer que os direitos mais formais não eram reais e que a um fraco pouco tinha a ganhar processando os poderosos. E mais: mesmo quando não era violada, a justiça abria vias legais eficazes para obter o cumprimento do direito? Bastará um exemplo, no qual veremos que o poder público organiza a vendeta privada e não faz nada para impedir.

Não existiam a autoridade e a coerção públicas indispensáveis à implementação de decisões judiciais; e as violações mais cruéis possuíam apenas um caráter civil; não existia, portanto, coação pública capaz de impor a sanção penal, visando à proteção contra a violência que atingisse os bens jurídicos relevantes; as citações eram feitas pelas próprias partes, que dependiam muitas vezes de poder militar para obter êxito nesta iniciativa; não existia, pois, um poder público coativo e exterior, capaz de impor a sanção jurídica de forma organizada e centralizada:

Suponhamos que um devedor não quer pagar o dinheiro que tomou emprestado; ou ainda que temos como única fortuna um pequeno sítio, ao qual nos apegamos porque nossos ancestrais ali viveram ou porque a região é agradável. Um poderoso vizinho cobiça nosso bem; à frente de seus escravos armados, invade a propriedade, mata nossos escravos que tentavam nos defender, nos mói de pancadas, nos expulsa e se apodera do sítio como se lhe pertencesse. O que fazer? Um moderno diria: apresentar queixa ao juiz (*litis denuntiatio*), obter justiça e recuperar nosso bem através da autoridade pública (*manu militari*). Sim, as coisas serão mais ou menos assim no final da Antiguidade, quando os governantes de província terão finalmente feito triunfar em todas as coisas seu ideal de coerção pública. Mas na Itália dos dois ou três primeiros séculos de nossa era, a situação será diferente. A agressão de nosso poderoso vizinho constitui um delito puramente civil e não implica coerção penal; cabe-nos, pois, garantir o comparecimento do adversário perante a justiça; para isso, precisamos agarrar esse indivíduo no meio de seus homens, arrastá-lo e acorrentá-lo em nossa prisão privada até o dia do julgamento. Se não pudermos levá-lo à presença do juiz, não haverá processo (*litis contestatio*). Mas conseguimos e, graças à intervenção de um homem poderoso que nos aceitou como cliente, obtivemos justiça: a sentença diz que o direito está a nosso favor; nada mais nos resta do que executar pessoalmente a sentença, desde que tenhamos os meios. Trata-se aparentemente de lutar para reaver a terra de nossos ancestrais? Não. Por uma bizarrice inexplicável, um juiz não pode condenar um acusado a simplesmente restituir a coisa roubada. Abandonando nosso sítio à própria sorte, ele nos autorizará a tomar posse de todos os bens e domínios de nosso adversário, que

venderemos em leilão; guardaremos uma soma de dinheiro igual ao valor que o juiz atribuiu ao sítio (*aestimatio*) e entregamos o restante a nosso adversário.

A estratificação social romana composta por homens livres e escravos é importante para entender posteriormente, por exemplo, o tipo de casamento estabelecido por aquela população romana e as suas diferenças em relação às formas existentes hoje:

Na Itália romana, um século antes ou depois de nossa era, cinco ou seis milhões de homens e mulheres são livres e cidadãos; vivem em centenas de territórios rurais (*civitas*) que têm como centro uma cidade (*urbs*) com seus monumentos e casas ou domus. Contam-se ainda um ou dois milhões de escravos, que são ou domésticos ou trabalhadores agrícolas. Sobre seus costumes, sabemos apenas que a instituição privada do casamento lhes era proibida e como tal permanecerá até o século III. Consta que essa gente vivia em estado de promiscuidade sexual, com a exceção de um punhado de escravos de confiança que administravam a casa do senhor ou que, servindo ao próprio imperador, eram os funcionários da época. Esses privilegiados tomavam por longo tempo uma concubina exclusiva ou a recebiam das mãos do senhor.

O casamento romano não possuía urna configuração que permitisse a intervenção de um poder público e estava essencialmente disciplinado pelo direito privado, que não era escrito, pelo contrário, era informal e oral, ocorrendo apenas a presença precária de testemunhas e em última instância da prova verbal dos nubentes restabelecendo a celebração através de suas memórias:

(...) o casamento romano é um ato privado, um fato que nenhum poder público deve sancionar: ninguém passa diante do equivalente de um juiz ou de um padre; é um ato não escrito (não existe contrato de casamento, mas apenas um contrato de dote) e até informal: nenhum gesto simbólico, por mais que se diga, era obrigatório. Então, como um juiz, em caso de litígio por uma herança, podia decidir se um homem e uma mulher eram legitimamente casados? Na falta de gesto ou escrito formais, decidia pelos indícios, como um tribunal para estabelecer um fato. Que indícios? Por exemplo: atos inequívocos, tais como uma

constituição de dote, ou gestos que provavam a intenção de ser esposo: o suposto marido sempre havia qualificado de esposa a mulher com quem vivia; ou ainda testemunhas podiam atestar que haviam assistido a uma pequena cerimônia de evidente caráter nupcial. Em última instância, somente os cônjuges podiam saber se, em seu pensamento, estavam casados.

Após a análise preliminar sobre a inserção da Civilização Romana, no antigo modo de produção escravagista típico da Grécia e peculiarmente de Roma e de alguns apontamentos sobre a sua mentalidade característica, procura-se a partir daqui ingressar na história propriamente de Roma e de suas instituições jurídicas e políticas, analisando as várias etapas que marcaram o desenvolvimento do Império Romano.

A Importância do Direito Romano e sua Presença nos Ordenamentos Jurídicos Modernos

José Cretella Júnior aponta alguns significados da expressão “direito romano”, interpretando-o como: a) aquele direito que vigorou por 12 séculos; b) “direito privado romano”; c) o direito contido no “Corpo do Direito Civil”, para separá-la do “Corpo de Direito Canônico”, ou “*Corpus Juris Civilis*” e “*Corpus Juris Canonici*”, abrangendo mais delimitadamente aquele direito condensado no Império Romano do Oriente por Justiniano:

A expressão direito romano é empregada ainda para designar as regras jurídicas consubstanciadas no *Corpus Juris Civilis*, conjunto ordenado de leis e princípios jurídicos reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por ordem do imperador Justiniano, de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância, que atravessou séculos e chegou até nossos dias.

O conjunto de normas jurídicas regeram o povo romano nas várias épocas de sua História, desde as origens de Roma até a morte de Justiniano, Imperador do Oriente, ocorrida em 565 da era cristã.

A importância do estudo do direito romano, para os juristas, é traduzida nesta passagem de José Carlos Moreira Alves, citando o autor francês Huvelin:

Ora, nenhum direito do passado reúne, para esse fim, as condições que o direito romano apresenta. Abarcando mais de 12 séculos de evolução - documentada com certa abundância de fontes -, nele desfilam, diante do estudioso, os problemas de construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. É assim o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos.

O direito romano continua vivo em várias instituições liberais individualistas contemporâneas, principalmente naquelas instituições jurídicas concernentes ao direito de propriedade no seu prisma civilista e ao direito das obrigações, norteando o caráter privatístico do nosso Código Civil, priorizador da defesa da propriedade como direito real, *erga omnes*, absoluto, portanto, como um direito ilimitado, calcado no privilégio de usar (Uus utendi), gozar (Uus fruendi) e abusar da coisa (Uus abutendi), justificando inclusive o desforço *in continentem* (art. 502 do Código Civil brasileiro), ou seja, a legítima defesa da posse. Desta forma, a reapropriação formal dos conceitos jurídicos romanos adaptou-se historicamente à organização do cálculo racional, à previsibilidade das expectativas exigidas pelo mercado e à certeza jurídica, como fatores obliteradores em muitas circunstâncias de uma ideia mais ampla de justiça social, nas sociedades capitalistas modernas e no colonialismo e neocolonialismo típicos das economias pré-capitalistas coloniais e dos países constituintes da periferia do sistema capitalista atual.

José Cretella Júnior define tal reapropriação a partir da sobrevivência, em nosso ordenamento legal, de vários institutos reassimilados, da estrutura do antigo direito romano:

Em segundo lugar, numerosos institutos do direito romano não morreram: estão vivos, ou exatamente como foram, ou com alterações tão pequenas que se reconhecem, ainda, nos modernos institutos de nossos dias que lhes correspondem. Para dar exemplos, apenas no campo das obrigações, podemos citar diversos tipos de contratos (a compra e venda, o mútuo, o

comodato, o depósito, o penhor, a hipoteca) ainda existentes nos sistemas jurídicos de hoje.

A expressão *Corpus Juris Civilis* não foi lançada por Justiniano, mas pode ser creditada ao estudioso do direito romano Denis Godefroy, a que atribuiu à compilação de quatro livros, *Institutas*, *Pandectas*, *Digesta* e *Codex*, feita por uma comissão de juristas dirigidos por Triboniano, jurista de Beirute, a serviço do Império Romano do Oriente. Essa comissão foi designada para compilar o direito do período clássico romano feito pelos jurisconsultos antigos do período clássico (*Digesta* e *Pandectas*). Queriam também compilar as constituições imperiais (*Codex*) e criar o material didático acessível ao direito romano para o estudante de direito (*Institutas*). Esse trabalho de sistematização do direito romano foi feito a mando do Imperador romano do Oriente, Justiniano. Grande parte do que conhecemos sobre o direito romano chegou a nossa era devido ao resgate dessas compilações, principalmente das *Institutas*:

A compilação feita por ordem de Justiniano, já no declínio do Império Romano, e que se corporificou em quatro livros, somente muito mais tarde, ou seja, já em 1583, é que foi chamada pelo romanista francês Denis Godefroy de *Corpus Juris Civilis*, em obra que publicou em latim, resultando que essa expressão acabou sendo consagrada universalmente.

As Fases Históricas da Civilização Romana e de suas Instituições Jurídico-Políticas

Os períodos em que a historiografia jurídica divide a história jurídico-política do Império Romano correspondem a etapas cronológicas plenamente delimitadas: 1) Período da Realeza (das origens de Roma à queda da realeza em 510 a.C.); 2) Período da República (510 a.C. até 27 a.C., quando o Senado investe Otaviano - futuro Augusto - no poder supremo, com a denominação de *princeps*); 3) Período do Principado (de 27 a.C. até 285 d.C., com o início do *dominato* pró-Diocleciano); 4) Período do Baixo Império (de 285 até 585 d.C., data em que morre Justiniano).

No primeiro período que corresponde a Realeza, atribui-se uma origem lendária aos romanos, através da lenda de Rômulo e Remo, cuja existência Moreira Alves atribui à simbologia da representação de dois grupos etruscos rivais, que disputavam o poder, já que de acordo com várias teses foi este o povo que fundou Roma, após derrotar a Liga Setimonial e a outra liga dos povos locais, chamada de Albana. As ligas constituíam-se em alianças das tribos do antigo Lácio, para resistirem aos inimigos externos. Os etruscos teriam subjugado estes povos, empreendendo um trabalho de secagem dos pântanos entre as colinas, substituindo a pecuária pastoril pelo desenvolvimento da agricultura; na segunda etapa, deram a primeira organização política a de Roma no peno do da Realeza.

Na fase da Realeza surgem algumas instituições político-jurídicas ainda muito vinculadas à existência de um Estado Teocrático. O cargo de rei assume caráter de magistratura vitalícia, sendo ao mesmo tempo chefe político, jurídico, religioso e militar, ou seja, o rei era o magistrato único, vitalício e irresponsável.

Existiam também alguns cargos auxiliares ao rei, assessores militares (*tribunus militum* e *celerum*); encarregado da custódia da cidade (*praefectus urbs*), funções judiciárias (os *duoviri perduellionis*: juízes nos casos de crimes contra o Estado); os magistrados encarregados do julgamento do assassinio voluntário de um *pater familias* pelo seu filho (*quaestore parricidii*), nas funções religiosas (os membros dos colégios dos pontífices, áugures e feciais).

O Senado funcionava como uma espécie de Conselho do Rei, composto por 100 membros; era subordinado ao rei e por este convocado; sua função era consultiva e não deliberativa e, em relação aos comícios, possuía competência deliberativa. Existiam também os comícios curiatos, que eram chamados pelo rei e pelo senado para modificar a ordem legal da *civitas*.

O direito era essencialmente costumeiro, sendo a jurisprudência monopolizada pelos pontífices. O período da realeza ter-se-ia encerrado com a queda de Tarquínio, o soberbo.

No período da República, as magistraturas passaram a ganhar mais prestígio, destacando-se do poder dos dois cônsules, que inicialmente são as magistraturas únicas e vitalícias; comandam o exército, velam pela segurança pública, procedem recenseamento da população, administram a justiça criminal.

Com a *Lex Valeria*, a gestão das finanças é delegada a dois questores. Em 501 a.C., criou-se a magistratura da ditadura, que durava seis meses, e em 443 a.C., surgem os censores. Com a *Lex Licinia de Magistratibus*, os plebeus adquiriram o direito de ser cônsules. A plebe depois consegue também o direito de participar de outras magistraturas, como a encarregada de fiscalizar espetáculos, da vigilância sanitária (*edilidade curul*), a ditadura (magistratura dos tempos de guerra), a censura (magistratura encarregada do recenseamento) e a *pretura urbana e peregrina* (magistraturas que aplicavam o direito civil romano aos romanos e aos estrangeiros) que criaram o *jus honorarium*, direito prático dos pretores, complementadora do rígido direito civil (*jus civile*). As magistraturas romanas nesse período caracterizavam-se por serem temporárias, colegiadas, gratuitas e irresponsáveis.

Finalmente, no período do Principado surgem os comícios, centuriatos, que teriam aparecido conforme a tradição na época do Imperador Sérvio Túlio. Tais comícios seriam agrupados em cinco classes divididas de acordo com a riqueza imobiliária; mais tarde, os bens móveis foram também computados no recenseamento da riqueza dos cidadãos romanos, patrícios e plebeus. As classes superiores, dos cavaleiros e dos proprietários fundiários patrícios, terminavam por prevalecer às votações centurias, devido ao peso excessivo atribuído nas votações das duas primeiras centúrias, compostas de membros da classe privilegiada romana.

As fontes do direito na República são o costume, a lei e os editos dos magistrados.

A passagem da República ao Império fez-se progressivamente. O progresso econômico, as dificuldades sociais e as vastas conquistas provocaram, durante o século I a.C., uma crise política, que desencadeou a centralização de todos os poderes em Octávio, o qual manteve as instituições da República, e tendo recebido do Senado o título de Augusto. Este criou a instituição do *imperium* proconsular e o poder do *tribunato vitalício*; foi proclamado general vitorioso (*imperator*) e não estava vinculado nem limitado pela lei (*legibus solutio*). Era o primeiro dos cidadãos (*princeps*) e concentrava todos os poderes do novo regime político, sendo que, em Roma, respeitava as instituições políticas, mas, nas províncias imperiais, agia como um monarca absoluto.

Nesse período também se destacam alguns dos maiores jurisconsultos e criadores de conceitos tópicos da “ciência jurídica romana”, incluindo alguns dos maiores sistematizadores do direito romano, que mais tarde foram elevados à condição de fonte imutável do direito romano, no período justiano (Império Romano do Oriente):

Dessa época, destaque para Sálvio Juliano e outros cinco notáveis juristas: Papiniano (considerado pelo Imperador Justiniano e pelos romanistas o maior que Roma já tivera), Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino (último dos jurisconsultos clássicos, viveu no século III d.C.).

O último período da história da civilização romana é o do baixo Império (*dominato*), quando ocorre a cristianização do Império, e também a decadência política e cultural; a fonte de criação do direito passa a ser a constituição imperial:

Por volta do ano 284 d.C., Diocleciano encerra a transição iniciada na fase anterior e afirma seu poder absoluto. O imperador já não é mais o *princeps*, mas o *dominus*, o senhor do império. O seu poder é absoluto e divinizado, encarna a *res publica* e legisla só (*quod principi placuit, legis haber vigorem*), datando desta época os primeiros esforços de reunião da legislação em único documento.

O próximo passo é o de fixar a importância da Lei das XII Tábuas, do *Corpus Juris Civile*, e de alguns institutos jurídicos romanos mais importantes, como a propriedade, a personalidade e o direito obrigacional.

Leis e Institutos Romanos: O Direito de Propriedade e das Obrigações

O direito da época arcaica se consubstancia na Lei das XII Tábuas; conhecem-se apenas fragmentos da literatura dos fins da República e do começo do Principado.

Os magistrados patrícios julgavam segundo tradições que apenas eles conheciam e aplicavam. A incerteza na aplicação do direito, por parte dos magistrados patrícios, levou a plebe a pleitear a elaboração de leis escritas.

Os patrícios se constituíram no segmento social hegemônico da sociedade romana antiga, pois

(...) somente eles gozavam de todos os direitos civis e políticos, como, por exemplo, o *ius suffragi*, que consistia na faculdade de votar nos comícios; o *ius honorarium*, que era o direito de exercer os cargos públicos; o *ius ocupandi agrum publicum*, isto é, o direito de posse das terras conquistadas; o direito de adquirir a propriedade de acordo com os processos romanos (*ius commercii*); o direito de contrair casamento (*ius conubi*). No entanto, ao lado dessas prerrogativas era imposta aos patrícios a obrigação de pagar os impostos (*ius tributii*), como também a de prestar o serviço militar (*ius militae*).

A lei das XII Tábuas foi elaborada por uma comissão de três magistrados, encarregados de pesquisar, na Magna Grécia, as leis de Sólon, propiciando a criação de um código escrito de leis romanas. As disposições normativas estavam distribuídas nas seguintes tábuas:

Tábua I

Referia-se ao chamamento a juízo; a ninguém era lícito fugir do chamamento judicial. Não havia oficial de justiça para o desempenho de tais funções: o autor da demanda fazia a própria citação.

Tábua II

Suspensão da causa por motivo de moléstia: estabelecia o prazo para comparecimento a juízo.

Tábua III

Execução no caso de confissão por dívida: após condenado, o devedor tinha 30 dias para pagar. Se não pagasse, era preso e levado à presença do magistrado; se a dívida persistisse (o devedor) seria preso por correias ou com ferro de 15 libras aos pés; se continuasse não pagando, podia ser morto, esquartejado de acordo com o número de escravos ou alienado como escravo.

Isto se explica porque nesse período a Realeza vivia situação precária, só depois o erário romano se enriqueceu com os saques

(pilhagens de outros povos). Sêrvio Túlio, o sexto rei, institui a estatística: tudo era cadastrado e os censores vasculhavam cada canto do reino à procura de riqueza para pagar impostos e ampliar as receitas.

Tábua IV

Tratava do poder paterno e de outras matérias de direito de família (*in jure patrio*): o filho monstruoso podia ser morto imediatamente; defendiam a eugenia; o pai tinha sobre o filho direito de vida e morte, ou seja, tinha direito de flagelar, aprisionar, obrigar a trabalhos rústicos, vender e matar; com o tempo isto se foi amenizando e mais tarde esses casos dariam margem a destituição do pátrio poder (neste aspecto, gregos e romanos diferiam de outros povos da Antiguidade).

Tábua V

Da tutela hereditária: as mulheres não podiam gerir os negócios civis, permanecendo em tutela perpétua. Não se podia fazer Usucapião de coisas que estivessem sob a tutela da mulher (ela era absolutamente incapaz no início do período republicano).

Tábua VI

Da propriedade e da posse (*dominio et possessione*): constituiu uma admirável base do direito civil. Roma era agrária, não possuía exploração de minérios; os romanos cultivavam oliveira, vinha e trigo; proibiam a compra de propriedades imóveis por estrangeiros, para não prejudicar os nacionais (a propriedade fundiária desempenhava papel essencial para os romanos, tanto no plano econômico, como no plano da religião, pelo culto aos ancestrais ali enterrados).

Tábua VII

Do direito relativo aos edifícios e às terras: a ciência econômica dos romanos era a de um povo guerreiro e agrícola. O reino, e depois a República, possuíam terras públicas, por isto traduziram o livro de agronomia do cartaginês Magon; as estradas não podiam ser depredadas, pois eram o local de deslocamento das legiões; aquele que defecasse nas estradas reais podia ser severamente punido. O inciso IX permitia cortar o galho das árvores, se a sombra invadisse o quintal da

propriedade vizinha; pelo inciso X, o proprietário tinha direito a colher os frutos das árvores vizinhas que chegassem ao seu quintal. Esse preceitos aparecem em nosso código civil: uso nocivo das propriedades, das árvores limítrofes, da passagem forçada.

Segundo a célebre obra de Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, a propriedade não deve ser interpretada sob as mesmas luzes da propriedade existente no campo e nas cidades da sociedade capitalista, pois era diferente em significação, em uso e em finalidade.

Os antigos basearam o direito de propriedade em princípios diferentes dos das gerações presentes; e daqui resulta serem as suas leis, pelas quais o garantiram, sensivelmente diversas das nossas.

De acordo com o mesmo autor, os romanos foram pioneiros na fixação da propriedade privada, já que povos como os tártaros e os germanos admitiam esta forma de propriedade, mas somente em relação aos rebanhos a às colheitas.

Ao contrário, as populações da Grécia e as da Itália, desde a mais remota antiguidade, sempre conheceram e praticaram a propriedade privada. Nenhuma recordação histórica existe de época alguma em que a terra estivesse em comum; e nada se encontra se assemelhe à partilha anual dos campos tal como esta se praticou entre os germanos (...).

A propriedade configura-se perpétua e impassível de contestação por outros devido ao seu caráter sagrado, como objeto de propriedade perpétua das famílias:

Como em tudo isto se manifesta o caráter da propriedade! Os mortos são deuses pertencendo propriamente à família, e só a família tendo o direito de os invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, a não ser da família, pode pensar em introduzir-se no seu grêmio. Ninguém igualmente tem o direito de desapossá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, não pode ser destruído, nem deslocado; proibem-se às mais severas leis. Aqui está, pois, parcela de terra em nome da religião tornada objecto de propriedade perpétua em cada família. A família apropriou-se desta terra, colocando nela os seus mortos, ficando-se lá para sempre (...).

Mas, mesmo sendo considerado o mais forte poder de uma pessoa sobre um objeto, o direito de propriedade nunca teve caráter ilimitado e absoluto, mesmo em Roma:

A limitação da Propriedade no direito romano, entretanto, se fez sentir não só nas limitações decorrentes dos direitos de vizinhança e das servidões surgidas no corpo normativo, mas, principalmente pela redução gradativa dos poderes dos senhores sobre os escravos, objetos que eram no Direito de Propriedade. Desta maneira, acabou o direito romano a limitar os poderes dos proprietários, na medida em que proibia a plena disposição, utilização e gozo por parte do proprietário do escravo que possuía.

O direito de propriedade já era previsto nos códigos mais antigos. O estudo mais abrangente, porém, feito pelos juristas, toma quase sempre como ponto de partida o direito romano. Maria Helena Diniz faz uma síntese do direito de propriedade na antiga Roma:

Na era romana preponderava um sentido individualista da Propriedade, apesar de ter havido duas formas de Propriedade coletiva: a da gens, possuindo cada indivíduo uma restrita porção de terra (1/2 hectare), e só eram alienáveis os bens móveis. Com o desaparecimento dessa Propriedade coletiva da cidade, sobreveio a da família, que, paulatinamente, foi sendo aniquilada ante o crescente fortalecimento da autoridade do *pater familias*. A Propriedade coletiva foi dando lugar à privada, passando pelas seguintes etapas, que Hahnemann Guimarães assim resume: 1) Propriedade individual sobre os objetos necessários à existência de cada um; 2) Propriedade individual sobre os bens de uso particular, suscetíveis de serem trocados com outras pessoas; 3) Propriedade dos meios de trabalho e de produção; 4) Propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto.

O povo romano foi o primeiro a conceber a autonomia da ciência jurídica, tendo nisso 13 séculos de experiência que nos legou o que hoje se denomina Direito Romano. Portanto, não se pode desprezar tal fonte para estudo e crítica de qualquer instituto jurídico atual, por ele influenciado.

Obviamente, os romanos não deixaram de conceber em termos jurídicos uma das instituições mais duradouras e controversas da civilização

humana, o direito de propriedade, que define em grande parte a divisão da sociedade em classes, determinando o poder econômico e político para quem detém o poder jurídico de dispor sobre a propriedade.

A Lei das XII Tábuas já protegia a propriedade, punindo aqueles que contra ela atentassem, furtando-a, danificando-a, etc.

Todavia, mesmo sendo considerado mais forte poder de uma pessoa sobre um objeto, o direito de propriedade nunca teve caráter ilimitado e absoluto em Roma:

A limitação da Propriedade no direito romano, entretanto, se fez sentir não *só nas limitações decorrentes dos direitos de vizinhança e das servidões surgidas no corpo normativo, mas, principalmente pela redução gradativa dos poderes dos senhores sobre os escravos, objetos que eram no Direito de Propriedade. Desta maneira, acabou o direito romano a limitar os poderes dos proprietários, na medida em que proibia a plena disposição, utilização e gozo por parte do proprietário do escravo que possuía.* [Grifos nossos]

De acordo com Thomas Marquardt, na sua obra introdutória ao direito romano, a propriedade quirítária, a primeira forma de propriedade romana já formalmente conceitual e abstrata, o denominado *dominium ex iure Quiritium*, exigia, para sua configuração, o atendimento de alguns requisitos legais:

Pressupõe, naturalmente, que seu titular seja cidadão romano. Outro pressuposto é que a coisa, sobre que recaía a propriedade quirítária, possa ser objeto dela. Estão nesta condição todas as coisas corpóreas, *in commercio*, exceto os terrenos provinciais. Terceiro pressuposto é que a coisa tenha sido adquirida, pelo seu titular, por meio reconhecido pelo *ius civile*. Tais meios eram: 1º) os modos de aquisição originários; 2º) o usucapião; 3º) para as *res Mancipi*, a simples *traditio* (...).

De acordo com o mesmo autor, o *ius civile* era rígido e complicado demais para o rápido desenvolvimento dos negócios, pois o comércio, exigia menos formalidade, como a transmissão da propriedade pela simples tradição (*res Mancipi*).

No período clássico, o direito de propriedade se intensificou e as terras conquistadas foram reconhecidas como propriedade pretoriana, assim como já o era a quirítaria (originária da própria constituição da cidade pelas gens patrícias).

No último período da República, surgiu um instituto semelhante ao da propriedade: a relação *in bonis habere*, tutelada pelo pretor, que a assegurava mediante a concessão de uma série de ações e exceções, fundadas no edito pretoriano (criando os interditos possessórios).

Também denominada propriedade pretoriana ou bonitária, a relação *in bonis habere* era exercida sobre a propriedade quirítaria. Havia, assim, dois tipos de proprietário: o quirítario e o bonitário.

O proprietário quirítario exercia o *nudum ius*, enquanto o bonitário exercia praticamente todos os direitos, exceto o da alienação *per vindicationem*.

A propriedade bonitária, por sua vez, poderia transformar-se em quirítaria pelo usucapião.

Existia ainda a propriedade provincial, do *jus gentium* (direito internacional, aplicado aos não-romanos). O pretor foi responsável pela criação de um novo sistema processual de ações, que burlou as prescrições formalistas da *mancipatio* e da *in iure cessio*.

A *in iure cessio*, por exemplo, era o ritual em que o alienante e o comprador se apresentavam perante o pretor urbano, em Roma, ou governador, nas províncias. O modo de aquisição quirítaria era aplicado tanto aos imóveis quanto aos móveis. Só os cidadãos romanos podiam usucapir, desde que estivessem presentes algumas condições (*res habilis, titulus, jides, possessio, tempus*): coisa hábil ao usucapião, o título, a boa-fé, a posse, o decurso de tempo, apreensão física (*corpus*) e a intenção, a vontade de ter a coisa como sua (*animus*).

Os imperadores Severo e Caracala estabeleceram os seguintes prazos para tipificar a posse prolongada pelo usucapião - *ad usucapionem*: 10 anos para o possuidor, quem não é dono (*non domino*), que tivesse justo título; e 20 anos, se as partes residissem em cidades diversas.

No caso do vendedor, este continuaria proprietário enquanto não ocorresse o usucapião, caso em que o pretor concedia, fornecendo a exceção da coisa vendida através da tradição (*traditio*), criando a *exceptio*

rei venditae et traditae, ao comprador que havia pago o preço. Isto combatia o formalismo de ritos formais, que prejudicavam os compradores que agiam de boa-fé, em detrimento da má-fé, dos vendedores inescrupulosos. Os pretores concediam uma ação que definia o início do curso do usucapião (*usucapitio*); a *actio publiciana* era um remédio processual a ser utilizado por analogia, com a aquisição pelo não-proprietário. Essa propriedade construída pelas ações pretorianas também era enquadrada como bonitária.

A propriedade quirítária exigia a concorrência de três requisitos: fundo romano, proprietário romano e a aquisição de acordo com o direito civil.

Os terrenos provinciais do império não podiam ser adquiridos como propriedade particular, mas se deu aos particulares uma concessão semelhante, quase idêntica à propriedade:

A propriedade particular foi excluída de tais terrenos. Entretanto, o Estado podia conceder, e realmente concedeu, o gozo deles a particulares, concessão semelhante, mas não idêntica, à propriedade. Os textos indicam-na com as expressões *habere possidere frui* Gaius a chama *possessio vel usufructus*. Na prática aplicam-se-lhe todas as regras referentes ao domínio em geral.

Nas províncias dividiam-se os imóveis em *praedia stipendaria* e *praedia tributaria*, conforme sua localização e conseqüente espécie de tributo. Eram alienados pela *traditio* e não pela *mancipatio*, não se lhes aplicando as regras do *ius civile*, mas do *ius gentium*.

Somente o Imperador Maximiano, no século II, acabou com a distinção fiscal entre fundos itálicos e provinciais.

Como visto, até a equiparação dos fundos itálicos ao *ager romanus*, ocorrida no século I a.C., somente os cidadãos romanos poderiam ser titulares de propriedade quirítária. No entanto, a realidade fundiária romana comportava, além do *ager romanuse* dos fundos itálicos, os fundos provinciais e os peregrinos.

As terras provinciais eram públicas, mas ocupadas e utilizadas por particulares, que pagavam imposto, que não era devido pelos proprietário dos fundos itálicos.

Esse imposto, *vectigal*, era designado conforme a localização da província: se situada nas terras senatoriais, *stipendium*; se nas imperiais,

tributum.

Por longo tempo, foi essa a diferença substancial entre os fundos provinciais e os itálicos: estes não pagavam imposto, enquanto aqueles deveriam fazê-lo a título de reconhecimento de domínio.

A propriedade peregrina, por sua vez, era regulada pelo direito estrangeiro local, amparada pelo pretor, pelo peregrino ou pelo governador. E não podia ser objeto do *ius civile*, mas somente do *ius gentium*.

Existia também a propriedade peregrina concedida aos estrangeiros, a qual chamavam de *dominium*, em contraposição à propriedade originária quirítaria (*dominium ex iure Quiritium*). Essa nova forma de propriedade admitia o uso de meios processuais de defesa que imitavam a defesa da propriedade quirítaria.

A propriedade peregrina desapareceu com a Constituição de Caracala, que concedeu cidadania romana a todos os habitantes do Império, no século III. Posteriormente, ocorre a unificação dos diferentes tipos de propriedade, no período Justianeu.

Propondo-se retomar às antigas regras jurídicas, Justiniano deu início a profundas transformações, culminando no desaparecimento da diferença entre *ares Mancipi* e *ares nec Mancipi*, fundindo os sistemas do *ius civile* e pretoriano, desaparecendo, assim, a distinção entre propriedade quirítaria e pretoriana, cuja relação *in bonis habere* é qualificada como *dominium*.

Ao lado do conceito de propriedade, surgiram também conceitos de copropriedade (*condominium*) e as teorias subjetivistas sobre a posse, como poder de fato (apreensão física) e intenção de possuir e dispor de uma coisa corpórea (conjugando os elementos *animus* e *corpus*).

Existia também a questão do conceito de pessoa jurídica (natural e jurídica), que mais tarde permitiu nova apropriação, permitindo a criação da ficção jurídica do sujeito de direito, que permitiu a decodificação jurídica do espírito individualista europeu forjado a partir do século XVI.

Os romanos não possuíam um termo preciso para exprimir a noção de personalidade jurídica. A palavra latina *persona*, que originariamente quer dizer máscara, é utilizada nos textos com significação de homem em geral, tanto que se aplica aos escravos, que não eram sujeitos de direito. Há duas categorias de pessoas: as físicas, ou naturais, e as jurídicas, seres abstratos,

que a ordem jurídica considera sujeitos de direito. Hoje basta o nascimento com vida. Na época dos romanos exigiam-se três requisitos: a) o nascimento; b) vida extra-uterina, c) forma humana. Para ter a capacidade jurídica plena, o sujeito devia ser cidadão romano (*status civitatis*); em segundo lugar, devia ser livre (*status libertatis*) e gozar de situação independente no seio da família (*sui iuris*).

No campo do direito das obrigações, os romanos substituíram as responsabilidades pessoal e Corporal dos devedores pela responsabilidade patrimonial (indenização pecuniária e não a constrição da vida ou do patrimônio).

Modernamente, o sujeito ativo denomina-se de credor e o sujeito passivo de devedor. Para os romanos, os termos eram *creditor* e *debitor*.

Inicialmente o vínculo entre o credor e o devedor era material, pois o devedor respondia com o próprio corpo. Depois este vínculo passou a ser jurídico (isto é, imaterial), com a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.).

Além disso, algumas noções jurídicas modernas surgiram da reinterpretação das fontes históricas do direito romano: os conceitos jurídicos de direito objetivo (*norma agendi*) e subjetivo (*ius est facultas agendi*), conceitos extremamente importantes para o direito público; e também os conceitos de ato e fato jurídico e a questão da irretroatividade das leis civis foram pioneiramente concebidos pelos romanos.

No século V, há o ressurgimento do estudo do direito romano. Graças às escolas do Império Romano do Oriente, os juristas deste tempo estudavam as obras clássicas. Não há no Baixo Império (*dominato*) obra verdadeiramente criadora. Em fins de 530, Justiniano encarrega Triboniano de, no prazo mínimo de 10 anos, compilar o *iura*. Antes já compilara 50 constituições imperiais. A comissão de 16 membros terminou o trabalho em três anos.

Surgem nesse momento o Digesto e as Pandectas. Após a elaboração do *Digesto* Justiniano escolheu três compiladores: *Triboniano*, *Doroteu* e *Teófilo*, para publicar uma obra que servisse aos estudantes como introdução ao direito compreendido nas *Institutas*. As *Institutas*, o *Digesto* e o *Código* foram exigidos por Justiniano. No entanto, depois de sua elaboração, Justiniano introduziu algumas modificações na legislação mediante Constituições imperiais: as *Institutas* (manual escolar), o *Digesto* (compilação dos *iura*), o *Código* (compilação das *Leges*) e as *Novelas*

(reunião das constituições promulgadas após Justiniano). Ao conjunto das compilações dá-se o nome de *Corpus Iuris Civilis*, designação criada por juristas ocidentais, já na Idade Moderna.

As interpolações eram fórmulas de atualização do direito romano feitas pelos juristas do Império Justianeu. Os compiladores faziam substituições, supressões ou acréscimos nos fragmentos dos jurisconsultos. Essas interpolações também podem ser chamadas de tribonianismo. O estudo das interpolações foi iniciado na Renascença, através da ação dos glosadores e pós-glosadores. Os métodos para localizar interpolações são as seguintes, de acordo com José Carlos Moreira Alves:

Textual - o mesmo texto clássico chegou até nós, com redações diferentes, no *Corpus Iuris Civilis* e em fonte pré-justiniéia; o histórico - anacronismo em textos de direito clássico; o lógico - ilogismo entre as diferentes partes de um texto; o filológico - o vocabulário, a gramática e o estilo dos juristas clássicos e dos bizantinos.

A influência do cristianismo no direito romano se dá no período do *dominato*; com o Imperador Constantino, ela toma-se a religião oficial do Império; para os cristãos, o período do *dominato*, pela vitória do cristianismo, teria sido o período áureo.

Abandonadas as convicções religiosas, a partir da Renascença os autores se dedicaram principalmente ao romano clássico. Troplong quis demonstrar que no período cristão o direito romano foi superior, ou seja, no período pós-clássico, sua influência teria sido sentida na escravidão, no casamento, no divórcio, porém várias ideias suas já estavam no direito romano antes do advento do cristianismo. A influência foi da filosofia estoica, pagã, e não da filosofia cristã; além disto, nada de prático foi feito no *dominato* para acabar com a escravidão.

Na verdade, a influência da religião cristã apareceu com mais força no direito de família, e não no patrimonial, devido à base econômica escravagista.

A Queda do Império Romano e a Emergência do Mundo Feudal

Existem várias teses sobre a queda do Império Romano, assim, vários fatores podem ter contribuído e se conjugado para a sua queda: o colapso da economia escravagista; a falência dos pequenos agricultores, devido ao fluxo gratuito de cereais das colônias conquistadas, como parte do trabalho de pilhagem romana; o crescimento do exército de desocupados urbanos, que exigiam gastos vultuosos do Estado para entretenimento gratuito, que consumiam mais de 1/3 dos recursos do império; para evitar rebeliões, foram criadas leis como a Lex Frumentária, que fomentava a distribuição gratuita de trigo para os pobres; grandes espetáculos públicos eram organizados no Coliseu, com a presença de feras e gladiadores; a distribuição de pão e circo para as massas caracterizou este período; ocorreu também o colapso da pesada administração romana; as minas de prata da Espanha foram perdidas.

O Estado tomou-se insolvente e falsário. A moeda tinha apenas 3% de prata, o restante era constituído de cobre e bronze, razão pela qual foi sendo paulatinamente abandonada pela população, o exército não cultivava mais a disciplina dos velhos tempos, era composto essencialmente por 9/10 de mercenários estrangeiros, sendo frequentemente dizimado para conter o povo, que explodia em rebeliões internas conduzidas pelos pobres de Roma (guerra civil interna). Em uma delas mais de 15 mil soldados das legiões foram mortos. Os camponeses cortavam os dedos polegares para não serem convocados como soldados. Os *federati* e os *coloni*, bárbaros, passaram a ocupar as fronteiras do império, e os habitantes das *urbs* (cidades) foram paulatinamente migrando para o campo em busca de segurança privada dos grandes proprietários, que tinham exércitos particulares para se defender. O modo de produção escravagista foi sendo paulatinamente substituído por uma economia de subsistência agrária e estática (não havia troca monetária, mas escambo, troca de um objeto por outro, sem um equivalente geral abstrato de troca, a moeda), baseada no trabalho servil e nos valores de uso. A economia escravagista sucumbiu ao trabalho servil e a Europa ocidental se fragmenta em unidades de produção descentralizadas que constituíram o feudalismo no velho continente, sob o novo império da Igreja, única instituição burocrática dotada de centralização, verticalização e disciplina para organizar as atividades, acabou se tornando um verdadeiro fantasma surgido da decomposição corpórea do império romano.

Para fundamentar esse processo de decadência, citam-se as seguintes transcrições, que falam respectivamente do declínio do trabalho escravo, o

crescimento do cristianismo, o retomo ao campo em busca de proteção e segurança:

Mesmo no seu auge, nos três primeiros séculos depois de Cristo, lavraram no império comercial e militar romano as contradições que finalmente o derrubariam. O trabalho escravo solapava o trabalho livre, lançando no desemprego artesãos e pequenos agricultores, que passavam a vagar pelas cidades e a criar focos de inquietação. As doutrinas revolucionárias da jovem igreja cristã disseminavam o descontentamento entre as classes inferiores e estimulavam as autoridades a uma repressão brutal a seus fiéis. Nas fronteiras do Império, grupos expulsos da Europa Central pelos Hunos em marcha agravaram os problemas administrativos de uma burocracia cada vez mais sobrecarregada e dispendiosa. As comunicações, a capacidade de defender os ricos e a segurança do comércio começaram a diminuir no século III d.C. e, com elas, desapareceu a prosperidade do Império.

A “queda” do Império em 476 d.C. constituiu apenas o último passo no processo de desintegração. A essa altura, os imperadores romanos haviam abraçado o catolicismo. Constantino fora o primeiro a converter-se em 313 d.C. Sobreviveram as cidades episcopais e arcebispos. Grandes regiões ocupadas por latifundiários e colonos, no entanto, tomaram-se autônomas, professando apenas uma lealdade nominal ao distante imperador oriental, que governava de Constantinopla; ao final, hordas bárbaras ocupam-se do antigo Império Romano do Ocidente:

A necessidade de sobrevivência e defesa militar e a ausência de governo e de legiões romanas tornaram possível e necessária a instituição de um sistema senhorial, no qual encontramos as origens do que mais tarde veio a ser chamado de feudalismo (...).

Em locais não submetidos ao governo romano, tais como a Escócia, a Irlanda, a Escandinávia e a Alemanha, registros ainda existentes indicam que formas feudais também se desenvolviam, adaptando as necessidades de alimentação e defesa a organização social local.

Arther Ferryl analisa a questão militar e a sua influência para a queda do Império Romano. Em determinada fase, o exército romano, que fora

considerado uma imbatível máquina de guerra, passava a ser encarado como força desprezível pelos hunos de Átila:

Como os poderosos haviam decaído! Cem anos antes, o exército romano fora a mais eficiente força combatente na face da terra. Na época de Átila, era tão desprezível que podia ser ignorado em combate real. De fato, é claro, tropas romanas contribuíram para a vitória em Châlons, sobretudo ao apoderar-se de terreno elevado ao deflagrar a luta, mas os trechos citados acima constituem um comentário fascinante sobre a sina do exército romano no século V. Apesar do impacto da barbarização, as tropas romanas continuaram a lutar de acordo com a tradicional tática romana; entretanto, essa tática, anteriormente tão superior, pareceu absurda aos bárbaros do século V.

Surge a duplicidade do domínio, com a bipartição do domínio útil e do eminente, através da difusão do arrendamento de terras, gerando o germe do feudalismo:

No caso dos grandes latifúndios situados na área mais próxima a Roma, uma das soluções do problema trabalhista consistiu em arrendar parte das grandes propriedades a cidadãos ou escravos, cobrando-se aluguel em espécie sob a forma da obrigação de cultivar a parte da terra reservada ao uso e lucro pessoal do latifundiário. Nas fronteiras do Império, com a finalidade de manter ao largo os invasores, cidadãos romanos receberam terras e o status de *coloni*, sob a supervisão de um senhorio investido de prerrogativas legais. Os colonos pagavam o aluguel em espécie e trabalho e eram obrigados a participar da defesa das fronteiras. Em todos os casos possíveis, os invasores eram comprados pelo convite de entrarem em federação com o Império. Os *federati* recebiam terras para cultivar, prestavam o juramento de defender o Império e adaptavam sua organização social ao sistema praticado pelos latifundiários e *coloni*, embora tivessem permissão para conservar suas próprias leis em contendas dentro do grupo.

Emerge definitivamente deste processo de decadência uma nova estrutura econômica, jurídica, política e cultural, o feudalismo:

Na parte da Europa outrora governada por Roma, por conseguinte, o feudalismo representou a retirada, para a casa

senhorial e a aldeia, de uma classe governante privada da proteção de um decadente e moribundo governo imperial. Em outras regiões, constitui a mudança de uma existência pastoril, nômade e voltada para a guerra, para uma vida agrícola mais estável (embora ainda bastante guerreira). As terras de superfície variável constituíam um dos testemunhos do principal interesse econômico da casa senhorial, pois o padrão, desse o *mansio* da Gália ou o *hide* da Inglaterra, era aquele que podia sustentar uma família, variando seu tamanho segundo a região e a fertilidade do solo.

Retomada pelos Estudos Romanísticos no Direito do Ocidente Europeu

A continuidade dos estudos sobre o direito romano justificava-se pela sua apropriação pelos ordenamentos jurídicos europeus, a partir das monarquias absolutistas e do movimento de codificação francês sedimentado por Napoleão Bonaparte, seguindo tendências já expressas na Europa, com o ressurgimento do comércio em decorrência do renascimento comercial europeu, criando a necessidade da construção de um direito privado moderno a partir de um sistema mais abstrato, formal e adaptado às exigências do direito civil e comercial surgidos.

O francês René David fixa o papel essencial da comunidade jurídica feudal, instaurada nas universidades medievais eclesiásticas, que permitiu a formulação de um novo padrão de cultura jurídica, que se universalizou e permitiu a construção das bases teóricas fundamentais para a edificação da família romano-germânica:

O meio principal pelo qual as novas ideias se espalharam, favorecendo o renascimento do direito, foi constituído pelos novos focos de cultura criados no Ocidente Europeu; uma função essencial pertence à universidade de Bolonha. Convém, por consequência, estudar em primeiro lugar como as universidades conceberam a sua função e como elaboraram no decorrer dos séculos, negligenciando as fronteiras dos Estados, um direito erudito comum a toda a Europa. Em seguida, estudaremos os direitos aplicados pelos tribunais, direitos que variam de Estado para Estado e de região para região; e veremos como, numa

medida variável, eles sofreram a influência do direito erudito ensinado nas universidades.

O jusfilósofo Norberto Bobbio demonstra também o processo de romanização do direito europeu:

O Direito Romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Mas depois do obumbramento ocorrido em tal período - obumbramento comum, de resto, àquele de toda a cultura, ressurgiu no primeiro milênio com o aparecimento da Escola Jurídica de Bolonha e difundiu-se não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este: sobretudo na Alemanha, onde ocorreu no início da Idade Moderna o fenômeno da “recepção”, graças ao qual o direito romano penetrou profundamente na sociedade alemã (basta pensar que ainda no fim do século XIX - antes grandes codificações ocorridas no início do século XX - aplicava-se nos tribunais germânicos o direito do Corpus juris - naturalmente modernizado e adaptado às diferentes exigências sociais - sob o nome de “*usus modernus Pandectarum*”; o direito romano difundiu-se, por outro lado, também nos Países Baixos, nos escandinavos e, ainda que em medida mais limitada, na própria Inglaterra.

O homem do período renascentista europeu procurava o enriquecimento em uma sociedade reurbanizada e voltada para a conquista externa de riqueza e de culturas para o credo cristão e para a edificação de impérios comerciais sem precedentes através da pilhagem, o que foi conseguido nos séculos posteriores por Portugal e pela Espanha, pioneiros na expansão marítima, através da pilhagem das várias nações estrangeiras milenares invadidas e conquistadas no extremo oriente, e, em uma etapa posterior, com o próprio domínio e extermínio dos povos do novo mundo e da África, submetidos ao agressivo processo de invasão e dominação do imperialismo europeu, incluindo os séculos XIX e XX.

Pelo menos para os países que sofreram a sua influência, o direito romano é considerado um dos maiores fenômenos culturais de todos os

tempos. Os juristas romanos eram homens práticos, menos afeitos a questões filosóficas que os gregos.

A Recepção do Direito Romano

O historiador do direito Antônio Manuel Hespanha define alguns pressupostos históricos, para a aceitação do direito romano, a partir do final do século XII e início do século XIII, na Europa. Hespanha cita os fatores principais, que caracterizaram o pleno renascimento da jurisprudência romana no contexto europeu moderno, dentre os quais se destacam:

- a) unidade e ordenação das diversas fontes do direito (direito romano, direito canônico e direitos locais);
- b) unidade do objeto das ciências jurídicas (a jurisprudência romano-justinianéia);
- c) unidade quanto aos métodos científicos empregados pelos juristas;
- d) unidade quanto ao ensino jurídico, idêntico em toda a Europa continental;
- e) a difusão de uma literatura especializada, escrita em língua comum, o latim.

A recepção do direito romano pela administração de justiça do Ocidente deu-se unicamente pela necessidade de acolher as suas qualidades *formais* genéricas que, com a inevitável especialização crescente da vida técnica, ajudavam os burgueses na condução das práticas capitalistas. Ao contrário, os mesmos burgueses não estavam em absoluto interessados na apropriação das determinações *materiais* do direito romano; as instituições de direito mercantil medieval e do direito de propriedade de suas cidades satisfaziam muito melhor suas necessidades.

A apropriação de tais qualidades formais do direito romano foi essencial para o estabelecimento da justiça principesca patrimonial no Ocidente, que não se caracterizou como administração de justiça patriarcal de tipo material, quer dizer, dirigida para a consecução de determinados postulados *materiais*, como o bem comum.

Franz Wieacker oferece importante argumentação no sentido de que' o direito romano não teve ajustamento mecânico e universal, em face das

novas condições econômicas criadas pela sociedade mercantil, demonstrando que vários institutos jurídicos do direito moderno adivinham das próprias práticas costumeiras desenvolvidas ao final do período medieval e período do renascimento comercial italiano, o que apenas demonstra os limites da recepção do direito romano, mais apropriado nos seus aspectos formais do que substanciais:

Tanto quanto se pode avaliar a qualidade de uma ordem jurídica apenas a partir de suas normas e instituições sem a valorização da sua função social, o que se pode dizer é que as fortes tendências absolutistas e eudonísticas da legislação justinianéia não poderiam ter sido especialmente favoráveis aos primórdios do desenvolvimento de uma sociedade aquisitiva virada para a liberdade, para a mobilidade e para o lucro, como a da época moderna europeia. Mesmo o direito comum dos conciliadores, construído na base do direito justinianeu, era, na verdade, mais progressivo, mais flexível e mais racional, mas não, propriamente, propício a economia. Pelo contrário, e em especial, a débil publicidade do direito hipotecário e o caráter não-aparente da hipoteca geral prejudicaram muito a organização e criação do crédito imobiliário, bem como a insuficiente elaboração de um patrimônio em mão comum e a eficácia externa do contrato romano de sociedade na formação das modernas sociedades de pessoas. Para o surgir das modernas sociedades de capitais e dos direitos dos títulos de crédito, as fontes romanas eram pouco mais que nada, e para o comércio por cheque constituíram apenas alguns apoios menores. Também o direito marítimo e o direito mineiro tiveram de ser constituídos quase completamente a partir da base do direito comum europeu e do direito alemão.

Devido à influência da formação filosófica dos antigos juristas, o elemento puramente formal adquiriu muita importância no pensamento jurídico. Sendo que não ligavam ao pensamento nenhum nexos, com um direito sagrado nem interesses teleológicos ou ético-materiais, que o levassem ao terreno de uma casuística puramente especulativa, com graves consequências para a estruturação da prática jurídica.

Com a recepção do direito romano, houve uma importante alteração na estrutura do pensamento jurídico ocidental. As produções jurídicas, apesar

de embasarem-se na lógica jurídica abstrata, não eram sistemáticas, pois uma produção jurídica ocasional destinava-se à solução de um dado caso, podendo ser desprezada em outro. A sistematização do direito ocorre em etapa posterior e coloca o direito romano como disciplina histórica, após a sua reapropriação na modernidade.

Isto constituía o caráter indutivo e empírico do direito desse período. A partir da incorporação de postulados formalistas do direito romano, o direito ocidental adquire o caráter dedutivo que lhe é característico, com seu significado universalizador, abstrato e consubstanciado pelo atendimento dos requisitos formais essenciais.

Desta forma, as produções jurídicas ocasionais e concretas dos juristas romanos (direito casuístico), retiradas da interpretação de jurisconsultos (*responsa prudentium*), aplicadas de forma indutiva e empírica, são efetivadas através da perda de seu caráter concreto e contextual da prática dos antigos romanos e transformadas em postulados jurídicos que serão aplicados dedutivamente, caracterizando a passagem do indutivismo empirista para o dedutivismo. Nas *responsa prudentium* (pareceres dos jurisconsultos romanos), os romanos também se caracterizavam pela chamada “interpretação dura” do direito, não permitindo interpretação mais que literal dos seus escritos, à semelhança da escola de exegese, pois os conceitos foram codificados e transformados em máximas do direito.

Dessa descontextualização da prática dos princípios jurídicos originais romanos resulta a "alienação da vida" de um direito puramente lógico, cuja consequência para os interessados é a irracionalidade da qual pode revertir-se quando de sua discrepância em relação às expectativas existentes. Isto não impede visualizar o direito romano como fator de racionalização do direito moderno, como o vê Robert Nisbet:

sem os princípios do Direito Romano, e, o que é mais importante, as incessantes atividades dos intelectuais políticos cujo pensamento se formara nas universidades medievais, pelo estudo deste direito, jamais teria ocorrido aquilo que o sociólogo Max Weber, memoravelmente, chamou racionalização da moderna sociedade e cultura europeias.

E também não se pode negar a sua influência no delineamento de importantes institutos privados, como a propriedade no seu sentido material, que foi um dos atributos máximos da codificação napoleônica.

Assim, de acordo com Perry Anderson, o direito romano garantia um conceito de propriedade absoluta, sem restrições, oponível em relação a terceiros e independente de outros fatores extrínsecos:

Nenhum sistema jurídico anterior tivera jamais a noção de uma propriedade privada sem restrições: a propriedade na Grécia, na Pérsia, no Egito, fora sempre “relativa”, ou, por outras palavras, era condicionada por direitos superiores ou colaterais de outras partes e autoridades, ou por obrigações em relação a elas. Foi a jurisprudência romana que pela primeira vez emancipou a propriedade privada de todo o requisito ou restrição extrínsecos, ao desenvolver a novel distinção entre mera posse, consolo factual dos bens, e propriedade, direito legal pleno a eles. O direito romano de propriedade, do qual um sector extremamente substancial era dedicado à propriedade de escravos, representava a primeira destilação à propriedade de escravos, representada a primeira destilação conceptual da produção e troca comercializada de mercadorias num sistema político alargado, que o imperialismo republicano tornara possível. Tal como a civilização grega fora a primeira a desprender o polo absoluto da “liberdade” do continuum político de condições e direitos relativos que sempre prevalecera, assim a civilização romana foi a primeira a separar a cor pura da “propriedade” do espectro económico da posse opaca e indeterminada que, de um modo geral, a precedera. A propriedade quiritária, consumação legal da economia escravagista extensiva de Roma, constituiu uma vultosa inovação, destinada a sobreviver ao mundo e à idade que lhe haviam dado origem.

Para esse autor, a própria funcionalidade de tal direito estava estabelecida na sua superioridade para a prática comercial nas cidades (*urbis romanas*), embora se considere que o império romano era essencialmente agrário e escravocrata:

A superioridade do direito romano para a prática mercantil das cidades residia, pois, não somente nas suas noções claras de propriedade absoluta, mas também nas suas tradições e equidade, nos seus critérios racionais de prova e no relevo dado a uma magistratura profissional, vantagens que os tribunais consuetudinários normalmente ofereciam.

Porém, não se pode desconsiderar que o direito romano e o seu conceito de propriedade foram produzidos em outro modo de produção, o modo de produção escravagista, ou seja, num contexto histórico profundamente diferenciado do proto-capitalismo renascentista italiano, do capitalismo mercantil dos estados absolutistas a partir do século XVI e do capitalismo concorrencial, a partir da Revolução Industrial (1750-1850).

Estes estágios históricos foram típicos da Europa Continental, formando o sistema romano-germânico.

A construção não foi imediata. Precisou aplicar e incorporar todos os seus institutos à nova realidade do final da Idade Média e renascentista. Após o início estritamente acadêmico dos glosadores, cederam aos pós-glosadores interessados mais no desvirtuamento prático do direito, formulado pelos jurisconsultos da Roma Clássica, liberando-o do anacronismo de suas vestes escravistas, para possibilitar e difundir o seu uso na civilização moderna. Este trabalho foi gradativamente sendo empreendido pelos novos juristas contratados para atender as necessidades mercantis burguesas, já que estes estavam menos interessados que os humanistas de outrora no virtuosismo da civilização clássica pagã, e mais aquiescentes Com seu emprego e adaptação às novas práticas e necessidades comerciais da classe burguesa, cada vez mais detentora do poder econômico e político (Revolução de 1789).

Ao contrário do apregoado, a codificação contribuiu como fator de unificação do direito privado europeu. Serviu também como instrumento de expansão do direito romano-germânico para fora dos quadros europeus do geopolitismo jurídico do velho mundo, no período das conquistas coloniais ultramar, que retiraram a Europa do seu status de periferia do mundo muçulmano.

O processo de codificação consolida a dominação das várias potências coloniais europeias já a partir do século XVI, erigindo seus sistemas jurídicos como hegemônicos para estabelecer um sistema de propriedade garantidor da escravidão e da supremacia metropolitana sobre as colônias com a adoção do modelo exportador monoculturista, criando com isto um etnocentrismo jurídico europeu.

Conclusão

O direito romano caracterizou uma civilização forjada sob o modo de produção escravagista. Nas suas várias fases de organização jurídico-política, o modelo romano criou uma ordem prática, calcada muitas vezes em uma ordem sicofântica, baseada no ardil e no uso de artifícios jurídicos para uma sociedade desigual.

Na sociedade romana, sempre esteve presente também a luta de classes entre patrícias e plebeus, resultando na elaboração da Lei das XII Tábuas. O direito escrito é resultante da rebelião de Monte Sagrado. O Império Romano viveu uma fase de ascensão e de declínio, como tantos outros impérios. A ascensão do direito e a sua decadência acompanharam as duas fases do Império anteriormente citadas.

O formalista direito civil romano foi flexibilizado pela ação dos pretores. Os aspectos formais e os princípios dos jurisconsultos romanos permitiram a sua reapropriação posterior a partir do Renascimento e a sua utilização pelos movimentos de codificação napoleônica, após a sua conservação e estudo humanístico a partir das congregações educacionais eclesiásticas medievais.

A Europa e as suas colônias de exploração adotaram o sistema romano-germânico, permitindo o surgimento de uma ordem liberal individualista no continente europeu e uma ordem patrimonialista nas colônias ibéricas marcadas pela escravidão atroz.

No contexto de um outro modo de produção diverso da escravidão da antiguidade, a propriedade utilizou-se mais uma vez dos conceitos romanos para garantir a propriedade de homens africanos; a personalização do sujeito e a sua atomização na ordem social foi possibilitada pela reconstrução jurídica do conceito abstrato e formal de personalidade jurídica individual e empresarial.

A ordem legal capitalista encontrou substratos fundantes no sistema romano germânico, não nos seus aspectos materiais já ultrapassados, mas sim nos seus aspectos racionalizantes, que permitiram a certeza e a segurança do cálculo capitalista nas modernas economias. A *Common Law* sofreu a influência da ordem romana através dos tribunais de chancelaria e que geraram as regras da *equity*. Mesmo o direito do socialismo real, que dominou parte do século XX, incorporou a forma codificada e constitucionalizada da rigidez adotada no sistema romano germânico.

Em suma, ainda que se possa levantar críticas as instituições romanas (escravidão, rigidez formal e práticas imperialistas) é inegável influência dos monumentos jurídicos como a Lei das XII Tábuas e o Código de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*) sobre a formação do direito moderno ocidental.

6. A Natureza Histórica da Instituição do Direito de Propriedade

Valcir Gassen

Introdução

A questão proposta, de que a propriedade privada da terra é uma instituição histórica, é demasiadamente ampla, visto que se poderia abordá-la sob os mais diversos aspectos, ou seja, quanto à legitimidade dessa apropriação, quanto aos aspectos jurídicos de uma evolução do conceito de propriedade e ao nível político e econômico de que a terra é o mais importante “meio de produção”.

Nesse sentido far-se-á uma abordagem deste tema, de forma ampla e partindo de situações exemplares, para firmar que a propriedade nasce das relações concretas entre os homens e estes estão, objetivamente, situados historicamente.

Assim sendo, para que se possa fazer um pequeno resgate histórico da propriedade é necessário compreender como alguns autores entendem a “história”, ou seja, a partir de que premissas passam a “narrar” a história.

No caso de Fustel de Coulanges, com a obra *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*, escrita no século passado, “a história não estuda apenas os fatos materiais e as instituições: seu verdadeiro objeto de estudo é a alma humana: a história deve propor-se a conhecer o que essa alma acreditou, pensou e sentiu nas diferentes idades da vida do gênero humano”.

Assim, “nunca devemos perder de vista que, nos tempos antigos, era o culto que constituía o vínculo unificador de toda e qualquer sociedade”.

Reitera ainda que “a natureza física exerce, sem dúvida, alguma influência sobre a história dos povos, mas as crenças do homem, essas influíram muito mais”.

Este papel de relevância atribuído às crenças dos homens, a ponto de sobrepujá-las às condições materiais de existência, já despertou grandes discussões e mal-entendidos.

Max Weber “endireitado”, ou seja, lido e apropriado por forças teóricas e políticas conservadoras e aceito por setores de esquerda no espectro político, creditaria à Reforma, proposta pelo protestantismo, enquanto religião disciplinadora, a responsabilidade por construir e firmar o modo de produção capitalista.

Neste aspecto é bom lembrar o que diz o próprio Weber:

Por outro lado, está fora de questão sustentar uma tese tão insensata e doutrinária, que pretenderia que “o Espírito do capitalismo” (...) só seria o resultado de algumas influências da Reforma, até afirmar mesmo que o capitalismo como *sistema econômico* é uma criação dela.

Friedrich Engels nega que as representações religiosas tenham forjado as instituições. Para ele, são as condições de vida real, as mudanças ocorridas na produção, pelo alargamento das fontes de subsistência, que transformaram as instituições e ainda as moldam atualmente.

Já quanto aos gregos, como parte do objeto de estudo de Coulanges, Engels e tantos outros autores tinham uma forma própria de entender a história. Não a entendiam como linear e progressiva. O *ciclo* em que reaparecem sempre as mesmas situações, é a representação mais forte do tempo.

Para finalizar, segue a observação feita por Hespanha:

Direito e política, antes de serem duas entidades autônomas, são produtos distintos de processos produtivos distintos, embora inter-relacionados. É a partir deste enfoque (...) que se deve colher a especificidade do direito como modalidade de realização do político. O direito constitui, na verdade, uma modalidade específica de realização da função política.

Esse pequeno parêntese acima, sobre como abordar a história e a importância creditada às crenças, ao culto, à religião, serve de alerta na leitura que se faz de diversas obras que tratam a história das instituições.

A Propriedade Primitiva e Antiga: Uma Visão como Representação das Crenças dos Homens

A propriedade coletiva das comunidades gentílicas foi a forma de propriedade que predominou nas antigas civilizações. No Egito, Síria e Mesopotâmia, as comunidades gentílicas estavam organizadas basicamente em grupos familiares, clãs e tribos, em que a propriedade coletiva tinha em sua base o entendimento de que a comunidade predominava sobre o indivíduo. O que conta é a comunidade, e, sendo assim, a terra pertence ao grupo todo, tanto aos vivos quanto aos mortos, visto que a crença, nesses tempos, sustentava que os mortos permaneciam de certa forma ligados às condições terrenas.

Sendo a propriedade da terra coletiva, pertencendo ao grupo social em sua totalidade, os objetos que o homem fabrica para seu uso pessoal começam a receber uma conotação de propriedade individual, privada. A relação que se estabelece entre o proprietário e tais utensílios particulares, bem como entre o grupo e a terra, é recheada por um vínculo místico limitado forte, conferindo à propriedade a característica de ser algo sagrado.

Essa forma de propriedade coletiva da terra e a forma da propriedade privada móvel vai com o tempo transformar-se, principalmente quando da organização da comunidade política territorial em contrapartida à comunidade política de tipo gentílico que até então prevalecia.

Nasce o Estado, que inverte, ao privilegiar juridicamente o indivíduo, as relações existentes, ou seja, já não mais conta a coletividade em relação ao indivíduo, mas o inverso, o indivíduo singular agora é o centro referencial. Estabelece-se também a divisão entre a propriedade privada e a propriedade pública.

Fustel de Coulanges afirma que as crenças tiveram papel fundamental na determinação das leis, das instituições, ou, ainda, que a nossa inteligência modifica-se século após século, sendo que “esta está sempre evoluindo, quase sempre em progresso e, por este motivo, nossas instituições e nossas leis estão sujeitas a flutuações da inteligência humana”.

Ocupam lugar central na obra desse autor as crenças que os homens nutrem em determinado momento histórico. Em *A cidade antiga*, quando os homens viviam em tribos familiares, o culto aos antepassados mortos criava uma religião essencialmente doméstica, que era hereditária. A crença de “plantão” sustentava que com a morte as pessoas passavam a ter uma segunda existência, mas ela se dava aqui, junto e ao lado dos vivos, daí toda a ritualização com as oferendas, o fogo sagrado, etc. Os corpos e a

alma continuavam unidos após a morte. Em resumo: a crença primitiva é uma religião doméstica que cultua permanentemente os mortos familiares.

É interessante como Coulanges amarra a questão da religião doméstica e a propriedade privada da terra:

De todas essas crenças, de todos esses costumes, de todas essas leis, resulta claramente que foi a religião doméstica que ensinou o homem a apropriar-se da terra e assegurar-lhe seu direito sobre a mesma.

Sustenta o autor em referência que, ao tratar-se das antigas populações da Itália e da Grécia, sempre houve a propriedade privada da terra em contraste com as populações que teriam tido a terra em comum, como os germanos, entre os quais cada membro da tribo ganhava um lote numa partilha anual dos campos para cultivo, sendo assim proprietários apenas da colheita e não da terra; ou entre os tártaros, que admitiam o direito de propriedade apenas no tocante ao rebanho.

Apesar das diferenças, existia a idéia da propriedade privada, e para o autor decorre basicamente da organização estrutural da religião doméstica:

Há três coisas que, desde as mais remotas eras, se encontram fundadas e estabelecidas solidamente pelas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que apresentaram entre si manifesta relação e que parece terem mesmo sido inseparáveis.

Cada família, nessa época remota, tinha os seus próprios deuses, adorados apenas por ela, uma vez que os deuses eram os antepassados que só a ela protegiam. Daí ser de propriedade exclusiva o culto e conjuntamente a terra que compõe a área de cultivo.

É importante notar que esta propriedade privada da terra é da família, de um culto, de uma religião. Família esta composta por duas ou três mil pessoas, isto é, diferente da família, moderna que reflete o resultado histórico de um processo de redução.

Como a religião doméstica estava ligada também a um espaço territorial, não se comunicando com outra religião, de uma outra família, a propriedade é *inalienável*. Entende Coulanges que “não foram as leis, porém a religião, que a princípio garantiu o direito de propriedade. Cada

domínio estava sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele”.

Como a família não pode renunciar aos seus deuses, neste culto aos antepassados, não pode renunciar à propriedade da terra em que os vivos e os mortos de uma mesma família habitam.

Outro vínculo entre a religião dos antigos e a propriedade da terra dá-se com o estabelecimento dos cemitérios familiares:

A família apropriou-se da terra, sepultando nela os seus mortos, fixando-se lá para sempre. A sepultura estabelecia o vínculo indissolúvel da família com a terra; isto é, a propriedade.

Nesses séculos, bem anteriores ao advento do cristianismo, a propriedade particular é de uma grande família, tanto que ainda na Lei das XII Tábuas, quanto à expropriação por dívidas, não é permitido que a propriedade seja confiscada em proveito do credor:

O corpo do homem responde pela dívida, mas não a terra, porque esta é inseparável da família. Será bem mais fácil escravizar o homem do que tirar-lhe um direito de propriedade, que pertence mais à família do que a ele próprio; o devedor está nas mãos do seu credor: a sua terra, de algum modo (sic), acompanha-o na escravidão.

Na mesma linha evolutiva de um progresso intelectual da humanidade, no entender de Coulanges, dá-se a evolução no campo da crença. Primeiramente existiu uma religião doméstica do culto aos mortos (imutável na sua prática, sendo que, com o tempo, seus dogmas extinguiram-se) e a religião da natureza cujo desenvolvimento ocasionou a evolução da sociedade. O passo seguinte foi a criação de um culto da cidade que encaminhou a humanidade ao supra-sumo da crença: o cristianismo.

Neste quadro tem-se uma estreita relação entre a instituição do direito de propriedade e a religião, que

(...) chegou de uma única vez, em virtude de suas crenças, à concepção do direito de propriedade, desse direito que é a origem de toda a civilização, pois por sua causa o homem cultivava a terra e ele próprio se torna melhor.

Na composição dessas famílias primitivas, o culto e a propriedade familiar estão interligadas necessariamente à figura do poder paterno. Ao pai de família cabia ser chefe religioso, senhor da propriedade e juiz. O pai, que tem a propriedade como direito, não a tem individualmente, mas sim como direito familiar. Os bens pertenciam, nessas sociedades primitivas, aos antepassados mortos e seus descendentes ainda vivos.

Não havia um só ato da vida pública em que não se fizesse intervir os deuses. Como se tinha a concepção de que os deuses tanto eram excelentes protetores como inimigos cruéis, o homem não ousava proceder sem estar seguro de que eles lhe eram favoráveis.

No mesmo sentido, de que a propriedade foi moldada pelas crenças dos homens, a lei, para Coulanges,

brotou como consequência direta e necessária da crença; era a própria religião, aplicada às relações dos homens entre si. (...). O autêntico legislador, entre os antigos, nunca foi o homem, mas a crença religiosa de que o homem era portador.

A Propriedade Antiga, Medieval e Moderna a Partir do Materialismo Histórico

Friedrich Engels, em *A origem da família, da propriedade privada do Estado*, expõe os estudos que Lewis H. Morgan fez junto aos índios norte-americanos. Engels vê a importância desse trabalho para uma compreensão maior da pré-história, da história da primitiva família, da inversão do direito materno ao direito paterno, da propriedade privada, dos costumes, da produção, etc.

Engels credits ser um bom trabalho o de Morgan, visto que ele parte, na divisão das épocas, da produção material dos meios de vida dos homens e adianta que outros estudiosos, como Bachofen, viram-se ofuscados, em seus estudos, pela ideia de que foram as representações religiosas as responsáveis pelas revoluções ocorridas e não as condições de vida real. No trabalho de Morgan tem-se uma nova base para o estudo da história primitiva, o que permite uma abordagem através da concepção materialista da história.

Morgan divide a história humana em três épocas principais: (1) selvageria; (2) barbárie; e, (3) civilização, e cada uma delas com três estágios: inferior, médio e superior. Nesta organização, o desenvolvimento ocorre pelas mudanças ocorridas na produção, pelo “alargamento das fontes de subsistência”.

De forma esquemática tem-se: 1) na selvageria, o casamento de grupo, 2) na barbárie, a família acasalada; e 3) na civilização, a monogamia. Acontece uma redução progressiva da família, chegando à última unidade binária - homem e mulher -, num estreitamento cada vez maior, chegando à monogamia.

No entender de Engels, a família monogâmica já não traz em seu seio condições naturais de sua formação, mas sim condições econômicas, exemplificada

nomeadamente na vitória da propriedade privada sobre a originária propriedade Comum natural. Dominação do homem na família e procriação de filhos que só pudessem ser seus e que estavam destinados a tornar-se herdeiros da sua riqueza eram os únicos objetivos do casamento singular, conforme os gregos exprimiam sem rodeios. De resto, o casamento singular era para eles um fardo, uma obrigação para com os deuses, o Estado e os seus antepassados.

A história para Marx e Engels não se prende à simples análise das ideias, das atitudes e mudanças que ocorrem com determinados governos, regimes políticos e Estados. Ela é um processo complexo da luta de classes, do desenvolvimento das forças produtivas, das relações de produção e das forças políticas da dominação. O lugar onde se "desenrola" a história não está restrito ao ambiente das elites, do governo ou do Estado, mas alcança a sociedade civil, aqui entendida num sentido amplo de relações sociais em que ocorre o processo de reprodução das condições materiais de existência.

Para Marx e Engels, em *A ideologia alemã*, as formas de propriedade estão em relação direta com as diferentes fases da divisão do trabalho, “ou seja, cada uma das fases da divisão do trabalho determina também as relações dos indivíduos entre si no que respeita ao material, ao instrumento e ao produto do trabalho”.

A divisão do trabalho manifesta-se de diversas formas; ocorre entre o homem e a mulher, com o trabalho industrial e comercial do trabalho

agrícola, cidade x campo, entre trabalho intelectual e material, mais tarde entre trabalho industrial e trabalho comercial e, concomitantemente, entre outras tantas formas de propriedade.

Com a divisão social do trabalho tem-se a propriedade privada, o Estado, a alienação da atividade social. Marx e Engels creditam à divisão do trabalho o surgimento das contradições. As contradições já estão presentes na divisão natural do trabalho nas primitivas famílias, quando estas estão separadas e a família é, em essência, o poder do homem sobre a mulher, os filhos, os escravos. A propriedade tem aí sua origem, ou seja, a escravatura no seio da família é a expressão dela.

Para os autores em discussão, tanto a divisão do trabalho como a propriedade privada são expressões idênticas. A divisão do trabalho enuncia-se em relação à atividade desenvolvida pelos homens, enquanto a propriedade privada refere-se ao produto desta atividade.

Resumidamente as formas de propriedade para Marx e Engels são: (1) propriedade tribal; (2) propriedade comunal e estatal antiga; (3) propriedade feudal, ou de Estados, ou de ordens sociais; e (4) propriedade moderna burguesa.

À primeira forma da propriedade corresponde uma fase não desenvolvida da produção, em que a divisão do trabalho pouco está desenvolvida, limitada à divisão natural do trabalho existente na família. Pressupõe uma grande área de terra ainda não cultivada e o sistema de escravidão.

Na segunda forma de propriedade, o ponto de partida para sua caracterização é a cidade (união de várias tribos que a compõem), na qual continua a escravatura e germina a propriedade privada móvel e mais tarde a imóvel, como forma anormal e subordinada à propriedade comunal. Aqui já se tem uma divisão do trabalho num nível mais avançado, com o antagonismo cidade-campo instaurado, bem como o das classes senhores-escravos.

Como na segunda forma de propriedade, na terceira tem-se também uma associação da classe dominante em face da classe produtora dominada, com diferenças apenas no tocante às condições de produção, e o ponto de partida para sua caracterização é o campo. A forma de propriedade feudal, que tem no campo sua origem, arrasta para a cidade a sua estrutura. Enquanto no campo a propriedade por excelência é a fundiária e o trabalho

do servo preso a ela, na cidade, a propriedade que se manifesta é a propriedade do próprio trabalho com um pequeno capital- corporações - a dominar o trabalho dos oficiais.

Por fim, tem-se a propriedade burguesa moderna, reflexo de uma grande divisão do trabalho.

Para Marx e Engels, há uma relação entre os instrumentos de produção e as formas de propriedade. Os instrumentos de produção podem ser divididos em: (1) instrumentos de produção naturais; e (2) instrumentos de produção criados pela civilização, dos quais fazem parte tanto as máquinas como o próprio homem, pois ele se encontra como criador dos instrumentos de produção e também como um deles.

No caso dos instrumentos de produção naturais, em que os indivíduos estão subordinados à natureza, a propriedade da terra manifesta-se como domínio natural direto. Nesse caso, em que a divisão entre o trabalho material e intelectual ainda não ocorreu, o domínio do proprietário sobre os não-proprietários tem como base relações pessoais num contexto comunitário. Já com os instrumentos de produção criados pela civilização, os indivíduos estão subordinados a um produto do trabalho, em que a propriedade da terra surge como domínio do trabalho, do trabalho acumulado, do capital; e o domínio que o proprietário exerce adquire uma forma concreta - o dinheiro.

Partem, Marx e Engels, dos instrumentos de produção para mostrar a necessidade da propriedade privada para certas etapas industriais, ou seja, que no caso dos instrumentos de produção criados pela civilização a indústria existe apenas na e pela divisão do trabalho. Uma avançada divisão do trabalho e a forma moderna de propriedade privada viabilizam a grande indústria, que é a expressão de todo esse processo.

Nas etapas industriais, a propriedade manifesta-se de diferentes formas. Na indústria extrativa, a propriedade privada ainda está ligada apenas ao trabalho desenvolvido. Na pequena indústria e na agricultura, "a propriedade é consequência necessária dos instrumentos de produção existentes".

Uma das discussões que surgem é saber se a propriedade privada da terra do pequeno agricultor é, ou não, semelhante à grande propriedade da terra ou ao capital industrial, visto que, na agricultura, em todos os tempos, para

Marx e Engels, a propriedade é consequência necessária dos instrumentos de produção de uma determinada época.

O pequeno proprietário fundiário, por mais que seja *proprietário*, nada possui se não tiver capital suficiente para desenvolver sua atividade. Sem capital para o cultivo, a propriedade privada da terra - do pequeno produtor - não configura nada diferente do simples proprietário urbano, detentor apenas da sua força de trabalho - proletariado. O pequeno proprietário também, produzindo ou não, está inserido no complexo processo de produção do modo de produção capitalista. O isolamento destes, como fator limitador de sujeitos da história, não é muito maior que o do proletariado urbano.

Marx e Engels afirmam que a divisão social do trabalho é uma das principais forças da história, e mostra várias faces no seu decorrer. Na transição da barbárie para a civilização, da tribo para o Estado, ocorre a maior divisão do trabalho material e intelectual que se manifesta pela separação da cidade e do campo. Com a cidade cria-se toda uma estrutura urbana em oposição ao campo, que vive em condições de um maior isolamento, sendo que “o antagonismo entre cidade e campo só pode existir no quadro da propriedade privada (...). O trabalho é aqui, de novo, o principal poder sobre os indivíduos, e enquanto este existir tem de existir também a propriedade privada”.

Nesse sentido,

a separação cidade e campo pode ser também tomada como a divisão de capital e propriedade fundiária, como o começo de uma existência e desenvolvimento do capital independente da propriedade fundiária, do capital, ou seja, uma propriedade que tem a sua base meramente no trabalho e na troca.

A fuga de muitos servos para a cidade, na Idade Média, marca o fortalecimento desta com a criação das corporações de ofícios, espelhado no fato de que

estas cidades eram verdadeiras associações, criadas pela necessidade imediata, pelo cuidado com a proteção da propriedade, e para multiplicar os meios de produção e os meios de defesa de cada um dos membros.

A propriedade fundiária na Idade Média passa por profundas transformações a partir das invasões bárbaras com o declínio do Império Romano do Ocidente. Podemos observar que

entre os germanos, no tempo das invasões, ela apresenta ainda características arcaicas. Estes povos estão fortemente propensos ao nomadismo, passam de um território a outro, que exploram coletivamente, enquanto ele se mantém fértil, depois emigram. As tribos é que são titulares desta propriedade coletiva (Marka, Allmende, Volkland). As terras confiscadas aos proprietários romanos ou provinciais tornam-se, por conseguinte, propriedade coletiva dos grupos gentílicos (*sippen, fare*) ou por vezes, de comunidades de soldados (*arimannie*). Mais tarde, em contato com o direito romano e por necessidade de salvaguardar o caráter intensivo das culturas, começa a desenvolver-se entre os germanos a propriedade privada das terras.

Essa forma de propriedade privada das terras existente na Idade Média sofre algumas limitações. Não se trata da mesma forma que hoje se apresenta. Nessa época a propriedade privada da terra não é plena e absoluta como o foi no direito romano anterior, e sim tem-se a propriedade de uma mesma coisa dividida em vários domínios, isto é, um direito de propriedade que não exclui os outros da relação com a mesma amplitude e que permite a existência de possuidores de títulos de diversos sobre uma mesma coisa.

Como na Idade Média, “não existindo uma autoridade central dotada de um poder efetivo, reina em todos os níveis aquela „confusão da soberania e da Propriedade” que é típica do Feudalismo: o proprietário de terras assume poderes políticos sobre os camponeses que trabalham nas suas terras, impondo uma série de limitações às suas liberdades pessoais. Assim, o modo de produção escravista é substituído pelo feudal: ao escravo sucede o servo, que goza de uma liberdade pessoal parcial, da Propriedade parcial dos meios de produção (instrumentos de trabalho, animais) e de uma certa autonomia na gestão da sua pequena empresa agrícola”.

Na formação da propriedade privada moderna é interessante notar que nas primeiras cidades da Idade Média a divisão do trabalho é pouco desenvolvida, tanto entre as corporações como no seio delas, e um passo decisivo no desenvolvimento da divisão do trabalho foi a separação entre a

produção e o intercâmbio. Com o intercâmbio acontece uma ligação entre uma cidade e outra, e aí a classe dos comerciantes desempenhou importante papel até chegar a ter um intercâmbio mundial, já com base na grande indústria.

Neste processo, Marx e Engels dão destaque especial à tecelagem como produto da divisão do trabalho entre as cidades, sendo que

com a manufatura liberta das corporações mudaram também, imediatamente, as relações de propriedade. O primeiro progresso sobre o capital natural de ordem ou estado verificou-se com o ascenso dos comerciantes, cujo capital era, desde o princípio, móvel, capital no sentido moderno, tanto quanto as condições de então não permitem afirmar. O segundo progresso veio com a manufatura, a qual de novo mobilizou uma massa do capital natural e, no geral, aumentou a massa do capital móvel face ao natural.

Com a manufatura estabelece-se uma concorrência entre as nações, bem como o comércio ganha importância política, sendo que ela também é responsável pelas mudanças no relacionamento entre o empregador e o operário que, com o dinheiro, como vínculo entre eles, sobrepõe o vínculo patriarcal que se estabelecia nas corporações.

A Idade Moderna começa a esboçar-se com a expansão comercial, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações, e no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo, a propriedade privada mobiliária toma-se mundial. À custa das novas colônias tem-se o período denominado de fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.

A nova forma de propriedade que ganha destaque nessa fase, principalmente com a Revolução Industrial, responsável pelo câmbio do período manufatureiro ao período do maquinismo, é a propriedade Industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária. Representa também o fim da supremacia da propriedade fundiária, visto que esta forma de propriedade, assentada em economias de base predominantemente agrícola, reinava quase que exclusiva em relação às outras formas de propriedade até então.

De importância indiscutível, no campo jurídico e político, ocorreu a Revolução Francesa de 1789, que pôs

termo à concepção medieval, dentro da qual o domínio se encontrava repartido entre várias pessoas, sob o nome de domínio iminente do Estado, domínio direto do senhor e domínio útil do vassalo; e havia substituído pelo conceito unitário de propriedade, peculiar ao Direito Romano, e onde o proprietário é considerado senhor único e exclusivo de sua terra.

Nos séculos XVII e XVIII, conforme Marx e Engels, estabelece-se um novo período da propriedade privada, em que a manufatura perde espaço para o comércio e a navegação, tanto que consideram o século XVIII como o século do comércio. Esta transformação é marcada pelas leis da navegação, promulgadas por Cromwell em 1651, e pelos monopólios coloniais.

A grande procura por produtos manufaturados, que foi superior as forças produtivas então existentes, deu origem à criação da grande indústria, que inaugura mais um período da propriedade privada, o terceiro desde a Idade Média.

O surgimento da grande indústria, para os autores mencionados acima,

universalizou a concorrência, estabeleceu os meios de comunicação e o mercado mundial moderno, submeteu a si o comércio, transformou todo o capital em capital industrial e criou assim rápida circulação (o desenvolvimento da finança) e concentração dos capitais (...) completou a vitória da cidade comercial sobre o campo. A sua primeira premissa é o sistema automático. O seu desenvolvimento criou uma massa de forças produtivas para as quais a propriedade privada se tornou um grilhão, do mesmo modo que a corporação para a manufatura e a pequena oficina rural para o artesanato em desenvolvimento. Sob a propriedade privada, estas forças produtivas recebem um desenvolvimento apenas unilateral, tornam-se forças destrutivas para a maioria, e uma grande quantidade destas forças não podem sequer ser aplicadas na propriedade privada.

A grande indústria não se manifesta da mesma forma em todas as regiões de um país e nem em todos os países; “estas diferentes formas são outras

tantas formas da organização do trabalho e, assim, da propriedade”.

Acrescentam ainda que

na grande indústria, pela primeira vez, é produto desta a contradição entre o instrumento de produção e a propriedade privada, e para produzir tal contradição tem de estar já muito desenvolvida. Por isso, só com a grande indústria é também possível a abolição da propriedade privada.

É necessário ficar evidente que

a propriedade privada, na medida em que no seio do trabalho se contrapõe ao trabalho, desenvolve-se a partir da necessidade da acumulação, e a princípio ainda tem sempre a forma da comunidade, mas no seu desenvolvimento posterior aproxima-se cada vez mais da forma moderna da propriedade privada. Pela divisão do trabalho está dada, logo de início, a divisão também das condições de trabalho, das ferramentas e dos materiais e, a fragmentação do capital acumulado entre diferentes proprietários; e a fragmentação entre o capital e o trabalho, e as diferentes formas da própria propriedade. Quanto mais se desenvolve a divisão do trabalho, e quanto mais cresce a acumulação, tanto mais agudamente se desenvolve também esta fragmentação. O próprio trabalho só pode existir sob a premissa desta fragmentação.

As forças produtivas, anteriormente ligadas por um vínculo direto com os indivíduos, com o advento da grande indústria, inauguram uma nova etapa em seu processo histórico. As forças produtivas que antes eram próprias dos indivíduos, agora são da propriedade privada, isto é, só são dos indivíduos enquanto estes são proprietários privados. Diante desse quadro, a necessidade que os indivíduos têm de assegurar a sua própria existência e também de uma auto-ocupação, nos dizeres de Marx e Engels, leva à necessidade de uma apropriação de todas as forças produtivas.

Enfim, para Marx e Engels, a propriedade entre os povos antigos na por excelência a fundiária, isto tanto na propriedade tribal quanto na estatal posterior. Na propriedade estatal, quando da formação das cidades nas quais viviam juntas várias tribos, o direito do indivíduo era apenas o de posse da terra, a propriedade era basicamente estatal. Já a propriedade tribal na Idade Média desenvolve-se em várias fases (propriedade fundiária

feudal, propriedade móvel corporativa, capital manufatureiro) até o capital moderno (condicionado pela concorrência em nível mundial e pela grande indústria), em que a propriedade privada moderna corresponde ao Estado moderno, que foi, no seu entender, adquirido gradualmente pelos proprietários privados.

Os Pontos de Vista em Torno da História da Propriedade

A abordagem da história da propriedade pelos autores trabalhados, a título de situações exemplares, leva-nos a fazer algumas ponderações necessárias em tomo de tão controvertido tema.

A cidade antiga de Fustel de Coulanges é, sem dúvida, uma grande obra, que contribui para um melhor entendimento do conceito histórico da propriedade privada, apesar de ser a religião, ou melhor, as crenças que os homens nutrem, o eixo central de seu trabalho. A “evolução” da religião está ligada diretamente, como determinante, ao nascimento e desenvolvimento das instituições, como, por exemplo, da propriedade privada da terra.

Este autor, mesmo creditando um lugar de destaque às crenças, como motor da história, faz, na parte que trata do período das revoluções na Grécia e em Roma, uma detalhada narrativa que permite uma leitura, de uma perspectiva mais abrangente, das lutas de classes ocorridas então.

Essas revoluções situadas a partir do século VII a.C. tiveram como causa, para Coulanges, primeiro, as mudanças ocorridas no campo das ideias e das crenças, e, segundo, a questão de existir uma divisão da sociedade em classes. Aqui caberia uma inversão de perspectiva. Séculos de lutas entre os eupátridas e tetas no caso dos gregos, e com os romanos entre os patrícios e os plebeus. É interessante que o próprio autor coloca que as lutas ocorriam não somente como causa das diferentes crenças, mas principalmente em torno da propriedade dos meios de produção; os interesses ligavam-se às condições materiais de existência.

Não se nega o papel importante que a religião, os deuses, as crenças, como frutos da imaginação de homens situados historicamente, teve em todos os tempos como uma força capaz de influenciar num determinado

modo de produção. Longe está, porém, de situá-la como um referente central na busca de uma força motriz da humanidade.

A propriedade, originariamente, está para Coulanges ligada à questão do culto doméstico de veneração aos antepassados mortos. A religião doméstica ensinou o homem a apropriar-se da terra e a assegurar-lhe o direito sobre ela. Essa propriedade tipicamente familiar é regulada essencialmente pelo culto, entendido como conjunto de crenças mantido por uma determinada família, e, com a evolução da religião, a propriedade, como instituição, também muda. Do discurso sustentado pelo autor, aí reside o problema maior, ou seja, a instituição da propriedade não decorre das relações materiais dos homens, que buscam antes de mais nada assegurar a sobrevivência.

As leis agrárias comuns nos tempos das revoluções, de que trata Coulanges, espelham, antes de um conjunto de crenças de cunho religioso, a luta de classes que se estabelece em torno da propriedade fundiária. Nos séculos que antecedem a era cristã, já se tem uma farta documentação escrita que comprova a existência de inúmeros conflitos em torno desta forma de propriedade.

A perspectiva das classes dirigentes oligárquicas em relação à propriedade, ao casamento, à família e outras instituições são, sem dúvida, “perspectivas de classe”. Coulanges, quando em seu livro aborda as revoluções, a partir do século VII a.C., que ocorreram com os gregos e romanos, trabalha as lutas entre a classe dos “inferiores” e a dos proprietários, sendo que “essa aristocracia permaneceu, durante muitas gerações, senhora absoluta do governo, conservando o título de *proprietários*, o que parece indicar não terem as classes inferiores o direito de propriedade sobre o solo”.

Os conflitos em torno da propriedade da terra na antiga civilização grega e romana são inúmeros, assim “as tradições e os testemunhos da antiguidade colocam sob o reinado de Sêrvio os primeiros progressos dos plebeus. O ódio que os patrícios conservavam por esse rei mostra-nos suficientemente qual era a sua política. Sua primeira reforma foi dar terras à plebe”.

As leis agrárias sempre assustaram os latifundiários. Em Roma, a propriedade privada começou cedo e com isso tem-se inúmeros casos de luta entre os patrícios e os plebeus pobres que reclamavam para si lima

parte maior da distribuição das terras conquistadas dos inimigos, isto é, as *terras públicas*.

O uso de técnicas para fazer crer e o manejo das crenças, conforme os interesses econômicos em jogo, fazem parte do contexto da cidade antiga. O patrício, como homem nobre, rico e poderoso, era também

alternadamente guerreiro, magistrado, cônsul, agricultor ou comerciante; mas por toda a parte, e sempre, é sacerdote e tem o seu pensamento fixo nos deuses (...). Engana-se muito, quanto à natureza humana, quem supuser que uma religião possa estabelecer-se por convenção e manter-se pela impostura. Conte-se, em Tito Lívio, as vezes que essa religião incomodou os próprios patrícios, e em quantas outras ocasiões embaraçou o senado e entrou sua ação, e diga-se depois se a religião foi inventada para comodidade dos políticos. Foi nos tempos de Cícero que se começou a julgar a religião como útil ao governo, mas a religião já se sumira dos corações dos homens.

Como acima está bem caracterizado, Coulanges não admite que existiu o uso político da religião na cidade antiga. É interessante observar o que ele afirma, em outro momento de sua obra, quando das revoluções em Atenas:

Debalde os eupátridas lançaram mãos de todos os recursos da religião. Em vão afirmaram que os deuses estavam irritados e apareceram fantasmas. Sem resultado purificaram a cidade de todos os crimes do povo e erigiram dois altares, um à Violência e outro à Insolência, para apaziguar essas duas divindades cuja influência maligna havia perturbado os espíritos. Tudo isto de nada serviu. Os sentimentos de ódio não se abrandaram.

Aristóteles mostra-nos em *A política*, não deixando de observar que outros autores da época poderiam vir à baila, v.g., Platão, como as discussões já estavam adiantadas em relação à concentração privada das terras. O autor, no estudo que faz da organização política, econômica e social em muitos Estados existentes na época, levanta questões em torno da terra no tocante a pertencerem ou não à coletividade ou aos indivíduos isoladamente, demonstrando preocupação com a subsistência dos despossuídos, fato notável em vista da dominância das oligarquias neste período.

De uma perspectiva diferente, comprometida com a classe economicamente espoliada, Engels trabalha a história primitiva-com isso a família, a propriedade e o Estado - , com base no materialismo histórico, Faz a ligação do desenvolvimento das condições materiais com as mudanças na estrutura das famílias, bem como com as mudanças do conceito de propriedade, ou seja, a propriedade privada ganha, como instituição, uma definição a partir de todo um processo socioeconômico-cultural.

Em *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, o autor parte, para estudar estas questões, da produção material dos meios de vida. Acusação comum ao autor é de que ele dá crédito único ao fator econômico, de que sua teoria parte sempre de uma base econômica. Sem dúvida que ele, bem como Marx, parte das condições materiais de existência em seus trabalhos, mas nessa obra um dos aspectos marcantes é como Engels transita com desenvoltura entre aspectos culturais de determinados povos, isto é, demonstra que o nível econômico é fundamental, mas, também, que há outros níveis de discussão.

O conceito jurídico de propriedade muda no decorrer da história. Na Idade Média, com as invasões bárbaras e o declínio do Império Romano do Ocidente, ocorreram mudanças profundas no direito de propriedade vigente, isto é, a propriedade das terras volta a ser coletiva, quase de forma semelhante às de tipo gentílico, pertencentes à totalidade de um determinado grupo.

Nesse contexto, com o advento da modernidade, é retomado o direito romano que tratava da propriedade. A incorporação do direito romano pela burguesia emergente não se deu somente pelo fato de que este direito tinha uma “logicidade interna”; ou que era o direito mais bem elaborado de que se tinha conhecimento, mas principalmente porque as formulações teóricas que ele continha atendiam às necessidades de legitimação da acumulação denotadas no modo de produção capitalista que aí surgia.

Nesse sentido, a instituição da propriedade privada, tratada em suas diversas formas, ganha destaque em Marx como parte de um processo histórico. Da propriedade tribal, passando pela propriedade comunal e estatal antiga e também pela propriedade feudal, chega-se, pela divisão da produção cada vez maior, à propriedade privada burguesa.

Marx, discutindo a questão da propriedade privada da terra no século XIX, leva em consideração os estudos em tomo da questão agrária levantados por David Ricardo. No século XIX, o setor primário da economia, com seus problemas econômicos e sociais, ganha destaque numa elaboração teórica mais acurada nas ciências sociais. Daí os estudos que tinham por objeto os camponeses da França, da Alemanha e da Inglaterra, pela importância que eles tinham em relação ao modo de produção capitalista em vias de afirmação.

Na Idade Média veio se juntar à propriedade privada da terra a propriedade industrial - capital em seu sentido moderno. Nesse sentido, Marx vê que as possibilidades da abolição da propriedade privada encontram-se no desenvolvimento da grande indústria, pois aí afloram as contradições do modo de produção capitalista.

Em suma, uma observação a ser feita é que o mesmo Estado, como Engels bem aponta, que protege e dá sustentação à propriedade privada e cria mecanismos para sua concentração através, por exemplo, de políticas agrícolas, também é capaz de positivar juridicamente as reivindicações em tomo de uma reforma agrária quando se vê pressionado pelos despossuídos.

Conclusão

Muitas questões surgem no decorrer do resgate do conceito jurídico de propriedade enquanto instituição histórica. Uma delas é a questão do sujeito da história no sentido de como ficam os camponeses e os sem-terra diante do proletariado urbano supostamente mais dinâmico. Outra, se é possível alcançar uma organicidade dos movimentos dos sem-terra e sindicatos de pequenos proprietários com outros movimentos sociais, visto que até o projeto de reforma agrária, tão discutido (em estruturas políticas periféricas, como o Brasil), não se efetiva, em parte, por falta de um compromisso dos trabalhadores urbanos. Isto demonstra, em certo sentido, o que Marx disse a respeito da divisão do trabalho entre cidade e campo, a concorrência e o conseqüente isolamento da classe trabalhadora.

No modo de produção capitalista, a propriedade privada da terra é uma das formas que assume o *sagrado* direito de propriedade; tudo está à mercê de apropriação como coisa privada.

Conforme ensina Bernardete Aued:

(...) a forma pouco significa, fundamental é ser objeto de apropriação privada, do que resulta poder real. Deste alerta ocorrenos depreender que são complexas as tentativas de coletivizar um “bem” que é socialmente privado. Isto quer dizer que redistribuir ou não “terras” tem injunções que ultrapassam os limites do mundo agrário.

Mesmo as formas de propriedade privada (como, por exemplo, a dos pequenos agricultores) que não são centrais em relação ao modo de produção desempenham um papel cultural importante no sentido de que afirmam e legitimam o “valor” que se atribui à propriedade privada. Os proprietários marginais saem em defesa do *sagrado direito* sem perceberem que certas formas de propriedade, estando dispersas por toda a sociedade, num processo complexo de legitimação, impedem que se ataque frontalmente outras formas de propriedade que são fundamentais no processo de dominação do homem pelo homem.

Contemporaneamente nota-se uma mudança no conceito jurídico de propriedade. Só é legítima aquela propriedade, aqui propriedade privada da terra, que atende a sua função social. Contudo, é de observar-se que de modo algum essa mudança atinge as formas fundamentais de propriedade privada no modo de produção capitalista.

Enfim, esse breve resgate de uma instituição histórica faz com que se possa refletir melhor a respeito das várias formas que a propriedade assume e também das condições atuais no que concede à “absoluta” concentração fundiária em nosso país. Evidencia-se, assim, que o conceito de propriedade é determinado por homens concretos situados historicamente, tanto que,

desde o advento da civilização, o crescimento da propriedade tem sido tão imenso, as suas formas tão diversificadas, os seus usos tão expandidos e a sua administração tão inteligente no interesse dos seus proprietários que se tornou, em relação ao povo, *um poder inadministrável. O espírito humano fica desconcertado na presença de sua própria criação.*

7. O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média

Argemiro Cardoso Moreira Martins

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo *o estudo do direito romano e as causas de sua readmissão ao final da Idade Média*. Sem pretender esgotar o assunto, procurar-se-á sempre que possível dar uma visão mais genérica do fenômeno aqui estudado, sem adentrar nas especificidades históricas nacionais ou mesmo regionais. Resumidamente, o tema será tratado da seguinte maneira: inicialmente, estudar-se-á a sociedade romana sob o seu aspecto socioeconômico e, em seguida, do direito romano, destacando cada uma das principais fases de sua evolução. Num segundo momento, buscase tratar brevemente do abandono da prática jurídica romana durante a Idade Média. As causas propriamente ditas do renascimento do direito romano no Ocidente serão tratadas separadamente em cada um dos subitens que compõem a terceira parte deste texto. Por fim, a quarta e última parte trata das considerações finais sobre o tema proposto.

O Direito Romano

A história da civilização romana, e conseqüentemente a de seu direito, abrange um período de cerca de 12 séculos, cujo marco inicial remonta à fundação da cidade de Roma em 753 a.C. e vai até a queda do Império Romano Ocidental em 476 de nossa era.

Comumente, a história romana é dividida por seus estudiosos em três períodos, cada qual correspondente a uma das três formas de governo dominantes ao longo de sua existência. O período da *realeza* vai da fundação de Roma até a substituição do rei por dois cônsules em 529 a.e. Esse fato inaugura o período *republicano*, que perdura até a sagração de Otávio Augusto como imperador em 27 a.C. O período imperial, por sua vez, é dividido em dois sub-períodos: o *alto império* ou *principado*, que vai de Otávio Augusto até o início do governo do imperador Diocleciano, em

284 d.e., e o baixo império ou “dominato”, que se estende de Diocleciano até a morte do imperador bizantino Justiniano em 565 d.C.

Com relação à história do direito, também podemos identificar três períodos, não necessariamente correspondentes aos períodos da evolução política de Roma acima descritos. O primeiro período diz respeito ao direito primitivo, que remonta à época da fundação da cidade de Roma e perdura até meados do século II a.e. O segundo período é o do direito *clássico*, cujo desenvolvimento se dá entre os séculos II a.C. e II d.C. Por fim, o período *pós-clássico*, que basicamente corresponde ao direito praticado no baixo império e se encerra com a codificação de Justiniano.

A seguir, faremos um breve relato da história da Roma antiga, destacando os seus principais aspectos econômicos, políticos e sociais.

* * *

O extraordinário desenvolvimento do direito no período clássico coincidiu com o apogeu da civilização romana. À época, todo o universo cultural e político girava em torno das cidades. No entanto, o florescimento da *urbs* não se baseava em uma economia tipicamente urbana (comercial ou manufatureira), mas sim em uma economia essencialmente agrícola. A predominância anômala dos centros urbanos é explicada pelo uso, em larga escala, da mão-de-obra escrava no campo, pois somente assim seria possível “liberar uma classe de proprietários de terra tão radicalmente de suas raízes rurais de maneira a poder ser transmutada em uma cidadania essencialmente urbana que ainda assim continuava tirando riquezas do solo”. Assim, a predominância das cidades romanas devia-se a uma aristocracia fundiária que, graças à escravidão, podia se desvincular do campo, de forma a investir os lucros provindos do cultivo e da criação nos centros urbanos.

Essa aristocracia rural manteve-se no comando político de Roma ao longo de toda a sua história, sobrevivendo a prolongadas e violentas lutas sociais. Desde o princípio a nobreza patricia se empenhou na concentração de terras em suas mãos, ora reduzindo o campesinato livre a escravidão por débitos, ora se apropriando das terras de uso comum (o *ager publicus*). Como resultado, houve um colapso dos pequenos proprietários agrícolas, os *assidui* (assentados na terra), que em tempo de guerra podiam equipar-se, às suas custas, com armaduras e armas necessárias para servirem as legiões. Com a crescente monopolização da terra pela aristocracia patricia

e com as frequentes guerras empreendidas, os *assidui* eram cada vez mais reduzidos à situação de *proletarii* - cidadãos sem propriedade que se aglomeravam nas cidades cujo único serviço prestado ao Estado era o de gerar prole.

A guerra de conquista desempenhava um importante papel na Roma antiga, onde por meio do saque e do aprisionamento dos vencidos se obtinham mais terras e escravos para os latifúndios patrícios, e estes retribuía liberando os pequenos proprietários (*assidui*) para o exército:

O poder militar estava mais intimamente ligado ao crescimento econômico do que talvez em qualquer outro modo de produção, antes ou depois, porque a principal fonte do trabalho escravo eram normalmente prisioneiros de guerra, enquanto o aumento das tropas urbanas livres para a guerra dependia da manutenção da produção doméstica por escravos; os campos de batalha forneciam a mão-de-obra para os campos de cereais e vice-versa - os trabalhadores capturados permitiam a criação de exércitos de cidadãos.

Assim, a mão-de-obra escrava foi fornecida pelas primeiras grandes campanhas militares realizadas na república (as guerras Púnicas, as campanhas da Gália, Macedônia, Jugurta e Mitríades), ao passo que as guerras civis internas entregavam enormes porções de terra à oligarquia patrícia, especialmente no sul da Itália.

O surgimento dos latifúndios escravagistas levou a um grande aumento na pecuária e no cultivo de videiras, cereais e oliveiras, O uso de escravos estava tão disseminado que praticamente toda a atividade agropastoril e significativa porção da atividade comercial e industrial eram por eles praticadas. Tal intensidade no uso de escravos levou a uma estagnação tecnológica, pois o amplo emprego de novas técnicas de cultivo e de irrigação só se deu na Europa medieval. Isto se deveu ao descaso que tinham os aristocratas romanos pelo trabalho, fruto de uma ideologia social que o associava à perda da liberdade. O aumento da população na *urbs* exigia um maior nível de produção que não se obtinha mediante o avanço tecnológico ou propriamente econômico, mas sim mediante a conquista militar de novas terras para o cultivo e de mão-de-obra cativa.

O esplendor de Roma, que no final da república se estendia por quase todo o Mediterrâneo, foi feito às custas dos pequenos proprietários *assidui*.

Estes eram envolvidos numa mobilização militar incessante, que ocasionava milhares de mortes, e os sobreviventes eram dispensados do exército sem qualquer indenização pelos anos de serviço prestados nas tropas, sendo, portanto, incapazes de manter as suas propriedades que acabavam por ser absorvidas pela oligarquia patricia. Como resultado, as tropas desviaram a sua lealdade do Estado para os generais vitoriosos, que podiam garantir aos seus comandados uma melhor remuneração, graças à pilhagem e ao saque dos vencidos. Os exércitos tornaram-se, assim, dóceis instrumentos nas mãos de generais ambiciosos - tais como César, Pompeu e Crasso -, que passaram a disputar o poder em violentas guerras civis. Associada a isto, a miséria das massas urbanas tornavam-nas cada vez mais hostis ao poder senatorial da república, situação esta não contornada com a crescente distribuição pública de cereais aos *proletarii*.

Foi o imobilismo da aristocracia patricia que levou ao colapso da república, pois os seus privilégios se tornaram incompatíveis com um império cada vez mais cosmopolita. O descaso para com a tropa e o povo, bem como a exclusão das demais aristocracias italianas dos cargos consulares e senatoriais, levou o patriciado romano ao isolamento, deixando o caminho aberto aos generais que souberam canalizar o descontentamento dos excluídos pelo poder senatorial:

O novo Augusto acumulou o poder supremo unindo atrás de si as múltiplas forças de descontentamento e desintegração dentro do último período da República. Foi capaz de reunir uma desesperada ralé urbana e camponeses recrutados exaustos contra uma elite dirigente pequena e odiada, cujo conservacionismo opulento a expunha a um desprezo popular ainda maior: acima de tudo, ele confiava na pequena nobreza provinciana da Itália que agora visava seu quinhão no quadro e nas honras do sistema que havia ajudado a construir. Uma estável monarquia universal emergiu do Átio, pois sozinha ela podia superar o estreito municipalismo da oligarquia senatorial em Roma.

Sob o império foi praticada uma série de medidas que atenuaram as questões sociais que haviam levado a República ao colapso. Primeiramente, atendendo aos anseios da tropa, foram distribuídos lotes de terras aos soldados desmobilizados ao final das guerras civis; os veteranos passaram a receber uma gratificação quando exonerados dos serviços

militares; o exército profissionalizou-se, passando a ter um efetivo permanente, o que permitiu, ao tempo de Tibério, a suspensão do recrutamento, beneficiando, assim, a classe dos pequenos proprietários romanos. A situação das massas urbanas foi atenuada graças a um ambicioso projeto de construções que deu emprego aos plebeus; a uma maior distribuição pública de cereais; à melhoria dos serviços municipais, tais como a criação de um corpo de bombeiros, de um sistema de fornecimento de água para a periferia da cidade e a fixação permanente de tropas na cidade de Roma para controlar tumultos. O sistema de tributação foi aperfeiçoado, visando a corrigir os desvios praticados pelos coletores de impostos à época da república. As comunicações lixam melhoradas através da criação de um sistema de correios que integrava todo o vasto território.

Enfim, o império restaurou a paz interna melhorando a situação das tropas, minimizando a situação da população urbana e, sobretudo, quebrando o estreito municipalismo da república senatorial.

Entretanto, a prosperidade do império repousava sobre bases frágeis. O modo de produção escravo, como foi visto, dependia diretamente da expansão militar, que desempenhava o principal papel na acumulação econômica de um sistema produtivo extremamente predatório e incapaz de se auto-renovar. Uma vez atingido o máximo de expansão territorial sob Trajano, esgotou-se a fonte de fornecimento de mão-de-obra escrava. Ante a escassez de escravos, fruto da paralisação das operações militares de conquista, o tráfico interno mostrou-se incapaz de suprir as demandas de uma sociedade baseada no largo uso da escravidão e que frequentemente descuidava no trato de sua população escrava. Somas-se a isso o fato de haver uma reduzida taxa de reprodução na população de escravos, fruto de uma grande disparidade entre os sexos, pois as mulheres eram, salvo as tarefas domésticas, inaproveitáveis para o duro trabalho no campo.

A falta de mão-de-obra escrava resultou na crise da produção agrícola; deficiência esta que não podia ser compensada por um desenvolvimento tecnológico praticamente estagnado. Ademais, as atividades comerciais e manufatureiras eram incapazes de promover qualquer desenvolvimento econômico. Os altos custos do transporte limitavam as manufaturas às necessidades de um mercado local, que por sua vez era reduzido por uma esmagadora maioria composta por camponeses auto-subsistentes, escravos e pobres urbanos. O comércio, de outra parte, era desprezado pela

aristocracia fundiária romana, constituindo-se numa atividade típica de escravos libertos.

À crise econômica somou-se uma outra de caráter político e militar. Externamente, o império foi açoitado por uma série de invasões bárbaras, tanto no Ocidente como no Oriente, que trouxeram no seu bojo uma onda de epidemias de que foi vítima significativa parte da população. Importantes cidades como Paris e Tarragona foram incendiadas; Atenas, Antioquia e Alexandria foram ocupadas pelo inimigo em diferentes momentos. Internamente, a crise política degenerou em uma série de violentas guerras civis. Só no período de 235 a 284 d.C. houve 20 imperadores, dos quais 18 tiveram morte violenta.

A crise do século III - foi como ficou conhecido este período da história romana - acarretou em uma drástica diminuição na produção agrícola, ocasionada pela evasão da população do campo, cenário de epidemias e de invasões estrangeiras. Como resultado, o preço dos cereais, por exemplo, atingiu níveis 200 vezes acima daqueles constatados no início do principado. Associado a isto, uma inflação de causas pouco conhecidas desvalorizava o dinheiro cada vez mais.

A crise política e militar foi solucionada graças a ação de uma série de imperadores - tais como, Cláudio II, Aureliano e Probo - que sucessivamente lograram repelir as invasões externas e esmagar as revoltas internas. Isto permitiu uma reorganização de toda a estrutura do Estado romano sob Diocleciano, inaugurando, assim, um novo período da história romana, o *baixo império* ou *dominato* - pois os imperadores passaram a se atribuir as qualidades de *dominus et deus*.

O efetivo do exército foi duplicado visando à segurança nas fronteiras e no interior; para tanto, o recrutamento foi reintroduzido e voluntários bárbaros passaram a ser admitidos nas fileiras do exército imperial. A conversão do cristianismo em religião oficial, ao tempo de Constantino, acrescentou uma enorme burocracia clerical ao já dilatado aparato secular do Estado. Obviamente, a manutenção deste aparelho ideológico-militar exigia uma maior carga tributária.

No entanto, todo este crescimento na superestrutura estatal foi acompanhado por um retraimento na economia. As perdas demográficas do século III não foram compensadas. As cidades, outrora ricas e prósperas, entraram em declínio. As oligarquias municipais passaram a fugir de suas

obrigações cívicas; a administração municipal tomara-se um pesado ônus sujeita ao crescente controle imperial e à sua voracidade tributária. Os pequenos artesãos e artífices fugiam das cidades buscando proteção e emprego nas propriedades dos magnatas do campo.

A crise da mão-de-obra escrava levou os proprietários a deixar de se ocuparem diretamente da manutenção de seus escravos, distribuindo-os em lotes de terras a fim de que se auto-sustentassem através do recolhimento do excedente de produção. As propriedades tendiam a ser divididas e exploradas nuclearmente, quer pelos escravos, quer por aqueles que abandonavam as cidades. De outro lado, as aldeias de pequenos proprietários caíram sob a proteção dos grandes proprietários agrícolas, como forma de escapar às pesadas arrecadações fiscais e ao recrutamento militar. O resultado foi o surgimento do *colonus*, rendeiro camponês que pagava em dinheiro ou em espécie os aluguéis devidos - geralmente metade da produção agropastoril - ao grande proprietário pelo cultivo de suas terras, criando assim fortes laços de dependência para com o senhor de terras. Tal sistema, conhecido como *patrocinium*, mostrou-se extremamente vantajoso para os grandes proprietários de terras, a tal ponto que estes preferiam pagar mais em impostos para obter a isenção de um *colonus* do serviço militar, do que o preço de mercado de um escravo. Este sistema provocou uma maior concentração de terras em uma estrutura já monopolizada, pois os pequenos camponeses restantes foram absorvidos de vez pela aristocracia agrária romana. Convém salientar que não houve uma substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre, à maneira de uma economia de tipo feudal. A escravidão ainda subsistiu até os últimos dias do Império Ocidental, porém, não mais de forma exclusiva, passando a conviver com outras formas de trabalho que prenunciavam o sistema produtivo vindouro.

A aristocracia patrícia, que havia se enfraquecido enormemente com a crise do século III d.C., adquirira um novo ímpeto com a enorme concentração de terras ocorrida no século IV d.C. Isto propiciou uma retomada do papel político central da qual estava alijada desde os tempos de Diocleciano. A burocracia militar, que nos últimos tempos havia permanecido fora do controle da aristocracia romana, fora recolocada num papel político secundário. O tradicional egoísmo da classe patrícia, que sob o *dominato* traduzia-se na sonegação de impostos e no antimilitarismo, levou a um enfraquecimento do poderio bélico romano, através da redução

de seu efetivo. Generais de origem bárbara haviam sido colocados em postos de comando, expostos à xenofobia da soldadesca que lideravam. Sucessivos imperadores inexpressivos Graciano, Valentiniano II e Honório - ascenderam ao poder, sujeitando-se à manipulação da aristocracia patricia. Como resultado, eclodiu uma série de insurreições em massa de escravos foragidos, de *colonus* insatisfeitos ou de soldados desertores. A intolerância da oligarquia patricia havia levado o império ao enfraquecimento; as invasões bárbaras apenas precipitaram a queda de uma civilização em franco declínio.

* * *

O direito romano *primitivo* ou *arcaico* abrange toda a época da realeza e uma parte do período republicano. Constitui um direito essencialmente consuetudinário característico de uma sociedade organizada em clãs, que pouco conhecia o uso da escrita. Disso decorre a enorme falta de registros judiciais e legislativos neste período.

Não havia uma nítida diferenciação entre o direito e a religião, pois eram os sacerdotes que, até o período de 300-250 a.e., conheciam as formas e rituais de interpretação da lei. Tal prática parece confirmar a clássica formulação de Foustel de Coulanges de que em Roma, ao menos nesta fase, o “direito não era mais do que uma das faces da religião”.

A esta época pertenceu a famosa Lei das XII Tábuas, cujo texto, gravado em 12 placas de madeira, teria sido afixado no fórum da cidade de Roma por volta de 449-451 a.C. O seu propósito era o de resolver certos conflitos entre plebeus e patrícios. O texto original foi destruído por ocasião do saque de Roma pelos gauleses em 390 a.C. No entanto, como escreve Gilissen, alguns fragmentos chegaram até nós graças as citações de Cícero e de Gélio e por comentários, escritos por Labeo e por Gaio no Digesto. A Lei das XII Tábuas não chegou a formar um código, no sentido moderno do termo, tampouco um conjunto de leis; parece antes uma redução, em forma escrita, de costumes então vigentes.

* * *

A *época clássica do direito romano* coincide com o período de maior desenvolvimento de sua civilização. Tal período abrange o espaço , compreendido entre os séculos II a.C. e II d.C.

O direito de então apresenta um caráter essencialmente laico e individualista, cuja interpretação de suas fontes, cada vez mais de natureza

legislativa do que consuetudinária, compete a um corpo de profissionais especializados: os jurisconsultos - que tiveram o seu apogeu nos séculos II e III d.C. Sob o principado de Otávio Augusto, alguns juristas renomados tomaram-se consultores, cujas interpretações da lei possuíam o reconhecimento da autoridade imperial. No entanto, somente sob o imperador Adriano (117-138 d.C.) tais pareceres passaram a vincular os magistrados em suas decisões, mas desde que houvesse unanimidade por parte dos juristas reconhecidos pelo príncipe. Entretanto, em que pese o reconhecimento oficial a atividade doutrinal, esta exercia uma larga influência mais em decorrência do valor de suas asserções e de sua repercussão entre os magistrados. A *jurisprudência* romana, levada a cabo pelos jurisconsultos, visava o estudo das regras de direito e sua aplicação na prática forense, sem uma maior preocupação na sistematização de seu ordenamento.

Nesta época, a legislação passa a desempenhar um papel cada vez mais importante, chegando a suplantiar o costume a ponto deste ser considerado, por importantes juristas como Gaio e Papiniano, um mero fato e não mais uma fonte do direito.

A competência para legislar evoluiu de acordo com as mudanças políticas ocorridas em Roma. Desta forma, durante a república, as leis (*leges*) emanavam das assembleias populares (*plebiscita*); inicialmente, suas decisões obrigavam somente os plebeus, mas após a Lei Hortêncio de 286 a.C., adquiriram validade para todos os cidadãos de Roma. Com o enfraquecimento da classe plebeia as *leges* perderam importância a ponto de não mais, existirem já no final do século I d.C. Com a decadência das assembleias, o Senado - que já intervinha no processo legislativo das *plebiscita* de forma indireta - passa a ser o titular do poder de legislar (*senatusconsulta*). A sua competência foi oficialmente reconhecida pelo imperador Adriano. A propositura de uma lei, entretanto, mantinha-se privativa do imperador. Ademais, desde o ano 13 d.C., o príncipe podia legislar diretamente por edito. Assim, a atividade legislativa do Senado teve curta duração, pois, o imperador - principalmente a partir do século II d.C. - passou progressivamente a ser o único órgão legiferante. Entretanto, o império preservou o sistema clássico do direito civil, apesar do desenvolvimento de um direito autocrático por meio dos decretos imperiais. A administração pública nunca alterou a estrutura legal básica deixada pela república, e isto está refletido na distinção feita por Ulpiano

entre direito público e direito privado - este último compreendido como o domínio das relações entre os cidadãos, intocado pela evolução autoritária da lei pública.

Outra importante fonte do direito romano, além da legislação e da doutrina (jurisprudência), eram os editos dos magistrados - os pretores em Roma e os governadores das províncias. Estes gozavam de um amplo poder de criação normativa, uma vez que as leis forneciam elementos bastante gerais e abstratos. A cada início do exercício do mandato anual, os magistrados declaravam o seu programa (*edictum*) relativo à forma de interpretar e de aplicar a lei. Com o passar do tempo os julgadores pouco alteravam os textos de seus predecessores, desta forma, constituiu-se o *ius praetorium*, que praticamente era o direito vigente em Roma. Os amplos poderes concedidos aos magistrados permitiam uma grande maleabilidade do direito romano, o que possibilitou uma melhor adaptação com o direito e os costumes das populações submetidas ao seu domínio, sobretudo na porção oriental do império, onde existiam civilizações avançadas como a grega e a egípcia.

Por fim, cabe ressaltar que a jurisprudência romana conferiu um tratamento especial para a regulamentação das relações contratuais entre cidadãos, relativas a transações econômicas de compra e venda, aluguel, permuta e relações de família que envolvessem o patrimônio (casamento e herança). Isto se deu porque o relacionamento entre cidadão e Estado era marginal ao desenvolvimento central do direito, pois não era a lei pública (sujeita a discricionariedade do imperador), mas a lei civil que dispunha sobre as relações de propriedade e de comércio. E é dentro da lei civil que encontramos uma grande contribuição do direito romano, o conceito de propriedade absoluta ou quirinária que diz respeito aos *quirites*, cidadãos de Roma que não serviam nos exércitos -, da qual uma parte significativa era dedicada à propriedade de escravos. Na Grécia, no Egito ou na Pérsia, o direito de propriedade sempre esteve condicionado a direitos superiores derivados de uma autoridade religiosa, estatal ou comunitária; em Roma, a jurisprudência pela primeira vez "emancipou a propriedade privada da quaisquer qualificações extrínsecas ou restritivas, desenvolvendo a nova distinção entre a mera posse - o controle factual de bens - e a propriedade - o pleno direito legal a eles".

* * *

A decadência econômica e política de Roma no baixo império não poderia deixar de afetar o direito. Este ficou adstrito, durante o *dominato*, à compilação dos preceitos formulados na época clássica de sua existência. As primeiras recolhas, que precederam a grande codificação empreendida sob Justiniano, foram obras privadas, provavelmente redigidas em Beirute: o *Codex Gregorianus*, composto por cerca do ano 291 d.C. e o *Codex Hermogenianus*, elaborado por volta de 295 d.e. A primeira codificação oficial foi o Código Teodosiano - redigido no Oriente por ordem do imperador Teodósio II -, que continha todas as *constitutiones imperii* promulgadas desde Constantino, tendo sido publicado em 438 d.C., mais ou menos de forma simultânea no Oriente por Teodósio e no Ocidente por Valentiniano. Sua influência foi marcante no Ocidente, onde sobreviveu à queda do Império Romano Ocidental e permaneceu em vigor até a redação das primeiras codificações bárbaras - as *leges romanae* do século IV, sendo que foi em parte retomado na *Lex romana Visigothorum*.

A grande codificação dos preceitos do direito romano clássico ocorreu no Oriente. Isto se deve ao fato de que a porção oriental do antigo Império Romano, graças ao seu grande desenvolvimento econômico e sua estrutura social mais flexível, resistiu às invasões bárbaras que devastaram o Ocidente. De um lado, as cidades orientais eram mais numerosas e densamente povoadas, preservando uma vitalidade comercial que superava a das cidades ocidentais. Por outro lado, a pequena propriedade aí subsistiu de forma mais duradoura e intensa do que no Ocidente, vindo a sofrer uma carga tributária comparativamente menor. A classe dos proprietários rurais era acostumada a exclusão do poder político central e a obediência de um poder real ou burocrático, sendo incapaz, portanto, de formar uma casta política à semelhança do que ocorreu na Roma republicana. O instituto do *patrocinium*, que disseminou-se no Ocidente, causando uma maior concentração de terras nas mãos da oligarquia agrária, apesar de originário do Oriente encontrou aí uma limitação legal, fruto da atividade de diversos imperadores locais, coisa que jamais ocorreu no Ocidente. Ademais, a fração asiática do antigo império viveu um período de paz de Diocleciano a Maurício, ao passo o Ocidente era dilacerado por violentas guerras civis. Isto se deveu ao fato de que a expansão romana no Mediterrâneo oriental encontrou antigas civilizações, marcadas por uma tradição helênica de cidades povoadas e desenvolvidas, cuja economia agrícola era baseada na pequena e média propriedades. Desta forma, como conclui Anderson:

O resultado foi que a instituição romana da grande propriedade com escravos jamais se enraizou nas províncias orientais com a mesma extensão que no Ocidente: sua introdução foi sempre moderada pela persistência dos modelos urbano e rural do mundo helênico, em que a pequena propriedade camponesa jamais estivera tão brutalmente enfraquecida como na Itália pós-púnica, e em que a vitalidade municipal tinha atrás de si uma tradição mais longa e legítima (...). Assim, quando chegou o tempo da crise para todo o modo de produção escravo e da sua superestrutura imperial, seus efeitos estavam mais abrandados no Oriente, precisamente porque a escravatura sempre fora mais limitada ali. A solidez interna da formação das províncias orientais, em consequência, não foi abalada pelo declínio estrutural do modo de produção dominante do Império. O desenvolvimento do colonato a partir do século IV foi menos marcante; o poder dos grandes proprietários para solapar e desmilitarizar o Estado imperial era menos arrojado; a prosperidade comercial nas cidades, menos eclipsada. Foi esta configuração interna que deu ao Oriente a densidade e a elasticidade políticas para resistir às invasões bárbaras que derrubaram o Ocidente.

Portanto, é no Oriente, refúgio natural da cultura latina após a queda do Império Romano Ocidental, que se assiste a um grande esforço de codificação empreendido sob o governo do imperador Justiniano em 527-534 d.C. O ambicioso projeto, que foi levado a termo por uma comissão de dez juristas - notadamente Triboniano e Teófilo -, consistia na compilação de todas as fontes antigas do direito romano e sua harmonização com o direito então vigente.

O conjunto das recolhas publicadas por Justiniano, o qual mais tarde foi denominado *Corpus Juris Civilis*, compreende quatro partes: a) o Código (*Codex Justiniani*), compilação de leis imperiais que visava substituir o Código Teodosiano; b) o Digesto (*Digesta* ou *Pandectas*), vasta compilação de trechos de mais de 1.500 livros escritos por juristas da época clássica - principalmente Ulpiano, Paulo, Gaio, Papiniano e Modestino; c) as Instituições (*Institutiones Justiniani*), espécie de manual elementar destinado ao ensino do direito - obra mais clara e sistemática que o Digesto, foi redigida por dois juristas, Dorotéu e Teófilo, sob a direção de

Triboniano; d) as Novelas (*Novellae*), recolha das constituições promulgadas por Justiniano após a publicação do *Codex*.

O *Corpus Juris Civilis* de Justiniano subsistiu até a tomada de Constantinopla pelos turcos no século XV. Ao longo de sua existência, ele sofreu uma série de revisões destinadas à sua simplificação e sumarização, bem como à atualização de seu conteúdo. As revisões mais importantes foram a *Écloga*, promulgada em 740 d.C. pelo imperador Leão, o isaurino; e as *Basílicas*, elaboradas no final do século IX sob o imperador Leão, o filósofo.

Em conclusão, o direito do baixo império não apresentou nenhuma contribuição significativa ao trabalho dos juristas clássicos. Como assinala Villey, o grande mérito do direito pós-clássico foi o de ter conservado, através do trabalho dos compiladores, as obras dos jurisconsultos romanos do período áureo de seu direito.

O Direito Medieval

Com a invasão bárbara e o colapso do Império Romano Ocidental, a influência romana não deixou de existir na Europa. A organização administrativa e religiosa preservou ainda durante muitos séculos as mesmas características da época imperial. O *ius civile* continuava sendo o direito das populações latinizadas, especialmente no sul - Gália, Espanha e Itália. Ao norte do antigo império, próximo às fronteiras germânicas, o direito germânico dominou, salvo talvez em cidades mais fortemente romanizadas, como Trier, Colônia e Reims. As populações passaram então a viver de acordo com as suas próprias leis, a isto se denominou *princípio da personalidade do direito*, ou seja, o indivíduo vive segundo as regras jurídicas de seu povo, raça, tribo ou nação, não importando o local onde esteja. A aplicação deste princípio permitiu a sobrevivência do direito romano no Ocidente ainda durante os primeiros séculos após a queda do Império. A jurisprudência romana continuou a evoluir, sobretudo no contato com as populações germânicas, e isto propiciou um distanciamento das fontes clássicas em proveito dos costumes locais, muitos dos quais de origem bárbara surgindo, assim, o chamado direito romano vulgar. Houve, por volta do ano 500 d.C., uma série de codificações, empreendidas por reis bárbaros, tais como: o *Édito de Teodorico*, promulgado pelo rei dos

Ostrogodos na Itália; a Lei romana dos Burgúndios (*Lex romana Burgundionum*); e a Lei romana dos Visigodos (*Lex romana Visigothorum*), que teve uma influência duradoura no Ocidente. Todas estas anteriores ao *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que permaneceu desconhecido no Ocidente até o século XII.

Com o pleno desenvolvimento do feudalismo nos séculos X, XI e XII de nossa era, e o conseqüente enfraquecimento do poder real - principalmente após a divisão do reino dos francos em 843 d.C. -, a Europa Ocidental transforma-se numa multiplicidade de pequenos senhorios economicamente auto-suficientes, comandados por nobres belicosos que mantinham exércitos próprios. O poder real, apesar de ocupar um lugar no topo da hierarquia medieval, era incapaz de impor a sua vontade aos nobres, o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial e principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais. Desta forma, o direito fica adstrito às relações feudo-vassálicas, ou seja, as relações dos senhores com os seus servos. O costume passa a ser a fonte por excelência do direito feudal. Inexistiram escritos jurídicos nos séculos X e XI. Mesmo os contratos, que estão na base dos laços de vassalagem e servidão, raramente eram escritos, salvo algumas instituições eclesiásticas que redigiam os atos que lhes interessavam. Aliás, à parte alguns clérigos, ninguém sabia escrever; os juízes leigos eram incapazes de ler textos jurídicos. A justiça é feita, na maior parte das vezes, apelando para a vontade divina; é a época dos ordálios e dos duelos judiciários. Todos os vestígios do direito romano desaparecem por volta do século X, exceto em algumas regiões de forte tradição latina, como a Itália, Espanha e sul da França, onde sobrevivem sob a forma de costumes locais.

O direito canônico manteve-se, durante toda a Idade Média, como o único direito escrito e universal. Sua uniformidade e sua unidade derivavam do fato de que sua interpretação era privativa do Papa, desde os tempos de Gregório VII. A jurisprudência romana subsistiu-se de certa forma através do direito eclesiástico, uma vez que a igreja desenvolveu-se à sombra do antigo Império Romano, não podendo furtar-se à sua influência. No entanto, os preceitos dos juriconsultos romanos mantiveram-se sempre como uma fonte supletiva da justiça da Igreja, admitida somente quando não conflitante com os decretos dos concílios ou dos Papas e, sobretudo, com o direito divino (*ius divinum*) - conjunto de regras jurídicas extraídas das sagradas escrituras, Antigo e Novo

Testamento, bem como dos doutores da Igreja, tais como Santo Ambrósio, São Jerônimo, Santo Agostinho e São Gregório de Nazianzo. Embora tivesse o direito clerical contribuído para a manutenção da tradição jurídica romana ao longo da Idade Média, por outro lado, limitou os seus postulados ao lhes impor preceitos de ordem litoral retirados do *ius divinum*: “Através do cristianismo todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar.”

O Ressurgimento do Direito Romano

A partir do final do século XII e início do século XIII, o direito romano desperta um novo interesse. Após séculos de quase total esquecimento, a jurisprudência romana adquire um vigor só comparável ao seu período clássico. O *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, recém-descoberto pelos juristas europeus, tornou-se a principal fonte para o estudo do direito romano.

O pleno renascimento da atividade jurisprudencial nos séculos XIII e XIV apresentou como característica básica: a) unidade e ordenação das diversas fontes do direito (direito romano-justiniano, direito canônico e direitos locais); b) unidade do objeto da ciência jurídica (a jurisprudência romano-justiniana); c) unidade quanto aos métodos científicos empregados pelos juristas; d) unidade quanto ao ensino jurídico, comum por toda a Europa continental; e) e a difusão de uma literatura especializada escrita em uma língua comum, o latim.

Podemos dividir em três fases o período da recepção do direito clássico. A primeira, que corresponde aos séculos XII e XIII, é caracterizada pela predominância, no âmbito doutrinário, do direito romano sobre os vários direitos locais. A segunda, que compreende os séculos XIV e XV, assinala o desenvolvimento dos direitos locais como fonte *pari passu* ao direito justiniano. E, por fim, a terceira que, a partir do século XVI, afirma a supremacia dos preceitos legais régios e cidadãos sobre o direito privado clássico.

Como salienta *Hespanha*, não existem elementos históricos suficientes que possam equacionar de forma plena as causas da recepção do direito romano. Obviamente, escapa de nossas capacidades a devida elucidação

desta complexa questão. Posto isso, cabe apenas indicar - de forma bastante genérica, pois procuraremos não descrever os elementos específicos nacionais e regionais - os componentes mais expressivos do contexto europeu dos séculos XII a XIV, que propiciaram o ressurgimento da jurisprudência clássica. Por uma questão de melhor organização do texto, as causas ou fatores serão expostas separadamente, o que não implica dizer que os fatos narrados ocorreram de forma isolada.

* * *

Um dos aspectos mais significativos da expansão romana foi a integração do território europeu ao mundo clássico. Tanto a expansão grega, quanto a conquista macedônica sob Alexandre Magno, voltaram-se para o Oriente rico e próspero, já povoado por civilizações muito antigas e desenvolvidas. Rumo diverso, no entanto, tomaram os romanos, que desde o princípio estiveram mais empenhados em expandir suas fronteiras no Ocidente, povoado por populações social e culturalmente atrasadas, do que no Oriente Próximo. Foram regiões como a Espanha, Gália e a própria Itália que sofreram o maior impacto da latinização. A ausência de qualquer civilização desenvolvida e de uma cultura solidamente estabelecida faziam da Europa um quadro em branco, no qual os romanos não tardariam a deixar as marcas de sua civilização. O rumo diverso da expansão romana é explicado pelas exigências de um modo de produção baseado no latifúndio escravagista, cuja dinâmica dependia de um crescente acúmulo de terras e da manutenção de um volumoso exército de escravos:

O êxito da organização da produção agrícola em grande escala pelo trabalho escravo foi a condição primeira da conquista e da colonização permanente das extensas terras interiores do Ocidente e do Norte. A Espanha e a Gália junto com a Itália permaneceram as províncias romanas mais profundamente marcadas pela escravidão até o final do Império. O comércio grego permeara o Oriente - a agricultura latina “abriu” o Ocidente.

A presença romana se fez presente através da construção de cidades ao longo das margens dos rios navegáveis da Europa. Cidades como Córdoba, Lyon, Amiens, Trier e centenas de outras indicam a maciça presença romana. Embora o seu número jamais tenha superado o das cidades da porção oriental do Mediterrâneo, mais antigas e densamente povoadas, foi

superior ao número de cidades aí construídas pelos romanos, o que atesta o rumo diverso de sua expansão.

As marcas da civilização romana estavam por demais entranhadas no continente europeu, de forma que não poderiam ser facilmente esquecidas. Os invasores bárbaros não destruíram a ordem romana anterior ou tampouco impuseram uma nova cultura. Pelo contrário, assimilaram, à sua maneira, os elementos de uma civilização indubitavelmente mais desenvolvida. Os povos germânicos constituíam uma comunidade primitiva e nômade não habituada a um Estado Territorial duradouro; não possuíam um sistema de propriedade articulado e estável; tampouco, em sua maioria, não dispunham de uma língua escrita. A conquista de vastas porções do antigo império romano colocava uma série de problemas novos até então impensáveis para os invasores, tais como a administração das cidades, das estradas e sobretudo de um imenso aparato burocrático-estatal. Estes problemas eram resolvidos pela adoção das estruturas políticas do antigo império, combinadas, quando possível, com as instituições bárbaras. Por outro lado, a comunidade romana preservou o seu aparelho administrativo, bem como o seu sistema jurídico. Isto se deu principalmente na Itália ostrogoda, onde um aparato militar germânico foi combinado com uma burocracia romana ao tempo do imperador Teodorico. Assim, o direito romano deixou vestígios nas superestruturas dos nascentes estados bárbaros, sobretudo nas regiões mais fortemente romanizadas do sul Espanha, Gália e Itália. Tais estruturas desapareceram com o desenvolvimento do feudalismo e o conseqüente enfraquecimento do poder real. No entanto, a lembrança do direito romano ainda persistia no seio das populações latinizadas, principalmente na Itália, onde ainda subsistiam alguns institutos jurídicos clássicos na forma de costumes locais. Como assinala Anderson, o “denso crescimento do direito consuetudinário jamais deixou morrer completamente a memória e a prática do direito romano na península onde a sua tradição era mais antiga, a Itália.”

* * *

Os séculos da recepção do direito romano (XII-XIII) são também os do desenvolvimento da burguesia europeia. O capitalismo mercantil exigia uma nova estrutura jurídica, mais adequada às novas relações econômicas emergentes. Em primeiro lugar, havia a necessidade de um direito estável que garantisse uma efetiva segurança institucional e jurídica às operações

comerciais. Em segundo lugar, um direito universalmente válido que unificasse os diversos sistemas europeus de forma a garantir um mercado internacional. E por fim, um sistema legal que libertasse a atividade mercantil das limitações comunitaristas ou de ordem moral que lhes impunham os ordenamentos feudais e eclesiásticos. O direito romano-justinianeu atendia a todas essas exigências. Quanto à necessidade de uma efetiva garantia jurídica das transações comerciais, tão caras à burguesia, a jurisprudência romana opunha a generalidade e a abstração de sua legislação ao casuísmo do direito consuetudinário feudal. Ademais, o direito romano era aceito como fonte subsidiária praticamente em todos os sistemas jurídicos europeus, constituindo, assim, uma espécie de “*língua franca*, usada desde as cidades da Hansa até a faixa mediterrânea”. E, finalmente, com relação à última exigência, a civilística clássica apresentava a significativa vantagem de oferecer um conceito de propriedade absoluta que prescindia de qualquer condição extrínseca, desconhecendo, portanto, qualquer limitação social ou moral ao uso das coisas.

Franz Wieacker se opõe à tese de que o direito romano justinianeu fosse mais adequado ao desenvolvimento econômico da burguesia europeia do que o próprio direito mercantil medieval:

Tanto quanto se pode avaliar a qualidade de uma ordem jurídica apenas a partir das suas normas e instituições sem a valorização da sua função social, o que se pode dizer é que as fortes tendências absolutistas e eudemonísticas da legislação justiniana não poderiam ter sido especialmente favoráveis aos primórdios do desenvolvimento de uma sociedade aquisitiva virada para a liberdade, para a mobilidade e para o lucro, como a da época moderna europeia. Mesmo o direito comum dos conciliadores, construído na base do direito justinianeu era, na verdade, mais progressivo, mais flexível e mais racional, mas não, propriamente, propício à economia. Pelo contrário, e em especial, a débil publicidade do direito hipotecário e o carácter não aparente da hipoteca geral prejudicaram muito a organização e criação do crédito imobiliário, bem como a insuficiente elaboração de um patrimônio em mão comum e a eficácia externa do contrato romano de sociedade a formação das modernas sociedades de pessoas. Para o surgir das modernas sociedades de capitais e do

direito dos títulos de crédito, as fontes romanas eram pouco mais que nada, e para o comércio por cheque constituíam apenas alguns apoios menores. Também o direito marítimo e o direito mineiro tiveram de ser constituídos quase completamente a partir de bases do direito comum europeu e do direito alemão.

O direito comercial espontaneamente desenvolvido nas cidades medievais se mostrava mais adequado do que muitos dos preceitos jurídicos romanos, especialmente os relativos aos direitos societário e marítimo. E não poderia ser diferente, pois o comércio em Roma desempenhava um papel secundário na economia, vindo a se desenvolver em um Mediterrâneo unificado por um vasto império que desconhecia as sociedades comerciais e principalmente um direito internacional.

Assim, a adequação do direito civil clássico aos interesses empresariais da burguesia nascente não era devido ao conteúdo material de sua legislação, produto de um contexto econômico diverso do existente na Europa à época da ascensão do capitalismo, mas sim a sua estrutura uniforme e racional, baseada na aplicação de leis escritas, previamente estabelecidas, por tribunais compostos por técnicos, que atendiam a critérios racionais de prova e de argumentação no processo judicial:

A superioridade do direito romano para a prática mercantil nas cidades residia, assim, não somente em suas bem-definidas noções de propriedade absoluta, mas nas suas tradições de equidade, em seus critérios racionais de prova e na ênfase dada a uma magistratura profissional - vantagens que os tribunais consuetudinários normalmente não ofereciam.

Desta maneira, era a estrutura racional e coerente da civilística romana, propícia ao estabelecimento de um sistema jurídico estável e universal, que sobremaneira interessava aos comerciantes dos burgos.

Segundo Weber, a adequabilidade do modelo legal romano à prática judiciária moderna não se verificava no campo do direito material, em sua maioria inadequado às demandas do capitalismo emergente, mas em razão da racionalidade formal de seu processo cognitivo:

Mas talvez não tenha sido a melhor adaptação do direito romano material às necessidades do capitalismo nascente que decidiu neste caso sua vitória - precisamente todas as instituições jurídicas

específicas do capitalismo moderno são estranhas à lei Romanos e de origem medieval. Era sua maneira racional e acima de tudo a necessidade técnica de colocar nas mãos de especialistas racionalmente treinados - isto é, de especialistas que estudaram direito romano nas universidades - o processo judicial, tendo em vista o procedimento probatório racional exigido devido à crescente complexidade dos processos contenciosos e diante da impossibilidade de aplicar em uma economia cada vez mais racionalizada a simples determinação da verdade através da revelação concreta ou do consentimento sagrado das etapas primitivos.

A constatação de Weber reforça a tese de que o capitalismo mercantil foi um dos motivadores da recepção da jurisprudência clássica, mais em razão da segurança e previsibilidade de sua ação, adstrita a regras normativas, do que propriamente em decorrência de seu conteúdo material historicamente condicionado.

* * *

O fortalecimento econômico da burguesia propiciou, como vimos, condições favoráveis à recepção do direito romano no Ocidente. Todavia, não se pode atribuir aos mercadores o mesmo papel no que tange às causas políticas da readmissão da jurisprudência clássica. Como salienta Althusser:

O regime político da monarquia absoluta é apenas a nova forma política necessária à manutenção da dominação e da exploração feudais, no período de desenvolvimento de uma economia mercantil.

Assim, a força econômica do capital não assegurava aos seus detentores o mesmo desempenho no cenário político, pois o poder absoluto dos monarcas apresentava fortes traços nobiliárquicos herdados da tradição medieval. Também não devemos esquecer que a incipiente classe dos comerciantes estava longe da maturidade política necessária à conquista do Estado, coisa que somente ocorreria bem mais tarde, nas célebres jornadas de 14 de julho de 1789.

Desta forma, as causas políticas do ressurgimento do *jus civile* dos romanos devem ser procuradas no próprio caráter híbrido das emergentes

nações europeias, compostas por uma economia capitalista baseada na liberdade dos agentes econômicos em contratar e no dispor de seus bens, e por um poder político centralizado sujeito à discricionariedade do monarca. Tal estrutura assemelhava-se àquela existente em Roma, principalmente sob o *dominato*, em que a autonomia e a liberdade concedida no âmbito do direito privado correspondia à autoridade incondicionada do imperador no campo do direito público. Foi a clássica distinção, feita pelos romanos, entre as esferas pública e privada que compôs a base sobre a qual assentou o poder ilimitado do rei nas monarquias absolutas.

Politicamente, o reflorescimento do direito romano respondia às exigências constitucionais dos Estados feudais reorganizados da época. Com efeito, não restam dúvidas de que, na escala europeia, a determinante primordial da adoção da jurisprudência romana reside na tendência dos governos monárquicos à crescente centralização dos poderes. Não custa recordar que o sistema jurídico romano compreendia dois setores distintos e aparentemente contrários: o direito civil, que regulamentava as transações econômicas entre os cidadãos, e o direito público, que regia as relações políticas entre o Estado e os seus súditos (...). O caráter juridicamente incondicional da propriedade privada, consagrado em um, encontrava o seu equivalente contraditório na natureza formalmente absoluta da soberania imperial, exercida pela outra, pelo menos a partir do *Dominato*. Foram os princípios teóricos deste *imperium* político que exerceram uma profunda influência e atração sobre as novas monarquias da Renascença. Se o ressurgimento das noções de propriedade quirítária ao mesmo tempo traduzia e fomentava a expansão geral da troca de mercadorias nas economias de transição da época, o revivescimento das prerrogativas autoritárias do *Dominato* expressam e consolidam a concentração do poder de classe aristocrático num aparelho de Estado centralizado que constituía a reação da nobreza àquele processo. O duplo movimento social inscrito nas estruturas do absolutismo do Ocidente encontrou, então, a sua harmonia jurídica na reintrodução do direito romano.

Em outros termos, a retomada da jurisprudência clássica não atendia somente aos interesses econômicos da classe mercantil, mas, sobretudo,

correspondia às expectativas de uma nobreza ciosa de suas prerrogativas políticas. Assim, o Estado monárquico absolutista encontra no direito romano um poderoso instrumento de centralização política e administrativa, em que a liberdade outorgada aos agentes econômicos privados é contrabalançada pelo poder arbitrário da autoridade pública. Este duplo caráter da tradição jurídica romana pode ser verificado se levarmos em conta o fato de que a burguesia, embora num primeiro momento tenha se beneficiado da adoção dos princípios jurisprudenciais clássicos, em sua luta pelo poder político, buscou apoio nos princípios jusnaturalistas e não mais em premissas romanas, estreitamente vinculadas a uma noção autoritária do poder político.

* * *

Neste subitem trataremos da original contribuição de Max Weber em relação às causas de aceitação do direito romano, dentro do contexto de sua sociologia da burocracia. Weber, ao tratar dos pressupostos e fundamentos da dominação burocrática, coloca a “superioridade técnica” deste aparelho administrativo como uma das razões de seu amplo desenvolvimento histórico. Sem ressaltar os vários aspectos que compõem a superioridade técnica da burocracia (precisão, rapidez, impessoalidade, ordinariedade, uniformidade, hierarquização, especialização, etc.), uma vez que escapam ao nosso objetivo, salientamos apenas o seu atributo que mais nos interessa: o caráter de segurança e previsibilidade da ação burocrática, garantida pela vinculação dos atos desse aparelho administrativo a normas jurídicas gerais e abstratas. Tal vantagem se mostra em maior vigor na administração da justiça, e aqui Weber não hesita em destacar a importância da jurisprudência romana:

Especialmente no que diz respeito à administração da justiça, tal estrutura cria a base para a organização de um direito sistematizado e racional fundado em 'leis', como em sua maior perfeição técnica a era imperial romana a criou. No decorrer Idade Média, a admissão desse direito acompanhou a burocratização o judiciário, com a penetração de especialização racionalmente treinada em vez decisão jurídica subordinada à tradição ou a pressupostos irracionais.

Desta forma, Weber coloca o processo de burocratização do Estado como causa da readmissão do direito romano à época medieval. A partir

desta conclusão, ele explica, por exemplo, a resistência do direito inglês frente à romanização de sua justiça. A existência de um aparelho judiciário centralizado e dominado por uma casta honorífica, que fornecia os principais quadros da judicatura inglesa, constituía uma burocracia solidamente estabelecida que, dentro do espírito de conservação e autopropetuação inerente a qualquer aparelho burocrático, opôs resistência a um modelo que era estranho, como foi o caso da jurisprudência clássica latina. O mesmo não se verificou na Europa continental, onde a ausência de um prévio poder político centralizado – e, via de consequência, de uma burocracia – propiciou o surgimento de um sistema jurídico ordenado segundo os princípios do direito romano, que marcou, desde o nascedouro, os modernos Estados nacionais.

A principal consequência da adoção moderna do direito romano foi o surgimento de uma classe profissional, que a partir de então passou a desempenhar um papel preponderante no cenário político europeu: a classe dos juristas profissionais. Como salienta Weber, este fenômeno constitui um traço específico do Ocidente, fruto de um processo de racionalização da técnica jurídica que libertou o direito dos limites teológicos, entregando a administração da justiça a um corpo profissional laico, formado à sombra da tradição jurídica dos romanos.

* * *

Dois fatores contribuíram para produção de um ambiente favorável ao recebimento da herança jurídica clássica. Em primeiro lugar, fatores de ordem institucional, como o surgimento das universidades, onde se desenvolveram os estudos romanísticos e cujo número restrito permitia uma maior homogeneidade no pensamento dos juristas europeus nelas formados. Em segundo lugar, fatores filosófico-ideológicos, que sedimentaram a crença na legitimidade da razão. O tomismo contribuiu enormemente para a solução da contradição entre fé e razão, tão temida pelos clérigos nos séculos XI e XII, ao delimitá-las em campos distintos. Santo Tomás de Aquino, em seu amplo projeto de ultrapassar e integrar as sabedorias cristã e pagã, distinguiu a razão da fé e harmonizou-as ao colimá-las sob um mesmo propósito, a busca da verdade:

É um fato que esses princípios naturalmente inatos à razão humana são absolutamente verdadeiros; são tão verdadeiros que chega a ser impossível pensar que possam ser falsos. Também não

é permitido considerar falso aquilo que cremos pela fé, e que Deus confirmou de maneira tão evidente. Já que só o falso constitui o contrário do verdadeiro, como se conclui claramente da definição dos dois conceitos, é impossível que a verdade da fé seja contrária aos princípios que a razão humana conhece em virtude das suas forças naturais.

Desta forma, razão e fé não mais se contradizem, pelo contrário, se complementam, podendo a razão até auxiliar nos aspectos da religião a ela acessíveis. Pois, ainda subsistem verdades divinas que “superam totalmente as forças da razão humana”. Daí decorrendo o âmbito restrito do racionalmente demonstrável frente aos mistérios divinos. No entanto, a razão secular passa a coexistir com a razão clerical, com a única condição de se manter dentro de sua competência específica, ou seja, o mundo temporal, onde a razão emerge como critério supremo. A libertação da razão laica atingiu a esfera do direito, não tardando a sua identificação com o sistema legal romano. Como conclui Villey: “A teologia de Santo Tomás libertou os juristas da Europa cristã da ditadura das fontes bíblicas, destruiu o clericalismo jurídico.”

Foi em Bolonha que pela primeira vez efetivou-se o estudo ordenado do *Corpus Juris Civilis*, quando, na primeira metade do século XII, o monge Irnerius começou a lecionar os preceitos do direito romano-justineu. A escola de Bolonha, nome pelo qual ficou conhecido o grupo de Irnerius e de seus seguidores, manteve-se ativa até os primeiros decênios do século XIII. Os seus maiores expoentes foram o seu próprio fundador e Acúrsio, que compilou todo o trabalho dos glosadores bolonheses na obra *Magna Glosa*, *Glosa Ordinária* ou, simplesmente, *Glosa*. Suas principais características eram a fidelidade ao texto justineu e a sua interpretação analítica, não sistemática, dos axiomas jurídicos clássicos. A atividade científica dos sábios bolonheses consistia na breve explicação de partes obscuras dos textos clássicos, a chamada glosa - daí também serem conhecidos pela denominação de *glosadores*. Não havia um interesse prático na atividade dos glosadores. Seu objetivo, de natureza teórico-dogmática, era mais o de demonstrar a racionalidade do direito romano do que torná-lo pragmaticamente aplicável. Desta forma, a sua importância reside no fato de que:

Os glosadores, pela primeira vez na Europa, apreenderam dos grandes juristas romanos a arte de resolver os conflitos de interesses da vida em sociedade, não mais com recurso à força ou aos costumes espontâneos irracionais, mas através da discussão intelectual dos problemas jurídicos autônomos e de acordo com uma regra geral baseada nesta problemática jurídica material. Esta nova exigência dos juristas racionalizou e jurisdicionizou para sempre a vida pública na Europa; em virtude da sua influência, de entre todas as culturas do mundo é a europeia a única que se tornou legalista (...). Desta forma, os glosadores tornaram-se os pais da jurisprudência europeia.

A exegese erudita dos textos clássicos afastava os glosadores da vida jurídico-legislativa de seu tempo; isso em uma época de grande surto mercantil, como foram os séculos XIII e XIV. Assim, surgiu a necessidade de tomar o direito romano clássico aplicável, como forma de integrá-lo aos diversos direitos locais, em especial os estatutos das cidades italianas, mais diretamente vinculados aos interesses da burguesia mercantil. Foi esta a tarefa levada a termo pelos juristas chamados de *conciliadores*, *práticos* ou *comentadores*.

A escola dos comentadores, fundada por Cino de Pistóia, teve como seus maiores expoentes Baldo de Ubaldis, Paulo de Castro e, sobretudo, Bártolo de Sassoferrato, que produziu uma obra que influenciou toda a jurisprudência europeia por alguns séculos. Apesar das tendências já aludidas, os comentadores mantiveram a ideia, presente na glosa bolonhesa, de que o direito romano consistia num conjunto de normas que o intérprete não podia alterar. Desta forma, toda a atualização e sistematização dos conciliadores se limitava aos aspectos internos, muitas vezes contraditórios, do sistema legal clássico.

Entretanto, isto não impediu que os exegetas práticos, munidos de um instrumental lógico-dialético de natureza aristotélico-tomista, efetivassem uma grande inovação dogmática - que em alguns casos demonstrou ser uma contribuição perene para a jurisprudência posterior -, que tomou possível uma elaboração sistemática de um direito originalmente assistemático. Como exemplos de novas categorias dogmáticas criadas pelos comentadores, podemos citar: a) a *teoria do duplo domínio*, que, baseada na diferenciação feita pelos romanos entre *actio directa* e *actio*

utilis, distinguia a posse direta (específica do titular de direitos reais sobre coisa alheia) da indireta (característica do proprietário do bem). Tal teoria bem se adequou à coexistência de vários direitos sobre a mesma terra, problema, aliás, característico da propriedade feudal; b) a definição de diversos critérios, variáveis de acordo com a matéria, para a solução de conflitos de competência entre os diversos direitos feudais, tais como o critério da localização da coisa, em matéria imobiliária; o lugar do cometimento do delito, em matéria penal; a nacionalidade do sujeito, em matéria de estatutos pessoais; o lugar da conclusão do contrato, em matéria processual; c) o uso de vários recursos lógicos que permitiram uma maior sistematização dos preceitos jurídicos clássicos, v.g., a definição e a classificação de institutos, até então isolados, em espécies e subespécies de um sistema conceitual hierarquizado, presidido por axiomas genéricos, como relação jurídica ou negócio jurídico - desconhecidos da dogmática romanista -, que serviam como categorias ordenadoras dos diversos institutos legais; o enquadramento dos preceitos normativos quanto às suas causas eficientes (os fatores que lhe deram origem) e finais (a sua teleologia); bem como o recurso à analogia e ao método comparativo.

Entretanto, a grande e decisiva contribuição dos comentadores foi a aproximação do direito civil clássico da realidade jurídica de seu tempo, graças a isso:

(...) os comentadores converteram o direito justiniano, pela primeira vez num direito comum de toda a Europa (*jus commune*); ao mesmo tempo que reduziam a multidão dos direitos não romanos da Europa à forma mental de sua ciência. Só pela sua mão a velha ideia de que o direito romano era a *ratio scripta* da cristandade ocidental se tornou uma realidade palpável.

Apesar desta importante contribuição, o direito clássico reelaborado pelos juristas medievais mostrava-se inadequado ao novo cenário mundial que se delineou, principalmente a partir do século XVI. Isto acarretou na valorização dos direitos próprios em detrimento do direito romano. Obviamente, muitas das instituições eram baseadas em princípios retirados da jurisprudência justiniana, que agora passam a obedecer um ritmo próprio de evolução não mais norteado pelo conjunto dos textos clássicos. Por outro lado, o próprio desenvolvimento da ciência jurídica, ocorrido graças ao esforço sistemático dos comentadores, permitiu o

estabelecimento de uma estrutura jurídica racional baseada em axiomas lógicos ordenados de forma coerente, que podia de agora em diante prosseguir por meios próprios sem necessitar do apoio dos textos romanos.

A nova posição assumida pela ciência jurídica em face da jurisprudência clássica é atestada pelo surgimento, no século XIV, de duas escolas que afirmavam um direito mais embasado em critérios lógico-rationais do que na autoridade dos jurisconsultos latinos. A *Escola culta* ou humanista simplesmente negava o caráter de direito vigente aos escritos jurídicos justianeus, atribuindo o seu estudo a um interesse meramente histórico-filológico. A escola do usos *modernus pandectarum*, por sua vez, procurou refundir as novas realidades do mundo jurídico com trabalho dos comentadores. Entretanto, esta remodelação não se efetivou nos mesmos moldes da que foi levada a cabo pelos conciliadores do século XIV, pois os preceitos clássicos eram adequados de acordo com o seu cabimento às novas situações, sendo suprimidos no restante e substituídos por novas figuras teóricas e dogmáticas. Não mais subsistia, portanto, a característica submissão dos intérpretes dos séculos XIII e XIV em face da *ratio scripta* dos romanos. Assim se encerra o período da recepção do direito clássico, graças ao estabelecimento de uma ciência jurídica que se formou a partir do estudo erudito das fontes romanas para após superá-las. Pois, à esta época:

(...) já é possível utilizar os mecanismos do raciocínio dedutivo, achando a solução jurídica conveniente, não através duma rebuscada 'interpretação' dos textos romanísticos, mas através duma especificação dos axiomas jurídicos recém-formulados e que correspondiam também, como se viu, às necessidades normativas da época. Abre-se a época do direito natural racionalista, em que se acredita que os princípios superiores do direito são excogitados pela razão que, ao fazê-lo, revela uma ordem universal de valores e de normas.

O advento do jusracionalismo sepultou de vez o uso prático da jurisprudência romana. Mesmo a retomada do estudo do direito romano durante o século XIX era presidida por pressupostos jusracionalistas. Savigny, ao salientar a importância metodológica dos escritos jurídicos romanos, atribuindo a sua recepção durante a Idade Média ao fato dos juristas romanos se valerem de princípios gerais e abstratos aplicáveis aos

casos concretos, transportou para o campo do direito as preocupações formais características do racionalismo do século XVIII. Já Ihering, mais interessado nas questões de ordem material ou de conteúdo, busca enriquecer a doutrina do direito natural através do estudo do direito romano, distinguindo o que este tem de circunstancial ou de exclusivamente romano do que tem de eterno e universal.

Conclusão

O presente trabalho objetivou, sem pretender esgotar o assunto, dar uma indicação do panorama histórico-social da formação do direito romano, bem como assinalar o caráter complexo (que envolve questões políticas, filosóficas, econômicas e culturais) de sua recepção pelos juristas medievais dos séculos XII a XIV.

Quanto ao *direito romano*, procurou-se salientar a sua relação com o contexto político-econômico no qual se desenvolveu. A partir desta ótica, o enorme desenvolvimento do *ius civile* foi atribuído ao fato de ter sido este ramo do direito o principal regulador das relações econômicas entre os cidadãos romanos. Estes cidadãos, como vimos, compunham uma casta bem delimitada no seio de uma comunidade alicerçada em rígidas distinções de classe social: a aristocracia dos patrícios. Grupo este que dominou, política e economicamente, o vasto império romano por grande parte de sua história.

Desta forma, as notáveis contribuições dos romanos ao direito (o conceito absoluto de propriedade; os meios racionais de prova no processo; as figuras contratuais do vendedor, comprador, credor e devedor, etc.) eram respostas que atendiam às demandas da aristocracia fundiária dos patrícios, classe que detinha o poder político em Roma, e que necessitava de um forte instrumento jurídico que garantisse a suas relações econômicas.

No que concerne à recepção da jurisprudência clássica romana no período abrangido pelos séculos XII a XIV, constatamos, embora de forma genérica, vários fatores ou “causas”, abaixo resumidas.

Com relação aos *fatores culturais*, foi dito que a integração, pelos romanos, da Europa ao mundo clássico, marcou profundamente a cultura deste continente. Isso ocorreu de tal forma que a herança da tradição romanista, embora praticamente esquecida nos séculos de pleno

desenvolvimento do feudalismo, sobreviveu, principalmente na Itália, vindo a contribuir para a criação de um espírito de identidade cultural com os textos jurídicos clássicos. Estes foram incorporados, a partir do século XII, como expressão de uma cultura genuinamente europeia.

No tocante aos *fatores econômicos*, o surgimento do capitalismo mercantil, no final da Idade Média, contribuiu para o acolhimento da jurisprudência clássica romana, na medida em que esta atendia às necessidades de um novo modo de produção em ascensão. O direito romano baseado em leis escritas, em métodos racionais de processo judicial e num corpo técnico especializado, constituía uma ordem jurídica segura e uniforme, acatada praticamente em toda a Europa continental, que permitia aos mercadores burgueses efetuar um cálculo ou previsão acerca das garantias judiciais oferecidas às suas operações comerciais. Previsão esta que era bastante dificultosa à época do direito feudal consuetudinário, desprovido de um corpo profissional de juristas e sem uma autoridade central normadora.

Os chamados *fatores políticos* diziam respeito ao surgimento do Estado absolutista moderno. Como foi salientado, a estrutura jurídico romana, baseada na dicotomia direito público e direito privado, correspondia (sobretudo no período imperial da história de Roma), por um lado, à evolução autoritária e inquestionável do poder político, enquanto, por outro, garantia a autonomia dos agentes econômicos na esfera privada. Esta característica adequou-se perfeitamente àquela existente na Europa dos primeiros séculos da era moderna, em que o poder absoluto do rei na esfera política era contrabalançado pela liberdade comercial outorgada aos mercadores dos burgos. Desta forma, o direito romano atendia às aspirações de liberdade econômica da emergente classe burguesa, bem como à manutenção do status político da nobreza aglutinada em torno do poder centralizado do monarca.

Nos denominados *fatores sociológicos*, mencionamos o surgimento da burocracia, tal como se encontra exposto na obra de Max Weber. Sublinhamos a simultaneidade entre o desenvolvimento do processo de burocratização dos aparelhos judiciários das modernas nações europeias e o acolhimento da jurisprudência romana pelos nascentes Estados centralizados. Referimo-nos, brevemente, ao caso da Inglaterra, país que repeliu o modelo romano-justiniano de organização jurídica. Isto se deveu

à existência de um aparelho judicial burocratizado e solidamente estabelecido, que manteve a forma tradicional do direito medieval baseado no costume. Entretanto, o mesmo não ocorreu na Europa continental, onde o direito romano constituiu um forte instrumento de centralização administrativa, dada a sua característica estrutura hierárquica, composta por normas escritas emanadas de um poder central regulador. Ademais, o caráter tecnicamente complexo da jurisprudência romana propiciou o desenvolvimento da categoria profissional dos juristas, que a partir de então passaram a integrar os quadros da burocracia judicial dos Estados europeus.

Por fim, nos referimos, nos chamados *fatores epistemológicos*, ao trabalho desenvolvido pelos juristas medievais. Graças ao resgate dos textos jurídicos justinianos, inicialmente empreendido pelos expoentes da Escola dos Glosadores, é que foi possível o pleno conhecimento acerca do direito romano. Destacamos, ainda, o trabalho de sistematização dos preceitos jurídicos clássicos, levado a cabo primeiramente pelos comentadores do século XIV, que propiciou a criação de importantes categorias dogmáticas, tais como a ideia de negócio jurídico, a teoria da posse e do domínio, os critérios de definição de competência para o julgamento das lides etc. No entanto, a contribuição mais importante deste trabalho de sistematização foi o estabelecimento de critérios dogmáticos, que não somente levaram à criação de uma ciência do direito, mas também à formação de uma estrutura lógico-jurídica que, após, foi capaz de se desenvolver a ponto de abandonar os pressupostos romanistas a partir dos quais foi gerada. O estudo do direito romano, pelos juristas medievais, destinado à sua classificação e harmonização em categorias conceituais hierarquizadas, possibilitou a construção de uma sistema jurídico, que mais tarde foi fundado em uma razão de cunho jusnaturalista, desenvolvida pelos filósofos modernos dos séculos XVII e XVIII.

O presente estudo tratou genericamente das várias razões que determinaram o renascimento do direito romano nos diversos ordenamentos jurídicos europeus do final da Idade Média, objetivando mostrar o panorama geral do contexto de sua recepção. Como já foi notado, as causas arroladas não atuaram de forma exclusiva ou isolada, pelo contrário, combinaram-se em maior ou menor grau dentro dos diversos cenários específicos, obedecendo a variação das circunstâncias nacionais. Dessa maneira, questões específicas como a não aceitação da

jurisprudência romana na Inglaterra ou a sua recepção tardia na Alemanha só podem ser devidamente elucidadas a partir de uma análise das peculiaridades de cada nação, o que escapa aos nossos propósitos.

O principal objetivo deste trabalho foi o de chamar a atenção sobre o contexto dos diversos fatores que concorreram para o florescimento dos estudos romanistas. Procurou-se evidenciar o conjunto de fatores que resgataram o direito romano do esquecimento, mas também atuaram no sentido de adequar o direito romano às condições reinantes no final da Idade Média europeia. Essas condições, por sua vez, são contemporâneas ao surgimento da burguesia mercantil no cenário europeu ocidental. A burguesia estava ainda longe de conquistar o poder político, mas já era capaz de criar um modelo jurídico sobre as ruínas do antigo direito romano. A renovação do direito romano pelos juristas dos séculos XII a XIV foi um episódio da ascensão da burguesia na Europa ocidental, assim como foram o Renascimento, a Reforma e as Revoluções.

Com isso, se pretendeu evitar uma noção subjacente ao ensino do direito romano: a ideia de progresso ou de evolução dos institutos jurídicos clássicos. O direito romano, tal como é tratado pela doutrina jurídica civilista tradicional, aparece como um processo evolutivo de aquisição de um sistema jurídico racional e verdadeiro. Essa noção encerra uma ideia de continuidade ínsita à moderna ideia de progresso.

A tradução dessa ideia no âmbito do direito pressupõe uma certa regularidade no desenvolvimento dos institutos jurídicos, cuja história é o progressivo desenvolvimento dos sistemas normativos, ora norteados pelo saber científico cumulativo, na explicação do positivismo jurídico, ora por um conjunto de valores preexistentes, na compreensão do jusnaturalismo. Como constata Antonio M. Hespanha:

A história do direito era, nesta perspectiva, um vasto campo de afloramento do justo, um campo em que se documentava o parto, por vezes difícil e sincopado mas inevitável, das soluções jurídicas consagradas pela dogmática.

A ideia de que o direito existe separado dos fatos sociais, a qual Hespanha denominou de *juridicismo*, se formou a partir do século XIX e desempenhou uma função ideológica de legitimação da ordem social burguesa recém-instaurada. Essa justificativa, de um lado, mostrava os postulados da dogmática jurídica como o resultado de uma marcha peculiar

ao direito, que evoluiu desinteressada das questões político-sociais que compunham o seu contexto histórico. De outro lado, o juridicismo histórico constitui um saber erudito suficientemente hermético, capaz de contribuir para a constituição dos juristas como um corpo técnico e especializado. Foi dentro desse quadro que o direito romano emergiu como uma importante fonte histórica para aqueles que buscavam legitimar as novas construções dogmáticas como o resultado apurado de uma evolução da consciência jurídica.

Em síntese, contrariando a perspectiva do juridicismo, este trabalho buscou indicar o panorama histórico-social da formação do direito romano, bem como assinalar os diversos fatores que levaram a sua redescoberta pelos juristas medievais. Isso evidencia uma história que está longe de ser linear ou progressiva.

8. Institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônica Medieval

Rogério Dultra dos Santos

Introdução

De forma condensada, poder-se-ia dizer que dois foram os institutos máximos legados pela Igreja Católica para a constituição do direito ocidental moderno: a dogmática e o inquérito. O objetivo deste trabalho é ocupar-se do primeiro deles a partir da identificação do período medieval, traçando a trajetória da evolução do direito canônico enquanto construção dogmática e, conseqüentemente, como elaboração de um discurso que legitima a imposição da verdade a partir de um lugar de saber inquestionável, nascido de uma prática social politicamente determinada. Desse modo, a institucionalização canônica da dogmática será estudada como elemento de construção, manutenção e manipulação da verdade, fundamentadora de uma política autoritária imposta pela Igreja Católica durante o desenrolar da Idade Média, legitimando a lógica de um discurso que irradia sua influência até os dias atuais: o próprio discurso jurídico-dogmático.

Tal estudo partirá de uma visão histórica da formação do direito medieval, ressaltando de que modo o poder e a verdade foram normatizados socialmente, através da estruturação política da Igreja Católica com origem nos vínculos de autoridade política. Num segundo momento, mostrar-se-á como o direito canônico foi gerado apresentando-se institucionalmente como “lugar que sabe”, ou seja, como oráculo do poder, para se perceber, no final, de que maneira pôde a dogmática ser usada indiscriminadamente como instrumento de disciplina, alienação e sujeição teórica e social, forjando a própria estrutura do direito moderno através da violência simbólica.

Para esse fim, além das fontes informativas sobre a história do direito, será utilizada a construção sociológica de Max Weber no que respeita à estruturação do vínculo de fidelidade medieval, a análise sobre a “invenção” social da verdade a partir dos mecanismos de poder político na

obra de Michel Foucault e as críticas culturalista e psicanalítica de Pierre Legendre sobre a atuação simbólica - e, portanto, violenta - da dogmática. Com isso, objetiva-se perceber, de forma evidentemente introdutória, como o direito canônico medieval, no seu estado de topos privilegiado, serviu de “celeiro” para a instituição da dogmática como elemento discursivo de controle e manipulação social, principalmente através do sistema jurídico.

A Idade Média e o Vínculo Feudal como Instrumento de Dominação Através da Autoridade

Foi a partir da derrocada do Império Romano que a Idade Média se desenvolveu economicamente e encontrou fundamentação para justificar socialmente seu discurso de poder. A sustentação política intercontinental de Roma era baseada em três pilares básicos que, ao se desfazerem, provocaram a sua queda. Tais eram: a proteção militar da população, o incentivo ao comércio e a facilidade de comunicação com todos os lugares.

Dois fenômenos abalavam essa harmonia: a) o *modo de produção escravocrata* que deixava sem trabalho os homens livres, apesar de continuar sobrevivendo da política de conquistas militares e do equilíbrio de forças entre o exército romano e os povos germânicos que viviam nas fronteiras, os quais permitiam a reprodução das forças de trabalho quando se deixavam conquistar, sendo, desse modo, o sustentáculo econômico do Império; e b) o *cristianismo como religião oficial* - cujo clero já se tomava um corpo opulento e influente no baixo-império, cerca de 300 d.C. -, estimulando o aparecimento de seitas heréticas que traduziam o descontentamento da plebe com sua política autoritária, o que forçou as autoridades a reprimir com selvageria os vários germens de revolta.

O ocaso do Império Romano ocorreu, finalmente, com a invasão dos nórdicos à Europa central. As riquezas e as terras férteis dos arredores da magnífica Roma antiga eram uma tentação constante para os germânicos, que passaram a se agrupar em fortes alianças militares a fim de invadir Roma.

Os habitantes da Europa central, privados de muitos benefícios da civilização antiga, pareciam-lhes [aos romanos] atrasados e selvagens. Por isso chamavam bárbaros aos habitantes da

Germânia e outros povos que viviam fora do mundo escravagista. A palavra grega “Bárbaros” significava “aquele que rosna” ou “que fala uma língua incompreensível”, isto é, um “estrangeiro”. Esse termo adquiriu rapidamente um sentido pejorativo (...).

Com a invasão de Roma pelos “bárbaros” do norte, um dos primeiros traços da cultura ocidental eclode imediatamente: o etnocentrismo, que surge de uma percepção equivocada das características da etnia. A partir de uma identificação territorial, linguística e de tradições, os romanos acharam por bem impor uma auto-identificação enquanto raça diferenciada. Além de permitir a organização política do Estado romano, a discriminação cultural através de uma suposta unidade racial auxiliou a discriminação negativa ao diferenciado modelo cultural dos germanos. Tal processo teve e tem como consequências políticas a criação artificial da ideia de nação e atitudes de reação violenta contra aquilo que apareça sob bases culturais e sociais não-idênticas. O mesmo grau de preconceito e incapacidade de reconhecer a humanidade nos que não são da mesma cultura, da mesma língua e do mesmo território foi também uma característica marcante no período que encerrou a Idade Média, o período dos descobrimentos, e encontrou eco até mesmo no século XX.

Nesse contexto, algo de inusitado se desenvolveu nos escombros do Império Romano. O que predominava em termos de “instituição” social era algo originado da junção de características do regime escravocrata com o regime comunitário primitivo das tribos nórdicas. Os historiadores colocam geralmente que apesar de ambas as formações sociais estarem em crise, a sua mútua incorporação acabou por fomentar um novo regime social, o regime feudal.

O responsável político pela junção desses dois modos de vida diferenciados foi a Igreja Católica Romana. Por um lado ela negava aspectos importantes da cultura romana, como o caráter divino do imperador, a hierarquia e o militarismo; por outro lado, acabava por ser também um prolongamento do caráter universalista de Roma, fazendo, por exemplo com que o cristianismo fosse elevado à religião de Estado. Poder-se-ia sustentar, inclusive, o caráter racional da religião católica e de sua expansão. Embora a verdade divina fosse alcançada pela Revelação, pode-se perceber um projeto claro e lógico de dominação e a imposição de um modelo de pensamento através da teologia.

Que é a teologia? É admitir, evidentemente, a verdade da Revelação, mas voltar-se depois para aqueles que não compreendem a Revelação, os heréticos, os ateus, para lhes mostrar a verdade dessa verdade sagrada. De fato, a teologia consiste, segundo o vocabulário dos teólogos, em demonstrar a luz sobrenatural graças aos meios da luz natural, isto é, os meios desta razão que todos possuímos. E realmente a própria razão que trabalha.

Também será a razão a trabalhar na construção de um instrumental teórico e prático que será utilizado na manutenção e expansão do poderio terreno da Igreja Católica. Uma razão que funciona através da diferença, tão etnocêntrica quanto a política romana. O direito derivado da Igreja servirá, desse modo, para a sedimentação do poder institucional através de fundamentações “racionais” na interpretação da verdade. A razão será o instrumento total que permitirá à prática jurídica subjugar tanto os direitos paralelos, existentes na diferença - porque espontâneos e fragmentados -, quanto qualquer tipo de contestação expressa em interpretações “incompetentes” porque contra-hegemônicas e descentralizadoras do poder político-jurídico.

Antes de explorar as características do saber dogmático, porém, cabe entender como a Igreja Católica se tomou esta fortíssima instituição. Nesse aspecto, a atomização do espaço político, decorrente das invasões dos povos germânicos, acabou originando numerosos sistemas de governo menores e autônomos, o que causou uma confusão entre propriedade e autoridade. O fim das relações públicas entre indivíduo e Estado e a concentração progressiva da propriedade foram consequências de peso nesse novo quadro e deram origem a relações de produção diferenciadas, organizadas através dos vínculos de subordinação pessoal, característica determinante em todo o período medieval. Geralmente, diz Weber, as relações daí advindas caracterizarão o feudalismo e serão fixadas e estereotipadas na relação senhor/vassalo.

Essa relação política de cunho pessoal – “séquito” - tem origem notadamente germânica e trouxe a possibilidade, no século VIII, da breve reconstrução de uma estrutura transnacional de governo a partir da ascensão de Carlos Magno e da dinastia carolíngia. Ao largo desse acontecimento, em que pese a brevidade política do Império Carolíngio, a

instituição do “séqüito” possibilitou a existência dos feudos como estrutura econômica, jurídica, social, cultural, moral e política da Idade Média.

Seguindo sua análise dos tipos ideais no conhecimento das relações sociológicas, Max Weber classificara a relação senhor/vassalo como um “fazer cotidiano”, como rotina, cujos traços majoritários são os de uma relação de dominação carismática - realizada através de atos litúrgicos específicos, como a coroação -, diferenciada claramente de uma relação patrimonial por se basear em um contrato entre duas pessoas situadas acima da massa de cidadãos livres. As relações de tipo senhor/vassalo serão classificadas por Weber de feudais. Para ele:

As autênticas relações feudais, no pleno sentido técnico da expressão, existem: 1) sempre entre membros de uma casta que, do ponto de vista social, se encontra hierarquicamente articulada e, embora situada sobre a massa dos cidadãos livres, constitui frente a eles uma unidade. Trata-se de pessoas que, em virtude da relação feudal: 2) estão relacionadas entre si de um modo contratual e não mediante uma subordinação de caráter patrimonial. A relação de vassalagem não modifica a honra e o estamento do vassalo em prejuízo deste último. Pelo contrário, pode elevar sua honra, e a investidura, apesar de suas formas derivadas, não representa nenhuma devoção ao poder doméstico.

O poder senhorial no feudalismo está sempre à mercê de um vínculo privado contratual relacionado à existência de elementos pessoais dos que se encontram na posse dos meios administrativos - como a vontade de obediência e a fidelidade -, sendo esse poder, portanto, bastante problemático e precário. Atenta Weber que, apesar da predominância aparente dos vínculos feudais, o caráter ambíguo da relação feudal de fidelidade aparece no seu elemento contratual. Não são arbitrários os deveres e obrigações de tal relação, tanto que revogada está a fidelidade sempre no abandono do feudo pelo vassalo. Apesar disso, os deveres contratuais são fixos, bilaterais e obrigatórios.

A relação de “séqüito” tem, desse modo, uma estreita relação com a dominação germânica, aquela originariamente vinculada ao carisma de uma liderança diferenciada por qualidades morais e espirituais, explicitadas através das regras processuais do direito vindo do norte, o qual dispensa uma autoridade superior que decida o fim do litígio. Tendo em vista esses

aspectos específicos da formação das estruturas feudais de poder político, percebe-se que a força de uma liderança carismática foi fundamental também na utilização do direito germânico, e a descrição de sua lógica interna demonstra claramente que a importância social e política do líder conseguia, facilmente, dar fim a qualquer tipo de litígio.

Na Idade Média, o direito germânico foi utilizado, como instrumento privilegiado na resolução de conflitos, tanto pelas suas características próprias quanto pela ausência de um poder judicial organizado, baseando-se na sistemática da prova. Assim, o processo penal germânico era uma espécie de continuação da luta entre o ofendido e o acusado, uma “forma ritual de guerra”, que era utilizada substancialmente como método de produção e legitimação da verdade. Nessa “guerra” formal, as hostilidades regulamentadas poderiam cessar com um acordo envolvendo o resgate do direito de não ser mais vítima das vinganças mútuas que a caracterizavam. Como o objetivo aparente não era provar a verdade, e sim a influência social de quem participava da prova, geralmente o vencedor era o mais forte.

O direito germânico trouxe o modelo que originou o laço social mais característico do feudalismo: o vínculo de autoridade baseado no carisma de um líder guerreiro. Dessa forma, tendo consciência de que a manutenção do poder senhorial se dará através de vários instrumentos jurídicos e políticos, na sua tipologia pura Max Weber vai afirmar ser a relação de séquito baseada na dominação carismática, o feudo sendo, desse modo, uma apropriação dos poderes e direitos de mando exercida através de uma relação “fraterna” de fidelidade moral. Carisma, então, será a qualidade de uma personalidade - ou de uma instituição vinculada a uma personalidade -, qualidade esta considerada como extraordinária - originalmente “mágica” - e mesmo divina, para aqueles que são “adeptos” ou “dominados” pelo carisma. A sua manifestação jurídica mais visível, o controle da produção da verdade através do sistema germânico de provas legais.

Essa qualidade que funda a relação de dominação não importa objetivamente, isto é, não precisa existir na realidade, sustentando-se enquanto metáfora unificadora válida tão-somente para os crentes, para aqueles de certa forma alienados dos reais vínculos políticos que determinavam efetivamente as relações de poder. Ao largo disso, embora a

dominação carismática não possa ser classificada como um tipo puro de dominação, pode-se dizer que “o fundamento de toda dominação, e por conseguinte de *toda* obediência, é uma crença: crença no “prestígio” do que manda e dos que mandam”. Tal crença dará origem, no fim da Idade Média, à utilização do contrato como fundamento político da existência do Estado.

O que se perceberá a seguir é exatamente de que forma o Papa representará a materialização do carisma de Cristo e da Igreja Católica, estando, assim, vinculado simbolicamente à figura paterna: ente que protege e anima os fiéis na sua crença, encaixando-se no tipo ideal de dominação carismática e firmando terreno para fundar um modo diferenciado de resolução e controle dos litígios, baseado no direito romano-germânico e estruturado a partir de uma matriz dogmática, racional e autoritária.

A Igreja Católica Medieval e a Institucionalização do Direito Canônico como Prática Repressiva

Percebe-se que a religião floresce dos escombros de Roma como consequência do aumento de exigências morais justamente quando a palavra passa a ter também um aumento de significação social e econômica, enfim, “com a crescente importância da vinculação ética do indivíduo em um cosmos de “deveres” que permitem prever sua conduta”. Assim, o estabelecimento de relações sociais e econômicas de caráter feudal, de par com a legalização do catolicismo pelo imperador Constantino - no *Edito de Tolerância de Milão*, de 313 d.C. - vai favorecer o desenvolvimento da Igreja como autoridade religiosa e também temporal após o fim do Império Romano.

A partir dessas considerações, sustentam Tigar e Levy:

A Igreja foi (...) uma força onipresente no desenvolvimento financeiro e jurídico da Europa. Como maior latifundiário, estava comprometida com a defesa do feudalismo, e com toda a sua autoridade auxiliou na repressão das revoltas de camponeses que varreram o continente. Denunciava como hereges ou trancafiava

em mosteiros todos aqueles que desejavam restabelecer a imagem de urna Igreja comunal, apostólica.

Assim, a Igreja veio a participar como grande senhor feudal, já que despontou como proprietária de vastas extensões de terra e, por seu poder espiritual e temporal abranger toda a Europa durante o período medieval, foi certamente a única instituição sólida existente. As poucas cidades que sobreviveram à desintegração do Império Romano foram, por conseguinte, as cidades episcopais e arcebispais.

A partir do século V a Igreja Católica começa um longo e colossal trabalho para unificar na fé cristã todos os recantos da Europa, grandemente dominada pelos povos do oriente. Além dos grandes missionários, figuras geralmente santificadas que construíam uma aura de respeito e admiração interna na Igreja - como Santo Antônio, por exemplo, uma forte arma de pregação seria também a implantação de mosteiros, braços avançados da propagação da fé e de controle econômico-social, que se articulavam de dois modos distintos:

(...) além de servirem como demonstração prática de cristianismo, e servir como centro de educação (...) eram (...) a sede de um bispo-monge, e assim desempenhavam um papel institucional e espiritual na evangelização.

Em relação a uma genealogia propriamente dita do direito canônico medieval, a primeira observação é que, na Idade Média, nota-se um verdadeiro amálgama de legislações, fazendo qualquer tentativa de organização metodológica dos variados sistemas legais um esforço reducionista e formal. Logo a partir do século V o direito romano não se furtará de conviver paralelamente com o direito germânico dos povos do norte, e, até o século VIII, observa-se a progressiva condensação desses vários direitos.

Antes de tal processo realizar-se totalmente, e levando-se em conta o desmembramento do poder do Estado na Europa medieval, a segunda observação possível dessa genealogia é a característica descentralização da justiça, isto é, a dissolução da resolução das contendas particulares pelas várias autoridades temporais - os senhores feudais - agora investidas de jurisdição. O caso mais grave para resolver era o referente às leis de aplicação pessoal, em que o indivíduo só poderia responder pelas acusações que violassem as leis do seu próprio grupo, isto é, cada um vivia

sob seu próprio direito. Os diferenciados modos de resolução de litígios que envolviam a aplicação de leis pessoais deram sobrevida ao direito romano no ocidente e foram o gérmen de alguns princípios do direito internacional privado moderno.

Na alta Idade Média, a partir do momento em que deixa de existir um poder judiciário organizado, a liquidação das contendas era feita entre os indivíduos:

(...) o poder em geral era exercido através da jurisdição. A jurisdição era política, a ponto de se poder dizer que os meios pelos quais os senhores arrancavam os excedentes dos camponeses eram mais políticos que econômicos.

No entanto, à medida que crescia a influência da Igreja Católica nas questões temporais - já que toda concessão de terra trazia autoridade para o concedente em relação ao concessionário -, os tribunais seculares passaram a ser pressionados para julgar seus litígios a partir do direito , canônico e para transmitir seu poder de decisão aos tribunais canônicos:

Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e poderosos.

A jurisdição eclesiástica passou a ser competente, por exemplo, para julgar todos os casos relativos ao casamento e à maioria dos litígios envolvendo o direito de família.

Os cânones são regras jurídico-sagradas que determinam de que modo devem ser interpretados e resolvidos os vários litígios. Mais que regras, são leis, isto é, são verdades reveladas por um ser superior, onipotente, e a desobediência, muito mais que uma infração, é um pecado. Os cânones são os desígnios de Deus, transformados em regras a serem seguidas sem questionamento pelos homens. O “cerco” dogmático começava a se formar. A partir daqui, inicia-se a história da sacralização do direito na Idade Média.

Estabelecida sua legitimidade divina no decorrer da baixa Idade Média, resta saber como essas leis foram organizadas, Um momento fundamental para compreender o fenômeno do direito canônico, por ser este um direito

escrito, é o de sua compilação. Após intensa atividade jurisdicional, a Igreja passou a considerar o antigo direito romano como legislação viva - embora esparsa -, que deveria ser interpretada por doutores abalizados pelo clero nas universidades, como a de Bolonha, responsáveis pelo sentido oficial dos textos romanos:

(...) bibliotecas e mosteiros da Igreja [passaram a ser] centros de cultura e estudos dos textos jurídicos romanos. Na verdade, todas as dioceses reivindicavam o direito - e aplicavam-no - de licenciar todos os mestres em artes liberais.

A Igreja passou a monopolizar a produção intelectual jurídica na idade feudal. Define-se a função dogmática dos doutores universitários, doutores não pelo conhecimento, mas pela autorização divina de revelar, ou melhor, de dizer a verdade da lei, legitimando o discurso oficial do papa e da Igreja, de forma extremamente regrada. Tal legitimação deve, assim, ser percebida como fundamentação retórica para um eficaz e real exercício de dominação e submissão levado a cabo pela Igreja na Idade Média: mais que revelar a verdade, o que o jurista canônico externa é a vontade política do poder eclesiástico em fazer valer os seus comandos.

Mas de que maneira esta submissão era engendrada nos aparelhos do Estado eclesiástico? Como a irradiação necessária do saber era realizada efetiva e inconfundivelmente na sociedade medieval? Questões como estas indicam a noção de que, ao manifestar-se através do direito canônico, o poder político subtrai toda e qualquer aura de magia ou revelação divina presentes como caracteres tradicionais próprios, revelando que ambos não passam de simples mecanismos de dominação. Assim, para tentar encaminhar de forma didática estas inquietações, recorre-se a Foucault quando sustenta que é preciso

captar o poder nas suas últimas ramificações, lá onde ele se torna capilar; captar o poder nas suas instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e o delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material, eventualmente violento.

É a materialização desse poder abstrato, herdado da revelação divina, que importa delimitar. Menos que compreender e perceber a existência de um saber repressor e/ou formatador de condutas individuais e jurídico-

políticas, toma-se importante e, talvez, fundamental, identificar o locus menos “jurídico” e mais “real”, o local onde se materializa a violência imediata e explícita daquele saber. Diz Legendre que esse lugar de materialização da “violência simbólica” é a universidade.

Nesse lugar sagrado e protetor, trama-se a doutrina do verdadeiro e são executadas as classificações para designar o erro. Segundo esta exigência fundamental, a Universidade (...) participa da função política de suspeitar. (...) Nos tempos antigos da Europa latina, (...) a conservação e o embelezamento da Lei, a propaganda para o amor do Poder e a definição dos inimigos da Fé, passavam essencialmente por este lugar sacrossanto, hoje caricaturado.

O que sobressai neste ponto é que, mais que as respostas, eram também as perguntas propostas sujeitas à delimitação. O conhecimento jurídico formado nestas escolas era o da reprodução “recitada” do conhecimento, geralmente vinculado ao amor da onipotência, em que “os argumentos *pro* e *contra* se desenvolvem na zona definida pelo texto.” Pois é disso que se trata a transmissão regrada dos cânones, isto é, trata-se de uma “ciência” universal e sacrossanta de imposição e transmissão do poder, de reprodução assegurada da verdade, cujo texto aparece como fundamento e limite da interpretação.

Desse modo, e observando as especificidades históricas - aproximadamente em 1140 -, uma miríade de decretos, leis, pareceres e decisões das autoridades eclesiásticas é compilada por Graciano - um monge professor de Teologia em Bolonha. Reflexo da torrente de legislações tentando normatizar os procedimentos através da instituição/institucionalização da verdade, já bastante controversa por si mesma, é a publicação de Graciano, *A concordância dos cânones discordantes* - *Concordantia Discordantium Canonum* ou, logo após, *Decretum* -, primeira parte do *Corpus Juris Canonici*, de 1528:48 “A partir daí, o Direito Canônico desenvolveu-se por decreto papal, interpretação oficial e julgamento de litígios nas cortes eclesiásticas.”

Isso aconteceu exatamente porque se multiplicavam interpretação dos advogados dos comerciantes vinculados ao Estado secular, causando problemas à administração eclesiástica, principalmente quando utilizavam o direito civil dos romanos, que até pouco tempo antes ainda era permitido e ensinado pela própria Igreja. Embora discordantes internamente, como o

próprio título do livro de Graciano faz perceber, os cânones deveriam ser considerados como a palavra de Deus legislada pela boca do Papa, verdade absoluta e incontestável.

A crítica à Igreja passa a equivaler ao crime de lesa-majestade. Não admitindo questionamentos, a Igreja tem de mobilizar toda uma tecnologia repressiva para controlar os possíveis revoltosos, e essa tecnologia é o discurso jurídico canônico materializado na Santa Inquisição, com seu sistema de construção aflitiva da verdade. O modo de sustentação dessas afirmações exemplifica-se quando a interpretação canônica dos textos romanos e os próprios textos e decretos da Igreja passam, a partir de 1180, a ter primazia com a proibição do estudo do direito romano aos monges e com o fechamento das escolas de direito civil, ordenado por Henrique III em 1234.

A interpretação competente dos doutos universitários, o controle do sentido da jurisprudência, as técnicas de conhecimento, transmissão e reconhecimento dos textos canônicos vão constituir-se como práticas sociais que submeterão a realidade à simbologia jurídica de uma versão parcial e comprometida. O direito canônico irá servir como modelador, como “censor” da realidade que incomodava a instituição eclesial, como estrutura dogmática e como instituição de repressão/formação das condutas na sociedade.

Conclusão

Ao analisar a instituição de uma nova relação de poder a partir da compilação dos vários documentos jurídicos que sustentam a atuação da Igreja, Pierre Legendre conclui que o texto sistematizado e glosado na Idade Média se apresenta como discurso dogmático que busca construir o mito da verdade instaurando-se como censura da realidade, isto é, como violência que percorre símbolos de sociabilidade e os atravessa de acordo com os interesses imediatos do oráculo do poder. O “sistema de censura ocidental”, definido como dogmático por Legendre, não subsistiria sem a constituição de um saber específico e determinado como verdadeira “ciência sagrada do poder”, exatamente porque preche de autoridade. Este saber é o discurso jurídico.

Para sua total eficácia, o discurso jurídico passou a referir-se à norma escrita e limitar-se na sua existência a um objeto sagrado e verdadeiramente reverenciado: o livro. Diz Legendre

O livro aí está, objeto monumental e signo de legitimidade, lugar físico da Palavra conservada e reservatório das autoridades. Eis, portanto, por que devemos reconhecer a importância desse material, investido de uma carga mística: nele se esconde, com efeito, um discurso primordial, mais ou menos mostrado pelo comentário.

A verificação e o ajustamento de qualquer enunciado dos cânones e dos comentários devem sempre se referir à compreensão mais abrangente do direito canônico da época medieval e, para isso, é preciso estabelecer sua estatura, mostrando o lugar que ocupa na topologia medieval. Segundo Legendre, o direito canônico aparece, então, como “saber sagrado, privilegiado e separado dos outros (...); só nesse lugar aí é que se domina afinal e se justifica a natureza”, é o lugar idealmente construído onde a verdade pode ser “naturalmente” “encontrada”.

O teórico francês Michel Foucault sustenta que é possível perceber que as práticas jurídicas nas instituições historicamente situadas são as reais produtoras da verdade e do sujeito sobre quem deve recair essa verdade. As relações de luta e de poder travadas nas instituições e para a sua constituição, sustentação e seu desenvolvimento é que definem o conhecimento. Para Nietzsche, por exemplo “não há uma natureza do conhecimento, condições universais para o conhecimento, (...) o conhecimento é, cada vez mais, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento”.

Conhecimento historicamente datado, político e interessado, o direito se realiza como e através de práticas e, com elas, constrói seu sentido de verdade, apresentando-se publicamente como “o” sentido da verdade. A história da constituição das verdades jurídicas é a história da institucionalização das práticas jurídicas enquanto centralizadoras do poder político e, ao mesmo tempo, inventoras do saber dogmático e canonizado. É a isso que se chama violência simbólica, a violência da normatização da palavra, da verdade e das práticas políticas (jurídicas) que a estruturam para modificar e dominar as instâncias sociais.

Pode-se dizer que, a partir dessa perspectiva, o direito canônico enquanto instituição jurídica - se encontra inafastavelmente associado à questão de quem proferirá a palavra legítima, ou seja, de quem terá a premência de dizer o que é a verdade e, com isso, controlar a instituição da própria realidade. Para além do lugar de legitimidade, o direito canônico se arvora em objeto de amor daqueles a quem subordina com seus comandos. A obediência inquestionada, alçada ao grau de verdadeira adoração, define o amor dos dominados. Tal amor incondicional, cujo vacilar impõe a culpa, caracterizará a genialidade do exercício do poder da Igreja medieval e a sua fundação no processo de veneração absoluta do papel da autoridade, como instrumento de reprodução das instâncias de dominação.

Desse modo, por serem os sujeitos que materializam o saber divino na terra, a Igreja e o direito canônico têm o condão de proceder “a demarcação do lugar ideal onde reside a Palavra que deve governar não esse ou aquele aglomerado, mas realmente todo o gênero humano”. O direito canônico permitirá, nesse sentido, o exercício jurídico do império católico por meio de rigorosa lógica, dogmática, que implicará a existência de uma monarquia sacerdotal onipotente na jurisdição (no dizer o que é o direito): o Papa será o pontífice católico e imperador romano ao mesmo tempo (*viva vox juris*). Dirá Legendre que:

Encontra-se assim claramente posta, pelo viés do discurso canônico, a questão das relações do mito com o pensamento. É possível observar, atrás da disposição do pontífice onisciente, uma certa ideia do determinismo, o esquema predeterminado de um circuito e do encadeamento das causas, uma vez que esse oráculo dispõe do poder supremo de distinguir, tendo que dizer não só o Direito mas a ciência, ao opor o bom-verdadeiro-necessário ao mau-falso-contingente (...) O Direito Canônico se apresenta assim já como o discurso transcultural (e profundamente negador) da era científica.

O direito canônico nasce como discurso que exclui a cultura e o diferente quando se auto denomina único e natural através do processo de “canonização” das interpretações e, principalmente, quando, sob esse pretexto, funda e pune o comportamento herético e também quando especifica as práticas de excomunhão e penitência. A lógica dogmática se materializa enquanto prática repressiva institucionalizada, como formadora do comportamento humano através da supressão de quaisquer realidades simbólicas distintas da “verdade” codificada.

Nesse sentido, a pluralidade das relações humanas e a possibilidade de expressão diferenciada frustram-se pelo raciocínio excludente instaurado na prática jurídico-política que dogmatiza o acontecer social. A Igreja, por fim, marginaliza e exclui os que não fazem parte da crença maior, e o direito canônico surge como instrumento que assegura e legitima essa divisão, punindo os diferentes e os insatisfeitos. O desenvolvimento futuro do direito, a partir desse momento, esteve absolutamente comprometido com essa economia da verdade (economia antes de tudo racional) que é a construção dogmática do saber.

9. Aspectos Históricos, Políticos e Legais da Inquisição

Samyra Haydêe Naspolini

Introdução

Pode-se dizer, de forma segura, que o fenômeno da Inquisição é um dos fatos históricos mais controvertidos entre os estudiosos do período em que ela se desenvolveu.

O estudo ora proposto observará, portanto, este caráter polêmico da interpretação dos fatos históricos a seguir narrados.

Inicialmente, a grande cruzada religiosa empreendida pela Igreja Católica contra os hereges, nos séculos XII e XIII - a denominada Inquisição Medieval -, também é sinônimo da grande caça às bruxas e hereges que ocorreu principalmente entre os séculos XV e XVII em toda a Europa Ocidental e em suas colônias.

O presente trabalho não tem por escopo explicar o porquê do acontecimento da Inquisição, nem dar conta de todas as suas causas. Pelo contrário, enfoca principalmente as mudanças no direito penal, como condição necessária para o acontecimento desse fato histórico, associadas aos aspectos políticos e ao contexto social nos quais a Inquisição encontrou potenciais aliados para atingir o seu apogeu.

Tratar-se-á, primeiramente, dos aspectos históricos da Inquisição. De como foi possível o seu surgimento e os seus objetivos. A análise do contexto social, bem como dos aspectos políticos que embasaram a união do poder espiritual ao poder temporal na caça aos hereges; procurará elucidar, ainda, de forma superficial (por não ser o verdadeiro objeto do presente estudo), as relações entre a Igreja e o Estado naquele período.

Numa etapa posterior, abordar-se-á a questão jurídica. Sob a influência da Igreja, todo um sistema de direito penal (o acusatório) foi alterado, para que os crimes de heresia e bruxaria pudessem ser eficazmente combatidos. Novas regras para o processo, que lhe conferiram feição inquiritória, aliadas à reintrodução da tortura como meio de extrair a confissão, redundavam num processo do qual dificilmente o acusado escapava sem condenação.

Essas questões legais fizeram da Inquisição uma operação essencialmente judicial. O número de condenados por heresia variou conforme a área geográfica, tendo sido a Inquisição muito mais intensa em algumas regiões do que noutras. Em virtude da destruição de muitos registros judiciais, é impossível determinar precisamente o número total de julgamentos e execuções realizadas. As cifras variam entre os historiadores. Alguns chegam a afirmar a ocorrência de nove milhões de execuções, outros um milhão; o historiador Brian P. Levack estimou que as efetivas condenações somente por bruxaria foram de 100 mil. A metade delas concentrou-se em terras germânicas pertencentes ao Sacro Império Romano. A outra metade dividiu-se entre os territórios em que hoje se situam a Itália, a França, a Suíça, a Polônia, Portugal e Espanha. Essas eram as áreas de maior concentração, pois - frise-se - a Inquisição foi um fenômeno ocorrido em toda a Europa ocidental e suas colônias.

Aspectos Históricos e Políticos

No apagar das luzes da Antiguidade, a religião pregada por Cristo impôs-se ao Império Romano, tomando-o cristão. O cristianismo intitulava-se a única religião verdadeira para a universalidade dos homens, mas a Igreja só começou a desempenhar um papel importante na vida política e social do Império Romano em 313 d.C. com o *Edito de Tolerância de Milão*. A partir dessa data, pouco tempo transcorreu até o cristianismo tomar-se a religião oficial do Estado, transformando a Igreja em uma de suas principais instituições.

Foi no período da Baixa Idade Média (séculos XII e XIII) que o poder eclesiástico atingiu o seu apogeu; os reis recebiam o seu poder da Igreja, que os sagrava e podia excomungá-los.

Nesse período é que teve início a Inquisição, criada para combater toda e qualquer forma de contestação aos dogmas da Igreja Católica. Recebeu essa denominação devido ao processo *per inquisitionem* utilizado pelas cruzadas religiosas no combate às heresias.

O termo heresia englobava qualquer atividade ou manifestação contrária ao que havia sido definido pela Igreja em matéria de fé. Dessa forma, na qualificação de hereges encontravam-se os mouros, os judeus, os cátaros e albigenses no sul da França, bem como os supostos praticantes de bruxaria.

Na sua origem, a Inquisição foi denominada de Inquisição Medieval e consistia na identificação, julgamento e condenação de indivíduos suspeitos de heresias. Essa tarefa, primordialmente desempenhada por membros do clero, no início da Idade Moderna já se encontrava dividida entre Tribunais Eclesiásticos e Tribunais Seculares.

Dentre outros fatores, o fato de a Igreja possuir enorme influência sobre o poder temporal e necessitar do auxílio do Estado para combater as heresias, esse tipo de crime passou a ser considerado crime de “lesa-majestade”, razão pela qual a competência para o seu julgamento foi estendida aos Tribunais Seculares.

Os dois tipos de tribunais adotaram o mesmo procedimento: aprisionavam as pessoas com base em meros boatos, interrogavam-nas, fazendo o possível para conseguir-lhes a confissão que, ao final, levava à condenação. Variando conforme a gravidade do crime, a condenação consistia na execução do condenado pelo fogo, banimento, trabalho nas galeras dos navios, prisão e, invariavelmente, no confisco dos bens.

A Inquisição Medieval penetrou em vários países da Europa Ocidental, chegando a alguns países da Europa oriental, mas foi na época Moderna, nos séculos XVI, XVII e XVIII, que ela atingiu o seu apogeu, estendendo-se inclusive às colônias.

Ao final da Idade Média e início da Idade Moderna, ocorreu na Europa uma explosão demo gráfica violenta, o que levou ao aumento da pobreza e a uma pressão crescente sobre a oferta limitada de recursos. A introdução do capitalismo mercantil e agrário em muitas regiões ocasionou um grande aumento no preço de todas as mercadorias.

Por outro lado, a situação de fome era acrescida de períodos de más colheitas, pragas, pestes e surtos de doenças epidêmicas em quase todas as regiões.

Outro grande flagelo a recair sobre a população e tomar a situação de miséria ainda mais crítica foram as guerras nas quais os povos digladiavam-se frequentemente durante todo período e em todas as regiões.

Não resta dúvida, entre a maioria dos historiadores, de que todo este clima de tensão e miséria vivenciado pela sociedade tenha gerado entre os detentores do poder o medo de rebeliões e desordens, e que, portanto, tenha levado ao acirramento da Inquisição.

A Inquisição Medieval, inicialmente criada pela Igreja para combater as heresias, em sua versão moderna, além de revelar-se muito mais violenta, apresenta também uma dimensão política, que foi sendo desenvolvida desde o seu surgimento, principalmente com sua utilização pela nobreza na perseguição de indivíduos que constituíam ameaça ao seu poder.

Um exemplo claro das implicações políticas da Inquisição encontra-se na Península Ibérica, mais precisamente na Espanha moderna.

Durante a Idade Média, a Espanha mostrou-se como um dos países mais tolerantes da Europa em relação aos hereges. Durante esse período, cristãos, muçulmanos e judeus coexistiram num mesmo território de forma pacífica e até mesmo em solidariedade. Por essa razão, até o século XV a Inquisição não obteve quase nenhuma penetração no país.

Por ocasião do casamento da princesa Isabel de Castela com o príncipe Fernando de Aragão, em 1469, a Península Ibérica encontrava-se dividida em três monarquias: Portugal, Castela e Aragão.

Em 1469, Fernando herdou o reino de Aragão e, em 1474, Isabel, o reino de Castela. Após essa data houve a unificação dos dois reinos. Porém, os reinos herdados pelos chamados *reis católicos* encontravam-se em um caos político e financeiro devido a disputas travadas entre os membros da nobreza.

Com sua política de pacificação, os *reis católicos* fizeram muitas concessões aos nobres, tanto de terras quanto de poder para dirigir o país. Ocorre que a ocupação de cargos importantes no Estado por mouros e judeus, bem como a sua facilidade em crescer financeiramente com o comércio, revelou-se um entrave aos interesses da nobreza.

Em 1492, a nobreza, movida pelos ideais da reconquista, expulsou os mouros de Granada, através do controle que obtinha de todo o aparato militar do reino. No mesmo ano, um edito decretou a expulsão dos judeus da Espanha, caso não se convertessem ao catolicismo.

Alguns milhares de judeus preferiram deixar a Espanha, outros milhares, que aceitaram o batismo e permaneceram no país, foram chamados de *conversos*. Os *conversos* continuaram a manter o domínio sobre o comércio e o capital. Portanto, a expulsão e o batismo forçado não conseguiram acabar com essa classe que seguia sendo uma ameaça aos interesses da nobreza.

Foi nesse contexto que a Inquisição ganhou força na Espanha; instituída sob o pretexto de verificar a sinceridade da conversão dos judeus, foi utilizada pela nobreza e pelo clero para atingir o ideal que a expulsão não realizou.

O que emerge de tal situação é que a Inquisição nada mais era que uma arma de classes, usada para impor, em todas as comunidades da península, a ideologia de uma única classe: a aristocracia dos leigos e dos eclesiásticos.

O exemplo da Inquisição Espanhola serviu para evidenciar que somente tendo uma compreensão do contexto histórico e político é que se pode pensar em estudar a Inquisição.

Aspectos Legais

O direito canônico, que era o direito da comunidade religiosa dos cristãos, desempenhou um papel importante durante toda a Idade Média. Foi um direito redigido, comentado e analisado desde a Alta Idade Média, tendo sido o único direito escrito durante a maior parte do período. Elaborado inicialmente para aplicar-se aos membros e as autoridades do clero católico, sua influência sobre as legislações da Europa ocidental deveu-se ao alargamento do poder jurisdicional dos Tribunais Eclesiásticos que, durante a Idade Média, estendeu-se aos leigos.

Em matéria penal, era de competência dos Tribunais Eclesiásticos processar e julgar todas as pessoas que praticassem alguma infração contra a religião (heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, bruxaria, etc.), bem como o adultério e a usura. No apogeu da Inquisição, os Tribunais Seculares da Europa ganharam jurisdição sobre tais crimes, suplementando os Tribunais Eclesiásticos como instrumentos judiciais da perseguição.

Decorrem, assim, da explanação acima, os vários fatores que levaram à significativa influência do direito canônico sobre o direito laico. Primeiramente, porque era um direito escrito e formalizado. Por constituir-se objeto de vários estudos doutrinários e ter sido sistematizado antes que o laico, teve grande influência na sua formulação e no seu desenvolvimento. Em virtude das relações entre Igreja e Estado, o poder da Igreja acabou refletindo-se sobremaneira nos princípios e na lógica de ordenação do

direito laico. Finalmente, a extensão da competência dos Tribunais Eclesiásticos tomou a caça aos hereges essencialmente uma operação judicial. Igreja e Estado uniram-se no combate à proliferação dos seguidores de Satã, que ameaçavam não somente o poder da Igreja, como o poder do soberano.

Todo esse aparato legal não pode ser considerado como a causa da Inquisição, mas, segundo Levack, foi uma condição necessária, aliada a fundamentos culturais e teológicos, tais como a crença na existência de seitas de indivíduos adoradores de Satã, bem como a convicção na capacidade que tais indivíduos adquiriam de praticar malefícios após um pacto firmado com o Diabo. Todos esses fatores encontravam-se inter-relacionados, uma vez que cada processo, cada sentença lida em público, fornecia novos dados para a elucidação sobre os crimes de heresia, alimentando o imaginário popular, bem como o dos juristas, teólogos, filósofos e demais intelectuais da época.

* * *

Em termos legais, o que realmente propiciou um julgamento intensivo dos hereges, com todos os seus requintes de barbárie, ao final da Idade Média e início da Idade Moderna, foi a mudança ocorrida no sistema penal, entre os séculos XII e XIII.

O período mais importante na formação dos direitos europeus, quando passou-se de um sistema irracional para um sistema racional de direito, principalmente no que dizia respeito à prova, foi a mudança do processo acusatório para o processo de inquirição (*inquisitio*).

No sistema acusatório, a ação penal só poderia ser desencadeada por uma pessoa privada, que seria a parte prejudicada ou seu representante. A acusação era pública e feita sob juramento, resultando na abertura de um processo contra o suspeito. Se as provas apresentadas pelo acusador fossem inequívocas ou se o acusado admitisse sua culpa, o juiz decidiria contra ele.

Em caso de dúvida, a determinação da culpa ou inocência era feita de modo irracional, recorrendo-se à intervenção divina para que fornecesse algum sinal contra ou a favor do acusado. Não cabia ao homem a investigação do crime, pois o assunto era colocado nas mãos de Deus.

A forma comumente utilizada era o chamado ordálio, teste ao qual o acusado submetia-se como meio para verificação de sua inocência. Os exemplos de prática do ordálio são variados: entre outros, o acusado

mergulhava o braço em água fervente ou então carregava ferro em brasa, sendo que, após um certo número de dias, caso fosse inocente, deveria mostrar a ferida milagrosamente curada por obra de Deus; ou então era mergulhado num rio e seria considerado inocente caso afundasse (pois, neste caso, Deus tê-lo-ia acolhido).

Além do ordálio, eram frequentes os duelos judiciais, nos quais o acusado ou o seu padrinho duelava com o acusador ou padrinho, e a vitória daquele era sinal de sua inocência. Outra forma de provar a inocência era obter um número considerável de testemunhas que jurassem a honestidade do acusado. Chamado de processo por compurgação, aplicava-se a crimes considerados menores.

Em qualquer das formas descritas acima, utilizadas no processo, a atuação do juiz era somente a de árbitro imparcial, que orientava todo o processo, mas nunca julgava o acusado. O papel de promotor era desempenhado pelo próprio acusador, que seria julgado caso o réu provasse a sua inocência.

Esse sistema apresentava sérias deficiências: a) tomava os crimes ocultos difíceis de serem julgados; b) consistia num risco para a pessoa do acusador, que responderia um processo em caso de inocência do acusado; c) o apelo a meios sobrenaturais de prova poderia ensejar a manipulação do processo em benefício do acusado; d) uma maior resistência à dor e a facilidade para a cura de ferimentos, bem como técnicas respiratórias poderiam facilitar a passagem pelo ordálio; e) homens de renomada reputação ou muitas posses poderiam reunir muitas testemunhas e ser inocentados através da compurgação.

* * *

O processo por inquérito, que veio substituir o processo acusatório no século XIII, consolidando-se em toda a Europa continental no século XVI, alterou profundamente todo o sistema penal, atribuindo ao juízo humano um papel essencial, condicionado pelas regras racionais do direito. As falhas do antigo sistema demonstravam a ineficácia para o combate à crescente criminalidade. Esse fenômeno, aliado à restauração do estudo do direito romano, estimulou de uma forma direta a mudança do sistema penal. Outros fatores políticos e filosóficos, como, por exemplo, a influência dos humanistas historicistas, foram de real importância para essa

mudança, que foi reflexo de toda uma reformulação da concepção de direito.

Mas, foi a Igreja que, principalmente, influenciou e incentivou a adoção dos novos procedimentos no sistema penal. Mudando inicialmente a forma do processo nos Tribunais Eclesiásticos, a Igreja proibiu, no IV Concílio de Latrão (1215), a participação dos clérigos nos ordálios. O ordálio, que apelava à providência divina para estabelecer a culpa ou inocência do réu, requeria a presença de clérigos para abençoar a operação. Estando estes, a partir do Concílio, proibidos de participar dos ordálios, não mais poderiam ser realizados.

Entretanto, a atitude da Igreja não foi movida por motivos humanitários. A introdução de novos procedimentos - dentre os quais se incluía a proibição do ordálio - ocorreu principalmente pelo fato de que o novo sistema mostrava-se muito mais eficiente no combate aos crimes de heresia, que aumentava em enormes proporções ameaçando o seu poder.

No processo por inquérito, o desencadeamento da ação penal ainda poderia ser feito pela acusação privada, mas o acusador não tinha nenhuma responsabilidade em caso de inocência do réu. A denúncia também poderia ser feita por habitantes de uma comunidade inteira. Os oficiais do tribunal poderiam intimar um suspeito de crime com base em informações por eles mesmos obtidas. Segundo Robert Mandrou, “todas as pequenas querelas, todas as tagarelices de aldeia podem servir de base para denúncias”.

A iniciação do processo nesta modalidade facilitou não só o julgamento de todos os crimes, como demonstrou-se muito eficaz na caça aos hereges. No temor cotidiano vivido pela população, quanto aos poderes de Satã, tudo poderia significar sinais da prática de bruxaria e heresia; desde extravagâncias no comportamento, mau humor, até o exercício do curandeirismo. Era comum atribuir às feiticeiras as tempestades e as pragas que se abatiam sobre a plantação, bem como as pestes sobre o gado. Doenças como reumatismo, cálculo renal e até impotência sexual encontravam sua justificação na pessoa da bruxa. Para tanto, bastavam alguns boatos e dificilmente ela escaparia do processo.

Outro fator que diferenciou o processo por inquérito do processo acusatório, foi a oficialização de todas as etapas do processo judicial a partir da apresentação da denúncia. O juiz, no novo sistema, já não era mais um árbitro imparcial que presidia um conflito a ser resolvido pelo

sobrenatural. Ao contrário, ele e os demais oficiais do tribunal assumiam a investigação dos crimes e determinavam a culpabilidade ou não do réu, normalmente através do interrogatório de testemunhas e do próprio réu, tudo registrado por escrito. Como elucidada Michel Foucault, o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto, não apenas para o público, como também para o acusado, que não conhecia as acusações contra ele, os depoimentos das testemunhas e nem as provas colhidas:

(...) era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa.

Ainda, segundo Foucault, a forma secreta e escrita do processo conferia o poder de estabelecer a verdade, única e exclusivamente aos juizes e profissionais do direito, o que em última instância correspondia ao direito de punir do soberano.

Mas, apesar do segredo, o estabelecimento da verdade obedecia a certas normas. As evidências do crime eram investigadas e avaliadas mediante regras meticulosamente formuladas, o que dava ao processo de inquérito o caráter de racionalidade, que fazia com que os padrões de prova, nesse tipo de processo, fossem extremamente rigorosos. Toda uma tradição de direito romano-canônico prescrevia exatamente a natureza e a eficácia da prova. As provas dividiam-se em: diretas, indiretas, manifestas, imperfeitas ou, ainda, as provas plenas (testemunho ocular de duas pessoas), indícios próximos (chamados de provas semiplenas) e os indícios longínquos (opinião pública, má fama do suspeito, etc.).

As provas plenas poderiam acarretar qualquer condenação, as semiplenas ensejar suplícios, mas nunca a pena capital, e os indícios bastavam para declarar um suspeito e iniciar investigações. Todas essas provas poderiam ser combinadas entre si, de modo que duas provas semiplenas transformavam-se em uma prova direta. Vários indícios poderiam gerar uma meia prova etc. O problema estava no fato de que toda esta aritmética penal, além de ensejar sérias discussões quanto à forma de combinação das provas, obstruía seriamente a averiguação dos crimes de heresia. Todas as demais provas, por mais combinações que pudessem

sofrer, não se transformariam em prova plena. Como os crimes de bruxaria e heresia eram crimes ocultos, as provas obtidas dificilmente seriam, por exemplo, de duas testemunhas que houvessem presenciado uma bruxa criar uma tempestade. Fazia-se mister a confissão. Além de constituir uma prova tão forte, a ponto de prescindir de outras, a confissão era o assentimento do próprio acusado em relação à culpabilidade no crime a ele imputado.

(...) a confissão ganha qualquer outra prova. Até certo ponto ela as transcende; elemento no cálculo da verdade, ela é também o alo pelo qual o acusado aceita a acusação e reconhece que esta é bem fundamentada; transforma uma afirmação feita sem ele em uma afirmação voluntária. Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual de produção de verdade penal. Como já dizia o direito medieval, a confissão torna a coisa notória e manifesta.

* * *

A enorme importância dada à confissão explica o meio utilizado pelos juízes e inquisidores para obtê-la: a tortura. A utilização “da tortura na heresia, bruxaria e outras causas foi, portanto, o resultado direto da adoção do processo por inquérito. A lógica de um levou à aplicação da outra.”

O emprego da tortura como um meio de obter a confissão, ou informação de uma pessoa acusada, ou ainda de uma testemunha recalcitrante, ressurgiu na Europa do século XIII não como uma inovação, mas como uma restauração, dado o fato de ter sido amplamente aplicado na Antiguidade e início da Idade Média.

A Igreja, que até então havia condenado esse procedimento, autorizou, através da Bula do Papa Inocêncio IV, em 1252, a adoção da tortura pelos inquisidores nos julgamentos de bruxaria e heresia, o que foi seguido pelos juízes dos Tribunais Seculares.

O argumento para o uso da tortura era o de que, quando uma pessoa fosse submetida ao sofrimento físico durante o interrogatório, inevitavelmente, confessaria a verdade. Entretanto, o uso indiscriminado da tortura, seu grau excessivo e as perguntas capciosas formuladas pelos interrogadores redundavam no que foi definido por Mandrou como “processo infalível”, em que o índice de condenação chegava até “noventa e cinco por cento”.

Eram várias as técnicas de tortura, que aprimoravam-se conforme o seu emprego e variavam conforme o crime a desvendar. No caso do crime de bruxaria, por acreditar que a bruxa, através de um pacto diabólico, adquiria de Satã o poder de suportar a dor, os juízes utilizavam a tortura da insônia forçada, em que o suspeito era mantido acordado por quarenta horas ou mais, até que confessasse o crime. Outros métodos podem ser citados, como o de amarrar o suspeito a uma mesa cheia de espinhos, forçá-lo a ingerir grandes volumes de água, arrancar-lhe os olhos e unhas, cortar-lhe as orelhas, entupir suas narinas com lodo e água, queimar aguardente ou enxofre sobre o seu corpo ou ainda esmagar seus órgãos genitais. Havia também a cadeira da bruxa, aquecida por uma fogueira, muito empregada na Alemanha.

Porém, o instrumento de tortura mais utilizado era o *strappado*, uma roldana em que, de um lado, amarravam-se pesos de 18 a 300 quilos e, de outro, os pés ou os braços do suspeito para suspendê-lo do chão. Nessa categoria de instrumentos de distensão havia também a roda e o potro. A vantagem para os torturadores em empregar tais instrumentos residia no fato de que, além de graduarem a intensidade do suplício, poderiam afrouxá-los quando ocorresse a confissão. Da mesma forma eram os instrumentos de compressão, dentre os quais destacavam-se anéis de ferro, que prendiam os dedos ou as pernas, capacetes e torniquetes.

As principais consequências do uso indiscriminado da tortura nos processos por bruxaria e heresia foram, segundo Levack: a) a contribuição para a formulação do conceito cumulativo de bruxaria (os juízes, alimentados pelo que haviam lido nos tratados de bruxaria, através da tortura, confirmavam suas suspeitas e realizavam suas fantasias); b) a exigência que se fazia ao torturado, para que fornecesse o nome de seus supostos cúmplices. Este último fator foi o responsável pela grande dimensão da Inquisição, pois cada processo individual dava origem a dezenas de novos processos, todos contra nomes extraídos sob tortura de um suspeito inicial.

Não só a tortura tornava o processo infalível, como também a crença de que tratando-se das bruxas, estas, ao pactuarem com o Diabo, recebiam deste uma marca no corpo, que tornava a área insensível. Isto levava a que, no início do processo, o corpo do suspeito fosse raspado e um cirurgião procurasse - através de picadas de agulha - alguma região em que a picada

não causasse dor. O resultado serviria como prova. A marca do pacto poderia também ser comprovada caso fossem encontradas quaisquer regiões de coloração ou textura diferenciada do resto do corpo. Não escapavam, portanto, nenhum sinal de nascença ou cicatriz. Esta marca consistia numa boa prova, mas, como já mencionado, nada substituía a confissão.

Caracterizado encontra-se, portanto, o sistema inquisitório. Inspirado nos procedimentos adotados pela Igreja desde o século XIII e acrescido da tortura herdada do direito romano. Este período da história do direito é denominado de “vingança pública”, no qual- diferentemente do sistema acusatório em que a vítima era a principal interessada na punição de seu ofensor - o soberano vem substituir a vítima. O crime passa a ser uma ofensa não de um indivíduo a outro, mas ao Estado.

* * *

Após a confissão, vinha a condenação e, em seguida, a execução da pena. Mas, antes disso, o condenado era obrigado a confessar sua culpa em uma igreja, pedindo perdão a Deus e aos Santos por ter-se entregue ao Diabo. Nesse evento, denominado *auto-de-fé*, a multidão comparecia para ouvir o relato de suas maldades e seu arrependimento. Em seguida, era conduzido ao cadafalso, normalmente situado em praça pública, onde seria queimado pelo carrasco. Algumas vezes, e dependendo da gravidade do crime, o juiz concedia o estrangulamento antes que fosse acesa a fogueira; em outras, o condenado era queimado vivo. Durante a execução, a sentença era lida em público para que todos tomassem ciência dos malefícios por ele praticados.

Normalmente, a sentença pronunciada era imediatamente executada. Havia alguns casos de apelação, o que era raro, pois os condenados, na maior parte pessoas humildes e não assistidas por advogados, ignoravam a existência desse direito.

Após a morte na fogueira, os bens da pessoa executada eram todos confiscados a pretexto de prover as custas do processo, o que leva muitos historiadores a atribuírem o zelo pela condenação à cupidez de alguns juízes.

Mas nem tudo estava acabado. Pelo fato de ainda não existir o Princípio da Pessoalidade da Pena e devido à crença de que a propensão para prática

de certos crimes era hereditária, dificilmente os familiares de um condenado escapavam dos processos.

Tantos lares, tantos juizes obsequiosos em subjugar Satã. Os Sabás, imaginários, as missas às avessas e os feitiços de impotência não representam simplesmente os descaminhos dos simples de espírito, pobres indivíduos afligidos pelas misérias cotidianas que procuravam uma compensação em uma evasão polimorfa. São também os horizontes mentais dos homens cultos, eloquentes, nutridos de direito canônico e direito civil, que são encarregados dos processos criminais onde quer que se exerça a alta justiça, nas senhorias, nos bailiados, e presisiais e nas cortes superiores que constituem os Parlammentos. De uns aos outros, o consenso permanece o mesmo durante muito tempo: as ondas de perseguições em fins do século XVI o provam com toda a evidência.

Conclusão

Em suma, ainda que de uma forma embrionária, tentou-se situar historicamente a Inquisição e demonstrar que o tema de fundo da caça aos hereges e às bruxas foi o fato de que a Igreja, ao ver-se ameaçada por críticas aos seus dogmas e pelo surgimento de religiões diferentes da católica, ergueu a bandeira de combate aos chamados crimes religiosos. Em uma época em que o poder da Igreja estava de tal forma imbricado ao poder do Estado, confundindo-se com este em alguns casos, todas as rebeliões e manifestações políticas assumiam caráter religioso e eram combatidas por um sistema de repressão especificamente montado, com o objetivo de justificar a existência da própria instituição eclesiástica. Por outro lado, a Inquisição espanhola foi citada como um exemplo claro da utilização, por parte da nobreza, dos crimes de heresia como um pretexto na perseguição de adversários políticos ameaçadores do seu poder e de sua riqueza.

Como se observou, foram as mudanças no sistema penal e a reintrodução da tortura, com seu uso indiscriminado nos interrogatórios, os temas que mais mereceram atenção neste artigo.

A demonstração dessas mudanças, bem como dos motivos pelos quais elas ocorreram, teve a finalidade de elucidar como o direito sofreu influência direta dos interesses da Igreja, servindo-lhes por um longo período de tempo.

A Inquisição, que é hoje um dos capítulos encerrados da história da humanidade, apresenta profundadas semelhanças com os regimes totalitários e racistas espalhados pelo mundo ainda em pleno século XX. O emprego da tortura e a manipulação do direito, que são lugar-comum nestes regimes, nos dão provas disso.

10. Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial

Salo de Carvalho

Introdução

O rompimento com a tradição inquisitorial de suplícios e expiações determinou a vitória da racionalidade e do humanismo, advogados pelos filósofos das luzes sobre um período que transpõe as simples linguagens metafóricas e que é, reconhecidamente, de obscuridade e trevas. Marcada pela intolerância e mascarada pela sacralização, a fase que se iniciou com a promulgação da Bula Papal de Gregório IX, em 1232, somente receberia incisivas críticas e reconhecida ilegitimidade ao final do século XVII e início do XVIII, quando a casta intelectual teórica e prática estruturou uma abordagem geral e pluridisciplinar desqualificadora de um discurso que, analisado pela atual teoria política, demonstra características nitidamente totalitárias. Mesmo assim, encontrar-se-á resquícios das práticas inquisitoriais até o século XIX, quando foram abolidas definitivamente em Portugal (1821) e Espanha (1834).

Estruturado a partir de duas grandes codificações eclesiásticas - *Direetorium Inquisitorum* e *Malleus Malefearum*, legitimadas pela Santa Sé nos anos de 1376 e 1489, respectivamente, e que formaram, no final do século XV, juntamente com outros escritos, o *Corpus Iuris Canonici* -, o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição levou um número incalculável de pessoas a seus tribunais, onde sofreram processos verdadeiramente kafkianos, devido à sua estrutura de denúncia (o processo por inquérito admite acusações anônimas e muitas vezes o réu não conhece o conteúdo das acusações que lhe são imputadas) e à probatória (a confusão é o principal meio de prova e a tortura é utilizada como instrumento para descobrir a “verdade”).

Um suspeito podia ser preso a qualquer momento, sem saber o que se queria dele. Nunca ficava conhecendo o nome de quem o acusou, nem lhe era comunicado o motivo da prisão, nem o lugar em que havia cometido o crime de que era acusado, nem com quem havia pecado.

Inúmeras leituras são possíveis nesse período histórico. A fecundidade do período e a riqueza do objeto propiciaram análises a partir de diversos ramos das ciências humanas, desde o viés psicanalítico, pelo estudo do sadismo e a repressão do corpo, fundamentalmente o feminino, até as abordagens essencialmente sociológicas e historiográficas, como a da perseguição aos judeus, cristãos novos e um sem-número de culturas opositoras à tradição católica.

O presente trabalho, todavia, propõe-se a verificar o período de declínio dos processos nos tribunais da Inquisição, instigado por uma revolução jurisprudencial da magistratura, fundamentalmente a francesa, no século XVII. Aliou-se à prática jurisprudencial uma notável influência da filosofia iluminista que, devido à crítica incisiva ao *modus operandi* dos processos inquisitórios, da relação crime/pecado e Estado/Igreja, estruturou uma nova mentalidade no direito penal que foi o germen do pensamento jurídico liberal e do paradigma racional-legal, em voga desde a Revolução burguesa de 1789.

Entretanto, o estudo prescinde de uma abordagem mais universalizante, ou seja, uma noção evolutiva do processo de secularização da própria ciência e de sua repulsa perante as atitudes autoritárias da Igreja Católica Romana. Assim, a partir das afirmações do filósofo Enrique Dussel, trabalhar-se-á o processo de secularização e secularismo das ciências. Porém, num primeiro momento, avalia-se a utilização recíproca dos modelos processuais entre Igreja e Judiciário, para modelar-se as atuações práticas e teóricas de crítica, chegando, finalmente, à guisa de conclusão, a uma avaliação pessoal sobre qual a tendência laicizante que predominou no jurídico.

Resta lembrar que é inútil a tentativa de estudo do período de forma unívoca e monolítica, já que os processos de estruturação, desenvolvimento e utilização da máquina burocrática judicial, bem como a seletividade do público atingido e seu declínio, dependeram fundamentalmente das situações econômico-culturais conflitantes nos determinados países. Logo, o trabalho objetiva, apesar da utilização dos manuais inquisitoriais que tiveram sua posição territorial definida em diversos países europeus, centralizar seu objeto na França, realizando, dentro do possível, alguma análise comparativa, com o intuito de não fragmentar os movimentos que ocorreram em toda a Europa.

A Utilização do Aparelho Judiciário Secular pelo Clero

“Em Portugal e na Espanha, a Inquisição converteu-se em um poderosíssimo Estado dentro do Estado.”

Ao mesmo tempo em que o catolicismo foi perdendo legitimidade em seu discurso por causa das evoluções científicas, em alguns países onde a Reforma já se consolidava como doutrina capaz de desqualificar a estrutura romana, a Igreja Católica conseguiu redimensionar sua estratégia impondo aceitação incontestada. Em Estados como Portugal e Espanha, a Igreja radicalizou sua atuação desenvolvendo uma estrutura inquisitiva que iria perdurar por longo tempo. Em outros, como Alemanha e França, nos quais o calvinismo e o luteranismo emergiram como cultura questionadora do *status quo* católico, a meta inquisitorial foi proporcionar, conjuntamente com a perseguição de classes criminosas previamente selecionadas, a produção de uma contra-reforma, um movimento de resgate da doutrina católico-romana através da repressão aos desertores.

Sob a égide da Inquisição, o clero, juntamente com os Estados absolutistas em ascensão, fundamentou suas perseguições ampliando o rol dos culpáveis, englobando em suas tipificações, além da criminalidade comum, qualquer oposição que criticasse o saber oficial. Estabeleceu-se uma estrutura ampla e onipresente de poder que não admitia a existência do “outro”, do diverso, que era determinado pelo adjetivo herético.

Processualmente, porém, havia alguns dogmas que inviabilizavam o controle irrestrito das perseguições nas mãos da Igreja. A pretensão executória era suprimida pelo fato de que os representantes de Deus não podiam causar dano corporal aos acusados. O clero não poderia sujar suas mãos e sua batina com o suplício de sangue ostentado teatralmente perante o público crente da época.

Logicamente, seria ingênuo afirmar que foi somente este o fato que gerou a utilização da estrutura judicial secular pela Igreja. Brian Levack, na obra *A caça às bruxas*, com propriedade, avalia algumas circunstâncias que propiciaram a grande caça às bruxas e o imbricamento do poder clerical com o poder secular. O autor enumera quatro mudanças fundamentais,

desde o início da Inquisição, que tornaram possível uma evolução processual e legal legitimadora e instrumentalizadora do anseio punitivo.

A primeira grande mudança ocorreu no processo penal. Superado o procedimento acusatório utilizado até o século XIII e, sendo o direito romano reinstaurado pelos estudiosos da época - a Universidade de Bolonha ressuscitou o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano no século XII, a Igreja instigou a formalização e a mudança processual para o modelo inquisitório. Dentre as principais vantagens, situam-se: a) as denúncias eram públicas e restritas somente à vítima ou à sua família; b) a responsabilidade do acusador foi eliminada, bem como a necessidade de identidade; c) para a condenação eram necessárias provas conclusivas de culpabilidade; e d) redimensionou-se o uso da tortura para a obtenção de confissões e co-autores.

Fundamental para a escalada inicial da Inquisição foi a reutilização da tortura, segunda circunstância apontada por Levack. Esse fato disseminou o conceito de bruxaria e aumentou as possibilidades de condenação devido à facilidade na obtenção de provas. Apesar de haverem sido produzidos manuais de regras e contenção, como é o caso do *Directorium Inquisitorum*, tais normas foram amplamente desrespeitadas.

Um exemplo figurativo e cruel desse manual é a veemência com que Nicolau Eymerich, em 1376, criticou a ausência de cuidados dos mestres inquisidores:

É costume louvável torturar criminosos, mas reprovo esses juízes sanguinários que inventam tormentos de tal modo cruéis que os acusados morrem ou perdem alguns membros durante a tortura.

A utilização do modelo judicial leigo para os crimes de natureza espiritual foi o terceiro fato exposto pelo historiador:

Desde o começo da grande caça às bruxas, os tribunais seculares dos estados europeus ocidentais também participaram da perseguição, quer cooperando com o trabalho dos tribunais eclesiásticos, quer processando bruxas por conta própria. À medida que a caça foi evoluindo, os tribunais seculares assumiram um papel ainda maior no processo, enquanto o dos tribunais declinou.

Indubitavelmente, não houve perda do interesse da Igreja em descriminalizar as condutas heréticas ou mesmo em ceder o controle da

instituição às mãos seculares. Na realidade, houve uma adaptação formal à identificação de delito e pecado, corolário da recepção do direito romano pelo direito processual e da instrumentalização proporcionada pela Igreja aos aparelhos da nascente burocracia europeia ocidental. A criminalidade de lesa-majestade divina passou a ser de jurisdição mista.

O próprio *Malleus Maleficarum*, no capítulo “Que trata das medidas judiciais no Tribunal Eclesiástico e no Civil a serem tomadas contra bruxas e também contra todos os hereges”, tópico terceiro, “De como o processo há de ser concluído com o pronunciamento de uma sentença definitiva e justa”, definiu:

[a feitiçaria] (...) não há de ser confundida com outras heresias simples, já que é notório não se tratar de crime puro e simples, mas de crime parcialmente eclesiástico e parcialmente civil.

Notoriamente nasceram problemas de jurisdições comuns:

Passaram a coexistir três jurisdições penais: a central, exercida pelos juízes do rei; a local, de cidades ou, conforme o país, de regiões mais ou menos extensas; a eclesiástica, restrita às questões que importavam à Igreja.

Conflitos de competência começaram a imperar, já que, devido à atuação conjunta do Estado e do clero, vários delitos passaram a ser capitulados por estatutos diversos. A solução, como pondera J. Bernardino Gonzaga, tendeu a ser a da regra da prevenção, isto é, o tribunal que iniciava a causa resguardava sua competência para tal ou, ainda, esta era delegada ao tribunal devidamente preparado (como exemplo, pode-se citar a proeminência da Igreja em estabelecer o tipo herético e a reserva do Estado na execução). Estruturado o modelo repressivo, caberia ao clero produzir a doutrina que justificasse a atuação condenatória do Estado e auxiliar o braço secular na identificação das bruxas e na forma de obtenção das provas.

Paralelamente à mudança nos procedimentos penais, à utilização da tortura e à utilização dos tribunais seculares, Levack aponta como quarta condição para o avanço da caça às bruxas a delegação de competência para os tribunais locais e regionais. A distância dos centros de cultura e a competência total dos tribunais locais determinaram um avanço significativo na repressão aos suspeitos, pois a superstição era de

intensidade extrema, e a intolerância e o medo contagiavam aldeias, sem quaisquer tipos de perspectiva que não a fé. Caracterizava-se como um universo de angústia, em que a única saída era a possibilidade da salvação pela eliminação do “mal”.

A participação dos tribunais locais foi tão importante na difusão e condenação dos crimes de feitiçaria que, como se verá, posteriormente, as primeiras medidas tomadas para frear a Inquisição pela França aplicaram rígido controle nas províncias e instauraram apelo de ofício aos tribunais parisienses.

Parece claro e incontroverso o imbricamento de Estado e Igreja neste momento histórico. Aliás, a própria conotação atual que se dá ao tipo de criminalidade da época pré-iluminista - crimes de lesa-majestade divina difundidos pela Escolástica - demonstra as fragilidades e suspeitas de um judiciário completamente vinculado ao poder e aos interesses da elite econômica e intelectual da época: a Igreja.

Da Secularização e do Secularismo

Usualmente, a categoria secularização é utilizada, sem restrições, para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma laicização e um rompimento entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas e demais instituições jurídico-políticas.

Enrique Dussel, em apêndice do segundo tomo da obra *Caminhos de libertação latino-americana* denominado *Da secularização ao secularismo da ciência europeia*, desde o Renascimento até o Iluminismo, delimitou o período do processo de secularização do ano de 1440, com *De Docta Ignorantia* de Nicolau de Cusa, até 1781, com a obra de Kant, *Crítica da razão pura*. O apogeu deu-se com as publicações de Feuerbach, *A essência do cristianismo*, em 1841, e Nietzsche, *Assim falava Zaratustra*, em 1883.

O avanço das ciências humanas causou um choque na doutrina cristã, quando Copérnico (1473-1543) destronou a Terra de sua centralidade e afirmou a impossibilidade de o universo ter um centro, pondo em cheque toda uma estrutura psicológica desenvolvida durante séculos. Com perfeição, Freud colocou a doutrina de Copérnico como a primeira ferida da cultura ocidental. Modificou-se toda uma natureza simbólica e as formas de interpretação desses símbolos que se julgavam eternos. As

consequências dessa ferida, exposta por Copérnico, foram visualizadas perfeitamente pela Inquisição no julgamento de Giordano Bruno, seu principal seguidor.

Não obstante, Cristóvão Colombo provou a teoria da esfericidade da Terra, que passou a ser encarada como um astro igual aos outros e revelou a existência de um mundo totalmente alheio às instituições cristãs, com divindades completamente diferenciadas dos padrões eclesiásticos impostos. O “Novo Mundo” inspirou a genialidade de Etienne de La Boétie em vislumbrar a possibilidade da negação da servidão - *Discurso da servidão voluntária*, um dos mais notáveis manifestos do século XVI - e a plenitude da igualdade e liberdade de Rousseau - *Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens* (1755) e *Do contrato social: ou princípios do direito político* (1757).

Foi Spinoza (1732-1677), contudo, quem expressou a noção de natureza que fundamentou a separação entre ciência e religião. Spinoza afirmou a existência de um mundo absoluto e independente da teologia, um universo que é pura extensão e movimento, passível de cálculo matemático. O mundo considerado teologicamente como criado não era mais compatível com os anseios científicos.

Crise é a palavra exata para classificar o momento pelo qual a tradição passou. Durante muitos séculos, a Igreja monopolizara a produção científica. Posteriormente, passou a negar os frutos de suas pesquisas. Ao pesquisador, segundo Dussel, restaram apenas duas soluções: o secularismo, que é a negação da teologia pela ciência, ou o concordismo, ou seja, a busca incessante de adequação, muitas vezes forçada, das descobertas à cristandade.

A primeira hipótese, a de negação total da teologia, estabelece a noção de um mundo profano, dessacralizado, que nega o recurso ao fundamento cristão. Essa oposição radical, definida por Dussel como “falsa alternativa”, gerou o secularismo, ou seja, uma secularização alheia do divino e em oposição frontal aos dogmas da Igreja, em nome de uma ciência plenamente capaz de responder aos anseios da intelectualidade. Por outro lado, a ciência passou a ser encarada pelo clero como herética, errada. Falso também passou a ser o concordismo ao qual vários cientistas se submeteram.

Dussel entende que a antinomia não deveria ser estabelecida entre ciência *versus* cristianismo, mas sim entre secularização, compreendida como novas estruturas descobertas pela ciência moderna, *versus* as estruturas supraculturais do mundo da fé somadas às estruturas contingentes pertencentes à cultura mediterrânea (antigo esquema preponderantemente aristotélico).

Aceito como única alternativa para o cientista, o secularismo passou de uma fase panteísta, em que o mundo era visto como uma emanção do divino, para um período deísta, quando se admitiu a existência de Deus, mas negou-se a revelação e até mesmo a Providência para, finalmente, quedar-se no ateísmo, quer negando a personalidade de Deus - Spinoza -, quer afirmando-a como valor e/ou como um não-ser, negando plenamente a sua existência.

Retomou-se a máxima de Protágoras em que o homem é a medida de todas as coisas.

A ciência moderna vinha a substituir muitas expressões nítidas (...). O repúdio às grandes instituições [da ciência moderna] transformou a saudável secularização num secularismo anticristão. A cristandade foi protegida por algum tempo graças aos esforços de muitos cristãos, entre eles Bossuet, mas com isso alargaram ainda mais as portas da incredulidade, indiferença e secularismo europeu do século XVIII. Montesquieu, Voltaire, Rousseau e a Revolução Francesa poderiam ter sido um movimento positivo e não um secularismo anticatólico. A Igreja não recebeu a ciência como sua filha, mas com receios e contra a sua vontade. A falsa antinomia ciência/cristandade impossibilitou a maturação. De qualquer modo, só aqueles que descobriram a transcendência supracultural da fé na própria queda do “antigo esquema” compreenderam desapaixonadamente a positividade da secularização.

As Causas do Declínio

O discurso intolerante da Inquisição, com sua pretensão de uniformização e aceitação incontestes; foi colocado em dúvida pelo avanço científico. Se a própria noção de Deus foi questionada, como passar ileso

um sistema sacrificialista com legitimidade revelada por uma categoria que não mais satisfazia os anseios de cientificidade?

Os clérigos criaram um discurso de legitimação. Dogmatizaram-no. Atribuíram origem divina ao seu poder (...). É um discurso ideológico, porque todo discurso ideológico é um discurso do interesse real ou escuso do ator à custa do interesse dos outros. Este discurso é apresentado como intocável e inquestionável porque de ordem divina (...). Na verdade, trata-se de um discurso humano, demasiadamente humano, legitimador de direitos, privilégios e interesses históricos dos detentores de poder na Igreja.

Juridicamente, a partir do século XVII, a legitimidade das verdades impostas pelo clero começou a ser questionada. É inegável, logicamente, a influência da produção intelectual científica e filosófica que já vinha destronando, lentamente, o poder arbitrário dos inquisidores e seu refinado aparelho de controle social.

Em França, o principal instrumento doutrinário utilizado pela Inquisição foi o *Malleus Maleficarum*, legitimado pela Bula Papal de Inocêncio VIII em 1484 e aprovado pelos eruditos da Universidade de Teologia de Colônia.

As primeiras dúvidas referentes aos crimes de feitiçaria apareceram no final do século XVI e fundamentaram um movimento de profunda importância na execração desse tipo de procedimento, na Europa e em todo mundo.

* * *

A atuação dos magistrados franceses foi fundamental no processo de laicização do direito. Essa práxis revolucionária, contudo, não pode ser vista como um fenômeno isolado. Fez parte do processo de secularização das ciências e atuou como importante ingrediente na formulação da Teoria Iluminista do direito. Se, na França, já sopravam ventos que indicavam as luzes no final do século XVI, a construção jurisprudencial e, até mesmo, a legislativa de alguns parlamentares parisienses estruturaram ainda mais o movimento europeu, justamente num campo extremamente conservador que, por tradição, serviria aos interesses clericais.

Se, anteriormente, os juízes eram obstinados em conseguir confissões enrijecendo um judiciário implacável, com o processo científico de

secularização, os magistrados passaram a agir com alguma prudência na denúncia, tortura, condenação e execução dos acusados de heresia.

Robert Mandrou, na obra *Magistrados e feiticeiras na França do século XVII*, afirmou que uma das primeiras críticas assumidas publicamente contra o excesso de punições foi de Jean Wier, em seu livro *De Praestigiis Daemonum et Incantationibus et Veneficiis*. Datada de 1563, a obra do médico renano, seguidor de Cornelius Agrippa, não negou a existência do demônio, muito menos questionou a necessidade e legitimidade da Inquisição. Porém, acusou a existência de doenças com “humor melancólico” e “velhice caduca” que estariam sendo confundidas com bruxaria. Sugeriu medicamentos capazes de curar os doentes, propondo a atuação dos tribunais da Igreja somente no momento em que estes tivessem fracassado. A réplica foi imediata e contundente. Jean Bodin escreveu uma obra de quinhentas páginas, intitulada *Demonomania dos feiticeiros*, ridicularizando e desqualificando o saber de Wier. Entendendo haver uma “infecção satânica”, o sábio angevino apelou veementemente aos magistrados das mais altas cortes para que fossem incansáveis na repressão aos crimes de feitiçaria.

Note-se que a primeira crítica, apesar de sutil, veio da classe médica, amplamente repreendida pela Igreja em seus avanços científicos e em suas intenções de estudo pela dissecação de cadáveres e aplicação de vacinas.

Como é sabido, decorrente da utilização constante da tortura, uma das formas de “cuidado” para com o acusado, era a presença dos manuais de contenção da doutrina da dor, para a manutenção do torturado era necessária a presença constante, durante os flagelos e suplícios, de um corpo médico para auxiliar os interrogatórios. Após as manifestações de Wier e com os significativos avanços das ciências médicas, a classe passou a afirmar que vários casos ditos de intervenção diabólica não passavam de enfermidades naturais, como simulações histéricas, melancolias e epilepsias.

Um caso acontecido em 1589 demonstrou perfeitamente essa afirmação e foi narrado por Mandrou. O Parlamento de Paris requereu que quatro médicos examinassem 11 condenados por feitiçaria, em decorrência de recurso:

Os quatro médicos não reconheceram senão pobres miseráveis “depravados em sua imaginação” que nem mesmo apresentavam as

“marcas” de insensibilidade [prova do contato demoníaco] assinaladas pelos juízes de primeira instância, e concluem pela absolvição (o que a corte concorda).

Na mesma época, a atuação dos magistrados instigou modificação na jurisprudência tradicional. Em 1570, o Tribunal de Dijon, além de não entregar dois acusados à fogueira, remeteu a culpa dos processados aos curas, por não tutelarem e não formularem as provas adequadamente.

Aliada às formulações médicas, a sentença de Dijon promoveu ampla reforma na visão de magistrados com formação erudita mais refinada. O Tribunal de Paris prosseguiu aceitando inúmeras clemências e passou a condenar alguns casos alegando loucura, remetendo os réus aos hospitais locais.

Não é escopo do presente trabalho analisar se estas sentenças condenatórias que remetiam os “doentes” aos sanatórios instituíam ou não uma nova economia de poder e um novo e sofisticado aparelho de estigmatização e controle social. O que cabe afirmar é que, em matéria processual e jurisprudencial, a atuação dos juízes quebrou uma univocidade nos julgados e foi fundamental para o processo de cisão da antiga concepção de crime/pecado, proporcionando um avanço incomparável na história no que se refere à laicização do direito e do próprio Estado em sua concepção moderna.

A substituição jurisprudencial, como era de se esperar, não foi unânime, muito menos de fácil penetração na casta jurídica, principalmente pelo fato de que grande parte dos tribunais situava-se em regiões afastadas das grandes metrópoles, o que gerava um descompasso entre o novo saber produzido e o antigo, que procurava sobreviver.

A primeira atitude dos magistrados franceses, no entanto, foi restringir a repressão aos crimes de bruxaria, partindo, inicialmente, de um rigoroso exame probatório. A partir de então, os boatos, que no século XV e início do XVI podiam fundamentar um processo contra heresia, não foram mais aceitos e a qualificação testemunhal tendeu a ser mais rigorosa.

Dois atos legislativos produziram uma mudança substancial no andamento dos processos dessa natureza. Em 1624, foi instituído o apelo de ofício, que impediu os juízes inferiores de decidirem em última instância no que se referia aos crimes de lesa-majestade divina. Reza o citado artigo:

Todas as sentenças e julgamentos pronunciados pelos juízes ordinários e implicando tortura, morte civil ou natural, mutilação, banimento ou galés devem competir imediatamente e sem mediação às cortes soberanas sem qualquer etapa intermediária e sem que os juízes subalternos possam opor-se a isso.

Consoante a determinação legal, vários abusos foram publicados, e a negligência ou omissão referente ao dispositivo de lei passou, a partir de 1640, a ser penalizada. Magistrados e demais autoridades foram submetidos a sanções caso se irresignassem. Com tais atitudes, ocorreram dois fatos supostamente controversos, mas absolutamente possíveis. Apesar de uma diminuição considerável e atenuação nas penalidades (principalmente pela substituição das penas capitais por penas de exílio local), ocorreu uma superlotação nos presídios por causa da morosidade processual decorrente do apelo à corte parisiense.

Todavia, foi após o ano de 1640 que houve uma real desvinculação da feitiçaria com a criminalidade, ao menos na capital francesa. Passou a imperar “uma nova concepção de um crime que deixa de ser crime por não depender mais senão de uma medida terapêutica”.

Apesar dos esforços do corpo legislativo e judiciário, a independência das aldeias em processar e julgar esse tipo de criminalidade não diminuiu como o esperado. Muitos julgamentos foram proferidos no norte e sul da França sem o conhecimento das cortes centrais. A resistência partiu diretamente da população e dos membros da burocracia que sentiram seu poder minorado. Rouen, Grenoble e Aix foram exemplos claros de irresignação e apego ao antigo esquema.

Epidemias rurais de caça às bruxas impuseram uma forte intervenção do rei no sentido de finalizar as perseguições em massa. As ordenanças reais de 1670 e 1682 demonstraram um verdadeiro processo de minimização e abolição dos crimes de feitiçaria. Os dois decretos fizeram parte de uma tática tripartite de contenção. Levack expôs três causas fundamentais para o declínio da bruxaria:

1. a exigência de evidências convincentes no que tange ao *malleficium* e ao pacto; 2. adoção de regras mais rigorosas para o uso da tortura; e 3. a promulgação de decretos restringindo ou eliminando os julgamentos por bruxaria.

Todas as medidas descritas por Levack são encontradas na França. Ao mesmo tempo, a exposição demonstra a importância da magistratura rebelde e da coragem legislativa.

A ordenança de 1670 contém dois dispositivos fundamentais. O Título XIX, art. 7º, restringiu o uso da tortura: “As sentenças de condenação à tortura não podem ser executadas a não ser quando confirmadas por sentenças de nossa Corte - Paris.” Referindo-se aos recursos, o dispositivo do Título XXVI, art. 6º, afirma que:

Se a sentença pronunciada pelo juiz das localidades determina condenação à pena corporal, galés, banimento perpétuo ou confissão pública, quer haja apelo ou não, o acusado e seu processo serão enviados juntos e seguramente às nossas Cortes - Paris.

A prática dos juizes, porém, foi de restrição ao uso da tortura mesmo antes da publicação dos editos reais:

Na segunda metade do século XVII, porém, os juizes tornaram-se cada vez mais criteriosos na admissão desta prova, o que dificultou muito a implementação dos julgamentos.

Todavia, foi a substituição do tipo penal pelo edito assinado por Luis XIV, Colbert e Le Tellier, na ordenança de 1682, que apontou o fim das perseguições. O edito praticamente não mencionou a minimalidade por bruxaria tipificando uma nova forma de ilícito substancialmente inferior. A feitiçaria foi considerada superstição e substituída por duas classes de injusto: envenenamento e sedução. Já a magia foi colocada como crime subsidiário. O sacrilégio, porém, devido às profanações divinas, ainda prosseguiu penalizado com a morte. De 1682 em diante, negou-se, na França, toda a antiga tradição de pactos demoníacos e práticas satânicas.

Contudo, a curiosidade demoníaca dos eruditos não esmoreceu ainda, sem falar na perseverança com a qual certos meios devotos, nostálgicos, das cabalas do século precedente, continuam a denunciar os feiticeiros. Até meados do século XVIII, a rubrica demonológica continua a ser afreguesada nas prateleiras das livrarias: quer reedições de “clássicos” como a “magia natural” de Porta ou as “histórias” de Rosset; quer novas compilações que tendem claramente a desacreditar os antigos demonólogos (...)

* * *

Como se assinalou, as mudanças jurisprudenciais não ocorreram isoladamente, mas foram fruto de um processo amplo de avanço científico. E, nesse ponto, fundamental ao direito foi o imbricamento interdisciplinar, principalmente com a medicina em seu nascente ramo psiquiátrico.

Indiscutível foi a revolução nos julgados como elemento laicizador. Todavia, filosoficamente, dois movimentos paralelos possibilitaram crítica radical ao modelo arcaico e clerical em crise: o humanismo e o racionalismo.

A base da cisão delito-pecado foi elaborada quase que exclusivamente pela atuação jurisdicional e legislativa, desencadeando teses humanistas - fundamentalmente pela incisiva crítica à utilização da tortura - que estruturam as noções atuais dos direitos de primeira geração (direitos humanos e direitos e garantias fundamentais). Luis Prieto Sanchis, professor da Universidade Complutense, diferencia dois postulados aparentemente contraditórios, mas que desenvolveram o Iluminismo penal, sepultando definitivamente a antiga concepção inquisitorial:

Por um lado, o racionalismo jurídico defendia abertamente o monopólio exclusivo do *'ius puniendi'* nas mãos do Estado, suprimindo todo resíduo senhorial; mas, por outro lado, o humanitarismo e a filantropia exigiam limitar o transbordamento e faculdade punitiva de poder por vezes arbitrária. Declare e, ao mesmo tempo, limite e adoce.

(...) manter e fortalecer o monopólio estatal do uso legítimo da força, mas limitando seu alcance e rigor em nome dos direitos individuais e da dignidade humana, para limitar o poder do Estado de uma forma totalmente moderna e liberal.

Como é sabido, a renovação intelectual do direito, principalmente pela reelaboração do direito natural como elemento revolucionário e transformador, eclodiu na revolução de 1789. O movimento humanista e racionalista, após as vitoriosas batalhas jurisprudenciais, foi o ponto culminante de degradação do antigo regime e da gênese do Estado liberal. O Iluminismo penal da época apareceu, como no sentido gramsciano, o “novo” diante de um velho modelo em crise; ou como a “revolução científica”, na teoria de Thomas Khun, pela qual uma “ciência extraordinária” determinaria o fim de um paradigma calcado numa “ciência

normal”, incapaz de explicar satisfatoriamente e responder ao seu objeto de análise.

A partir das teorias humanistas, solidificar-se-ia uma estrutura principio lógica em matéria penal e processual penal que, ao menos no aspecto teórico e doutrinário, garantiria a construção da cidadania tutelada de forma positiva por um poder autônomo, racional, independente e imparcial.

Reserva legal, taxatividade e irretroatividade; tripartição independente dos poderes; intervenção mínima, pessoalidade, individualização e proporcionalidade das penas, devido processo legal e igualdade perante a lei foram os postulados e o solo em que se firmaria o rol dos novos direitos legados pelos pensadores do Século das Luzes.

Em França, os arautos das teses do Iluminismo em matéria penal foram Montesquieu, Voltaire, Philipon de Ia Madeleine, Marat e Brissot de Warville, seguidos de Beccaria, Pietro Verri e Filangieri na Itália e Thomasius na Alemanha.

Praticamente todos os grandes filósofos da época incidiram crítica ao sistema da justiça penal. A representação do poder pelo clero e a profunda confusão entre Estado e Igreja não poderiam passar ilesos por um paradigma que procurava alçar suas ideias a um grau científico legítimo e desvinculado do antigo *status quo*.

Houve uma certa unanimidade entre estes filósofos sobre as bases em que se assentaram o novo direito penal e processual penal. Thomasius, pela característica que a Inquisição tomou na Alemanha, defendeu abertamente a “secularização” do direito baseado no rompimento da ideia de sacralização do ilícito penal e das medidas repressivas, bem como o fim do processo inquisitorial e sua estrutura probatória de tormentos e suplícios. Para o autor, o processo penal deveria ser orientado pelo modelo padronizado na esfera do direito civil. Tarello, em comentários à obra do filósofo alemão, sustenta que:

A doutrina penal de Tomasius representa a ponte entre a doutrina penal de absolutismo do século XVII, expresso no sistema hobbesiano e pufendorfiano, e a doutrina penal do Iluminismo do século XVIII.

Na Itália, Beccaria e Pietro Verri representaram a corrente do Iluminismo penal que fazia oposição sistemática ao antigo regime. A obra de Cesare de

Bonesana, marquês de Beccaria, foi aclamada nas academias como o verdadeiro ponto de partida do direito penal moderno e da própria criminologia, enquanto análise crítica do sistema penal e da reação penal como manifestação de poder. Foi vista, ainda, como fundadora da Escola Clássica e a principal obra do humanismo penal. Logicamente, é inegável a importância de *Dos delitos e das penas* no contexto histórico do século XVIII. Contudo, a formação política de Beccaria foi fruto do trabalho de formação da *Accademia dei Pugni*, editora do jornal *Il Caffè*, idealizada pelos irmãos Pietro e Alessandro Verri. O primeiro, inclusive, contestou a originalidade e a própria paternidade da obra do marquês.

Independente de tais divergências, Beccaria e Verri desnudaram a antiga estrutura jurídica e trabalharam na perspectiva de lapidar um novo modelo. Nestes autores, encontra-se formada a gama principiológica do direito liberal. Da ideia de legalidade das penas e delitos, baseada na formação rousseauiana do pacto, derivaram os princípios da intervenção mínima e proporcionalidade. O primeiro revelou a característica autoritária do sistema penal que somente deveria atuar quando os outros meios de controle social falhassem, e o segundo estabeleceu um caráter de utilidade e prevenção às incriminações e penalidade.

Contudo, o caráter humanitário da Escola Clássica italiana revelar-se-ia nas críticas ao uso da tortura pelo modelo inquisitivo, como se mostra abaixo:

(...) se a tortura é útil e justa, talvez eu consiga demonstrar que esta é uma opinião tão infundada quanto foi a feitiçaria (...).

A cena é extremamente cruel, e meu punho transcreve a duras penas [sobre o processo dos cinquenta de Milão em 1630]; mas se o calafrio que sinto servir para poupar nem que seja apenas uma vítima, se se deixar de infligir uma única tortura graças ao horror do que passo a expor, será bem empregado o doloroso sentimento que me toma, e essa esperança é minha recompensa.

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo (...). Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz. Resulta ainda do uso das torturas uma consequência bastante notável: é que o inocente se acha numa posição pior que a do culpado. Com efeito, o inocente submetido à tortura tem tudo

contra si: ou será condenado, se confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, mas depois de sofrer tormentos que não mereceu.

A teoria francesa deslocou o eixo do humanismo na perspectiva secularizadora de luta contra a intolerância e o arbítrio, reivindicando a tutela de liberdade e segurança jurídica. No aspecto mais universal, sobrepôs-se às obras de Montesquieu, *O Espírito das leis*, e de Voltaire, *Tratado sobre a tolerância*.

Em matéria de direito penal e política criminal, porém, foram autores como Philipon de la Madeleine, Marat e Brissot de Warville que apresentaram concretas propostas de mudança.

Jean Paul Marat, o famoso médico, radical e revolucionário do povo, na obra *Plano de legislação criminal* (1779) estabeleceu uma “virada interpretativa” que possibilitou uma nova leitura do pacto social que seria o fundamento do *direito de resistência* consagrado nas declarações pós-revolucionárias, assim como iria instrumentalizar o contratualismo no sentido socialista. O dever de respeitar as leis, derivado do contrato originário que instituiu a sociedade civil, dependeu exclusivamente de que a sociedade organizada garantisse direitos naturais mínimos à sobrevivência, como a subsistência, o abrigo, a proteção, o amparo na doença e velhice, etc. Diz Marat:

Se a sociedade os abandona, eles voltam ao estado de natureza e recuperam à força os direitos que não alienaram senão para obter maiores vantagens, todos autoridade que se opõe a eles será tirânica e o juiz que os sentencia à morte não será mais do que apenas um assassino.

Assim, não é o homem quem viola o contrato, mas a sociedade. Marat subverteu a ordem pretendida pela burguesia e utilizou o próprio discurso burguês contra a classe que enriquecera às custas da miséria de um grande número de pessoas. Somente após propiciar condições dignas de vida é que a sociedade teria algum direito para castigar infratores. Nesse sentido, ele advogou o roubo famélico e reconheceu a seletividade do sistema:

(...) o mesmo governo obriga os pobres a serem criminosos, porque tira seus meios de subsistência (...). Não devemos punir os desafortunados pelo mal que forçamos a cometer. É em meus

princípios que uma pessoa infeliz sem recursos tem a direito de roubar para viver.

Quanto às propostas de modificação do sistema, o médico revolucionário acreditava serem necessárias leis claras e precisas que cominassem penas proporcionais e iguais a todos cidadãos, sem privilégios relativos à fortuna.

Brissot de Warville aderiu às teorias revolucionárias de Marat e desenvolveu a categoria de “prevenção social” no livro *Teoria das leis criminais*, de 1777. Para o autor, a prevenção da delinquência deveria ser feita pelos instrumentos mais eficazes de controle social, como a família e a escola, devido à ineficácia demonstrada pelo sistema penal. O autor conduziu suas conclusões elaborando um rol a ser implantado pelos governos que, segundo Warville, se fosse fielmente aplicado, tornaria supérflua a existência de um Código Penal. Eis os tópicos:

- a) perfectibilidade das leis civis;
- b) melhoria dos costumes;
- c) reforma educacional;
- d) fomento à cultura;
- e) combate à miséria;
- f) fortalecimento dos aparelhos policiais.

A ideia de prevenção social é encontrada em Philipon de la Madeleine, embora de forma embrionária e primando pela coexistência dos mecanismos sociais e penal.

Em quase sua totalidade, as obras citadas foram proibidas Iwlo Santo Ofício na Espanha e em Portugal - livros de Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Verri e Warville -, em que a tradição inquisitorial permaneceria viva até meados do século XIX. Tais proibições não impediram, de forma alguma, que os ares iluministas soprassem na Península Ibérica e em toda a Europa, determinando a agonia e o último suspiro da Inquisição e da atuação conjunta e incontestavelmente legítima do Estado e da Igreja.

Conclusão

O processo de laicização no direito, principalmente no direito penal francês, foi consequência dos três fatores trabalhados neste artigo, ou seja, a atuação revolucionária dos magistrados, o humanismo penal e o racionalismo jurídico, sendo os dois últimos uma evolução do direito natural denominada jusracionalismo. Essa estrutura de pensamento, forjada em oposição ao regime absolutista sacralizado, consolidou o Iluminismo jurídico, alicerce sob o qual se formaria a principal escola francesa pós-revolucionária: a Escola Exegética.

Contudo, esse movimento representou uma mudança nuclear em matéria de legitimidade dos sistemas jurídicos. Enquanto a Inquisição era justificada a partir de uma teoria jusnaturalista de ênfase teológica, o Iluminismo utilizaria uma justificativa também jusnaturalista, só que de cunho humanitário, para exercer papel revolucionário. Desprezou-se o direito natural revelado em prol de um direito natural conquistado, criado pelas evoluções do intelecto humano pela razão.

Se incontestável era a legitimidade do direito divino, com a ilustração este passou a ser, além de ilegítimo, ineficaz nas respostas a uma casta intelectual que defendia radicais mudanças na ordem vigente. Inconteste é o fato de que, de revolucionário, o direito propugnado pela burguesia tornou-se conservador e dogmatizado, como se vê exemplificativamente pela própria evolução da Escola Exegética. No entanto, o movimento propiciou a estruturação de uma gama principio lógica ímpar que hodiernamente ainda orienta os ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos.

Não se pode negar de maneira alguma o aspecto positivo que o Iluminismo jurídico, através da jurisprudência, do humanismo e do racionalismo, teve na laicização do direito e na formulação principiológica de garantias de liberdades. Aliás, este é um grande erro cometido, sobretudo, por uma linha do pensamento marxista que minimiza tal avanço.

Resta saber, em decorrência das hipóteses pontuadas pelo filósofo Dussel, se esta teia prático-teórica representou um avanço científico, recebendo os postulados acadêmicos proporcionados pela produção científica, nascida teologicamente, ou se revelou um repúdio total às noções sacras de ciência. E, ainda, se a “secularização”, ou o “secularismo anticristão”, fundamentou o fim do regime jurídico sacralizado e o início de uma nova estrutura de poder racionalizada e burocratizada. E,

finalmente, se em tal perspectiva a separação de pi me e pecado representou uma cisão entre ciência e religião.

Sabe-se que, a partir das Luzes, o direito iniciou um processo de cientificação, ou melhor, reivindicou, perante as outras ciências humanas nascentes, um local próprio e determinado no *panthéon* das ideias. Mas será que este fato derivou-se diretamente do processo que laicizou o jurídico?

A superação dos obstáculos metafísicos e a premência em prevalecer a razão, bem como a busca irrestrita de racionalidade dos atores processuais em viabilizar, humanamente, as resoluções dos conflitos, indicam uma inegável tendência de secularismo na esfera do direito. As próprias críticas de Verri quanto à utilização da tortura são possíveis somente pelo renascimento do direito romano e pela necessidade de a Igreja garantir certeza na aplicação de suas penalidades.

Juridicamente, não restam dúvidas de que há uma oposição declarada entre a antiga ideia de crime/pecado e a noção de ilícito após as Luzes. Da mesma forma, o desenvolvimento dessas ideias que possibilitaram o secularismo jurídico foram determinantes para a queda do regime inquisitorial e para a possibilidade de se pensar o direito como ciência específica, pura e com objeto próprio. Indubitavelmente, não cabe ingressar na crítica a uma das leituras que se pode fazer dessa concepção, principalmente se se analisar pelo viés da sociologia do direito que desnudará tal pretensão. O que resta, porém, é reconhecer que o movimento foi estruturante de uma visão completamente nova, de um modelo jurídico calcado em premissas totalmente opostas àquelas propostas pelo clero e pelos príncipes do absolutismo.

Doutrinariamente, é indiscutível que os avanços das ciências e do direito representaram um total desprezo pela ideia sacralizada. Não se concebe, porém, tal possibilidade como nociva ou desqualificadora do movimento, bem como não se entende como degradante a não-aceitação das teorias produzidas pelo clero. Obviamente, houve uma fragmentação do saber, extremamente necessária, em razão de toda a estrutura de poder que se evidenciou desde o início do texto.

Este “secularismo jurídico anticristão”, como definiu Dussel, foi um dos principais motivos pelos quais os modelos inquisitoriais não subsistiram e, logicamente, foi fundamental na separação do direito e do Estado da teoria

eclesiástica, assim como também o foi para a pretensa ideia de ciência jurídica desvinculada e possuidora de objeto próprio.

O Iluminismo jurídico-penal dinamizou a teoria dos direitos humanos e destronou um saber malévolos que perduraria por mais de seis séculos.

O estabelecimento desta nova jurisprudência [e alie-se a ela as doutrinas jusracionalistas] faz parte do esforço realizado no século XVII para superar o obstáculo metafísico interposto à constituição de uma ciência e de um pensamento fundamentados na razão. Constitui uma ilustração - a mais bela talvez - de uma crise de consciência, que é também, por imagem, uma crise de crescimento.

A necessária traição do “braço secular” pelo câmbio jurisprudencial e pelo avanço científico, ferindo uma casta que anteriormente delegara-lhe o poder, destrona a ideia de vínculo indestrutível entre Estado e Igreja. Tal postura revelou-se crucial na delimitação de um novo saber jurídico e de uma nova concepção de Estado: o Estado moderno.

11. Da “Invasão” da América aos Sistemas Penais de Hoje

O Discurso da “Inferioridade” Latino-Americana

José Carlos Moreira da Silva Filho

Introdução

A ideia central deste texto surgiu de algumas reflexões feitas por Eugenio Raúl Zaffaroni, em seu livro *Em busca das penas perdidas*, acerca do sistema penal na América Latina. É certo que as matrizes teóricas utilizadas pelos nossos juristas e operadores do sistema penal provêm do pensamento primeiro-mundista, inclusive o núcleo dos apontamentos críticos para a superação de discursos obsoletos nesta área. Mas também é certo que só aqui, no mundo periférico, estes saberes adquiriram um caráter extremamente peculiar e cruel, implicando uma prática de extermínio em massa e de segregação social em escalas sem precedentes. Na verdade, como assinalou o jurista argentino, o sistema teórico latino-americano na área penal é de um sincretismo assombroso, que, no fundo, esconde um discurso extremamente racista, de natureza psicobiológica e de exclusão, ou, como diria o filósofo argentino Enrique Dussel, de “ocultamento do outro”.

Para um melhor entendimento dessa situação faz-se necessário ter conhecimento do processo histórico-social que nos conduziu o presente momento. Não se está aqui abordando a história como uma ideia de progresso; muito pelo contrário, o que se intenta é repisar o argumento de que muitos aspectos sombrios da modernidade e camuflados da história fazem, na verdade, parte de uma ideologia que se irá chamar de eurocentrismo. Com esse termo, configura-se toda a visão histórica que parte de uma perspectiva unilateral daqueles povos que em 1492 marcaram à cruz e à espada o que viria a ser designado de América Latina. Na verdade, no núcleo da ideia de progresso existe o encobrimento de muitos sujeitos da “comunidade de comunicação ideal” (Karl O. Apel), seja pela

falácia desenvolvimentista, seja na ideologia racista que, de forma avassaladora, perpassa os nossos sistemas punitivos.

Para compreender, portanto, não só a situação dos sistemas penais latino-americanos e de suas práticas genocidas, mas também a própria situação periférica ou “marginal”, como diria Zaffaroni, é imprescindível retomar ao marco de 1492 para captar corretamente o que se passou nestes 500 anos.

Desde essa época fundou-se um saber antropológico aplicado à periferia. Esse saber primeiramente adotou uma roupagem teológica, ora classificando os índios de criaturas “puras” e “infantis”, ora concebendo-os como bárbaros, pagãos e adoradores do demônio. Aquela época, que precedia o auge do mercantilismo, já demonstrava sinais de decadência da própria visão teológica de mundo e trazia as sementes do que veio a ser chamado de era moderna. Assim, logo depois, o saber antropológico de inspiração religiosa deu lugar à matriz científica naturalista. E, a partir daí, o índio e depois os negros, mestiços e latino-americanos foram atingidos pelo rótulo de seres “naturalmente inferiores”. De maneira geral, no período da conquista, o índio era visto como um ser passivo, incapaz de se tomar sujeito de sua própria história. Esta imagem permanece até os dias de hoje e estende-se ao latino-americano em geral. Na verdade, a realidade dos fatos contradiz esse entendimento, recuperando a “história invisível” da conquista, o processo de resistência militar e, principalmente, cultural dos povos ameríndios.

O que se observa de forma emblemática no sistema penal latino-americano é o “mito sacrificial” de que fala Dussel, ou seja, a negação da “outra face da modernidade”. Para que se possa, numa perspectiva dusseliana de transmodernidade, superar a visão eurocentrista, extirpar a nota genocida de nossos sistemas penais, é imprescindível a desmistificação de falácias desenvolvimentistas e de visões históricas que transformaram a “invasão” da América em sua “descoberta”.

O Eurocentrismo da Visão Moderna

Adotando a visão de Enrique Dussel, pode-se dizer que o eurocentrismo é, basicamente, uma visão histórica do mundo que transforma o “ser” do “outro” em um “ser” de “si-mesmo”. Nessa visão, ao se fazer a apologia da modernidade, entende-se que todos os “avanços” que ela representa

constituem o resultado de um desenvolvimento natural do próprio “ser europeu”, sem levar em consideração a existência da América ou da África - a Ásia é reconhecida como o começo da história, mas permanece em um estado infantil e primitivo. Incorre-se, portanto, na falácia desenvolvimentista.

Trata-se de uma posição ontológica pela qual se pensa que o desenvolvimento empreendido pela Europa deverá ser unilinearmente seguido. É uma categoria filosófica fundamental e não só sociológica ou econômica. “É o *movimento necessário* do Ser, para Hegel, seu *desenvolvimento* inevitável.”

Acaba-se por absorver uma definição mundial do que seja a modernidade e de como se chegar até um estado de pleno funcionamento de seus princípios e ideias. “Modernização (ontologicamente) é exatamente o processo imitativo de constituição, como a passagem da potência ao ato (um desenvolvimentismo ontológico), dos mundos coloniais com respeito ao ser da Europa (...).”

Assim, a Europa cristã moderna tem um princípio em si mesma, e é sua plena realização. E mais, somente a parte ocidental norte da Europa é considerada por Hegel como o núcleo da história: “A Alemanha, França, Dinamarca, os países escandinavos são o coração da Europa”. Logo, Espanha e Portugal, e conseqüentemente a América Latina e sua “descoberta”, não possuem a menor importância na constituição da modernidade; isto, observa Dussel, é verificável tanto em Hegel quanto, contemporaneamente, em Rabermas.

No entanto, constata o filósofo argentino, a sociedade civil contraditória é superada pelo Estado, em Hegel, graças à constituição de colônias que absorvem tal contradição. “A *periferia* da Europa serve assim de *espaço livre* para que os pobres, fruto do capitalismo, possam se tornar proprietários nas colônias.”

De resto, Zaffaroni partilha da mesma percepção de Dussel com relação a Hegel:

A inferioridade de nossa região marginal foi sintetizada com clareza por Hegel na versão germânica do etnocentrismo colonialista quando, na sua interpretação da história, deixou de lado, à medida que ascendia o Geist, todas as culturas convergentes em nossa região marginal.

Enrique Dussel chama a atenção para o fato de que, ao contrário do entendimento de Regel ou Rabermas, tanto a América Latina quanto a Espanha tiveram um papel fundamental na formação da era moderna. A descoberta de um “Novo Mundo” possibilitou que a Europa, ou melhor, o seu “ego”, saísse da imaturidade subjetiva da periferia do mundo muçulmano e se desenvolvesse até tomar-se o centro da história e o *senhor do mundo*, estado que simbolicamente foi atingido com a figura de Hernan Cortez no México.

Até o final do século XV, a Europa foi sendo paulatinamente isolada pelos muçulmanos, isto é, as rotas comerciais terrestres que levavam até as Índias, centro de compra e venda de especiarias - especialmente a pimenta em grãos -, estavam bloqueadas. Constantinopla, antigo centro comercial europeu e importantíssimo ponto estratégico (por estar dividido pelo Mediterrâneo, tendo de um lado a Europa e de outro a Ásia), havia sido tomada por Mehemet II em 1453 e seu nome passou a ser Istambul. As cruzadas, última tentativa de recuperar o domínio sobre o “caminho da seda”, fracassaram. Restava descobrir uma rota marítima que contornasse a África e atingisse as Índias. Este foi o esforço básico de Portugal, levado adiante, principalmente, por Henrique de Sagres e seus navegadores. Assim, a nação inventora da caravela, pouco a pouco, foi ficando os seus padrões pela costa africana até que Bartolomeu Dias, em 16 de agosto de 1488, em plena tempestade, dobrou o cabo da Boa Esperança e, finalmente, concretizou o sonho de Henrique, o navegador. No entanto, foi só a partir da experiência de Cristóvão Colombo que, efetivamente, a Europa apoderou-se de uma nova universalidade, tomou-se o centro do mundo e passou a impor o seu “ser” ao “outro”.

A grande crítica que Dussel faz com relação à concepção da Modernidade não está em negar aquilo que ele chama de “núcleo libertário” ou “razão emancipatória”, mas em desmascarar a existência de uma outra face desse processo de modernização, relacionada com o exercício em larga escala de uma violência irracional nas colônias, não apenas física, mas cultural, que simplesmente nega a identidade do “outro”, seja através de uma postura assimilacionista, seja através da simples exclusão e eliminação. Tudo isto está simbolizado no “mito sacrificial”, isto é, toda a violência derramada na América Latina era, na verdade, um “benefício” ou, antes, um “sacrifício necessário”. E diante disso, os índios, negros ou mestiços eram duplamente culpados por “serem inferiores” e por

recusarem o “modo civilizado de vida” ou a “salvação”, enquanto os europeus eram “inocentes”, pois tudo que fizeram foi visando atingir o melhor.

Com relação às concepções tidas como *pós-modernas*, Dussel nega a sua proposta de irracionalidade fragmentária, embora acate a crítica à razão dominadora. Com relação ao racionalismo universalista, absorve o seu núcleo racional emancipador, mas nega o seu “momento irracional do mito sacrificial”. A proposta do filósofo é identificada com a busca da *transmodernidade*, condição em que a razão do “outro” é afirmada e este pode efetivamente fazer parte de uma “situação de fala ideal” ou de uma “comunidade de comunicação ideal”.

O Mundo de Colombo: O Conquistador Europeu e o Genocídio Colonial

A experiência de Colombo foi única até então, pois as navegações ao longo da costa africana eram como ir descobrindo, na verdade, aquilo que já se sabia. A aventura de 1492 não foi provavelmente a única experiência de contato com o “Novo Mundo”. Existem relatos acerca das aventuras do *viking* Erik, o vermelho que, por volta do ano 987, teria acompanhado a costa do Labrador e hibernado na Terra Nova, dando-lhe o nome de Vinlândia, em função de lá ter encontrado videiras selvagens na primavera. Tal havia ocorrido em virtude das contínuas expedições *vikings* à ilha de Groenlândia. Porém, com a expansão dos gelos polares, a ilha acabou ficando inabitável. Assim, as viagens para o oeste tomaram-se raras. O Atlântico foi esquecido.

Com a viagem de Colombo, iniciou-se, em proporções jamais alcançadas, o contato entre dois mundos completamente diferentes. Ocorre que, desde o início, a civilização “descoberta” e toda a sua cultura foram desprezadas, o que deu lugar a várias figuras, que foram desenvolvidas por Dussel: a invenção, a descoberta, a conquista e a colonização.

A figura da “invenção” diz respeito, principalmente, ao personagem de Cristóvão Colombo. A importância de analisar a atitude do grande navegador está, dentre outras razões, no fato de que ela foi extremamente ilustrativa, principalmente com relação aos índios, da postura europeia em

face da América. Para o navegador genovês, segundo Tzvetan Todorov, a empresa de expansão da fé cristã era o seu interesse principal. Assim, ele via a obtenção de possíveis riquezas mediante as navegações como uma condição necessária para financiar novas cruzadas e, além disso, vislumbrava também a oportunidade de instruir o Grande Cã (imperador da China) no cristianismo, que, segundo relato de Marco Polo, era o desejo do próprio lendário governante chinês.

Certamente o maior e mais importante exemplo do método de interpretação de Colombo é o que Dussel chama de “a invenção do ser asiático do Novo Mundo”. Colombo morreu em 1505 plenamente convicto de que havia, na verdade, chegado ao continente asiático. É por isso que os habitantes originais da América são até hoje chamados de índios. Na hermenêutica de Colombo, tudo o que ele via na terra - ilhas, plantas, animais e índios - era uma constatação de algo já conhecido: a Ásia, que, embora não houvesse sido explorada pelos europeus, já havia sido objeto do conhecimento e dos estudos de Marco Polo, Pierre D’Ailly e dos franciscanos. O “outro” não foi descoberto como “outro”, mas como “si-mesmo”.

Colombo apresentou dois tipos de reações, que acabaram se complementando, perante os indígenas. Ora os considerou como “iguais”, isto é, no plano divino também filhos do rebanho de Deus, sugerindo uma postura assimilacionista; ora os tomou como inferiores, momento em que a sua vontade lhes foi imposta pelo simples uso da autoridade da violência. Essa segunda posição firmou-se na relação com os índios no plano humano. Se eles não quisessem dar as suas riquezas ou se “converterem”, o que serviria para “engrandecer a obra divina”, seria lícito e necessário forçá-los a isso. Com tal raciocínio ficou justificada a aplicação da escravidão aos índios, o posterior sistema de *encomiendas*, em que um grupo de índios era “encomendado” ao colono, podendo trabalhar gratuitamente em suas minas e campos. Na verdade, qualquer uma das duas posturas acima citadas estão baseadas no desconhecimento dos índios como sujeitos, como “outro”. Pretendeu-se impôr ao índio um “outro ser”, ou simplesmente desconsiderá-lo. A propagação da fé e a escravização: duas faces da mesma moeda.

Porém, a viagem de Colombo não foi suficiente para completar a primeira noção de Modernidade. Foi necessário que Américo Vespúcio,

após suas viagens, houvesse “descoberto” um “Novo Mundo”. Este mundo novo era a América do Sul.

Se a segunda figura enunciada por Dussel foi a “descoberta” da América enquanto “descoberta” do “outro” (Portugal tomou a dianteira neste processo), a proposição nuclear imediata passou a ser representada pela “conquista”.

O primeiro “conquistador” foi Hernán Cortez, e sua atuação perante os astecas suficientemente demonstrativa de uma época que marcou a emergência do “homem moderno, ativo, prático, que impõe sua *individualidade* violenta a outras pessoas, ao Outro”. Cabe aqui fazer uma diferenciação entre a ocupação dos territórios povoados por comunidades indígenas urbanas e por comunidades de cunho eminentemente agrário e extrativista: nestas, situadas na região do Caribe, de Santo Domingo a Cuba, e também no Brasil, houve muito mais matança e ocupação desordenada do que um domínio sistemático.

Cortez, ao contrário de seus predecessores, preocupou-se em compreender os índios, mesmo que fosse só para dominá-los. Não visou apenas às riquezas imediatamente palpáveis. Possuía uma consciência política e histórica de seus atos. Sua expedição, que data de 1519, começou em busca de informação e não de ouro. Buscando um intérprete, surgiu a folclórica personagem “La Malinche”, índia asteca que, ao adotar os valores espanhóis, conseguiu traduzir os de sua sociedade para Cortez e, além disso, tomou-se sua amante. Obviamente a “Malinche” transformou-se em figura simbólica do “entreguismo” ao poder central. Graças à gama de informações adquiridas pelo conquistador espanhol, foi-lhe possível aproveitar-se tanto das dissidências internas, valendo-se disso para conseguir aliados, como da religiosidade asteca.

É sabida e citada em muitos estudos sobre o tema a identificação de Cortez com a entidade divina de Quetzalcóatl. O comandante espanhol teve uma preocupação constante com a interpretação que os índios fariam de seus gestos. Assim, num primeiro momento, proibiu seus soldados de roubarem desmensuradamente, sem autorização, pois isto poderia gerar um entendimento indesejado por parte dos índios. Cortez queria que o vissem como benevolente. Contudo, o exemplo mais ilustrativo de sua preocupação com as aparências foi o “show de sons e luzes” do qual se

utilizou para confundir os astecas, disfarçando atos humanos em atos sobrenaturais.

O procedimento de Cortez traz Maquiavel. Todorov relembra a famosa frase do florentino: “Não é preciso que um príncipe tenha todas as qualidades supracitadas, mas é preciso que pareça tê-las”. Observa-se, aqui, para utilizar Weber, uma clara passagem da ética da convicção para a ética da responsabilidade.

De modo geral, no mundo de Maquiavel e de Cortez, o discurso não é determinado pelo objeto que descreve, nem pela conformidade a uma tradição, mas é construído unicamente em função do objetivo que se procura atingir.

Seguindo o raciocínio de Todorov, formula-se uma pergunta básica: por que a compreensão superior dos espanhóis diante dos astecas não os impediu, até os ajudou, a destruir a civilização asteca? Poder-se-ia pensar que os espanhóis consideraram os índios e sua cultura como indignos de viver. Tal não ocorreu, muito pelo contrário: depreende-se dos escritos deixados por aqueles espanhóis que eles admiravam em muitos aspectos tal civilização. O conquistador apontava os modos refinados dos astecas: “Cortez fica em êxtase diante das produções astecas, mas não reconhece seus autores como individualidades humanas equiparáveis a ele.” A admiração que daí decorreu, ao invés de diminuir a distância, aumentou-a. Curioso observar que a arte indígena não exerceu nenhuma influência sobre a arte européia do século XVI.

Os espanhóis falaram até bem dos índios, mas não falaram aos índios, não reconhecendo, portanto, a sua condição de sujeitos, a sua alteridade. Assim, “se a compreensão não for acompanhada de um reconhecimento pleno do outro como sujeito, então essa compreensão corre o risco de ser utilizada com vistas à exploração, ao tomar, o saber será subordinado ao poder”. Poder-se-ia dizer que a perspectiva de *transmodernidade* proposta por Dussel, em que a periferia seria reconhecida em sua especificidade e não “encoberta” como “outro”, deveria corresponder a uma situação de igualdade de “poderes”, ou igualdade de “condições comunicativas”.

Questiona ainda Todorov: mas por que tomar leva a destruir? No México, às vésperas da conquista, a população era de aproximadamente 25 milhões; em 1600, de apenas um milhão. “Nenhum dos grandes massacres

do século XX pode comparar-se a esta hecatombe.” Tal resultado foi obtido principalmente mediante três estratégias de ação.

O primeiro tipo de ação dos espanhóis direcionado à destruição foi o assassinato direto mediante guerras e massacres. É o que se pode captar da narração de Las Casas:

Faziam apostas sobre quem, de um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou quem, mais habilmente e mais destramente, de um só golpe lhes cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria melhor as entranhas de um homem de um só golpe. Arrancavam os filhos dos seios da mãe e lhes esfregavam a cabeça contra os rochedos enquanto que outros os lançavam à água dos córregos rindo e caçoando, e quando estavam na água gritavam: *move-te, corpo de tal?! Outros, mais furiosos, passavam mães e filhos a fio de espada.*

Outro relato de Las Casas diz respeito ao massacre de Caonao, em Cuba, realizado pela tropa de Pânfilo Narvaez, da qual era capelão:

É preciso saber que os espanhóis, no dia em que ali chegaram, pararam de manhã, para o desjejum, no leito seco de um riacho que, entretanto, ainda conservava algumas pocinhas d' água, e que estava repleto de pedras de amolar: o que lhes deu a ideia de afiar as espadas.

Chegando à aldeia asteca, os espanhóis resolveram verificar a qualidade do afiamento:

Um espanhol, subitamente, desembainha a espada (que parecia ter sido tomada pelo diabo), e imediatamente os outros cem fazem o mesmo, e começam a estripar, rasgar e massacrar aquelas ovelhas e aqueles cordeiros, homens e mulheres, crianças e velhos, que estavam sentados, tranquilamente, olhando espantados para os cavalos e para os espanhóis. Num segundo, não restam sobreviventes de todos os que ali se encontravam. Entrando então na casa grande, que ficava ao lado, pois isso acontecia diante da porta, os espanhóis começaram do mesmo jeito a matar a torto e a direito todos os que ali se encontravam, tanto que o sangue corria de toda parte, como se tivessem matado um rebanho de vacas.

Uma segunda estratégia de extermínio foi a escravidão. Assim, além da matança direta, os índios tombaram também, e em muito maior número, sob a escravidão a que foram submetidos:

As mulheres ficavam nas granjas executando trabalhos bastante penosos, fazendo montes de terra para fabricar o pão que se come; trabalho esse que consiste em revolver, levantar e amontoar a terra até quatro palmos de altura e doze pés de quadrado; parece nada, mas é um trabalho de gigante revolver a terra dura, não com picaretas, nem com enxadas, mas com paus (...). De maneira que marido e mulher não se viam pelo espaço de oito meses ou dez ou de um ano. E quando ao cabo desse tempo vinham encontrar-se estavam tão extenuados e tão fracos de fome e de trabalhos, que não tinham desejo de coabitar: e com isto a geração cessava entre eles. E as crianças engendradas morriam porque as mães não tinham leite para nutri-las, em virtude dos trabalhos e da fome que padeciam (...). O trabalho que lhes atiram sobre os ombros é extrair ouro; trabalho esse para o qual seriam necessários homens de ferro; pois é preciso perfurar as montanhas de baixo para cima mil vezes, revolvendo e furando os rochedos, lavando e limpando o ouro nos riachos, onde ficam constantemente na água, de todas as maneiras consumindo e alquebrando o corpo. E quando as próprias minas começaram a fazer água, então, além de todos os outros trabalhos, é preciso tirar toda essa água a braço.

Por fim, a terceira modalidade de ação, menos consciente, obviamente, era a transmissão de doenças, que exterminou uma quantidade incomensurável de índios. Os espanhóis não possuíam a consciência da possibilidade de uma guerra bacteriológica, mas examinando suas ações não fica difícil imaginar que, caso tal consciência houvesse, ela seria certamente usada.

Um dos motivos dessa atitude por parte dos espanhóis, é claro, foi o desejo de enriquecer. Tal desejo nada tem de novo, exceto o fato de que todos os outros valores a ele se subordinam, como observa Todorov: “Essa homogeneização dos valores pelo dinheiro é um fato novo, e anuncia a mentalidade moderna, igualitarista e economicista.” Contudo, Todorov não divisa apenas tal motivo para a atitude espanhola: “É tudo como se os espanhóis encontrasse sem um prazer intrínseco na crueldade, no fato de

exercer poder sobre os outros, na demonstração de sua capacidade de dar a morte.” Segundo o autor de *A Conquista da América: a questão do outro*, na verdade, há que se falar em sociedades de sacrifício e sociedades de massacre. No caso dos astecas, o sacrifício foi um assassinato religioso, feito em nome da ideologia oficial, à vista e conhecimento de todos, o que evidenciou a força do laço social sobre o indivíduo. O massacre, no entanto, foi justamente a explicitação da fragilidade dos laços sociais; o desuso de leis morais. Representou uma atitude tomada em um lugar distante de leis, de regras, enfim, da estrutura social representada pela metrópole. A colônia tornou-se o lugar do “tudo é permitido”.

Quanto mais longínquos e estrangeiros forem os massacrados, melhor: são exterminados sem remorsos, mais ou menos assimilados aos animais. A identidade individual do massacrado é, por definição, não pertinente (se não, seria um assassinato): não há nem tempo nem curiosidade de saber quem se está matando nesse momento.

Se o assassinato religioso foi um sacrifício, o massacre foi um assassinato ateu, inventado ou reinventado pelos espanhóis. As fogueiras da inquisição parecem-se mais com os sacrifícios. Certamente, os massacres são uma marca registrada da modernidade: “A barbárie dos espanhóis nada tem de atávico, ou de animal, é bem humana e anuncia a chegada dos tempos modernos.”

Por fim, a quarta figura listada por Dussel é a da “colonização”. Simboliza o começo da domesticação. O entender o outro como si-mesmo já não é pura e simplesmente uma prática guerreira, mas sim uma “práxis erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, quer dizer, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalhos, de instituições criadas por uma nova burocracia política”. Assim, “o mundo da vida cotidiana (*Lebenswelt*) conquistadora-europeia colonizará o mundo da vida do índio, da índia, da América”.

Do conquistador desprende-se um “ego fálico”. Colonizou-se a sexualidade indígena. Estipulou-se a dupla moral machista: dominação sexual da índia e respeito puramente aparente pela mulher europeia. Daí nasceu o bastardo - mestiço, latino-americano, filho do conquistador com a índia - e o crioulo - o branco nascido no mundo colonial. A colonização do corpo da mulher indígena também faz parte de uma cultura da dominação

do corpo do homem índio, que foi explorado principalmente no trabalho (mão-de-obra gratuita ou barata), ao que se juntou, nessa mesma situação, a figura do negro africano.

De maneira a dominar totalmente o índio, falava-se de amor cristão em meio à violência irracional. Surgiu um desdobramento da quarta figura de Dussel, por ele considerada, em função de sua importância e singularidade, uma outra figura: a “conquista espiritual”.

Depois de *descoberto* o espaço (como geografia) e conquistados os corpos, diria Foucault (como geopolítica), era necessário agora controlar o imaginário a partir de uma nova compreensão religiosa do mundo da vida. Desse modo, o círculo podia se fechar e o índio ficar completamente incorporado ao novo sistema estabelecido: a Modernidade mercantil-capitalista nascente - sendo todavia sua outra face, a face explorada, dominada, encoberta.

Na verdade, todo o processo da conquista teve duas faces da mesma moeda: mercantilismo e evangelização.

Em nome de uma vítima inocente, Jesus Cristo, os índios foram vitimados. Seus deuses substituídos por um deus estrangeiro, e uma racionalidade alienígena conferiu legitimidade a uma dominação injusta e violenta. Assim como Jesus, os índios foram vítimas, mas no caso do grande rabino e seus seguidores ficou “provada” e aceita sua inocência: a culpa era dos romanos. Já no caso dos índios, por “se encontrarem” em um estágio de “imaturidade culpada”, foram, em parte, “culpados” pelo seu estado “bárbaro” e pré-humano, e os europeus inocentes de qualquer violência que se queira imputar, pois era seu “dever” civilizar esses pagãos.

Quando Cortez se deu conta de sua desvantagem numérica perante os índios, percebeu que a força guerreira dos seus homens não poderia mais se apoiar no desejo de nobreza ou de riqueza. Era preciso um princípio ético absoluto, diante do qual oferecer a vida seria um ato com alto teor de significação e importância. E “absoluto” é a palavra certa para designar a visão católica de mundo, principalmente na época da Contra-Reforma. Como assinala Leonardo Boff, a lógica do cristianismo, no momento em que insiste na posse da verdade absoluta, abre um enorme flanco para a existência e a prática da intolerância.

Face à verdade absoluta, não cabem dúvidas e indagações da razão ou do coração. Tudo já está respondido pela instância

suprema e divina. Qualquer experiência ou dado que entre em atrito com as verdades reveladas só pode significar um equívoco ou um erro. A Igreja detém o monopólio dos meios que abrem o caminho para a eternidade (...). Por isso, nessa visão, o portador da verdade é intolerante. Deve ser intolerante e não tem outra opção. Caso contrário a verdade não é absoluta. Só os que não possuem a verdade podem ser tolerantes. Consentir a dúvida. Permitir a busca. Aceitar a verdade de outros caminhos espirituais. O fiel, este é condenado à intolerância.

O melhor exemplo dessa lógica absolutista a qual foi referida era o *Requerimiento*, texto elaborado pelo jurista real Palacio Rubis, em 1514. Tal documento, rezavam as disposições, deveria ser lido à toda comunidade indígena prestes a ser invadida. Primeiramente, ele começava dizendo que Jesus Cristo é o “senhor supremo” ou “chefe da linhagem humana”. Estabelecido esse ponto de partida, as coisas se encadeiam naturalmente: Jesus transmitiu seu poder a São Pedro, que por sua vez o transmitiu ao primeiro Papa, e, assim por diante, o poder dos sucessivos Papas estava justificado. Ora, como o último Papa conferiu o continente americano aos espanhóis e parte aos portugueses, estava, portanto, juridicamente justificada a possessão do rei da Espanha sobre aquelas terras. Aos índios era dada uma oportunidade: caso acatassem de bom grado a dominação, os espanhóis não teriam o direito de transformá-los em escravos. Contudo, caso se rebelassem, seriam severamente punidos.

A religião e os costumes indígenas eram vistos como algo demoníaco. Com relação a eles, portanto, adotava-se o método *tabula rasa* assinala Dussel. Isto é, como a religião europeia era a única (no caso a católica), o que se deveria fazer era pura e simplesmente negar a religião indígena e tudo que a lembrasse. O dominicano Diego Durán queria até vigiar os sonhos dos índios submetidos à sua orientação: “Devem ser interrogados no confessionário acerca do que sonham; em tudo isso pode haver reminiscências das antigas tradições.” Assim, quando se falava em conhecer a religião dos índios era só para poder melhor evitar que os “convertidos” fossem “contaminados”. Esse propósito acabou resultando em um efeito perverso. Ao procurarem se inteirar da visão religiosa dos habitantes do Novo Mundo, figuras como o dominicano Diego Durán e o franciscano Bernardino de Sahagún acabaram por realizar um trabalho

antropológico de considerável envergadura, imprescindível para o conhecimento atual daquelas culturas arrasadas, respectivamente: *Historia de las Indias de Nueva Espana e Islas de la tierra firme e Historia general de las cosas de Nueva España*.

Obviamente, por se tratarem de universos culturais absolutamente diversos, a empresa de transmitir ao catecismo uma aparência de racionalidade era, no mínimo, extremamente complexa e exigiria uma série de pré-discussões, para começar, sobre a própria natureza da divindade, que para os europeus era una e para os ameríndios, dual. Porém, não se podendo argumentar à altura, partia-se para a violência irracional ou “guerras justas”. Houve, portanto, muito mais uma dominação da religião do conquistador sobre o dominado do que uma passagem a um momento superior de consciência religiosa. “No melhor dos casos os índios eram considerados rudes, crianças, imaturos que necessitavam de paciência evangelizadora.” O senso comum europeu era o critério básico de racionalidade ou humanidade, ao passo que o dos astecas, incas e maias estava em um grau inferior pelo fato de não terem o conhecimento da escrita e dos filósofos (foi-lhes, desde o início, negado o reconhecimento de suas tradições orais e escritas, bem como a sua filosofia), estado que só superava o dos índios de culturas não urbanas - estes seriam nada mais que animais selvagens.

O argumento de “guerras justas” surgiu de forma célebre no parecer de Francisco de Vitória, teólogo, jurista e professor da Universidade de Salamanca, quando da disputa de Valladolid, em 1550, entre Bartolomé de Las Casas e Juan Gines de Sepúlveda. Assim, embora desconsiderasse a argumentação de Sepúlveda a favor da inferioridade dos índios, que se baseava em Aristóteles, considerou lícita a intervenção bélica em nome da proteção dos inocentes diante da tirania de chefes ou leis indígenas que legitimassem o sacrifício humano.

Tornou-se um hábito ver em Vitória um defensor dos índios; mas, se interrogarmos o impacto de seu discurso, em vez das intenções do sujeito, fica claro que seu papel é outro: com o pretexto de um direito internacional fundado na reciprocidade, fornece, na verdade, uma base legal para as guerras de colonização.

O Debate de Valladolid: Bartolomé De Las Casas e a Questão da Igualdade dos Índios

Importa priorizar um pouco mais essa famosa disputa de Valladolid, ocorrida em duas sessões: uma em agosto e setembro de 1550, e outra em maio de 1551. A congregação que iria avaliar o debate era composta de 14 juízes, entre teólogos, juristas e letrados. Esse memorável embate verbal versou sobre o verdadeiro motivo da conduta implacável dos espanhóis nas Índias: a inferioridade indígena. Tanto o desejo de enriquecer quanto a pulsão de domínio foram razões para a atitude espanhola. Porém, faz-se necessário um terceiro elemento. Uma premissa básica para a verificação da destruição: a noção de inferioridade dos índios, como se estivessem a meio caminho, entre os homens e os animais. Tal era o pensamento de Juan Gines de Sepúlveda, doutor em artes e teologia pelo Colégio de São Clemente de Bolonha, além de ter estudado direito e filosofia na Universidade de Bolonha. O conceituado estudioso falou por três horas, durante as quais leu um resumo de 44 páginas de seu livro *Demócrates Alter*, que fora proibido de circular. Inicialmente, ele invalidou a arquitetura urbana dos maias e astecas, tão admiradas pelos espanhóis conquistadores em seus próprios relatos, dizendo que ela não indicava a existência de uma civilização, mas que tão só representava um indício de que aqueles índios encontravam-se num grau determinado de barbárie. Para Sepúlveda, a constatação de tal nível de primitivismo era reforçada pelo modo não individual de os índios estabelecerem suas relações uns com os outros e com as coisas, bem como pelo fato de não terem experiência de propriedade privada nem de herança pessoal. Além disso, cometiam atos pagãos, tais quais o sacrifício humano e o canibalismo. Baseando-se em Aristóteles, Sepúlveda justifica a dominação e a desigualdade dos índios dizendo que o perfeito deve dominar sobre o imperfeito, assim como o adulto sobre a criança, o homem sobre a mulher e o clemente sobre o feroz. “Todas as diferenças se reduzem, para Sepúlveda, a algo que não é uma diferença, a superioridade/inferioridade, o bem e o mal”.

Na visão de Sepúlveda, a conquista, na verdade, é um ato emancipatório, porque permite ao *bárbaro* sair de sua *barbárie*. E para a realização desse feito admite-se a violência irracional e a “guerra justa”:

Não podemos duvidar que todos os que andam vagando fora da religião cristã estão errados e caminham infalivelmente para o precipício, não devemos duvidar em afastá-los dele por um medo qualquer ou mesmo contra a sua vontade, e, não fazendo isso, não cumprimos a lei da natureza nem o preceito de Cristo.

Como já se afirmou alhures, é curioso perceber que nesta visão emancipadora os povos “subdesenvolvidos” são duplamente culpáveis. Primeiro, por “serem” inferiores; segundo, por “darem motivação” à ação violenta da conquista ao não acatarem corretamente a “verdadeira cultura”.

Em seu pronunciamento, Bartolomé de Las Casas falou, nada mais nada menos, durante cinco dias! O que se verificou devido não só à eloquência do frei, mas também em face do volume do material lido e apresentado pelo frade Apologia, de 253 páginas, e de sua *Apologética história de las Indias*, com 257 capítulos e quase 800 páginas! O dominicano bateu de frente contra os argumentos de Sepúlveda. O debate foi um divisor de águas na argumentação de Las Casas contra a ação espanhola. De fato, percebe-se que a oposição entre cristãos e não-cristãos não foi uma oposição de natureza, pois todos podiam ser cristãos, por “pertencerem” ao, mesmo rebanho. Assim, não há que se falar em desigualdade ontológica. Aqui é importante notar o perigo potencial de se afirmar não à natureza humana dos índios, mas sim a sua natureza cristã. Tanto que Las Casas, em sua Brevíssima relação da destruição das Índias, refere-se sempre aos índios como dotados naturalmente de virtudes cristãs, sendo obedientes e pacíficos. Nesse ponto, a percepção de Las Casas não difere muito da percepção de Colombo acerca da “generosidade” dos índios. Constata-se uma permanente monotonia nos adjetivos relativos aos índios da Flórida e aos do Peru. O que se formou foi um estado psicológico (bons, pacientes) e não uma configuração cultural que pudesse ajudar a compreender as diferenças.

Se é incontestável que o preconceito de superioridade é um obstáculo na via do conhecimento, é necessário também admitir que o preconceito da igualdade é um obstáculo ainda maior, pois consiste em identificar, pura e simplesmente, o outro a seu próprio ideal do eu.

Las Casas percebeu todos os conflitos em função da oposição fiel/infiel. A sua originalidade foi atribuir o polo valorizado *fiel*, ao outro e o

desvalorizado, *infiel*, aos seus compatriotas. O maniqueísmo caucasiano é indiscutível. No entanto, há de se considerar o fato de que o polo negativo não era, em sua visão, composto por todos os espanhóis, mas somente por aqueles que comandavam as encomendas e realizavam as guerras. E, além disso, embora retratasse o índio como covarde, medroso e passivo, em outros trechos relatava a sua coragem e a rebeldia.

Uma coisa é certa: Las Casas demonstrou, nesse momento, uma postura claramente assimilacionista, com a diferença de que queria que esta anexação fosse feita por padres e não por soldados, e que, além disso, nunca estaria justificada uma guerra que procurasse “acalmar os ânimos” dos Índios para que estes pudessem ser evangelizados. Sua argumentação a esse respeito é muito interessante. O poder de Castela estava fundado na concessão papal. Isto significava para Las Casas que o poder espiritual tinha mais valor que o temporal. Ou seja, o poder político de Castela só poderia ser exercido sobre a América se esta se encontrasse sob o domínio espiritual da Igreja. Contudo, como deixa claro em sua obra *Del único modo*, tal domínio só poderia se dar com o consenso indígena. Isto é, embora a postura de Las Casas seja assimilacionista, ela partiu de um princípio menos encobridor do que a visão da metodologia *tábula rasa*, reconhecendo o Índio como sujeito na medida em que exige a sua compreensão e aceitação racional, e não apenas uma submissão. Além disso, há que se considerar que, ao pedir um tratamento mais humano para os Índios, mesmo sob termos assimilacionistas, fez a única coisa que, em nível imediato, era possível para mitigar o sofrimento dos habitantes originais daquelas terras. Também não se pode olvidar que a maioria de suas cartas eram dirigidas ao rei, e estrategicamente não poderia sugerir que este abdicasse de suas possessões além-mar (conselho que, mais tarde, irá efetivamente pronunciar). Usou então o expediente de que tal domínio fosse feito por padres e não por soldados, o que garantiria aos Índios uma proteção contra os suplícios. Nesse sentido, Bartolomé de Las Casas é considerado o primeiro defensor, na América Latina, do que viria a ser chamado de “direitos humanos”.

Foi justamente enfrentando os argumentos de Sepúlveda que Las Casas apresentou uma posição mais inovadora ainda perante a questão. O bispo de Chiapas tentou tomar tanto o sacrifício quanto o canibalismo menos estranhos e mais aceitáveis ao leitor. Com relação ao sacrifício, observou que ele está previsto na religião cristã, seja no sacrifício de Isaac, o único

filho de Abraão, seja no próprio sacrifício de Cristo. Em seguida, com relação ao canibalismo, constatou que era uma prática já adotada pelos espanhóis, os quais, quando impelidos pela necessidade, haviam comido o fígado de seus compatriotas. Observa-se claramente a mudança de entendimento de Bartolomé de Las Casas quando este visou provar que o sacrifício humano não só é aceitável por razões de fato como por razões de direito. E, ao fazer isso, pressupôs uma nova definição do sentimento religioso: o perspectivismo. Em seu raciocínio, assinalou que cada um adora Deus à sua maneira, da forma que pode, e que oferecer a vida, o que há de mais precioso, é a maior prova de amor que se pode dar a Deus. Logo, embora o Deus dos Índios não fosse “o verdadeiro”, assim era por eles considerado. E este deve ser o ponto de partida. Mas reconhecer que o Deus deles era verdadeiro para eles significa reconhecer que o nosso Deus era verdadeiro somente para nós, o que deslocava a universalidade do plano da religião para o da religiosidade. E na religiosidade, afirma Las Casas, os índios são até superiores na devoção, e só os mártires do início do cristianismo lhes seriam comparáveis em fervor. A igualdade já não é admitida em prejuízo da identidade.

O bispo de Chiapas abandonou o discurso da teologia e passou a ter um de caráter antropológico religioso, e, nesse contexto, tomou-se um discurso subversivo, pois quem assume um discurso sobre a religião dá um passo fundamental em direção ao abandono do próprio discurso religioso. Com base nessa lógica, foi ainda mais fácil para Las Casas evidenciar a relatividade do conceito de barbárie. Por fim, ele sugeriu ao rei da Espanha (1555) que simplesmente desistisse de seus domínios na América e que, se tivesse de mover uma guerra, a fizesse contra os conquistadores, que não sairiam de lá espontaneamente. Sua postura perspectivista permitiu-lhe ainda modificar outra posição e renunciar ao desejo de assimilar os índios à fé cristã, no que assumiu a via neutra eles que decidissem eles mesmos acerca de seu próprio modo de viver.

Dussel observa que, na verdade, a disputa de Valladolid versa sobre de que maneira devem ser os índios incluídos na “comunidade de comunicação”. Para o filósofo argentino, Bartolomé de Las Casas

assume o melhor do sentido emancipador moderno, mas descobre a irracionalidade encoberta no mito da culpabilidade do Outro. Por isso nega a validade de todo argumento a favor da

legitimação da violência ou guerra inicial para *compelir* o Outro a fazer parte da *comunidade de comunicação*. (...) O debate está no *a priori* absoluto, da própria condição de possibilidade da participação racional. Gines de Sepúlveda admite um momento irracional (a guerra) para iniciar a argumentação; Bartolomé exige que seja racional desde o início o *diálogo* com o Outro. (...) Para Bartolomé, deve-se procurar *modernizar* o índio sem destruir sua alteridade; assumir a Modernidade sem legitimar seu mito.

A Cultura Ameríndia e o Fim do “Quinto Sol”

É necessário que se tenha em mente o momento histórico e geográfico destes povos antes da chegada dos conquistadores, pois só assim pode-se caminhar no sentido do reconhecimento da alteridade e da negação do mito sacrificial da Modernidade.

Os ameríndios, na realidade, não "descobriram" o continente no mesmo sentido de Américo Vespúcio, isto é, não tinham consciência da totalidade da terra continental, contudo tinham algo muito mais importante: a *humanização* do continente. Assim, a conquista já contara com uma cultura estabelecida, fato que eticamente foi muito relevante para guiar as ações em face da realidade americana e de seu povo. Dussel preocupou-se, com base nos quadros culturais dos astecas e não na perspectiva eurocêntrica, em demonstrar a racionalidade da atitude de Montezuma perante Cortez. A indecisão daquele devia-se à presença de um leque de possibilidades que poderiam advir da chegada dos espanhóis:

a) a possibilidade de que fossem um grupo de seres humanos era muito improvável dentro da hermenêutica nativa; Montezuma não dispunha de elementos para chegar a esta conclusão, pois, se a tivesse, a superioridade numérica dos astecas era um fato que não exigiria maiores preocupações com relação aos possíveis invasores;

b) portanto, “racionalmente”, eles só poderiam ser deuses. Mas quais? Tudo indicava que Cortez era Quetzalcóatl. A representação histórica de Quetzalcóatl era a de um príncipe do povo tolteca (anterior aos astecas) que havia sido buscado para ser o rei de Tula, mas que

acabara sendo expulso. Uma de suas características era o fato de se opor a sacrifícios humanos, pois amava muito o seu povo; e, além disso, prometera voltar. Era isto que os astecas poderiam ter toda a razão em temer, pois, além de provir de um povo por eles massacrado, o príncipe era contrário à sua forma de viver e, sendo um rei deposto, poderia querer o lugar de Montezuma. Por esse motivo, o imperador asteca, num determinado momento, ofereceu o seu reino a Cortez, que, obviamente, nada entendeu. O fato de o comandante espanhol censurar os sacrifícios astecas já era um grande indício de sua possível identidade. Na realidade, os sacrifícios, segundo a crença asteca, eram uma maneira de se prolongar o “quinto sol”; oferecidos ao deus Huitzilopochtli, que passara a ser o deus principal, graças à reforma de Tlacaélel, imperador conquistador que queimou todos os códices dos povos dominados e os reescreveu;

c) a terceira possibilidade era a mais sombria: o príncipe poderia ser a representação do princípio divino, um dos rosios de Ometéotl, e isto era tenebroso, pois seria o fim do “quinto sol”.

Partindo dessas opções, portanto, era importante, primeiramente, que Montezuma não se encontrasse com os espanhóis, pois aí teria, provavelmente, de reconhecer uma das duas últimas possibilidades, o que seria o seu fim como imperador. Era mais aconselhável mandar-lhes presentes e sugerir que voltassem ao seu lugar de origem, seja este qual fosse. Obviamente, ao enviar ouro como presente para Cortez e seus homens, Montezuma estaria longe de incentivar a sua volta para a Europa.

A única possibilidade perante a qual não seria necessário o recurso às armas era a segunda. Mas, antes de empreender qualquer ação bélica, era necessário ter-se certeza da não-verificação dessa hipótese. Por este motivo Montezuma ofereceu seu reino a Cortez, ficou de fora, pois assim estaria evitando sofrimentos a seu povo: “Montezuma era o novo Quetzalcóatl de seu México e se imolou por ele”.

Com a recusa do comandante espanhol estava descartada a segunda possibilidade. Porém, a terceira opção pairava no ar como um perigo supremo. Contudo, três acontecimentos posteriores iriam provar a Montezuma que a possibilidade real era a primeira. Esses acontecimentos foram a chegada de outra esquadra, a de Pânfilo Narváez, que, lutando contra Cortez, foi derrotada e suas forças anexadas; a matança de Pedro de

Alvarado (subalterno que ficara responsável pela expedição com a ausência de Cortez e que realizou uma carnificina traiçoeira no México); e a volta de Cortez com o exército reforçado. Ao tentar penetrar no México, as forças do conquistador espanhol foram derrotadas na “notche triste”. Porém, de nada adiantou, pois a peste que se alastrou no México foi apenas o primeiro sinal da vitória inevitável dos espanhóis. Os astecas interpretaram a conquista como a chegada do “sexto sol” e a conseqüente morte dos seus deuses, de sua filosofia e de seu mundo.

Toma-se, portanto, a chegada do “sexto sol” como um marco simbólico do “fim do mundo” ameríndio, de sua cosmovisão. Porém, a resistência a esta mudança foi maior do que se se imagina, embora tenha sido sucedida pela inevitável derrota, quer pela disparidade do desenvolvimento interpretativo dos fatos, quer pela própria tecnologia militar.

Assim, com a percepção da natureza terrena dos invasores, acirrou-se a resistência. O primeiro ato foi o do cacique Caonabo, em Cibao, que, resistindo ao roubo de suas mulheres pelos homens deixados por Colombo, matou-os. No entanto, todos os caciques, apesar de sua rebeldia, foram sendo vencidos. A resistência maia, por não ter seu povo articulado num claro sistema de dominação política, como era o caso dos astecas, prolongou-se quase até o século XX. Só em grandes impérios, como o de Montezuma, teve-se a clara visão de que o controle político-militar havia sido transferido a outrem. A figura da resistência foi claramente seguida pela do “fim do mundo”.

Parece, porém, que Dussel, nos textos pesquisados, limitou-se muito à questão negativa da ação indígena, ou da não-existência de qualquer ação, no processo da conquista. Preocupado em afirmar a alteridade que os povos ameríndios e seus descendentes representaram, deveria ter explicitado melhor a atitude indígena de resistência à conquista. Contrariamente a um certo senso comum que se firmou sobre a questão, a resistência ameríndia não ficou limitada ao âmbito militar. Conforme assinala Héctor Heman Bruit, a aculturação dos ameríndios esteve longe de ser considerada bem-sucedida, o que se deu graças a uma prática velada, em que simulavam a todo o instante um comportamento que escondia uma outra atitude, uma atitude protecionista de sua própria cultura e que deixava entrever a sua rebeldia. E, além disso, a sobrevivência não só da cultura, mas de muitos povos indígenas ao massacre da conquista, resultou, como afirma o

professor chileno, em uma das maiores façanhas da humanidade. Para explicar esse feito, certamente há que se levar em conta o que se chama de “história invisível” da conquista da América. “Derrotados militarmente e violentados pela prática dos invasores, os índios simularam obediência, passividade, servilismo para salvar a pele e, especialmente, sua cultura.”

Verifica-se o que Bruit chama de a “simulação dos vencidos”.

A simulação inscreve-se numa cadeia semântica que se inicia com a representação, isto é, o signo ocupa o lugar do real, e termina com a simulação em que o signo representa, em última instância, uma ausência. Então, falar de simulação é falar também com o outro, significar a diferença, estabelecer a distância entre as imagens, as aparências, os signos e os referentes.

Isto é, quando os índios vestiam-se como os espanhóis, comungavam como eles, portavam-se como eles, falavam a sua língua, na verdade não davam àquilo o mesmo significado que os conquistadores europeus; a representação dos costumes estrangeiros significava muitas vezes uma ausência, a ausência da cultura dominadora em suas crenças, e que servia para “dar cobertura” ao seu próprio modo de ser. A importância em se reconstituir esta “história invisível” encontra-se na oportunidade de recuperação, para os índios, da sua condição de sujeitos ativos e centrais, formadores de sua própria história.

As melhores fontes para a restituição dessa prática velada e insubordinada dos índios são as crônicas dos conquistadores, tendo em vista a raridade das fontes indígenas. Necessita-se observar as visões dos cronistas situadas sempre no extremo. “E o caminho entre um extremo revela um silêncio suscetível de ser preenchido a partir da separação entre o conteúdo dos enunciados e o sentido deles”. Assim, quando se surpreende os relatos europeus que se queixam, por exemplo, da preguiça e da bebedeira dos índios, pode-se facilmente perceber uma atitude e uma forma de resistência dos ameríndios.

É interessante procurar observar o perfil psicológico dos índios antes e depois da conquista. A imensa diferença que passou a existir entre um momento e outro surpreendeu os próprios cronistas, que não cansavam de elogiar, como se observou, a sociedade indígena, a sua extrema organização e rigidez das regras sociais, em que, inclusive, a embriaguez em muitos casos era severamente castigada, e o trabalho representava um

dos principais valores. Após a conquista ter-se firmado, os cronistas relatam a existência de todos os vícios possíveis e imagináveis.

A primeira atitude que soou estranha aos espanhóis foi o próprio silêncio dos ameríndios, que evitavam ao máximo ter de se comunicar com os conquistadores.

O silêncio, que continuava sendo até agora a marca inconfundível dos índios, conteve a manipulação ideológica na medida em que o discurso do conquistador só podia ter efeito e sentido quando referido ao discurso do índio. Aqui, o referente calou-se.

O silêncio também, na visão de Bruit, é uma manifestação da ocorrência de um trauma coletivo, verificado com o que se chamou atrás de “fim do mundo” ameríndio, um trauma assaz doloroso, que acabou por proporcionar, juntamente com outros fatores, a atitude simulada dos índios. Isto é, segundo o professor chileno, a simulação verificar-se-ia principalmente no plano subconsciente:

Essa forma de resistência à conquista não foi inteiramente programada e consciente, pois fluía também do inconsciente onde se refugiou o trauma da destruição, de tal maneira que ela agia, em muitos casos e circunstâncias, como uma ação mais instintiva e emotiva. Por essa razão, a resistência foi difusa no sentido de que não se deixava ver devido a sua própria obviedade, e foi veiculada como simulação, como encobrimento daquilo que os índios tentaram salvar.

Como já se anotou, Bartolomé de Las Casas construiu uma imagem extremamente negativa dos índios, embora certamente não fosse esta a sua intenção. Contudo, como Bruit chama a atenção, curiosamente, foi o próprio frei que revelou uma das melhores fontes para se perceber a simulação dos índios, mostrando a existência de uma contradição na construção de suas imagens. Em sua obra, ao mesmo tempo em que os índios eram covardes, resistiam de alguma forma; ao mesmo tempo em que apegados à idolatria, eram suscetíveis à aceitação da fé cristã; e, ao mesmo tempo em que eram obedientes, abandonavam o trabalho. Escreve o padre em sua *Historia de las Indias*:

Das mentiras que os índios diziam aos espanhóis e hoje dizem, onde ainda não os devastaram, os vexames e servidão horrível e cruel tirania com que os atormentam e maltratam, são as causas, porque de outra maneira, senão mentindo e fingindo para contentá-los e aplacar seu contínuo e implacável furor, não poderiam escapar-se de mil outras angústias e dores e maus-tratos.

Havia também uma certa especulação pelos índios dos gostos e desejos dos conquistadores. Muitos mentiam sobre a possível existência de ouro em regiões inóspitas. Foi assim que surgiu a famosa lenda de El Dorado. Enfim, por intermédio desta ação sub-reptícia dos índios, da sua simulação, foi possível “sabotar” a nova sociedade que os europeus queriam construir. Obviamente, a ação dos índios não foi o único fator causal do que Bruit chama de a “melação” da nova sociedade. Todavia, certamente é a menos percebida:

A sociedade hispano-indígena estava em perigo de não vingar como uma sociedade ordenada, governável, politicamente fundada no consenso da maioria, enfim, como uma sociedade cristã. Uma força estranha, oculta, não-entendida, trabalhava para desajustá-la, deturpá-la em seus objetivos, e essa força eram os próprios índios submetidos pelas armas, mas não conquistados nem pela nova religião, nem pelo saber dos espanhóis, que na realidade era um *não-saber*, pois ignorava a cultura e as raízes das tradições e costumes dos vencidos.

Como se verá adiante, essa ação subversiva dos índios não foi expressamente anotada por Las Casas como uma das causas da iminência da constituição de uma “sociedade às avessas”, de uma sociedade deturpada e torta em sua própria raiz.

O franciscano Bernardino de Sahagún tentou alertar para este perigo, ao pregar a necessidade de não se destruir os códices, os livros indígenas, pois, argumentava, era necessário ter o entendimento desta cultura para combater a idolatria. Partilharam da mesma opinião o jesuíta José de Acosta e o dominicano Diego Durán. Este último, por um momento, chegou a crer que os costumes indígenas eram semelhantes aos cristãos e que, segundo apregoavam certas teses polêmicas, São Tomás de Aquino havia firmado contato com aquelas civilizações, tendo ensinado o cristianismo aos índios. Para Tzvetan Todorov, este entendimento do padre

dominicano devia-se à presença do sincretismo em sua própria visão de mundo, pois havia sido criado no México. Bruit, contudo, atribui tal fato à ação simuladora dos índios em face do cristianismo. Ação tão densa e impenetrável que acabou por levar os espanhóis à conclusão de que, em realidade, eles não entendiam os índios. Não entendiam seus atos e, muito menos, a língua, que era composta de diversos dialetos. Os índios, porém, aprenderam a língua dos conquistadores. Observa Las Casas:

Os encomendeiros queixavam-se com freqüência que com esse aprendizado os índios se *faziam bacharéis* e não queriam trabalhar, e que quando o faziam, reclamavam direitos e privilégios e usavam as leis para infernizar a vida dos cristãos.

Por outro lado, verificou-se a existência de um sincretismo religioso, isto é, os índios incorporaram muitos dogmas cristãos, mas com a diferença de que o faziam a partir de sua visão idolátrica de mundo. Houve “um esforço consciente de comparar os dogmas e aceitar o novo em tudo aquilo que enriquecia o antigo”. Esse esforço está expresso no entendimento de Charles Gibson, em seu livro *Los aztecas bajo el imperio español*:

(...) os indígenas não abandonaram sua visão politeísta. As normas de conduta cristã comunicadas pelo ensino, alimentadas pelos preceitos ou impostas por obrigação, não tornaram inteligíveis as abstrações cristãs sobre a virtude e o pecado. A comunidade dos santos foi recebida pelos indígenas não como uma intermediária entre Deus e o homem, mas como um panteão de deidades antropomórficas. O símbolo da crucificação foi aceito, mas como uma preocupação exagerada nos detalhes de um ato de sacrifício. O Deus cristão foi admitido, mas não como uma deidade exclusiva e onipotente. O céu e o inferno foram reconhecidos, mas acentuando suas propriedades concretas e com atributos pagãos (...).

Com relação aos índios da América do Sul, em especial os do Brasil, a recuperação de sua cultura tornou-se bem mais difícil, pois praticamente todos os povos indígenas aí localizados transmitiam os seus conhecimentos através da tradição oral. Um dos raros grupos indígenas brasileiros em que se utilizou algo além desta tradição foram os Sateré-Mawé, de língua tupi, distribuídos em trinta povoados no Baixo-Amazonas, onde se encontram até hoje, como reminiscência de uma

cultura ancestral, três exemplares do Poratim, uma clava em forma de remo na qual estão gravados losangos, desenhos e figuras que representam simbolicamente um conjunto de mitos e histórias sobre as origens da tribo. No Brasil, infelizmente, não surgiram cronistas indígenas no período colonial, tornando a oralidade a única fonte da visão dos vencidos. Jimenez de La Espada, americanista espanhol do final do século passado e que foi diretor do Arquivo Geral das Índias, em Sevilha, observou que, para a infelicidade brasileira, os portugueses não tiveram um Las Casas que desse outra versão do que ocorreu no Brasil:

Os portugueses tiveram a dupla fortuna de não ter um pai Las Casas e de que os brasileiros fizeram seus, sem discuti-los, os feitos daqueles homens que a todo custo lhes deram o opulento e vasto país.

No entanto, o fato de não se possuir fontes escritas para pesquisar os índios brasileiros não deve ser um impedimento para que se resgate sua cultura, tarefa para qual não se poderá direcionar esforços neste ensaio.

A Cultura Sincrética da Periferia: Os Vários “Rostos” Latino-Americanos

Os astecas, em que pese toda a sua índole violenta e dominadora, quando subjugavam uma outra cultura, antes de destruir seus livros, estudavam-nos e os incorporavam, como se viu no mito de Quetzalcóatl. Não foi o que aconteceu em relação aos europeus com a tradição asteca, que lhes havia sido oferecida como uma homenagem e, em troca, o povo náhuatl foi chacinado e humilhado culturalmente.

Estas culturas não tiveram a vantagem da helenista ou romana, que o cristianismo *trabalhou* por dentro e, sem destruí-las, as transformou nas culturas das cristandades bizantina, copta, georgiana ou armênia, russa ou latino-germana desde o século IV d.C., as culturas ameríndias foram truncadas pela raiz.

O “sexto sol”, portanto, ignorou a existência dos outros cinco que o precederam, e trouxe em seu centro o capital. Diz Marx:

O capital é trabalho morto que só se vivifica, à maneira do vampiro, ao chupar trabalho vivo, e que vive tanto mais quanto

mais trabalho vivo chupar. O descobrimento das regiões auríferas e argentíferas da América, o extermínio, escravização e soterramento nas minas da população aborígine, a conquista e o saque das Índias Ocidentais, a transformação da África num couro reservado para a caça comercial de peles negras, caracterizam os albores da era (do sexto sol) da produção capitalista.

Apesar de todos os esforços europeus para que a cultura original do continente americano fosse encoberta ou negada, acabou-se gerando uma rica e sincrética cultura popular, que formou na América Latina vários rostos diferentes. Veja-se o perfil de cada um deles. Em primeiro lugar, os índios. Embora os europeus controlassem o poder político e os “pontos chaves”, o modo de vida da maioria das pessoas era indígena, com um uso comunitário da terra e uma vida comunal própria, o que, como se viu, era conseguido graças à simulação indígena, que barrou a total aculturação. O segundo golpe fatal, na verdade, foi dado pelo liberalismo do século XIX, que, querendo impor uma forma de cidadania abstrata, individualista e burguesa, firmou a propriedade privada no campo se contrapôs à forma de vida comunitária. Obviamente, tal fato limitou aos índios a possibilidade de viverem à sua maneira, gerando os problemas atuais das reservas indígenas, principalmente em países como o Brasil, cuja população indígena não era derivada de uma cultura urbana. Já no caso dos índios oriundos de sociedades organizadas em cidades, constata-se a presença de um forte sincretismo cultural, mas não de absoluta aculturação.

O segundo rosto corresponde às vítimas do que Dussel chama de “segundo holocausto da Modernidade”: os negros. Nunca havia ocorrido uma experiência de escravização em número tão elevado e de maneira tão sistematicamente organizada. Da mesma forma que os índios, a resistência dos escravos também foi contínua. O maior registro provavelmente é o do Quilombo dos Palmares, momento tão importante na constituição histórica do Brasil, um exemplo vivo da resistência negra, durante mais de um século.

É interessante perceber que desde essa época, quando se defendeu no Brasil um liberalismo que se prestasse à defesa da estrutura escravista, o direito por aqui (bem como, de uma forma geral, na América Latina) costumou ser um instrumento cego ao sofrimento popular, pois procurava

harmonizar a existência da violência irracional com a “liberdade” (para dentro obviamente).

O par, formalmente dissonante, escravismo-liberalismo, foi, no caso brasileiro pelo menos, apenas um paradoxo verbal. O seu consórcio só se poria como contradição real se se atribuísse ao segundo termo, *liberalismo*, um conteúdo pleno e concreto, equivalente à ideologia burguesa do trabalho livre que se afirmou ao longo da revolução industrial europeia.

Os homens públicos pronunciavam-se “contra a ingerência britânica no controle dos navios negreiros; medida que verberou como o *ataque mais direto que se poderia fazer à Constituição, à dignidade nacional, à honra e aos direitos individuais dos cidadãos brasileiros*”. Assim, defendia-se um liberalismo que fosse atento, segundo se argumentava, às *circunstâncias e peculiaridades nacionais*. Os proprietários de terras reivindicavam a sua “liberdade” de trocar, vender e comprar, mesmo que a “mercadoria” fosse os negros africanos. “*It was freedom to destroy freedom: dialética do liberalismo no seu momento de expansão a qualquer custo.*”

O terceiro rosto deste “povo uno de rostos múltiplos”, como escreve Dussel, é o mestiço, ou os “filhos da Malinche”; aqui no Brasil poder-se-ia dizer: os “filhos de Iracema”. Diferentemente dos índios, negros, asiáticos e europeus, os mestiços não têm uma personalidade cultural e racial definida. Na verdade, são os únicos que em 1992 fizeram 500 anos. Não chegaram a ser oprimidos tão violentamente quanto os negros e índios, mas também foram objeto do saber antropológico racista, de cunho excludente e depreciante, sendo vítimas da situação estrutural de dependência cultural, política e econômica, seja nacional, ou internacional.

O quarto rosto, que completa o bloco social oprimido latino-americano pré-independência, é o dos *criollos* ou *crioulos*. Filhos brancos de europeus nas Índias, representam uma classe dominada, na Espanha, pelos Habsburgos e pelos Burbões e, no Brasil, pelos reis de Portugal. Os crioulos foram os únicos que tiveram uma “consciência feliz” da América. Os índios viam-na como terra de deuses ancestrais que agora estavam mortos; os africanos, como uma terra estranha; e os mestiços, como terra em que cresceram, porém que era palco de opressão e humilhações.

Esses quatro rostos completam o quadro de um “bloco social” da América Latina colonial, um “sujeito histórico”, um “povo oprimido”. Tal

“bloco social” tornou-se claro e delimitado mediante as lutas em prol das emancipações nacionais no século XIX. A dissolução do laço com a metrópole realmente foi uma causa defendida por todas as classes e grupos sociais. Os índios, negros e mestiços, em geral, que compunham a parcela pauperizada do povo, viam na independência a possibilidade de melhores condições de vida e de concretização da justiça social; a elite oligárquica e burocrática, formada basicamente pelos crioulos, obviamente possuía interesses bem diversos. No entanto, foi ela que liderou estes movimentos, utilizando-se do ideal liberal como base doutrinária e inspiradora.

A partir da consolidação dos Estados Nacionais, formou-se um novo “bloco social dos oprimidos” e surgiram novos rostos que se justapuseram aos antigos. O quinto rosto, portanto, é o dos camponeses. Índios que abandonaram a terra, mestiços pobres, mamelucos e mulatos. Até quase a metade do século XX, a maioria da população latino-americana estava fixada no campo, sendo explorada e oprimida pelas oligarquias rurais, que, como se sabe, dominaram o poder político e econômico nesse período.

Os operários, no contexto de nossa revolução industrial atrasada e dependente, surgiram como o sexto rosto. Passaram a ser oprimidos pela própria estrutura capitalista dependente em que se insere a América Latina. Tal dependência refere-se à gerência de um capital débil, que transfere estruturalmente valor ao capital “central” das metrópoles e, atualmente, às multinacionais. O capital “periférico”, portanto, deve compensar a transferência de valor ao capital “central”. Tal “compensação” acaba saindo do bolso do trabalhador, mediante o emprego barato de sua força de trabalho, que se mantém sob uma contraprestação mínima devido à, dentre outros fatores, existência de um “exército operário de reserva” que o fraco capital periférico não pode absorver. Tal “exército” compõe o sétimo rosto: o dos “marginais” ou miseráveis, que, oferecendo o seu trabalho a preços subumanos, forçam a permanência de uma mão-de-obra explorada e oprimida.

Emergindo dessa viagem às raízes do ser latino-americano, pode-se perceber duas coisas básicas. Primeiro, que este povo foi vítima de um processo de modernização que ocultou e oculta a violência praticada contra os seus pares, violência essa justificada por um discurso antropológico racista e cuja história é preciso ser resgatada para que se tenha noção da existência de um outro “sujeito histórico” que não o europeu; segundo, que

existe uma cultura sincrética popular, produto exclusivo das tradições latino-americanas e de sua interação com outras culturas, existe uma particularidade e especificidade que não se reduz às fórmulas das ideologias eurocentristas. O projeto de Enrique Dussel, sintetizado na *Filosofia da Libertação*, se propõe a reivindicar o verdadeiro lugar da América Latina no contexto mundial:

A Filosofia da Libertação afirma a razão como faculdade capaz de estabelecer um diálogo, um discurso intersubjetivo com a razão do Outro, como razão alternativa. Em nosso tempo, como razão que nega o momento irracional do “Mito Sacrificial da Modernidade”, para afirmar (subsumido num projeto libertador) o momento emancipador racional da ilustração e da modernidade como Transmodernidade.

Os Genocídios Coloniais e as Práticas Exterminadoras dos Sistemas Penais

Quando se trata da conquista da América, cabe referir-se continuamente ao genocídio dos povos americanos, tanto físico quanto cultural. Com o intuito de aprofundar essa noção, bem como de assinalar o papel que aí desempenharam os sistemas penais latino-americanos, necessário se faz reafirmar algumas colocações de Eugenio Zaffaroni acerca do assunto.

Cesare Lombroso e sua obra simbolizam muito bem todo um pensamento cientificista, correspondente ao período neocolonialista, de cunho racista-biologista, que visava justificar a delinquência e o “primitivismo” dos habitantes das colônias mediante a auferição de uma inferioridade natural e implícita a tais sujeitos. Tal discurso estava na boca de toda a elite oligárquica latino-americana do período, contudo, sobreveio a sua proibição nos países centrais em função do nazismo.

Como na Segunda Guerra Mundial Hitler praticou na própria Europa aquilo que o *apartheid* criminológico justificava para as regiões marginais - especialmente latino-americanas -, o modelo lombrosiano foi rápido e cuidadosamente arquivado.

Assim, o exercício do poder periférico já não poderia se racionalizar com os discursos centrais, como vinha sendo feito. Contudo, por falta de

discursos teóricos na periferia, o velho discurso criminológico lombrosiano continuou sendo defendido no ambiente acadêmico, o que gerou uma contradição com os órgãos que procuravam um saber alternativo àquele que houvera sido censurado pelo “centro”. Tal contradição gerou uma confusão teórica, um “saber discursivamente contraditório e confuso”, ao qual Zaffaroni chama de “atitude”. Observa ainda o penalista argentino que, muitas vezes, esta defasagem teórica procura ser explicada argumentando que se está em um momento passageiro de subdesenvolvimento, a ser superado com o crescimento rumo ao paradigma central de desenvolvimento. A contradição teórica que emerge da “atitude” constitui um dos grandes motivos para a deslegitimação do sistema penal na América Latina.

A base teórica de nosso sistema penal refere-se a um modelo de ciência penal integrada, em que a ciência jurídica está ligada à concepção geral do homem e da sociedade. Tal modelo é bem sintetizado no que Alessandro Baratta chama de ideologia da “defesa social”, contemporânea à revolução burguesa. O jurista italiano relaciona os princípios que informam tal corpo de ideias: a) princípio da legitimidade (o Estado, enquanto expressão da sociedade, encontra-se legitimado para reprimir a delinquência); b) princípio do bem e do mal (o crime é o mal, a sociedade constituída é o bem); c) princípio da culpabilidade (o delito é o resultado de uma postura interior com alto grau de reprovação, pois é contrário aos “bons” valores e normas da sociedade); d) princípio da finalidade ou da prevenção (a pena serve para prevenir o crime, e não só para retribuí-lo); e) princípio da igualdade (a lei penal se aplica igualmente a todos); f) princípio do interesse social e do delito natural (“o núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade (...), apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes - delitos artificiais”).

O problema deste conceito de defesa social é que ele é aistórico e não-contextualizado, e coloca o conceito de crime em um sentido ótico. Na América Latina, a “essencialidade” do conceito de crime vem juntar-se à “essencialidade” da condição “inferior” dos negros, mulatos, mestiços e índios. A ideologia da defesa social, ao considerar a existência de valores absolutos, expressão harmônica de um todo social, contra os quais se

contraporiam as ações criminais, a delinquência, ignora a existência de uma vasta diversidade cultural, fato que é bem mais intenso na América, marcada por uma cultura popular sincrética. O princípio da culpabilidade expressa bem esta redução realizada pela ciência penal, pois quando considera determinada atitude reprovável, o faz em função da existência de valores e normas totais na sociedade. No Brasil, está bem clara a presença desse princípio na reforma de 1984 do Código Penal. Francisco de Assis Toledo, presidente da Comissão que elaborou tal reformulação, diz que, na reforma dos institutos do Código Penal, “percebe-se, sem muito esforço, a exclusão de aplicação da pena criminal a quem não tenha contribuído censuravelmente com sua vontade e deliberação para a lesão de bens jurídicos penalmente tutelados (...)”. [Grifo nosso]

Prosseguindo, Baratta relata, ponto por ponto, a desestruturação de que foi objeto a ideologia da defesa social por parte da criminologia crítica. Pela limitação do espaço, esse assunto não será tratado aqui, contudo, é interessante observar a desarticulação feita com relação ao princípio da culpabilidade, mediante a teoria das “subculturas criminais”, fato que também é observado por Roberto Bergalli. Tal teoria mostra que os comportamentos muitas vezes considerados criminosos são, na verdade, expressão de peculiaridades econômicas e culturais de diferentes grupos sociais, e não fruto de uma inferioridade biológica ou de um desvio em face de um conceito absoluto de crime. Assim, o direito penal esconde, na realidade, sob a capa de valores gerais pressupostos, a seleção de determinados valores, referentes a determinados grupos. A deficiência da teoria das subculturas criminais, assinala Baratta, está no fato de que ela toma a má distribuição da riqueza e das oportunidades sociais, caracterizadora das diferenças valorativas, como um dado objetivo, não inquirindo acerca das causas desta distribuição. Como se verá adiante, esta ideia totalizadora de sociedade imposta pelo modelo punitivo irá facilitar sobremaneira a ação verticalizadora do sistema penal, que será fatal para a integridade dos laços comunitários e horizontais na sociedade, e, em última instância, facilitará o controle de nossa região periférica.

Zaffaroni realiza uma divisão entre três tipos de colonialismo dos quais somos vítimas: o colonialismo mercantil (século XVI), o neocolonialismo ou colonialismo industrial (século XVIII) e o tecnocolonialismo. Esta última categoria corresponde a um contexto atual e futuro de uma revolução tecnocientífica. Todos esses três momentos constituíram,

constituem e podem constituir práticas genocidas. Nos dois primeiros casos, trata-se de uma ideologia genocida alimentada pelo discurso da “inferioridade”, seja teológica, seja científica. O terceiro caso ameaça ser ainda mais apocalíptico.

O aumento dos avanços tecnológicos nos países centrais tende, além de provocar a redução das classes operárias no “centro”, a colocar os países periféricos em uma situação desesperadora, pois o que lhes permite pleitear por algum respeito no intercâmbio internacional é, basicamente, a mão-de-obra barata e a abundância de alimentos e de matérias-primas. Ambos os elementos, mais o primeiro do que o segundo, tendem a ser substituídos pelos avanços tecnológicos, quadro que é agudizado pelas dívidas externas, impedindo o acúmulo de capital produtivo. Tudo isto gera recessão, diminuição de salário e do percentual orçamentário destinado a obras sociais e ao combate à miséria. As principais vítimas dessa situação são a maioria menos favorecida do povo latino-americano, que tende a crescer em número, graças ao recrudescimento demográfico.

Não havendo modificação ou reversão da atual tendência, (...) estaremos fora de qualquer competição internacional, com uma população jovem consideravelmente deteriorada em razão de carências alimentares e sanitárias elementares, com educação deficiente, com notória marginalização urbana em termos de pobreza absoluta, com uma grande redução da classe operária e com um sistema penal que lançará mão da repressão mediante o aumento de presos sem condenação.

Essa situação daria ao sistema penal a incumbência de conter aproximadamente 80% da população da região, formada por uma legião de miseráveis. Obviamente, essa visão também corresponde a um projeto genocida que, segundo Zaffaroni, devido à sua amplitude, poderá ser bem mais nefasto que os outros dois.

No caso de não desenvolvermos a capacidade de *aceleração histórica*, cairíamos, inevitavelmente, neste projeto de repúblicas *tecno-oligárquicas*, que representariam o equivalente tecnocolonialista das *repúblicas oligárquicas* do neocolonialismo.

Zaffaroni considera peça-chave para evitar a verificação desta tecno-apocalíptica-implacável realidade a neutralização do sistema penal como instrumento desse novo colonialismo. Daí se depreende a urgência de uma

“resposta marginal no contexto da crise de legitimidade do exercício de poder de nossos sistemas penais”.

Na primeira fase colonialista, a mercantil, o sistema penal não chegou a ser um instrumento tão central de perpetuação do genocídio como o foi nos outros dois períodos subsequentes. Nessa fase, os sistemas escravistas realizavam esse papel. No entanto, com o predomínio do trabalho livre-assalariado a partir da revolução industrial, que marca o início do neocolonialismo, os sistemas penais, em especial o aparelho policial, passaram a ser o principal instrumento de controle e de manutenção do sistema instituído, ou seja, de manutenção do genocídio que tal estrutura representa, isto sem falar nas próprias práticas de cunho genocida empreendidas por esses sistemas, informados por um discurso antropológico racista que intensifica a sua atuação destrutiva. Tais características são contempladas contemporaneamente com toda a clareza: confrontos armados; fuzilamentos sem processo (muitas vezes incluídos em um confronto simulado); grupos parapoliciais; torturas; uso abusivo de armamento; violência perpetrada contra os presos; indiferença a doenças contagiosas contraídas pelos presos, que morrem sem tratamento; a atuação da polícia urbana, que “atira primeiro e depois pergunta”, no que, muitas vezes segue as orientações dos próprios chefes de segurança etc. Esse quadro piora muito mais em tempos de repressão política. A violência cotidiana do sistema penal recai sobre os setores mais vulneráveis da população, sendo que, na América latina, assume um aspecto étnico, “como a contribuição do sistema penal para a extinção do índio ou o nítido predomínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos”.

As agências não judiciais do sistema penal atuam mediante uma estrutura disciplinar, uma organização militarizada, fato que no Brasil tomou-se mais palpável com o processo de militarização das polícias neste século. Assim, a atuação desses órgãos procura esquadriñar toda a população e manter sobre ela a sua presença onipotente, um olhar hierárquico, que num primeiro momento submete qualquer individualidade à sua autoridade. Essa autoridade, ou poder, é recrudescida por vários fatores externos, tais como a não-ingerência dos órgãos judiciais em muitas questões - o que se faz por motivos políticos, por um “corporativismo de inércia”, situação em que, visando à manutenção de certo status, é melhor “não se meter” -, as campanhas de lei e ordem e o papel dos meios de propaganda, que a todo o momento exaltam a atuação policial e exibem,

como sinal de triunfo sobre a criminalidade, uma pilha de cadáveres. “Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa”. Converte-se o indivíduo em um “suspeito profissional”. Não é preciso dizer quais seriam as características dessas pessoas: basicamente pobres, pretos, mestiços e mulatos. A carga estigmática é tão grande e poderosa que as pessoas que dela são objeto tendem a introjetar o rótulo que lhes é fixado, principalmente quando se trata de pessoas carentes. Seu contato com o sistema penal acaba gerando a continuação do mesmo em outros círculos, o estigma atinge todas as relações sociais. Como se não bastasse a estigmatização e a violência, existe uma espécie de efeito regressivo, observa Zaffaroni, resultante do encarceramento nas prisões, uma forma de deterioração do indivíduo, que passa a não agir mais como um adulto, em virtude das condições às quais tem de se adaptar. Obviamente essa regressão acaba tendo como efeito uma maior eficiência no condicionamento e na introjeção do papel de delinquente. Tais efeitos de deterioração do indivíduo objeto do sistema penal, assinala Zaffaroni, foram confundidos, pelo paradigma etiológico, como sendo as “causas do delito”.

Além do processo de criminalização, existe um “processo de policização”. Ambos recaem sobre as camadas mais carentes da população. Cria-se um estereótipo do policial: “violência justiceira, solução dos conflitos sem necessidade de intervenção judicial e executivamente, machismo, segurança, indiferença frente à morte alheia, coragem em limites suicidas (...) ser vivo esperto e corrupto”. A deterioração desse indivíduo torna-se óbvia, pois não se espera que alguém possa agir de forma racional e equilibrada com todas estas “virtudes”. Além disso, não há a menor assistência psicológica e educativa para os policiais depois ou antes de enfrentarem e causarem a morte; “presume-se que o indivíduo deve estar psicologicamente preparado para tudo isto, porque o contrário seria impróprio do macho que o policizado deve ser”. Esse estereótipo é alimentado não só pelos meios de comunicação e pela sociedade em geral, mas também está presente nas próprias academias de polícia. A maioria delas não possui, em nenhum momento de seu currículo, alguma menção a direitos humanos, incentiva-se a postura violenta e combativa dos futuros policiais.

O sistema penal, por gerar continuamente o antagonismo e a contradição social, contribui decisivamente para o enfraquecimento e a dissolução dos laços comunitários, horizontais, afetivos e plurais. Os processos de deterioração examinados acima colocam como inimigos em potencial pessoas que pertencem às mesmas camadas sociais e econômicas.

Quanto maiores e mais graves forem nossos antagonismos internos, maior será o condicionamento verticalizante transnacionalizado e menores serão, portanto, os loci de poder capazes de oferecer alguma resistência ao projeto tecnocolonialista. Uma sociedade verticalizada constitui, obviamente, uma sociedade ideal para ser mantida sempre dependente, impedindo-se qualquer tentativa de aceleração histórica, enquanto uma sociedade que equilibre relações de verticalidade (autoridade) com relações de horizontalidade (de simpatia ou comunitária) apresenta-se mais resistente à dominação neo e tecnocolonial.

A comunidade é uma forma de resistência anticolonialista, pois quem se apodera de um poder verticalizado dispõe apenas de um dos centros de poder. Aliás, esse tipo de organização já não era bem-vinda desde o século XVI. Foi lembrado o fato de que, no discurso de Gines de Sepúlveda, por ocasião do debate de Valladolid, em 1550, o filósofo acusa a forma de vida comunitária dos índios como um sinal de seu “primitivismo” e de sua “inferioridade”. Também constatou-se que esse tipo de organização, que perdura no mundo hodierno entre os indígenas, revelou-se como uma forma de resistência à aculturação de que foram vítimas. Contemporaneamente, mantém-se o plano comunitário e horizontal em um nível de marginalização. O espaço público é o lugar da estatística; as pessoas não se reconhecem como pessoas, mas sim como números e como autoridades. No âmbito dos novos movimentos sociais, que passaram a ser caracterizados a partir da década de 70, do século passado, ocorre algo diferente e perigoso (para os controles centrais, é claro): as pessoas criam uma identidade comum, em virtude de sua situação de exclusão, e se reconhecem no espaço público como pessoas, com problemas, qualidades e aspirações; tornam-se verdadeiros sujeitos, com voz própria.

Conclusão

Deparando-se com todos os problemas enfrentados hodiernamente pela América Latina, pode-se facilmente indagar até que ponto vive-se em uma “sociedade às avessas”, como assinala Las Casas; ou em uma “sociedade melada”, no dizer de Bruit; uma “sociedade marginal”, na observação Zaffaroni, ou, ainda, como quer Dussel, em uma sociedade na qual ocorre o “ocultamento do outro”.

Para se entender melhor o que Bartolomé de Las Casas chama de “sociedade às avessas”, necessário é tratar o pensamento político do frei dominicano, cujas ideias nesse campo superaram as de seus contemporâneos, além de anteciparem muitas considerações libertárias da teoria política moderna. O bispo de Chiapas, bem como os demais pensadores de sua época, foi influenciado pela corrente filosófica que vai de Aristóteles a Santo Tomás de Aquino. Em um primeiro momento, a teoria aristotélica era mal vista na Europa, pois constituía numa ameaça à visão agostiniana de mundo, então dominante. Enquanto para Aristóteles a sociedade civil era uma criação humana direcionada ao próprio homem, para Santo Agostinho era apenas uma transição para a vida eterna.

Obviamente, não foram as ideias de Aristóteles acerca da escravidão que influenciaram Las Casas (como se sabe, quem foi influenciado por estas ideias foi Gines de Sepúlveda). A parte do pensamento aristotélico que influenciou o padre dominicano foi aquela que dizia respeito à submissão de todas as coisas ao desenvolvimento da natureza, encaminhando-se para a perfeição ontológica, incluindo-se aí o próprio homem, que, sendo um animal político, teria o seu progresso para a justiça e a felicidade dependente desse curso natural de todas as coisas. Para Santo Tomás, natural seria aquilo comum a todos os homens, seria a essência da espécie humana. Nessa ideia Las Casas baseou o princípio da igualdade entre todos os seres humanos, sem importar seu grau civilizatório. Além disso, partindo da clássica hierarquia das leis proposta por Santo Tomás de Aquino, o frei entende que a lei natural seria ditada pelo próprio intelecto humano, seria a sua manifestação justa de racionalidade. Tal entendimento será usado para justificar a legitimidade das sociedades políticas dos índios, criada a partir da própria vontade justa e reta razão dos mesmos. Para Francisco de Vitoria, no entanto, a sociedade seria uma criação da vontade divina, o que permitia considerar a sociedade indígena como pré-política, pois não conhecia Deus.

O tomismo, no século XVI, fazia parte de um *escolasticismo* não ortodoxo, surgido em virtude da emergência do luteranismo e do pensamento maquiavélico, considerados pela igreja ameaçadores à sua moral. Assim, dizia-se em contraposição a Lutero, para quem todas as leis vinham diretamente de Deus, que uma coisa era a lei dos homens, e outra era a lei divina. Aquela só estaria vinculada a esta por intermédio da lei natural, e não diretamente, como queria Lutero; a partir dessa constatação, para se chegar a uma ideia de consenso necessário entre os homens era apenas um passo. Tal conclusão foi acatada em parte por Molina, Suárez e Vitoria, componentes da Escola de Salamanca, mas foi Bartolomé de Las Casas quem desenvolveu esse entendimento às últimas consequências, superando o pensamento de seus contemporâneos, afirmando que o domínio espanhol sobre a América não era legítimo, pois não estava apoiado no consenso dos índios. Enquanto Vitoria e Suárez partiam da ideia tomista de que o povo, quando elege um soberano, aliena sua soberania, Las Casas, partindo de Bartolo de Sassoferrato, um pensador italiano da baixa idade média, afirma que o povo apenas a delega, que continua sendo o detentor e o titular do poder.

Naturalmente, o poder de Castela sobre o “Novo Mundo” estava fundado na concessão papal. Para Las Casas, isto significava que o poder espiritual era mais valioso e maior que o temporal, e que, antes de estar fundado no Papa, que era só um representante de Deus, estava alicerçado no direito natural, em Deus e no povo. Ou seja, o poder político da Espanha só poderia ser exercido sobre a América se esta antes se encontrasse sob o domínio espiritual da Igreja, domínio esse que deveria passar sob o consenso indígena. Afirma Las Casas em sua *Treinta proposiciones muy jurídicas*:

Todos os reis e senhores naturais, cidades, comunidades e povos daquelas Índias são obrigados a reconhecer os reis de Castela como universais e soberanos senhores e imperadores da forma dita, depois de ter recebido, por sua própria e livre vontade, nossa santa fé e o sacro batismo, e se, antes que o recebam, não o fazem e nem querem fazê-lo, não podem ser punidos por nenhum juiz ou justiça.

Além disso, contrariamente ao que pensavam muitos padres e doutrinadores, para o padre dominicano a evangelização, conforme expressa em *Del único modo*, deveria ser sutil, delicada, compreendida

pelos destinatários da mensagem, adorada por eles, deveria respeitar o direito natural dos índios como pessoas livres e soberanas.

Héctor Hernan Bruit defende a tese de que Las Casas, partindo da teoria de Bartolo sobre a pluralidade de autoridades políticas soberanas, defendia uma relação federativa entre Castela e os reinos indígenas, pela qual ao reino espanhol caberia o poder central, mas sem autonomia para intervir na jurisdição dos governantes indígenas (estes só deviam pagar um tributo de forma indireta, isto é, ao seu príncipe, que depois prestaria contas à Castela). Tal relação federativa passaria a existir depois de um Tratado. Contudo, nesta ideia de federação permanece uma inconsistência com o futuro perspectivismo religioso de Las Casas, pois o domínio absoluto ainda seria da religião cristã, personificada na figura do Papa. Mas sabe-se que para o dominicano chegar à inovação do perspectivismo teve de passar por um longo e penoso processo de desilusões e lutas.

Diante da pouca eficácia da praticidade de suas idéias, que resultou, entre outras coisas, na criação de uma legislação de proteção aos índios, como as *Leis de Burgos*, de 1512, e as *Leis Novas*, de 1542, escreve o bispo de Chiapas em sua obra *Los tesoros del Perú*:

Nenhum rei, senhor, povo ou pessoa privada ou particular de todo aquele mundo das Índias, desde o primeiro dia de sua descoberta até o dia de hoje, 30 de agosto de 1562, reconheceu nem aceitou de maneira verdadeira, livre e jurídica, a nossos ínclitos reis da Espanha como senhores e superiores, nem aos delegados, caudilhos ou capitães enviados em nome do rei, e a obediência que até hoje lhes têm prestado e agora prestam, é e sempre foi involuntária e coagida.

O poder espanhol não era legítimo, não estava apoiado no consenso dos povos indígenas. A obediência foi imposta pela força, não havia verdadeiramente direito.

A lei era essencial; para Las Casas, deveria identificar-se com a justiça, como defendia Domingo de Soto. Os homens estavam submetidos à lei, mas só porque ela era produto da vontade coletiva. Discursa Las Casas no tratado *De Regia Potestate*:

Toda autoridade pública, rei ou governante, de qualquer reino ou comunidade política, por soberano que seja, não tem liberdade nem poder para mandar nos cidadãos arbitrariamente e ao capricho de

sua vontade, senão de acordo com as leis da comunidade política. É assim que as leis devem ser promulgadas, para promover o bem-estar de todos os cidadãos e nunca em prejuízo do povo. Devem ajustar-se ao interesse público da comunidade, e não ao contrário, a comunidade, às leis. Portanto, ninguém tem poder para estabelecer coisa alguma que prejudique o povo. O rei ou governante não manda sobre os súditos na qualidade de homem, senão como ministro da lei. Assim, não é dominador, mas administrador do povo por meio das leis. Levam o título de reis, porque cumprem as leis em consciência, mandando o que é justo e proibindo o que é injusto; e, assim, os cidadãos são livres porque não obedecem a um homem, senão à lei.

Ressalte-se aqui que uma lei que não contemplasse o bem da comunidade não era considerada como tal pelo padre dominicano. No entanto, para Santo Tomás e Francisco de Vitoria, o rei não estava obrigado a obedecer a lei.

Para Las Casas, o bem comum não era um conceito abstrato, ele o entendia como a necessidade de dividir as tarefas produtivas, incluindo a função de governar a comunidade. A ideia do bem comum como a finalidade de governo e de convívio social veio, no pensamento lascasiano, de Remigio de Girolami, pensador do século XIV. Com relação às ideias políticas de Las Casas, diz Bruit:

Em *Algunos principios*, outro dos grandes tratados, o dominicano discute o pacto político entre governantes e governados. O povo delega a soberania ao rei, para que este governe em função do bem comum, finalidade que autoriza o governante a ditar leis que podem limitar os direitos individuais, mas nunca os direitos coletivos (...). As preocupações de Las Casas com as liberdades públicas e individuais, com os fundamentos jurídicos da sociedade que se organizava, com o desejo de ver na América uma sociedade de direito e justiça social, de respeito aos direitos humanos, configura sua visão dos destinos do continente.

Assim, para Bartolomé de Las Casas, uma verdadeira sociedade constituía-se sobre esses princípios, em que a soberania e a dignidade do índio, enfim, a sua própria condição de sujeito, eram respeitadas. O frade, ao relatar a destruição das Índias, alertava para um perigo que se projetava

no futuro: a constituição de uma “sociedade às avessas”. No entanto, conforme chama a atenção Bruit, ele apenas viu ou quis ver um dos lados da moeda na construção dessa sociedade invertida: a ação dos espanhóis. Não levou em consideração a ação velada dos índios, a “melação” da nova sociedade. Mas, apesar disso, ao vislumbrar a existência de uma sociedade que não pôde vingar por não estar fundada no consenso dos índios, o dominicano acabou colocando os ameríndios como causa central do fracasso da nova sociedade, fracasso que ficou explícito não só na falta de diálogo e entendimento entre índios e europeus, mas também no mau governo e na corrupção que tomou conta da colônia, característica anotada por quase todos os cronistas.

Tais conceitos de “sociedade às avessas” e “sociedade melada” vêm desembocar tanto na ideia de “ocultamento do outro”, do “ser” latino-americano, de Dussel, quanto na ideia de “marginal”, em Zaffaroni. O penalista argentino enuncia quatro concepções do termo aludido que se complementam, formando uma ideologia de exclusão. “Marginal”, primeiramente, refere-se à nossa localização periférica no poder planetário; depois, diz respeito à relação de dependência com o poder central; também se reporta à imensa maioria da população latino-americana, à margem do poder e vítima da violência do sistema penal; por fim, indica a configuração cultural de “marginalização”, imersa em um profundo sincretismo e fabricada pelos processos de colonização. Um dos piores efeitos dessa configuração, observa Zaffaroni, é a estigmatização de

qualquer *pensamento contra a maré* na região marginal como meio de se evitar a contaminação e de se garantir a aprovação dos controles de qualidade das agências centrais. Portanto, a difícil situação gerada por este pensar *contra a maré* marginal produz, frequentemente, uma vertigem capaz de levar os autores de esforços desta natureza a se apegarem a posições completamente antagônicas e negadoras das próprias bases de seu pensamento mais produtivo.

Para o autor de *Em busca das penas perdidas*, a garantia de que o pensamento produtivo não se perca na vertigem é a sua fundamentação na pessoa, na vida humana como valor ôntico. Nesse sentido, o próprio Zaffaroni observa o seu distanciamento do pensamento de Foucault, na medida em que configura posição central ao homem, e não o considera um

mero produto do poder, despido de sua condição de sujeito pensante. Esse tipo de crítica que se faz ao pensamento de Foucault, isto é, de que o poder, na sua concepção, seria uma espécie de “ser etéreo”, despersonalizado, dá margem a muitas polêmicas, que aqui não se dispõe de espaço para aprofundar. De qualquer forma, chamando a atenção para a urgente necessidade de neutralização do sistema penal como executor de práticas genocidas-colonialistas, bem como propondo um novo papel à criminologia, qual seja, o de instrumentalização da decisão política de salvar vidas humanas e de diminuir a violência política em nossos países, Zaffaroni finca o pé no valor vida e no valor humanidade.

Com as reflexões presentes neste texto, desejou-se chamar a atenção para a correlação entre: o genocídio físico e cultural da colonização americana (em sentido amplo), tendo-nos detido mais no primeiro período, em virtude do direcionamento que este imprimiu para os períodos subsequentes; o saber antropológico de cunho racista que se implantou no espaço colonial, servindo de fundamento à disciplina da escravidão, e que permanece até hoje, informando a disciplina dos sistemas penais latino-americanos; e, por fim, a prática violenta e genocida do modelo penal latino-americano.

Enfim, como resultado dessas correlações, percebe-se que, enquanto na América Latina persiste a desconsideração pela imensa maioria da população miserável e oprimida, continuar-se-á sob a vigência de uma sociedade às avessas, em que o “outro” não tem espaço na “comunidade de comunicação ideal”, em que a alteridade latino-americana é encoberta por uma cultura eurocentrista, nossa herança indígena é ignorada, espezinhada por uma configuração cultural de marginalização. É importante ter consciência de todos esses processos, pois só assim se poderá atingir uma “transmodernidade”, um “sétimo sol” em que não mais brilhe o vil metal, mas sim a vida humana, o amor pelo próximo e pelo distante.

12. O Direito nas Missões Jesuíticas da América do Sul

Thais Luzia Colaço

Introdução

Com a tomada de Constantinopla pelos turcos no início da Idade Moderna, os europeus buscam outro caminho para chegar até o Oriente além do Mar Mediterrâneo. Imbuídos no espírito mercantilista, os países ibéricos (Portugal e Espanha) foram os pioneiros nesta empreitada marítima pelo Oceano Atlântico. Descobriram novos continentes e chegaram ao Oriente, levando homens para ocupar outras terras e “conquistar” outros povos pela guerra e pela catequização; aumentando suas riquezas, pela ampliação das fontes de matéria-prima e de mão-de-obra, e pela criação de um novo mercado consumidor.

A disputa entre os países ibéricos pelo domínio das terras descobertas e das 'não-descobertas' inicia com a chegada dos europeus na América. Diante das divergências foi necessária a interferência do Pontífice Romano como mediador.

O Papa Alexandre VI sancionou em 1493 a bula *Inter Cetera*, favorável aos interesses espanhóis, com a condição de que eles levassem missionários ao Novo Mundo, com o objetivo de difundir a fé católica aos seus habitantes.

Imbuídos do espírito de propagadores da fé cristã além dos limites europeus, os jesuítas dirigem-se para a América. Chegam ao Brasil em 1549, acompanhando o primeiro Governador-Geral, Tomé de Sousa. Somente em 1566 o Conselho das Índias autoriza a vinda dos membros da Companhia de Jesus à América Espanhola. Chegam a Lima em 1568, dedicando-se quase que exclusivamente ao ensino.

Em 1607 é criada a Província Jesuítica do Paraguai, que seria ocupada pelos integrantes da Companhia de Jesus até 1768, data da sua expulsão da região platina. Entre 1609 a 1706 os inicianos fundaram as chamadas “Missões Jesuíticas do Paraguai” ou os “Trinta Povos das Missões”,

estendendo-se do Guairá, no Paraná, ao sul do Mato Grosso do Sul, Paraguai, nordeste da Argentina e Rio Grande do Sul e Uruguai.

Na América, os jesuítas, serviram aos interesses coloniais das monarquias ibéricas, ocupando o território, ampliando e defendendo as suas fronteiras, “pacificando” os indígenas e, principalmente, exercendo o poder tutelar e atuando como eficiente veículo de divulgação da cultura cristã ocidental.

Organização Interna Político-Administrativa-Jurídica

A época do descobrimento da América, era incipiente o Estado Espanhol, formado pelo casamento dos reis católicos Isabel de Castela e Fernando de Aragão. Nesse período se destaca o nacionalismo eclesiástico e começa a declinar o poder do direito canônico.

Apesar da união dos dois monarcas, cada um de seus reinos continuou com sua própria personalidade política e administrativa. As terras de Castela se mantiveram regidas pelo direito aragonês, o catalão e o valenciano. Os territórios das Índias Ocidentais ficou subordinado ao direito castelhano e não aos demais direitos espanhóis, por ter sido a rainha Isabel quem patrocinou as viagens de Colombo. Porém, em decorrência das exigências do novo ambiente social, geográfico e econômico, foi necessária a elaboração de normas jurídicas específicas, o chamado Direito Indiano.

Assim, a vigência das leis castelhanas nas Índias alcançou um caráter supletório, mas elas continuaram a ser consultadas devido à pouca ou nenhuma existência de fontes peculiares do Direito Indiano.

Inseridos neste contexto os jesuítas aceitavam o estatuto legal do Estado Espanhol, acreditavam na monarquia originária do direito divino e cumpriam as suas normas jurídicas porque entendiam a “competência destas regras estabelecidas racionalmente”, devido as suas características peculiares de obediência, hierarquia e legalismo. Mas, apesar de toda esta submissão à monarquia espanhola, comparados a outras ordens religiosas, exerciam certa influência sobre a administração burocrática espanhola.

Desta forma, tomavam inoperante ou atenuavam “as medidas que contrariavam seus interesses ou os objetivos da própria ação missionária”,

agindo sobre o Conselho das Índias e as Reais Audiências, e exercendo influência sobre os visitadores e governadores. Os jesuítas também interferiam na elaboração de leis referentes aos seus interesses na América, pois há registro de que sejam os responsáveis pela elaboração das Ordenanças de Alfaro.

A autoridade tutelar dos padres no interior das missões era muito abrangente, tanto a civil quanto a eclesiástica. O missionário reunia nas mãos, por delegação do Rei, uma autoridade que envolvia ao mesmo tempo elementos judiciários, legislativos e de executivo. Ao mesmo tempo, por delegação da Igreja, era o cura ou pároco e tinha nas suas mãos igualmente a autoridade religiosa”.

A primeira normatização escrita relativa à fundação e à organização interna das reduções foram as duas instruções do Padre Diogo de Torres Bollo. Chamadas por Rabuske de “Marta-Magna das Reduções do Paraguai”, a de 1609 destina-se, especificamente, aos Padres Josl Cataldino e Simão Mazeta, enviados ao Guairá; a de 1610 refere-se a todas as reduções que estavam sendo criadas, garantindo assim a uniformidade em todos os procedimentos dos padres nas missões.

As instruções tratam dos métodos que deveriam ser utilizados na fundação das reduções, preocupando-se com o procedimento uniforme na administração espiritual e econômica, costumes e estilo de vida. Lembram a prática cotidiana da oração, das ladainhas, dos exercícios espirituais, do jejum, da vigília, da penitência, da leitura de obras sacras, da observância das regras e instruções e do estudo da língua Guarani. Também recomendavam o cuidado com a saúde do cura e do companheiro, que as decisões fossem tomadas em conjunto, que os missionários não deveriam sair a sós, que um deveria apoiar o outro em momentos de fraqueza, e que um deveria fiscalizar as faltas do outro.

Deviam ter precaução na escolha do local da fundação das reduções, observar a existência de boas terras, água potável, bons pastos, peixes em abundância, aconselhando-se com os caciques que melhor conheciam a região. Estava previsto como deveria ser o traçado das ruas e edificações; a arquitetura e a decoração interna das igrejas deveriam ser padronizadas. Também aparece a preocupação com a auto-suficiência das reduções, para que não faltassem alimentos e vestimenta; aconselhavam o plantio de árvores frutíferas, legumes e algodão, assim como a criação de animais e a

construção de açudes, garantindo, ainda, a sobrevivência de velhos, doentes e viúvas.

Os caciques deveriam ser cativados para depois serem cristianizados. Observavam como deveria ser feita a catequização de crianças e adultos. Recomendavam a fundação de escolas para meninos, onde se ensinava o catecismo, a ler, a escrever, a cantar e a tocar instrumentos musicais. Os melhores alunos deviam ser recompensados. Davam instruções sobre o batismo, o casamento, a extrema-unção e os enterros. Previam um sistema de fiscalização da população e formas e tipos de castigos. Revelam a preocupação com a erradicação das bebedeiras. Determinam o isolamento das missões e o impedimento do contato com os espanhóis (encomendeiros). Introduzem as Cartas Ânuaas, os livros de registro de batismo, de casamento e da população em geral (nascimento/óbito). Zelam pela castidade e pela privacidade dos religiosos. Recomendam a não-cobrança dos índios pelos serviços religiosos.

Com o passar do tempo, “sempre a partir da experiência concreta, surgiram outras instruções de Provinciais, congregações ou Sínodos e de Gerais da Ordem.” Posteriormente foram codificadas outras regulamentações relativas à organização interna das reduções. Em 1637 foi aprovada uma regulamentação pela Congregação Provincial. Depois, em 1691, nova regulamentação foi acrescentada pelo Geral da Companhia de Jesus, permanecendo ambas em vigor até a época da expulsão dos jesuítas.

Em cada missão existiam apenas dois sacerdotes: o cura doutrineiro, que era geralmente um padre mais velho e experiente, e um jovem missionário chamado de companheiro, que lhe devia obediência. Havia constante rodízio entre os missionários para atender às necessidades locais e para impossibilitar prováveis enraizamentos.

* * *

O reducionismo fazia parte da política oficial da Coroa desde o início da ocupação da América, pois era um projeto político de integração do índio ao sistema colonial. A intenção era concentrar num mesmo local, aldeias indígenas dispersas, com o objetivo de facilitar, através da sedentarização e do contato diário com os missionários, a conversão e a evangelização. Era uma forma de “civilizar” o indígena, urbanizando-o, pela concentração e pelo isolamento em determinado espaço físico, favorecendo a tutela através da organização administrativa missional.

A redução também era uma maneira de garantir a submissão dos índios à Espanha através da organização dessas comunidades. Sua eficácia, requeria a exclusão do nomadismo para que reinassem somente as leis espanholas, colocando os índios sob a hierarquia administrativa imperial, subjugando-os duplamente: ao Estado e à Igreja.

Nas Reduções Jesuíticas do Paraguai eram reunidas de quarenta a cinquenta parcialidades étnicas distintas, com seus respectivos caciques. Formava-se uma comunidade de três mil habitantes, podendo chegar a oito mil. Cada parcialidade, distinguida com o nome de um santo, era composta por cerca de duzentas pessoas, controladas e chefiadas por seus caciques, que eram os responsáveis pelo seu grupo de, aproximadamente, cinquenta pessoas que lhe tinham vinculação direta. Dividem o mesmo espaço físico em convivência pacífica, esta “coabitação permanente é possível porque nas reduções os indígenas perdem os motivos que tinham, em estado natural, para fazerem a guerra entre as parcialidades”, Quebra-se a unidade das parcialidades étnicas porque “o poder não pertence mais a ela de uma forma homogênea, como unidade, mas sim a um órgão distinto.”

Os antigos caciques Guarani que aceitavam prestar espontaneamente vassalagem ao monarca espanhol eram mantidos no poder, integrando-se “aos organismos de administração coloniais e a esfera jurídica da sociedade global espanhola.” Tomavam-se funcionários da administração colonial hispânica, transformando-se em uma pequena nobreza reconhecida pela legislação colonial.

O cargo de cacique toma-se vitalício e hereditário, independentemente das qualidades de orador, guerreiro e carisma pessoal. Isto significa que não se exige mais a aprovação e o apoio popular, mas apenas a aprovação dos padres. O que vai legitimar “a figura do cacique em reduções é o padre jesuíta e a estrutura imperial espanhola”. Portanto, a aliança informal entre cacique e jesuíta descaracterizou progressivamente a instituição do cacicado Guarani.

* * *

O cabildo hispano-americano fora a cópia do antigo município castelhano medieval. As Ordenanças de Francisco de Alfaro de 1611, confirmadas pelo Rei Felipe IV em 1618, determinavam que cada redução deveria ter um cabildo, constituído integralmente por índios. Cada redução passava a ser um cabildo, isto é, um município, dotado de completa

estrutura político-administrativa e jurídica. O cabildo possuía diversos membros, na sua maioria caciques que desempenhavam funções específicas.

A autoridade superior do cabildo era o corregedor, uma espécie de prefeito que exercia outras funções além das administrativas, como as de presidente da câmara e do tribunal de justiça e líder militar. O seu cargo não era eletivo. O corregedor era indicado pelo cura e nomeado pelo governador provincial. Na verdade, ele exercia “importante papel político na sua função de Cacique principal”, censor dos costumes, inspetor das atividades econômicas e da armazenagem dos bens comuns da Missão, juiz e mantenedor da ordem”. O tenente de corregedor era o vice-prefeito que, substituiria o corregedor em caso de necessidade.

Existiam quatro regedores. Eram os delegados de bairros, vereadores com diversas funções de natureza militar, judicial, do cuidado com as ruas, praças e prédios públicos e do controle do abastecimento. Também ajudavam e cumpriam as tarefas que os alcaides determinassem.

Dois alcaides possuíam jurisdição dentro das reduções e nas suas cercanias, denominados alcaides urbanos ou ordinários. Um era o alcaide de 10 voto e o outro de 20 voto. Suas atribuições eram de administração, de polícia e de justiça. Eram juízes de primeira instância, nos foros civis e criminais. Tinham autoridade para impor multas e castigos aos transgressores. E também existiam os alcaides da irmandade, ou os alcaides rurais. Tinham a incumbência de visitar as plantações particulares e perseguir os indivíduos que não trabalhassem direito, fiscalizando os trabalhos nas sementeiras comuns.

O alferes-real era o chefe militar comandante da milícia e depositário do estandarte real. O alguazil era policial e oficial de justiça, executava as ordens do cabildo, cumprindo os mandados do corregedor, dos alcaides e de outras autoridades. O escrivão era o secretário que registrava tudo que se decidia, reatando os acordos, autorizando os despachos.

O procurador era uma espécie de promotor público ou deputado dos povos junto às autoridades administrativas e judiciais de Buenos Aires, Assunção e Espanha. Eram os representantes do povo junto aos tribunais chamados de Audiências.

Além das autoridades do cabildo existiam outras auxiliares, que lhe eram subordinadas: o mordomo era o encarregado dos depósitos, guarda e

fiscalização dos bens de consumo; os oficiais de guerra exerciam autoridade sobre seu povo nas guerras coloniais em que eram convocados a ingressar nas tropas espanholas; o mestre de música, que tinha grande importância, uma vez que a música permeava o seu cotidiano; os alcaides de ofício, que controlavam os diversos grêmios de associações profissionais; os alcaides de mulheres e jovens eram os responsáveis pelo trabalho e pela sua produtividade dos jovens e das mulheres na fiação e na tecelagem do algodão; e o sacristão que era o responsável pelos cuidados com a igreja.

Mas mesmo existindo toda esta hierarquia político-administrativa, controlada pelos indígenas, havia uma autoridade superior a todos que era a do cura e a de seu companheiro, representantes do governo espanhol com autoridade conferida pelo Real Patronato. Todas as atividades das missões estavam sob a supervisão do cura, a começar pela escolha do corregedor e a aceitação da indicação dos demais membros do cabildo, e todos eles trabalhavam sob supervisão, direção e controle do cura.

Oficialmente, a administração da justiça ficava ao encargo do corregedor e dos alcaides, mas, na prática, a maioria dos processos eram revisados pelo cura antes da sentença final. Em casos mais complexos, o cura deveria consultar o superior ou algum jurista.

Os curas eram juízes de pleitos que solucionavam pequenas causas no interior da missão. Porém, nos casos de apelação de pleitos envolvendo índios e o cura, ou entre reduções, havia juízes oficiais. Além disso, os indígenas poderiam recorrer da sentença dos padres, aos superiores das missões que faziam visitas anuais, e ao provincial que visitava as missões a cada três anos.

Toda legislação aplicada às reduções era regida pelas *Leis de Índias*, mas nem sempre eram suficientes e adequadas para o caso concreto das missões, e por solicitação papal, o Rei Felipe III concedeu em 1620, aos jesuítas da América, a autorização para redigirem o seu estatuto próprio de acordo com as suas necessidades, constituindo-se o *Livro das Ordens*, que era o seu corpo legislativo, do qual cada redução deveria ter um exemplar para garantir a uniformidade do procedimento.

No entanto, era apenas uma aparente autonomia legislativa e judiciária, pois em nenhum outro local da América Espanhola se respeitou tanto o “real direito e domínio” e se exerceu com mais fidelidade o “real patronato

e a jurisdição eclesiástica” do que nas missões jesuíticas. Isto demonstra bem o caráter legalista dos jesuítas.

O Direito Civil nas Missões

O direito civil missioneiro possuía normas do direito canônico e do direito castelhano. Do direito canônico com relação ao direito de família e do direito castelhano com relação ao sistema de propriedade e nas relações de trabalho.

* * *

Ao iniciar o assunto a respeito do regime de propriedade implantado nas Missões Jesuíticas do Paraguai, convém reportar-se ao direito público castelhano do século XVI.

A doutrina da soberania real apoiava-se em dois princípios: um de origem romana, o *Imperium*, legitimando o poder real de comando sobre seus súditos; o outro de origem medieval, o *Dominium*, garantindo ao rei o poder de posse sobre todo o território do Estado. “Era a soberania a um só tempo *jus in personam* e *jus in re*.” Tal concepção garantiu Coroa ampliar a propriedade a todo país que era submetido à soberania real, inclusive as terras conquistadas na América.

Com o intuito de incentivar conquistadores particulares, os reis de Espanha e Portugal, transferiram aos “empresários” o seu direito à conquista, “e também lhes davam a faculdade para adjudicar-se certa porção do conquistado e dar o resto a seus companheiros subordinados, reservando certa porcentagem ao rei.”

Além de explorar a terra à qual tinham direito de posse, os conquistadores também exploravam a população nativa que já habitava aquela região, através da mão-de-obra e do pagamento de impostos. Mas o rei permanecia sempre com o alto domínio sobre as terras doadas, podendo dispor desses bens, à medida que o bem público o exigisse. O território dos Trinta Povos das Missões, não havia sido ainda efetivamente conquistado, nem por meios pacíficos, nem por meios militares, antes da chegada dos jesuítas, nem o rei, nem particulares tinham sua posse.

Inspirado na tese do jurista Francisco de Vitoria, que garantia aos indígenas o direito de propriedade aos seus bens originários, desde que se

sujeitassem à Coroa pacificamente, no início da pregação dos jesuítas na região platina, o rei de Espanha, por intermédio de seus legítimos representantes, os governadores de Assunção e Buenos Aires, cessou qualquer doação anterior que pudesse existir e confirmou a posse do território aos índios Guarani, desde que se convertessem temporal e espiritualmente pelos membros da Companhia de Jesus, submetendo-se pacífica e voluntariamente ao rei da Espanha, adquirindo alguns direitos e alguns deveres.

Os direitos concedidos pelo rei de Espanha eram:

O de ficarem para sempre na posse de todas as terras, que tinham herdado de seus antepassados, de nunca terem que ir servir pessoalmente aos espanhóis, como os outros índios submetidos à Coroa, de nunca serem diretamente governados por espanhóis, mas por corregedores e oficiais de sua raça, sob a direção dos padres da Companhia.

Em contrapartida, os seus deveres para com a Coroa:

Aceitar o cristianismo e a vida civil correspondente, conservando, é claro, tudo quanto de sua vida antiga pudesse ser conservado; pagar um pequeno tributo não já aos cobradores inferiores, mas diretamente à Caixa Real, em Buenos Aires, por meio dos padres da Companhia; dar auxílio militar aos governadores, quando legitimamente requeridos para tal; não hostilizar os espanhóis e defender a fronteira contra os inimigos do leste.

Bruxel classificou a propriedade adotando o critério do sujeito que tem direito a ela, enumerado do mais alto detentor de direitos, representado pelo rei ou a nação, até o mais baixo detentor de direitos, caracterizado pelo indivíduo ou cada índio particular. Segundo ele, a propriedade real engloba “os direitos que a lei escrita e consuetudinária daqueles tempos concedia aos reis”, referente ao território metropolitano e às colônias, “antes e depois da conquista” .

O direito do vice-rei ou audiência real eram os meios dos quais dispunha para interferir em questões de propriedade, normalmente coincidentes com os direitos reais, com algumas restrições impostas pelas Leis de Índias. Os direitos interprovinciais eram aqueles que poderiam ter sido anexados ao

território dos Trinta Povos, isto é, às províncias contíguas: a do Paraguai, a do Rio da Prata e do Brasil.

A propriedade provincial era “a posse que competia ao conjunto dos Trinta Povos (...) considerados como um todo, como uma pessoa jurídica, por si, em questões de propriedade.” Possuíam uma espécie de alto domínio desde que não ferisse o alto domínio do rei e de seus representantes na América.

As vacarias eram comuns. A Vacaria do Mar compreendia o sudeste do Rio Grande do Sul e quase todo o Uruguai, e a Vacaria dos Pinhais, no planalto do nordeste do Rio Grande do Sul.

Os Ofícios das missões, localizados nos colégios da Companhia em Santa Fé e Buenos Aires, no qual cediam o terreno ou vendiam ou cediam o usufruto do terreno. Pelos Ofícios passavam todas as compras e vendas que os povos faziam para fora ou entre si.

A propriedade inter-reducional caracterizava-se pela posse conjunta, ou por obra comum de duas ou mais reduções sem pertencer aos Trinta Povos como um todo. Em nenhuma documentação foi feita referência a tal tipo de propriedade, mas provavelmente deve “ter havido muitas destas coisas e obras, como pontes, estradas, explorações de ervais nativos, de matos de madeiras especiais, pedreiras, oficinas, embarcações, estâncias”.

A propriedade municipal era aquela correspondente a uma única redução. Pertencia a todo o povo da redução. Era composta pelo “conjunto dos territórios que possuíam os caciques e seus vassalos.”

Cada redução tinha os seus próprios bens, que eram intransferíveis, pois o *Regulamento de Doutrinas* de 1637 proibiu que o superior geral tomasse os bens de uma redução para dar a outra. Metade da terra cultivada pertencia à comunidade, chamada de *Tupambaé*, ou coisas de Deus, onde todos deveriam trabalhar gratuitamente, pois a sua produção revertia em benefício de todos.

Além das áreas destinadas à agricultura, também possuíam as terras de extração de ervais e matas, as terras de moradia, as terras de circulação e as terras baldias. Fazia parte do *Tupambaé* a horta dos padres, que normalmente ficava atrás do colégio e da igreja. Os seus produtos eram distribuídos da seguinte forma: “as flores para a igreja, as frutas e hortaliças para os padres, doentes e crianças.”

Os edifícios públicos incluíam todos aqueles que não eram exclusivos das famílias e dos indivíduos: as igrejas, capelas, oratórios, cemitérios, colégios, oficinas, os edifícios para a administração pública, hospitais, cárceres, cotiguaçu, a casa de hóspedes, etc. Os bens móveis eram todos os objetos que pertenciam aos edifícios públicos, os meios de transporte terrestre e fluvial, barcos, balsas e canoas.

Os bens semoventes eram os animais de corte, de tração, de montar e que forneciam a lã. Os animais de carga e de transporte eram emprestados das comunidades às famílias e indivíduos, mas em relação aos animais de montaria, os regulamentos faziam restrições, autorizando apenas a posse de bois e asnos.

A propriedade cacical, geralmente um imóvel era “reservada aos caciques e seus vassallos dentro de cada povo, abrangendo casas, região de lavoura, em que o caciques “e seus vassallos trabalhavam como em propriedade do seu cacicado”. Após o descanso do seu uso por anos consecutivos, essa propriedade revertia ao uso comum, podendo ser doada ao *Tupambaé* ou a particulares.

O cabildo determinava qual terra lavrável ficaria ao encargo do cacique. Este, por sua vez, distribuía cada pedaço de terra a cada família; às vezes, as famílias escolhiam a parte que lhe interessava, desde que não houvesse conflito de interesses. Durante anos a família explorava essas terras até o seu esgotamento. A partir daí ela retomava ao cacique e, conseqüentemente, ao bem comum, retomando a outra família, após sua recuperação. A posse da casa também era obtida a título transitório.

A propriedade familiar era a posse de determinados objetos de que o indivíduo só poderia dispor à medida que fosse autorizado pela família. São eles: alguns animais de estimação como papagaios, pássaros de canto e de plumagem colorida, macacos, caxinguelês, cachorros e gatos; os instrumentos agrícolas: machados, sacos, cestas, redes de transporte de colheita; com exceção das armas de fogo, as armas de caça e de pesca poderiam pertencer à família ou ao indivíduo; as canoas e balsas que não pertenciam ao uso comum, os instrumentos de trabalho doméstico, os móveis da família e as estátuas de barro e de madeira eram propriedade da família.

E, finalmente, a propriedade individual, que “se referia a coisas de que o indivíduo tinha pleno domínio, *jus utendi* e *abutendi*, de fazer com elas o

que quisesse.” Era a posse real do indivíduo de algumas armas de caça e pesca, de vestimentas e de adornos.

Existiam duas categorias de bens: o *Tupambaé*, coisas de Deus, que consistia na propriedade de uso coletivo, e o *Abambaé*, coisas do homem, para usufruto familiar ou individual. Na realidade, o *Tupambaé* constituía um conjunto de bens e de empresas gerido da comunidade, mas administrado diretamente pelos jesuítas.

Com relação ao *Abambaé*, os padres, na condição de tutores dos índios, também administravam o trabalho desenvolvido em seus bens de família e particulares, assim como os bens decorrentes deles, pois o efetivo direito de posse desses bens era relativo. “Podia dispor à vontade, mas se o malbaratava ficava sujeito a reprimendas e castigos, não porque não se lhe reconhecesse o direito de dispor, mas porque era criança grande e era necessário educá-lo e acostumá-lo a agir de acordo com a responsabilidade.”

Embora a Espanha estivesse ingressando numa economia mercantilista, própria da transição da Idade Média para a Moderna, ainda conviviam com resquícios e influências medievais, como a propriedade coletiva dos cabildos municipais. Portanto, pode-se concluir que o *Abambaé*, a propriedade particular das missões - teve sua influência nos preceitos do capitalismo, mas o *Tupambaé*, a propriedade comunal - obteve influência do sistema econômico medieval europeu. A única inovação foi a substituição do nome europeu por uma palavra indígena para definir cada tipo de propriedade.

* * *

Dentro desse novo padrão socioeconômico da sedentarização, da concentração e da urbanização da população indígena reduzida, aparece a organização produtiva. A tutela religiosa faz com que o trabalho organizado passe a ser uma obrigação para homens, mulheres e crianças, assumindo uma força moralizadora, desconhecida para as populações indígenas. A ideia dominante de que os índios eram um povo preguiçoso, incapaz, órfão e indisciplinado incentivou a implantação de um sistema produtivo nas reduções, sendo um dos objetivos “humanizá-los” pelo trabalho e introduzi-los no mundo civilizado.

Através do trabalho, com o aumento da produção em qualidade e quantidade, os Guarani teriam acesso aos bens indispensáveis à sua

subsistência e também aos bens materiais “supérfluos” que até então não conheciam e, portanto, deles não necessitavam.

Rompe-se o ritmo do trabalho indígena que passou a ser considerado insuficiente, através da tentativa de eliminar seus “vícios” tais como: as interrupções do trabalho intercaladas com descanso, festas e jogos. Procurava-se garantir o aproveitamento do tempo tomando-o integralmente útil, através do “controle ininterrupto, pressão dos fiscais, anulação de tudo o que possa perturbar e distrair”.

Cria-se, assim, um novo sistema de produção, “hierárquico, autoritário e coercitivo”, totalmente diverso do Guarani. Cada indivíduo tem definido o seu papel produtivo, bem como a sua parcela na distribuição dos bens produzidos. Aquele indivíduo que não se enquadrasse no padrão de comportamento de trabalhador disciplinado era rechaçado, vindo a receber sanção moral e física.

O trabalho disciplinado passa a ser uma obrigação legal, e a sua omissão, ou seja, o não-trabalhar, ou o não-trabalhar de acordo com os padrões estabelecidos de um trabalho altamente produtivo e disciplinado, passa a ser infração penal.

A disciplina ajuda no aumento das aptidões dos indivíduos tornando-os mais úteis ao processo produtivo e mais “dóceis” no processo de conversão.

A sanção para os que negligenciassem o trabalho era o chicote, a prisão e a supressão da ração diária, dependendo da gravidade do delito. Normalmente a aplicação dos castigos acontecia mais aos indivíduos que não cumpriam o seu dever na roça particular, pois os índios, por tradição, tinham mais motivação no trabalho coletivo do que no individual.

* * *

Os jesuítas introduziram nas missões nova estrutura social, fundamentada na concepção cristã de família. A família nuclear substituí a grande família, e a monogamia tenta substituir a poligamia. Até mesmo as residências familiares foram projetadas para abrigar apenas a pequena família nuclear. Desaconselhava-se o convívio de mais de uma família sob o mesmo teto para evitar o adultério. As casas ganhavam divisões internas, desestimulando assim as relações ou casamentos consanguíneos.

Alguns casamentos preferenciais dos Guarani foram abolidos, considerados incestuosos, como o casamento entre tios e sobrinhas e entre primos.

Junto com a condenação do divórcio veio também a supervalorização da virgindade, da fidelidade matrimonial, da castidade e do celibato, conceitos até então totalmente estranhos à cultura Guarani.

Dentre todos os costumes Guarani, a poligamia foi o que mais preocupou e deu trabalho aos missionários, pois foi o mais difícil de erradicar. Nos primeiros anos da redução, os caciques relutaram a abdicar de suas várias mulheres para ficar apenas com uma delas. Além da questão amorosa ou sexual, os caciques se sentiam ameaçados de perder a autoridade, o prestígio, a riqueza e a retribuição generosa que o trabalho das suas mulheres lhe proporcionavam.

Diante de tal situação, não se estabeleceu uma norma única, mas em função da experiência missionária, averiguou-se que a maneira de obter bons resultados na evangelização seria permitindo ao cacique a escolha da mulher com a qual gostaria de casar-se, independente de ser a primeira ou não. Aliás, normalmente escolhiam as mais novas.

Depois de escolhida a mulher para esposa, a poligamia não era mais permitida. Qualquer relação ilícita ou adúltera era ameaçada com punição divina e recebia o devido castigo terreno, normalmente o açoite.

Não se tolerava o concubinato. Os guardas públicos (diurnos e principalmente os noturnos), os caciques, os pais de família e as crianças eram vigilantes e fiscalizadores da moral pública. Os apanhados em flagrante eram perseguidos e castigados exemplarmente.

Na viuvez de um dos conjugues, se ainda jovem, “ou seja, capaz de pecar, os jesuítas se esforçam por casá-lo novamente o mais depressa possível.” Nesse ínterim as viúvas eram “confiadas aos pais ou a uma parenta idosa e virtuosa,” o mesmo ocorrendo “em relação às órfãs ou às mulheres cujo marido, estivesse, ausente da redução, ou fugido.”

As mulheres e moças sozinhas eram enviadas ao *cotiguaçu*, juntamente com as mulheres que estavam cumprindo pena. Sempre dirigidas e vigiadas por uma mulher de mais idade. Durante o dia tinham permissão para visitar seus parentes, mas à noite eram trancadas. Qualquer indivíduo que tentasse penetrar no *cotiguaçu* para manter relações sexuais com as reclusas ou para raptá-las era severamente punido.

A idade considerada ideal para o casamento era quinze anos para a mulher e dezessete para o homem. Temendo a luxúria entre os jovens, os provinciais ordenavam aos curas que cassassem os jovens ao atingir a idade estipulada, mesmo que tivessem de procurar o parceiro ou a parceira em outras reduções. Mas também recomendavam que não se permitisse o casamento antes da idade determinada, pelo perigo da instabilidade de um matrimônio precoce.

Após consultar os noivos, os pais se dirigiam ao padre para participar o casamento. O cura conferia a liberdade de escolha de ambos e expunha-lhes os impedimentos à legitimidade, ou validade do matrimônio.

O Direito Penal nas Missões

O direito penal nas missões também recebeu influência do direito canônico nas questões relativas à moral e aos “bons costumes”, e nos crimes praticados contra a fé e a religião (heresia, feitiçaria, sacrilégio, apostasia e outros). Os demais atos imputados como crime, e o sistema de sanções introduzido nas reduções têm sua origem no direito castelhano.

* * *

Como os índios eram considerados incapazes e irresponsáveis, para manter a disciplina, a alta produtividade e o respeito aos princípios morais cristãos, era justificada a existência de um sistema de polícia e vigilância nas missões funcionando vinte e quatro horas por dia. Como observa Foucault, “a vigilância toma-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”.

O sistema de vigilância já estava previsto nas duas primeiras instruções das missões:

Tenham um fiscal ou dois, conforme o número das pessoas, dando-lhes por ajuda alguns rapazes grandes, bem como algum sacristão. (...) De três em três dias ou de quando em quando os dois companheiros saiam juntos pelo povoado, para que não haja bebedeiras. Delas e dos enfermos avisarão os fiscais e meninos da escola, tomando-os muito a peito e dando-se prêmio a quem melhor o fizer.

Cada redução estava dividida em seis, oito ou mais quartéis ou bairros, de acordo Com a área de circunscrição de cada cacicado. Os respectivos caciques eram responsáveis pelos seus pares.

Cada grupo de ofício: os carpinteiros, os tecedores, os ferreiros, as mulheres, as crianças possuía um capataz que controlava o bom andamento dos trabalhos e relatava ao cura, semanalmente, após a missa do domingo, o que sucedera durante a semana. Mas, cotidianamente, após ouvir as confissões de seus neófitos, os padres fiscalizavam os trabalhos na agricultura e também nas oficinas e escolas.

Além desta fiscalização diária das atividades produtivas das reduções, o próprio cura ou seu companheiro fazia sua guarda duas a três vezes por semana, percorrendo pessoalmente toda a redução, visitando as famílias, os enfermos, para averiguar se tudo estava nos conformes.

Com a intenção de evitar desordens, rebeldias e imoralidades, todos os dias, a uma certa hora da tarde, era dado o toque de recolher, sendo proibido o trânsito de pessoas pelas ruas. Os transgressores eram detidos e punidos.

Conforme o costume romano e medieval, a noite era dividida em três vigílias: das 21 às 24 horas, das 24 às 3 horas e das 3 às 6 horas. Os guardas noturnos se revezavam, ao som de tambores que marcavam a mudança de turno. Além de ficarem atentos para qualquer desordem interior, os vigilantes noturnos também tinham a função de evitar possíveis ataques de estranhos.

As crianças eram as grandes aliadas dos padres na busca de informações sobre os delinquentes, desordeiros, pecadores e imorais. Constituíam um poderoso auxílio no controle dos adultos. Avisavam tudo que acontecia nas reduções: “chegada de infiéis, doenças e nascimentos, preparativos de festas com bebidas e outras infrações ao regulamento ou à moral pública e privada”.

Os padres encontravam ainda maior eficiência e lealdade nas crianças e adolescentes que pertenciam às Congregações Marianas, as chamadas “Juventudes Jesuíticas”:

Fazem as preces diariamente no rosário, flagelam-se e usam o cilício toda semana, falam às mulheres de olhos baixos como os jesuítas e se confessam com frequência. São também os espiões mais diligentes para os pecados dos outros: reprimem o culpado

e fazem um relatório aos missionários. Em suma, são temidos e odiados por todos aqueles que não vivem de forma cristã, pois estes sabem que não podem fechar as bocas. Até suas mães, quando se lhes pergunta em confissão se cometeram algum pecado, só podem dizer: Não cometi, senão meu filho já teria me reprimido.

O conhecimento dos fatos facilitava aos alcaides e caciques averiguar a sua veracidade e tomar as devidas providências.

Este sistema era muito eficiente, sendo quase impossível alguém escapar da vigilância. Apanhados em flagrante, eram severamente castigados e (perseguidos pela comunidade. Convertida a aldeia, “dificilmente algum membro escapava da observância das regras e da vigilância dos padres. Os mais recalcitrantes eram mormente os velhos, ou os jovens guerreiros, mas logo se viam escoraçados e perseguidos pelo restante da tribo, e iam pedir perdão aos padres”.

* * *

O controle das pessoas não se fazia apenas de forma material, auxiliado pelos caciques, alcaides, guardas e crianças, além da averiguação pessoal do cura. Os padres utilizaram outra estratégia muito mais eficiente no tolhimento dos impulsos desviantes de seus pupilos, que foi a introdução da ideia de culpa e de pecado, até então inexistente no imaginário Guarani.

A noção de pecado, de culpa, de castigo e de moral introduzi da na cultura indígena pelos jesuítas exacerbava-se a tal ponto que levou diversas aldeias “a uma tendência à supervalorização da culpa.”

Uma vez batizado o indivíduo passava a carregar uma culpa permanente podendo qualquer ato ou pensamento ser considerado “errado” e “punível” pelos jesuítas, uma vez que a partir daí, passava a reconhecer a autoridade deles “sobre a alma e o corpo do convertido”. Aliado à ideia de pecado, estava o sacramento da confissão. Mesmo com a promessa dos padres de que não haveria nenhuma punição em função do que se ouvisse em confissão, ela também se manifestava como eficiente instrumento de controle social, pois era uma forma de saber, além das ações dos indivíduos, o que se passava no seu pensamento.

No início os indígenas não tinham a ideia de pecado, por isso a confissão foi sendo introduzida aos poucos: primeiro as crianças que eram mais

suscetíveis, depois os pais, que passavam a imitá-las. Posteriormente foram impondo algumas restrições, como o jejum e a abstinência durante a Quaresma.

Segundo os missionários, a maioria dos indígenas apresentava boa disposição para a confissão, mas os pajés a condenavam, alegando que “não passava de um meio de saber das vidas alheias e de conhecer os segredos de todo mundo” donde se concluiu que, de forma geral as liberdades individuais foram minimizadas nas reduções.

* * *

Ainda inserida neste contexto de vigilância e controle da população, ficava a questão da liberdade dos indivíduos. Por serem considerados indefesos e imaturos, os índios reduzidos permaneciam isolados do mundo colonial, sendo cerceada a sua liberdade de ir e vir, pois era proibida a sua saída da redução sem a prévia autorização do cura. Essa intenção já se encontrava na instrução de 1609, do provincial Diogo de Torres Bollo, na ocasião da fundação das reduções no Guairá.

Conforme o que se observa na Real Cédula de 1681, além da questão da garantia da “liberdade” indígena, também se queria evitar que os indígenas adquirissem os vícios e “imoralidades” próprios dos homens “civilizados”, evitando-se o contato dos índios reduzidos com outras parcelas da população colonial.

Se, por um lado, a intenção de tutorar e isolar os indígenas em aldeias era garantir a sua “liberdade” perante as demais formas de opressão existentes no mundo colonial, isolá-los em reduções também era uma forma de cercear a sua liberdade.

Outra forma de isolar os indígenas do mundo colonial era proibir a aprendizagem do idioma castelhano, mesmo contrariando a legislação espanhola, pois a Real Cédula de 28 de dezembro de 1743 dispunha que todos os súditos da Coroa Espanhola deveriam aprender o castelhano. Manter o idioma Guarani tomava os indígenas cada vez mais dependentes dos seus sacerdotes. A intenção não era a de preservar a cultura indígena, mas de isolar o índio do meio, “colonizando-o numa cultura pré-fabricada falada em sua própria língua.”

Um outro limite à liberdade do indígena reduzido era a proibição de andarem a cavalo, dificultando assim a sua mobilidade, impedindo que se afastassem das reduções.

A tutela econômica que restringia a liberdade dos índios era a mediação dos padres em qualquer atividade produtiva e em transações comerciais, sempre justificada como forma de evitar que eles fossem enganados por comerciantes inescrupulosos. Mas, na realidade, tal procedimento impedia a sua auto-gestão econômica.

* * *

A tutela dos indígenas, confiada aos jesuítas pelo rei e pelos governadores, era suficiente para lhes conferir autoridade para fixar e executar as penas, independentemente de possuírem autoridade judicial de jurisdição criminal.

A administração da justiça criminal era auxiliada pelo corregedor e pelos alcaides, mas sempre eram os padres que davam a palavra final, “eram eles que controlavam e assessoravam as autoridades indígenas, esclarecendo melhor os fatos, reduzindo ou aumentando o castigo.” Desde a instalação das primeiras missões no Paraguai, os padres estabeleceram normas de conduta com todo um sistema de sanções aos indivíduos delinquentes, a fim de manter a ordem por eles estabelecida.

Pode-se averiguar, na citação abaixo, que já existiam normas de direito penal nas duas primeiras instruções, do Padre Diogo para as missões, datadas de 1609 e 1610, preocupando-se principalmente em erradicar o xamanismo:

Os seus pleitos pacifiquem-nos com todo o amor e caridade. Repreendam nisso os culpados e nos demais vícios públicos corrijam-nos e os castiguem a seu tempo com amor e inteireza, especialmente os feiticeiros, a propósito dos quais procurem estar informados. Não se emendando, desterrem-nos, do centro da população, por serem muito perniciosos.

Referindo-se à repressão do alcoolismo, as instruções ditavam o seguinte:

Para remediar as borracheiras, vício tão comum entre os índios, ordena o P. Torres que os padres, de tempos em tempos, saiam pelo povoado, para atalhá-las com a sua autoridade. Usem nisto de prudência e tolerância com os infiéis, mas não as suportem com os já batizados, procurando energicamente sua emenda e começando por meio de repreensões, passando a castigos, se elas não bastarem.

Segundo Haubert, a prática dos castigos públicos nas missões iniciou com as crianças, “a fim de lhes ensinar a reverência e o temor dos adultos. Mais tarde, os pais que não castigam os filhos serão chicoteados com eles!”

Os castigos aplicados em autoridades sofriam certas restrições. Acatando o costume espanhol, os caciques não podiam ser castigados em público para não desmoralizar a sua autoridade. Os corregedores e alcaides só podiam ser castigados e destituídos de seus cargos com a licença do superior. Jamais poderiam ser acorrentados ou algemados. As testemunhas eram sempre ouvidas e acareadas. Geralmente a punição era apenas uma reprimenda.

Os açoites se realizavam quase sempre em praça pública, nas quais havia urna coluna de pedra com uma cruz, que se chamava “rolo”, simbolizando a “insígnia da jurisdição”, onde amarravam as pessoas para serem expostas à vergonha pública. Moradores do campo também tinham de ser trazidos à sede da redução para serem castigados em praça pública. Para evitar excesso na punição, os açoites eram supervisionados e controlados pelo padre. Aos domingos e feriados os delinquentes não podiam ser chicoteados.

Homens, mulheres e crianças recebiam a pena do suplício, isto é, castigos físicos, mas a quantidade de chibatadas e a forma como iriam ser castigados dependiam do grau de gravidade do crime cometido e da condição do agente infrator.

As mulheres eram chicoteadas nos ombros, recebendo no máximo doze chibatadas. Normalmente, não eram castigadas em público, mas na prisão feminina. O castigo era aplicado pelos pais às moças solteiras; por mulher de mais idade às casadas, e se o delito fosse muito grave, por um ancião, evitando-se assim, a violência nos golpes. Em 1664, o provincial proibiu o castigo da chibata às mulheres, solteiras ou não, “alegando que havia outros castigos proporcionais a Sua fragilidade e à decência.”

Mas, pelo visto, a ordem não durou por muito tempo, pois em 1682 novamente eram colocadas limitações aos castigos femininos, porque vinham causando inúmeros abortos. Aconselhava-se “não punir nenhuma índia com chicote, sem antes saber se ela está grávida ou não, na dúvida não será punida”. Pedia-se também para não raspar, não arrastar, nem chicotear as mulheres em praça pública, sem antes pedir permissão ao superior. O problema moral que acarretava a prática da tosa de cabelos das

mulheres já preocupava o Padre Gomez em 1675: “se são casadas, isso lhes vale o ódio do marido e, se solteiras, não encontram mais partido.”

As crianças também não escapavam do açoite, recebendo quatro ou cinco chibatadas, conforme a idade, executadas pelo seu responsável direto. Já para os homens adultos, talvez pelo vigor físico, as penas eram mais intensas. Recebiam chicotadas nas nádegas, mais ou menos vinte e cinco por dia, aplicada pelo alguazil em praça pública, amarrados no “rolo” por grilhões, expostos para toda a aldeia. Conforme o delito, ou para tornar a pena exemplar, causando ao réu maior constrangimento, eram expostos também no pelourinho das reduções vizinhas.

Além do castigo do açoite, havia a pena de prisão perpétua, prisão por tempo determinado, banimento, arrastamento, acorrentamento, tosa de cabelo e orações para penitenciar-se. Eram proibidos e considerados crime: a antropofagia, o adultério, o concubinato, o incesto, a poligamia, a sodomia, a bestialidade, a luxúria, as bebedeiras, o escândalo, as festas pagãs, a vadiagem, a indisciplina, a feitiçaria, a rixa, a lesão corporal, o aborto, o homicídio, o envenenamento, a deserção, o roubo e outros.

Para cada tipo de infração existia a sanção correspondente, como se vê a seguir:

Para a sodomia e bestialidade: três meses de prisão, acorrentado, e quatro sessões de fustigação no pelourinho. Para o incesto e aborto provocados: dois meses de prisão, acorrentado, e duas sessões de fustigação pública (para o incesto de pai e filha, o caso será resolvido pelo padre superior). Para o adultério: quinze dias de prisão, acorrentado, e vinte e cinco chicotadas no pelourinho. Para o envenenamento: se houve morte, o mesmo castigo prescrito para o homicídio; caso contrário, o mesmo castigo indicado para a sodomia. Para as práticas de feitiçaria que provocam morte: um ano de prisão, acorrentado, e fustigações públicas; em seguida, o culpado é expulso das reduções e encaminhado ao estabelecimento espanhol mais próximo. Para roubos: pena de prisão proporcional ao delito e fustigação no pelourinho. Finalmente para tornar a pena mais exemplar, os delinquentes são, às vezes expostos no pelourinho das reduções vizinhas. O exílio definitivo para outra redução sanciona também alguns crimes particularmente graves, e é vivamente sentido pelos culpados.

Quando capturados, os desertores eram castigados com chicote em praça pública na redução de origem e nas vizinhas. Também eram eLivross com suas mulheres e filhos pequenos, para outras reduções. As mulheres tinham seu cabelo cortado, “arrancando-lhe a cabeleira que a gente do sexo feminino tanto preza, por um lado, para que isso servisse de exemplo para outras índias; por outro, para puni-la por sua fuga ignominiosa.”

A indisciplina e a vadiagem também eram duramente reprimidas: os que não queriam trabalhar e os que não executassem com empenho a sua tarefa eram açoitados. A embriaguez, costume Guarani relacionado às festas de rituais antropofágicos e à época do término do plantio e da colheita, foi duramente combatida pelos padres, não sendo fácil a sua erradicação. Influenciados pelos escritos de São Paulo e São João Crisóstomo, os jesuítas consideravam embriaguez provocadora de “situações passionais e irracionais”, porque viam na ingestão da *chicha* uma “servidão às entidades demoníacas”, causando dano “ao corpo, aos costumes e à fé”, originando “idolatrias, horríveis incestos, mortes, e outros danos causados por elas”.

As formas encontradas para aniquilar tal costume foram desde o confisco da bebida, liberando pequenas porções diárias, à substituição da *chichua* pelo mate, que não causava efeitos colaterais, até a aplicação de castigos. Segundo Haubert, a introdução do consumo da erva mate foi a responsável pelo abandono do alcoolismo, e não a aplicação das sanções, pois, “num plano estritamente penal, muitas vezes os castigos tomavam-se inúteis.” Para o crime da embriaguez aplicavam-se vinte e cinco açoites, com intervalo de alguns dias.

Acompanhadas das bebedeiras sempre vinham as festas profanas, que eram severamente reprimidas, sendo permitidas apenas as festas relacionadas às cerimônias litúrgicas. As festas oficiais também eram regulamentadas. Era proibido convidar músicos de outras reduções. Caso na missão em que fosse realizada a festa houvesse carência de cantores, era permitido o convite de três bons cantores de outras reduções. Apenas as autoridades e os missionários das reduções vizinhas poderiam ser convidados, mas os padres só podiam levar três índios de acompanhantes. Só podia haver quatro tipos de dança, não podendo participar moças, mulheres e homens vestidos de mulher.

Homens que invadissem a casa das reclusas (*cotiguaçu*) com fins libidinosos, ou mesmo para raptá-las com igual intento, eram castigados

com vinte e cinco chicotadas no pelourinho e expostos ao desprezo em duas reduções mais próximas.

A poligamia era reprimida com a captura das mulheres e crianças e com a destruição de suas habitações pelo fogo.

De acordo com as leis espanholas da época, o crime de homicídio era punido com pena de morte, mas nas missões jesuíticas esta pena foi substituída pela prisão perpétua.

O condenado à prisão perpétua era chicoteado uma vez por mês no pelourinho. Ficava acorrentado e recebia pouca alimentação. Assim como os demais condenados, era obrigado, às vezes, a passar algumas horas no local do suplício. Só podia sair da cela para ir à missa aos domingos, mas algemado. No entanto, a prisão perpétua não passava de dez anos, pois sempre era encontrado um motivo razoável para perdoar o réu, desde que ele tivesse um bom comportamento e convencesse os padres de que estava arrependido. Normalmente a visita do provincial, do bispo ou do governador era um bom motivo para a concessão do perdão.

Embora alguns autores, como Kern por exemplo, discordem, tem-se conhecimento de que existiam prisões masculinas nas reduções em fins do século XVII, conforme o Regulamento de Doutrinas. Eram localizadas “num canto da praça, ou no colégio dos jesuítas, mas ao lado das oficinas.”

A prisão feminina localizava-se no *cotiguaçu* (casa grande ou casa das reclusas). Conviviam as mulheres delinquentes com outras mulheres, cujo único crime era serem órfãs, viúvas ou abandonadas. É de se questionar até que ponto existia equilíbrio entre o tratamento “humano” dado às “culpadas” e o tratamento “desumano” dado às inocentes, uma vez que ambas estavam em igualdade de condições, vivendo enclausuradas. Era garantida às mulheres a sua subsistência, pois recebiam “diariamente uma porção de carne, roupas duas vezes por ano e algumas outras esmolas do cura”. Eram vigiadas e dirigidas por uma mulher mais velha. Ao anoitecer, as portas do *cotiguaçu* eram trancadas com duas chaves, uma interna e outra externa, a primeira chave ficava com a matrona e a segunda ficava com o cura.

Montou-se uma estrutura interna de fiscalização, controle e disciplina das populações indígenas, chegando todas as informações do que acontecia nas missões ao cura. Mas, mesmo assim, houve revoltas, fugas e crimes

que eram prontamente reprimidos pelos padres, auxiliados pelos membros do cabildo.

As revoltas, as infrações penais e a reincidência dos antigos costumes demonstram que não houve tanta “paz” e “harmonia” interna nas reduções como vários autores querem comprovar.

Diversos autores afirmam que os castigos infligidos nas reduções eram moderados e levíssimos se comparados aos castigos utilizados na Europa, na mesma época. Quanto a esta questão, não se pode duvidar de que realmente os castigos físicos na Europa e até mesmo no restante da América Espanhola eram mais severos do que os das missões. Começando pela pena de morte com as suas diversas modalidades (enforcamento, estrangulamento, fogueira e outros tantos), que não eram praticadas nas reduções, e as diversas formas de suplício que tinham uma escala hierárquica da mais tênue (chicotadas) até as que causavam a morte. A violência física também estava presente na relação familiar entre pais e filhos, na pedagogia e nas relações de trabalho europeias. Não se pode ocultar o fato de que os jesuítas eram fruto de todo este sistema de disciplina, vigilância e coerção, pois eram homens que pertenciam à sociedade europeia, portanto, toda esta violência institucionalizada fazia parte do seu cotidiano e castigavam com muita naturalidade aos indígenas que burlassem as regras instituídas de acordo com a sua concepção do bom modo de vida cristã e civilizada.

No entanto é bom frisar que estavam tratando com outro tipo de sociedade, que não conhecia tais procedimentos, muito menos o que lhes era imputado como crime e pecado, nem sempre na sua cultura original tinham tal significado.

Conclusão

O direito missionário implantado nas reduções, foi fundamentado no direito espanhol de Castela (aragonês, catalão e valenciano), adaptado ao novo ambiente social, geográfico e econômico, vindo a ser chamado de Direito Indiano e também no direito canônico devido à submissão dos jesuítas a Igreja Católica. No interior das missões, os jesuítas desrespeitaram e ignoraram o direito consuetudinário Guarani, no entanto, alguns aspectos do direito indígena foram utilizados, mas, esvaziados de

seu conteúdo original e preenchidos com outros elementos que serviram aos seus interesses, sendo distorcidos e utilizados em prol de seus empreendimentos.

Entre os Guarani, o poder estava difuso na coletividade e a liderança política era limitada pela vontade popular. O poder toma-se um órgão separado da sociedade, apanágio dos padres que o têm como autoridade político-econômico-jurídico-religiosa, devidamente investidas pelo monarca espanhol e pelo Papa.

A propriedade coletiva era entre os Guarani, a mais importante e abrangente, sendo o Direito à terra um bem sagrado que pertencia a todos. Com a ocupação dos espanhóis nas áreas habitadas pelos Guarani, as suas extensões territoriais passaram a pertencer à redução, e, em última instância, à Coroa Espanhola.

Devido às limitadas necessidades da economia tribal, que produziam o suficiente para a sobrevivência do grupo, o trabalho indígena era alternado com o descanso, o lazer e a religião. Com o objetivo de desenvolver economicamente a região, considerando o trabalho como condição para “humanização” e salvação espiritual, os jesuítas reorganizaram as atividades laborais Guarani, modificando o comportamento produtivo pela coação física e religiosa e pela repressão à vadiagem e à indisciplina.

Nas reduções a grande família foi substituída pela família nuclear. O adultério passou a ser considerado crime e pecado, e o divórcio foi extinto.

Nas sociedades indígenas não existia a pena de prisão, nem os castigos físicos quantificados e continuados. Nas reduções, foram introduzidas como padrões normativos a pena de prisão e o castigo, este em forma de dor física e vergonha pública, também utilizado como instrumento de expiação dos pecados.

Através do sistema de disciplina, coação, controle, fiscalização, confissões para se livrarem do pecado, delações e do cerceamento da liberdade individual, pode-se observar que os Guarani “obedeceram” ao direito missionário mais pelo temor de uma sanção moral ou física, do que propriamente pelo entendimento daqueles novos valores e assimilação consciente daquelas normas.

Como os demais indígenas, os Guarani foram rotulados de infantis e incapazes de conduzir suas próprias vidas. Com o propósito de “civilizá-los”, “humanizá-los” e integrá-los à sociedade moderna, os jesuítas

transmitiram-lhes valores e impuseram-lhes preceitos normativos da sociedade cristã-ocidental, transformando o seu cotidiano e proibindo-lhes a prática do seu antigo modo de ser, denegando-lhes o seu direito originário. Desta forma, ficou evidente a violência que essa população sofreu pela flagrante diferença entre as duas sociedades (indígena e europeia) e os seus sistemas jurídicos (de um lado, as práticas costumeiras guaranis, de outro, do direito espanhol e do direito canônico).

13. O Direito no Brasil Colonial

Claudio Valentim Cristiani

Introdução

Este capítulo tem por escopo fazer algumas considerações acerca da formação do direito no Brasil colonial. É, antes de tudo, uma espécie de ordenamento de alguns pontos julgados como os mais importantes dos encontrados nos autores consultados.

O enfoque procurará privilegiar, num primeiro momento, o estudo dos elementos culturais e econômicos, presentes no Brasil colonial, e a influência no campo específico da formação do direito. Seu objetivo será o de verificar se o direito é um produto formado independentemente de influências externas, ou se, ao contrário, opera dialeticamente com o conjunto social.

Em seguida, serão analisados os fatores e influências trazidos pelas diversas etnias (brancos, negros, indígenas), para compreender porque a cultura e, principalmente, o direito dos colonizadores brancos imperaram de forma centralizadora e totalizante.

Outro ponto a ser destacado será o da formação da legislação no Brasil colonial, bem como a estrutura do Poder Judiciário de então. Mesmo sabendo-se que as estruturas e as leis carecem de operadores para terem efetividade, elas hão de ter a sua devida importância.

Posteriormente, a atenção se voltará para uma leitura de quem eram os operadores (juristas) que ocupavam os cargos mais importantes do Poder Judiciário, responsáveis pelo seu funcionamento. A eles também cabia, evidentemente, a aplicação/interpretação da legislação vigente. Por isso, resta analisar se os interesses e objetivos almejados pelos integrantes da magistratura, tais como o da busca do enriquecimento rápido que lhes possibilitaria galgarem um status social semelhante ao da elite local, influenciaram ou não em suas decisões.

Ao final, serão expostas algumas sugestões sobre a formação do direito nacional, com o intuito de, na análise dos acertos e erros históricos, buscar-

se subsídios para a transformação e aprimoramento do direito na atualidade.

Fatores que Contribuíram para a Formação/Imposição do Direito Nacional

O Brasil foi descoberto e explorado pela nação portuguesa. Os colonizadores, ao chegarem aqui e tomarem posse das terras dos nativos indígenas, sentiram-se legitimados para, como verdadeiros donos desse “novo mundo”, ditarem-lhes os rumos em todos os sentidos.

Pelos portugueses colonizadores o Brasil nunca foi visto como uma verdadeira nação, mas sim como uma empresa temporária, uma aventura, em que o enriquecimento rápido, o triunfo e o sucesso eram os objetivos principais. Essas eram as reais intenções dos colonizadores, não obstante o discurso simulado e cínico da necessidade de levar a palavra cristã aos pagãos. Em lugar de uma evangelização, houve uma completa heresia e desrespeito aos ensinamentos do cristianismo originário.

O Brasil tinha como fontes econômicas, no início da colonização, a exploração dos metais preciosos e o extrativismo do pau-brasil. Em seguida, iniciou-se o cultivo de terras agricultáveis. Foi, assim, essencialmente agrícola, refletindo a economia da Metrópole. A detenção dos meios de produção estava totalmente nas mãos dos colonizadores, que tinham o domínio das propriedades, dos engenhos, das fazendas, além de que o trabalho era escravagista e nesta condição se encontravam os negros e não raras vezes também os indígenas.

O direito, no Brasil colonial, sofreu a mesma sorte da cultura em geral. Assim, “o direito como a cultura brasileira, em seu conjunto, não foi obra da evolução gradual e milenária de uma experiência grupal, como ocorre com o direito dos povos antigos, tais o grego, o assírio, o germânico, o celta e o eslavo”. A condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, emfim, do jogo de forças entre os diversos segmentos formadores do conjunto social. Com a devida precaução, salvo exceções que confirmam a regra, foi uma vontade monolítica imposta que formou as bases culturais e jurídicas

do Brasil colonial. A colonização foi um projeto totalizante, cujo objetivo era ocupar o novo chão, explorar os seus bens e submeter os nativos ao seu império pela força, sempre que necessário. O mesmo se deu com os negros, trazidos aqui na condição de escravos. A construção de uma cultura e identidade nacionais, por conseguinte, nunca foi uma empreitada levada a sério no Brasil.

Os elementos formadores da cultura em geral, e do direito especificamente, no Brasil Colonial, tiveram origem em três etnias ou raças distintas. É evidente que essa formação não foi uma justaposição em que as condições particulares de cada raça tenham sido respeitadas. Antes, foi uma imposição dos padrões dos portugueses brancos aos índios e aos negros.

Os indígenas, na formação da cultura em geral, tiveram a oportunidade de contribuir de forma razoável. O mesmo não ocorreu, infelizmente, quanto ao direito. As nações dos nativos que aqui habitavam, quando da chegada da colonização, viviam num período neolítico em que foi comum a confusão entre o direito e o divino, e os tabus e o misticismo eram formas de resolução para as questões jurídicas. Nem por isso justifica-se o fato de os indígenas terem sido desrespeitados como sujeitos de direito e postos na simples condição de objeto, de *res*, do mesmo.

Quanto aos negros, a sorte não foi diferente; a condição de escravos, ao serem arrancados de suas nações na África e jogados em senzalas, fez com que houvesse uma grande desintegração de suas raízes. Mesmo assim, apesar de todas essas diversidades, a cultura dos negros, seus costumes, suas crenças e tradições se fazem presentes, de forma razoável, em nossa identidade nacional. No que diz respeito, especificamente, ao direito, também foram eles mais objetos, coisas, do que sujeitos de direito.

Por último, houve a contribuição lusa dos brancos. Como tinham o posto privilegiado de colonizadores, puderam usar/abusar de todas as possibilidades de conformar o direito às suas concepções e vontades, sem o mínimo de respeito às demais etnias que ajudaram, em muito, na formação das riquezas nacionais. Além do que a cultura portuguesa, assim como o direito, eram mais evoluídos (pelo menos no sentido racional formal).

Quando os portugueses aqui aportaram, depararam-se com uma civilização em que havia:

(...) povos de origem tribal em diferentes estágios culturais, todos eles beirando, porém, o neolítico, despossuídos por completo

de uma regulamentação realmente jurídica, mas antes dominados ainda pelo império da norma indiferenciada de cunho sagrado. Era, pois, o direito português que deveria construir a base de nosso direito nacional sem maiores competições. *Também no âmbito jurídico temos aqui mais uma ocupação do que uma conquista.*
[Grifos nossos]

É oportuna, pois, a investigação da formação do direito português, este direito que foi imposto e determinou as bases da formação jurídica nacional.

Quanto ao direito português, é importante frisar que:

(...) pode ser caracterizado como um aspecto da evolução do direito ibérico. Deste participa em suas origens primitivas, na paralela dominação romana, na posterior influência visigótica, na subsequente invasão árabe, na recepção do direito romano justiniano, apenas separando suas trajetórias históricas quando Portugal separou seu destino das monarquias espanholas de então, seguindo, daí por diante, o seu direito, uma independente evolução nacional.

Numa rápida análise do período nacional do direito português, constatou-se que Portugal tomou-se independente das dinastias espanholas com a vitória na Batalha de Ourique (1139), liderada por Afonso Henriques. A partir desse marco histórico, dá-se início ao período nacional do direito português.

A primeira grande fase desse período foi marcada pelas leis de caráter geral e pelos forais. As primeiras leis gerais foram decretadas em 1210, no reinado de Afonso II. Buscavam, essas leis de força nacional, a centralização do poder nas mãos da monarquia. Assim, “à medida que o reino português mais se consolida, essa forma de ação político-administrativa mais se afirma, como sói acontecer nos regimes absolutistas”.

Mesmo com leis de validade nacional, havia questões locais que eram normatizadas e tinham soluções no seu próprio âmbito. Daí a instituição dos forais,¹⁰ que se mostravam como verdadeiras miniaturas de constituições políticas durante a Idade Média. Essas constituições tinham um duplo sentido, conforme relata José Gomes Câmara, quais sejam:

(...) como instituição municipal, consistente na outorga de certas concessões aos concelhos, e como modalidades de leis civis, ou criminais, de caráter supletório, destinadas a suprir a ausência de costumes de certas localidades. No primeiro destes aspectos exigem mais atenção, porque é mediante esta forma que tal instituição irá mais tarde refletir-se na organização municipal dos domínios de além-mar, como embrião das posturas que constituem a legislação dessas pessoas jurídicas de Direito Público Interno.

A fase em que houve a aplicação dos forais correspondeu ao início da colonização. A Colônia foi dividida em capitanias hereditárias e cada donatário possuía, analogicamente, poderes assemelhados aos senhores feudais, pois, além do papel de administrador, competia-lhe, também, o papel de legislador e de juiz.

Nesse período histórico, percebe-se, não havia uma burocratização quanto aos procedimentos e confundia-se em uma só pessoa as funções de legislar, acusar e julgar. Ao donatário competia a função de “administrador, chefe militar e juiz ao mesmo tempo; o donatário não repartia com outros o direito de aplicar a lei aos casos ocorrentes, dirimindo os conflitos de interesses e direitos entre os habitantes da capitania”.

Porém, o sistema de capitanias hereditárias não logrou o êxito esperado por Portugal. Por tal razão houve a centralização administrativa da Colônia, ao se nomear um governador-geral. Assim, o poder local dos donatários foi excluído e tomaram força as ordenações do reino, ordenações essas que correspondiam a grandes compilações das leis gerais existentes. A partir de então, os rumos do Poder Judiciário e do próprio direito tiveram uma substancial modificação, haja vista o início da profissionalização/burocratização do sistema e dos seus agentes operadores.

As leis gerais, salvo casos particulares, eram consideradas vigentes no Brasil-Colônia e seu ajuntamento fez surgir três grandes ordenações, a saber: Ordenações Afonsinas (1466), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603).

As Ordenações Afonsinas foram a primeira grande compilação das leis esparsas em vigor. Resultaram de “um vasto trabalho de consolidação das leis promulgadas desde Afonso II, das resoluções das cortes desde Afonso IV e das concordatas de D. Dinis, D. Pedro e D. João, da influência do

direito canônico e Lei das Sete Partidas, dos costumes e usos”. Pelo fato de terem sido substituídas, em 1521, pelas Ordenações Manuelinas, tiveram pouco espaço de tempo quanto à sua aplicação no Brasil-Colônia.

As Ordenações Manuelinas, de 1521, foram a obra da reunião das leis extravagantes promulgadas até então com as Ordenações Afonsinas, num processo de técnica legislativa, visando a um melhor entendimento das normas vigentes.

Promulgadas em 1603, as Ordenações Filipinas compuseram-se da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, no sentido de, também, facilitar a aplicabilidade da legislação. Foram essas Ordenações as mais importantes para o Brasil, pois tiveram aplicabilidade durante um grande período de tempo. Basta lembrar que as normas relativas ao direito civil, por exemplo, vigoraram até 1916, quando foi publicado o nosso Código Civil Nacional.

Do ponto de vista de uma orientação técnica, cada um dos referidos códigos se dividiu em cinco livros, versando sobre as seguintes matérias:

Livro I - Direito Administrativo e Organização Judiciária;

Livro II - Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros;

Livro III - Processo Civil;

Livro IV - Direito Civil e Direito Comercial;

Livro V - Direito Penal e Processo Penal.

Assim, a matéria contida nas três Ordenações, do ponto de vista formal, era a mesma. Mas

o seu conteúdo apresentava pontos divergentes. Como diz Jayme Altavila, elas não poderiam deixar de ser a espelhação das fases evolutivas de sua excitante existência. Afinal, a consequência natural e lógica era o aperfeiçoamento do processo de codificação das leis portuguesas, ainda que das primeiras para as outras Ordenações não houvesse operado uma diferença muito acentuada.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à estrutura do Poder Judiciário e aos seus agentes operadores. Com a adoção do Governo-geral, os poderes locais foram diminuídos e houve, conseqüentemente, uma

centralização das decisões, inclusive com maiores possibilidades de recursos para pleitear-se reforma das decisões.

Destaca-se, inicialmente, a figura do ouvidor-geral. Com a nomeação do governador-geral, Tomé de Souza, também foi designado o Dr. Pedro Borges para o cargo de ouvidor-geral da colônia. Suas atribuições principais, apesar de haver raríssima documentação a respeito, eram as seguintes:

Conhecia por ação nova dos casos crimes e tinha alçada até a morte natural, inclusive nos escravos, gentios e peões cristãos livres. Nos casos, porém, em que, segundo o direito, cabia a pena de morte, inclusive nas pessoas das ditas qualidades, o ouvidor procederia nos feitos afinal e os despacharia com o governador sem apelação nem agravo, sendo ambos conformes nos votos. No caso de discordarem, seriam os autos com os réus remetidos ao corregedor da corte.

Era, o ouvidor-geral, na organização judiciária primitiva, a maior autoridade. Sua nomeação dava-se por três anos, garantindo-se sua permanência na função desde que bem a realizasse. Caso contrário, poderia ser deposto (exonerado *ad nutum*).

Sucintamente, pode-se dizer que a administração da Justiça, na primeira instância, era realizada por diversos operadores jurídicos cujas competências, muitas vezes, eram similares ou muito próximas. Pode-se citar, sem ser exaustivo: os juízes ordinários, os juízes de fora, os juízes de vintena, os juízes de órfãos etc. E, como seus auxiliares: os escrivães do público e notas, os tabeliães judiciais, os escrivães dos órfãos, os alcaides, os meirinhos, os inquiridores, os quadrilheiros, os almotacés, etc.

O primeiro Tribunal da Relação na Bahia foi criado em 1587, tendo havido, inclusive, a nomeação dos seus ministros; mas, por diversos motivos, não chegou a ser implantado. A segunda instância, efetivamente, no Brasil colonial, só foi instaurada em 1609. Sua composição era de

dez desembargadores, incluindo o chanceler, que servia de juiz da chancelaria, três eram os desembargadores de agravo, um ouvidor-geral, um juiz dos feitos da coroa, fazenda e fisco, um provedor dos mesmos feitos e promotor de justiça, um provedor dos defuntos e resíduos, e dois desembargadores extravagantes. O

governador-geral presidia a Relação quando lhe parecia, não tendo voto nem subscrevendo as sentenças.

Decorrido quase um século, só em 1751 é que foi implantado no Brasil, no Rio de Janeiro, mais um Tribunal de Relação, em que a exemplo do tribunal da Bahia, “seus desembargadores eram em número de dez, incluindo o chanceler. Cinco deles eram de agravo, um ouvidor-geral do crime, um do cível, um juiz dos feitos da coroa e fazenda e um procurador da coroa e fazenda”.

Acima dos Tribunais de Relação, das suas decisões, só restava o recurso extremo à Casa da Suplicação em Lisboa, mas, somente, em casos muito especiais. Porém,

transferida a corte real para o Rio de Janeiro, D. João VI, por alvará de 10 de maio de 1808 determinava o seguinte: a Relação da cidade do Rio de Janeiro se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para nele se findarem todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação em Lisboa.

Procurar-se-á identificar quem eram essas pessoas que ocupavam os cargos mais importantes do Poder Judiciário, principalmente os desembargadores, no período colonial, o que eles pensavam, ao que e a quem representavam. E, também, a forma como se organizou o governo no Brasil, incluindo-se neste o Poder Judiciário.

Certamente, a Metrópole, para garantir o seu domínio, tratou de enviar à Colônia um corpo burocratizado de agentes públicos. Regra geral, as burocracias procuraram ficar afastadas da população, sem que dela sofressem influências; isto é, com a profissionalização dos cargos públicos, os fatores pessoais foram afastados do centro das decisões.

Partindo-se de tipos ideais, poderá haver duas formas de relação entre os governantes e governados. A primeira ocorre quando há uma formação profissional burocratizada que serve ou controla a população, mostrando-se

indiferente às suas pressões e influências. Já, na segunda forma, ao contrário, são as relações pessoais (de parentesco, de amizades e de inimizades) que servem de paradigma na escolha das soluções tomadas pelos agentes ocupantes dos órgãos do Poder Público.

Portugal pretendeu formar uma burocracia profissionalizada na Colônia a fim de proteger os seus interesses e sufocar as pretensões locais. Quer dizer, não era oportuno à Metrópole que aqui se formasse uma organização independente de governo, que privilegiasse os interesses locais. Pois, por certo, essa organização procuraria, por todos os meios, desvincular-se das diretivas impostas pelo colonizador.

Ocorre que a premissa de que os burocratas não sofrem influência da população não teve validade na Colônia. Nisso tudo “o mais surpreendente aspecto do governo no Brasil foi a interpenetração das duas formas supostamente hostis de organização humana: a burocracia e as relações sociais de parentesco”.

Por conseguinte, a formação e organização do Poder Judiciário, na esteira do que ocorreu com o governo em geral, deu-se, na Colônia, por meio da burocracia e das relações pessoais de parentesco. Os magistrados partiam de Portugal a fim de ocuparem os postos no Poder Judiciário local. Burocratas que eram, tinham por finalidade representar os interesses da Metrópole e não as aspirações locais.

O certo é que também a elite local não era acéfala ou desmobilizada. A aproximação entre essa elite e os magistrados que aqui aportavam foi, desde logo, devidamente providenciada. Só que os objetivos almejados não eram o de formar uma vontade local unívoca que representasse os interesses de toda a Colônia, que protegesse, também, o indígena e o negro e os seus direitos respectivos. O acordo “por cima” visava à troca de favores entre os agentes jurídicos vindos da Metrópole e a elite dominante da Colônia.

Portugal queria um Poder Judiciário afastado da população e isso não ocorreu; mas, nem por isso as soluções jurídicas no período do Brasil colonial foram representativas do conjunto da população. Antes é de dizer-se que

o modelo jurídico predominante durante os primeiros dois séculos de colonização foi, por consequência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito Alienígena - segregador e

discrecionário com relação à própria população nativa -, revelando, mais do que nunca as intenções e o comprometimento da estrutura elitista do poder.

A elite local era extremamente conveniente a união com o corpo burocratizado de operadores jurídicos. A recíproca também não deixava de ser verdadeira. De um lado, encontrava-se uma elite local com esquemas formados de corrupção e manutenção do *status quo*. Do outro lado, magistrados dispostos a tudo a fim de garantirem privilégios para si e para os seus. A cooptação desses magistrados, por essas razões, não foi uma empresa difícil. Antes foi um encontro de interesses, de troca de favores recíprocos, pois, “os atrativos oferecidos pelos grupos e indivíduos da colônia e os desejos dos magistrados davam início ao processo de interpenetração”.

Foram os operadores jurídicos do Brasil-Colônia, principalmente os desembargadores, os verdadeiros formadores de opinião,²⁷ intelectuais orgânicos legitimadores do *status quo*, que nunca souberam diferenciar o público das relações privadas e os interesses da coletividade com os seus próprios interesses e os da classe dominante que representavam.

Por conseguinte,

(...) os desembargadores tinham um papel ativo na vida social, cultural e econômica da colônia, agindo, às vezes, de maneira que não eram nem desejadas nem previstas pelo regulamento burocrático. O impacto da magistratura na sociedade colonial deve ser visto não só em termos de suas atitudes profissionais, mas, também, à luz do estilo de vida e das motivações pessoais dos magistrados e das reações ou iniciativas de certos elementos da população colonial.

Esses magistrados vinham para a Colônia com o intuito de obter um status social elevado e, normalmente, traziam consigo suas famílias, que eram formadas além da esposa e dos filhos, por parentes, afilhados, empregados, criados e escravos, etc. Essa “família ampliada” acarretava um grande dispêndio para a sua manutenção, e o magistrado, além da função da judicatura, preocupava-se com os papéis de marido, pai, padrinho e protetor, sendo comum usar de sua posição profissional de magistrado, como tráfico de influência, para o desempenho de suas outras funções.

Os magistrados, em regra geral, não eram integrantes da nobreza: seu principal objetivo era o de a ela se igualarem. Para terem esse status careciam de benefícios e símbolos materiais que tradicionalmente a nobreza ostentava.

Como a aristocracia brasileira era formada pela riqueza em terras, logo os magistrados tomaram-se proprietários de uma fazenda de cana-de-açúcar ou de um engenho, com isso alcançando a riqueza necessária para se igualarem ao status da nobreza, porém, os meios para alcançarem tais objetivos não foram os mais recomendáveis do ponto de vista moral.

Procedimento comum à interpenetração entre os interesses da elite local e os dos magistrados vindos de Portugal foi seu casamento com filhas de fazendeiros nobres. Esse casamento “servia de laço principal entre as famílias e era o método mais eficiente de incorporarem magistrados na sociedade local de forma permanente”. Aos desembargadores, tal união matrimonial representava a oportunidade de adquirirem riqueza e propriedades que estivessem de acordo com a posição social a que tanto aspiravam. Para as famílias locais, tal união mostrava-se também muito proveitosa, pois propiciava a ocasião de efetivarem relações formais de parentesco com os operadores jurídicos do Poder Judiciário.

Por todos esses fatores, pode-se dizer que os magistrados de então não eram pessoas afastadas dos interesses da elite dominante, antes dela faziam parte. Decorre daí que o mito da imparcialidade e da neutralidade era totalmente destruído pela prática vigente de troca de favores e tráfico de influências. Por essas razões e por outras tantas “a justiça, dizia Gregório de Matos, era “vendida, injusta e tomada bastarda”. É de se admirar a coragem deste poeta que fora magistrado em Portugal, antes de vir morar na Bahia e que, talvez por isso, se interessava tanto pelo assunto do Poder Judiciário.

Enfim, a condição peculiar da formação/imposição do direito no período do Brasil colonial e a união dos interesses dos operadores jurídicos burocratas com as estruturas existentes de apadrinhamento, de favores e de relações pessoais, fez com que, infelizmente, o Poder Judiciário não ficasse afastado da sociedade de então. Não se critica o simples fato dessa aproximação, pois, afinal de contas, os magistrados têm como função resolver as controvérsias, isto é, aplicar o direito ao caso concreto, e esses embates dão-se no seio das relações sociais. Os magistrados,

evidentemente, fazem parte da sociedade e não estão acima ou fora dela. O que se lamenta é que a opção tomada pelo magistrado teve como objetivo não a proteção dos interesses de todo o conjunto social, antes, serviu para sufocar os legítimos interesses emergentes daqueles afastados do centro do poder, e para resolver os seus próprios problemas e os da elite dominante do Brasil-Colônia.

Conclusão

Primeiramente, é de se perceber que o direito nacional, infelizmente, nunca representou a contento os interesses do bem comum da coletividade. A época, objeto de estudo, demonstra como se formou a gênese em nosso país de confundir-se o âmbito do público com o privado, dos interesses particulares com os interesses gerais.

Ficou claro também que os fatores culturais e a forma de estruturação da sociedade, existentes no Brasil colonial, foram elementos direcionadores na formação do direito daquela época. Quer dizer, só é possível sua compreensão se visualizado dentro de um contexto maior, isto é, no conjunto dos valores culturais e das relações sociais existentes num dado momento histórico.

Foram os valores e crenças trazidos pelos brancos colonizadores que predominaram na formação cultural brasileira, havendo, em consequência, a retração das culturas indígena e negra. Como, também, eram os colonizadores que detinham a exploração das riquezas, essa soma de fatores fez com que o direito do português, que legitimava aquele estado de coisas, imperasse de forma soberana.

Essa herança histórica, por certo, influenciou consideravelmente o modelo jurídico atual, o que não exclui, evidentemente, a possibilidade de se pensar num direito dinâmico e renovado que aponte para efetivas transformações. Também não parece ser incorreto vislumbrar-se operadores jurídicos, no presente, comprometidos com a justiça, pois estes, antes que juízes, promotores, advogados etc., são verdadeiros cidadãos. O mesmo passa-se com a mudança de pensamento do corpo docente, ainda que um pouco tímida, no sentido de propiciar aos futuros operadores jurídicos um posicionamento crítico sobre o direito.

Dessa forma, mesmo no campo jurídico, cogita-se da possibilidade da realização de uma “guerra de posição” ao estilo gramsciano, por comportar em sua estrutura operadores do direito com ideologias, concepções de mundo, discordantes do bloco de poder dominante, ao ocuparem as poucas brechas e oportunidades existentes. O perigo consiste, e por isso todo cuidado é pouco, no fato de a estrutura vigente mostrar-se mais hábil para cooptar para o seu meio o conjunto desses intelectuais, como o fez no período do Brasil colonial. Acredita-se, no entanto, mesmo sabendo que toda crença é uma questão de fé, ser incorreto atribuir toda a culpa à estrutura em si. O problema principal está nos sujeitos que a ocupam e a fazem funcionar.

Por outro lado, não há como negar que o direito assim como se apresenta não é o resultado da vontade nacional e sim daqueles que dominam material e ideologicamente nossa sociedade. Então, dizer que há um direito igual para todos, imparcial e afastado das lutas sociais, é um grande engodo, uma construção ideológica, no sentido negativo. Por um processo ideológico, de encobrimento da verdade, procura-se atribuir às ideias e vontades sobre o direito da classe dominante, uma validade universal que representa todo o conjunto social.

É óbvio que ao se investigar a formação/imposição do nosso direito nacional, mesmo que só de um determinado período, percebe-se que os erros históricos são muitos. Aqui é bom lembrar os ensinamentos de Habermas de que “os erros são importantes”, evidentemente, se com eles se aceitarem e se buscarem ensinamentos para que não sejam cometidos novamente. O conhecimento da história, principalmente dos seus erros do passado, é um elemento fundamental e imprescindível para a formação do novo que represente a busca do justo. No campo do direito nacional, essa lição é oportuna e deve ser sempre lembrada pelos operadores jurídicos do presente.

Foi essa perspectiva que se procurou privilegiar no decorrer destas considerações. Isto é, o simples fato de se acumular conhecimentos históricos do passado não faz com que os problemas contemporâneos sejam resolvidos. Mas, se tais procedimentos forem devidamente analisados e trazidos para o presente, de forma crítica, tornam-se extremamente úteis para a compreensão dos problemas existentes em nosso contexto atual.

14. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil

José Wanderley Kozima

Introdução

Antes de começar o presente capítulo, cabe refletir um pouco acerca de seus objetivos, métodos, possibilidades e limitações. Impunha-se efetivar uma análise em que restasse privilegiado o estudo das *raízes históricas* das instituições jurídicas e que, revelados os fatos históricos, propiciasse realizar uma releitura crítica e desmistificadora dessas instituições. Iniciado o empreendimento pela escolha das obras, avultou-se clara, já nesta fase, uma certa inviabilidade no pretender divisar os enfoques e obras “puramente históricos” e as demais possibilidades de abordagem científica, já que a história, por amplo o objeto, muitas vezes oferece o fundo (ou base) para estudos sociológicos, econômicos, antropológicos, jurídicos, etc., influenciando e também recebendo alguma influência das demais áreas do conhecimento. Deixadas de lado as conjecturações acerca da existência de um método ou objeto próprios à história, foi trazido à reflexão o tema a ser focado (*bacharelismo*) e, assim, concluiu-se pela necessidade de realizar uma abordagem histórico-sociológica.

Cumprir registrar, outrossim, que se deparou, já de início, com algumas questões interessantes. Primeiramente o fato de que o “bacharelismo” não poderia propriamente ser considerado uma instituição (teoria da instituição) e, se assim o fosse por interpretação extensiva, dificilmente poder-se-ia considerá-la jurídica, tratando-se, como se trata, de uso e costume social e político e não de um conjunto coerente de normas reguladoras de determinados fatos sociais. Outro fato importante é o da dicotomia referida por Afonso Arinos de Meio Franco entre *bacharelismo* e *jurisdicismo*, associando o primeiro à atividade política e o segundo à produção teórico-filosófica, especificação que, embora registrada, não foi levada em consideração. Por fim, chamou também a atenção o entendimento de Nelson Nogueira Saldanha, para quem

Falar em bacharelismo é pouco menos que alimentar um mito, a não ser que se frise que se trata de referir um *bias* profissional, o

do que lida com leis e ditos forenses ou burocráticos; ou então uma *forma mentis* tendente a ver o jurídico como essência do social (...).

Nada obstante este importante alerta e a natureza científica do trabalho, não se pôde deixar de levar em conta o mito, a intuição, as generalidades e o senso comum, considerada a impossibilidade de uma pesquisa de profundidade.

Certo é que o bacharelismo se trata de fenômeno político-social (afora linguístico e psicológico), e que não se poderia estudá-lo, a partir do enfoque histórico-sociológico, prescindindo das recorrências às abordagens já realizadas por algumas das figuras mais representativas da *intelligentsia* brasileira que, com brilho irrefutável, se detiveram no estudo de nossa cultura e civilização. Propôs-se, assim, partindo de obras gerais, a realizar uma incursão por alguns textos que fizeram a “história da historiografia brasileira crítica”, e que, nada obstante tenham hodiernamente um algo de clássico, propuseram interpretações originais para os fatos que compõem a história documentada do Brasil. Dessas obras gerais, lidas há mais ou menos tempo, extraíram-se possibilidades interpretativas que pudessem favorecer o conhecimento do objeto.

Foi em Sergio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior, Gilberto Freyre e Raymundo Faoro que se buscaram os elementos para tecer algumas considerações (reconsiderações) acerca do bacharelismo liberal, como fenômeno típico, não da sociedade brasileira, como apressadamente se poderia concluir, mas mesmo de sociedades que se constituíram a partir de processos históricos dissemelhantes. O que vale é que entre nós o fenômeno ganhou tintas próprias, dadas as peculiaridades de nosso processo de formação histórica. Ainda, sem pretender especular acerca das possibilidades antropológicas ou descer a análises culturais mais profundas, recorreu-se também, em algumas passagens, a considerações de Darcy Ribeiro.

Para aspectos históricos relacionados com o ensino superior no Brasil e, particularmente, com relação ao curso de direito, designadamente no tocante ao “bacharelismo”, recorreu-se aos textos mais específicos, sendo certo que, também nesta seara, já se contam os clássicos, obras as quais não deve desconhecer quem se propõe a abordar o tema. Nelas verifica-se que, de modo geral, prevalece o recurso à fonte indireta, alicerçados os textos em obras representativas da historiografia e sociologia brasileiras, dentre as

quais algumas dos autores acima referidos, não afastada, contudo, em alguns casos, a recorrência à fonte direta. São comuns, portanto, a repetição de argumentos e a transcrição dos mesmos excertos, o que, dado o enfoque e a finalidade específica de cada obra, não vem em prejuízo da originalidade. Tratando-se, aliás, de privilegiar o domínio da interpretação, sabe-se que a originalidade das fontes históricas, sejam fatos, sejam documentos, não é o mais importante; apenas se registra o fato.

O que se pretende com a presente investigação é, ainda que brevemente e sem pretensão à originalidade, oferecer uma visão panorâmica de alguns aspectos da história do bacharelismo, procurando abordar os traços que se prestam a identificar o fenômeno. No item 2 procurou-se recuperar a herança colonial, buscando conciliar interpretações, mas privilegiando o modelo interpretativo de Raymundo Faoro (autor que estará presente nos outros dois capítulos) e, por via transversa, a tipologia weberiana. Buscou-se utilizar, preferencialmente, concepções já assentes na historiografia brasileira, desprezando a originalidade a bem da segurança dos passos. Avançando, no terceiro item a intenção foi destacar, como elemento significativo para a reflexão pretendida, o papel da doutrinação jesuítica, tentando estabelecer mais este liame entre o passado colonial e o bacharelismo. Por fim, no quarto item recortou-se o objeto central do artigo, nada obstante alinhavando-o com os capítulos anteriores (herança colonial: escravidão; estado patrimonialista e doutrinação jesuítica), colocando-se em discussão tanto a história quanto o conteúdo do fenômeno.

O método escolhido é o indutivo-dedutivo, o que não inviabiliza, em algumas passagens, a pretensão de estabelecer uma abordagem dialética, possivelmente com algumas dificuldades, não superadas por completo. Em suma, importa destacar a tendência, entre nós, à repetitividade da história e mesmo à teoria dos ciclos (circularidade em que se movem os acontecimentos), que confere ao texto um certo caráter divulgativo.

Estado Patrimonial e Passado Escravocrático

Para empreender um estudo das instituições nacionais sob a perspectiva histórico-sociológica, parece imprescindível que se reporte à experiência

colonial, período que se presta a fornecer os primeiros elementos, possivelmente os elementos-chave, para a compreensão do *ethos* brasileiro. Sob esse aspecto, é preciso começar pelo óbvio: considerar o Estado de que se cogita, um Brasil “descoberto”, inserido na história geral da civilização, em visão inevitavelmente eurocêntrica, como fruto da “aventura” mercantilista portuguesa; um Estado que só obteve sua independência no início do século XIX, evento esse que apenas desavisadamente pode ser lido como uma verdadeira ruptura, especialmente sob o ponto de vista das instituições político-jurídicas.

É na estruturação do Reino Português, feita sob o império da guerra entre os séculos XI e XIII, que se vão encontrar as raízes da experiência portuguesa de Estado *patrimonial*, que irão permear, de forma significativa, todas as relações estabelecidas entre Estado e indivíduo. Segundo consta, é a Raymundo Faoro que se deve atribuir, sob sua reivindicação, a paternidade da introdução entre nós dessa categoria weberiana, o que teria ocorrido com o livro *Os donos do poder*, editado pela primeira vez em 1958. No difundido livro, o autor, tomando como ponto de partida a origem do Estado português, propõe-se a inventariar/historiar, com abundância de fontes, a formação do Estado brasileiro desde o descobrimento até a década de 1930, colocando em evidência justamente a classe detentora do poder (patronato). Afastando-se da interpretação até então corrente, que privilegiava os aspectos feudais da sociedade brasileira, Faoro oferece uma nova leitura que, dentre outros méritos, recusa a visão liberal-prepotente que se nutre de anunciar abusadamente o vigor da iniciativa privada como fator determinante na construção das riquezas nacionais. A tipificação do Estado brasileiro como patrimonialista, reconhecida herança da colonização portuguesa, privilegia interpretação que coloca em destaque a participação dos estamentos burocráticos.

Em síntese, Portugal teria vivenciado uma monarquia patrimonial: o rei como senhor de toda a riqueza territorial, do comércio e empreendimentos, cercado por “servidores” que a ele se prendiam por uma relação de acentuada dependência. O estamento formava-se, para utilizar a tipologia weberiana, por “recrutamento extrapatrimonial”, reconhecidamente aí presentes o “favoritismo” e o “clientelismo”, expressões já incorporadas à vida de nossas instituições políticas. Em outras palavras: o rei era o único proprietário e o quadro administrativo era formado por pessoas a ele ligadas por relações pessoais de confiança (critérios não racionais). Mais

ainda: como desdobramento dessa situação, a apropriação pelo estamento (quadro administrativo) dos “poderes de mando e as correspondentes oportunidades econômicas” sugeriu ao autor qualificar o tipo de forma e concluir por um *patrimonialismo estamental*. Esse tipo de concepção de Estado é que virá inscrever-se em todas as instituições econômico-políticas portuguesas daquela época.

De fato, irrecusavelmente, acentuam-se entre nós alguns traços que podem ser mais bem compreendidos a partir do modelo interpretativo proposto. Assim, como resultado de nossa estruturação sob a influência do patrimonialismo português, falta-nos, ainda hoje, um Estado racional e despersonalizado, decorrendo daí, de um lado, a distinção precária entre o público e o privado, com a apropriação dos cargos e funções públicas (tomados como coisa particular) pelos seus respectivos detentores, e, de outro, a precariedade da segurança do indivíduo perante as possibilidades da atuação estatal,¹¹ podendo-se falar em expectativas não estabilizadas. Assim, dinamizando a teoria, o que se verifica é a superposição do Estado a uma sociedade civil desarticulada e depile dente, para a qual o exercício da cidadania é ainda um arremedo de experiências liberais-democráticas de outros países. Estas e muitas outras características vão marcar a incompatibilidade brasileira com o espírito capitalista-liberal, evidenciando a pertinência da famosa conclusão de Buarque de Holanda:

Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido.

A observação dos fatos históricos acerca da colonização brasileira só faz reforçar o entendimento, restando evidenciada a forma de dominação do tipo tradicional, posto que referida por alguns historiadores e sociólogos, e pelo próprio Buarque de Holanda, como de tipo patriarcal, evidenciado esse aspecto, aliás, pela referência à qualidade das relações político-sociais, basicamente uma mera reprodução das relações familiares ocorridas no seio de uma sociedade tipicamente agrária. Admitida, no entanto, a existência de um quadro administrativo, desde os primeiros passos da empresa colonial, toma-se irrecusável a conclusão de Raymundo Faoro.

Diferentemente da colonização realizada nas zonas temperadas, que teve por finalidades o povoamento e o escoamento dos excessos demográficos da Europa, a colonização dos trópicos fez-se com vistas à exploração mercantil, sem outras pretensões que fossem, a princípio, além do mero extrativismo predatório. A experiência das 15 capitanias hereditárias entregues aos capitães-donatários, que as possuíam em nome da Coroa (verdadeira proprietária), ensejou uma forma peculiar de administração, com o exercício pelos donatários de funções típicas do Estado, a exemplo da arrecadação de tributos, da fundação de vilas, do monopólio da justiça, além do poder de doação de sesmarias. Tudo, certamente, em nome Del Rei, como convém ao patrimonialismo. De modo geral, a historiografia associa a esse fato histórico, dentre outras distorções, a origem dos vastos latifúndios e da administração privada da justiça, verificada de forma marcante no seu interior. A esse aspecto, ainda, somou-se uma outra característica fundamental para a formação da sociedade e da cultura brasileiras: a economia baseada na exploração do trabalho escravo.

A adoção de mão-de-obra escrava na colonização da América, conforme Caio Prado Júnior, constituiu fato circunstancial absolutamente divorciado da evolução natural da civilização ocidental, verdadeiro *corpo estranho* na sua estrutura, uma involução cujas consequências fizeram-se sentir de forma pesada na história dos povos a ela ligados, constituindo-se, do ponto de vista ético-moral, uma monstruosa aberração e, do ponto de vista econômico, uma das causas do “naufrágio da civilização ibérica”. Com efeito, a lógica do liberalismo econômico, desde Adam Smith, funda-se na mão-de-obra assalariada. A escravidão moderna incorporada à experiência colonial marcou a nossa formação social, influenciando significativamente na consolidação do caráter do brasileiro. É, portanto, indiscutivelmente, uma das chaves mais importantes para a compreensão do ethos brasileiro. Bem por isso, o fio condutor da análise sociológica e antropológica desenvolvida por Gilberto Freyre foi a experiência patriarcal e escravagista que, em algumas passagens, o autor qualifica como *sistema patriarcal de escravidão*.

Interessa ao contexto a submissão do índio e especialmente do negro ao trabalho forçado, por dois motivos especiais referidos, com maior ou menor destaque, pelos autores estudados, a saber: porquanto reafirmou de forma culturalmente significativa a desvalorização do trabalho, de modo geral, e do trabalho manual, de modo especial, entre outras facetas,

divulgando, com grande vigor, uma já conhecida distinção entre ocupações superiores e inferiores; em segundo lugar, porquanto tenha favorecido também um crônico processo de exclusão e discriminação social que, no que interessa enfocar, ensejou interessantes maneiras de superação, melhor dizendo, de abrandamento, por meio da negação da condição racial social verdadeira. Aqui se destaca, como propositado exagero, a persecução de insígnias: sapatos; croissã de doutor; fardas cheias de dourados; becaricamente bordada; enfim, da aquisição das primeiras letras ao diploma de bacharel. Como desdobramentos naturais e, assumida uma visão histórico-determinista, inevitáveis desse quadro, salienta-se o abolicionismo e a própria República; duas causas incorporadas no bojo de um discurso liberal calcado em um “idealismo afrancesado”, afigurando-se como o substrato dos discursos inflamados e das polêmicas na imprensa durante o Segundo Reinado, sendo acentuada a participação, nesses movimentos, de bacharéis, tanto brancos como mulatos.

À desvalorização do trabalho e ao processo de aristocratização por meio da farda ou da beca, um outro acontecimento histórico relevante, contemporâneo aos primeiros passos da colonização, somou-se e contribuiu para a institucionalização da cultura bacharelesca, a saber: a qualidade da educação oferecida na colônia, especialmente quanto aos métodos utilizados.

Dos Jesuítas aos Cursos de Direito

Conforme registra Luiz Antônio Cunha, enquanto a América espanhola conheceu cursos superiores desde o início da colonização, com a primeira universidade tendo sido fundada em 1538, em São Domingos, seguida da Universidade de São Marcos (Lima), em 1551, e a do México, em 1553, nosso ensino superior resumiu-se, até a fuga da família real para o Brasil, às experiências jesuíticas da Companhia de Jesus, com o primeiro colégio sendo estabelecido na Bahia, em 1550. Segundo o autor, em conformidade com a historiografia brasileira, a ausência de cursos superiores no Brasil é normalmente atribuída à formação centralizada pretendida pela Metrópole. Também a cultura inferior aqui encontrada, comparativamente às culturas asteca, maia e inca, com que se depararam os espanhóis, e mesmo a escassez de recursos docentes verificada em Portugal poderiam servir de

razões para o quadro. Enfim, a própria conceituação de universidade se prestaria a fomentar e a aprofundar a reflexão.

Não se levando em conta a discussão acerca das causas e consequências desse relativo “abandono intelectual”, parece plausível o argumento de que a experiência pedagógica oferecida pelos jesuítas foi causa concorrente para a formação do espírito “acadêmico” que se disseminaria pela Colônia, tanto mais que, a partir de 1555, o Colégio das Artes da Universidade de Coimbra foi também entregue à direção dos jesuítas, sendo desnecessário dizer que os estudos superiores, assim considerados apenas aqueles ministrados em instituições de ensino superior, só podiam ser realizados na Europa, com Portugal, designadamente a Universidade de Coimbra, figurando como escolha natural dos filhos da elite colonial, haja vista a língua portuguesa em comum. O porquê da conclusão, registra-o a historiografia: a linha pedagógica implementada. Acerca disso, reproduz-se a impressão que fica em Fernando Azevedo:

Desenvolvendo antes de tudo as atividades literárias e acadêmicas e “dando um valor exagerado ao menino inteligente com queda para as letras”, os jesuítas criaram muito cedo, com a tendência literária e o gosto que ficou tradicional pelo diploma do bacharel, o desprezo pelo trabalho técnico e produtivo (...).

A pedagogia jesuítica inspirava-se na *ratio studiorum* (sistematização de regras padronizadas), dando demasiada ênfase à retórica e privilegiando poucos autores, designadamente Aristóteles e Tomás de Aquino. Essa influência, segundo ainda Luiz Antônio Cunha, teria tido o condão de tomar a cultura portuguesa razoavelmente impermeável às significativas transformações do continente europeu, ocorridas a partir do Renascimento. Com efeito, orientado pela reação consubstanciada na doutrina da Contra-Reforma, o Estado português manteve-se a significativa distância das novas ideias e técnicas trazidas pela Era das Luzes, na qual se inscreveram, inclusive, novas concepções educacionais, cujo sentido último, poder-se-ia dizer, teria consistido no ensaio de padrões e conteúdos “pedagógicos” de forma a favorecer, também sob esse aspecto, o desenvolvimento do que viria a ser o capitalismo industrial, vale dizer, ensejar a construção de valores consentâneos com o espírito do capitalismo, uma visão de mundo ainda por se consolidar, mas cujos pressupostos já estavam historicamente sendo elaborados. Em conclusão: estabeleceu-se, nesse período, um

verdadeiro hiato entre a “romântica e aventureira alma portuguesa” e a visão liberal-capitalista de mundo. Parece, de fato, estarem aí identificados os primeiros passos de uma cultura retórica e formalista, que, numa abordagem pretensamente psicossocial, se derramaria de modo fértil sobre os bacharéis brasileiros, que também seriam inspirados pela perspectiva dos “padres iracundos” - para utilizar expressão comumente empregada por Darcy Ribeiro -, à parte a própria influência da “alma portuguesa”. Quanto a Aristóteles, sabe-se que lhe é atribuída, assim como a Platão e Cícero, alguma responsabilidade pela divulgação da concepção segundo a qual o trabalho manual é “degradante, indigno do homem livre”. Indo além, se Aristóteles e Tomás de Aquino, a quem se atribui a recuperação da filosofia aristotélica conciliada com o pensamento cristão, são autores privilegiados pelos jesuítas, difícil conceber o estudo do latim sem os textos de Marcus Tulio Cícero. Sob esse aspecto, ao senso comum deixa-se as conclusões. Cabe apenas acrescentar que, ao que consta, este espírito as reformas pombalinas, dentre as quais a expulsão dos jesuítas (1759), não conseguiram derrogar, nada obstante a mudança de métodos. A propósito, registra a historiografia que teriam antes desestruturado o construído.

Com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, colocou-se na ordem do dia transformar a colônia em lugar apropriado para a instalação da Corte, datando daí os significativos avanços verificados, a exemplo da inauguração da Faculdade de Medicina, na Bahia, e a cadeira de Artes Militares, no Rio de Janeiro. Fato não esperado, tampouco desejado, a instalação da Corte não suscitou de imediato a preocupação com a formação de quadros para ocupar os cargos e funções do Estado - leia-se bacharéis. Convinha não descuidar das ideias e, nesta seara, melhor seria manter a dependência da Colônia, pois, conforme anotado pela historiografia brasileira, a formação coimbrã consistiu em eficiente método de controle ideológico. Vale aqui, para explicitar a atitude deliberada de não se promover a instalação de cursos jurídicos no Brasil, a consideração de Américo Lacombe:

A formação de juristas não era urgente. A Universidade de Coimbra forneceu-nos bacharéis em Direito em número suficiente (...). A relação de nossos estadistas, magistrados e professores é toda de bacharéis de Coimbra. Todo o Brasil político e intelectual foi formado em Coimbra, único centro formador do mundo

português. Era um ponto básico da orientação da Metrópole essa formação centralizada.

Assim, a preocupação com o ensino superior resumiu-se à formação militar e às outras áreas consideradas técnicas, a exemplo da engenharia, economia e medicina. Embora se possa dizer que, *lato sensu* e por extensão, estas últimas áreas tenham produzido bacharéis, no sentido de formação superior, reserva-se o vocábulo para aqueles com formação humanística e, destacadamente, é certo, aos saídos das academias de direito, este o bacharel genuíno, o elemento nuclear do fenômeno conhecido por bacharelismo.

Foi somente em 1827, já declarada a independência e tendo em vista exatamente a necessidade de serem dados os primeiros passos para a construção do Estado Nacional, que se verificou, efetivamente, a implantação dos cursos jurídicos no Brasil, em Olinda (posteriormente transferido para Recife) e em São Paulo, com o início das atividades no ano seguinte e com o quadro docente formado em muitos casos por professores portugueses. A chamada cultura jurídica nacional formou-se a partir dessas duas faculdades, ganhando impulso a “aventura liberal”, especialmente na atividade jornalística. Multiplicaram-se os jornais acadêmicos e, de modo geral, as atividades culturais. As faculdades de São Paulo e Recife foram, assim, os centros responsáveis pela formação ideológica da elite dirigente, homogênea na medida do possível, que deverá consolidar o projeto de Estado Nacional.

Nada obstante a significativa importância do ano 1827, não se pode superestimar, sem maior aprofundamento crítico, a contribuição que coube à instalação dos cursos jurídicos para a formação da cultura jurídica nacional, ou mesmo à profissionalização do bacharel, no que diz respeito aos méritos da atividade pedagógica desenvolvida, enquanto relação de ensino/aprendizagem. Bem a propósito, a distinção estabelecida por Sérgio Adorno entre a academia formal e a academia real, assinalando, dentre outras passagens interessantes:

As permanentes críticas dirigidas contra a má qualidade de ensino e contra a própria habilitação do corpo docente, formuladas até mesmo por acadêmicos que vivenciaram esse processo educativo àquela época, sugerem que a profissionalização do bacharel se operou fora do contexto das relações didáticas

estabelecidas entre o corpo docente e o corpo discente, a despeito das doutrinas jurídicas difundidas em sala de aula.

De fato, ainda que se registre a importância dos bacharéis de direito para a construção do Estado Nacional, porquanto a concentração geográfica e a identidade da formação intelectual tenha possibilitado a consolidação de uma ideologia comum sob o estrito controle do governo - o que é, no mínimo, discutível, em face da ausência de efetivo controle governamental, inclusive sobre o corpo discente -, deve-se considerar que, na prática, as faculdades de direito prestaram-se mais a distribuir o status necessário à ocupação de cargos públicos de um quadro burocrático que já se expandia, que a propiciar efetivamente a formação de uma elite intelectual razoavelmente coesa e preparada. Assim, acredita-se que seria mais plausível atribuir o “mérito” pela consolidação das ideias liberais como ideologia hegemônica entre as elites dirigentes ao próprio fenômeno natural, consistente na propagação dessas ideias pelo mundo afora pelos mais diversos veículos - o que decorreu do próprio desdobramento do capitalismo industrial -, que ao ensino oferecido pelas faculdades de direito; estas apenas teriam facilitado a difusão das ideias e a troca de informações e referências bibliográficas. Nesse sentido, não pouco sintomático que muitos dos bacharéis que se sobressaíram como juristas, políticos ou advogados tenham tido uma formação de linha autodidática, possuindo poucas recordações intelectuais dignas de memória que se reportem à experiência acadêmica, notadamente quanto aos professores, tendo, outrossim, pouco se distinguido como estudantes de direito. Por outro lado, o absentismo e a distância mantida entre professor e aluno apresentavam-se como prática comum, o que insinua, de fato, que a vinculação formal à academia era mais uma questão de obtenção das já referidas insígnias, aliás, consideradas tanto do ponto de vista discente como docente.

Além dos cargos públicos, da ascensão social, consideram-se alguns argumentos de que se buscava também, no curso de direito, uma cultura geral, *desinteressada*, oferecida nesses *cursos penetrados de filosofia e de letras* e apropriada para o exercício de outras atividades e ocupações. Ainda nesses casos, parece, porém, que seria possível identificar, também aí, uma postura associada à possibilidade de “qualificação do discurso pela qualificação do narrador” ou, ao menos, uma “não-desqualificação

imediate do discurso” ante qualificação do narrador e, assim visto, estaria aí presente o desejo de aquisição de insígnias e uma forma de distinção social. Parece, a propósito, que para a aquisição de “cultura geral” o caminho mais adequado, dada a qualidade do ensino e o empenho dos professores, seria o das viagens e bibliotecas.

O Bacharelismo: Retórica, Formalismo e Abstração

Entende-se por bacharelismo a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país. Diversamente do que se poderia depreender sem mais aquelas, não se trata de invenção tupiniquim. Historicamente, é uma espécie de fenômeno político-social que, entre nós, deita raízes em Portugal, tendo sido significativa a participação de juristas nos Conselhos da Coroa desde os primeiros passos da estruturação do Estado português. Obra de juristas foi a justificação da posse do trono ao mestre de Avis, cabendo também a eles delimitar as fronteiras entre os bens do príncipe e a coisa pública, com forte no direito romano.

A exemplo de outros países, também no Brasil os bacharéis de direito tiveram papel fundamental na estruturação do Estado, ocupando os mais importantes cargos públicos e espraiando-se por todos os poderes, seja no Império, seja na República. De fato, à exceção, talvez, de alguns revezamentos com a aristocracia de farda, os bacharéis, guiados pelos ideais da Revolução Francesa, estiveram metidos em praticamente todos os grandes acontecimentos políticos da história brasileira. Gilberto Freyre dá mostra desse aspecto, que se repetirá em situações futuras:

A Inconfidência Mineira foi uma revolução de bacharéis, como revoluções de bacharéis - pelo menos de clérigos que eram antes bacharéis de batina do que mesmo padres, alguns educados em Olinda, no seminário liberal de Azeredo Coutinho, “em todos os principais ramos da literatura própria não só de um eclesiástico mas também de um cidadão que se propõe a servir ao estado” - foram as duas revoluções pernambucanas, preparadas ainda por homens do século XVIII: a de 1817 e a de 1824.

A prática consolidou-se de forma particularmente interessante no Segundo Reinado, o *reinado dos bacharéis*, na feliz expressão do

prestigioso sociólogo, para quem “ninguém foi mais bacharel nem mais doutor neste País que Dom Pedro II”. Com efeito, em nítido contraste com a figura do pai, algo impulsivo e belicoso, com traços mais para militar que para bacharel, Dom Pedro II cultivava esmeradamente o espírito, incentivando as letras, a música e a cultura clássica em geral, inspirado, quem sabe, pelas vocações superiores que devem norte ar os desígnios de um imperador. Durante o seu reinado, iniciado quando ainda menino, cercou-se de bacharéis moços, que renovavam-se nos gabinetes, na condução dos negócios do Estado, sob sua proteção e vontade. Em termos de legislação nacional de maior envergadura, foram produzidos o Código Penal, o Código de Processo Criminal, o Código Comercial e o Regulamento 737 (Código de Processo Civil e Comercial).

Nada obstante a ascensão do bacharel tipicamente brasileiro, que trouxe consigo os ideais do Iluminismo, o que se verifica é que não houve, nem poderia haver, a conformação do Estado, efetivamente, às ideias liberais, o que, em outras palavras, poderia significar a substituição do modelo tradicional por uma forma de dominação de tipo racional, nos moldes weberianos. Também a qualidade das relações sociais não sofreu qualquer alteração significativa, antes o que houve foi a incorporação daqueles elementos à estrutura estabelecida, já delineada, ainda que em primeiros traços, desde a experiência das capitâneas hereditárias, dando ensejo a uma interessante contradição entre o discurso e a prática, o que, aliás, se verifica até os dias de hoje. Vá lá que se tenha, não sem hesitações, abolido definitivamente a escravidão, prática absolutamente incompatível com o modelo econômico liberal, e, mesmo dentro de uma confusão de fatos, tenha sido instaurado o regime republicano; mas daí a incorporar, sem maiores senões, valores que não estavam presentes na prática cotidiana das relações sociais vai grande distância.

A compreensão desse quadro, a partir das interpretações de Buarque de Holanda e de Raymundo Faoro, já incorporadas à historiografia brasileira, toma-se empreendimento relativamente fácil. De início, há que se considerar que esses movimentos fizeram-se de *cima para baixo*, como convém à boa ordem patrimonial, sob a inspiração de ideias e ideais trazidos das experiências de outros países, colhidos em livros ou VIII viagens, principalmente à França. Contudo, o transplante de ideias universais - ensejadas pela experiência concreta de determinados povos - para outros de formação histórica e cultural absolutamente dissemelhante

não se faz de uma hora para outra, ainda mais quando o descompasso histórico apresenta-se como questão estrutural e nem sequer se poderia falar, à época, de algo semelhante ao que hoje se conhece por globalização. Restaram desconsideradas as condições históricas e culturais em que foram engendrados os princípios liberais. Assim, sendo fácil discursar e escrever sobre ideias que convençam a razão, enquanto exercício de abstração, consideravelmente mais árduo é incorporar uma prática cotidiana nova, buscar o convencimento íntimo, ainda mais sem vivenciar a perspectiva da experiência histórica e tendo-se em conta o prejuízo aos nossos interesses mais imediatos. Quem, afinal, dá o passo à frente, dispondo-se a cortar a própria carne para realizar uma “abstração” que, bem analisada, fica melhor nos livros, nos jornais e nos discursos? Ora, a realidade social... A hipótese era mais que possível: a cultura literária, erudita, abstrata, é o próprio cerne do bacharelismo. Nas palavras de Gilberto Freyre, “inexaurível erudição à margem dos fatos e das coisas”, “preocupados mais com o espírito que com o fundo dos problemas”.

Assim, sem corresponder, de modo geral, à efetividade de ações e posturas, não houve dificuldades de se levar a cabo a afiada defesa do liberalismo e da democracia, seja na imprensa, seja na tribuna. O discurso liberal incorporou-se ao Estado patrimonialista, com a contribuição indispensável do bacharel, sem que se lhe modificasse a sua substância. Os bacharéis apropriaram-se dos cargos públicos e das funções políticas e conformaram o adágio popular segundo o qual “na prática a teoria é outra”. Tornou-se algo caricata a frase, especialmente ligada às últimas homenagens: “era realmente um liberal...” ou “sempre foi um liberal de verdade...” Em regra, no entanto, liberais furam as ideias e os discursos.

Para arremate, um outro fato que é importante assinalar é que, à parte a contribuição para a construção das instituições jurídico-políticas nacionais, o bacharelismo manifestou-se amplamente, fora dos gabinetes políticos e dos cargos públicos, notadamente na produção literária e jornalística, o que deve ser creditado basicamente às possibilidades coriceidas pela vida acadêmica. De outra parte, à evidência, a condição primeira para o exercício dessas atividades é a de “letrado”, com o domínio convincente tanto da gramática quanto da estilística, especialmente no primeiro caso. Essa pré-condição para o exercício dessas atividades, associada ao fato de serem os bacharéis um grupo expressivo de letrados em terra de analfabetos, com cultura humanística geral e, de certa maneira, afetados

pelos ecos da doutrinação jesuítica, pode ter favorecido o quadro, especialmente se se considerar, quanto a este último aspecto, a valorização excessiva do trabalho intelectual e o prestigiamento das letras como características peculiares da visão jesuítica de educação.

De qualquer forma, a atividade acadêmica fomentou o desenvolvimento de uma imprensa também fortemente influenciada pelas ideias liberais, tendo dado asas a estudantes desejosos de realizar críticas públicas, às vezes contundentes, possivelmente à altura de uma (in)formação superior, em termos de revelação de erudição, retórica e elevado senso crítico. Não raro, a colaboração intelectual era dada com as vistas voltadas para a atividade política, para a qual, aliás, o exercício da atividade jornalística já poderia ser considerado uma norma de engajamento. A seu turno, as vocações literárias também puderam ser desenvolvidas propedeuticamente nos jornais acadêmicos, a maioria de elevadas pretensões e vida breve. Enfim, esse tipo de imprensa acadêmica, a princípio um espaço para veiculação de opiniões acerca dos mais diversos assuntos, de política à poesia, serviu de laboratório para a profissionalização de bacharéis na atividade jornalística e literária.

Acerca da disseminação de bacharéis na literatura, poder-se-ia considerar, além dos fatores já referidos, que a aproximação entre esta e a retórica, mencionada como elemento significativo da cultura bacharelesca, é uma relação que, se poderia dizer, se estabelece do todo para com a parte. Assim se insinuaria, não sem receio de incorrer em grave impropriedade, que a literatura é o espaço-tempo da confraternização das artes linguísticas, particularmente quando expressas pela forma escrita. Ademais, a cultura bacharelesca não é somente retórica, mas também literária; retórica enquanto privilegia a eloquência, não raro em prejuízo do conteúdo; literária enquanto, talvez, uma cultura livresca, romântica, ingênua, ampla mas indiferente à realidade concreta.

A retórica é, segundo Aristóteles, a arte das provas, do que se poderia depreender que, por natureza, deve ligar-se à realidade, ao concreto, ou, quando menos, ao verossímil. É também uma técnica, um processo, que envolve cinco operações essenciais: 1. “encontrar o que dizer” (*inventio*); 2. “colocar em ordem o que se encontrou” (*dispositio*); 3. “acrescentar o ornamento das palavras, das figuras” (*elocutio*); 4. “representar o discurso como um ator: gestos e dicção” (*actio*); 5. “recorrer à memória”

(*memoria*). No entanto, conforme Delas e Filliolet, o declínio das instituições republicanas teria imposto dupla restrição à retórica, a saber: a neutralização da oposição retórico-poética e a colocação da *elocutio* como “único domínio incontestável da retórica”. Consideradas as peculiaridades da cultura dos cidadãos da Grécia antiga, não se poderia prever melhor sorte. De toda forma, o que se procurou colocar em evidência, com essa incursão pelo campo da linguística, é que a retórica moderna, particularmente entre os bacharéis, tornou-se, no dizer do poeta Vinícius, “um corpo sem alma, um pensamento sem espírito”, um ornamento sem conteúdo, que passa, enfim, a valer apenas como sinal distintivo. Conforme os seguintes excertos:

(...) o professor de retórica, requisitado após o professor de gramática, que já terá ensinado as regras da língua racional dita correta, será instado a fornecer as receitas para tomar a língua elegante. Como essa língua elegante concerne a uma elite social, a missão normativa latente da retórica muda de caráter. Tal ornamento não é mais preconizado, como para os Antigos, porque é mais conforme à eficácia do discurso ou porque é a melhor forma de colocar uma ideia ou um arrazoado (...). A normatividade retórica não é mais cogitada em termos de eficácia linguística, mas de estética sociocultural. Toma-se um código de marcas sociais valorizadas esteticamente.

E mais adiante:

(...) ela se torna um mecanismo que labora no vazio, pois seu objetivo é demonstrar como um autor, pelo que revelam seus biógrafos, pôde misteriosamente realizar seu gênio em sua obra literária.

Conclusão

Certamente, tornou-se a retórica mais um signo, melhor dizendo, uma insígnia, que convém ostentar e que, mais que isto, compreendida dentro de um fenômeno sociocultural, e mesmo psicológico, impregnou-se no discurso do bacharel, atando-o à forma desprovida de conteúdo, o que às vezes decorre da própria insustentabilidade do discurso, da ausência de conteúdo defensável. Por outro lado, em muitas ocasiões o discurso

jurídico presta-se a esconder o objeto, ao invés de revelá-la, como se pretenderia numa ação comunicativa, o que, não raro, pode decorrer do próprio despreparo técnico-jurídico, a que socorre, bem a propósito, a “cultura literária”, com citações de fragmentos, supostamente definitivos, fora de contexto, a “frase lapidar” a que se refere Buarque de Holanda, os brocardos latinos digeridos de afogadilho, etc.

Se se pretendesse ir um pouco mais longe, pondo de lado o tema central, poder-se-ia considerar que o bacharelismo teve outros significativos desdobramentos. Não se resumiu, ou se resume apenas ao fenômeno restrito aos bacharéis “de” e “por” direito; impôs-se institucionalmente, certamente por via reflexa, sobre os padrões culturais de indivíduos e agrupamentos sociais distintos, notadamente nos centros urbanos. Enfim, considerando-se que ser bacharel era um bom negócio, podendo render algum prestígio ou distinção, verificou-se um certo estímulo, especialmente entre as classes intermediárias, à prática do bacharelismo formal. Falar difícil, vestir-se adequadamente, ostentar uma cultura literária e mesmo o conhecimento de textos legais tomou-se prática verificável fora do círculo restrito dos bacharéis.

15. O Escravo ante a Lei Civil e a Lei Penal no Império (1822-1871)

Arno Wehling

Introdução

O limite cronológico fixado nesta exposição justifica-se pelas mudanças históricas que as respectivas datas simbolizam, tanto no plano geral da sociedade brasileira, como em seu universo jurídico. O ano de 1822 representou a conjuntura da independência e o início de uma nova ordem jurídica. Já 1871 correspondeu a uma nova conjuntura socioeconômica e política que começava a diferenciar-se do monolitismo agrário anterior e, no ordenamento jurídico sobre a escravidão, à primeira das leis abolicionistas.

Ao estudarmos o escravo ante a lei civil e a lei penal neste meio século, teremos como fundamentais os conflitos entre a escravidão e o quadro institucional do país (representado pela monarquia constitucional e pela economia agro-exportadora), e ainda entre a escravidão sustentada pelo direito positivo e as concepções jurídicas oriundas do constitucionalismo. Ou, na expressão de José Bonifácio:

Graças aos céus e à nossa posição geográfica, já somos um povo livre e independente. Mas como poderá haver uma Constituição liberal e duradoura em um país continuamente habitado por uma multidão imensa de escravos brutais e inimigos?

O processo de independência e organização institucional dos pais, concluído por volta de 1840 - embora ainda nesta época o Cônego Januário da Cunha Barbosa, secretário do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e antigo constituinte, lamentasse não estar o Estado plenamente consolidado - teve como principal traço sociopolítico o controle do poder central pela elite de proprietários rurais reunida em torno do programa político do “partido regressista”.

As relações com as províncias, ao fim da “experiência republicana” do período regencial, foram se estabilizando, tanto pela definição do equilíbrio centro-periferia resultante da Lei Interpretativa ao Ato Adicional, como

pela adoção de medidas que encerraram o ciclo de movimentos revolucionários.

O desenvolvimento da produção cafeeira no vale do Paraíba fluminense, por sua vez, deu ao país possibilidade de recuperar-se economicamente, embora permanecessem os condicionamentos da economia de exportação, em extremo dependente dos mercados consumidores. Permanecia, também, no novo contexto econômico, o trabalho escravo, o que prolongaria a vida da escravidão, agravando as contradições sociais e jurídicas do país.

Quanto ao liberalismo político, ideologicamente dominante desde a independência, conviveu em geral com a escravidão como uma situação de fato. O discurso liberal quase sempre apontava para sua transitoriedade e seu fim inexorável, embora garantisse, através dos preceitos constitucionais que determinavam a cidadania e o sufrágio censitário, a exclusão de escravos e libertos do processo político.

É assim no quadro histórico da monarquia constitucional e da revigoração, economia agro-exportadora que se insere a precária ordem jurídica da escravidão no Brasil. Basta lembrar que, após a lei de 7 de novembro de 1831 proibindo o tráfico de escravos para o país e determinando a liberdade daqueles ilegalmente entrados - 239.800 somente em 1840-1847 -, se quer havia condição para definir inequivocamente a condição de livre ao escravo de milhares de pessoas, como observou Joaquim Nabuco:

(...) esses direitos [dos africanos entrados após 1831 e seus descendentes] (...) não se fundam sobre promessas mais ou menos contestáveis, mas sobre um tratado internacional e em lei positiva e expressa. O simples fato de achar-se pelo menos metade da população escrava do Brasil escravizada com postergação manifesta da lei e desprezo das penas que ela fulminou, dispensar-nos-ia de levar por diante este argumento sobre os compromissos públicos tomados para com os escravos.

As Fontes Jurídicas da Escravidão no Império, 1822-1871

A Constituição imperial de 1824 determinava, em seu artigo 6º, inciso I, serem cidadãos brasileiros os nascidos no Brasil, “quer sejam ingênuos, ou libertos”. Atribuía-se, assim, ao ex-escravo a cidadania, embora restrita, pois restringia-se sua participação política às assembleias paroquiais, que por sua vez elegiam os eleitores de província. A estes cabia, por sua vez, eleger os deputados provinciais e da Assembleia-Geral.

Os libertos faziam parte da “massa de cidadãos ativos” (arts. 90 e 91, I, c/c art. 6º, I), ao contrário dos escravos, que eram habitantes não-cidadãos do país. Mas pelas regras do sufrágio censitário, não poderiam ser eleitores provinciais nem eleitos para cargos públicos (art. 94, II), sendo juridicamente assemelhados aos que possuíam renda anual inferior a 200\$000 réis e aos criminosos pronunciados.

No projeto constitucional da Assembleia Constituinte de 1823, que embasou a Constituição imperial, também se atribuía cidadania aos “escravos que obtiverem carta de alforria” (art. 5º, VI), embora restringisse mais a participação política dos ex-escravos, exigindo comprovação de renda mesmo para participar das eleições primárias (às assembleias paroquiais).

O clima da época em relação ao tema pode ser recuperado com a leitura dos Anais da Assembleia Constituinte de 1823. Quando se discutiu o artigo 5º do projeto, houve intensos e reveladores debates.

O deputado Vergueiro declarou-se favorável a uma cidadania ampla, que incluísse os escravos, pois achava absurda a existência de uma sociedade com cidadãos e não-cidadãos. Admitia, porém, a limitação do gozo efetivo da cidadania por vários processos. Os deputados Ferreira França e Montezuma manifestaram-se contra, defendendo a distinção entre brasileiros - inclusive escravos e índios - e cidadãos. A mesma posição foi defendida por Almeida e Albuquerque e Costa Barros, sob o argumento que a existência de escravos implicava forçosamente na distinção. Ambos defendiam, ainda mais radicalmente, ser absurda a concessão incondicional de cidadania ao liberto. O padre Alencar afirmou ser um risco à “salvação do Estado” a cidadania ampla, pois representaria o abandono da agricultura e afetaria o direito de propriedade dos senhores sobre seus escravos.

Quando da discussão do § 6º, sobre a extensão da cidadania aos libertos renovou-se a discussão. Costa Barros manifestou-se inteiramente contra, Ferreira França defendeu a distinção entre libertos nascidos no Brasil e na

África, Maciel da Costa expressou claramente seu temor aos libertos, que assim seriam estimulados a avançar sobre os proprietários territoriais “com superioridade numérica e consciência de sua força”, o ex-revolucionário de 1817, Muniz Tavares, pediu para que o parágrafo fosse aprovado sem maiores discussões, a fim de não suscitar uma rebelião escrava como acontecera em São Domingos.

O temor a uma revolta de escravos como a ocorrida nas Antilhas juntava-se à retomada do tráfico em maior escala, com a entrada anual de mais de 20.000 africanos somente pelo porto do Rio de Janeiro à época.

A favor da concessão da cidadania aos libertos, manifestaram-se vozes como as do padre Henriques de Resende, reiterando o argumento de que a constituinte liberal tinha atitude mais conservadora do que o regime despótico anterior, no qual os libertos podiam ingressar no serviço militar e na Igreja; e Silva Lisboa, o futuro Visconde de Cairu, defendendo a concessão para justamente atrair os ex-escravos ao convívio dos cidadãos, impedindo a proliferação dos antagonismos.

Despontavam, assim, as contradições filosóficas e jurídicas entre a formulação constitucional oriunda da tradição iluminista e a realidade social da escravidão. O que antes, na época do absolutismo, era uma aporia moral e jurídica do direito canônico, tomava-se um problema de direito público, constitucional e infraconstitucional.

As demais fontes jurídicas sobre a escravidão é que realmente regulavam quotidianamente sua existência na sociedade imperial. Vigiam as Ordenações Filipinas, na ausência de Código Civil, mas aplicavam-se aos escravos e às relações jurídicas de que participavam, sobretudo as leis civis ordinárias, a legislação colonial não derogada, o Código Comercial (1850), a jurisprudência, os atos administrativos do governo imperial, os pareceres oficializados do Instituto dos Advogados do Brasil e, como fontes subsidiárias para orientação de juízes e partes, o direito canônico e o direito romano.

Quanto ao crime, vigoravam e aplicavam-se ao escravo o Código Criminal de 1830, o Código de Processo Criminal e sua reforma, a legislação ordinária e demais fontes de direito, como na lei civil.

A legislação sobre o assunto, quer pela influência cristã ou liberal, quer pelos interesses materiais que refletia,

(...) flutuou contraditória e incerta, rompendo quase sempre contra as regras gerais. Por modo que se pode dizer que as leis que regem essas relações são todas de exceção ao Direito Civil comum.

Origem e Termo da Escravidão no Império

No Brasil, a escravidão negra originava-se no tráfico africano - lícito, se submetido às regras legais que regulavam o comércio e ilícito, se resultava de contrabando - e no nascimento (o filho da mulher escrava). Essa dupla origem somente durou até 1830, quando a lei de 7 de novembro, regulamentada por decreto de 12 de abril de 1832 e em obediência à Convenção de 1826 com a Inglaterra, determinou a ilegalidade do tráfico. Após 7 de novembro de 1830, a origem da escravidão restringiu-se ao nascimento, embora continuasse existindo tráfico ilícito até cerca de 1850 e em tal quantidade que provocou a observação de Joaquim Nabuco sobre a ilegalidade da situação de metade da população escrava.

A principal questão jurídica concentrou-se, assim, no Império, no filho da mulher escrava: era ele, também, escravo? O direito romano codificado, as Ordenações do Reino e a legislação do Brasil independente, até a Lei do Ventre Livre, entendiam que sim. Era somente livre o filho de escrava que não mais o fosse na concepção, durante a gravidez ou no parto. Admitia-se como exceção que o filho nascesse livre, mesmo de mãe todo o tempo escrava, apenas quando o pai fosse o próprio senhor. O fundamento para tal posição era, desde Roma, o direito natural em sua interpretação estoica e cristã: repugnava à consciência alguém ter como escravo o próprio filho.

Várias vezes, entretanto, questionou-se de fato e juridicamente esta fundamentação, a ponto de se tentar reverter à escravidão os descendentes. Em data tão tardia quanto 1859, o Instituto dos Advogados do Brasil pronunciou-se a respeito a pedido do governo imperial, reiterando que eram livres o filho de mãe escrava nascido em tais condições, bem como seus descendentes.

O termo da escravidão ocorria, juridicamente, de três maneiras: a morte do escravo, a sua manumissão (alforria) ou pela lei.

À morte do escravo aplicava-se o mesmo raciocínio utilizado em relação à capacidade civil do homem livre. Retirado do mundo jurídico, suas relações cessavam de existir. Quanto à própria situação de escravo, o

entendimento era que, se pudesse ressuscitar, o faria na condição de homem livre. Por causa deste entendimento, discutiu-se se nas hipóteses de morte certa por naufrágio ou morte aparente teria direito à liberdade. A Portaria Ministerial de 12 de março de 1825 decidiu, quanto ao primeiro caso, de forma negativa.

A manumissão ou alforria poderia ser dada no Brasil imperial pelas formas usuais em direito: solene ou não, direta ou indireta, expressa ou tácita, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, por instrumento público ou particular. Os meios mais comumente utilizados no Brasil foram a carta de alforria, assinada pelo senhor ou seu procurador, o testamento e o batismo, este se acompanhado de declaração do senhor, concedendo a liberdade. A pequena tradição do direito consuetudinário e as fugas frequentes de escravos tomavam tais meios praticamente indispensáveis, para evitar que o liberto fosse novamente escravizado ou ficasse à margem da lei, como fugitivo.

A existência de causas de nulidade no ato jurídico que concedeu a manumissão implicava o retomo à condição escrava. Essas causas, como nos demais atos jurídicos, eram a falsidade, os vícios da vontade, o erro essencial ou a incapacidade do manumissor. Mas, desde o direito romano codificado de influência cristã, a presunção favorável à liberdade admitia que se restringissem os efeitos da nulidade. Este entendimento prevaleceu, pelo menos no terreno puramente jurídico, no Império. Assim, no caso de testamento falso em que o herdeiro ou legatário efetuou a libertação do escravo, este permaneceria livre, cabendo entretanto indenização ao espólio.

Para a concessão da alforria era necessário um ato do próprio senhor. Mas admitiam-se exceções, como a do escravo vendido com cláusula de ser libertado pelo comprador; se alguém encarregado de comprar um escravo para outrem o libertasse antes da tradição ao mandante (caberia ação indenizatória deste); se o senhor aceitasse o preço do escravo, Estas e outras exceções, existentes no direito imperial, originavam-se no Digesto.

Como nas demais relações jurídicas, o manumissor deveria ter capacidade para manumitir. Não eram capazes o escravo, por ser civilmente incapaz; o menor, por não ter vontade própria; o tutor e o curador, porque a administração patrimonial não permitia a alienação na tutela e na curatela; o usufrutuário, porque poderia usar e fruir, mas não

alienar; os loucos, surdos-mudos e cegos, exceto, no primeiro caso, nos momentos de lucidez e dos demais se pudesse expressar a vontade; e a mulher casada em ato *inter vivos*. Neste último caso, contudo, a jurisprudência tendeu a fazer prevalecer a presunção de liberdade, desde que o compensado o direito do marido, como cabeça do casal.

O Estado somente poderia alforriar gratuitamente os “escravos da Nação” através de decisão da Assembleia-Geral. O executivo poderia fazê-lo a título oneroso, existindo vários atos legislativos nas décadas de 1840 a 1860 sobre o assunto.

A manumissão tomava-se nula de pleno direito nos casos de escravos dados em penhor ou hipoteca (além de sanção penal por crime de estelionato, de acordo com o Código Criminal, art. 264, § 1º), nas sucessões testamentárias em prejuízo dos herdeiros necessários e na fraude contra credores.

A terceira forma de extinção da escravidão era a legal. Manumittiam legalmente o casamento (um cônjuge não poderia ser escravo do outro), a descendência, ascendência e parentesco consanguíneo ou afim, o enfeitamento ou exposição do escravo (as leis e a jurisprudência imperial retomaram a tradição legal colonial sobre o tema), a descoberta de diamante acima de 20 quilates, a denúncia comprovada de sonegação de diamantes pelo senhor, a denúncia de contrabando de pau-brasil e tapinhoã, o abandono por invalidez (se o escravo se recuperava), a prescrição e a saída do escravo do Império, sem ter havido fuga e não existindo convenção contrária). Este último aspecto ganhou especial relevo no Brasil após a lei de 7 de novembro de 1831, que confirmou o princípio então aceito no direito internacional privado, segundo o qual o escravo levado para país onde não existisse a escravidão ganharia a liberdade.

Um parecer de Nabuco de Araujo, no Conselho de Estado, de 23 de outubro de 1868, referindo-se à entrada no Brasil de escravos vindos do Uruguai, definia-se pela liberdade, com base na lei de 1831. O senhor, a menos que vencesse ação na qual se comprovasse a fuga, ficava sujeito às penas do artigo 179 do Código Criminal (“reduzir pessoa livre à escravidão”).

O Escravo e a Lei Civil

Do ponto de vista civil o escravo era *res*, simultaneamente coisa e pessoa. Mas não participava da vida da *civitas*, pois estava privado de toda capacidade. Em consequência, não tinha direitos civis, muito menos políticos e também não podia atuar em atos como testemunhar em juízo, testar, contratar ou exercer tutela.

Pela mesma razão, sendo civilmente incapaz, não constituía, de direito, família, mas apenas uniões de fato. Esse princípio, oriundo do direito romano, foi aplicado no Brasil, mas moderado pelo direito canônico. Com efeito, apesar de a maioria das uniões de escravos ter sido ilícita no Brasil imperial, existiriam famílias de escravos reconhecidas pelo direito canônico - e portanto com validade civil, a despeito da condição de objeto do escravo! A validade civil, consequência do regime de padroado vigente, ocorria mesmo em caso de contrariar a vontade do senhor, conforme interpretação jurisprudencial.

Os efeitos civis desses casamentos eram mínimos, embora desde as Ordenações fossem reconhecidos, quando realizados na forma prescrita pelo direito canônico. Um destes efeitos era o de impedir a venda ou alienação do escravo casado, se isto o impedisse de exercer a vida matrimonial.

Todos os demais institutos jurídicos previstos na lei civil aplicavam-se de forma igualmente restritiva, além de frequentemente casuística e contraditória, ao escravo.

Os bens do escravo são um exemplo. Em princípio, a norma vigente era a de que o escravo nada adquiria para si, mas para seu senhor. Neste aspecto, o direito imperial continuava a tradição colonial, por sua vez baseada no direito romano. A exceção era o caso de herança que, se deixada a escravo de outrem, não revertia para este, considerando-se nulo o testamento.

Nada garantia ao escravo o seu pecúlio, nem lhe dava a capacidade de legar. No Império, o Aviso Ministerial n. 16, de fevereiro de 1850, reiterando disposições das Ordenações, proibia testamentos de escravos. Inversamente, houve, na prática Social, inúmeros casos de senhores que legavam bens a escravos. Estes bens existiram, contudo, apenas de fato, não existindo seu reconhecimento civil.

À época da independência, o projeto de José Bonifácio contemplava este aspecto do pecúlio, defendendo sua regulamentação para facilitar a

manumissão e se constituir, junto a outros instrumentos, num primeiro passo para a eliminação do trabalho escravo:

Art. 12. O escravo é senhor legal do seu pecúlio e poderá por herança ou doação deixá-la a quem quiser, no caso de não ter herdeiros forçados: e se morrer abintestado e sem herdeiros, herdará a Caixa de Piedade.

Era uma proposta social e politicamente moderada, se vista do ângulo abolicionista, mas que já subvertia a ordem jurídica da escravidão, retirando parcialmente ao escravo a condição de *res*. Os interesses da agricultura canavieira e da nascente cafeicultura, de um lado e dos traficantes de escravos, que nos anos 1820 giravam os capitais mais vultosos da praça do Rio de Janeiro, por outro, inviabilizaram a solução.

Ao longo do Império continuaram sendo aceitas algumas exceções em relação ao pecúlio que já vinham da prática judiciária metropolitana e colonial, desde que ele se constituísse em forma de aumentar o patrimônio do senhor: paga ao senhor por jornada feita pelo escravo (o “escravo ao ganho”) - o excesso pertenceria ao escravo); concordância do senhor para que o escravo adquirisse algum bem; aumento de pecúlio já existente do escravo, por sua iniciativa; conversão, pelo escravo, de parte de seus alimentos em valores”.

A estes casos, já enunciados no Universo Jurídico do Padre Bremeu, editado no século XVIII, acrescentaram-se outros após 1822, como a permissão a eles dada para que participassem, como segurados, do Seguro Mútuo de Vida, fundado no Rio de Janeiro (1864).

No campo das obrigações vigiam princípios semelhantes: a regra era a de que o escravo não se obrigava, nem a seu senhor ou a terceiros. Excepcionalmente, o escravo poderia contrair certas obrigações (contratos, responsabilidade) mas, nestas situações, a legislação o impedia de propor ação para fazer valer seus direitos. Também nestes casos, onde abundavam as missões legais, aplicava-se frequentemente o Direito Romano como fonte das decisões.

Como objeto de relações jurídicas, aplicavam-se amplamente ao escravo os institutos da lei civil, que no campo do direito obrigacional- contratos em geral, compra e venda, comodato, arras, etc. - quer no campo dos direitos reais. Neste último aspecto eram correntes a hipoteca, a anticrese, o

penhor, o condomínio, o usufruto e o usucapião. Os três últimos institutos, pela peculiaridade de sua aplicação a pessoas, merecem análise especial.

No condomínio de escravo ou escravos, admitia-se o serviço comum a todos os condôminos, o aluguel e sua repartição entre os quotistas ou o aluguel por um dos condôminos, pagos os demais. Em caso de divergência sobre valores ou serviços, valiam as regras gerais da co-propriedade: o escravo poderia ser comprado aos demais por um dos condôminos ou vendido a terceiro, com a repartição proporcional do produto. Os filhos das escravas eram também comuns, as indenizações por danos provocados pelos escravos seriam repartidos proporcionalmente às quotas dos condôminos, da mesma forma que os impostos devidos ao Estado. O condômino também poderia dispor de sua quota parte em venda, doação, herança etc., observadas as mesmas regras gerais.

Qual era a situação do escravo em condomínio se alforriado por um dos cotistas? No Brasil colonial e imperial aplicava-se em geral a regra de Justiniano, pela qual ficava livre o escravo, indenizando-se os demais cotistas. Perdigão Malheiro, entretanto, lembrou ser a matéria controversa durante o Império com avisos de ministérios e consultas do Conselho de Estado discrepantes. A questão, materialmente, era ao valor do escravo, pois a cota-parte poderia ser inferior aos preços do mercado, razão pela qual alguns condôminos, apoiados no Aviso Ministerial n. 338, de 21 de dezembro de 1855, preferiam sua venda pública. Juridicamente, a questão centrava-se em dois direitos lesados dos condôminos: a coação para vender cota-parte e o desconhecimento da proporção do cotista que tornou a iniciativa da alforria, pois mesmo se diminuta, impunha sua vontade à maioria.

O usufruto do escravo permitia ao usufrutuário utilizar seus serviços e beneficiar-se das rendas que ele porventura produzisse; admitia-se, portanto, seu aluguel e sua atividade “ao ganho”. Também o usufrutuário, como interpretou Perdigão Malheiro, tinha a faculdade de “castigar moderadamente” o escravo, com base no Digesto (fundamentado, por sua vez, em Ulpiano) e no artigo 14, § 6º, do Código Criminal do Império.

A condição de pessoa humana mais uma vez exigiu uma adaptação do instituto jurídico: o dano delituoso provocado pelo escravo em usufruto deve ser reparado pelo proprietário e não pelo usufrutuário até seu valor, isso porque poderia cedê-lo como indenização, não se extinguindo o

usufruto - a transmissão da propriedade não poderia afetar o direito do usufrutuário.

Quanto aos filhos da escrava em usufruto, a opinião dominante, desde Ulpiano e assim aplicada nos tribunais do Império, era de que apenas os frutos - como as crias animais - pertenciam ao usufrutuário. Sendo os filhos das escravas homens e não se destinando elas à reprodução e sim ao trabalho, seguia-se que caberiam ao nu-proprietário. Era uma evidente influência do cristianismo e mais um exemplo da contradição entre a moral social, os interesses materiais e o direito positivo.

Em caso de alforria, se concedida pelo usufrutuário, o escravo permaneceria em liberdade no prazo do usufruto; se concedida pelo nu-proprietário, adquiriria a liberdade após a extinção.

Admitia-se, também, a aplicação do instituto do usucapião, aplicado como posse mansa e pacífica, de boa-fé, por mais de três anos. O escravo fugido não adquiria a liberdade em nenhum caso, pois não poderia usucapir a si mesmo, uma vez que a fuga, ato ilegal, caracterizava a má-fé. Nisto, a jurisprudência brasileira imperial e os atos administrativos seguiam fielmente o direito romano - pelo menos, não encontramos documentos que indicassem outro procedimento.

O Escravo e a Lei Penal

Ao contrário da legislação civil, na qual se encontra uma continuidade entre a Colônia e o Império, a história da legislação penal compreende dois momentos diferentes: o período colonial, no qual vigoravam as Ordenações Filipinas e seu livro V; e o período imperial, caracterizado pelo Código Criminal de 1830, pelo Código de Processo Criminal e pela legislação específica, quer oficial (como as leis decretadas pela Assembleia-Geral, as assembleias provinciais e os atos administrativos, sobretudo dos Ministérios da Justiça e do Império), quer oficializada (pareceres do Instituto dos Advogados do Brasil).

No segundo momento, embora a legislação penal do liberalismo já fosse influenciada pelas concepções iluministas sobre a sociedade, o crime e as penas - como as de Beccaria e Feuerbach, por exemplo - a condição de escravo era agravante da penalidade, onerando juridicamente uma situação que, de fato, já era desigual.

Na lei penal, diferentemente da civil, o escravo sujeito ativo ou agente do crime era considerado pessoa e não coisa, o que significa dizer que respondia plenamente por seus atos, como imputável. Enquanto sujeito passivo, o mal a ele feito era considerado não dano mas ofensa física (aplicando-se o dispositivo do artigo 201 do Código Criminal do Império, como aos homens livres), embora cabendo ao proprietário indenização civil, conforme estipulado nas Ordenações.

Examinaremos, sumariamente, algumas das questões mais relevantes da questão escrava sob o ângulo penal.

O direito de vida e morte sobre o escravo existiu apenas nas origens do direito romano. A legislação romana imperial, sob a influência do estoicismo e do cristianismo, restringiu-o e desta forma passou às codificações portuguesas.

A legislação colonial negava-se ao senhor o direito de vida e morte, concedendo apenas a aplicação de castigo “moderados”, que definia.⁸⁰ O Código Criminal do Império (art. 14, § 60) seguiu essa orientação. A prisão domiciliar, por exemplo, era concedida ao senhor.

Novas disposições nesta questão foram sendo introduzidas pela legislação imperial, tendentes a humanizar os procedimentos em relação aos escravos. Assim vendo sevícias no castigo imposto pelo senhor, conforme se define na circular n. 263, de 25 de novembro de 1852, do Ministério do Império, o escravo poderia requerer sua própria venda. Também, nesse sentido, existia o disposto no artigo 125 do Código de Processo Criminal, pelo qual, havendo receio fundado de maus-tratos, o senhor poderia ser obrigado a assinar um termo de segurança. Na lei de 10 de outubro de 1828, incumbia-se às câmaras municipais a participação dos casos de maus-tratos aos Conselhos Gerais das Províncias, depois Assembleias Provinciais (art. 59).

Tais dispositivos, de cuja eficiência pode-se, por fortes razões, duvidar, mas que não foram ainda objeto de pesquisa histórica específica, representavam, entretanto, claro crescendo que tendia a limitar os poderes senhoriais, acompanhando o clima cada vez mais hostil à continuidade da escravidão.

No caso de crimes praticados por escravos e suas penalidades, no período colonial, sob a vigência do Livro V das Ordenações, aplicavam-se os mesmos procedimentos cruéis e infamantes - torturas, marcas a ferro - a

homens livres e escravos, embora para estes, por sua condição, as sanções fossem em geral mais duras, de direito e de fato.

A Constituição de 1824, porém, em seu artigo 179, § 19, proibiu tais procedimentos. Sob o ambiente liberal, foi também abolida, no Código Criminal de 1830, a pena de açoites, exceto para escravos,⁸³ aspecto reforçado pela lei de 10 de junho de 1835. Mais uma vez, a existência da escravidão numa ordem política liberal deixava a marca e sua contradição, determinando flutuações na vontade legislativa: pouco antes, a lei de 12 de outubro de 1828, em seu artigo 72, vedara aos Conselhos Gerais Provinciais e às Câmaras Municipais competência para impor a pena de açoites, limitando sua capacidade legislativa às de multa e prisão.

O artigo 60 do Código Criminal de 1830 expressava bem a dualidade de penas impostas a homens livres e escravos. Além de manter para estes a pena de açoites, determinava que ao escravo não condenado às penas de morte ou galés necessariamente deveria ser aplicada pelo juiz a de açoites.

(...) e depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-la com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. a número de açoites será fixado da sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta.

O uso de ferros foi reiterado, devido a dúvidas suscitadas ao longo de anos, pelo Aviso Ministerial n. 219, de 24 de abril de 1865, do Ministério da Justiça.

Ainda restritivamente em relação ao escravo, proibia-se a comutação da pena de morte em prisão perpétua e a de galés em prisão com trabalhos forçados, ambas aceitas para os homens livres.

O abuso na aplicação da pena de açoites fez com que o governo imperial reiterasse o limite máximo de 50 por dia, ouvido o médico, autorizando os tribunais a reformar para menos as sentenças dos juizes, conforme a condição física do escravo (Circular nº 365, de 10 de julho de 1861, do Ministério do Império).

Perdigão Malheiro, acompanhando a jurisprudência da época, observou que todas estas cominações não se aplicavam ao escravo delinquente menor de 21 ou maior de 60 anos, nem à mulher, situações em que poderia haver comutação para penas menores, aplicando-se o disposto aos homens livres.

Quando o fato criminoso, praticado por escravo, causava também danos civis, o senhor deveria indenizar o ofendido até o limite do valor do escravo.⁹⁰ Este pedido far-se-ia em ação cível, com prazo prescricional de 30 anos, conforme determinação do Código de Processo Criminal, em seu artigo 269, § 5º. Tal solução, que já vinha da ação noxal do direito romano codificado, era justificada pelos juristas como necessária devido ao caráter de *res* do escravo. O dano por ele provocado, assim, limitar-se-ia a seu valor como bem patrimonial e não à sua pessoa. Ressalte-se, novamente, a ambiguidade fundamental do mesmo polo da relação jurídica ser simultaneamente sujeito e objeto de direito.

Nos casos em que o escravo ofensor era entregue pelo senhor ao ofendido, a lei considerava-o ressarcido (Código Criminal, art. 28, § 1º). Se o escravo morresse ou fosse condenado à pena de morte, não caberia indenização.⁹¹ Apesar dos protestos dos advogados em juízo, que argumentavam, com base no artigo 21 do mesmo Código, ser o senhor subsidiariamente responsável pelas atitudes do escravo, os tribunais decidiram de modo reiterado a favor daquela determinação, por entender que - aplicando o princípio geral da lei civil - o senhor não poderia ficar duplamente prejudicado, perdendo o escravo (e, portanto, o total de seu valor e ainda tendo de ressarcir o ofendido).

Menção especial merece o crime de insurreição. Numa sociedade escravocrata, com frequentes fugas e muitos conflitos entre senhores e escravos, o crime de insurreição era visto como o mais grave delito praticado pelo escravo. Sabemos como, na Colônia, as Ordenações trataram a questão (títulos 62, 63 e 70 do Livro V), bem como a extensa legislação esparsa, destinada a reprimir fugas e levantes e a eliminar quilombos ou dificultar seu estabelecimento.

No Império, embora se considerassem, em geral, bárbaras as penalidades impostas pela legislação anterior ao escravo, a legislação sobre o crime de insurreição era severa. O artigo 113 do Código Criminal cominava:

Julgar-se-á cometido este crime, reunindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas: aos cabeças, de morte no grau máximo, galés perpétuas no médio e por 15 no mínimo: aos mais, açoites.

Outras leis procuravam reprimir a insurreição, especialmente nas primeiras décadas do Império, quando o temor de uma sublevação geral ao

estilo haitiano estava presente em muitos espíritos. A lei de 15 de outubro de 1828 deferiu aos juizes de paz a destituição dos quilombos em sua jurisdição, praticamente facultando à ação privada a repressão. A duríssima lei de 10 de junho de 1835, promulgada no clima tenso provocado pela rebelião dos malês, na Bahia, ampliou os casos de penas de morte previstos pelo Código de 1830. E finalmente o Código de Processo Criminal restringiu a locomoção de escravos, mesmo acompanhados de seus senhores, além de outras medidas tendentes a facilitar a prevenção ou a repressão das insurreições.

Questões semelhantes ao problema geral proposto - a situação jurídica do escravo numa ordem liberal e cristã - surgem quando da análise do direito processual civil e criminal aplicado ao escravo, mas fogem ao objeto deste estudo, que se limita a análise do direito substantivo.

Conclusão

O estudo do direito positivo brasileiro relativo à escravidão permite constatar a existência de um convívio conflituoso entre o fato histórico concreto e a concepção de justiça e direito dominante, fundamentada no cristianismo e, mais diretamente, na ideologia liberal.

Além disso, no plano puramente técnico da ordem jurídica, existiram dificuldades incontornáveis, como os fundamentos filosóficos chocando-se abertamente com o direito objetivo.

Na lei civil, embora fosse o escravo considerado predominantemente *res*, objeto e não sujeito de direito, a oscilação dos textos legais e da jurisprudência em relação ao assunto, as frequentes referências ao direito romano, ao direito canônico e ao direito natural demonstram o acerto da opinião segundo a qual desconheceu-se sempre a legitimidade jurídica da escravidão, vendo-a como algo contrário à natureza humana e estranha às relações de direito.

No caso português e brasileiro, existem numerosos exemplos de que prevalecia, juridicamente, a presunção da liberdade ou, na expressão de Perdigão Malheiro, o “favor da liberdade”. No Império, vigiam normas como as que admitiam válidas decisões favoráveis à liberdade contra as regras do direito de propriedade; o reconhecimento de que existem razões mais fortes contrárias do que favoráveis ao cativo; de que o ônus da

prova cabia aos que requeriam contra a liberdade, “porque a seu favor está a presunção pleníssima do direito”; e a admissão de que nas questões de liberdade não havia alçada, permitindo-se a interposição de todos os recursos.

Na lei penal, aguçaram-se ainda mais as dificuldades jurídicas, pois o mesmo indivíduo “coisificado” tomava-se pessoa.

Havia, assim, para os padrões culturais e políticos dominantes no Brasil imperial, amplo leque de contradições: contradição teológica, entre os ideais cristãos de liberdade humana e respeito ao próximo e a realidade da posse de um homem por outro; contradição filosófica, entre a ideologia liberal da Carta Constitucional e a existência de parte significativa da população alijada não só dos direitos políticos, como dos direitos civis; contradição jurídica, sob dois aspectos: o conflito entre o direito natural, em qualquer das versões nas quais era concebido pelas várias correntes filosófico-jurídicas existentes à época, e a escravidão; e a dificuldade de proceder-se à aplicação do direito a relações sociais nas quais confundiam-se frequentemente os sujeitos e o objeto, a pessoa e a coisa.

As soluções jurídicas foram frequentemente limitadas e casuísticas, consistindo em remendos insuficientes para restabelecer a estabilidade desejável da ordem jurídica e ainda mais incapazes de sanar o conflito básico entre a realidade social e o direito. A solução menos paliativa e tópica e mais aproximada dos ideais de justiça da própria época foi a presunção favorável à liberdade nas situações em que o escravo era interessado. Mesmo esta tendência diluiu-se nas dificuldades práticas de implicação da ordem jurídica num país continental e onde predominava o mandonismo rural.

A eliminação dessas contradições somente seria possível por uma solução metajurídica, no sentido de Kelsen: uma opção política que constituísse nova relação jurídica. Por isso, a resolução ficou para a campanha abolicionista, pois o problema, antes de ser jurídico, era social, econômico e moral.

16. Uma Introdução à História Social e Política do Processo

José Reinaldo de Lima Lopes

Introdução

Desde quando os Estados estão envolvidos no processo e na máquina de fazer justiça? Talvez, em primeiro lugar, seja preciso explicar que nem todos estão de acordo quanto à própria existência do Estado ao longo do tempo, ou melhor, quanto às origens do Estado. Como explica Bobbio (Bobbio, s/d), discute-se muitas vezes se antes do Estado moderno seria possível falar propriamente em Estado. A questão depende, como ele esclarece, da definição dada ao Estado, a qual termina sendo estipulativa. O fato inegável é que o direito da autoridade política de julgar em última instância as disputas e conflitos entre os cidadãos consolida-se com o desenvolvimento da forma moderna de Estado, a começar lentamente na Baixa Idade Média, com a progressiva centralização monárquica e nacional da Europa Ocidental.

Antes disso, várias formas de adjudicação haviam surgido, ligadas a autoridades, mas distantes ou diferentes da nossa adjudicação estatal. Nas sociedades do oriente antigo, pastoris e agrárias, especialmente sociedades de aldeia, parte considerável das disputas entre particulares eram resolvidas por autoridades, árbitros, conselheiros locais. O conselho dos sábios ou dos velhos exercia a função judicante, ora mediando, ora julgando. Nesse sentido, florescia mais ou menos a justiça do kadi, de que fala Max Weber.

Essas comunidades de aldeia fundavam-se, como tendem a fundar-se até hoje, em controles sociais muito próximos, tradicionais e comunitários. A necessidade de regras abstratas, autônomas e formais, tais como pensadas hoje, inexistia. As regras confundiam-se com as máximas morais, não por defeito ou falta, mas porque o controle social comunitário expressava-se com clareza nesta esfera moral, em decisões *ad hoc*. Já quando as relações se estabeleciam entre diferentes comunidades de aldeia (federações de diversas origens e formas) ou quando se referiam ao sistema que integrava

aldeias e cidades (fortificadas) e impérios, uma certa burocracia é criada: os sátrapas, os governadores, os procuradores eram responsáveis por um sistema de administração, coleta de impostos, recrutamento militar, uso de terras e recursos de irrigação, impondo novas restrições e criando novos campos de conflito, para os quais a autoridade da aldeia não podia ter voz ativa. Significativa dessa novidade foi a história do profetismo em Israel: o discurso dos profetas era vazado na linguagem moral (e jurídica, se quisermos) da resistência a este novo poder que vinha da cidade, do palácio, do império, dos conselheiros do rei, dos astutos escribas, etc.

A relação Estado/processo não é a única que interessa. A história do processo pode ser traçada também em termos de quem o domina, ou seja, de quem são os atores relevantes no seu desenvolvimento. E deste ponto de vista pode-se analisar a diferença entre o sistema acusatório ou inquisitorial e o sistema adversário ou duelístico. O primeiro dominou a tradição continental europeia, o segundo dominou a tradição inglesa. Pode-se também perceber que a profissionalização crescente dos atores relevantes (advogados, juízes, promotores, cartorários, policiais) acompanhou o desenvolvimento das formas estatais modernas. O direito do antigo regime, por seu turno, foi obrigado a conviver com os não-profissionais: viveu um conflito permanente entre duas formas de poder.

De um lado, como impedir, numa sociedade estratificada, estamental e pouco urbanizada (como as sociedades europeias e respectivas colônias americanas), que o mandonismo e o senhorio local se apropriassem da justiça? De outro lado, como evitar que a centralização e a profissionalização alienassem o povo, ou o cidadão ordinário, das funções públicas da administração da justiça? Ao longo da história, a presença dos leigos ou a participação popular na administração da justiça assumiu diversas formas.

A Profissionalização e os Leigos na História do Processo

Em Atenas não houve a profissionalização do direito. Os escritores de discursos (de acusação ou defesa, os *logographoi*) - acusados de buscarem cada vez mais a beleza e o efeito emocional do discurso, antes que a verdade - talvez fossem treinados na arte argumentativa usada nas disputas

judiciais, mas não se tratava de pessoas formadas em *escobs* jurídicas propriamente ditas. A tradição grega, especificamente a ateniense, distinguiu claramente, a partir de um certo momento, as questões entre os particulares, cuja resolução devia ser deixada especialmente aos árbitros, um terceiro igual (socialmente) aos litigantes, das questões que afetavam a vida da comunhão política (*polis* ou *koinonia politika*) diretamente, a ser tratada no grande tribunal assemblear dos Heliastas. Por volta de 450 a.C., a assembleia ateniense dispunha de jurisdição geral sobre casos civis e penais, decidindo em grandes seções (*dikasteria*) de números variados (201,301,401,501 membros). Qualquer cidadão ateniense maior de 30 anos, quites com a cidade e no gozo de seus direitos, era elegível: a cidadania e a idade restringiam consideravelmente o número dos elegíveis em comparação com o número de residentes. Essa participação geral nas questões judiciais contribuiu, naturalmente, para que não se desenvolvesse uma categoria de juristas profissionais em Atenas, justamente porque os processos eram tratados como assunto público, que qualquer cidadão bem-educado poderia decidir. A partir de 403 a.C. foi institucionalizado o sistema de arbitragens para questões envolvendo valores iguais ou superiores a 10 dracmas. O árbitro, em geral, era um cidadão de mais de 60 anos, com experiência na Assembleia. Iniciando o processo com uma tentativa de mediação, isto é, de promover um entendimento entre as partes, o árbitro podia prosseguir no caso decidindo-o a final. O laudo (decisão) poderia ser impugnado perante os tribunais populares (*dikasteria*).

Em Roma, onde se pode traçar a origem remota da profissionalização e especialização do direito ocidental, a interferência do poder político existiu com certeza, embora de maneira diferente da que atualmente conhecemos. Citada como exemplo de especialização do direito no mundo antigo, criou sua tradição jurídica no período clássico, com um sistema judicial-processual pouco burocratizado e não profissional. Essencialmente, o processo formular era administrado pelo pretor e julgado por um cidadão escolhido para a função de juiz, *iudex*. O cargo de pretor era uma das magistraturas da cidade, sujeito à eleição anual, como todos os outros cargos em geral. Sua função era manter a paz e a ordem nos lugares públicos, e deste caráter *policia*l de sua atividade provinha sua capacidade de administrar os conflitos, organizando o processo de sua resolução. Por isso, a atividade pretoriana era administrativa, antes que judicial: sua tarefa

era organizar o processo, não propriamente julgá-la. Essa era a tarefa do juiz, que respondia *sim* ou *não* aos quesitos postos pela fórmula e finalmente julgava a favor de uma ou de outra das partes. A organização do processo pelo pretor limitava-se a alguns passos fundamentais antes do julgamento: ouvia o pedido do queixoso, que narrava os fatos e pedia uma das ações formulares possíveis, previstas no edito; intimava o réu, que respondia de tal modo que se estabelecessem os termos da disputa aceitos por ambas as partes. Este pôr-se de acordo envolvia a aceitação da fórmula, o que implicava saber qual era realmente o objeto do litígio. Envolvia ainda a escolha do juiz (como se fosse um árbitro). Em seguida, o pretor encaminhava o caso para o juiz, encarregado finalmente da decisão. Julgado o caso, a execução dependia da parte, porque inexistia a máquina policial e judiciária burocratizada. Como quase tudo na vida social romana, os sujeitos relevantes eram os pais de família, seja como partes, seja como terceiros envolvidos. É de se perguntar: quem recorria ao processo assim organizado de maneira geral? Certamente uma minoria, se computada a população em geral.

O tipo de instituição judicial (e de processo) que deu a base do direito romano clássico foi, pois, o sistema pretoriano formular. Tratava-se de um sistema misto (*Dawson*), na medida em que um *magistrado* (autoridade pública) organizava o processo e remetia as partes para um cidadão qualquer que decidiria o conflito. O processo dividia-se, dessa forma, em duas fases distintas: a primeira dava-se perante o pretor (*praetor*), a segunda, perante o juiz (*iudex*). Naturalmente, inexistia, antes do principado e do *dominato* pelo menos, uma verdadeira burocracia (no sentido moderno e profissional do termo), muito menos uma burocracia policial. No entanto, o pretor ocupava um lugar público, uma magistratura. O juiz era um leigo, um não-profissional e não-magistrado, um simples cidadão, escolhido *ad hoc* para decidir o caso específico. Na primeira fase, perante o pretor, as partes estabeleciam quase que uma negociação: definiam a matéria que era fonte da controvérsia e eram levadas a escolher um juiz dentro das listas (*album*) dos nomes disponíveis e elegíveis. Essa definição da controvérsia dava-se após a *litis contestatio*, cujo caráter era tido por consensual: perante o pretor, pois, ocorria uma espécie de “compromisso arbitral”, de modo que o processo formular fosse interpretado como uma arbitragem imposta pela autoridade. Pretores e juízes não eram juristas ou jurisconsultos. O pretor era um cidadão eleito

para uma magistratura anual; os juízes, cidadãos incluídos na lista (*álbum*) tirados das três classes superiores: senadores, cavaleiros ou *tribuni aerari*. Por outro lado, o número de juízes registrados no álbum aumentou progressivamente: de 900 (em 70 a.c.) a 4.000 (sob Augusto) e 5.000 (sob Calígula). Não sendo juristas, eram os juízes homens de posição social elevada, confirmando o caráter sempre oligárquico da sociedade romana.

Estando na mão de leigos e não-burocratas, o procedimento formular abriu-se à influência dos juristas. Inicialmente, os juristas eram homens da nobiliarquia romana que davam seus conselhos em vários assuntos a outros cidadãos, dentro das relações de clientela conhecidas da sociedade romana. Passaram a dar os conselhos em forma de resposta (respostas) a questões formuladas pelos pretores ou juízes em casos de controvérsias concretas. Eram, nessa fase clássica, apenas cidadãos privados, cuja autoridade provinha de sua posição social somada ao reconhecimento de seu saber a respeito das fórmulas e formas jurídicas, e de sua sabedoria prática. Sob Augusto, receberam autorização para falar em nome do príncipe, isto é, do primeiro cidadão (*ex auctoritate principis*). No entanto, foi com o desenvolvimento de uma burocracia imperial, centralizada em torno da Corte, que os juristas se transformaram, já a partir de meados do segundo século a.C., num grupo profissional. Servindo o imperador, participavam da administração sendo escolhidos por força de seu conhecimento jurídico. Este, por seu turno, deixara de ser apenas tradicional para transformar-se num aprendizado que se fazia em escolas, em torno dos juristas mais velhos.

Esta transformação caminhava lado a lado com o progressivo abandono do processo formular e o crescimento da *cognitio extra ordinem*. Consistia num procedimento paralelo ao processo formular, uma jurisdição extraordinária, inicialmente de caráter administrativo, exerci da pela burocracia imperial em Roma e nas províncias. Ao contrário da jurisdição ordinária, dos pretores, nela havia a possibilidade de apelo ao imperador, pois as decisões dos funcionários eram feitas por delegação do poder imperial, e a este competia rever os atos de seus delegados. Assim, com o passar do tempo o processo deixava seu habitat leigo e concentrava-se nos círculos do novo poder do Estado. Para que isto acontecesse era preciso que o imperador, o primeiro dos cidadãos (*princeps*), viesse interferir no andamento ordinário das demandas por meio da *cognitio extra ordinem*. Ouvindo a súplica das partes insatisfeitas, o imperador dava-se

progressivamente o poder de rever o processo. Para tanto, valia-se dos jurisconsultos, que se transformavam em conselheiros diretos, passando a ocupar cargos na entourage palaciana. Alguns nomes de juristas clássicos ligaram-se a essa tradição.

Centralização e concentração de poderes políticos, fim das tradições republicanas e afastamento progressivo dos leigos das tarefas de decisão dos conflitos caracterizaram o fim da fase clássica do direito romano. Fecha-se o ciclo de criatividade e tem início a tarefa conservadora e formalizante do direito pós-clássico, aplicando o saber do passado sobre os casos então existentes. Quando Justiniano mandou compilar o trabalho dos juristas do período clássico, o processo e o rito que se refletiram na sua compilação eram típicos da *cognitio extra ordinem*. Nesse sentido, o processo romano que sobreviveu até Justiniano muito pouco teve a ver com o processo formular, origem da literatura jurídica clássica. Entre Justiniano e o século XI da Era Cristã, quando os textos jurídicos que mandara reunir passaram a ser recuperados e estudados na Itália setentrional (Bolonha), a porção latinizada da Europa conheceu o fim das organizações relativamente estáveis e centralizadas do Império Romano. Mesmo que houvesse reinos e que a administração carolíngia houvesse criado suas estruturas, a descentralização foi mais típica do ocidente.

Os muitos séculos que vão do desaparecimento do Império Romano ou do fim da civilização antiga (clássica? mediterrânea?) ao surgimento dos Estados Nacionais proveram, no entanto, sobretudo depois do *século XII*, o florescimento de instituições e justificativas para a centralização do poder de julgar. Do ponto de vista das justificativas, o desenvolvimento da cultura política da cristandade impôs ao rei (ou príncipe, ou qualquer autoridade pública ou política) a tarefa de zelar para que fosse feita justiça entre os seus súditos. Nesses termos, a liderança política passou a ser geralmente associada com a justiça, nas formas de arbitramento, mediação, conciliação ou adjudicação. A justiça, nestes termos, exercia-se dentro de limites estamentais. O julgador podia julgar as questões entre os que lhe eram inferiores, mas podia apenas arbitrar ou mediar as questões entre seus iguais. Social e politicamente foram dadas as condições para o restabelecimento das regras de hierarquia e apelação (ordinária ou extraordinária). A Idade Média conheceu também o problema político central da separação entre Igreja e Estado: separação de jurisdições, autonomia dos respectivos representantes e disputas de poder entre eles. Se

a cristandade era inerentemente unitária, quem detinha o poder final de dizer o direito? Essa disputa, como se verá, está na origem do processo moderno. O imperador ou o papa, o príncipe ou o bispo podiam exercer jurisdição? E em que casos? Em tomo de tal disputa desenvolveram-se as regras de competência (matéria, território, pessoa). Em qualquer dos casos, a súplica por justiça diante de uma autoridade superior tomou-se um dos elementos fundantes do direito dos príncipes de fazer justiça: já não se tratava de uma usurpação, mas de uma prerrogativa (sujeita aos diversos limites de jurisdição que se conheciam, como brevemente mencionado).

Ao lado das justificativas para o exercício do poder de julgar desenvolveram uma série de instituições: um sistema de tribunais, regulamentos procedimentais etc.

A grande recuperação do direito romano no período medieval dá-se, portanto, num sistema político particular. Avultaram, nos séculos XI e XII, as disputas entre Igreja e Império, ou entre o *corpus fidelium* e os poderes laicos. Os juristas tomaram-se intelectuais a serviço de uma nova ordem, fosse ela a das nascentes cidades burguesas, fosse das cortes (eclesiásticas ou seculares). Essa disputa terminou por forçar o abandono das formas tradicionais de julgamento, a favor de formas mais burocratizadas e formais. O modo tradicional, então em uso, era o do julgamento leigo, por juízos de Deus, ordálios, muitas vezes na esfera da aldeia. O grande salto qualitativo dado na direção do formalismo e da burocracia estava no direito canônico: não apenas o julgamento se formalizou e o processo passou a adquirir fases precisas, como também a justificativa para as diversas reformas passou a carecer de razões e explicações que seriam dadas pelos juristas.

Para delimitar as competências e a jurisdição dos tribunais eclesiásticos, em face das outras muitas jurisdições, os canonistas organizaram as regras *ex ratione materiae, personae, loci*. Foi no processo canônico que o *advogado* passou a atuar com função própria: até então o advogado era um conselheiro extra judicial, que não atuava em nome da parte sob pena de fazer-se cúmplice ou sócio. A partir da revolução do processo canônico, o advogado passou ao seu papel próprio. Além disso, cada vez mais a tarefa de julgar era de fato transferida do bispo (juiz ordinário das disputas entre os fiéis) para o tribunal composto de *juristas* treinados nas universidades. Ao lado de juízes e advogados, floresciam os *notários*, responsáveis pela

redação dos atos do processo e pelo aconselhamento das partes, assim como uma nova série de servidores da burocracia judicial, tais como os *inquiridores* (encarregados de ouvir os depoimentos). O processo canônico começou a dar a forma familiar ao processo moderno também pela *institucionalização dos recursos*, permitindo que autoridades superiores fossem chamadas a rever e a corrigir ou policiar os atos das autoridades locais. O processo foi tal que a Rota Romana tomou-se um tribunal de recursos finais. Tudo isso, naturalmente, requereu crescente detalhamento e sofisticação dos mecanismos processuais, seja no que diz respeito aos caminhos pelos quais se estabelece a unidade da cristandade latina, seja no que diz respeito aos valores a alcançar. Para tanto, foi preciso formalizar ou desformalizar as relações, proteger ora os filhos, ora o patrimônio familiar e a autoridade paterna, ora os direitos tradicionais das comunidades locais, ora os direitos crescentes da corporação clerical, e assim por diante.

Na Europa continental esta profissionalização judicial foi imitado pelos tribunais régios, Os conselheiros dos reis também frequentavam as universidades e influenciavam as decisões quanto à justiça: os reis mesmos precisavam organizar suas cortes de modo a fazê-las atraentes para os súditos. Com isto podiam neutralizar tanto os poderes locais (cortes baronais e senhoriais) quanto os tribunais eclesiásticos (que pretendiam jurisdição sobre negócios contratuais - por força da promessa e do juramento ali implicados, como sobre heranças e testamentos). Por outra parte, muitos eram os casos em que por negociação as partes submetiam suas diferenças ao arbitramento segundo as regras do processo canônico; tratava-se de uma competição clara, obrigando o rei a adaptar-se ao novo processo e a impô-lo. Os julgamentos régios destacavam-se, progressivamente, da pessoa do rei e da corte (conselho ou *parlameufu*) para serem entregues a conselhos especialmente criados, compostos por letrados, isto é, juristas treinados nas universidades. O processo ali desenvolvido, em geral, seguia os moldes do processo canônico, sempre que possível.

Na Inglaterra, a profissionalização da justiça seguiu outros caminhos. Dado o poder praticamente incontestável da conquista militar normanda em 1066, estabeleceu-se ali uma centralização precoce. Além disso, a organização do reino seguiu um curioso modelo feudal piramidal: toda a terra era em princípio considerada régia, pelo domínio eminente (*eminent domain*) que a conquista havia dado a Guilherme I (o Conquistador). Dessa

forma, todos os senhorios que eram mantidos ou doados em forma de *tenure* dependiam, para sua legitimidade, de sua relação com o patrimônio da coroa. Com esta doutrina e com o poder incontrastável do rei, os descendentes dos normandos, os angevinos e os *planatagenetas*, especialmente no reinado de Henrique II, firmaram um modo peculiar de administração da justiça. Em primeiro lugar, valiam-se dos *writs*, ou breves, que já existiam no continente e na Normandia: tratava-se de ordens dadas a autoridades locais ou inferiores para procederem a um julgamento ou à oitiva de uma parte que se julgava lesada em algum direito, ou à imediata restituição do queixoso à sua posse anterior. Em segundo lugar, estabeleciam juízes itinerantes no território, que iriam proceder ao julgamento em nome do rei. Em terceiro lugar, conservavam o júri: uma forma de prova testemunhal pela qual doze homens de boa reputação e familiarizados com os fatos da causa juravam dizer a verdade (*vere dictum*) sobre o que sabiam. Com isto, o processo inglês pôde organizar-se já no século XII, sem recorrer aos juízos de Deus (indiretamente proibidos em 1215 pelo IV Concílio de Latrão) e pôde uniformizar um direito comum para todo o reino. Os juízes do sistema inglês, no entanto, não eram formados ou instruídos na universidade: eram recrutados da pequena nobreza para servirem de delegados dos juízes da corte.⁷ Mais tarde, treinaram-se em guildas, os *inns of court*, pois seu aprendizado dependia de conhecerem o processo, embora houvesse sempre algum inglês que frequentou escolas de direito e se tornara capaz de introduzir elementos canonistas e romanistas no sistema. Por outro lado, os tribunais eclesiásticos, presentes também na Inglaterra, permitiram que os bispos e finalmente o Lorde Chanceler introduzisse algumas ideias vigentes na Europa continental. De qualquer modo, para tornar-se juiz ou ser admitido à prática do direito era preciso profissionalizar-se na corporação.

O sistema inglês de breves sofreu algumas vicissitudes históricas. Originalmente, o sistema era suficientemente aberto para garantir a qualquer um pedir ao rei as providências que julgasse necessárias para ver seu direito prevalecer. O núcleo do sistema inglês eram os direitos sobre a terra, em que se reconhecia e se aceitava que o rei podia intervir. O breve, considerado a base e a origem do direito inglês, é o *novel disseizin* (desapossamento recente), criado em 1166. Com o tempo, inclusive por iniciativa dos barões, que temiam o crescente poder real, o direito de expedir breves ficou limitado aos casos semelhantes (*in consimili casu*).

Com isto, teve início o processo por *forms of action*: para qualificar-se para certo processo, o queixoso (*autor*) devia demonstrar que seu caso se conformava ao precedente e, sobretudo, devia pedir um breve (*writ*) determinado: *novel disseizin*, para a perda de posse recente, *mort d'ancestor*, para certas disputas quanto ao direito de herança, *assumpsit*, para contratos sem selo, *covenant* para negócios com selo, e assim por diante. O pedido (*plead*) devia ser estritamente conforme o breve, ou seria considerado inválido. O conhecimento de tais breves tornou-se especializado e restrito, cada vez mais, a quem gravitava em torno da corte. Na tradição inglesa, como todos os juízes eram considerados igualmente juízes do rei, não se estabelece o sistema de recursos e apelações: o máximo que se permitia era um pedido de revisão (*writ of certiorari* ou *writ of error*): o pedido era, como no resto do processo, pedido de uma certa providência da Corte (corrigir ou certificar).

Durante todo o período que se estendeu da Baixa Idade Média até a Revolução Francesa, em que o Estado moderno se consolidou (período muitas vezes chamado de *Antigo Regime*), desenvolveu-se uma disputa política entre vários atores.

Da perspectiva das corporações, houve uma contínua luta para manter algumas formas de autonomia com relação ao poder da Coroa. Desse ponto de vista, destacaram-se no processo duas tendências: (1) de um lado a manutenção de jurisdições particularistas, de caráter local (as justiças das aldeias, vilas e cidades) e de caráter funcional (as justiças especializadas de certas corporações, como a dos mercados, ou dos eclesiásticos); (2) de outro lado, os diversos privilégios concedidos a diferentes grupos perante a justiça régia, privilégios estamentais que davam aos fidalgos e ao primeiro Estado algumas regras excepcionais. Da perspectiva da profissionalização, notava-se a constante disputa entre juízes letrados e juízes leigos, entre funcionários ou delegados reais e os representantes de outros poderes locais ou senhoriais, comunitários, etc. Esse período conheceu uma definição crescente de regras procedimentais, relativas, inclusive, a provas e aos procedimentos de recurso. O objetivo dessas regras era uma forma de racionalização e uniformização de tal modo que os tribunais centrais pudessem exercer um poder centralizador. Nas Ordenações Filipinas, que vigoraram em Portugal, e por consequência no Brasil, desde 1603, são visíveis os detalhes de regulamentação procedimental.

O grande passo seguinte será dado pelo estabelecimento do *Estado liberal* no século XIX. Entre os séculos XVI e XVIII firmam-se os Estados Nacionais, certamente: o poder do soberano, porém, estava ainda sujeito a limitações tradicionais (as corporações detinham certas autonomias, os tribunais eclesiásticos detinham outras). A vida social ainda era dividida por estamentos e categorias que impediam a universalização do direito de julgar uniformemente. Isto resultou num complexo mundo de organismos e regras, muito embora todos pudessem ser finalmente referidos ao rei. Este, porém, não podia julgar a todos igualmente, pois cada categoria possuía um direito próprio (privilégio). O triunfo do Estado liberal trouxe consigo a perspectiva de universalização da cidadania: todos são iguais perante a lei, e a lei será uma só para todos. A partir daí todos os conflitos podiam ser universalmente submetidos a um único sistema de tribunais, com um único sistema de regras procedimentais desenvolvidas a pouco e pouco. A legitimidade para julgar universalizou-se no Estado. Do ponto de vista da justificativa filosófica, o direito de julgar universalmente foi sustentado pela filosofia das luzes, da racionalidade universal, da igualdade de todos, da forma republicana, liberal ou democrática do Estado. Do ponto de vista das instituições, o direito de julgar caminhou pelo desenvolvimento da profissionalização do direito, pela organização da burocracia profissional e especializada e, talvez, sobretudo pelo estabelecimento da força pública (polícia, *gendarmérie*, *police*). Este o modelo do qual somos herdeiros: modelo cuja centralidade vê-se hoje em xeque, com o crescimento de formas alternativas de solução de controvérsias. Alternativas ao modelo estatal universalista, cujo desempenho se discute: Tem sido eficiente? tem sido democrático (igualmente acessível a todos e a todos os direitos)?

Stein alerta para as diferentes consequências que se seguem da presença majoritária ou dominante de leigos no processo. Entre elas avultava em primeiro lugar, quando se tratava de profissionais, a necessidade de *fundamentação da sentença*. Com a presença de leigos, cuja tarefa era dizer sim ou não, afirmar ou negar a verdade de certos fatos, tais conclusões dispensavam a fundamentação ou justificação jurídica propriamente dita. Por isso, um júri não justificava seu veredito. Naturalmente, diz ele, é preciso distinguir os fatos primários (o que se fez) dos fatos secundários (o significado do que se fez, a intenção com que se fez). Uma assinatura ou uma palavra pronunciada de fato (1) significou realmente (2) uma promessa ou um contrato? Afirmar que A ou B eram

proprietários ou detentores de uma certa parcela de terra não era um fato puro e simples, mas um fato secundário: quando o júri era convocado precisava-se saber que pergunta devia ser feita. As diferenças continuavam no que dizia respeito ao recurso: sobre a conclusão a respeito de fatos primários não se podia em geral recorrer: se o júri afirmava que fulano não estava em tal lugar em tal hora, um tribunal superior não poderia afirmar o contrário, poderia anular o julgamento por falsidade: não, porém, reinterpretar a decisão. Isto porque o júri afirmava o que vira e ouvira. Em segundo lugar, um julgamento realizado por leigos adaptava-se bem a casos de disputas individuais, fatos concretos, indenização definível. Além disso, a estrutura *sim/não* ajustava-se com clareza aos casos de justiça corretiva ou comutativa, em que o objeto do litígio era atribuir a uma parte determinada algo específico (uma punição, um pagamento, uma coisa disputada). O processo neste caso dependia de regras definidas previamente, seja quanto ao objeto da decisão, seja quanto ao procedimento propriamente dito. Esse modelo era indicado quando havia crime, falta, violação de contrato ou de direito definido e definitivo por uma das partes.

Segundo Stein, o modelo romano clássico de solução de controvérsias (no período das ações por fórmula, em que leigos dominavam o processo decisório) consistia nas características seguintes. Em primeiro lugar havia a necessidade de uma autoridade central, que organizava o processo (o pretor) e que julgava (o juiz). A estrutura triádica do processo correspondia à prática da crença em regras objetivas, ou seja, regras não feitas *ad hoc* no interesse imediato de alguma das partes. Em segundo lugar, o encarregado da decisão era chamado a dar sua resposta na forma de alternativa, sim ou não, procedente/improcedente: tratava-se também da maneira como em geral eram chamados a julgar os leigos, pois estava em jogo a verificação da ocorrência das circunstâncias de fato relativas a uma regra.

No entanto, quando se dava o caso de repartir diferenças, quando se tratava de dividir ou distribuir em partes individuais algo que era comum ou indiviso, ou quando se tratava de arbitrar ou mediar, isto é, buscar soluções *ad hoc*, o modelo triádico clássico, como resposta alternativa, binária, sim/não, era ineficiente ou mesmo inaplicável. Por isso, Stein lembra a afirmação de Maimônides, segundo a qual o juiz deveria saber se a parte que o buscava desejava um juízo (adjudicação) ou uma composição. Nos sistemas sociais mais complexos os dois mecanismos se completam, e

quanto mais complexas as relações sociais, mais complexa a coexistência dos mecanismos.

Modelo Adversário-Acusatório e Modelo Inquisitório

Ao longo da história ocidental do processo houve um momento em que duas tradições jurídicas se definiram. Foi o tempo da distinção entre a *commom law* e o direito romano-canônico. As diferenças eram patentes no processo e na administração da justiça. Segundo Dawson, a distinção tomou-se clara a partir do momento em que na França dos séculos XIII e XIV, por exemplo, os tribunais seculares do rei adotaram o sistema *inquisitorial*. Originalmente, o sistema de inquéritos (*enquête, inquisitio, inquirição*) era conhecido pelos normandos, que o levaram para a Inglaterra, mas a forma que tomou na França e, na verdade, em toda a Europa continental (em Portugal ficaram famosas as inquirições mandadas fazer em 1258 por D. Afonso III, para levantar a situação das terras do reino), deveu-se à influência do direito canônico. Em contraste com a tradição inquisitorial, a Inglaterra consolidou o que se chama o modelo adversário (*adversarial model*) Na análise de Stein as duas formas refletem-se na diferença de participação dos leigos, assim como no papel dos recursos dentro do sistema processual.

A partir do século XI os ordálios, juízos de Deus e outras formas de prova (inclusive o duelo) estavam sendo seriamente questionados pelos canonistas. A Igreja desenvolveu um enorme esforço de racionalização das provas, de modo que já não dependessem da pura sorte ou de uma contínua invocação do sobrenatural nos afazeres humanos. *Gratia natura non tollit, sed perficit*: a razão natural não podia ser obstaculizada por crenças infundadas ou por superstição, ensinavam os teólogos. No IV Concílio de Latrão, em 1215, finalmente se proibiu que os clérigos participassem ou mesmo concedessem o prestígio de sua presença como testemunhas de processos em que o julgamento dependesse de ordálios ou juízos de Deus. Com isto o golpe definitivo estava dado: a partir de então foi preciso racionalizar de vez o sistema probatório. Duas foram as possibilidades então existentes: a institucionalização da prova testemunhal na forma do júri, que seria determinante no regime inglês, ou a institucionalização da

investigação conduzida por comissários do rei (inquisidores), privilegiando o testemunho individual.

O inquérito (*enquête*) por júri consistia na reunião de 12 homens conhecedores dos fatos e de credibilidade para dizerem se era verdade ou mentira o alegado pela parte que desejava fazer valer seu direito, Assim, o júri era inicialmente um sistema de prova. Na tradição dos normandos (que se tomou depois a tradição inglesa), a parte queixava-se à autoridade (rei, príncipe, duque...) de que sofrera algum agravo por parte de alguém, e que tal agravo era contra o seu direito, O rei expedia uma ordem escrita (*breve, writ*) ao seu comissário (ou juiz) e mandava averiguar os fatos: provada a verdade do fato, devia-se proceder à restituição ao estado anterior. O instrumento da averiguação era o júri, reunido para responder sim ou não (verdade ou mentira). Com isto, a instrução ficava sempre sujeita a uma certa passividade do júri. As instruções deviam ser claras e as questões a serem respondidas deviam ser precisas. Tratava-se de uma espécie de *prova testemunhal coletiva*, em que a função do juiz consistia em organizar sua reunião nos termos precisos em que a queixa era apresentada. Naturalmente, não havia lugar para uma apelação, um recurso propriamente dito. Pois o júri afirmava ou negava a verdade: disto resultava que o único recurso consistia em alegar a mentira, a falsidade do julgamento, não a interpretação errônea de normas. Esse júri de testemunhas foi definido claramente na primeira ação desenvolvida na *common law*, o *writ of novel disseizin* (Assize of Clarendon, 1166), de onde se propagou para todo o sistema de jurisdição real.

O modelo inglês - desenvolvido como um complexo de breves (*writs*) - foi rígido quanto às formas de ação, mas ao mesmo tempo manteve um caráter duelístico. A função do juiz era organizar o julgamento dando às partes a oportunidade de *duelarem* perante ele: devia zelar para que tivessem iguais oportunidades, mas sua busca da verdade consistia em permitir que todos tivessem voz. O promotor, como órgão oficial, só muito recentemente se estabeleceu na *common law* e nunca foi um magistrado propriamente, mas um comissário. Não havia investigação oficial, a polícia só surgiu na Inglaterra no final do século XVIII. Assim o processo inglês era essencialmente movido pelas partes, supervisionadas por um terceiro (Guiz). As regras do processo eram regras de aceitação ou exclusão de provas e de *discovery* de modo a permitir uma *fair trial*.

A alternativa, como assinala Dawson, consistia no processo romano-canônico. Como foi mencionado, os estudos do direito, conduzidos na universidade medieval, tomaram por base a compilação justinianeia, na qual a forma processual prevalente era já o sistema da *cognitio extraordinem*. Este, por sua vez, pressupunha uma burocracia centralizada e poder de revisão dos julgamentos, envolvendo questões de direito. Esse modelo imperial servia bem aos propósitos centralizadores do papado e à concepção de soberania que aos poucos ia-se formando em torno da presunção de universalidade e superioridade de Roma. Ao contrário do júri, o processo canônico privilegiava a oitiva de testemunhas singulares e individualmente, convocadas em particular pelo inquiridor por indicação da parte. O processo era prevalentemente escrito, as partes apresentando razões por escrito e preparando, também por escrito, os questionários a serem apresentados às testemunhas. De tudo fazia-se termo escrito. Esse inquérito civil distinguia-se do inquérito canônico disciplinar (a inquisição) pelo fato de que os juízes não atuavam *ex officio*. A inquisição canônica disciplinar e penal propriamente dita começava por uma admoestação geral do visitador canônico para que se comunicassem os crimes (geralmente heresias) ocorridos no lugar; era seguida pela investigação conduzida pelo inquisidor, que podia ser geral (sobre tudo o que havia acontecido) ou particular (sobre determinado ato imputado a determinada pessoa). De qualquer maneira, tinha um caráter penal de procedimento de ofício, que sobreviveria no direito continental (em Portugal e no Brasil sob a forma da devassa ou do *inquérito policial*). Para tarefas dessa natureza era necessário cada vez mais contar com juízes especialmente treinados, além de notários, inquiridores, oficiais. O elemento leigo foi sendo deslocado e subordinado. As relações entre partes e tribunal foram formalizadas por atos escritos. Para controlar a uniformidade do processo (cujas revisões podem ser feitas por meio de recursos por tribunais que não tiveram acesso direto às provas e testemunhas), estabelecem-se regras de procedimento e obtenção e ponderação de provas (o sistema das *provas legais*, em contraste com o sistema da livre apreciação das provas). O processo continental foi marcado pelo processo inquisitorial. O acusador era um membro do tribunal, donde a origem remota do nosso promotor (que em toda a Europa continental compartilha de um *status de magistrado* e não de *advogado*, como na *common law*). O inquisidor, o visitador ou o fiscal do rei procura saber o que se passou. O acusador era parte da máquina de

fazer justiça: ele tomava a iniciativa de saber o que estava errado, de determinar os fatos, os culpados e de aplicar a pena. No processo civil a mesma cultura começava a penetrar: a figura do juiz passou a dominar o processo, se não ele, pelo menos a máquina judiciária, os notários, os inquiridores, os oficiais. Sobretudo, o processo tomou-se escrito, pois se preparava uma apelação, ou seja, o encaminhamento do caso para julgamento por outros (a instância superior).

De modo geral, esse desenvolvimento, que dependia na história tanto de eventos aleatórios quanto de intenções políticas explícitas ou implícitas, resultou em duas abordagens e duas culturas jurídicas distintas. No processo adversário, do modelo inglês, as partes debatiam diante do juiz, que é o organizador de um quase duelo. Geralmente os atos processuais precisavam ser concentrados, imediatos, orais. No modelo inquisitório não havia o debate vivo, pois o escrito dominava; as relações entre as partes ficavam mediadas pelo juiz, a quem se dirigiam em primeiro lugar, o qual por seu turno ouviria (por meio de um inquiridor) as testemunhas; dada a necessidade do escrito, os oficiais do tribunal cresciam de importância, burocratizando ainda mais o procedimento - eram notários, tabeliães, inquiridores, meirinhos, cumprindo ordens, mediando as partes, praticando atos da mais variada natureza. A espécie de questão colocada perante o tribunal já não precisava ser simples como aquela feita a um júri de leigos, reunido ali *ad hoc* para um veredito.

O Objeto do Processo

A questão colocada diante da autoridade era ou não passível de adjudicação? Ou seja, o que a parte buscava podia ser dado daquela forma? Sob essa indagação se inseriam o reconhecimento da idoneidade da lide. Surgiram as questões propriamente de competência, em primeiro lugar. Durante várias fases históricas a competência se definiu de modo diferente. Por exemplo, durante o período medieval, de *pluralismo jurídico*, algumas matérias eram reservadas a tribunais especiais: as disputas entre comerciantes (e por extensão aquelas típicas de suas atividades, como as sociedades, a bancarrota, os títulos de crédito, etc.) eram decididas pelas respectivas corporações (os *consulados*, por exemplo); as disputas entre os clérigos, nos tribunais eclesiásticos; as disputas entre senhores eram

decididas em cortes. Desse ambiente, como já referido, nasceram as regras de competência. Os tribunais especiais continuavam a existir: a França mantém os tribunais comerciais no século XIX, como todos os países, inclusive o Brasil imperial. No século XX surgiram os tribunais ou agências de solução de controvérsias entre patrões e empregados. Os tribunais militares julgavam especialmente os crimes cometidos por militares no desempenho de suas funções, e assim poderiam ser citados outros exemplos. Julgando casos e categorias específicas de pessoas, os tribunais especiais tendiam a desenvolver regras particulares: tanto no que diz respeito ao processo propriamente dito (provas admissíveis, por exemplo) quanto ao direito em geral (regras sobre contratos, interpretação do silêncio, presunção de responsabilidade, repartição de custos, etc.). No entanto, eram considerados seções ou órgãos especializados de um só e mesmo poder soberano. No caso do pluralismo medieval, os diversos tribunais eram a expressão de autonomias, direitos próprios, de cada corporação ou grupo privilegiado.

Era preciso também que a autoridade reconhecesse a idoneidade da lide: o caso é *justiciable* (decidível)? Existem regras aplicáveis? Os fatos podem ser considerados juridicamente relevantes? Ao longo da história, o processo exemplifica as mudanças de concepções jurídicas e definição do que é ou não controvérsia legalmente relevante. O adultério, por exemplo, é matéria que pode ser trazida como controvérsia resolúvel perante um juízo? Em caso positivo, quais as soluções possíveis? Muitas vezes o assunto era tratado como sujeito a pena de morte, outras vezes gerando direito a indenizações, multas, ou outras formas de compensação. Quando progressivamente a Igreja incorporou o matrimônio ao rol dos sacramentos, o adultério transformou-se em assunto para os tribunais eclesiásticos. Hoje se constata um número crescente de casos se transformando em matéria justiciável: a prática do racismo, da discriminação em geral (contra mulheres, grupos étnicos, homossexuais, etc.), o molestamento sexual. Até alguns anos atrás alguns desses conflitos seriam desqualificados: faltaria o interesse para agir, haveria a carência da ação. Poder-se-ia dizer que a vítima sofrera um dano moral, ou psicológico, sem que isso significasse um dano jurídico, ou seja, sem que os tribunais pudessem dar qualquer satisfação ao lesado. Hoje, tais assuntos tomam-se matéria justiciável: a esfera da casa, na qual se dava a violência doméstica, muitas vezes tolerada como um mal necessário, abre-se a uma investigação judicial. A

discriminação gera a possibilidade, na esfera civil, de indenização por danos morais, ou de medidas de execução específica (como a reintegração num posto de trabalho público ou privado).

As Funções Judiciais

Diretamente ligado ao processo, o desenvolvimento histórico da função judicial era determinante do que se pode julgar, como se pode julgar, quem tem acesso ao julgamento e todas as outras questões sociais envolvidas no controvertido tema do acesso à justiça. Como já referido, os modelos processuais e procedimentais podiam combinar de maneira muito diferente a presença de leigos ou de profissionais. Falando mais estritamente, só na Baixa Idade Média podia-se distinguir com clareza um grupo profissional de juristas especializados, seja como acadêmicos, seja como membros de uma administração judiciária. Os jurisconsultos romanos, cujos textos foram utilizados pelos medievais, haviam tido um *status* completamente diferente, muito embora deles também se pudesse dizer que haviam de algum modo sido profissionais do direito. Os medievais, formaram corporações: os advogados na Europa continental, os juízes e advogados na Inglaterra, os professores de direito. E tiveram um impacto crescente na administração da justiça eclesiástica e régia.

Com o tempo, ganharam importantes funções monopolizadas. Por exemplo, em Portugal: *letrados*, isto é, homens com título de doutor em direito civil e canônico, passariam a ter tratamento equivalente ao de fidalgos, a partir das Cortes de Coimbra de 1385. Em segundo lugar os cargos dos tribunais de justiça do rei, isto é, a Casa de Suplicação e o Desembargo do Paço (este último não exclusiva ou propriamente um tribunal de caráter judicial, mas um conselho de alta administração da justiça mais propriamente) foram destinados aos letrados. Nos postos de juízes de fora também era regra a nomeação de letrados.

Os juízes passaram a ser remunerados durante o Antigo Regime: não se tratava mais de exercer a função de juiz ou árbitro por dever cívico ou honra (como havia sido o caso dos pretores, árbitros e juízes em Roma. Essa profissionalização refletiu-se na indagação de Santo Tomás, tratada na *Suma Teológica*, sobre a licitude de os advogados serem pagos para defenderem a justiça de uma causa ou de uma pessoa. A resposta foi

afirmativa: afinal, disse ele, o estudo das leis e a prática da advocacia é um trabalho como outro, semelhante ao do mestre que ao ser remunerado por ensinar a verdade não degrada seu ofício, apenas recebe aquilo que é devido a qualquer cuja função é socialmente necessária.

A profissionalização das funções judiciais gerou duas consequências: a primeira era o fim da gratuidade da justiça, a segunda, o distanciamento do saber jurídico da experiência comum dos leigos. Se a função de julgar ou a organização dos tribunais exigia um grupo especial de pessoas, que não os cidadãos comuns, que não por simples honra de servir o bem comum, era preciso remunerar seus serviços, criando prebendas, rendas ou taxas. O fim da gratuidade da justiça fez que surgisse o problema da defesa do direito dos pobres (privilégio que a Igreja se deu, avocando para a jurisdição eclesiástica, *ex ratione personae*, as causas das *miserabiles personae*) e do dever (ou não dever) da advocacia gratuita em favor dos miseráveis. O distanciamento do saber jurídico do senso comum de razoabilidade estabeleceu entre os juristas uma linguagem técnica expressa num jargão, não mais na língua falada pela população em geral. Na Inglaterra, por exemplo, conservou-se até o século XVII o *law French*, isto é, o francês trazido pelos normandos em 1066: todos os documentos jurídicos, inclusive decisões das Cortes de justiça, foram redigidos neste francês que já ninguém falava, quando não em latim. Na Europa continental, em várias jurisdições conservou-se o mesmo latim: quando o vernáculo tomou o lugar do latim na redação de documentos e de processos judiciais, este último ainda foi conservado como a língua de socialização dos juristas, pois os textos clássicos (romanos e medievais) continuaram a ser a base do ensino do direito até o século XVIII.

Profissionalização judicial e formalismo também estiveram ligados historicamente ao predomínio do escrito. Quando se estabeleceu o predomínio da prova escrita (documental, notariada) sobre a prova oral (imediata), a distância entre a cultura popular e a cultura erudita ampliou-se consideravelmente. A introdução da escrita foi inicialmente percebida como uma forma de racionalização, mas ao mesmo tempo serviu para a crescente burocratização. Foram as decretais dos papas nos séculos de ouro da canonística medieval que serviram de base a este distanciamento crescente entre o conflito real (carregado de emoção) e o conflito formal do processo (racionalizado e abstrato). Tais mecanismos eram considerados superiores aos do processo anterior: e de fato o são, do ponto de vista da

burocracia, do controle disciplinar e impessoal do Estado, da universalidade das regras.

A grande tentativa de reforma e ruptura do sistema judicial e processual deu-se com a Revolução Francesa, no que diz respeito ao direito continental. As funções judiciais haviam sido apropriadas por toda parte como cargos patrimoniais, como são até hoje os cartórios privados. O processo revolucionário desejava incluir a justiça na esfera da cidadania formal e liberal, e para tanto impôs novas características. Em primeiro lugar, toda justiça precisava ser (re)ligada diretamente ao Estado: as jurisdições não estatais foram suprimidas (como a eclesiástica) ou consideradas existentes por permissão e sob a supervisão do Estado (como os tribunais mercantis). Em segundo lugar, considerando que a soberania popular se exercia pela eleição dos oficiais públicos, havia dois caminhos a seguir quanto ao aparelho judicial: ou se elegiam os juízes (solução adotada inicialmente e para algumas jurisdições), ou se subordinavam os juízes à vontade popular expressa nas leis votadas pelos representantes eleitos (solução que se generaliza). Nesse segundo caso, o aparelho judicial transformou-se num corpo profissionalizado de servidores públicos, gozando de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Tratava-se de um novo processo de profissionalização, que cooperava para o isolamento de uma corporação profissional dentro do Estado, ao lado do Exército regular e profissional que também se estabeleceu.

A máquina da justiça profissionalizada tendia para a uniformização dos procedimentos, especialmente se houvesse um sistema organizado de recursos, que criasse uma supervisão permanente das instâncias inferiores pelas instâncias superiores. Para facilitar essa atividade, a uniformização do processo se impôs. Ela apareceu como formalismo em alguns casos: o sistema de provas legais, que se introduziu no processo medieval e que perdurou até as reformas dos séculos XVIII e XIX, serviu a este propósito (entre outros), permitindo que as cortes superiores reexaminassem as decisões das cortes inferiores com um crescente grau de certeza formal (a verdade formal do processo). Formalismo e uniformização permitiram também os apelos de natureza meramente formal (por exemplo, os *writs of error* do direito inglês) para que a instância superior corrigisse erros da instância inferior. Estabeleceu-se um regime de controle, em que a função do tribunal superior era desconfiar do julgamento do tribunal inferior:

desconfiar institucionalmente, não pessoalmente, e o instrumento da desconfiança era a prova formalizada - por ela o tribunal superior podia, sem julgar o tribunal inferior, desfazer ou reverter a respectiva decisão.

O Desenvolvimento do Processo Moderno na Tradição da Common Law

Os Estados Unidos da América herdaram a tradição do direito inglês, seja culturalmente, seja legalmente. A VII Emenda da Constituição (parte da *Bill of Rights*) incorpora às garantias constitucionais o direito de julgamento por júri, em casos civis, nos casos julgados de acordo com a *common law*. Ficaram assim incorporados dois aspectos da tradição inglesa: o júri e a *common law*. Nos primeiros anos da aplicação da Constituição, os tribunais e juizes federais afirmavam a inexistência de uma *common law* federal: isto porque a jurisdição federal havia sido criada pela Constituição e anteriormente inexistiam precedentes ou costumes federais (a própria federação era inexistente). Cada Estado desenvolvera, a partir das tradições inicialmente trazidas da Inglaterra, seus próprios costumes e precedentes, de modo que se reconhecia a *common law* na esfera estadual. Nesta esfera é que se desenvolvia o direito privado, coração da *common law*: propriedade, ilícitos (*torts*), casamento e direito de família, contratos e todas as respectivas formas de proteção (*forms of action*), ou remédios processuais.

As *forms of action* eram bem características do processo da *common law*. Geradas longinquamente na história, haviam resultado também na disputa de poder entre reis e senhores ingleses: os tribunais reais só poderiam manifestar-se nos casos em que houvesse precedente determinado (*in consimili casu*), e para isto era preciso que o autor demonstrasse inicialmente que algum *writ* (breve, mandado) havia sido expedido anteriormente com a mesma forma. O direito se desenvolvera, portanto, segundo formas de ação. Isto exigira a fase inicial do processo, chamada de *pleading*, na qual o autor demonstrava seu direito de ação de modo detalhado e até doutrinário.

A fase de *pleading* era da maior importância. Para além da determinação da fórmula (*form of action*), ela permitia que se estabelecessem os pontos controversos. Como explicado por Atkinson, os *pleadings* não eram

argumentos, mas afirmativas ou enunciados de pretensões: o primeiro dos *pleadings* deveria conter o enunciado de sua *cause of action* e uma narrativa (*declaration* ou *narratio*). A resposta do réu assumiria três formas possíveis: um *demurrer*, pelo qual desqualificava juridicamente o pedido, permitindo que o juiz decidisse liminarmente; um *traverse plea*, pelo qual negava os fatos; um *confession and avoidance plea* (confirma alguns fatos, mas alega outros fatos que alteram os efeitos pretendidos pelo autor).

Esse processo sofreu reformas sobretudo a partir do século XIX, quando o desenvolvimento dos negócios e da vida econômica incorporou um número crescente de cidadãos comuns à qualidade de credores ou devedores de hipotecas, empréstimos, aquisição de terras etc. O primeiro passo foi dado em 1848 pelo Estado de Nova Iorque, que simplificou essa fase inicial, abolindo a necessidade de indicar a *form of action* e a base doutrinária do pedido. Passava a ser necessário dar os fatos detalhadamente, de modo a permitir a resposta do réu, e, nesse sentido, o detalhadamente dos fatos deveria ser maior do que o anteriormente aceitável. Essa inovação ficou conhecida como *code pleading* e se generalizou pelos novos Estados do Oeste, até se tornar universal em todos os Estados.

Um segundo passo para a simplificação do processo ocorreu na década de 30, do século passado. A fase de *pleading*, ou seja, detalhamento dos fatos e determinação estrita da controvérsia, foi outra vez reformada na jurisdição federal. A ação passaria a ter início por uma simplificada *notice pleading*: o autor notificaria o réu simplesmente do seu pedido de forma genérica, especificando a controvérsia até uma conferência pré-audiência (*pre-trial conference*). Esta foi uma das reformas introduzidas pelas Regras Federais de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*) de 1938, editadas pela Suprema Corte por autorização dada pelo Congresso em 1934 (*Rules Enabling Act*, de 9 de junho). Outras importantes reformas introduzidas pelas Rules de 1938 foram a ação coletiva (*class action*) e a unificação dos processos de *law* e *equity*. As reformas de 1938 tiveram a participação de Roscoe Pound, famoso por sua inclinação de jurista-sociólogo, e de Charles Clark.

A facilidade concedida para os pedidos, em contraste com as restrições até então vigentes, seria equilibrada por dois mecanismos: o *summary judgement* e a *pre trial conference*. O primeiro mecanismo permitia o

juízo imediato do caso quando inexistisse uma questão de fato autêntica e substancial (*genuine and material*). O juízo sumário é um verdadeiro incidente processual e a parte que o inicia precisa demonstrar concretamente suas alegações. O segundo permitia que as partes, em conferência com o juiz, determinassem exatamente o que seria o objeto do juízo (o que anteriormente se obtinha por meio dos *pleadings*).

A relevância dessas reformas compreende-se levando-se em consideração duas características do sistema processual norte-americano. Uma delas foi a tradição histórica da qual é herdeiro, ou seja, o sistema anterior de *forms of action* da *common law* e, sobretudo, o sistema de *pleading*. Outra característica foi a existência da *trial* (audiência, juízo) como momento central do processo. Todo o desenvolvimento anterior à audiência presumia que o juízo seria efetivamente feito de forma concentrada e, em geral, por um júri. O júri, sendo de leigos, só poderia chegar a uma conclusão se as partes e o juiz o instruísse adequadamente sobre o que devia ser objeto de sua decisão, e esta, por seu turno, devia ser a resposta a questões formuladas de tal modo que pudessem ser contestadas com um sim ou não. Nesse sentido, todo o processo norte-americano presumia - e de fato apresentava - a oralidade, a concentração e a imediatidade.

As reformas levadas a cabo no processo norte-americano neste século, portanto, tiveram um objetivo diferente das que se conduziram no Brasil. Elas visaram facilitar o acesso à Justiça simplificando o procedimento, criando mecanismos coletivos, como as *class actions*, mas não precisaram introduzir a oralidade, a concentração e a imediatidade, pois estas já faziam parte da cultura e das instituições norte-americanas. Como afirma Merryman, o júri sempre obrigava as três coisas, pois não podia ser reunido facilmente diversas vezes e em diversos dias e não podia comodamente ser obrigado a ler os autos do processo. Isto exigia que o juízo fosse concentrado no menor espaço de tempo possível, que fosse sobre questões específicas, que os debates e provas fossem produzidos perante todos ao mesmo tempo e de forma oral, visual, dinâmica, direta e imediata.

Outra característica do desenvolvimento histórico do processo norte-americano foi o uso dos mecanismos procedimentais para fazer valer os pleitos de igualdade substancial e material de uma sociedade democrática, ou direitos processuais constitucionais. Nesses termos, durante o século

XX foram sendo ampliadas garantias processuais, que também ampliaram o acesso à Justiça. Um caso exemplar deu-se com a famosa XIV Emenda da Constituição, sobretudo, mas não apenas pela Corte Warren (1953-1969). A emenda foi proposta em 1866 e ratificada em 1868 na sequência de atos de reconstrução política do país, passada a Guerra Civil. O propósito era impedir que os Estados do Sul, vencidos na guerra, adotassem legislação que inviabilizasse a liberdade garantida pela Emenda n. XIII, de 1865. Provavelmente, porém, o entendimento do devido processo era muito restrito. O texto diz que todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos são cidadãos dos Estados Unidos e, portanto, nenhum Estado poderia restringir, no seu território, os direitos dos cidadãos, nenhum Estado poderia privar os cidadãos dos Estados Unidos de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, ou proteção igual perante a lei. Para alguns, tais palavras reduziam-se a que os negros pudessem falar no seu julgamento. O desenvolvimento de um direito processual constitucional mudou a extensão dessa cláusula.

A emenda serviu ao processo de nacionalização dos direitos fundamentais. Durante muito tempo, por exemplo, o direito a um advogado (em casos criminais) foi entendido como restrito a casos federais, pois a Emenda n. VI assim dispusera expressamente. Alguns Estados não garantiam, nas suas jurisdições, a assistência por advogado, com base no princípio de que a Constituição Federal dispunha apenas a respeito do processo federal. Ao longo do século XX, porém, a interpretação foi ampliada, de modo a impor a todos os estados a obrigatoriedade de assistência por advogado (numa sucessão de decisões entre 1942 e 1963), além de servir de base para o fim da discriminação racial, sexual etc. Na mesma linha foram sendo impostas condições para a organização dos júris, pois o direito a um júri imparcial exigiu que se evitassem júris a refletir os preconceitos predominantes. O processo serviu, assim, ao mesmo tempo para nacionalizar (impor a todos os Estados) a *Bill of Rights* e para dar-lhe conteúdos substanciais (*substantive due process*), mais do que formais.

* * *

Sendo que a origem do direito norte-americano é, em parte, a tradição inglesa, muito do que foi anteriormente dito aplica-se à Inglaterra. Apesar disso, outras foram as questões enfrentadas pelos ingleses. De um lado, tratava-se de uma sociedade hierarquizada e estratificada, em que as

instituições democráticas não se desenvolveram na direção do igualitarismo americano. De outro lado, o Parlamento e o governo conviviam (e ainda convivem) com a ausência de uma constituição rígida, com a ausência de controle da constitucionalidade das leis e, especialmente, com a falta de democratização social propriamente dita. Mesmo assim, várias transformações e reformas ocorreram.

Houve reformas em 1832 (*Reform Act*), em 1873 e em 1875, (*Judicature Acts*) que afetaram diretamente a tradição processual ao reorganizarem as cortes e tribunais. Os Atos unificaram as jurisdições de *equity* e *common law*, de modo que já não seria necessário distinguir os respectivos processos. Além disso introduziram e institucionalizaram o sistema de recursos. Antes dessas reformas todos os juízes tinham a mesma hierarquia, não sendo possível recorrer de suas decisões. O único remédio existente era o pedido de um novo *writ* (mandado) para que os juízes de Londres revissem a decisão anterior: ou o *writ of certiorari* ou o *writ of error*. Nenhum dos dois era um recurso propriamente, mais se assemelhando à nossa ação revocatória, se tanto, e com a importante característica de que não se tratava de um direito da parte: o tribunal detinha (como até hoje a Suprema Corte dos Estados Unidos detém) o poder discricionário de garantir ou não o mandado, ou seja, de ouvir ou não o “recurso”. Diversamente do ocorrido nos Estados Unidos, desapareceu o júri em matéria civil, e em matéria penal desapareceu também o *Grand Jury*, ou seja, o júri de acusação ou indiciamento, sobrevivendo apenas o *Petit Jury*, ou de julgamento, nos casos penais.

Inexiste até hoje na Inglaterra o controle da constitucionalidade das leis pelos tribunais. Seja pela ausência de constituição escrita, seja pelo fato de que tradicionalmente a Câmara dos Lordes reservou-se o direito de exercer as funções judiciais de última instância, seja pelo predomínio constitucional do parlamento, o que se chamou de *judicial review* restringe-se ao controle disciplinar e administrativo dos juízes e tribunais inferiores e da burocracia administrativa em geral.

As características que sobreviveram ao longo da história tradicional da família da *common law* são as seguintes. Em primeiro lugar, a forma do processo como uma espécie de duelo: é o chamado procedimento *adversário*. Neles, as partes praticamente duelam perante o juiz e o júri, esgrimem argumentos e apresentam provas. Um julgamento (*trial*), nestes

termos, pode contar com surpresas e elementos dramáticos e deve terminar, necessariamente, com a decisão. O papel do juiz, no curso do julgamento em audiência, é fazer com que as partes se mantenham dentro dos objetivos do processo, isto é, que as provas (perguntas dirigidas às testemunhas, por exemplo) estejam diretamente ligadas aos fatos disputados, à controvérsia. As provas, por outro lado, podem ser examinadas por todos, daí a importância da *cross examination* e a exclusão de testemunhas não diretas (o testemunho por *hearsay*, ficar sabendo ou ter ouvido contar), pois suas declarações não podem ser imediatamente conferidas (não se consegue trazer imediatamente, no ato do julgamento que está ocorrendo, a testemunha direta). O juiz funciona, nesta fase, como um árbitro de um duelo, especialmente admitindo ou não as provas, em função do objeto do processo deferido na fase anterior (*pre trial conference*). Ele não tem função inquisitorial, nem a iniciativa da *discovery* ou *disclosure*.

Uma segunda característica de extraordinária importância diz respeito à oralidade do processo. Presumindo a presença de um terceiro que ouvirá e decidirá o caso, todas as formas processuais conduzem à oralidade. Mais ainda, o juiz jamais dita ou narra o desenrolar da audiência. Não é a versão dos fatos narrada pelo juiz que entra para os registros (*records*), mas as próprias palavras pronunciadas pelas partes, advogados e testemunhas. As partes têm a palavra. Outra vez, esta característica destoa completamente da longa história do processo continental, sobretudo do processo brasileiro. Interferindo diretamente, ditando os termos que entrarão para os autos, o juiz do processo inquisitorial assume uma função preeminente e que, do ponto de vista cultural e sociológico, confirma o tom paternalista e hierarquizado das nossas relações sociais. Isto naturalmente impede que o processo se desenvolva oralmente, com a dinâmica própria de um debate. O resultado, no processo brasileiro, é que a audiência é o momento talvez final da coleção de petições e despachos em que se transforma o processo, mas não seu momento central, como na *common law*.

O Processo Brasileiro: Desenvolvimento Histórico

Numa famosa descrição do sistema jurídico brasileiro, Tulio Ascarelli dizia que só foi capaz de entender o que se passava quando leu e estudou o sistema legal das Ordenações Filipinas. Para ele, as reformas tentadas na

legislação brasileira esbarravam na tradição cultural e institucional perpetuada inconscientemente pelos profissionais do direito, a qual, em última análise, fundava-se nas Ordenações, cuja vigência no Brasil superava os três séculos de história colonial.

Entre 1500 e 1822 as formas aqui implantadas foram essencialmente as portuguesas. Estas nunca foram totalmente uniformes, e os 300 anos de vida colonial acompanharam o surgimento do Estado moderno, em oposição permanente às instituições judiciais e legais do sistema corporativista. Assim, convivem no processo as formas mais burocratizadas e formalizadas conhecidas pelos tribunais e juízes régios, ao lado dos mecanismos menos formais dos juizados leigos das câmaras (Hespanha). Progressivamente, foram sendo enviados os juízes de fora (o primeiro deles em 1696, para a Cidade de Salvador) e mais tarde foram criados os Tribunais da Relação: o primeiro deles em 1609, com sede em Salvador, o segundo em 1751, com sede no Rio de Janeiro. Durante todo o antigo regime houve uma disputa entre a magistratura letrada (ouvidor, corregedor, desembargador, juiz de fora), ou seja, detentora de grau de bacharel ou doutor em leis por Coimbra, e as magistraturas locais leigas (juizes ordinários, de câmara, etc.). Os primeiros eram vistos com suspeita pelos segundos como ingerência da Coroa nos assuntos da autonomia das corporações territoriais e funcionais; os segundos eram vistos pelos primeiros como ignorantes e parciais, sujeitos ao mandonismo local.

As reformas mais importantes introduzidas após a independência estiveram ligadas às variações da política do império. Um Código de Processo Civil nunca foi realmente editado, o que fez com que sobrevivessem as formas das Ordenações até 1850. Nesse ano foi editado o famoso Regulamento n. 737, que de fato fez às vezes de um código processual. Mas foi de maior importância a edição de dois outros códigos anteriores: em 1830, o Código Penal do Império, reformando o direito penal; em 1832, no auge do predomínio liberal, o Código de Processo Criminal, instituindo os juízes de paz e o *habeas corpus*. A importância do Código de Processo Penal residiu justamente na reorganização da máquina judicial. O Código Penal do Império incorporou os princípios do direito penal iluminista, já garantidos na Carta de 1824, tais como o da pessoalidade da pena, irretroatividade da lei penal, igualdade perante a lei (exceto para os escravos, naturalmente) e utilidade da pena. Obedeceu na parte geral à nova ordem: tratou dos crimes em abstrato, dos criminosos,

das agravantes e atenuantes, dos crimes Justificáveis (excludentes de criminalidade). Definiu os tipos de pena: morte (por força), galés, prisões (simples, com trabalho), banimento, degredo e desterro, multas, suspensão e perda de emprego. Manteve penas corporais para o escravo. D. Pedro II comutou todas as penas de morte a partir de 1855, depois do erro judiciário de Manuel da Mota Coqueiro. O código mais famoso e polêmico foi o *Código de Processo Criminal*, que extinguiu o sistema da devassa e impõe o *Juizado de Instrução*, dado ao juiz de paz (eleito). Dentro da revolução liberal, criou diferentes juizados: o juiz de paz (escolhido por eleição local), o juiz municipal (indicado pelo presidente da província) e finalmente o juiz de direito (nomeado pelo imperador, vitalício, bacharel em direito).

Ficava mantido também o *tribunal do júri*, dando cumprimento à regra constitucional (art. 151). O juiz de paz ocupava temporariamente o cargo, responsável pela instrução inicial nos feitos criminais e pelo julgamento de delitos de menor gravidade pelo processo sumário. O *juiz municipal* substituiu o antigo juiz de fora; poderia ser leigo e situava-se abaixo do juiz de direito (juiz de distrito, ou comarca, que abarcava mais de um município), cujas ordens e decisões estava encarregado de cumprir. Era nomeado por três anos pelo presidente de província. O *juiz de direito*, de nomeação do imperador, entrava no lugar do antigo ouvidor, e se exigia que fosse bacharel. Tomou-se logo uma figura política importante, pois tinha laços diretos com o poder imperial (que o nomeava), supervisionava as atividades dos outros juizes e pertencia a uma corporação profissionalizada com alto sentido de identidade, porque os cargos eram vitalícios.

Havia no Código uma diferença entre processo sumário (cujo julgamento competia aos juizes de paz) e *processo ordinário* (para crimes cuja pena fosse maior do que seis meses de prisão ou degredo) e que se desenvolvia perante o júri, presidido pelo juiz de direito. Havia dois júris: o de acusação (o *grand jury* da tradição anglo-americana) e o de sentença (o *pety juri*). O habeas corpus também foi instituído pelo Código de Processo Criminal, que, fruto da onda liberal de 1831, foi objeto de transformações logo em seguida, sofrendo uma famosa reforma conservadora em 1841. Em 1840, a 12 de maio, com a Lei n. 105 (Lei de Interpretação do Ato Adicional), o juizado de instrução passou para autoridade policial (*chefe de policia*), pois a palavra *policia*, usada no Ato Adicional, passaria a ser

entendida como compreendendo a polícia municipal e administrativa tão-somente, e não a polícia judiciária.

Os conservadores apoiaram a reforma do Código de Processo Criminal de 1841, instauradora do policialismo judiciário.

A Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 - *Novo Código de Processo Criminal* -, criou o *inquérito policial*, dando à polícia enormes poderes, confundindo sua atividade com a atividade cartorária, consolidando o modelo inquisitorial, burocrático e cartorialista até hoje vivo, a despeito de tentativas de reforma. Sua origem, naturalmente, era o projeto conservador de exercício de poder político e controle centralizado.

O processo civil foi delegado à competência dos Estados com a Constituição de 1891, de modo que só em 1939, já no Estado Novo, centralizado, foi editado um *Código de Processo Civil* nacional. Entrementes, o regime republicano havia também reestruturado o sistema judicial, criando o Supremo Tribunal Federal parcialmente nos moldes da Suprema Corte norte-americana, parcialmente herdando as funções do Tribunal de Justiça do Império e das antigas Relações. A carreira da magistratura foi reorganizada, extinguindo-se todos os juizados leigos, exceto os tribunais do júri. Estes, porém, nunca haviam sido a espinha dorsal do sistema brasileiro, herdeiros que somos do modelo inquisitorial e profissionalizado dos juízes letrados. A reforma mais importante foi feita em 1973, com o novo *Código de Processo Civil*, outra vez sob um governo não democrático. O Código distanciou-se, aparentemente, mais ainda do sistema anterior, tentando impor uma nova ordem: separou o processo sumaríssimo do ordinário, nos processos de conhecimento; tentou racionalizar o sistema recursal distinguindo recursos de decisões finais de decisões interlocutórias; reorganizou o processo de execução. Do ponto de vista da justificativa, uma das intenções do Código era produzir maior concentração, oralidade e imediatidade.

Mas, como já havia observado Ascarelli, algumas tradições foram mais fortes e essencialmente diversas características do sistema antigo sobreviveram. Essas características não se descobriam na letra do Código, mas no estilo de funcionamento do aparelho judicial. O *cartório*, nesses termos, foi o grande personagem semi-oculto do processo. Como a audiência não desempenhava de fato o papel central, e como tudo foi reduzido a escrito (inclusive as audiências), de forma a se tomar

imediatamente um processo (dossiê), que seria oportunamente consultado para uma posterior decisão, o andamento do caso deslocava-se das relações entre partes e julgador para as relações entre partes e julgador mediadas pelo cartório: nada chegava ao juiz, para decisão, sem passar pelo cartório, e nada chegava às partes sem que o cumprimento dependesse de um ato cartorário. As partes não podiam interpelar-se mutuamente, não podiam cumprir diligências (a não ser quando conseguiam dos cartórios e dos juízes permissão especial, caso em que o sistema perdia a sua característica democrática, pois a licença para praticar tais atos passava a depender da discricção da autoridade e da espécie de influência que uma parte podia exercer sobre o juiz ou o cartório).

A forma de socialização dos profissionais do direito, por outro lado, foi uma das responsáveis pela continuidade do sistema. Não conhecendo nenhuma outra forma de exercício da profissão, a tendência era que os atores repetissem os papéis nos quais foram treinados. Segundo pesquisa feita em 1993, 45% dos juízes procedem da advocacia, 10% de atividades burocrático-cartorárias, somando pois 55%. Assim, mais da metade dos juízes foi socializada e treinada na forma inquisitorial-cartorária. A estes juntavam-se 8,2% com atividades burocráticas de nível médio fora do sistema judiciário, o que elevava para 63,2% a porcentagem dos que potencialmente tendiam a encarar o processo e o procedimento como uma sucessão de atos burocratizantes.

Conclusão

Atualmente, o direito processual adquire um aspecto claramente social e político. Social na medida em que se discute o acesso à Justiça; político, na medida em que o acesso à Justiça é reclamado no contexto dos direitos de cidadania. A outra tendência que se manifesta, hoje refletida em instituições como os *juizados especiais e de paz* (previstos na Constituição Federal, art. 98, I e II), os *juizados de pequenas causas* (de 1984), a *ação civil pública* (de 1985) e as *ações coletivas* do Código de Defesa do Consumidor (1990), é a da extensão da tutela judicial para casos de violações de direitos individuais relativamente pequenas em termos de conteúdo, mas numerosas e repetidas. Para isto fala-se na desformalização ou informalização do processo, de modo que, diminuindo as exigências

formais, o Estado possa estender sua influência sobre a vida dos cidadãos, como vem insistindo José Eduardo Faria. Mas a desformalização ou as técnicas de desvio dos conflitos para arbitragem ou mediação podem também demonstrar a incapacidade do Estado de prover o mínimo de eficiência e efetividade na aplicação do direito sobretudo para os menos capazes de se defenderem (por razões econômicas ou sociais). A busca da arbitragem, pelo seu caráter convencional, tem sido a solução para a maioria dos grandes casos entre grandes organizações: ela se adapta aos casos em que as partes são relativamente iguais em poder de barganha. Outra tendência que se manifesta no mundo das grandes organizações de negócios é a mediação, conhecida no direito internacional: as partes são acompanhadas por um mediador na busca de um acordo. A mediação também tem suas regras, prazos mais ou menos definidos.

Outra questão que se coloca neste momento histórico é a dos remédios disponíveis não apenas para as disputas comutativas ou redistributivas mas também para as questões de reconhecimento, nas palavras de Nancy Fraser (comunicação pessoal em 5 de abril de 1995). Estará o direito preparado para enfrentar esse tema que se impõe sob a forma da defesa das especificidades e identidades de grupos dominados e humilhados nas sociedades contemporâneas (o caso mais exemplar sendo o da população gay/lésbica)? Certamente não ainda: como já se teve oportunidade de explorar o tema em outro trabalho, basta dizer que se está, aqui, diante de um processo de mudança sociocultural em que o direito está implicado, mas na sua dimensão utópica não utilitarista.

Em conclusão, na história não convém imaginar esquemas evolutivos, ou tendências irreversíveis, ou ligações demasiado abstratas e estruturais entre eventos. Um exemplo claro das surpresas que a história oferece foi mencionado neste texto: os caminhos divergentes que tomaram o direito inglês e o direito romano-canônico na Baixa Idade Média. Pode-se apenas dizer que muitos foram os caminhos do processo: ora prestigiando os leigos, ora os profissionais; ora se atendo ao modelo inquisitorial, ora ao modelo adversário; ora formalizando as disputas, ora as desformalizando; ora enfatizando os resultados, ora enfatizando os meios.

Sumário

[Nota à 3ª Edição](#)

[Nota à 2ª Edição](#)

[Apresentação à 1ª Edição](#)

[1. O Direito nas Sociedades Primitivas](#)

[2. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito](#)

[3. O Direito Grego Antigo](#)

[4. A Instituição da Família em A Cidade Antiga](#)

[5. Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e seu Legado](#)

[6. A Natureza Histórica da Instituição do Direito de Propriedade](#)

[7. O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média](#)

[8. Institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônica Medieval](#)

[9. Aspectos Históricos, Políticos e Legais da Inquisição](#)

[10. Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial](#)

[11. Da "Invasão" da América aos Sistemas Penais de Hoje](#)

[12. O Direito nas Missões Jesuíticas da América do Sul](#)

[13. O Direito no Brasil Colonial](#)

[14. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil](#)

[15. O Escravo ante a Lei Civil e a Lei Penal no Império \(1822-1871\)](#)

[16. Uma Introdução à História Social e Política do Processo](#)