

IUS COMMUNE presents:



Printing & Iconology as Legal-Historical Sources

XVI Encontros de
História do Direito
Florianópolis/SC, 2019



MONDAY (10/6)
19H

Opening Round Table:
**Art & Printing in the
Formation of Western Law** -
Prof. Georges Martyn
Introduction: Prof. Arno Dal Ri
Jr. & Prof. Diego Nunes
Commentator: Prof. José de
Magalhães Campos Ambrósio,
Prof. Ricardo Sontag & Prof.
Caetano Dias Corrêa

TUESDAY (11/6)
9H

Conference:
**The Formation and
Transmission of Western Legal
History in the Age of Printing**
Prof. Georges Martyn
Discussion: Prof. Ricardo
Sontag
Concluding Remarks: Prof.
Diego Nunes

WEDNESDAY (12/6)
9H

Conference:
**Introduction to Historical
Iconology of Law: Methods,
interdisciplinarity & exempla
iustitiae** - Prof. Georges
Martyn
Discussion: Prof. José de
Magalhães Campos Ambrósio
Concluding Remarks: Prof.
Arno Dal Ri Jr.

THURSDAY (13/6)
9H

Closing Remarks:
The Lawyers in the Satirical Art
Introduction: Prof. Arno Dal Ri Jr.
Commentator: Prof. Diego Nunes

AUDITORIUM
CCJ | UFSC

Arno Dal Ri Jr. (org.)

Caetano Dias Corrêa (org.)

Diego Nunes (org.)

ANAIS XVI Encontros de História do Direito da UFSC

Printing & Iconology as Legal-Historical Sources

ISSN: 2179-1449



Florianópolis

2020

Printing & Iconology as Legal-Historical Sources

XVI Encontros de História do Direito

June 10 - 13th 2019 – Florianópolis/SC

Local: UFSC/CCJ Auditorium & PPGD/UFSC “Sala Warat”

Inscrições: <http://inscricoes.ufsc.br/xvi-encontros-historia-do-direito>

PROMOÇÃO

Grupo Interinstitucional de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – Ius Commune – Núcleo Florianópolis – CNPq/UFSC (www.iuscommuneufsc.wordpress.com)

Programa de pós-graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC (www.ppgd.ufsc.br)

PROGRAMAÇÃO

SEGUNDA FEIRA (10/06/2019)

PERÍODO DA NOITE

Mesa de abertura: Art & Printing in the Formation of Western Law — Prof. Georges Martyn (University of Gent – Belgium)

Introdução: Prof. Arno Dal Ri Jr. (UFSC) & Prof. Diego Nunes (UFSC)

Comentários: Prof. José de Magalhães Campos Ambrósio (UFU), Prof. Ricardo Sontag (UFMG), Prof. Caetano Dias Corrêa (UFSC)

TERÇA FEIRA (11/06/2019)

PERÍODO DA MANHÃ

Conferência: The Formation and Transmission of Western Legal History in the Age of Printing — Prof. Georges Martyn (University of Gent – Belgium)

Discussão: Prof. Ricardo Sontag (UFMG)

Apontamentos finais: Prof. Diego Nunes (UFSC)

PERÍODO DA TARDE

Apresentação de trabalhos

Introdução: Prof. Arno Dal Ri Jr. (UFSC)

Comentários: Prof. José de Magalhães Campos Ambrósio (UFU)

QUARTA FEIRA (12/06/2019)

PERÍODO DA MANHÃ

Conferência: Introduction to Historical Iconology of Law: Methods, interdisciplinarity & exempla iustitiae — Prof. Georges Martyn (University of Gent – Belgium)

Discussão: Prof. José de Magalhães Campos Ambrósio (UFU)

Apontamentos finais: Prof. Arno Dal Ri Jr. (UFSC)

PERÍODO DA TARDE

Apresentação de trabalhos

Introdução: Prof. Caetano Dias Corrêa (UFSC)

Comentários: Prof. Ricardo Sontag (UFMG)

QUINTA FEIRA (13/06/2019)

PERÍODO DA MANHÃ

Palestra de encerramento: The Lawyers in the Satirical Art — Prof. Georges Martyn (University of Gent – Belgium)

Introdução: Prof. Arno Dal Ri Jr. (UFSC)

Comentários: Prof. Diego Nunes (UFSC)

CURRÍCULOS:

Prof. Georges Martyn (University of Gent – Belgium):

<http://www.law.ugent.be/grond/medewerkers/georges/georges.html>

ORGANIZAÇÃO:

Prof. Arno Dal Ri Jr. (UFSC): <http://lattes.cnpq.br/2020985889273319>

Prof. Caetano Dias Corrêa (UFSC): <http://lattes.cnpq.br/3298596179349032>

Prof. Diego Nunes (UFSC): <http://lattes.cnpq.br/7745448598386819>

Prof. José de Magalhães Campos Ambrósio (UFU):

<http://lattes.cnpq.br/8597531886607443>

Prof. Raoni Macedo Bielschowsky (UFU): <http://lattes.cnpq.br/5616314176209557>

Prof. Ricardo Sontag (UFMG): <http://lattes.cnpq.br/1363982529464255>

EDIÇÃO DOS ANAIS:

Ma. Kely Cristina da Silva (UFSC)

Bela. Maria Caroline da Silva (UFSC)

Bela. Marina Tanabe Livramento (UFSC)

Bel. Murilo Ap. Carvalho da Costa De Robbio (UFSC)

ARTE DA CAPA E DIVISÃO DAS SEÇÕES:

DAVID, Gerard (1498). O Julgamento de Cambises [Óleo sobre madeira de carvalho].
Bruges; Museu Groeninge.

APOIO:



Processo: 403750/2018-0

Chamada Pública: Chamada ARC nº 06/2018 L2 - Eventos Nacionais ou Internacionais

Proponente: Diego Nunes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Arno Dal Ri Jr., Caetano Dias Corrêa & Diego Nunes..... 6

CONFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO À ICONOLOGIA HISTÓRICA DO DIREITO

Georges Martyn 12

COMENTÁRIOS CONFERÊNCIA 2 GEORGES MARTYN: Printing as Legal-Historical Source

Ricardo Sontag 38

RELIGIOSIDADE E ESTÉTICA TOTALITÁRIA: Uma aproximação

José de Magalhães Campos Ambrósio..... 44

COMUNICAÇÕES ACADÊMICAS

ELEMENTOS DE ICONOGRAFIA E ICONOLOGIA JURÍDICA NA ERA DAS CODIFICAÇÕES (FRANÇA 1804 – BRASIL 1830)

Belisa Bettega da Rosa, Carlos César Rodrigues & Ricardo Ávila Abraham60

REFLEXÕES SOBRE A APROPRIAÇÃO DO FEDERALISMO NORTE AMERICANO PELO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E AS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

Andrey José Taffner Fraga80

REFLEXÕES TEÓRICAS PARA A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO NO DEBATE ENTRE CARL SCHMITT E HANS Kelsen A PARTIR DA HERANÇA ILUMINISTA (1928-1931)

Júlia Farah Scholz96

ALÉM DA LEI: Criminologia Positiva e Controle Penal entre a Legalidade e a Desigualdade na República Velha

Mario Davi Barbosa..... 117

A RELIGIÃO NA ATUAÇÃO JURÍDICA DE NELSON HUNGRIA: Contribuições para a Composição da Identidade Nacional

Ana Luiza De Oliveira Alphonse..... 136

O ABORTO LEGAL NO CÓDIGO PENAL DE 1940: Controle de práticas ou promoção de direitos reprodutivos?

Bárbara Madruga da Cunha..... 154

OS ANIMAIS SILVESTRES NO CÓDIGO DE CAÇA NO BRASIL (1943): Uma análise do conceito jurídico do animal de caça

Mayessa Haendchen Costa..... 167

APRESENTAÇÃO

Arno Dal Ri Jr., Caetano Dias Corrêa & Diego Nunes

É com grande satisfação que apresentamos os anais do XVI Encontros de História do Direito, realizado entre os dias 10 e 13 de junho de 2019 em Florianópolis, na Universidade Federal de Santa Catarina, intitulado “*Printing & Iconology as Legal-Historical Sources*” (Imprensa e iconologia como fontes histórico-jurídicas), com a presença do professor Georges Martyn, da Universidade de Gante (Flandres, Bélgica), experto da temática.

O evento teve como objetivo analisar o surgimento e o desenvolvimento da imprensa e a utilização da arte como veículos para a comunicação do direito. Buscou-se compreender como imprensa e arte encontraram seus papéis nas culturas jurídicas, incluindo aquelas de letramento tardio, como a brasileira, em perspectiva comparada. O campo de ação analisado foi a relação entre imprensa e iconologia como veículos de comunicação sobre o direito; ou seja, as interfaces da ciência jurídica, sobretudo europeia, com o mercado editorial e com as artes plásticas a partir das mais diferentes perspectivas, com foco na história do direito. O desafio, portanto, esteve em analisar o quadro das premissas (epistemológicas, ideológicas, políticas ou econômicas) que dão vida à ciência do direito e suas formas de divulgação, popularização e mesmo crítica.

O evento foi organizado pelo *Ius Commune* (UFSC/CNPq), o Grupo Interinstitucional de História da Cultura jurídica sediado na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), vinculado ao Curso de Graduação em Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito e formado por pesquisadores e estudantes provenientes de universidades brasileiras e estrangeiras, que tem por objetivo problematizar as experiências jurídicas ocidentais como fenômenos culturais localizados historicamente, afastando-se simultaneamente de certas abordagens que alçam as juridicidades a uma dimensão atemporal, bem como daquelas que reduzem as experiências jurídicas a reflexos automáticos das formações sociais. Trata-se, portanto, de tomar as experiências jurídicas como fenômenos com uma espessura própria, produtoras de sentidos e comportamentos que se refletem na sociedade.

O *Ius Commune* organiza sua atuação a partir de quatro eixos: grupo de estudos; pesquisa; eventos; intercâmbio acadêmico. Os Encontros de História do Direito se situam no terceiro eixo, que prima pela presença de palestrantes oriundos das

instituições as quais possui vínculos (quarto eixo), mas também da UFSC e de outras instituições, nacionais e estrangeiras, buscando estimular a troca de conhecimentos e experiências entre pesquisadores. Esta edição teve como consequência o estreitamento de laços entre o *Ius Commune* (UFSC/CNPq) com o *Instituut voor Rechtsgeschiedenis* [Instituto de História do Direito] (UGent), o que incluiu a extensão do acordo bilateral entre as universidades para a área jurídica e a realização de período como professor visitante e pós-doutorado pelos líderes do grupo.

Os Encontros de História do Direito significam a continuação de uma iniciativa já tradicional em Santa Catarina. Realizados desde 2007¹ pelo *Ius Commune*, tiveram suas últimas edições realizadas pelo *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (UFMG/CNPq). Os encontros sempre se pautaram pelo aprofundamento em alguma matéria específica de História do Direito e pela promoção do diálogo com nomes importantes da historiografia jurídica internacional, tais como Paolo Grossi, António Manuel Hespanha, Pietro Costa, Paolo Cappellini, Claudia Storti e Heikki Pihlajamäki.

Foi nesta mesma senda que os XVI Encontros de História do Direito, em 2019, em seu retorno a Florianópolis, pretende se inserir. Para tanto, o grupo se deteve previamente sobre vários textos do conferencista principal convidado, prof. Georges Martyn². As reuniões foram muito proveitosas, pois introduziram o grupo de pesquisa em temática a qual ainda não era familiarizado. Tal estratégia permitiu com que os debates nas conferências fossem muito bem articulados.

O tema, imprensa e iconologia como fontes histórico-jurídicas (*Printing & Iconology as Legal-Historical Sources*) propiciou grande aprendizado para demonstrar a

¹ As edições anteriores realizadas em Florianópolis foram as seguintes: “Direito e Poder: nascimento e transformações do direito moderno” (2007); “A construção do Direito e Processo Penal modernos” (2008); “A revolução russa: direito e política na União Soviética” (2008); “Regimes de Legalidade e a Construção do Direito Penal Moderno: a questão do crime político” (2009); “Ordenamentos Jurídicos e dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogo entre história, direito e criminologia” (2010); “Pensamento Jurídico e dimensão internacional: experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX” (2011); “As regras da exceção: um diálogo interdisciplinar a partir da questão do terrorismo” (2012); “Ciência do direito internacional e cultura jurídica brasileira: experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX” (2013); “Nações e nacionalismos na ciência do direito internacional entre os séculos XIX e XX” (2014).

² Stefan Huygebaert, Georges Martyn, Vanessa Paumen, Eric Bousmar and Xavier Rousseaux (ed.). *The art of law: artistic representations and iconography of law and justice in context, from the Middle Ages to the First World War*. Springer, 2018; Georges Martyn. *Jurists, bad Christians? Men of the law in paintings of the early modern period*. In: *Call for justice: art and law in the Low Countries, 1450-1650*. 2018, p.63-81; Tine Van Poucke, Georges Martyn, Stefan Huygebaert and Vanessa Paumen. *The Art of Law*, 2016; Georges Martyn, Serge Dauchy, Heikki Pihlajamäki, Anthony Musson and Alain Wijffels. *The formation and transmission of Western legal culture: 150 books that made the law in the age of printing*. Springer, 2016.

importância das imagens como objeto de estudo aos historiadores do direito. O Prof. Georges Martyn demonstrou que, tais quais os textos – fontes clássicas –, as imagens podem também ser estudadas e contextualizadas a partir de seu autor e contexto histórico para que nos apresentem informações histórico-jurídicas relevantes.

Com foco de pesquisa entre o final da Idade Média e início da Idade Moderna, o conferencista mostrou uma riquíssima produção visual em imagens que denotam como se enxergavam, à época, o jurista e o próprio direito. Nos adornos visuais, vale salientar, até hoje se diz muito em relação ao direito. A presença de crucifixos e outros objetos religiosos em tribunais é um sinal evidente da questão. Nesse ponto de análise, o Prof. Martyn explicou como a Idade Média se utilizava destes artifícios para, de certa forma, inspirar os juízes e demais atores jurídicos a fazerem a boa justiça. As imagens também se colocam em forma de crítica, por exemplo, à demora do Judiciário, à ganância dos advogados e à corrupção dos juízes. A arte, portanto, servia a legitimar perante a sociedade as práticas jurídicas, bem como demonstrar o que representava o direito e seus atores à época. O período da Idade Média, por exemplo, foi o que consagrou presença no Ministério Público ao lado da figura do juiz, antiga tradição que se mantém até hoje no Brasil. A grande presença da religião e da arte no direito releva a importância da iconologia para o historiador do direito. A importância da análise de imagens e de configurações visuais ganha maior relevo quando se trata, o fim da Idade Média, de uma sociedade plural majoritariamente composta por iletrados. A arte, portanto, está nos tribunais, está nas ruas e no imaginário da sociedade para legitimar as práticas jurídicas.

As imagens explicam o significado de objetos como a espada e a balança, próprias da Igreja Católica. Na Bíblia, as capas continham a Nossa Senhora; os exemplares do *Corpus Iuris Civilis* eram encomendados com imagens do Imperador Justiniano, do século VI; os textos jurídicos, por sua vez, em razão do gênero feminino da palavra justiça apresentam uma imagem de uma mulher a representar tal virtude, por vezes acompanhadas de suas congêneres temperança, prudência e fortaleza. As imagens no Antigo Regime merecem, portanto, a devida abordagem de estudo por apresentarem, tal qual ou até mais que os textos da época, um indispensável material de pesquisa ao historiador do direito.

A primeira seção destes anais contém textos relativos às conferências realizadas pelos professores convidados ao longo dos quatro dias de encontro.

Como meio de haver uma síntese das discussões, foi pedido ao Prof. Georges Martyn que apresentasse uma contribuição aos anais. Nesse sentido, o texto “Introdução à iconologia histórica do direito” abre a presente coletânea apresentando uma abordagem da história do direito a partir de imagens, conceituando-a dentro da transdisciplinariedade envolvida nos estudos de *Law & Arts*, apresentando o método, alguns temas clássicos e concluindo com um convite para que a história do direito no Brasil se debruce sobre a questão.

De modo a complementar a análise do prof. Martyn, convidamos os comentaristas presentes no curso, os professores Ricardo Sontag (UFMG) e José de Magalhães Campos Ambrósio (UFU), para que apresentassem textos de reação. Prof. Sontag apresentou seus comentários à segunda conferência do prof. Martyn “*Printing as Legal-Historical Source*” (imprensa como fonte histórico-jurídica), abordando a história do direito e seus suportes materiais, a imprensa e textos jurídicos, a universidade e a produção de literatura jurídica, concluindo com a análise dos livros jurídicos como fonte do direito.

Já o prof. Magalhães apresentou uma análise sobre “religiosidade e estética totalitária”, em que abordou o tema a partir das experiências da Itália fascista, do Nacional-Socialismo alemão e da “religião” marxista-leninista.

A segunda seção dos anais contém as comunicações acadêmicas realizadas em painéis durante o encontro, quando os textos aprovados pela organização do evento foram submetidos ao crivo dos professores convidados. Para a presente publicação, foi aplicado o processo de *Double blind peer review*.

No campo da iconologia histórica do direito, Belisa Bettega da Rosa, Carlos César Rodrigues & Ricardo Ávila Abraham apresentaram o texto “Elementos de iconografia e iconologia jurídica na era das codificações (França 1804 – Brasil 1830)”.

Já na História Constitucional, o volume conta com as contribuições de Andrey José Taffner Fraga, “Reflexões sobre a apropriação do federalismo norte-americano pelo sistema jurídico brasileiro e as respectivas consequências no âmbito tributário” e Júlia Farah Scholz, “Reflexões teóricas para a construção do conceito de guardião da constituição no debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen a partir da herança iluminista (1928-1931)”.

Por fim, na História do Direito Penal, temos os textos de Mario Davi Barbosa, “Além da lei: Criminologia Positiva e Controle Penal entre a Legalidade e a Desigualdade na República Velha”; Ana Luiza De Oliveira Alphonse, “A religião na

atuação jurídica de Nelson Hungria: Contribuições para a Composição da Identidade Nacional”; Bárbara Madruga da Cunha, “O aborto legal no código penal de 1940: Controle de práticas ou promoção de direitos reprodutivos?”; e Mayessa Haendchen Costa, “Os animais silvestres no código de caça no Brasil (1943): Uma análise do conceito jurídico do animal de caça”.

Agradecemos o trabalho da bolsista de extensão do *Ius Commune*, Ana Carolina Tonon, pelo suporte nos dias do evento; à então mestranda (e hoje mestra) Kely Cristina da Silva, pelo auxílio na chamada de trabalhos; e às mestrandas Maria Caroline da Silva e Marina Tanabe e ao mestrando Murilo De Robbio pelo trabalho na confecção do presente volume.

Desta feita, espera-se que com a publicação destes anais o evento contribua com a popularização da História do Direito, área em consolidação e ascensão no Brasil, pela qual produz conhecimento crítico capaz de servir como ferramenta de comparação, para o jushistoriador, e de consciência crítica, para o jurista.

Florianópolis, 13 de agosto de 2020.

Os Organizadores



Conferências

INTRODUÇÃO À ICONOLOGIA HISTÓRICA DO DIREITO

Georges Martyn*

SUMÁRIO: 1. APRESENTANDO UMA ABORDAGEM DA HISTÓRIA DO DIREITO A PARTIR DE IMAGENS; 2. *LAW & THE HUMANITIES, LAW & ART, LAW & ICONOGRAPHY, LAW & THE VISUAL*; 3. ELEMENTOS DE UMA DEFINIÇÃO; 4. INTERDISCIPLINARIEDADE/TRANSDISCIPLINARIEDADE; 5. UM MÉTODO; 6. ALGUNS TEMAS CLÁSSICOS; 7. CONCLUSÃO: CONVITE.

1. APRESENTANDO UMA ABORDAGEM DA HISTÓRIA DO DIREITO A PARTIR DE IMAGENS

Quem vive no Brasil em 2020 não precisa ser convencido da importância do visual ou da imagem no dia-a-dia. Provavelmente ainda mais do que os europeus, os brasileiros são afeiçoados pelo Instagram, pelo Facebook, pelo WhatsApp... Milhões e milhões de fotos, cartazes e desenhos são enviados por dia. A própria imagem constitui, na maioria dos casos, a essência da mensagem, ou é ao menos ilustrativa, ou seja, ‘funcional’. Será que para os historiadores, tanto os gerais como os da história do direito em particular, vai ser possível fazer boa historiografia do século vinte e um SEM estudar a imagem como fonte histórica?

Invertendo a mesma pergunta: será que os historiadores (do direito) contemporâneos fazem um excelente trabalho não tomando em consideração o papel das imagens na pesquisa científica? Mesmo que o uso de imagens no cotidiano dos séculos passados não fosse comparável ao atual, não se pode dizer que estátuas, pinturas e desenhos estivessem completamente ausentes na Antiguidade, na Idade Média ou nas Épocas Moderna e Pós-Moderna. Exemplos evidentes são a heráldica, as iluminuras de manuscritos e as gravuras em livros impressos, ou o *decorum* do poder (incluído o das salas de justiça), mas há também ilustrações de crônicas de grande valor para os historiadores gerais e, até, para os historiadores do direito, imagens que constituem parte integrante do texto da lei: podemos pensar na definição de sinais de trânsito nos códigos de tráfego hoje ou, como exemplo histórico, na descrição pormenorizada das ferramentas de tortura na famosa *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768¹.

*Professor catedrático de história de direito da *Universiteit Gent/Ghent University* (Flandres, Bélgica).

¹ Para evitar custos e eventuais problemas de direitos de autor o presente texto não inclui ilustrações. No entanto, os exemplos usados são tão famosos que uma simples pesquisa online do ‘nome’ (título, artista, assunto...) permite encontrar várias imagens na internet.

Quem saia da jus-historiografia dogmática (se limitando à mera regra do *law in the books*), mas escolha pela abordagem jus-historiográfica contextual do *law in action*, analisando a interação recíproca entre o direito e o seu contexto social, político, econômico, tecnológico, militar, burocrático, etc. deverá dar também atenção às imagens concebidas e usadas neste amplo contexto. A jus-historiografia contextual não se limita ao estudo dos textos, *a fortiori* não ao exclusivo estudo da lei, porque um paradigma básico desta é que a interpretação da regra sempre está evoluindo sob a influência de inúmeros fatores. Um destes é o contexto visual.

Que uma imagem pode ‘dizer mais’ do que um texto é óbvio. A foto, divulgada pelas redes sociais, do corpo do menino sírio de ascendência curda Alan Kurdi contribuiu mais para a efetividade dos direitos dos refugiados do que dezenas de iniciativas textuais por parte de organizações governamentais e não-governamentais. Um díptico gigantesco numa sala de justiça na cidade flamenga de Bruges do antigo regime, representando a destituição de um juiz corrupto e o momento em que foi esfolado vivo (Gerard David: *The Judgment of Cambyse*) (PAUMEN, 2016, p. 81-91), sem dúvida impressionava mais do que o mero texto do juramento de não se deixar corromper. As ilustrações da acima mencionada *Theresiana* são mais reveladores do estado ainda mais ‘desumano’ da justiça do período ‘iluminista’ do que a letra da lei e a historiografia clássica fazem presumir.

Nesta contribuição introdutória à ‘iconologia histórica do direito’, espero demonstrar a riqueza desta abordagem científica e agradeço do fundo do coração aos colegas brasileiros que me deram a possibilidade de apresentá-la aos seus alunos. Estou, em primeiro lugar, muito grato aos meus amigos do grupo de pesquisa de história da cultura jurídica *Ius Commune* da Universidade Federal de Santa Catarina². Foi um prazer poder apresentar as possibilidades da iconologia histórica do direito a um entusiástico grupo de pesquisadores³. Neste subsídio à edição dos anais do congresso ‘XVI Encontros de História do Direito: *Printing & Iconology as Legal-Historical*

² Agradeço aos professores Arno Dal Ri Jr., Diego Nunes e Caetano Dias Corrêa a acolhida calorosa em Florianópolis em junho de 2019. Aproveito a ocasião para agradecer também os convites e as recepções cordiais, neste mesmo mês de junho de 2019, na Faculdade Damas, no Recife (prof. Cláudio Brandão), na Univali (prof. Luciene Dal Ri), na UFMG (prof. Karine Salgado e prof. Ricardo Sontag), na UFRJ (prof. Philippe Oliveira de Almeida) e na Universidade Presbiteriana MacKenzie (prof. Alexis Couto de Brito).

³ Durante os XVI Encontros de História do Direito sobre ‘*Printing & Iconology as Legal-Historical Sources*’ (10-13 de junho 2019) ministrei palestras sobre ‘*Art & Printing in the Formation of Western Law*’, ‘*The Formation and Transmission of Western Legal History in the Age of Printing*’, ‘*Historical Iconology of Law: Methods, Interdisciplinarity & exempla iustitiae*’ e ‘*Men of Law in Satirical Art*’. Peço desculpas por não poder tratar destes assuntos todos nesta introdução sucinta.

Sources’, tento resumir algumas ideias centrais e alguns elementos metodológicos essenciais. Nos parágrafos que se seguem, posicionamos, em primeiro lugar, a iconologia histórica do direito no quadro maior do movimento do *Law & the Humanities*, e tenta-se apresentar uma definição desta abordagem, salientando, em seguida, a sua interdisciplinaridade ou transdisciplinaridade. Depois, descrevemos sucintamente os passos metodológicos da pesquisa, antes de apresentar, finalmente, alguns exemplos ilustrativos dos temas estudados.

2. LAW & THE HUMANITIES, LAW & ART, LAW & ICONOGRAPHY, LAW & THE VISUAL

A imagem como fonte da historiografia do direito constitui a essência da abordagem jus-historiográfica aqui apresentada, mas seria errado limitá-la a este único ponto. As relações entre a (história da) imagem e (a história d) o direito são múltiplas e podem ser estudadas sob vários pontos de vista: meramente jurídico, meramente artístico, mas também filosófico, social, psicológico, social, etnográfico etc. A área de estudos que abrange todas estas vertentes é designada pela denominação comum anglófona de ‘*Law & the Visual*’, esta, em si, fazendo parte dos estudos da *Visual Literacy*: o conhecimento, o estudo e as competências de descrever, interpretar e criar imagens⁴. Trata-se de um conceito com origem nas ciências artísticas, mas que integra aspectos muito mais amplos, procurando modelos e declarações na linguística, nas ciências da comunicação e outras ciências sociais. Esta interdisciplinaridade ou transdisciplinaridade é a sua característica essencial.

Poderíamos dizer que a ‘iconologia histórica do direito’ faz parte da *Visual Literacy*, enfocando particularmente as vertentes jus-históricas e de história da arte, mas levando também em consideração, tanto quanto possível, conceitos, métodos e pontos de vista filosóficos, sociológicos, semânticos, linguísticos etc. Dentro da *Visual Literacy*, a iconologia histórica do direito concentra-se, em primeiro lugar, nas ‘imagens

⁴ E.g. Banks 2001; Joly 1994 e 2011; Rose 2007, assim como as revistas *Journal of Visual Culture* e *Visual Studies* para a *visual literacy* em geral, a revista *Iconographica* para ‘imagem e história’ em particular, sobre as quais o artigo de Jäger (2017) tem muita bibliografia recente; para *Law & the Visual* veja-se mais particularmente e.g.: Douzinas e Nead 1999; Goodrich 2013; Resnik e Curtis 2011; Sherwin 2014; belas coletâneas recentes nesta área são Huygebaert *et al.* 2018a e Wagner e Sherwin 2014. Um pequeno mas lindo exercício brasileiro que estuda a imagem que têm estudantes da faculdade de direito no início dos seus currículos é: Lorea Leite e Dura Dias 2016. Parece que no Brasil a *Visual Literacy* está entrando no *Law & the Visual* pela vertente do ensino do direito, veja Lunelli *et al.* 2016 e a iniciativa ‘Coleção de imagens de justiça’ do Grupo de Pesquisa de Antropologia Jurídica da UFSC: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/161276>.

do direito' (no seu sentido mais amplo, *infra*). Desta maneira, este olhar para as imagens do direito insere-se numa área de pesquisa científica e numa literatura que se têm tornado populares nas últimas décadas: a área do *Law & the Humanities* (SARAT *et al.*, 2010; STERN *et al.*, 2020⁵). Nesta, tanto juristas (com um olhar mais amplo) como cientistas de outras áreas das ciências humanas e sociais estudam os fenômenos do direito e da justiça sob pontos de vista exteriores ao próprio direito dogmático. Sai-se do paradigma jurídico para estudar o direito usando as ferramentas da antropologia, da sociologia, da economia, da literatura, da linguística, da psicologia, da etnografia etc. Algumas destas abordagens tornaram-se verdadeiros sucessos, levando ao aparecimento de revistas especializadas ou cadeiras acadêmicas, como *Law & Literature*, *Law & Cinema/Television*, *Law & Theatre* ou *Law & Language* (VILLEZ, 2010⁶). Em todos estes casos, o direito em si e, sobretudo o direito 'em ação' (ou seja como funciona ou como deixa de funcionar!) numa sociedade concreta são analisados através das lentes de uma outra ciência humana ou social. O olhar desta abordagem é um olhar crítico. Podemos dizer que se trata quase sempre de um abrir mútuo dos paradigmas científicos e que há, em cada ocasião, pelo menos duas vertentes que interagem. Há, por exemplo, (estudos de) direito sobre o cinema, mas também (estudos de) cinema sobre o direito. Investiga-se, num outro exemplo, como o direito é influenciado por evoluções na linguagem, mas também como o direito influencia o uso das palavras e a semântica.

A historiografia do direito contextual também faz parte, de fato, do *Law & the Humanities*. O jus-historiador contextual sai do próprio paradigma jurídico para analisar aspectos do direito positivo de um certo lugar e de uma certa época a partir do paradigma historiográfico, usando por exemplo a crítica das fontes de Von Ranke, modelos hegelianos e weberianos, teorias de Foucault e outros. A iconologia histórica do direito, como parte desta jus-historiografia contextual, vai, da mesma maneira, pesquisar as múltiplas relações entre o direito e a imagem, saindo do paradigma meramente jurídico, mas usando ferramentas da historiografia em geral e, mais em particular, da historiografia da arte. Fala-se do 'visual turn' ou 'virada imagética' (MITCHELL, 1986 e 1994).

Isto quer dizer que a iconologia histórica do direito estuda sobretudo 'a arte (ou a iconografia ou o visual) sobre o direito' e não, em primeiro lugar, 'o direito sobre a

⁵ E.g. revistas *Law, Culture and the Humanities* (<http://lawculturehumanities.com/>), *Law & Humanities* (<https://www.tandfonline.com/loi/rlah20>), *Yale Journal of Law and the Humanities* e *Droit et Culture*.

⁶ E.g. Sobre como o direito contemporâneo está sendo influenciado pelo aumento do uso de imagens no dia-a-dia, veja recentemente: Boehme-Neßler 2011.

arte'. Neste último âmbito, trata-se de problemas como a responsabilidade (civil e criminal) de artistas (e curadores de exposições) quanto à proteção dos menores perante arte obscena, o plágio, falsificações, direitos de reprodução, a permissibilidade de símbolos religiosos em lugares públicos num Estado laico, a arquitetura e as regras de ordenamento do território, o problema da *looted art* do período nazista e da época colonial, a proteção jurídica do património cultural etc. Um bom conhecimento destas vertentes (*law on art*) irá sempre auxiliar na análise iconológica (*art on law*), porque fazem parte do contexto, mas o olhar primordial no que se segue não faz uso das lentes jurídicas, mas usa lentes históricas e artísticas para conhecer melhor o direito no seu contexto.

3. ELEMENTOS DE UMA DEFINIÇÃO

Pode-se, pois, tentar definir a iconologia histórica do direito como uma ciência auxiliar, tanto da ciência jurídica como da histórica (da arte), na qual se estudam as múltiplas relações entre o direito e a imagem nos seus desenvolvimentos históricos, a fim de conhecer melhor o direito e as representações deste nos seus contextos. Esta definição não é uma delimitação. É essencial, no âmbito do *Law & the Humanities*, não excluir nenhum paradigma, nenhum ponto de vista, nenhuma ferramenta de análise, nenhum assunto. O laboratório do jus-iconologista tem as portas e as janelas abertas aos olhares de outros, mas os investigadores dentro do laboratório são, sobretudo historiadores da arte e do direito.

Entre os historiadores da arte existem vários tipos de especialistas, um estudando mais as técnicas do artesanato, outro as biografias de artistas, ainda outro o uso de cores ou os desenvolvimentos estilísticos. O conhecimento de todos estes aspetos é útil à iconologia histórica do direito, mas a especialização mais importante é a 'iconografia', sendo esta o estudo, o conhecimento, os métodos e as atitudes para a descrição e interpretação da própria imagem (do grego 'eycon – graphia': 'descrição de imagens'). O/a iconógrafo/a consegue 'ver mais do que se vê'⁷. Ele/ela vai à procura da mensagem por de trás da imagem. Trabalha com conceitos como 'símbolo', 'personificação', 'atributos' e 'alegoria', e descreve a evolução histórica do sentido das imagens. Crucial

⁷ A lista de livros básicos de iconografia é longa, p.e. Carr-Gomm 1995; Cazenave 1996; Chevalier e Gheerbrant 2005; Tervarent 1958-1964; Hall 1974; Heinz-Mohr 1971; Kirschbaumet al. 1968-1976; Morales y Marin 1984; Poeschel 2005; Reau 1955-1959.

para o estudo iconográfico contemporâneo é o banco de dados Iconclass⁸, elaborado na Holanda, mas usado por museus em todo o mundo. É uma classificação lógica de assuntos, temas e motivos com milhares de palavras-chave. Uma chave, por exemplo, pode ser o atributo de São Pedro, mas também o símbolo do poder da cidade, ou a *pars pro Toto* da propriedade de uma casa privada.

Considerando o papel e a enorme importância da religião cristã e da Igreja como instituição na cultura do primeiro e do segundo milênio – e, quanto ao direito, o papel do direito canônico, da justiça eclesiástica e dos clérigos como os primeiros burocratas –, não é surpreendente que a pesquisa científica se tenha concentrado sobretudo na iconografia religiosa (e suas derivações). No sistema de classificação digital mencionado, a iconografia do direito não tem lugar de destaque. Encontram-se temas jurídicos, sobretudo na categoria 44 (*State, Law and Politics*)⁹ e, mais concretamente, na subcategoria 44G (*Law and Justice Administration*). No entanto, graças ao *thesaurus*, é igualmente possível consultar o banco de imagens por palavra, encontrando-se desta maneira também elementos jurídicos em muitos outros contextos.

Por outro lado, a influência de conceitos religiosos e de regras eclesiásticas no desenvolvimento do direito e da justiça ocidentais, como na arte, é inegável. Poderíamos adiantar que, tal como a arte ocidental, a partir da Idade Média, de certa maneira se emancipou da religião e da Igreja, assim também o direito e as instituições ocidentais devem muito a esta mesma Igreja. Isto faz com que também a iconografia do direito seja, em grande parte, determinada por personagens (e.g. Salomão como juiz ideal), ideias (e.g. a culpa), textos (e.g. o decálogo) e imagens (e.g. a espada) religiosos e eclesiásticos¹⁰.

Enquanto não existe um número realmente significativo de historiadores de arte-íconógrafos estudando imagens de direito em particular, encontramos mais historiadores do direito estudando as imagens do direito e da justiça. Já no século dezanove aparecem as primeiras publicações europeias focando na imagem. Estas seguem o trilho de pesquisas sobre vestígios materiais do antigo direito: cadeias, forcas, espadas, pelourinhos, máquinas de tortura, parafusos de dedo, varas de justiça, cetros... Esta ‘arqueologia do direito’ precede – de fato, junto com o estudo de práticas folclóricas

⁸ <http://www.iconclass.nl/home>.

⁹ A iconografia política está muito perto da jurídica, tanto a política como o direito sendo expressões do poder. A historiografia cultural focando na imagem como símbolo, ferramenta e legitimação do poder é enorme e pode inspirar, e.g. Agulhon 1979; Fleckner *et al.* 2011; Hunt 1984; Warnke 2010.

¹⁰ Duve 2019, que fala na p. 17 também explicitamente do papel do audio-visual na construção da normatividade jurídica; Martyn 2019.

(MAISEL, 1978), a própria iconologia. É nas regiões germanófonas (Áustria, Alemanha e Suíça) que se publicam os primeiros estudos especializados, como os de August Ludwig Reyscher (REYSCHER, 1833) e de Karl von Amira¹¹, já no século dezenove, ou, no século vinte, de Claudius von Schwerin (AMIRA e SCHWERIN, 1943), Hans Fehr (FEHR, 1923) e Luis Carlen¹². Aliás, provavelmente o mais famoso museu de arqueologia do direito é o *Mittelalterliche Kriminalmuseum* em Rothenburg-ob-der-Tauber na Alemanha.¹³ Ainda hoje, a revista *Signa Ivris. Beiträge zur Rechtsikonographie, Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde* é provavelmente a única revista dedicada exclusivamente à iconologia histórica jurídica¹⁴.

O material que estes historiadores da arte e do direito analisam no laboratório de portas abertas acima mencionado é constituído por vários tipos de imagens, não só imagens artísticas da Cultura com ‘c’ maiúsculo. Tanto a palavra ‘Law’ como a palavra ‘Art’ na denominação ‘Art & Law’ devem ser entendidas no seu sentido mais amplo. Quanto à arte, pensamos, em primeiro lugar, em obras de artistas plásticos (não em artes como a música, a poesia, o teatro ou o cinema), como desenhos, pinturas, gravuras, tapeçarias, estatuária e baixos-relevos. Podem ser obras independentes, mas também conjuntos, como um completo programa de organização arquitetural e decoração de um palácio de justiça. Mas também pequenos artefatos, como moedas e insígnias (KISCH, 1955), assim como produtos de artesanato popular entram no grande vocábulo ‘Art’.

A amplitude do conceito também se aplica ao ‘direito’. É, em sentido amplo, tudo o que toca à regulação social, tanto num Estado moderno burocratizado como num grupo social em pleno desenvolvimento. Refira-se que as ‘imagens do direito’ não se limitam a imagens da justiça. Usando os conceitos modernos da *trias política*, trata-se tanto do poder legislativo e executivo como do judiciário. As ideias representadas na iconografia do direito integram conceitos gerais como a constituição e a lei¹⁵, a doutrina, os usos e costumes, a sentença, a pena, o prazo, a culpa etc., mas também personagens e atos muito concretos, como o juiz, o advogado, a citação, o martelo do

¹¹ <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/person/gnd/118644998>.

¹² Múltiplos subsídios, por exemplo, na revista *Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde*.

¹³ <https://www.kriminalmuseum.eu/>.

¹⁴ <http://www.rechtsikonographie.de/signa-iuris.htm> (também tem artigos em inglês); a revista substituiu em 2008 a antecessora *Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde* (1978-2007). São produtos de grupos de pesquisa (*Internationale Gesellschaft für Rechtliche Volkskunde* e *Arbeitskreis Rechtsikonographie*) que juntaram as forças e que organizam regularmente congressos, v.: <http://www.rechtsikonographie.de/>.

¹⁵ Magnífico estudo exemplário é Ribner 1993.

juiz, a execução da pena de morte etc. Claro que também noções mais amplas como a própria ideia de justiça ou de igualdade são representadas, assim como já podem existir imagens do direito antes de existir uma real ciência jurídica (e.g. a árvore da justiça na Alta Idade Média). Aliás, não só imagens que ‘representam’ (evocam, ensinam, mostram, doutrinam, dirigem, apelam...) o direito são estudadas. No antigo regime existiu o costume, por exemplo, de condenar um culpado a fazer uma obra de arte (em vez de pagar uma multa ou sofrer uma punição corporal) (WIN, 2018). Por vezes, as imagens são usadas pelo mundo do direito sob uma perspectiva diferente. Um Cristo crucificado, por exemplo, pode ser visto em primeiro lugar como uma imagem religiosa, mas torna-se imagem do direito quando é usada no tribunal como objeto sobre o qual uma testemunha ou uma parte deve prestar juramento¹⁶.

Este último exemplo ajuda a esclarecer, finalmente, que o estudo da imagem (do direito) não se limita à própria imagem, mas que a investiga sob vários pontos de vista (histórico, artístico, jurídico, assim como filosófico, psicólogo, social...) e no seu contexto. Este integra não só a gênese da obra (artista, comitente, *raison d'être*), mas também a sua função e a sua interpretação evolutiva. Esta pesquisa, por essa razão, vai também analisar as redes de artistas, de juristas, do poder e da religião¹⁷. Enquanto uma mera ‘iconografia’ se limita a um tipo de tradução do que se vê para o que se quer dizer, a ‘iconologia’ tenta explicar as múltiplas relações entre o enquadramento jurídico e a obra, entre os juristas e os artistas, entre o direito e a arte. Os juristas encomendam e inspiram, os artistas executam e interpretam. A iconologia histórica estuda, por exemplo, mais particularmente, como a arte ajuda a legitimar o direito e o poder: (NETTEL, 2005) quem são os comitentes de obras plásticas, quais são os seus objetivos, onde e por quem devem ser vistas as obras, como são recebidas pelo público...

Resumindo, a iconologia histórica do direito pode ser definida como a área científica que estuda as imagens que representam os conceitos e as materialidades do direito e da justiça, assim como as imagens usadas no funcionamento diário destes, nas suas evoluções e flutuações temporais e geográficas, no intuito de conhecer melhor o papel das imagens como parte do contexto no qual funciona o direito.

¹⁶ Para uma análise de um tríptico destinado ao altar de uma capela funerária de um juiz, v.: Martyn 2014.

¹⁷ Um belo exemplo das múltiplas conexões entre corporações artísticas e jurídicas, na Bélgica do século dezanove, é: Block 1997.

4. INTERDISCIPLINARIEDADE/TRANSDICCIPLINARIEDADE

Conjugando os paradigmas, tanto do direito dogmático e da historiografia como da (história da) arte, a iconologia histórica jurídica é necessariamente interdisciplinar. Para perceber o sentido de uma imagem é imprescindível conhecer tanto o seu contexto histórico, como a sua linguagem artística e a sua função jurídica. Um melhor conhecimento do direito (no seu contexto histórico) ajuda a interpretar uma obra de arte, assim como um melhor conhecimento da arte (no seu contexto histórico) ajuda a melhor compreender o direito. A seguir, apresentamos um exemplo de cada um destes aspetos.

Um pequeno azulejo holandês do século dezessete, representando cinco personagens e um cavalo, seria incompreensível para um historiador da arte, se não tivesse a ajuda de um historiador do direito. O historiador da arte está normalmente a par das várias abreviações usadas na arte europeia, fazendo referência a extratos da Bíblia, mas não seria capaz de interpretar o texto ‘*T.J.L.19*’ inscrito na cartela¹⁸. Quem conhece as fontes do *ius commune*, porém, e em primeiro lugar o *Corpus iuris civilis*, sabe que o primeiro título do livro 19 do Digesto trata de ‘*actionibus empti venditi*’. E é exatamente um caso de venda que é representado no azulejo. Vemos o vendedor e o comprador, do lado esquerdo, no momento da celebração do contrato. A mercadoria, porém, já não se encontra no cavalo quando este chega à casa do comprador (vemô-la caída no chão, a caminho do destino). As mesmas partes, agora como ator e réu, estão de novo representados do lado direito: estão em pé, perante o juiz. Este está debaixo de um baldaquino, veste a toga e o capelo quadrícolo referente ao seu diploma universitário, e tem a vara de justiça na mão. Esta última tem a forma de um ramo de árvore como era comum na Holanda desta época. Neste caso, é o direito que oferece a explicação da imagem.

Mas uma imagem também pode ‘explicar’, ou pelo menos ilustrar, o direito. Uma gravura inserida em várias edições do famoso livro *Praxis rerum criminalium* do jurista flamengo do século dezesseis Joos de Damhouder é um bom exemplo¹⁹. Quando

¹⁸Visualização do azulejo no museu digital da ‘memória da Holanda’, v.: <https://geheugen.delpher.nl/nl/geheugen/view?coll=ngvn&identifier=TM01%3A02245>. Outras referências verbais escritas numa pintura, numa lápide, num retábulo etc. que põem imediatamente uma obra no âmbito do direito e da justiça são máximas como ‘*audi et alteram partem*’ por exemplo, muito popular na decoração de salas de justiça.

¹⁹ Trata-se da ‘*dagvaarding*’ (citação), p.e.: <https://geheugen.delpher.nl/nl/platform/view/dagvaarding-deurwaarders%20damhouder?coll=ngvn&facets%5Bcreated%5D%5B%5D=1565&maxperpage=36&page=1&query=&sortfield=creatordesc&identifier=NCRD01%3A054490375>. Sobre o livro e o seu escritor: Maihold 2016. Sobre a riqueza iconológica das obras de Damhouder, v.: Monballyu 2016.

o autor trata da citação, explica que esta se deve fazer pessoalmente ou, se isto não for possível, por ‘*edicto*’. A gravura nos mostra o que isto significa na prática das cidades flamengas do século dezesseis: o funcionário judicial sobe as escadas da entrada da câmara municipal e lê a citação em voz alta ao público.

Estes simples exemplos mostram como os historiadores de arte e os historiadores do direito se podem ajudar mutuamente. Quanto mais se recua na história do direito e ao longo do período posterior à emergência do *ius commune*, mais parece que os dois tipos de historiadores se entendem. Para ambos, o latim, língua tanto do direito romano como da Igreja, proporciona uma imensidão de textos e a Igreja da época medieval e moderna tem um papel gigantesco tanto na educação e na burocratização quanto na propagação das artes. Um bom conhecimento da Bíblia é primordial para ambos os tipos de historiadores. Para qualquer deles também, a Igreja tem uma influência inegável no desenvolvimento dos conhecimentos através da censura. Já na Idade Média, livros manuscritos espalham-se por toda a Europa, mas, sobretudo depois da invenção da imprensa, o conhecimento é divulgado à escala planetária: tanto o conhecimento normativo do direito, através dos inumeráveis livros jurídicos, como os modelos artísticos, através das gravuras. Em particular os livros de emblemas, gênero de literatura iniciada pelo jurista humanista Andrea Alciato (1492-1550), encontram-se neste cruzamento da história da arte e do direito, juntando conteúdo normativo a imagens (CAZALS, 2013; GOODRICH, 2014; GOODRICH; HAYAERT 2015²⁰).

Não existem muitas plataformas em que os historiadores da arte e do direito se encontrem. A pesquisa da história da arte, na maioria das universidades, é desenvolvida nas faculdades de filosofia e letras, enquanto a maioria dos historiadores do direito são juristas trabalhando nas faculdades jurídicas. Isto fez com que, até muito recentemente, os encontros interdisciplinares fossem raríssimos. Podemos dizer que a iconologia histórica do direito tem sido, até o fim do século vinte, uma pesquisa bastante ‘ocasional’. É típico constatar que, em muitos países, só por ocasião de aniversários especiais de instituições se realizam iniciativas. Foi o caso, por exemplo, na Holanda quando se festejou o bicentenário da organização contemporânea do poder judiciário com uma belíssima exposição; (MOELANDS; DE SMIDT 1999)²¹ na capital espanhola quando se inaugurou o novo ‘*Campus de la Justicia de Madrid*’; (PEREZ-

²⁰ Existe uma revista integralmente dedicada a este tipo de literatura: *Emblematica. An Interdisciplinary Journal for Emblem Studies*.

²¹ Parecidos catálogos/livros, mas numa escala menor são, para a França, Dauchy e Demars-Sion 2001, e, para a Finlândia, Harju 2001.

BUSTAMANTE, 2007 e 2008) em Wetzlar, quando se comemorou o estabelecimento do *Reichskammergericht* (EICHLER *et al.*, 2010²²) ou, em Paris, quando se festejou a abolição da pena de morte com uma impressionante exposição (CLAIR, 2010²³). Duas exposições recentes na Bélgica resultaram em catálogos também muito instrutivos: *The Art of Law* em Bruges (2016-2017) e *Call for Justice* em Malinas (2018) (HUYGEBART *et al.* 2016; MAREEL 2018). A última exposição foi organizada por ocasião da abertura do museu *Hof van Busleyden*, num antigo palácio humanista na cidade que abrigou no antigo regime o ‘Grande Conselho dos Países Baixos’, o tribunal supremo. *The Art of Law*, por outro lado, pode ser considerada como o resultado de uma real cooperação frutífera entre historiadores de arte (tanto da Universidade de Gent como do museu Groeninge, em Bruges, onde se encontram uns belíssimos exemplários de *exempla iustitiae* pintados nos séculos quinze e dezesseis) e historiadores do direito. No âmbito desta iniciativa também se organizou uma conferência internacional de iconologia histórica do direito, cujos anais formam uma coletânea de uma vintena de subsídios de excelente nível para esta área de pesquisa (HUYGEBART *et al.*, 2018b²⁴).

5. UM MÉTODO

Falta ainda um manual introdutório à iconografia histórica do direito²⁵. Entretanto, é importante consultar alguns estudos básicos como ponto de partida, usar o método iconológico e conhecer as fontes (materiais e escritas) mais importantes.

A.

Quanto aos que convencíamos designar como ‘clássicos’, vêm em primeiro lugar (cronológico) várias obras germanófonas: os antigos estudos de Amira, Carlen, Fehr e Schwerin acima mencionados, seguidos pelos livros de referência indispensáveis de Kocher e Schild²⁶. Edição ilustrada magnífica é a coletânea *Recht und Gerechtigkeit*

²² Este livro estuda sobretudo a imagem satírica, crítica e irônica do direito e da justiça.

²³ Livro importantíssimo para o estudo do direito e da justiça penal no século dezanove.

²⁴ Ao livro contribuíram tanto peritos internacionais como jovens investigadores belgas do projeto interuniversitário *Interuniversity Attraction Pole Justice and Populations: The Belgian Experience in International Context, 1795-2015*(Belspo).

²⁵ Uma modesta introdução ao valor da abordagem é Manchester e Becker-Moelands 1991.

²⁶ Kocher 1992 é um tipo de enciclopédia ordenada por símbolo/objeto/imagem/gesto/utensílio; Schild 1995 tem mais uma abordagem temática.

*Spiegel der europäischen Kunst*²⁷. Na jus-historiografia francófona volte-se sempre para o livro básico de Robert Jacob (JACOB, 1994). Na literatura de fala inglesa uma ‘bíblia’ recente é o volumoso *Representing Justice. Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms* de Resnik e Curtis (RESNIK; CURTIS, 2011).

O investigador também pode contar com cada vez mais bancos de imagens disponíveis na internet. Ao lado do mencionado banco de dados fundamental que é Iconclass, podem-se enumerar vários *sites* de museus (como o já referido *Kriminalmuseum*), assim como os bancos de imagens do direito das (bibliotecas das) universidades de Graz²⁸, Modena²⁹ e da *Yale Law School’s Lillian Goldman Law Library Rare Book Collection*³⁰, assim como ‘exposições em linha’, como a do belo projeto *Nomos der Bilder. Manifestation und Ikonologie des Rechts* do *Minerva Forschungsgruppe* do *Kunsthistorisches Institut* de Florença³¹ ou as do muito ativo grupo *Criminocorpus*³².

B.

Quanto ao método a implementar, o historiador do direito deve aplicar as três etapas da análise elaborada pelo grande historiador de arte Erwin Panofsky (1892-1968) (PANOFSKY, 1972 e 1975). Numa primeira fase, a pré-iconográfica, só se descreve a imagem. Parece à primeira vista uma etapa supérflua, mas não é. Ela obriga a *ver* bem, em pormenor. É uma enumeração de todos os personagens e todos os objetos, mas também das cores, formas, texturas, decorações, inscrições... Sobretudo quando nesta primeira fase se comparam imagens parecidas, a comparação já se mostra frutuosa: uma mudança de composição, um detalhe que se adiciona ou se retira, uma outra escolha de cores, uma alteração de luz ou acentos... Quando se comparam, por exemplo, representações do Cristo perante Pilatos (SCHEMPF, 2013), aparece em muitíssimos casos uma vara da justiça na mão do próprio Pilatos ou de um servidor, mas ela tem várias cores e formas, indo de um simples ramo de árvore passando por cabos lisos até uma espécie de cetro, decorado por uma flor-de-lis, uma cruz ou uma coroa... sendo

²⁷ *O direito e a justiça no espelho da arte europeia*, Pleister e Schild 1988. Outra obra básica germanófona é Sellert, 1993.

²⁸ <https://gams.uni-graz.at/context:rehi>.

²⁹ <http://www.fondiantichi.unimo.it/fa/giustizia/default.html>.

³⁰ <http://library.law.yale.edu/rarebooks;%20v.%20tamb%C3%A9m%20Widener%20e%20Weiner,%202017>

³¹ <http://photothek.khi.fi.it/documents/oau/00000250?Language=en>.

³² <https://criminocorpus.hypotheses.org/>.

todos estes detalhes indicadores da região e da época de produção da pintura analisada, muitas vezes anônima. Para esta primeira fase não se precisa de muitos livros, mas ajuda, sobretudo a experiência pessoal. É bom fazer o exercício de descrever de forma pormenorizada uma obra. Para fazer as comparações, a internet hoje em dia e, mais concretamente, os bancos de dados acima mencionados prestam bons serviços.

A segunda fase é a iconográfica em sentido estrito: o que querem dizer os objetos, as formas, os símbolos? No Juízo Final, por exemplo, a espada e o lírio dos dois lados da cabeça do Cristo simbolizam que um julgamento justo tem de ser severo e duro, mas que tem de mostrar também, na medida que possível, misericórdia. É óbvio que a balança se refere a um equilibrar necessário dos interesses de ambas as partes num processo. Um juiz bem-colocado no seu trono entre um homem rico e um pobre, sem nenhuma inclinação para um ou outro, personifica perfeitamente o julgador não corrompível. Uma balança desequilibrada, uma espada derretendo, um juiz abrindo as mãos para receber propina, ao contrário, fazem alusão à corruptibilidade. Mas o que faz um grou ao lado da Justiça, vai para muitos hoje em dia permanecer um mistério. A ave representa na iconografia cristã a vigilância. Ela muitas vezes tem uma pedra num pé; quando adormece, a deixa cair, o que, de novo a desperta, obrigando-a desta maneira a estar constantemente vigilante. E não se confunda o grou com o avestruz (o que salienta a importância da descrição detalhada do primeiro passo metódico), que também é popular na iconografia de justiça, tendo origens remotas no Egito. Porque o avestruz tem plumas retas do mesmo tamanho, é considerado ícone de igualdade. É, aliás, o símbolo da paciência e da coragem dos juizes, que têm de resolver casos difíceis e penosos, sendo o avestruz considerado um animal que consegue digerir as coisas mais duras, até ferro.

Depois desta análise descritiva da imagem, o pesquisador vai procurar as mensagens que o artista (ou os seus comitentes) pretendia(m) comunicar. Para esta segunda fase, usam-se sobretudo os dicionários e as introduções gerais à iconografia (*supra*). Algumas obras iconográficas do antigo regime são da maior importância, porque inspiraram já os artistas dos séculos passados: para a iconografia em geral destaca-se o livro *Iconologia* de Cesare Ripa (1560-1622), que teve diversas edições ilustradas em várias línguas, a partir de 1603; para a iconografia do direito em particular, são relevantes: o livro *Emblemata* (1531) do já referido Andrea Alciato, e a coleção de gravuras *Thronus Iustitiae, duodecimpulcherrimistabulis artificio sissime aeri incisis illustratus* (1605–1606) de Willem van Swanenburg (1580–1612),

que gravou os desenhos de Joachim Wtewael (1566–1638) (HUYGEBART *et al.*, 2016, p. 56-60).

Na terceira fase, a iconológica, mais ampla, o pesquisador vai mais além para investigar os meios artísticos, institucionais e pessoais nos quais a obra estudada foi originada. De novo se faz uma comparação, agora através de literatura secundária. É neste momento que entram em consideração pontos de vista, métodos e conhecimentos também da historiografia, da filosofia, da etnografia, da sociologia, da psicologia, dos estudos culturais, etc. Paradigmas do *Visual Literacy* aplicam-se aqui, na área do direito e da justiça.

C.

Quanto às fontes materiais, não se deve excluir material algum. As imagens pesquisadas são na maioria dos casos obras de arte (o seu valor artístico intrínseco fez com que se preservassem), mas não apenas. Há relíquias arqueológicas da antiga administração da justiça como pelourinhos, ferramentas de tortura, restos arquitetônicos etc. que podem ajudar a interpretar velhas representações. Ao nível da própria arte, estão em causa pinturas, estátuas, baixos-relevos, tapeçarias, gravuras, desenhos... encomendados por juristas particulares ou instituições (retratos, *exempla iustitiae*, imagens do Santo Ivo e outros santos padroeiros de juristas, como São Lourenço, São Nicolau ou São Marco) e destinados à decoração da casa privada, do ‘lugar de justiça’, de uma capela, de um monumento funerário etc. Menores mas não menos interessantes são as iluminuras de manuscritos e as gravuras em livros impressos. Escassos mas instrutivos são os pequenos desenhos que fazia, de vez em quando, o escrivão enquanto estava a assistir a um processo ou à execução de uma pena³³. E não nos esqueçamos do material topográfico: antigos mapas contêm normalmente indicações de lugares de justiça, como a sede de um tribunal ou os locais de execução da pena (forcas, patíbulos, pontes, abismos).

D.

Quanto às fontes escritas, não há quase nenhuma fonte a excluir.

³³ Um escrivão da cidade francesa de Lille, por exemplo, desenhou como um condenado à ‘*amende honorable*’ tinha de andar pelo centro da cidade num camisão simples, sem chapéu e sem sapatos, com uma tocha na mão, Lottin e Delsaut 2012.

- Fontes primárias são os documentos que se encontram nos inumeráveis arquivos, tanto privados como públicos: existem centros de estudo focando num só artista ou num certo estilo ou escola; preservaram-se arquivos de corporações de artistas; os registros de deliberações assim como de correspondência de ministérios, administrações, conselhos, cortes e tribunais podem revelar informação sobre encomendas artísticas, e não nos esqueçamos das contas, que nos dizem quanto custava uma obra; como fontes de direito, contam tanto a legislação (às vezes contendo ilustrações, como já referido) como a jurisprudência (sentenças condenando, por exemplo, linguagem artística proibida ou mandando executar uma obra de arte, ou anotadas pelos desenhos ilustrativos marginais acima mencionados) ou a doutrina (ilustrada).

- Entre as fontes secundárias ou, digamos, estudos, destacam-se (velhos) livros de direito, assim como a literatura jus-historiográfica e de história da arte, mas também pesquisas historiográficas em geral ajudam a contextualizar, assim como literatura científica de teologia (visto o impacto enorme da Bíblia na iconografia ocidental), de ética e de filosofia (por causa da representação de grandes conceitos), assim como da literatura (porque em romances, poesia e teatro se espelham aspectos do direito e da justiça de maneira análoga à elaboração de obras plásticas; o gênero dos *exempla* nomeadamente existia na literatura antes de receber expressão nas artes plásticas; tópicos clássicos de crítica, como a corruptibilidade do juiz ou a avidez do advogado também aparecem nas várias artes).

6. ALGUNS TEMAS CLÁSSICOS

Seria impossível enumerar todas as temáticas já estudadas pelas lentes da iconologia histórica do direito, mas há claramente alguns assuntos favoritos, que são de fato quase inesgotáveis, pois estão sempre abertos a novos olhares comparativos.

A personificação da justiça, uma dama³⁴ com a balança e a espada, muitas vezes vendada a partir do século dezesseis, já foi tratada por inumeráveis autores, uns focando-se na sua origem divina e ética, outros nos atributos, tanto nos tradicionais

³⁴ Não é necessariamente uma 'deusa', como escrevem muitos. Só na época romana ha uma deusa *Justitia*; os gregos ainda faziam uma diferença entre *Diké* e *Thémis*; a partir da Idade Média '*Justitia*' é uma das quatro virtudes cardeais (junto com a temperança, a fortaleza e a prudência). Sobretudo o duplo *Justitia-Prudentia* torna-se muito popular nas decorações de lugares de justiça e de livros de leis, sentenças e doutrina, ou seja da '*juris-prudentia*'. Com base nos Salmos, também o par *Justitia-Paz* é onipresente em salas de justiça e livros de direito.

acima mencionados como em outros como o livro, o globo ou a esfera, a coroa, e mesmo o grou ou o avestruz³⁵. Sobretudo a estranha história da venda fica ainda por esclarecer completamente. É usada pela primeira vez, de forma muito crítica, numa gravura atribuída a Albrecht Dürer (1471-1528) e ilustrando um capítulo de *A Nave dos Loucos* do jurista Sebastian Brant (1457-1521), no qual o autor se debocha do abuso processual, das chicanas e da litigância excessiva. Só ao longo do século dezesseis aparecem damas Justiça de olhos vendados com o novo sentido que esta cegueira imposta assegura: a imparcialidade, a independência, a neutralidade, a ausência de preconceitos e o desprezo pelas aparências.

Outro tema clássico de pesquisa é a organização espacial e a decoração dos lugares de justiça: ao ar livre, no pórtico de uma igreja ou de uma câmara municipal, nas salas e paços de justiça³⁶. Representações recorrentes nestes casos são os *exempla iustitiae* (HUYGEBART *et al.*, 2016, p. 37-56; LEDERLE, 1937; MARTYN, 2006; SUTTER, 2008³⁷), obras de arte encomendadas por instituições judiciárias para decorar as suas salas públicas ou privadas com o intuito de moralizar ou inspirar os juízes, contando de maneira muito imagética, quase como numa revista em quadrinhos, as histórias de grandes exemplos de jurisdição justa, como a justiça de Salomão (SCHILD, 1993), de Daniel sobre a casta Susana (JACKSON, 1977; KOCHER, 1985), do rei Cambises (VERSTEGEN, 2018), do imperador Trajano (LEEUWEN, 2002), do líder grego Zaleucos (HUYGEBART *et al.*, 2016, p. 46-47), ..., sendo o exemplo maior, presente em quase cada lugar ou sala de justiça do antigo regime europeu o Último Juízo (HUYGEBART *et al.*, 2016, p. 13-28³⁸), com o Arcanjo Miguel empunhando a espada e a balança (HARJU, 2000, p. 286-287).

Gravuras, soltas ou em livros jurídicos, religiosos e éticos (páginas de título, frontispícios, ilustrações, iluminuras ou ornamentações) (GOODRICH, 2014; RÖHL,

³⁵ Estudos profundos são: Degen 2008 (catálogo de uma exposição); García 2016; Kissel 1984; Ostwaldt 2009; Prospero 2008; Robert 1993; Rodríguez López 2003; Sbriccoli 2005. Entre as publicações lusófonas, vale destacar vários artigos de Bruno Lacerda em Lacerda & Sette Lopes 2010, assim como Franca Filho *et al.* 2011. A Justiça mais conhecida no Brasil é sem dúvida a monumental justiça sentada de Alfredo Ceschiatti (1918-1989) em frente do Supremo Tribunal Federal, v. por exemplo Salgado 2012 (fazendo referência, tal como vários outros estudos lusófonos a Cruz 1971, que infelizmente cometeu vários erros históricos, como p.e. atribuindo a venda já à deusa romana).

³⁶ Association française pour l'histoire de la Justice 1992; Hubrich 2018; Huygebaert 2019; Khorakiwala 2019; Klemmer *et al.* 1995; Lacchè 2019; Mulcahy 2011; Resnik e Curtis 2011; Robert 1996.

³⁷ Lederle 1937; Martyn 2006; Sutter 2008.

³⁸ V. também as contribuições de Clare Sandford-Couch ("Changes in Late-Medieval Artistic Representations of Hell in the Last Judgment in North-Central Italy, ca. 1300–1400: A Visual Trick?") e de Mia Korpiola ("Medieval Iconography of Justice in a European Periphery: The Case of Sweden, ca. 1250–1550") em Huygebaert *et al.* 2018b, 89-110 resp. 63-87. Renoux-Zagame 2004; Tröscher 1939.

2005), são um objeto interessante de estudo, porque a sua publicação em grande número levou a que imagens fossem divulgadas por todo o mundo, dando início a recepções diversas e adaptações locais por outros artistas. Os acima mencionados livros de emblemas merecem destaque particular. Estas gravuras têm os seus antecessores nas iluminuras medievais, que estavam abundantemente presentes nos manuscritos de direito canônico e romano (L'ENGLE; GIBBS, 2001³⁹), assim como em obras/coleções que tinham operado a redação do direito costumeiro (destaca-se, como exemplo deste último tipo, o *Bilderhandschrift* do *Sachsenspiegel*, que deu origem a múltiplos estudos) (LÜCK *et al.*, 2006⁴⁰).

Tópicos de direito privado frequentemente representados são o matrimônio (e outros sacramentos regulados pelo direito canônico) e o comércio, mas é, sobretudo a própria administração de justiça, em particular a penal, que é descrita em imagens. Também as vidas dos mártires dão a possibilidade de representar juízes, carrascos e suplícios (Behrmann, 2015; Behrmann e Priedl, 2014).

Existem provavelmente poucas obras de arte que simplesmente registram a realidade. Obras que têm, sobretudo um papel legitimador, como os *exempla iustitiae* ou um Santo Ivo, exaltam tudo o que toca ao direito (salientando, por exemplo, a incorruptibilidade) e podiam até ser vistas como propaganda. Há, por outro lado, muita arte crítica, humorística ou não, satírica ou ao menos irônica (CHAUVAUD; VERNIS, 2004; EICHLER *et al.*, 2010; HUYGEBART *et al.*, p. 132-135 e p. 178-181; WIJFFELS, 2018). Muita arte, alguma de feição popular, retrata o jurista como uma ave de rapina, uma raposa ou um macaco; juízes são dormentes, preguiçosos, avaros e corruptíveis. Com a expressão '*Juristen Böse Christen*' se dizia no antigo regime que um jurista não podia ser bom cristão (MARTYN, 2018⁴¹). Há particularidades (como também revelam a literatura, o teatro, a poesia e as canções) quanto aos defeitos atribuídos às várias profissões, cujos retratos estão ainda por fazer na iconologia histórica do direito.

Estão também por fazer: o inventário de obras de arte executadas em cumprimento de uma sentença condenatória (WIN, 2018), uma profunda análise da

³⁹ E.g. um projeto recente prometedor é *Ius illuminatum*, coordenado por Maria Alessandra Bilotta na Universidade Nova de Lisboa, <https://iusilluminata.fcsh.unl.pt/>.

⁴⁰ E.g. o catálogo: Koolman *et al.* 1995.

⁴¹ Particularmente popular no antigo regime é a crítica à burocratização dos tempos modernos pelo retrato do escritório do 'advogado camponês' (Pieter Brueghel the Younger (1564-1636), *Village Lawyer*); o artista crítico mais conhecido do século dezanove é Honoré Daumier (1808-1879); mas também Georges Rouault (1871-1958) e James Ensor (1860-1949) esboçam magistrados de maneira bastante crítica, e.g. *Les Bons Juges*.

execução *in effigie* (que ocorria quando a execução da pena era realizada através de uma representação do condenado, este tendo fugido da jurisdição, assim escapando à pena), as várias formas da *amende honorable*, o uso das cores num contexto jurídico (o vermelho é a cor da justiça desde o manto do Cristo do Último Juízo passando pelas togas dos juízes superiores até os logotipos das faculdades de direito), a persistência dos ordálios depois da sua abolição pela Igreja em 1215, as várias formas das varas e martelos de justiça, a presença de cães e outros animais em muitas representações jurídicas, o inventário das inscrições de direito romano, canônico e costumeiro em obras de arte, as adaptações de modelos europeus nas colônias...

7. CONCLUSÃO: CONVITE

Na jus-historiografia lusófona os subsídios à iconologia histórica do direito ainda são escassos. No Brasil destacam-se as publicações de Bruno Amaro Lacerda e de Marcílio Toscano Franca Filho, que se inserem nas linhas de pesquisa europeias (FRANCA FILHO *et al.*, 2011; LACERDA, 2011; LACERDA, 2012; LACERDA & SETTE LOPES, 2010). Em Portugal, registam-se contribuições interessantes por parte do filósofo e teórico do direito Paulo Ferreira da Cunha (1993 e 2004).

Mas ainda há muito por pesquisar, tanto no Brasil como em Portugal! Como é que as imagens da justiça da metrópole se transformaram no contexto colonial brasileiro? A justiça fazia parte integrante da propaganda imperial? Encontram-se ainda imagens indígenas de justiça? Em que medida a arte crítica contemporânea enfoca os problemas da administração da justiça? Portugal tem hoje na Europa provavelmente o maior número de pelourinhos (ROSA, 2015), que fruiriam de uma pesquisa aprofundada dos seus estilos e usos. O país tem também, nos Antigos Paços da Audiência de Monsaraz, uma das mais antigas representações de *O Bom e o Mau Juiz*. No antigo regime, a inquisição portuguesa foi uma das mais ativas na implementação das regras canônicas do Concílio de Trento. Vários dossiês de ‘arte perseguida/condenada’ esperam na Torre do Tombo por serem investigados. A decoração dos tribunais por tapeçarias durante o Estado Novo parece outro lindíssimo caso de estudo transdisciplinar sobre as interações entre artistas, juristas e o poder político. No Brasil, onde vários paços de justiça ainda têm capelas, a iconografia judiciária parece continuar muito mais ‘religiosa’ do que na Europa. É, ao menos, tempo de inventariar os acervos.

Espero, com esta breve introdução, ter despertado alguma curiosidade científica. A lista de referências bibliográficas pode servir de guia para ir mais além. Seria fantástico se este subsídio pudesse incentivar a iconologia histórica do direito no mundo lusófono.

Sintam-se convidados!

8. REFERÊNCIAS

AGULHON, Maurice, **Marianne au combat. L'imagerie et la symbolisme républicaines de 1789 à 1880**, Paris: Flammarion, 1979

AMIRA, Karl von e SCHWERIN, Claudius von, **Rechtsarchäologie. Gegenstände, Formen und Symbole des Germanischen Rechts**, Berlim: Ahnenerbe-StiftungwideVerlag, 1943.

Association française pour l'histoire de la Justice, **La justice et ses temples, regards sur l'architecture judiciaire en France**, Paris: Editions Errance, 1992.

BANKS, Marcus, **Visual Methods in Social Research**, Londres: Sage, 2001.

BEHRMANN, Carolin, **Tyrann und Märtyrer: Bild und Ideengeschichte des Rechts um 1600**, Berlim: De Gruyter, 2015.

BEHRMANN, Carolin e PRIEDL, Elisabeth (coord.), **Autopsia: Blut- und Augenzeugen. Extreme Bilder des Christlichen Martyrtums**, Munique: Wilhelm Fink, 2014.

BLOCK, Jane (ed.), “Chapter 6. The Art of the Law: Le Jeune Barreau, Patron of Arts and Letters”, in: Jane Block (coord.), **Belgium, The Golden Decades, 1880-1914**, New York: Peter Lang, 1997, 181-219.

BOEHME-NEßLER, Volker, **Pictorial Law: Modern Law and the Power of Pictures**, Cham: Springer, 2011.

CARR-GOMM, Sarah, **The Dictionary of Symbols in Western Art**, Nova Iorque: Facts on File, 1995.

CAZALS, Géraldine, “Les juristes et l’emblématique au temps de la Renaissance”, **Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique**, 33, 2013, 37-124.

CAZENAVE, Michel, **Encyclopédie des symboles**, Paris: La Pochothèque, 1996.

CHAUVAUD, Frédéric e Vernois, Solange, “Croquis, dessins et caricatures: La justice en images”, em: **Sociétés & Représentations**, 18, 2004.

CHEVALIER, Jean e GHEERBRANT, Alain, **Dictionnaire des symboles. Mythes, rêves, coutumes, gestes, forms, figures, couleurs, nombres**, Paris : Robert Laffont-Jupiter, 2005.

- CLAIR, Jean (coord.), **Crime et châtement**, Paris: Musée d'Orsay & Gallimard, 2010.
- CRUZ, Sebastião, **Jus drectum (directum)**, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1971.
- DAUCHY, Serge e DEMARS-SION, Véronique, **La Justice dans le Nord. Trois siècles d'histoire (1667-1967)**, Lille: Centre d'Histoire Judiciaire, 2001.
- DEGEN, Barbara, **Justitia ist eine Frau. Geschichte und Symbolik der Gerechtigkeit. Katalog zu der Ausstellung Füllhorn, Waage, Schwert**, Opladen: Verlag Barbara Budrich, 2008
- DOUZINAS, Costas e NEAD, Lynda (coord.), **Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law**, Chicago: University of Chicago Press, 2019
- DUVE, Thomas, "Pragmatic Normative Literature and the Production of Normative Knowledge in the Early Modern Iberian Empires in the 16th-17th Centuries", **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, nr. 2019-19, <http://ssrn.com/abstract=3447223>.
- EICHLER, Anja ; FUBWINKEL, Eva e LÖFFLER, Nadine (coord.), **Spott und Respekt. Die Justiz in der Kritik**, Petersberg: Michael Imhof Verlag, 2010.
- FEHR, Hans, **Das Recht im Bilde**, Zürich: Rentsch, 1923.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo, "Simbologia do Direito. Introdução à semiótica jurídica", em: **Princípios de Direito. Introdução à Filosofia e Metodologia jurídicas**, Porto: Rés, 1993 (trad. alemã: "Die Symbole des Rechts. Versuch einer Synthese", **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, 1994, 85-95; trad. francesa: "La balance, le glaive et le bandeau. Essai de symbologie juridique", *Archives de Philosophie du Droit*, 40, 1996, 106-121).
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo, **O Tímpano das Virtudes. Arte, Ética e Direito**, Coimbra: Almedina, 2004.
- FLECKNER, Uwe ; WARNKE, Martin e ZIEGLER, Hendrik (coord.), **Handbuch der politischen Ikonographie**, Munique: Beck, 2011.
- FRANCA FILHO, Marcílio; LACERDA, Bruno Amaro e MURACHCO, France, "Da arte de pintar a justiça: um diálogo entre Mantegna e Momo por Battista Fiera de Mântua", **Prisma Jur.**, 10.2, 2011, 423-441.
- GARCÍA, José M. González, **La Mirada de la justicia**, Madrid: Antonio Machado, 2016.
- GOODRICH, Peter, "On the futures of the fingerpost", **Critical Inquiry**, 39, 2013, 498-531.
- GOODRICH, Peter, **Legal Emblems and the Art of Law: Obiter Depicta as the Vision of Governance**, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- GOODRICH, Peter e HAYAERT, Valérie (coord.), **Genealogies of Legal Vision**, Nova Iorque: Routledge, 2015.

- HALL, James, **Dictionary of Subjects and Symbols in Art**, Londres: John Murray, 1974.
- HARJU, Virpi (coord.), **Oikeuden kuva. Bilden av rätten och rättvisan**, Helsinki: Riksdag-biblioteket, 2000.
- HEINZ-MOHR, Gerd, **Lexikon der Symbole, Bilder und Zeichen der christlichen Kunst**, Düsseldorf: Diederichs, 1971.
- HUBRICH, Ann-Kathrin, “**Multi-layered Functions of Early Modern Courtroom Equipment: Lüneburg for Example**”, em: Huygebaert *et al.* 2018b, 149-164.
- HUNT, Lynn, **Politics, Culture and Class in the French Revolution**, Berkeley: University of California Press, 1984.
- HUYGEBART, Stefan; MARTYN, Georges; PAUMEN, Vanessa e VAN POUCKE, Tine (coord.), **The Art of Law. Three Centuries of Justice Depicted** (cat. expo Bruges), Tiel: Lannoo, 2016.
- HUYGEBART, Stefan; CONDELLO, Angela; MARUSEK; Sarah e ANTAKI, Mark (coord.), **Sensing the Nation’s Law. Historical Inquiries into the Aesthetics of Democratic Legitimacy**, Cham: Springer, 2018(a).
- HUYGEBART, Stefan; MARTYN, Georges; PAUMEN, Vanessa, BOUSMAR, Eric e ROUSSEAUX, Xavier (coord.), **The Art of Law. Artistic Representations and Iconography of Law and Justice in Context, from the Middle Ages to the First World War**, Cham: Springer, 2018(b).
- HUYGEBART, Stefan, **Visual Ideals of Law & Justice. An Iconological Inquiry into Nineteenth-Century Belgian Legal Art**, Gent, tese de doutorado (história de arte), Gent, Ghent University, 2019.
- JACOB, Robert, **Images de la justice. Essai sur l’iconographie judiciaire du Moyen Âge à l’âge classique**, Paris: Le Léopard d’Or, 1994.
- JACKSON, Bernard S., “Susanna and the singular history of singular witnesses”, **Acta Juridica**, 1977, 37-50.
- JÄGER, Jens, “Überlegungen zu einer historiografischen Bildanalyse”, **Historische Zeitschrift**, 304, 2017, 655-682.
- JOLY, Martine, **Introduction à l’analyse de l’image, Paris: Nathan, 1994 (trad. port.: Introdução à análise da imagem, Campinas: Papirus, 2003).**
- JOLY, Martine, **L’image et les signes: approche sémiologique de l’image fixe**, Paris: Armand Collin, 2011 (trad. port.: **A imagem e os signos**, Lisboa: Edições 70, 2005).
- KIRSCHBAUM, Engelbert *et al.* (coord.), **Lexikon der christlichen Ikonographie**, Roma: Helder, 1968-1976.
- KISCH, Guido, **Recht und Gerechtigkeit in der Medaillenkunst**, Heidelberg: Heidelberger Akademie der Wissenschaften, 1955.

KISSEL, Otto Rudolf, **Die Justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst**, Munique: Beck, 1984.

KLEMMER, Klemens ; WASSERMANN, Rudolf e WESSEL, Thomas Michael, **Deutsche Gerichtsgebäude. Von der Dorflinde über den Justizpalast zum Haus des Rechts**, Munique: Beck, 1995.

KOCHER, Gernot, “Die Causa der Susanna. Ein Beitrag zum Thema der Gerechtigkeitsdarstellungen”, **Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde**, 7, 1985,47-69.

KOCHER, Gernot, **Zeichen und Symbole des Rechts. Eine historische Ikonographie**, Munique: Beck, 1992.

KOOLMAN, Egbert; GÄSSLER, Ewald e SCHEELE, Friedrich (cood.), **Beiträge und Katalog zu den Ausstellungen ‘Bilderhandschriften des Sachsenspiegels – Niederdeutsche Sachsenspiegel’ und ‘Nun vernehmet in Land und Stadt Oldenburg, Sachsenspiegel – Stadtrecht**, Oldenburg: Stadtmuseum, 1995.

KHORAKIWALA, Rahela, **From the Colonial to the Contemporary Images, Iconography, Memories, and Performances of Law in India’s High Courts**, London: Routledge, 2019.

LACCHÈ, Luigi, “Also and Above all a Regime of Justice’. Criminal Law and the Aesthetics of Justice under the Italian Fascist Regime: The Role of Architecture and the Visual Arts”, em: **Ideology and Criminal Law. Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes**; Londres: Hart Publishing, 2019, 9-26.

LACERDA, Bruno Amaro e SETTE LOPES, Mônica, **Imagens da Justiça**, São Paulo: LTr, 2010.

LACERDA, Bruno Amaro, “A justiça na arte figurativa de Giotto e Lorenzetti”, em: **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte – MG nos dias 22, 23, 24 e 25 de Junho de 2011**, Belo Horizonte, 2011, 6293-6306.

LACERDA, Bruno Amaro, “Balança, espada e venda: a justiça e a imparcialidade do juiz”, em: **Direito, filosofia e arte. Ensaio de fenomenologia do conflito**, Sebastião Trogo e Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (coord.), São Paulo: Rideel, 2012, 33-50.

LEDERLE, Ursula, **Gerechtigkeitsdarstellungen in deutschen und niederländischen Rathäusern**, Philippsburg: Kruse, 1937.

LEEUWEN, Jacoba Van, “Trajan and Herkenbald: the combination of two exempla justitiae in the medieval Low Countries”, em: **Als ich can: liber amicorum in memory of Professor Dr. Maurits Smeyers**, Bert Cardon *et al.*(org.), Lovaina: Peeters, 2002, 1483-1500.

L’ENGLE, Susan e GIBBS, Robert (coord.), **Illuminating the Law: Legal Manuscripts in Cambridge Collections**, Londres: Harvey Miller Publishers, 2001.

LOREA LEITE, Maria Cecília e DURO DIAS, Renato, “Diálogos entre imagens, justiça e educação jurídica”, **Currículo sem Fronteiras**, 16.1, 2016, 5-20.

LOTTIN, Alain e DELSAUT, Laurence, **Sentences criminelles de la Gouvernance de Lille, 1585-1635: étude, documents et dessins du registre 12 120 des Archives municipales de Lille**, Arras: Artois Presses Université, 2012.

LÜCK, Heiner, Haffner, Thomas, Perrin, Marion e Weinert, Jörn (coord.), **Eike von Regow. Sachsenspiegel. Die Dresdner Bilderhandschrift Mscr.Dresd. M 32. Vollständige Faksimile-Ausgabe im Originalformat der Handschrift aus der Sächsischen Landesbibliothek – Staats- und Universitätsbibliothek Dresden**, Graz: Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 2006-2011.

LUNELLI, Isabella Cristina, Rosas; ELGUETA, María Francisca e GONZALEZ, Eric Palma, “Introdução: a produção de ‘outros’ conhecimentos com o uso da iconografia para a transformação do ensino do direito”, em: Rosas, Maria Francisca Elgueta; Gonzalez, Eric Palma e Lunelli, Isabella Cristina (org.), **Conhecimento, iconografia e ensino do direito**, São Leopoldo: Casa Leiria, 2016, II, 9-18.

MAIHOLD, Harald, “Praxis rerum criminalium (Practical Handbook on Criminal Matters) 1554”, em: Serge Dauchy *et al.* (coord.), **The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing**, Cham: Springer, 2016, 99-102.

MAISEL, Witold, “Gegenstand und Systematik der Rechtsarchäologie”, **Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde**, 1, 1978, 4-24.

MANCHESTER, A.H. e BECKER-MOELANDS, Margreet A., “An introduction to iconographical studies of legal history”, em: **Legal history in the making. Proceedings of the ninth Brit-ish legal history conference, Glasgow, 1989**, coord. W.M. Gordon e T.D. Fergus, Londres: Continuum, 1991, 85-94.

MAREEL, Samuel (coord.), **Call for Justice. Art and Law in the Low Countries, 1450-1650**, [cat. exp. Malinas Museum Hof van Busleyden, 23.03.2018-24.06.2018], Malinas: Hannibal, 2018.

MARTYN, Georges, “Painted Exempla Iustitiae in the Southern Netherlands”, em: **Symbolische Kommunikation voor Gericht in der Frühen Neuzeit**, coord. Reinhard Schulze, Berlim: Duncker & Humblot, 2006, 335-356.

MARTYN, Georges, “Legal Iconography in a Devotional Triptych: The Eight Beatitudes (Anonymous, Ghent, 16th century)”, **Signa Ivris. Beiträge zur Rechtsikonographie, Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde**, 13, Halle an der Saale: Peter Junkermann Verlag, 2014, 125-146.

MARTYN, Georges, “Jurists, bad Christians? Men of the law in paintings of the early modern period”, em: **Mareel** 2018, 63-81.

MARTYN, Georges, “Divine Legitimation of Judicial Power and its Iconographical Impact in Western Culture”, **Human(ities and) Rights Global Network Journal**, 1.1, 2019, 230-271.

MITCHELL, William John T., **Iconology, Image, Text, Ideology**, Chicago: University of Chicago Press, 1986.

MITCHELL, William John T., **Picture Theory: Essays on Verbal and Visual Representation**, Chicago: University of Chicago Press, 1994.

MOELANDS, Margreet e SMIDT, J.Th. (coord.), **Weegschaal en zwaard. De verbeelding van recht en gerechtigheid in Nederland** [cat. Exp. A Haia], A Haia: Jong-bloed Juridische Boekhandel, 1999.

MONBALLYU, Jos, “Joos de Damhouder, an internationally influential jurist from Bruges”, em: **Huygebaert et al.** 2016, 106-119.

MORALES Y MARIN, José Luis, **Diccionario de iconología y simbología**, Madrid: Taurus, 1984.

MULCAHY, Linda, **Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law**, London: Routledge, 2011.

NETTEL, Ana Laura, “The Power of Image and the Image of Power: the Case of Law”, **Word and Image**, 21.2, 2005, 136-149.

OSTWALDT, Lars, **Aequitas und Justitia. Ihre Ikonographie in Antike und Früher Neuzeit (Signa Iuris, 3)**, Halle (Saale): Peter Junkmann Verlag, 2009.

PANOFSKY, Erwin, “Ikonographie und Ikonologie. Eine Einführung in die Kunst der Renaissance”, em: Erwin Panofsky, **Sinn und Deutung in der bildenden Kunst**, Colônia: DuMont, 1975 (trad. Inglesa: **Meaning in the visual arts**, Nova Iorque: Doubleday Anchor Books, 1955; trad. Portuguesa: **Significado nas artes visuais**, São Paulo: Perspectiva, 2011).

PANOFSKY, Erwin, **Studies in Iconology: Humanistic Themes in the Art of the Renaissance**, Nova Iorque: Icon Editions, 1972.

PAUMEN, Vanessa, “The Skin of the Judge: The Judgment of Cambyses”, em: **Huygebaert et al.** 2016, 81-91.

PEREZ-BUSTAMANTE, Rogelio (coord.), **Iustitia. La Justicia en las artes**, Madrid: Fundación Carlos de Amberes, 2007.

PEREZ-BUSTAMANTE, Rogelio (coord.), **Campus. Imágenes de la Justicia**, Madrid: Real Fábrica de Tapices, 2008.

PLEISTER, Wolfgang e SCHILD, Wolfgang, **Recht und Gerechtigkeitem Spiegel der europäischen Kunst**, Colônia: DuMont, 1988.

POESCHEL, Sabine, **Handbuch der Ikonographie**, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2005.

PROSPERI, Adriano, **Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine**, Turim: Einaudi, 2008.

RENOUX-ZAGAME, Marie-France, “Justice divine”, em: **Dictionnaire de la Justice**, L. Cadiët et al. (org.), Paris: Presses Universitaires de France, 2004, 752-753.

RESNIK, Judith e CURTIS, Dennis, **Representing Justice. Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms**, New Haven (CT): Yale University Press, 2011.

REYSCHER, August Ludwig, **Beiträge zur Kunde des deutschen rechts. Erster Beitrag. Ueber die Symbolik des germanischen Rechts**, Tübingen: Ludwig Froedrich Fues, 1833.

RIBNER, Jonathan P., **Broken Tablets. The Cult of the Law in French Art from David to Delacroix**, Berkeley: University of California Press, 1993.

ROBERT, Christian-Nils, **Une allégorie parfaite. La Justice: vertu, courtisane et bourreau**, Genebra: Georg Éditeur, 1993.

ROBERT, Christian-Nils, **La justice dans ses décors (XVe-XVIe siècles)**, Genebra: Droz, 1996.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, María Isabel, “La imagen de la justicia en las artes plásticas (desde la Antigüedad hasta las postrimerías del Medioevo)”, **Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales**, 1, 2003, 1-26.

REAU, Louis, **Iconographie de l'artchrétien**, Paris: PUF, 1955-1959.

RÖHL, Klaus F, “Bilder in gedrucktenRechtsbüchern”, em: **Rechtvermitte In: Strukturen, Formen und Medien des Kommunikation im Recht**, coord. Kent D. Lerch, III, Berlim: Walter de Gruyter, 2005, 267-347.

ROSA, António Amaro, **O Pelourinho Português. Do vandalismo oitocentista à reabilitação pelo Estado Novo (1820-1974)**, Casal de Cambra: Caleidoscópico, 2015.

ROSE, Gillian, **Visual Methodologies. An Introduction to the Interpretation of Visual Materials**, Londres: Sage, 2007.

SALGADO, Gisele Mascarelli, “A justiça sentada: a imagem da justiça brasileira na escultura de Ceschiatti”, **Âmbito Jurídico**, 15, n. 100, maio 2012, http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11716&revista_caderno=15.

SARAT, Austin; ANDERSON, Matthew e FRANK, Cathrin O., **Law and the Humanities: An Introduction**, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

SBRICCOLI, Mario, “La triade, le bandeau, le genou. Droit et procès pénal dans les allégories de la Justice du Moyen Âge à l'âge moderne”, **Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History and Societies**, 9.1, 2005, 33-78.

SCHEMPF, Herbert, “Christus vor Pilatus, Kaiphas und dem Hohen Rat. Ein Bildtypus wandert durch Europa”, **Signa Iuris**, 12, 2013, 229-238.

SCHILD, Wolfgang, “Das Urteil des Königs Salomon”, em: **Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur zum 70. Geburtstag**, ed. Fritjof Haft, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, 281-297.

SCHILD, Wolfgang, **Bilder von Recht und Gerechtigkeit**, Colônia: DuMont, 1995.

SELLERT, Wolfgang, **Recht und Gerechtigkeit in der Kunst**, Göttingen: Wallstein Verlag, 1993.

SHERWIN, Richard K., “Introduction: Law, Culture, and Visual Studies”, em: **Law, Culture and Visual Studies**, ed. Anne Wagner e Richard K. Sherwin, Londres: Springer, 2014, p. xxxiii-xli.

STERN, Simon; Meyler, Bernadette e Del Mar, Maksymilian (coord.), **Oxford Handbook of Law and Humanities**, Oxford: Oxford University Press, 2020.

SUTTER, Christiane, **Flämische Gerechtigkeitsbilder des 15. Jahrhunderts: die Visualisierung spätmittelalterlicher Auffassungen von Recht und Moral**, Saarbrücken: VDM, 2008.

TERVARENT, Guy de, **Attributs et symboles dans l’art profane, 1450-1600. Dictionnaire d’un langage perdu**, Genebra: Droz, 1958-1964.

TRÖSCHER, Georg, “Weltgerichtsbilder in Rathäusern und Gerichtsstätten”, **Wallraf-Richartz-Jahrbuch**, 11, 1939, 139-214.

VERSTEGEN, Raf, “The Judgment of Cambyses: A Rich Iconographical Topic with Multiple Sources and a Long Tradition”, em: **Huygebaert et al.** 2018b, 125-147.

VILLEZ, Barbara, **Television and the Legal System**, Nova Iorque: Routledge, 2010.

WAGNER, Anne e SHERWIN, Richard (coord.), **Law, Culture and Visual Studies**, Cham: Springer, 2014.

WARNKE, Martin, “Politische Ikonographie”, em: **Ikonographie**, ed. S. Poeschel, Darmstadt: WBG, 2010, 72-85.

WIDENER, Michael e WEINER, Mark S., **Law’s Picture Books. The Yale Law Library Collection**, Nova Iorque: Yale University, 2017.

WIJFFELS, Alain, “Lawyers and Litigants: The Corrupting Appeal and Effects of Civil Litigation in Hendrick Goltzius’ *Litis abusus*”, em: **Huygebaert et al.** 2018b, 181-199.

WIN, Paul de, “Works of Art as a Form of Criminal Punishment in the Low Countries (14th–17th C.)”, em: **Huygebaert et al.** 2018b, 299-317.

COMENTÁRIOS CONFERÊNCIA 2 GEORGES MARTYN: *PRINTING AS LEGAL-HISTORICAL SOURCE**

Ricardo Sontag**

SUMÁRIO: 1. HISTÓRIA DO DIREITO E SEUS SUPORTES MATERIAIS; 2. IMPRENSA E TEXTOS JURÍDICOS; 3. UNIVERSIDADE E PRODUÇÃO DE LITERATURA JURÍDICA; 4. LIVROS JURÍDICOS – FONTE DO DIREITO.

Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer profundamente aos professores Diego Nunes e Arno Dal Ri Júnior pelo convite que me fizeram para estar aqui hoje. É sempre uma enorme alegria voltar para a Universidade Federal de Santa Catarina e reencontrar o *Ius Commune*! Além disso, é uma enorme honra poder estar aqui ao lado do prof. Georges Martyn, que finalmente estou tendo o prazer de conhecer pessoalmente! Muito obrigado!

Infelizmente, o máximo que eu vou conseguir lhes oferecer hoje são algumas reações fragmentadas à bela conferência do prof. Martyn, que eu espero que sirvam, se servirem para alguma coisa, para sublinhar algumas coisas que eu acho que vale a pena para nós, historiadores do direito brasileiros, fixar.

1. HISTÓRIA DO DIREITO E SEUS SUPORTES MATERIAIS

O nosso tema de hoje foi *printing as legal-historical source*. A produtividade historiográfica desse tipo de abordagem, a meu ver, é o aspecto que vale a pena ser sublinhado.

Tal perspectiva propõe um modo de ver o direito a partir das suas condições concretas de produção histórica, que é uma alternativa para enxergamos o direito enraizado em seus contextos históricos, isto é, para realizarmos uma tarefa fundamental do historiador. Nem sempre analisar um fenômeno de maneira concreta significa apelar para *clichês* sociologizantes. Na historiografia europeia já temos ótimos exemplos dos bons resultados que esse tipo de abordagem pode oferecer quando António Manuel Hespanha, por exemplo, analisa mudanças que nos soavam tão abstratas no pensamento jurídico da Idade Moderna a partir de mudanças nas condições materiais dos suportes

* O tom oral do comentário foi mantido, salvo pequenos ajustes em detalhes.

** Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università di Firenze*. Professor de História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica.

nos quais tais ideias estavam inscritas. No Brasil, esse tipo de abordagem ainda não se enraizou, mas também já vem dando bons frutos. Em suma, pelos resultados já obtidos, é difícil duvidar da produtividade desse tipo de análise.

O desafio, a meu ver, para o historiador do direito, ao empregar esse tipo de instrumental, é nunca perder de vista o ‘jurídico’. Que esse instrumental sirva para que nos tornemos capazes de perscrutar territórios até então invisíveis do ‘jurídico’; que esse instrumental sirva para que possamos ir além de categorizações que pressupõem visões demasiado estreitas (e, por isso, historiograficamente perigosas) do ‘jurídico’. Um exemplo desse tipo de categorização é aquela que propõe a separação entre história externa e história interna do direito, não por acaso rejeitada no livro co-organizado pelo prof. Martyn (“*The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*”). Abrir a noção de direito é fundamental para o fazer historiográfico; perder de vista o ‘jurídico’ é abrir mão de contribuir com aquilo que nós, historiadores do direito, mais podemos contribuir.

2. IMPRENSA E TEXTOS JURÍDICOS

Boa parte do que ouvimos hoje tocava a relação entre imprensa e textos jurídicos na Idade Moderna. O primeiro aspecto que salta aos olhos para nós, historiadores do direito brasileiros, é que essa história, aqui, é bem mais tardia: durante boa parte do período colonial a imprensa foi proibida no Brasil; a fundação das primeiras faculdades de direito no Brasil data da década de 1820; mesmo depois da liberação da imprensa e da fundação dos cursos jurídicos, os custos de imprimir um livro aqui ainda eram altos, de modo que, muitas vezes, textos brasileiros eram impressos na Europa e transportados novamente para o Brasil a fim de serem comercializados.

Além disso, a circulação de impressos jurídicos estrangeiros é um dos aspectos mais relevantes da história do direito brasileiro durante o século XIX. No desejo de igualar-se às nações civilizadas, a língua francesa era muito valorizada. Não por acaso, era pré-requisito para ingresso nas duas faculdades de direito oficiais do império o conhecimento do francês. Por essa razão, eram utilizados livros-texto para as disciplinas diretamente em francês. Ou seja, os livreiros de Recife, São Paulo e da capital, Rio de Janeiro, importavam e vendiam livros jurídicos em francês. As traduções constituíam outra forma de circulação de ideias estrangeiras, dessa vez através de outro gênero literário. As traduções de textos de direito penal parecem crescer no final do século

XIX. Além da famosa tradução do *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de Franz von Liszt levada a cabo por José Hygino em 1899, vários textos em italiano ganharam traduções em português brasileiro nesse período, colaborando para o rompimento da predominância do diálogo com a França na penalística brasileira. Ou seja, esse processo não foi uma simples decisão abstrata dos juristas brasileiros. Lembremos que, na década de 1890, depois da instauração da República, começam a surgir mais faculdades de direito, após o rompimento da exclusividade das duas faculdades imperiais de Recife e São Paulo. As condições de produção de conhecimento jurídico estavam se modificando.

Ainda sobre traduções, se ampliarmos o conceito para abarcar não somente as traduções em sentido linguístico, muito importantes para a cultura jurídica brasileira oitocentista são os livros de direito civil portugueses editados por juristas brasileiros. O caso do direito civil é particular porque, enquanto tivemos um código criminal relativamente cedo, isto é, em 1830, seis anos depois da primeira Constituição do Brasil independente que prometia, exatamente, a codificação do direito brasileiro, o primeiro código civil só surgiria em 1916. Ou seja, até lá, várias fontes portuguesas continuavam em vigor no Brasil. A intervenção do editor brasileiro tinha relação com a “acomodação” dos livros portugueses ao “fôro do Brasil”, seja através de notas explicativas, seja cortando capítulos que não interessavam à aplicação do direito no Brasil (caso dos capítulos sobre nobres e plebeus por incompatibilidade com os ditames da Constituição de 1824 sobre igualdade).

A ênfase na produção e circulação de impressos jurídicos também nos permite analisar historicamente as relações entre direito e economia. Hoje sabemos muito bem da relevância da literatura para concursos públicos, que certamente rende somas significativas para as editoras que se dedicam a esse gênero literário. Não é difícil intuir, também, os impactos da formação baseada nesse tipo de literatura na prática jurídica. Profissões jurídicas massificadas e literatura para concursos públicos são parte de um círculo que se retroalimenta. Seguramente, as relações entre a economia da produção livreira e os livros jurídicos não eram assim antes da generalização dos concursos públicos (caso do Brasil oitocentista). Nesse outro contexto, como se estabeleciam as relações entre o mercado da produção livreira e o campo do direito? Uma editora como a Briguiet – que imprimiu a tradução do *Lehrbuch* de von Liszt – vendia livros jurídicos para instituições públicas (tribunais, por exemplo), mas, por falta de fontes, não sabemos muito mais do que isso. De qualquer forma, manter o questionamento aceso é

relevante, pois uma fonte ou uma série documental não se torna relevante se não houver uma pergunta historiográfica em aberto capaz de lhe dar voz.

3. UNIVERSIDADE E PRODUÇÃO DE LITERATURA JURÍDICA

Literatura jurídica feita por práticos na Idade Moderna: eis outro ponto interessante sobre o qual ouvimos hoje e que nos oferece estímulos interessantes para pensar o caso brasileiro, naturalmente, em períodos mais tardios. Já dispomos de análises historiográficas que mostram que a literatura do direito civil no Brasil do século XIX não era dominada pelos – poucos – professores das duas faculdades de direito oficiais. Talvez o caso mais emblemático seja o de Augusto Teixeira de Freitas, provavelmente o mais famoso jurista brasileiro oitocentista, autor de obras importantíssimas, mas que não era professor. Evidentemente, predominava, ainda, literatura produzida por pessoas formadas pelas faculdades de direito existentes, muito embora essa não seja uma regra rígida. Um dos principais personagens da literatura jurídica brasileira do início do século XX foi Evaristo de Moraes, que, além de ter escrito muito para os padrões da época, fundou a primeira revista de direito penal no Brasil (o “Boletim Criminal”, na década de 1910), e era um rábula. Ele só viria a se formar em direito muito mais tarde, quando já era um advogado famoso na capital da República.

A ênfase na produção e circulação dos suportes materiais do pensamento jurídico nos permite determinar melhor, em cada momento histórico, o peso da universidade na configuração do universo do direito. A literatura para concursos na atualidade, mais uma vez, traz interessantes estímulos para a comparação histórica pois, em certos âmbitos, já é possível identificar a produção de livros jurídicos por sujeitos que não são formados em faculdades de direito, mas são especialistas, por assim dizer, na prática dos concursos em si.

4. LIVROS JURÍDICOS – FONTE DO DIREITO

Sobre a articulação fundamental da conferência de hoje, isto é, sobre a articulação entre livros jurídicos e fontes do direito, vale a pena sublinharmos o problema da relação entre tais livros e a resolução concreta de conflitos. Já contamos com pesquisas, no Brasil, sobre livros citados em decisões judiciais do século XVIII e

como eles constituíam institutos jurídicos aplicáveis e aplicados para além daquilo que, por vezes, de maneira um tanto anacrônica, considera-se a principal fonte do direito brasileiro pré-moderno, as Ordenações Filipinas. Muito ainda podemos fazer nessa senda, especialmente para os séculos subsequentes em um contexto de afirmação do legalismo, o que torna o problema da relação entre doutrina e resolução judicial de conflitos ainda mais delicada.

Nesse sentido, mais uma vez, fenômenos atuais podem suscitar interessantes comparações diacrônicas. Nós sabemos que, nem sempre, os livros considerados melhores pela universidade são aqueles efetivamente mobilizados para a solução concreta de conflitos. Aliás, por vezes tal cisão é dramática, revelando como o prestígio universitário não se transfere automaticamente para a prática do direito. Antes pelo contrário, várias vezes o prestígio político-institucional de indivíduos acaba determinando o sucesso intelectual de seus livros no mundo do judiciário. Em um mundo em que as faculdades de direito, muitas vezes, se colocam em posição subserviente em relação ao prestígio meramente institucional de figuras do judiciário, tal inversão não chega a surpreender. Ademais, embora o livro jurídico não tenha mais o caráter mágico de outrora, as longas citações, digamos, em alemão, em uma decisão judicial (tão conhecidas de nós, brasileiros) de um caso que poderia ser resolvido com uma argumentação jurídica muito mais limpa e direta podem nos dizer algo sobre as relações de transferência de prestígio retóricas entre judiciário e universidade. Em suma, a ênfase no lugar dos livros jurídicos nas dinâmicas do judiciário pode revelar diferentes formas de relação entre instituições judiciárias e universidade que merecem a atenção do historiador do direito.

Por fim, eu gostaria de reiterar que, para nós, historiadores do direito brasileiros, o encontro com abordagens como a que vimos aqui hoje do prof. Martyn, ainda pode render muitos frutos. A profissionalização da historiografia jurídica brasileira nas últimas décadas vem estimulando os historiadores do direito a dialogar com o que há de melhor na teoria da história, e a história impressa é um componente dessa nossa trajetória recente. A história de impressos jurídicos pode ser uma das possíveis alternativas a uma história dogmática do direito que não deixa de ser capaz de levar a sério a dimensão jurídica. Enfim, acho que nós só temos a agradecer ao prof. Martyn

por ter nos estimulado ainda mais a explorar esse caminho.

Muito obrigado pela paciência de vocês em me ouvir!

RELIGIOSIDADE E ESTÉTICA TOTALITÁRIA: UMA APROXIMAÇÃO

José de Magalhães Campos Ambrósio*

SUMÁRIO: 1. INTERLÚDIO INTRODUTÓRIO; 2. A RELIGIOSIDADE TOTALITÁRIA; 2.1. A ITÁLIA FASCISTA; 2.2. O NACIONAL-SOCIALISMO ALEMÃO; 2.3. A RELIGIÃO MARXISTA-LENINISTA; 3. REFERÊNCIAS.

1. INTERLÚDIO INTRODUTÓRIO

A Queda significa a ruptura com aquilo que foi fundado; representa a segunda categoria da tríade situacional apresentada por Nelson Saldanha – Fundação, Queda e Castigo – em que o segundo momento representa figurativamente a rebelião de Lúcifer contra os desígnios divinos¹. Aqui perdem-se os caminhos seguros dados pela teologia tradicional e pela autoridade tradicional: “a queda corta conexões, principalmente as que ligavam o homem à seguranças transcendentais, seculariza.”²

Os momentos lógico-históricos da Queda que se rebelaram contra a Fundação são a Reforma Protestante, a Revolução Francesa e a experiência totalitária. Todas se rebelam de seu modo especial e não há ligação de causalidade entre elas. Nesse pequeno paper, abordaremos somente a experiência totalitária, para uma análise mais profunda, ver nossa Dissertação³ de Mestrado.

2. A RELIGIOSIDADE TOTALITÁRIA

A QUEDA se aprofunda quando o homem, agora dono do seu destino, quer instaurar a Autoridade absoluta sem sê-la. Assim, procurando um sentido para a conformação de seu próprio ser, a nova autoridade irá se transmutar em *religião política*.

Aqui nos interessará pouco o relacionamento entre poder temporal e o poder espiritual institucionalmente estabelecidos – a separação formal já então está

* Prof. de Fundamentos do Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do Pólemos: Grupo de Pesquisa em Política, Imaginação e Futuro.

¹ SALDANHA, Nelson. *Secularização e Democracia*; sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5.

² SALDANHA, *Secularização e Democracia*, cit., p. 107.

³ AMBROSIO, José de Magalhães Campos. *Estado e Religião*: contributo histórico à filosofia do estado presente. Belo Horizonte: PPGD-UFMG, 2011.

consolidada – antes queremos observar como o próprio Estado se colocou como objeto de deificação e culto de forma tão intensa que degenerou o sentido da queda.

Em 1938, Eric Voegelin lança mão de seu conceito de *religiões políticas* (*political religions*). Reconhecendo que o homem é um ser precário e necessitado de uma satisfação metafísica, Voegelin afirma que o homem tem dois caminhos para preencher esse vazio: o primeiro chega à ideia de Deus, o segundo fixa-se em um fragmento de mundo e o sacraliza.⁴

Para o Estado, o caminho de Deus está definitivamente obstruído; resta, pois, o segundo caminho, no qual uma parte do todo receberá todo o influxo metafísico que, nas religiões tradicionais, transcendem a ordem mundana. Desse modo, um fragmento do mundo se imporá com a necessária ordem divina para purificar tudo o que não corresponde a ela mesma.⁵

Voegelin se explica: o fragmento sacralizado (de ente real entre tantos outros que era) passa a *ens realissimum* em torno do qual um aparato lingüístico de símbolos, sinais e conceitos que cristaliza e conforma um cosmos totalmente novo, uma fundação quase original e única na história.⁶ Assim, o *ens realissimum* transmuta-se em mito, a fim de se tornar portador de uma força mobilizadora de eficácia absoluta.⁷

É assim que as forças políticas mais radicais do século XX se comportaram. Eles recortam o mundo em *classe*, *raça* ou *nação* transformando-as no Absoluto em que acreditar, impondo-se como “um fetiche histórico que absorve, aniquilando-a, a dimensão sagrada”⁸. Hans Maier ensina:

“Os sistemas totalitários são ‘religiosos’ na medida em que eles se esforçam para reverter a divisão moderna (e cristã) entre os poderes gêmeos de religião e da política. Assim como a religião era universal em sociedades primitivas, também as ideologias são universalmente onipresentes nas modernas sociedades totalitárias. Mesmo a ação política já não são mais determinadas por Estado baseado na legalidade; isso se justifica através de um apelo à ‘valores absolutos’”⁹

⁴ VOEGELIN, Eric. *Modernity without restraint*. Columbia: University of Missouri Press, 1999, p. 24.

⁵ VOEGELIN, *Modernity without restraint*, cit., p. 25.

⁶ VOEGELIN, *Modernity without restraint*, cit., p. 29-30.

⁷ DA MATA, *História e Religião*, cit., p. 81.

⁸ SCATTOLA, Merio. *Teologia Política*. Trad. José Jacinto Correia Serra. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 204.

⁹ No original: “Totalitarian systems are 'religious' in so far as they strive to reverse the modern (and Christian) split between the twin powers of religion and politics. Just as religion was universal in early societies, so too are ideologies universally 'omnipresent' in modern 'totalitarian' societies. Even political action is now no longer determined by a state system based on the rule of law; it is justified through an appeal to 'absolute values'.” MAIER, Hans 'Political Religion: a Concept and its Limitations. In: *Totalitarian Movements and Political Religions*. vol. 8. Issue 1, p. 5 -16, p. 8.

E mais à frente:

“Eram [as pessoas das sociedades totalitárias] os batizados de uma nova igreja, adeptos de uma nova retitude. Isso explica o entusiasmo, a vontade de servir e a paixão que se estendiam muito além das considerações de oportunidade política e de racionalidade. Sem esse entusiasmo religioso, ou o entusiasmo semelhante à religião, muito do que dá forma à história do despotismo moderno é impossível de explicar: a extrema lealdade e obediência de muitos não podem ser contabilizadas somente pelo terror e angústia, nem pode a insensibilidade à crítica e dúvida, a sensação de que a missão estava sendo cumprida, ou a lealdade ao grupo e a prontidão para sofrer”¹⁰.

Assim, os sistemas totalitários parasitam o aparelho do Estado com seu *ens realissimum*, instituindo uma religião intramundana que concretiza o ideal radical que querem fazer prevalecer. Além disso, transmutando-se em mito, as religiões políticas, com seus regimes totalitários, buscam uma defesa às contestações racionais:

“O momento característico das novas religiões políticas é a criação de uma realidade mítica impermeável às críticas da ciência natural e capaz de subjugar as massas com a força dos símbolos.”¹¹

Outro fator comum: a existência de um líder carismático. Max Weber descreve a dominação carismática como a capacidade - quase natural - de um líder fazer-se obedecer sem questionamento somente pelas suas qualidades encantadoras, fora de qualquer juízo de racionalidade.¹²

Nesse contexto, vejamos três experiências paradigmáticas: a Itália Fascista, a Alemanha Nacional-Socialista e a Rússia Soviética.

2.1. A ITÁLIA FASCISTA

A Itália foi o palco da primeira experiência político-religiosa do séc. XX através da liderança de Benito Mussolini.

¹⁰ “They were the baptised of a new church, the adepts of a new righteousness. This explains the enthusiasm, willingness to serve and passion that stretched far beyond considerations of political opportunism and rationality. Without this religious enthusiasm, or enthusiasm similar to religion, much that gives form to the history of modern despotism is impossible to explain: the extreme loyalty and obedience of many cannot be accounted for by terror and angst alone, nor can the insensitivity to critique and doubt, the sense that a mission was being fulfilled, or the loyalty to the group and the readiness to suffer.” MAIER, *Political Religion...*, *cit.*, p. 14.

¹¹ SCATOLLA, *Teologia Política*, *cit.*, p. 203.

¹² WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 285-286.

Mussolini era um estrategista brilhante que, a despeito de organizar todo um aparato ideológico que sacralizou sua figura e a da nação, sabia conciliar esse movimento paralelamente a um respeito com a instituição mais antiga e sólida da Itália: a Igreja Católica. Era um homem pragmático, que via na Igreja um potencial inimigo para suas ações; daí que comprar seu silêncio em 1929 com o Tratado de Latrão, que doava as terras vaticanas à Igreja, regulava a posição do Catolicismo na Itália como religião oficial e compensava a Santa Sé pelas perdas financeiras e territoriais sofridas com a unificação italiana.¹³

Mas o que faz do fascismo italiano peculiar em sua relação com o religioso é o modo com que sacralizou o Estado e seu líder.

Desde a unificação italiana e a criação do Estado nacional, ensina Emilio Gentile, a meta mais importante para os patriotas era a renovação civil e moral dos italianos, desunidos após a queda do Império Romano; para isso, era preciso divinizar a pátria, para conquistar os corações.¹⁴

Esse movimento deveria ser acompanhado de uma força maior do que o simples convencimento intelectual. Georges Sorel, que conheceu Mussolini e era considerado como um mestre por ele, ensina:

“Podemos falar indefinidamente de revoltas sem jamais promover qualquer movimento revolucionário, enquanto não houver mitos aceitos pelas massas”¹⁵.

Mussolini toma essa tarefa com esmero e, antes da famosa *Marcha sobre Roma* que o levava ao poder, declara:

“Criamos nosso mito. O mito é fé, é paixão; não é necessário que seja uma realidade. É realidade pelo fato de ser incentivo, esperança, fé e coragem. O nosso mito é a nação, nosso mito é a grandeza da nação!

¹³ A unificação italiana, ocorrida em 1870, sob o rei italiano VITTORIO EMMANUEL II anexara também território da Cidade do Vaticano. Os Papas, mesmo possuindo reconhecida sua primazia sobre um “bairro de Roma” não aceitaram essa situação e se consideravam prisioneiros do Estado secular, o que prejudicava a relação entre a Cristandade italiana e o Estado. BENITO MUSSOLINI resolveu a situação através do reconhecimento, como Estado, do Vaticano. V. JOHNSON, *História do Cristianismo, cit.*, p. 563.

¹⁴ GENTILE, Emilio. *El culto del littorio; la sacralización de la política em la Italia fascista*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2007, p. 17.

¹⁵ Em tradução livre: “On peut indéfiniment parler de révoltes sans provoquer jamais aucun mouvement révolutionnaire, tant qu'il n'y a pas de mythes acceptés par les masses.” SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*. Paris: Marcel Rivière et Cie, 1972, p. 27.

A este mito, a esta grandeza, que queremos traduzir numa realidade completa, nós subordinamos todos o resto!”¹⁶

Gentile reforça a ideia:

“Desde o início, o fascismo concebe a política como a manifestação da vontade de potência de uma elite que sabe plasmar a mentalidade da massa e criar, como um artista, novas realidades históricas. Por isso, a política de massa fascista teve uma intrínseca atitude pedagógica voltada a socialização das idéias e dos comportamentos da massa segundo os próprios valores.”¹⁷

Tomados pelo espírito de *italianidade* de Mussolini, eram os mais jovens abertos às propostas de um futuro promissor que, independente e forte, só poderia vir da juventude. Emilio Gentile reproduz as palavras do ditador italiano:

“Nós – e eu estou falando para aqueles que têm entre vinte e trinta anos – fomos arrebatados de *italianità*. [...] Nós sentimos as qualidades dinâmicas da Itália em nossas veias, nas nossas partes mais íntimas”¹⁸.

Gentile enfatiza que esse foi outro mito criado pelo fascismo de Mussolini: o de um povo, a juventude, que tinha um primado sobre a Itália; primazia esta que iria destruir o velho edifício liberal na direção de um Estado novo e moderno.¹⁹

A iconografia também prestou-lhe grande contribuição. O símbolo do *fascio littorio*²⁰ passava a idéia de poder e autoridade perdidos desde a queda do Império romano. A intenção era justamente retomar o mito da romanidade e reacender a paixão do povo pela pátria.²¹

Outro componente essencial é o culto ao líder, *Il Duce*. Depois de várias manobras políticas bem realizadas, Mussolini consagra-se como “guia supremo” do

¹⁶ MUSSOLINI, Benito. Discurso ao Congresso Fascista anual de 1922. *apud*. DA MATA, *História e Religião, cit.*, p. 82.

¹⁷ GENTILE, Emilio; FELICE, Renzo. *A Itália de Mussolini e a origem do Fascismo*. Trad. Fátima da Conceição Murad. São Paulo: ícone, 1988, p. 31.

¹⁸ Em tradução livre: “We – and I am speaking for those who are between twenty and thirty – are enraptured with *italianità*. [...] We feel Italy’s dynamic qualities in our veins in our innermost parts.” MUSSOLINI, Benito, *apud* GENTILI, Emilio. *La Grande Italia; the myth of the nation in the twentieth century*. Wisconsin: The University Wisconsin Press, 2009, p. 147.

¹⁹ GENTILE; FELICE, *A Itália de Mussolini e a origem do Fascismo, cit.*, p. 17.

²⁰ Instrumento utilizado pelos lictores romanos nas cerimônias políticas, jurídicas e militares precedendo todas as outras figuras. Era constituído por um conjunto de varas amarradas por um feixe ligadas a um machado de bronze. V. GIARDINA, Andreia. O mito fascista da romanidade. *In: Estudos avançados*. vol. 22, n. 62, USP, Jan/Apr. 2008, p. 55-76, p. 58.

²¹ GIARDINA, O mito fascista..., *cit.*, p. 59.

Estado Italiano ao subordinar toda a hierarquia estatal à sua vontade.²² A reverência romana – braço direito estendido e as mãos espalmadas – funcionava como uma espécie de benção ao *Duce*. Sua figura carismática contribuiu fortemente para o estabelecimento do regime, a ponto de os teóricos italianos pensarem como o Estado novo sobreviveria sem Mussolini²³. O caminho era o seguinte: a nação era o novo mito dos italianos, que tinham em seu líder o ponto de apoio fundamental que incorporava todos os novos valores; assim, venerar o líder é venerar a pátria.

Andrea Giardina dá notícia de um importante painel com a águia romana que tinha a inscrição: “*Mussolini tem sempre razão*”²⁴, além disso, ele realmente possuía uma ascendência diferenciada aos olhos do povo:

“Antigamente, ia-se a Roma para ver o papa, a basílica de São Pedro e outros lugares sagrados; agora, vai-se a Roma também (e, talvez, principalmente) para ver o duce, para admirar os monumentos restaurados, extasiar-se com os novos cenários romanos abertos pelo regime. Atraídos pelo triunfo do fascismo e pela miragem da antiga Roma, milhões de italianos viram a capital pela primeira vez”²⁵

E mais à frente:

“Mussolini assumiu as feições de Augusto. Com as celebrações do segundo milênio de Augusto em 1937, que culminaram na ‘Mostra da romanidade de Augusto’, a exaltação de Augusto/Mussolini atinge o paroxismo. Os historiadores competiram para encontrar analogias entre a política do duce e a do primeiro imperador romano: ambos pacificaram a Itália pondo fim a uma grave crise social e política, expurgaram o Senado, redimensionaram as assembléias populares, promoveram o crescimento demográfico, defenderam a moralidade e a família, relançaram a agricultura, transformaram a milícia de partido em milícia nacional, valorizaram a religião dos antepassados. Visto que, além do mais, o segundo milênio coincidia com o envolvimento dos legionários fascistas na guerra civil espanhola, foi também acentuado que Augusto conduzira operações bélicas na Cantábria e nas Astúrias”²⁶.

Assim, conseguimos conceber o nítido caráter religioso do Estado italiano: a absolutização dos valores de um recorte da realidade (o ideário fascista), que empreendem um movimento emocional (de unidade, honra e progresso), através de um

²² GENTILE; FELICE, *A Itália de Mussolini e a origem do Fascismo*, cit., p. 37.

²³ GENTILE; FELICE, *A Itália de Mussolini e a origem do Fascismo*, cit., p. 57.

²⁴ GIARDINA, *O mito fascista...*, cit., p. 65.

²⁵ GIARDINA, *O mito fascista...*, cit., p. 60.

²⁶ GIARDINA, *O mito fascista...*, cit., p. 65.

líder supremo que os guia e os protege. O fascismo italiano constituiu a primeira experiência no Ocidente de um totalitarismo que se utilizou dos expedientes religiosos para fazer valer seu regime. Vamos, agora, para a experiência mais marcante: o Nacional-Socialismo alemão.

2.2. O NACIONAL-SOCIALISMO ALEMÃO

Trata-se de um fenômeno que tomou conta da Alemanha, de 1933 em diante, que radicalizou o totalitarismo²⁷ e potencializou a religiosidade quase inerente a esse processo. Radicalidades tais que Oswald Spengler declarara a decadência do Ocidente;²⁸ já Hannah Arendt coloca a experiência nazista fora do Espírito Ocidental, afirmando:

“A dominação totalitária como fato estabelecido, que, em seu ineditismo, não pode ser compreendida mediante as categorias usuais do pensamento político, e cujos crimes não podem ser julgados pelos padrões morais tradicionais e punidos dentro do quadro de referência legal de nossa civilização, rompeu a continuidade da história ocidental.”²⁹

Quando da subida de Adolf Hitler ao poder, comemoravam-se os 450 anos do aniversário de Lutero e diversas festas eram patrocinadas em nome das Igrejas Protestantes e do Partido Nazista. O Partido aproveitou-se da ocasião para comparar Hitler a Lutero e insinuar que era um ato de poder divino que a data de ascensão de um ocorresse próximo da data do nascimento de outro.³⁰

Entretanto, mesmo usando artifícios retóricos cristãos – fazendo um paralelo entre Cristo e os arianos e o Anti-Cristo e os judeus – Hitler e o Partido tinham uma visão de mundo muito própria e deveras anticristã. Richard Steigmann-Gall relata uma declaração privada de Hitler para seus correligionários:

²⁷ GENTILE faz um paralelo interessante entre os regimes italiano e alemão. MUSSOLINI foi muito mais duro, derramou mais sangue e era mais radical em suas opiniões antes de chegar ao poder. Já na Alemanha, a chegada ao poder de HITLER e do Nacional-Socialismo deu-se mais tranquilamente e foi recrudescendo com o tempo. V. GENTILE; FELICE, *A Itália de Mussolini e a origem do Fascismo*, cit., p. 60.

²⁸ É o que o autor procura demonstrar em seguinte obra: SPENGLER, Oswald. *A Decadência do Ocidente*. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

²⁹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Adriano Correia. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 54.

³⁰ STEIGMANN-GALL, Richard. *O Santo Reich; concepções nazistas do Cristianismo*. Trad. Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: Imago, 2004, p.17.

“Nem credo católico nem o protestante, pois ambos são idênticos, possui um futuro. Pelo menos não para os alemães. O fascismo [italiano] talvez possa fazer as pazes entre a Igreja em nome de Deus. Eu também o farei. Por que não? Mas essa atitude não me impedirá de erradicar completamente o cristianismo da Alemanha. A pessoa ou é cristã ou é alemã. É impossível ser as duas coisas ao mesmo tempo... os padres e s pastores terão de cavar a própria sepultura. Eles trairão seu Deus por nós. Eles trairão qualquer coisa em benefício dos seus miseráveis empregos e rendimentos.”³¹

Joseph Goebbels, informa-nos Da Mata, escrevera em seu diário, em 1924, quando estava se alinhando com a extrema-direita alemã: “*Isso não tem mais nada a ver com política. Isso é uma visão de mundo.*”³²

A fundamentação religiosa decorreria, na verdade, de um retorno indireto à antiga religião nórdica. Victor Klemperer conta que os nomes cristãos eram vistos com desconfiança e que os nomes de raízes germânicas antigas eram os mais registrados no período nazista.³³

De qualquer forma, o Partido do Nacional-Socialismo foi organizado em uma hierarquia rígida que ia do seu líder – *Führer* – até o último membro do Partido, em um paralelo muito próximo das organizações eclesiásticas; certos setores, como a polícia secreta – as *SS (Schutzstaffel)*– pareciam verdadeiras ordens religiosas.³⁴

Klaus Vondung ensina ainda que não era somente esse lado formal que aproximava o movimento nazista de uma prática religiosa, existia fé; o autor reproduz um coro comum nas reuniões públicas:

“Nós acreditamos no sangue...
Nós acreditamos na terra...
Nós acreditamos no povo”³⁵

E ainda traz um texto que insere outro elemento central: “*Acreditamos em nosso Führer.*”³⁶

³¹ STEIGMANN-GALL, *O Santo Reich, cit.*, p. 47.

³² GOEBBELS, Joseph. Diários. *apud*, DA MATA, Sérgio. *História e Religião*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 80.

³³ KLEMPERER, Victor. *LTI; a linguagem do Terceiro Reich*. Trad. Miriam Bettina Paulina Oelsner. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 138-139.

³⁴ VONDUNG, Klaus. National socialism as a political religion: Potentials and limits of an analytical concept. *In: Totalitarian Movements and Political Religions*, vol. 6. Issue 1, p. 87 – 95, p. 87.

³⁵ “We believe in the blood... We believe in the land... We believe in the people...” VONDUNG, *National socialism as a political religion, cit.*, p. 88.

³⁶ “We believe in our *Führer*” VONDUNG, *National socialism as a political religion, cit.*, p. 88.

Assim é estabelecido o credo nazista: o *sangue*, que representa o mito do povo ariano, o fragmento da realidade mais exaltado entre os nazistas, que os impeliu numa jornada de purificação que resultou na morte de milhões de judeus;³⁷ a *terra*, que alimenta o povo e que dá ao *Reich* a sua materialização política; e o *Führer*, como representante do povo e do *Reich*, para onde conflui toda a vontade do Estado.³⁸ Assim, o Estado alemão se tornava, além de uma comunidade cívica, uma comunidade de fé.

Com o credo estabelecido, até mesmo uma escatologia foi também estabelecida: em 09 de novembro de 1923, Hitler tentara um golpe de Estado que culminou com a morte de 16 de seus seguidores; quando, 1933, o *Führer* chega ao poder, ele interpreta esse momento como uma antecipação, uma revelação sagrada, do que viria a ser o *Reich*. A Alemanha e o mundo estavam fadados a ser salvos pelo Nacional-Socialismo.³⁹ Salvos do que? Das trevas, as quais os judeus – esses inimigos da luz – traziam ao mundo.

Além disso, ainda existia todo um aparato de símbolos: bandeiras, estandartes, uniformes, hinos, cantos que materializavam a fé no *Reich*. Essa simbologia estava presente nos discursos do *Führer*, como cartões-postais, cartazes, livros escolares, panfletos. Assim podiam oferecer uma imagem para aguçar o sentimento de pertença à comunidade, explica Márcia Mansor D’Alessio:

“O simbolismo baliza as consciências, abafa as resistências. Como estimula energias, compensa frustrações – que, no caso da Alemanha, eram muitas. Propicia o atrelamento da vida de cada um à vida de um líder, que catalisa as emoções e canaliza a violência em direção aos eleitos inimigos”⁴⁰

O Nazismo usou de violência tão feroz nessa malfadada “salvação” que o mundo ocidental, ao mesmo tempo em que é fascinado com esse momento histórico, segue ainda hoje temendo analisá-lo criticamente. Tomar esse movimento como religião

³⁷ É bom lembrar que Hannah Arendt coloca como núcleo central do Nazismo o anti-semitismo. Na verdade, como sabemos, os nazistas tinham aversão a tudo que não era ariano e só suportavam outros povos, como seus aliados japoneses, por estratégia. V. ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 13.

³⁸ VONDUNG, National socialism as a political religion, *cit.*, p. 91. MAIER conta um fato interessante: Um espanhol fugido da Guerra Civil espanhola se refugiou na casa de uma família típica alemã e na hora da refeição a prece que foi proferida antes da comida dizia: “Agradecemos ao nosso *Führer* pelo pão nosso de cada dia.” V. MAIER, Political Religion..., *cit.*, p.15.

³⁹ VONDUNG, National socialism as a political religion, *cit.*, p. 93.

⁴⁰ D’ALESSIO, Márcia Mansor. *Nazismo*; política, cultura e holocausto. São Paulo: Atual, 2004, p. 53.

política e compreendê-lo assim é somente uma das formas de olhar, uma boa forma que explica muitas das motivações do movimento.

2.3. A RELIGIÃO MARXISTA-LENINISTA

Abordaremos nesse tópico, enfim, a experiência soviética do Estado e sua religiosidade, apesar de a Rússia evidentemente pertencer a outra riquíssima civilização⁴¹; a medida se justifica por três motivos: 1) o Estado soviético surgiu de uma ideologia nascida no Ocidente; 2) Interagiu intensamente com o Ocidente, seja como aliado de Guerra, seja como antagonista; 3) Teve uma atitude radical contra a Igreja tradicional.

A relação do Estado soviético com a religião tradicional foi determinada pelos escritos do filósofo alemão Karl Marx, para quem a religião constituía uma forma de dominação e opressão ao proletariado, além de alienar a realidade do mundo. Prega Marx:

“É este fundamento da crítica irreligiosa: o homem faz a religião, a religião não faz o homem. E a religião é de fato a autoconsciência e o sentimento de si do homem, que ou não se encontrou ainda ou voltou a se perder. Mas o *homem* não é um ser abstrato, acorado fora do mundo. O homem é o *mundo do homem*, o Estado, a sociedade. Este Estado e esta sociedade produzem a religião, uma *consciência invertida do mundo*, porque eles são um *mundo invertido*. A religião é a teoria geral deste mundo, o seu resumo enciclopédico, a sua lógica em forma popular, o seu *paint d'homme* espiritualista, o seu entusiasmo, a sua sanção moral, o seu complemento solene, a sua base geral de consolação e de justificação. É a *realização fantástica* da essência humana, porque a essência humana não possui verdadeira realidade. Por conseguinte, a luta contra a religião é, indiretamente, a luta contra *aquele mundo* cujo *aroma* espiritual é a religião.

A *miséria religiosa constitui* ao mesmo tempo a *expressão* da miséria real e o *protesto* contra a miséria real. A religião é o suspiro da criatura oprimida, o ânimo de um mundo sem coração e a alma de situações sem alma. A religião é o *ópio* do povo.

A abolição da religião como felicidade ilusória dos homens é a exigência da sua felicidade real. O apelo para que abandonem suas ilusões a respeito da sua condição é o *apelo para abandonarem uma condição que precisa de ilusões*. A crítica da religião é, pois, *o germe da crítica do vale de lágrimas*, do qual a religião é a *auréola*.⁴²

⁴¹ A Civilização eslavo-ortodoxa, herdeira da Civilização bizantina e articulada a partir da terceira Roma: Moscou.

⁴² MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 145.

Desse modo, todo regime ancorado na ideologia marxista tem por pressuposto a eliminação da religião tradicional. O Estado soviético tomou essa tarefa para si e implantou o ateísmo estatal. Para tanto, proibiram a existência da Igreja Ortodoxa na Rússia.

Isso não significou, porém, que a religião deixasse de ser eixo temático do Estado. Lênin ordenara a confecção de histórias da religião justamente para mostrar a íntima ligação entre as instituições religiosas e a burguesia.⁴³

O escritor Maxim Gorky aconselhara Stálin no mesmo sentido:

“É, além de tudo, imperativo colocar a propaganda do ateísmo sobre bases sólidas. Você não conseguirá muito com as armas de Marx e do materialismo, como vimos. Materialismo e religião são dois planos diferentes e eles não coincidirão. Se um tolo fala do céu e um sábio de uma fábrica – eles não entenderão um ao outro. O sábio precisa atingir o tolo com seu bastão, com sua arma. [...] Nós precisamos conhecer a história dos cismas eclesiásticos, das heresias, da Inquisição, das guerras ‘religiosas’, etc. Toda citação feita por um crente pode ser facilmente confrontada com dúzias de citações teológicas que a contradizem.”⁴⁴

No entanto, a tentativa de excluir a religião tradicional foi acompanhada pela constante afirmação e sacralização da classe proletária, aquela que iria salvar o mundo da burguesia. Mais uma vez, Marx oferece a base teórica ao afirmar a possibilidade de emancipação do homem:

“*Eis a nossa resposta:* Na formação de uma classe que tenha *cadeias radicais*, de uma classe na sociedade civil que não seja uma classe da sociedade civil, de um estamento que seja a dissolução de todos os estamentos, de uma esfera que possua caráter universal porque os seus sofrimentos são universais e que não exige uma *reparação particular* porque o mal que lhe é feito não é um *mal particular*, mas o *mal em geral*, que já não possa exigir um título *histórico*, mas apenas o título *humano*; de uma esfera que não se oponha a conseqüências particulares, mas que se oponha totalmente aos pressupostos do sistema político alemão; por fim, de uma esfera que não pode

⁴³ DA MATA, *História e Religião, cit.*, p. 98.

⁴⁴ Eis o original: “It is furthermore imperative to put the propaganda of atheism on solid ground. You won't achieve much with the weapons of Marx and materialism, as we have seen. Materialism and religion are two different planes and they don't coincide. If a fool speaks from the heavens and the sage from a factory — they won't understand one another. The sage needs to hit the fool with his stick, with his weapon. [...]. We need to know the history of church schisms, heresies, the Inquisition, the ‘religious’ wars etc. Every quotation by a believer is easily countered with dozens of theological quotations which contradict it.” GORKY, Maxim. *Letter from Gorky to Stalin*. Library of United States Congress. Disponível em <http://www.loc.gov/exhibits/archives/f2gorky.html> (acessado em 20 de dezembro de 2011).

emancipar-se a si mesma nem se emancipar de todas as outras esferas da sociedade sem emancipá-las a todas - o que é, em suma, a *perda total* da humanidade; portanto, só pode redimir-se a si mesma por uma *redenção total* do homem. A dissolução da sociedade, como classe particular, é o *proletariado*.⁴⁵

Além disso, ainda entoa o brado: *Proletários de todos os Países: Uni-vos!*⁴⁶, incitando a comunhão da classe operária na transformação do mundo.

O marxismo-leninismo também dá o caminho a ser seguido para o futuro de felicidade: em primeiro lugar, a revolução armada, para abolir todo o tipo de propriedade burguesa; em segundo lugar, o estabelecimento de uma ditadura do proletariado para tomar o capital da burguesia em favor do Estado; e, finalmente, depois de ter socializado e universalizado tudo em plena igualdade, acabar com o Estado e viver num estado livre de qualquer recorte social.⁴⁷ Isso significa, na prática, a criação de uma escatologia de salvação de clara conotação religiosa.⁴⁸

Desse modo, o sentimento revolucionário opera também dentro de categorias religiosas. O Estado soviético, como primeira experiência revolucionária comunista, agregou esses elementos transcendentais no corpo do Estado, que pretendeu, de acordo com Da Mata, “fagocitar e ocupar o espaço das antigas formas de devoção”.⁴⁹

A Rússia soviética elegeu seu *ens realissimum*, a classe; Klaus-Georg Riegel conta da guerra de Lênin contra as pessoas individuais. Perguntava-se para as pessoas: qual sua classe? Qual sua formação? Qual sua origem? Desse modo, Lênin almejava purificar as deficiências que a velha ordem czarista deixara na Rússia.⁵⁰

Além disso, Lênin colocou em ação um plano para criar uma elite revolucionária virtuosa e profissional, que serviria de modelo à nova identidade russa; essa elite, diz Riegel, se assemelhava a uma organização salvacionista com monges revolucionários.⁵¹

Finalmente, como nos demais regimes, retomou uma iconografia e um culto ao líder de proporções gigantescas: Lênin foi embalsamado após sua morte e seu corpo era objeto de culto, era venerado como “apóstolo e santo” nos meios populares.⁵² Stálin

⁴⁵ MARX, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, cit., p. 155-156.

⁴⁶ MARX, Karl; ENGEL, Friederich. *O Manifesto do Partido Comunista*. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 69.

⁴⁷ MARX; ENGELS, *O Manifesto do Partido Comunista*, cit., p. 58-59.

⁴⁸ LÖWITZ, Karl. *O Sentido da História*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1991, p. 58.

⁴⁹ DA MATA, *História e Religião*, cit., p. 87.

⁵⁰ RIEGEL, Klaus-Georg. Marxism-Leninism as a political religion. In: *Totalitarian Movements and Political Religions*, vol. 6. Issue 1, p. 97-126, p. 110.

⁵¹ RIEGEL, Marxism-Leninism as a political religion, cit., p. 105-106.

⁵² RIEGEL, Marxism-Leninism as a political religion, cit., p. 115.

redescobriu a iconografia czarista e estabeleceu não somente um culto à sua personalidade como também criou um verdadeiro panteão de semideuses bolcheviques.⁵³ O sonho marxista transforma-se na sua negação total, ao querer sair do campo da religião, transmuta-se exatamente no que nega.

A experiência soviética é a mais duradoura, das que vimos. Ela dá um toque final à Queda.

No Ocidente, após as experiências dos totalitarismos alemão e italiano, ainda sobraria espaço para a sobrevivência de alguns regimes similares, como na Espanha de Franco⁵⁴, na Portugal de Salazar e, no Brasil, o culto à personalidade de Getúlio Vargas.

Essas experiências, ensina-nos Hannah Arendt, mostraram-nos a que ponto o mal pode chegar.⁵⁵ Era preciso retomar o conteúdo ético perdido ou obscurecido do Ocidente; é aí que as religiões tradicionais irão novamente exercer o seu papel e retomar sua participação nas coisas públicas, dessa vez em um relacionamento mais sadio, porém não sem tensões, entre o poder político e a ética religiosa.

3. REFERÊNCIAS

AMBROSIO, José de Magalhães Campos. **Estado e Religião: contributo histórico à filosofia do estado presente**. Belo Horizonte: PPGD-UFMG, 2011.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Adriano Correia. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOTTI, Alfonso. **Cielo y dinero; el nacional-catolicismo en España (1881–1975)**, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

D’ALESSIO, Márcia Mansor. **Nazismo; política, cultura e holocausto**. São Paulo: Atual, 2004.

DA MATA, Sérgio. **História e Religião**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

⁵³ DA MATA, *História e Religião, cit.*, p. 87. DA MATA conta ainda a história de IONA YAKIR, um stalinista fiel, que por rigidez e por desconfiança fora condenado a morte pelo regime comunista, no momento que seria fuzilado – após as mais cruéis torturas – gritou: “Viva Stálin!” Isso mostra como a adoração ao líder se tornara religiosa. V. DA MATA, *História e Religião, cit.*, p. 81.

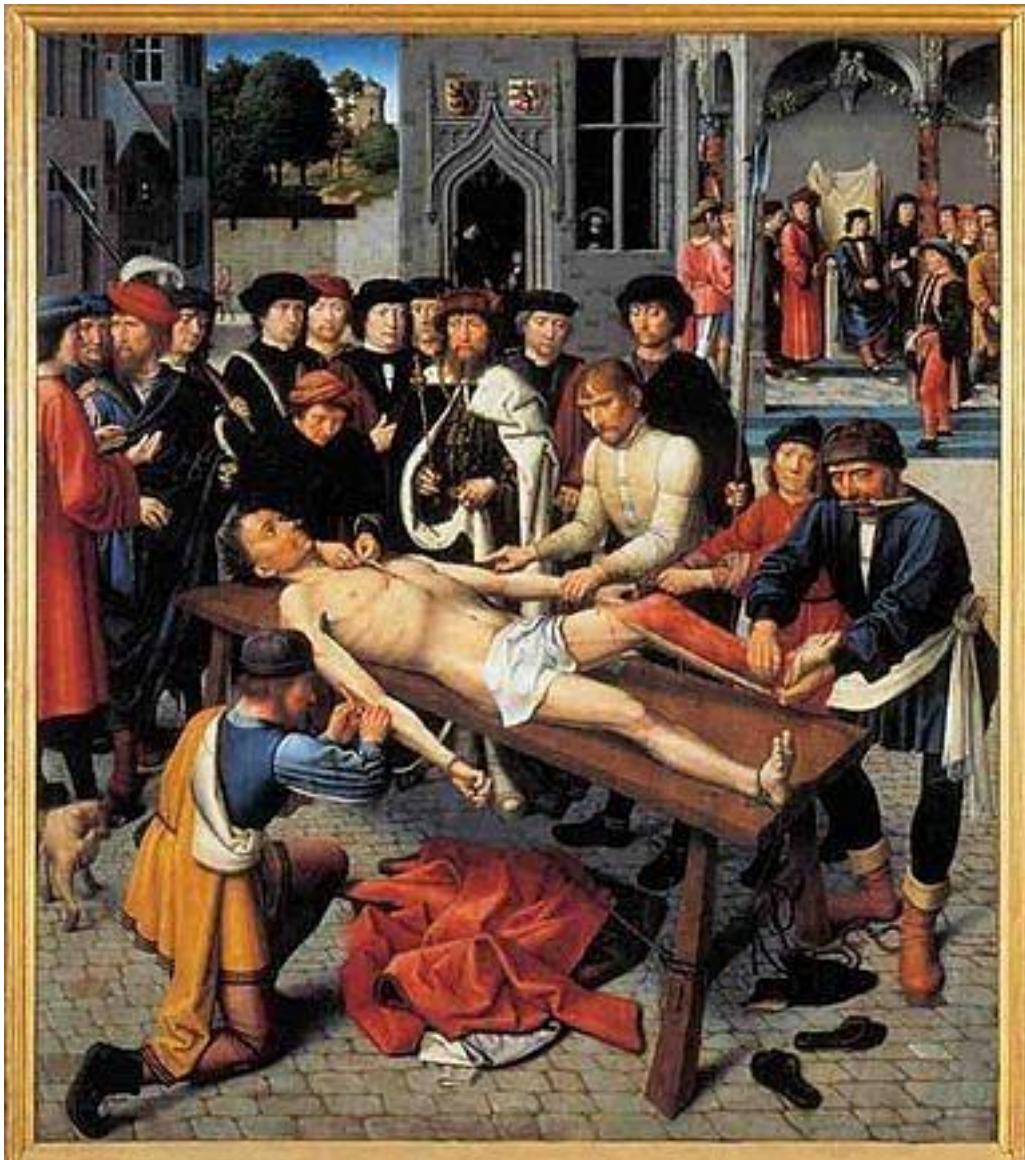
⁵⁴ Não por acaso, o criador do Nacional-Catolicismo, que serviu de suporte à identidade espanhola após a Guerra Civil de 1936. Para o tema V. BOTTI, Alfonso. *Cielo y dinero; el nacionalcatolicismo en España (1881–1975)*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

⁵⁵ ARENDT, *Origens do Totalitarismo, cit.*, p. 13.

- GENTILE, Emilio. **El culto del littorio; la sacralización de la política em la Italia fascista**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2007.
- GENTILE, Emilio; FELICE, Renzo. **A Itália de Mussolini e a origem do Fascismo**. Trad. Fátima da Conceição Murad. São Paulo: ícone, 1988.
- GENTILI, Emilio. **La Grande Italia; the myth of the nation in the twentieth century**. Wisconsin: The University Wisconsin Press, 2009.
- GIARDINA, Andreia. **O mito fascista da romanidade**. *In: Estudos avançados*. vol. 22, n. 62, USP, Jan/Apr. 2008, p. 55-76.
- GORKY, Maxim. **Letter from Gorky to Stalin**. Library of United States Congress. Disponível em <http://www.loc.gov/exhibits/archives/f2gorky.html> > (acessado em 20 de dezembro de 2011).
- KLEMPERER, Victor. **LTI: a linguagem do Terceiro Reich**. Trad. Miriam Bettina Paulina Oelsner. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.
- LÖWITH, Karl. **O Sentido da História**. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1991.
- MAIER, Hans. **Political Religion: a Concept and its Limitations**. *In: Totalitarian Movements and Political Religions*. vol. 8. Issue 1, p. 5 -16.
- MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MARX, Karl; ENGEL, Friederich. **O Manifesto do Partido Comunista**. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.
- RIEGEL, Klaus-Georg. **Marxism-Leninism as a political religion**. *In: Totalitarian Movements and Political Religions*, vol. 6. Issue 1, p. 97-126.
- SALDANHA, Nelson. **Secularização e Democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SCATTOLA, Merio. **Teologia Política**. Trad. José Jacinto Correia Serra. Lisboa: Edições 70, 2009.
- SOREL, Georges. **Réflexions sur la violence**. Paris: Marcel Rivière et Cie, 1972.
- SPENGLER, Oswald. **A Decadência do Ocidente**. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.
- STEIGMANN-GALL, Richard. **O Santo Reich: concepções nazistas do Cristianismo**. Trad. Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: Imago, 2004.
- VOEGELIN, Eric. **Modernity without restraint**. Columbia: University of Missouri Press, 1999.

VONDUNG, Klaus. **National socialism as a political religion: Potentials and limits of an analytical concept.** *In: Totalitarian Movements and Political Religions*, vol. 6. Issue 1, p. 87 – 95.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia.** Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.



Comunicações acadêmicas

ABORDAGENS METODOLÓGICAS PARA O ENSINO DE HISTÓRIA DO DIREITO: ELEMENTOS DA ICONOLOGIA HISTÓRICA DO DIREITO NA ERA DAS CODIFICAÇÕES (FRANÇA 1804 – BRASIL 1830)

*Belisa Bettega da Rosa**
*Carlos César Rodrigues***
*Ricardo Ávila Abraham****

RESUMO: O presente artigo busca analisar a importância da iconologia jurídica como metodologia do ensino em História do Direito. O trabalho descreve a iconologia e sustenta a possibilidade de um estudo metodológico mais aprofundado com o tema Codificação, tendo como exemplos para esta compreensão algumas obras de arte francesas e brasileiras. Novas fontes de pesquisa e metodologias são importantes para o debate acerca do ensino da História do Direito. Perceber a imagem não como ilustração, quem sabe como uma reprodução da realidade, mas sua construção a partir de uma linguagem própria que é produzida em determinado momento ou contexto histórico. Assim, a perspectiva é demonstrar como o estudo das obras de arte podem ser utilizadas para uma melhor compreensão de um fragmento da Codificação. Como método para a análise iconográfica, em primeiro lugar, deve-se estudar e comparar e desta comparação induzem-se as conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito; Iconologia Histórica; Codificação.

Methodological approaches to the Legal History: Elements of the Historical Iconology of Law in the age of codifications (France 1804 - Brazil 1830)

ABSTRACT: The present study aims to analyze the importance of legal iconology as a method to teach the History of Law. For that matter, the concept of iconology is discussed and the paper sustain the possibility of a more in-depth methodological study with the theme Codification, having as examples for this understanding some French and Brazilian arts. New sources of research and methodologies are important for the debate about the teaching of the Legal History. The image, more than an illustration or a reproduction of reality, its construed as a unique language that is produced at a certain moment or historical context. Thus, the perspective is to demonstrate how the study of art can be used to better understand a fragment of the Codification. As a method for iconographic analysis, first of all, one must study and compare and from this comparison the conclusions are induced.

KEYWORDS: Legal History; Historical Iconology; Codification

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO; 2.1 A ICONOLOGIA JURÍDICA: POSSIBILIDADES E DESAFIOS; 2.2 ICONOLOGIA COMO FERRAMENTA DO ENSINO JURÍDICO; 3. ICONOLOGIA JURÍDICA PARA

*Advogada, mestranda no Curso de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Email: belisabettega@gmail.com.

**Graduado em História pela Universidade de Santa Catarina (UDESC-2004); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC-2015); Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Univali/Escola do MPSC (2017); mestrando no Curso de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Email: carloscesar80@hotmail.com.

***Advogado, mestrando no Curso de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Email: ricardoa.abraham@gmail.com.

ESTUDO DA CODIFICAÇÃO. 3.1 EXEMPLOS FRANCESES; 3.2 BRASIL; 4. CONCLUSÃO; 5. LISTA DE FIGURAS; 6 REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

No nosso dia-a-dia grande parte das informações que absorvemos vem pelo sentido da visão. Observando um objeto, uma obra de arte, ou lendo um texto, concretamente o são os olhos que nos intercomunicam a esse mundo exterior e assim nos permitem assimilar para podermos ter novos aprendizados. Por isso também, as fontes visuais são de grande importância para as mais diversas áreas de conhecimento. Os trabalhos com o uso de imagens para o estudo em História do Direito na bibliografia brasileira, apesar de tímidos, auxiliam em muito as possíveis abordagens metodológicas para o ensino em História do Direito. Neste sentido, é importante mencionar as obras de Bruno Amaro Lacerda¹; o livro “A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito” de Marcílio Toscano Franca Filho; e o livro “Imagens em desordem: a iconografia da Guerra do Paraguai”, de André Amaral de Toral; além de dos cadernos de artigos e ensaios intitulados “Imagens da Justiça”, organizados pela Universidade Federal de Santa Catarina. Por isso, fazer um estudo em História do Direito com a utilização da iconologia (jurídica) é uma possibilidade enriquecedora que poderá ser tanto apresentada em pesquisa, quanto no cotidiano do ensino em sala de aula, em se tratando de uma metodologia do ensino.

O debate em relação ao ensino jurídico tem aparecido em alguns espaços, principalmente nas faculdades, tendo em vista o emprego de disciplinas próprias de ensino. É importante repensar a formação dos profissionais no campo do Direito. Entendemos que imagens construídas sobre (História) do Direito em diferentes espaços não somente nas salas de aula dos cursos podem ser importantes expedientes na formação e socialização do próprio Direito e de seu ensino. Portanto, cabe-nos buscar compreender essa dimensão imagética e discursiva da História do Direito, identificar e

¹ “A justiça na arte figurativa de Giotto e Lorenzetti”, Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte – MG nos dias 22, 23, 24 e 25 de junho de 2011, Belo Horizonte, 2011, 6293-6306. LACERDA, Bruno Amaro, “Balança, espada e venda: a justiça e a imparcialidade do juiz”, in Sebastião TROGO, Nuno Manuel MORGADINHO DOS SANTOS COELHO (eds.), Direito, filosofia e arte. Ensaios de fenomenologia do conflito, São Paulo, Riddel, 2012, 33-50. LACERDA, Bruno Amaro & SETTE LOPES, Mônica, Imagens da Justiça, São Paulo, LTR, 2010.

analisar práticas pedagógicas inovadoras relacionadas com este tema e traduzi-las em métodos e técnicas do ensino jurídico.

Assim, vislumbramos neste artigo a possibilidade de se trabalhar com fontes não escritas, ou iconográficas, como uma forma de releitura no campo da História do Direito e, dentro deste, especificamente no estudo da Codificação. A utilização de material não escrito para a reconstituição histórica é uma sugestão de pesquisa que já vem sendo utilizada em outras áreas do conhecimento, como na História ou na História da Arte, por exemplo. Tal metodologia torna-se relevante para a construção do conhecimento e a possibilidade de despertar nos alunos a capacidade de entender as relações entre a arte e o Direito.

A justificativa para escolha da Codificação, no contexto do Iluminismo, é, inicialmente por tratar-se, por assim dizer, de um dos “eixos de estudo” na História do Direito, e numa ordem prática, a qualidade e quantidade dos materiais existentes, principalmente no contexto europeu (pinturas e esculturas relacionadas ao Iluminismo Jurídico da Codificação). Além de contribuir para o debate sobre novas fontes de estudo e de metodologia de ensino em História do Direito com utilização da iconologia jurídica.

2. A ICONOLOGIA JURÍDICA: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

O termo iconografia remete, por sua etimologia, à “escrita da imagem”, ou seja, a um processo de descrição ou decodificação dos dados e informações que uma imagem contém para detalhar a origem e desenvolvimento de um tema, pautado no simbolismo existente na imagem (LUNELLI, ROSA e GONZALEZ, 2016, p. 11). Ler a imagem e aprender a descrevê-la é parte da ressignificação do conhecimento produzido no passado, renovando as opções de linguagens e interpretações da realidade.

Dentro do campo iconográfico existem discussões quanto ao conceito de iconografia e, especificamente, quanto à sua diferença em relação ao termo iconologia. Inexiste um “consenso geral sobre o uso apropriado e a definição dos termos iconografia e iconologia” (MOREIRA, 2018, p. 2). A compreensão da diferença e origem dos termos passa por uma análise de seu uso e também de suas similaridades. Iconografia examina sinais, símbolos, alegorias e atributos e tenta "explicar o que se vê". Muitos autores com suas contribuições, no entanto, vão um passo além, e também analisam de maneira mais amplo contexto institucional e social, entrando assim no

campo da iconologia (MARTYN, 2018). A iconologia do Direito, neste sentido, estuda as muitas interações entre as redes sociais de juristas e artistas. Iconologia estuda como a lei e a arte são socialmente embutidos.

No final do século XIX o verbete iconografia é definido pelo francês Émile Mâle como a marca registrada de seu método de estudo de “ícones e símbolos talhados na pedra e adicionados às caixas murais das catedrais góticas da França”. Na definição aplicada por Mâle, iconografia era o “estudo descritivo da representação visual de símbolos e imagens tal como se apresentam nos quadros, gravuras, estampas, medalhas, efígies, retratos, estátuas e monumentos de qualquer espécie, sem levar em conta o valor estético que possam ter” (SANTOS, 2014, p. 12). Nas décadas de 1920 e 1930, os termos iconografia e iconologia foram ressignificados na história da arte pelos denominados iconografistas, historiadores da arte “que se opunham à superficialidade na interpretação das imagens, feitas pela análise formal” (preponderante à época) e propunham não só a observação das imagens, mas também sua leitura (UNFRIED, 2014, p. 1-2).

Apesar dessas aplicações do termo, o auge da iconografia e da iconologia somente ocorre na segunda metade do século XX em decorrência do “reconhecimento obtido pelos trabalhos de Erwin Panofsky e, em parte, devido às pesquisas de teóricos vinculados à chamada Escola de Warburg ou à iconografia de tradição francesa” (MOREIRA, 2018, p. 3). Em sua obra “Significado nas artes visuais”, Panofsky utiliza as palavras iconografia e iconologia como “etapas de um método para a leitura e interpretação das criações visuais figurativas”, processo que as relaciona “com o contexto social, geográfico e temporal nas quais foram produzidas” (SANTOS, 2014, p. 20”).

Panofsky considera a análise iconográfica aquela estrita à descrição de símbolos, sinais, alegorias e atributos voltados a explicar o que se vê, e identifica o campo da iconologia como aquele que vai além ao adicionar contextos históricos, institucionais e sociais (MARTYN; HUYGEBART, 2018, p. 6). O diferencial que justifica a classificação da iconologia como “jurídica” está no seu foco de estudo, voltado às “várias interações entre as redes sociais de juristas e as de artistas” e ao detalhamento de “como o direito e a arte estão socialmente vinculados” (MARTYN; HUYGEBART, 2018, p. 6, tradução nossa). Nesse mesmo sentido, Robilant (2001, p. 2, tradução nossa) indica que o objetivo da iconologia jurídica é “explorar a relação entre o direito e a arte,

as maneiras como o domínio do visual é tornado sujeito à força do direito e a complexa ligação entre direito, imagens e identidade”.

O estudo de obras de arte por juristas e historiadores de arte tem um forte potencial, pois o “conhecimento sobre a lei ajuda a entender a arte, mas o conhecimento da arte também contribui para melhor entender a intenção original das leis e seus efeitos sociais”. A interação mútua entre o direito e a arte sempre existiu e conhecer “como o direito é ou era em certo período de tempo, como os juristas pensavam ou trabalhavam, como a justiça era administrada, etc., importa para compreender muitos objetos de arte” (MARTYN; HUYGEBART, 2018, p. 6-9, tradução nossa).

É possível concluir que a iconologia jurídica pode ser utilizada com diversas finalidades. Em uma perspectiva externa, elas servem como instrumentos para autorização visual do direito através da sujeição do domínio visual à força do direito, e pela utilização e regulação de imagens e da arte, pelos sistemas legais e políticos, com a finalidade de simbolizar instituições, manter a ordem ou fomentar metas legislativas, por exemplo. É aqui que se encaixa a utilização de imagens para conferir visibilidade e estabilidade ao direito. A iconografia e a iconologia servem tanto para uma alfabetização visual dos juristas, com a finalidade de criar uma visão crítica dos diversos estímulos visuais que crescentemente nos deparamos na vida cotidiana, quanto para compreender racionalmente o direito do passado e sentir seu impacto social efetivo.

2.1 ICONOLOGIA COMO FERRAMENTA DO ENSINO JURÍDICO

Desde o momento em que acordamos com despertadores de nossos smartphones, e ligamos a televisão com noticiários da manhã, ou lemos os jornais preferidos através dos sites da internet, até nos últimos momentos de consciência, à noite, com filmes ou programas variados na TV, estamos imersos num oceano de imagens, numa cultura saturada por uma flora e fauna constituídas de espécies variadas de imagens, espécies que a teoria cultural apenas começou a classificar (KELLNER, 1995). Receber uma mensagem visual é muito mais que um ato mecânico, pois cada um acrescenta ao objeto uma variedade de sensações, informações, interpretações que possibilitam a construção do conhecimento. As imagens abrem as portas da percepção, aguçam os sentidos, além de possuir o poder de persuadir, fazer crer e prender a atenção. Assim, é importante trabalhar com A iconologia histórica não só como um recurso, mas como objeto de

estudo, neste caso, que se inicia e se construa numa problematização e que se encerra em abordagens harmonizadas.

O desenvolvimento das mídias sociais, a democratização do acesso à internet e o processo cada vez mais acentuado de “digitalização” de nossas vidas representa uma exposição crescente ao poder da imagem. O mundo está cada vez mais visual, e a imagem crescentemente ocupa espaços antes dominados pelo texto escrito, seja através da televisão, da fotografia, filmes, entre outros. Em contradição com essa tendência constata-se uma ausência ou escassez de alfabetização visual, ou seja, um consumo passivo das imagens e de seus efeitos de forma inconsciente (GOMES, 2016, p. 22).

Como causa ou efeito dessa contradição constata-se um reducionismo pedagógico que acredita que todo conhecimento pode ser traduzido em palavras escritas. Entretanto, a unicidade da escrita enquanto método educacional invariavelmente limita a produção do conhecimento. Nesse contexto, propõe-se a utilização da imagem, ou seja, a ampliação das informações e dados a serem interpretados, como ferramenta para ampliar os conteúdos a serem explorados, fornecer uma maior comunicação e aprendizado pela melhora do ensino e dos resultados metodológicos. Melhor dizendo, propõe-se a iconologia, como estudo da descrição explicativa da imagem, como essenciais à educação (LUNELLI, ROSAS e GONZÁLEZ, 2016, p. 10; GOMES, 2016, p. 12-22).

A importância do material não escrito, em especial dados iconográficos, é reconhecida tanto pelo historiador François Furet (1989), que os considera como potencial “material histórico mais importante que a eterna literatura da eterna testemunha”, quanto pelo outro historiador, Jacques Le Goff (1984), que também concorda com a utilização de outros documentos que não os escritos pelo historiador, como o “documento iconográfico”, na medida em que são exigidos em estudos específicos. A utilização da imagem, entretanto, deve ser cuidadosa, eis que, por vezes, a iconografia utilizada em livros didáticos ou em sala de aula serve como ilustrações de pouca importância em meio a uma intensa utilização de textos escritos, ou como um texto a mais, no formato de gravura. Isso porque “os professores não sabem usufruir de todo o potencial da iconografia e utilizam recursos como filmes, slides, charges, figuras e data show, etc., apenas para tornar a aula mais atrativa” (GOMES, 2016, p. 12).

Um exemplo de aplicação da iconografia no estudo da História do Direito é fornecido por Aguiar e Canteli (2016, p. 302-303) através de um processo de análise de imagens que tem início com a seleção de obras de arte relativas a um período histórico

específico, seguida por uma relatoria sobre a biografia de cada pintor e as circunstâncias sociais e históricas relativas ao período histórico eleito (para compreender a especificidade do objeto). Os autores explicam que esse itinerário tem a finalidade de “entender de que forma essas representações do discurso iconográfico revelam ou negligenciam a realidade histórica” ao “explorar e refletir a respeito de correspondência ou desarmonia entre esses pintores, que narram imagens, e os historiadores que se utilizam da palavra escrita”.

Por isso a importância de procurar “explorar o máximo de informações sobre o objeto iconográfico estudado e as diferentes formas de interpretação”. É preciso refletir sobre quem produziu a iconografia, com qual objetivo e ideias. Para tanto, é “necessário buscar pistas no contexto social, político e ideológico da época em questão” para questionar e entender as ideias do seu autor. Assim, embora a maneira de ler e interpretar uma imagem seja muito subjetiva, “o professor bem preparado pode encontrar um caminho que ajude seus alunos a obter mais informações e detalhes, produzindo assim uma leitura de imagem mais ampla e profunda” (GOMES, 2016, p. 49-50).

O historiador do direito Panofsky (1972 e 1975) aponta três etapas para análise das obras. Numa primeira fase, a pré-iconográfica, só se descreve a imagem. Esta etapa obriga a ver bem, em pormenor. Elencar todos os personagens e todos os objetos, mas também as cores, formas, texturas, decorações, inscrições. A segunda fase é a iconográfica no sentido estrito: o que querem dizer os objetos, as formas, os símbolos. Depois desta análise descritiva da imagem, o pesquisador vai procurar quais as mensagens que o artista tinha. Para esta segunda fase usam-se sobretudo os dicionários e as introduções gerais à iconografia. Na terceira fase, a iconológica, mais ampla, o pesquisador vai mais além para investigar os meios artísticos, institucionais e pessoais nos quais a obra estudada originou. Também se faz uma comparação, agora através de literatura secundária. É agora que entram pontos de vista, métodos e conhecimentos também da historiografia, da filosofia, da etnografia, da sociologia, da psicologia, dos estudos culturais.

3. ICONOLOGIA JURÍDICA PARA ESTUDO DA CODIFICAÇÃO

3.1. EXEMPLOS FRANCESES

Até agora o presente trabalho se dedicou a trazer argumentos teóricos acerca da iconologia histórica jurídica. A partir deste ponto, vamos demonstrar em termos práticos como é possível minimamente trabalhar esses aspectos na esfera da Codificação. Antes, porém, importante lembrar qual conceito de código que queremos analisar. Assim, utilizamos a definição de Tarello (1988), referindo o código:

Livro de regras jurídicas organizado segundo um sistema (uma ordem) e caracterizado pela unidade de matéria, vigente para toda uma extensão geográfica da área de unidade política (para todo o Estado), voltado para todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal, pela vontade dessa autoridade e por ela publicado, ab-rogante de todo o direito precedente na matéria disciplinada por ele e por isso não integrável com materiais jurídicos pré-vigentes, e destinado a longa duração

Pois bem, a pintura, a litografia e a escultura fundamentalmente, como expressões de arte, podem ser analisadas como ferramentas para a compreensão do processo histórico, e, neste trabalho, com especial foco na sua reconfiguração em pontuais aspectos do Iluminismo na ideia de Codificação. A pintura, por exemplo, tende a evidenciar diferentes visões sobre determinado contexto histórico através da comparação imagem/seus elementos e imagem/textos. Outras formas de representações, como nas capas, páginas de títulos e frontispícios², também denotam particularidades da arte e pertinentes análises. Na página de título do Code Civil Francês (1804), na sua “Édition originale et seule officielle”, aparecem também elementos de arte. A gravura inicial é a representação da Justiça, empunhando a balança e a espada, dentre outros elementos simbólicos que remetem a potência das leis, como o leão.

² Na linguagem cotidiana os conceitos são misturados. Para a bibliologia, *capa* pode ser considerada uma cobertura protetora que une as páginas de um livro. *Página de título* trata-se da página onde aparece alguns itens como título da obra, nome do autor, ano de publicação, dentre outros (que às vezes possui alguma iconografia). *Frontispício* é uma página com ilustração decorativa ou informativa, antecedendo a página de título.



(Figura 01)

É neste sentido que analisaremos a pintura intitulada “La Justice”, do pintor francês Bernard d’Agesci (1756-1829). A pintura encontra-se no museu Bernard d’Agesci, em Niort, cidade natal do pintor da obra. O trabalho em estilo neoclássico, foi produzido em 1794 e serviu para decorar o Tribunal Civil da cidade de Niort. A pintura denota a alegoria mitológica da deusa grega da Justiça – Têmis. A personagem na obra apresenta-se em primeiro plano, levantada em uma plataforma ao centro da tela, com vestes claras, pintada em tons pasteis. Num olhar mais geral, esta mulher representando a Justiça, quer ser uma representação de pureza e transparência. Segura na mão direita a balança, demonstrando o equilíbrio – um dos atributos da justiça. No canto inferior direito da tela algo semelhante a um prumo, também em representação ao equilíbrio e retidão da justiça. No canto direito, abaixo da imagem, o galo – símbolo da vigilância. Embaixo, no apoio para os pés, podemos ver que havia um pacote de armas, que permite estabelecer uma responsabilidade desta autoridade. A arquitetura neoclássica da paisagem com colunas e capiteis. Ao fundo também a ideia de abordar a noção de saída – atrás da cortina com anéis, há uma abertura em direção ao céu e às nuvens.

Na mão esquerda de Têmis, um livro com os dizeres: “Deus, as Leis e o Rei”. Mas em 1794, ano da pintura, Bernard d’Agesci poderia falar em Deus, Lei e Rei, passada praticamente a fase do terror da Revolução Francesa? A partir de uma restauração realizada em 1994, foi possível mostrar que a inscrição original havia sido alterada. Foram repintadas apenas a escrita original das menções de d’Agesci, a qual menciona os direitos da igualdade cidadã – no original *Droits de l’homme et ducitoyen, Égalité*. Então, a frase “Deus, Lei e Rei” foi adicionada no século XIX talvez para que

o trabalho alcançasse no passado as diferentes etapas da república francesa ou monarquia. Ou podemos considerar que a obra teve sua característica inicial revolucionária e depois conservadora.

Na outra página do livro está escrita uma passagem bíblica contida no Evangelho de Mateus, capítulo 7, versículo 12: “Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-os vós também a eles (...)”. O que faz lembrar também o imperativo categórico de Kant – espírito do Iluminismo. Mais do que perceber nas escrituras o quanto é egoísta o ser humano, ou algo relacionado, é dizer – a quem tem o poder principal de governar: siga a norma! Não faça o que não desejas que façam contigo! De maneira mais direta, e menos rebuscada, numa divagação geral do contexto, é o mandamento que deve atingir diretamente o poder do governante. Portanto, como contexto do absolutismo na França, podemos ver a partir deste exemplo, uma possível crítica ao estado absoluto, onde o rei era o elemento político central, criando limitações à influência dos nobres nas decisões políticas administrativas e engendrando uma forte burocracia controlada pelo soberano.



(Figura 02)

Além da pintura acima, outra obra de arte que chama a atenção é a escultura situada no mausoléu de Napoleão Bonaparte no Hôtel des Invalides em Paris. A escultura mostra no centro um homem sentado com vestes similares as dos romanos, com os braços mais ou menos abertos num sentido de ponte entre a Lei Romana (Direito Romano) e as *Institutiones* de Justiniano (Institutas de Justiniano) e o Código Napoleônico. Abaixo está escrito numa tradução livre: “Meu único código por sua

simplicidade faz mais bem na França do que a massa de todas as leis que as tem”. Na França, já antes do século XVII há a mudança de um Estado Jurisdicional para um Estado cada vez mais legislador, ou seja, o Estado gradativamente avoca para si todo o direito. O direito aqui é equiparado à lei, assim temos a ideia de um monismo jurídico (SBRICCOLI, 2011). O imperador fala do seu código como a sua vontade, do seu projeto.



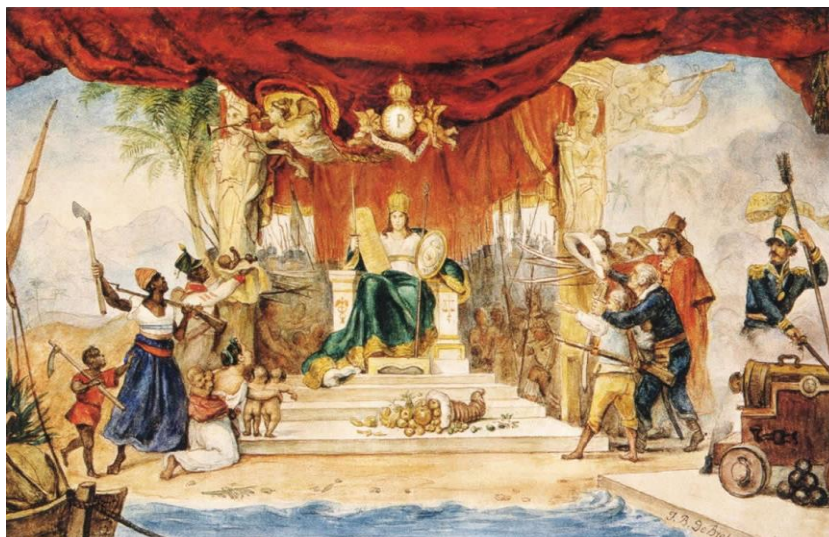
(Figura 03)

Os códigos nascem como uma ideia iluminista com a burocratização. A ideia de codificação é um estilo francês. A lei deve ser compreensível a todos. O modelo de escrita do direito também deve ser bastante claro. Em que pese nós termos um novo modelo analítico de construir a legislação, ainda há espaço do conteúdo de direito de uma legislação anterior, algumas ideias que nos remontam ao Antigo Regime. Nesse cenário a codificação só é possível graças à confluência de três bases: Jusnaturalismo moderno – tudo que fosse contrário à razão natural deveria ser eliminado das leis (a razão de cada um exercida por um só – o Legislador); Iluminismo – combate à tradição, à religião e às sutilezas dos juristas (direito deve ser claro e evidente para qualquer pessoa) e; Direito nacional – direito codificado deverá ser claro, racional e fundado no direito natural, mas vale por força do território do Estado.

Portanto, o Código enquanto projeto jurídico da modernidade tem papel central na consolidação do Direito, apropriado cada vez mais pelo Estado. O Código é adequação à ordem social burguesa e à forma estatal. O Código é um novo modelo de conceber o Direito e é em grande medida um ato de ruptura do passado, gerando uma mudança da mentalidade jurídica.

3.2 BRASIL

O que nos ensinam os exemplos franceses, é que a arte ajuda a legitimar e glorificar o papel da lei e da codificação. Vejamos agora se esta voz também teve ecos no Brasil.



(Figura 04)

Esta litografia de Jean-Baptiste Debret (1768-1848) produzida em 1822³ constituiu uma alegoria do Estado nacional brasileiro por ocasião da Independência. Nela se construiu uma imagem positiva do Império e do papel político do monarca, aclamado como “Defensor Perpétuo do Brasil”⁴. Ao longo do Primeiro Reinado, no entanto, a imagem do monarca se modificou. Inicialmente o que se pode depreender da pintura, é logicamente o imperador no centro da tela, segurando além de inscrições a espada, demonstrando seu poderio político. A origem europeia posicionada à direita está presente como conjunto populacional distinto do indígena, ao fundo, e o negro, à esquerda. Ainda no canto esquerdo da tela uma figura de mulher acompanhada dos

³ Litografia Pano de Boca do Teatro da Corte, 1822. Jean-Baptiste Debret. No início do século XIX, assim era chamada uma espécie de cortina de palco utilizada entre os atos das peças nos teatros. Posicionada como uma das últimas ilustrações do terceiro volume da obra *Viagem Pitoresca ao Brasil* vem acompanhada das explicações: “pano de boca executado para a representação extraordinária dada no teatro da corte por ocasião da coroação de D. Pedro I, imperador do Brasil [...] ao fim de ano de 1822. DEBRET, Jean Baptiste. **Viagem pitoresca e histórica ao Brasil**, 1972, v.3, p. 268.

⁴ José Bonifácio promoveu um programa iconográfico que buscava desconstruir a imagem de um “estado selvagem” no Brasil. Desta forma, o Pano de Boca de Debret também sofreu mudanças, como o próprio artista esclarece: “A composição [Pano de Boca] foi submetida ao primeiro ministro José Bonifácio que a aprovou. Pediu-me apenas que substituísse as palmeiras naturais por um motivo de arquitetura regular a fim de não haver nenhuma ideia de estado selvagem. Coloquei, então, o trono sob uma cúpula sustentada por estátuas douradas”. DEBRET, Jean Baptiste. **Viagem Pitoresca ao Brasil**. tomo II, v. III, p. 326.

filhos é referida como uma “indígena branca” (DEBRET, 1973, p. 270) que derivaria de cruzamento “racial” entre europeus e índios.

Observamos que alguns personagens em cena aparecem mais bem delineados e até ganham voz. Assim é o oficial da marinha que “jura sustentar o governo imperial”, sendo a ele entregue o comando do canhão. Destacamos também o “ancião paulista”, com seu jovem filho, a auxiliar a continuidade geracional dessa fidelidade compartilhada também com “outros paulistas e mineiros” (DEBRET, 1973, p. 270). Os caboclos, como conjunto de tipos domiciliares, aparecem também em grande parte ajoelhados. A justificativa é a “atitude respeitosa” a demonstrar “o primeiro grau de civilização que os aproxima do soberano” (DEBRET, 1973, p. 270). Os índios armados estariam “voluntariamente reunidos aos soldados brasileiros” (DEBRET, 1973, p. 269). Não é possível negligenciarmos a clivagem “racial” com a segmentação desse povo diverso, mas a priori fiel. Nos termos nativos, o índio, o caboclo distinto do indígena branco e o negro, além das únicas regionalidades referidas, o paulista e o mineiro, aparecem, quase na totalidade, armados.

Basicamente este era o cenário do Primeiro Reinado no Brasil (1822-1831), um país de camadas sociais delimitadas, a escravidão mantida atendendo o interesse dos grandes proprietários de terras, e sob a égide de uma monarquia ainda que constitucional com um poder moderador vigente. Apesar da independência, o país continuou com o modelo agrário, baseado em latifúndios e na produção de gêneros primários voltados para a exportação; a monarquia evitava transformações abruptas do *status quo*. E as guerras das províncias rebeldes foram outras atribuições que a monarquia teve que se preocupar.

Nesse contexto, há a elaboração do Código Criminal brasileiro de 1830. O código foi discutido no âmbito de uma comissão do Congresso Nacional, e não do Ministério da Justiça, composta por deputados. Alguns dos deputados, certamente, eram juristas, mas com uma formação onde a importância da eloquência e da oralidade não permitia uma cisão tão forte entre a atividade política de um deputado em uma Assembleia e a atividade do jurista em uma disputa forense nos tribunais (FONSECA, 2006). Dentre esse movimento codificador, o código reflete a racionalização dos crimes e das penas.

Mas o Código Criminal que se seguiu, terminou referendando a existência da escravidão, uma estrutura social cuja modificação estava muito fora do seu alcance social. O Código Penal de 1830 não pecou em qualidade doutrinária em “importância e

significação” (MACHADO NETO, 1977, p. 71). O código pode ser considerado como sendo o primeiro da América Latina “efetivamente nacional e próprio” (MACHADO NETO, 1977, p. 71). Um de seus principais legados, todavia, reside em sua incapacidade manifesta de modificar estruturas sociais.

Agora, quanto à codificação, como são essas iconografias que nos remetem a esse processo no caso brasileiro? Diferentemente do caso francês, não localizamos – pelo menos até o momento – obras específicas sobre a codificação no cenário nacional. Encontramos para além das imagens das penas infringidas pelo código, como remetem algumas obras de Debret, frontispícios de obras raras, algumas imagens da Justiça que nos dão pistas importantes a esse processo, conforme seguem.



(Figuras 05 e 06)

Esta publicação, além das seguintes, foi encontrada na mídia digital intitulada “Catálogo de Obras Raras” do Supremo Tribunal Federal (2016). A obra de Carlos Antônio Cordeiro tinha por intenção “ajudar a eliminar algumas dúvidas sobre artigos genéricos do Código Criminal da época” (2016, p. 262). Para o autor, a generalidade do código poderia causar situações de graves equívocos; já com seu livro “qualquer pessoa poderia saber que tipo de pena corresponderia aos tipos de crimes cometidos” (2016, p. 262). A obra foi dedicada ao conselheiro Manoel do Valladão Pimentel, oficial-mor da

Casa Imperial, médico da Câmara de Sua Alteza (o Imperador) e professor da Escola de Medicina da Corte. Carlos Antônio Cordeiro era bacharel em ciências jurídicas e sociais pela Faculdade de São Paulo, foi advogado no Rio de Janeiro. Exerceu o cargo de conferente da alfândega, foi defensor gratuito dos presos e autor de vários trabalhos (2016, p. 262).

A representação da contracapa do referido manual se apresenta de uma Justiça na figura de uma mulher, sem venda, sentada e vestida, segurando na mão esquerda a balança em equilíbrio, e na mão direita uma tábula da lei (Lois) ou em última análise do próprio código. O que parece estar abaixo da balança, a figura do leão, outro símbolo característico da realeza, poder e justiça. Também denota a sabedoria, força e segurança. Qualidades daquilo que um código pretendia ser, pelo menos no imaginário.

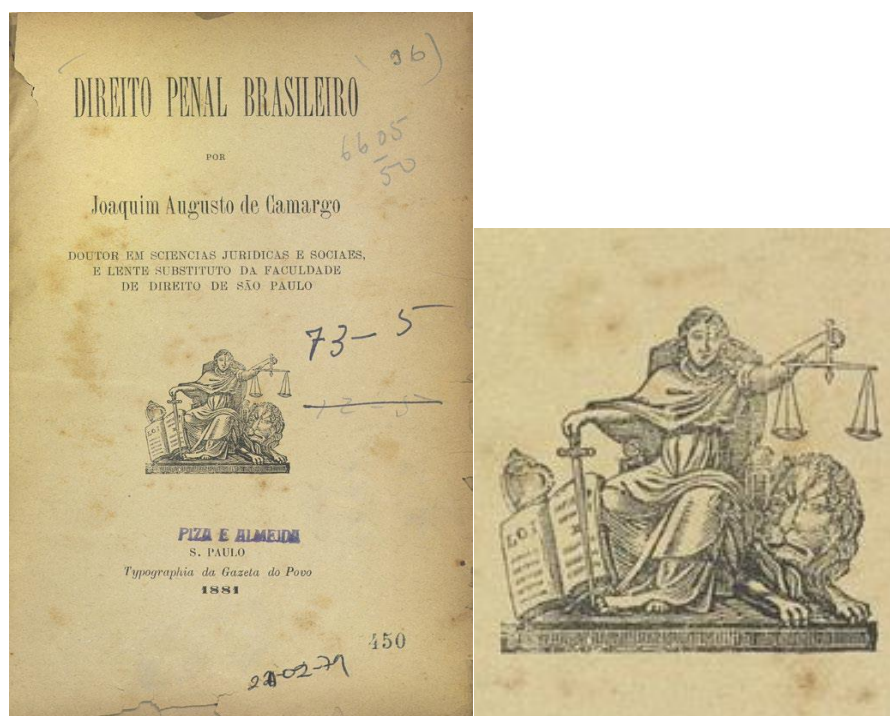


(Figuras 07 e 08)

Obra elaborada para servir de auxílio aos estudiosos do Código Criminal da época. O autor procurou ter cuidado para que não ficassem de fora os atos do Poder Legislativo ou do Executivo publicados desde a feitura da primeira edição da obra, em 1847 (2016, p. 265). Josino do Nascimento Silva, bacharel em ciências jurídicas e sociais pela Academia de São Paulo, foi promotor público, juiz municipal na Corte e procurador dos feitos da Fazenda Nacional. Nomeado oficial maior da Secretaria da Justiça e diretor-geral, exerceu o cargo de advogado do Banco do Brasil, diretor da

Instrução Pública em sua província, deputado provincial, deputado geral e presidente da província do Rio de Janeiro, tendo presidido também a província de São Paulo e o Conservatório Dramático. Era do conselho de Sua Majestade o imperador, comendador da Ordem de Cristo, sócio do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (2016, p. 265).

De maneira singela, esta iconografia de página de título apresenta apenas a figura da tábua da lei, bem ao centro a espada – representação da justiça. Na parte de trás, mas se projetando para as laterais, a balança da justiça de maneira equilibrada. Duas foices cruzadas em simetria com as outras figuras da composição. Poder das armas por trás da lei, ou a garantia da lei mesmo que através da força. Espelho com a serpente simbolizando à prudência (*jurisprudencia*).



(Figuras 09 e 10)

A obra é resultado dos estudos do autor enquanto professor substituto de Direito Criminal. Dividida em três partes, a primeira aborda os tempos primitivos. A segunda se estende da fundação do reino de Portugal até a independência do Brasil, englobando as Ordenações Afonsinas de 1447, o livro V das Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas. Por fim, a terceira parte compreende da independência até a promulgação do Código Criminal do Império. Obra considerada um clássico da literatura jurídica brasileira, nas palavras do jurista Miguel Reale Júnior, que prefaciou a segunda edição

publicada em 2005 sob a responsabilidade de Regina Maria Nogueira. Joaquim Augusto de Camargo – doutor em ciências jurídicas e sociais e professor substituto da Faculdade de Direito de São Paulo. (2016, p. 370).

Símbolos característicos da ideia de Justiça se apresentam nesta página de título. A balança em certo equilíbrio; o leão, como sinal de força; a tábula das leis, a espada servindo de apoio, e a figura central no trono. Sinais que podem demonstrar em se tratando de uma obra de Direito Penal, é compreensível entender uma iconografia com símbolos bem característicos da ideia de justiça.

4. CONCLUSÃO

Podemos perceber que o estudo a partir da iconologia histórico jurídica, denota importante campo de estudo em História do Direito, na medida de buscar novos olhares a outros objetos de análise. A produção de pinturas, esculturas, ou outras expressões de arte, é um vasto material no campo da interpretação imagética. As representações por meio das pinturas podem nos dizer muito sobre determinado contexto histórico, suas análises específicas e aproximações com a literatura pertinente ao campo do estudo podem nos fornecer pistas importantes para uma construção de determinada realidade.

O amparo das fontes e da bibliografia se faz necessário e cria um arcabouço de análise jurídica a ser estudada. O tema proposto é a Codificação, num cenário de aproximação com a literatura nacional, notadamente quanto ao Código Criminal de 1830. Conhecimentos jurídicos nos ajuda a entender a arte, mas o conhecimento da arte também contribui para um melhor entendimento da intenção original do Direito e efeitos sociais.

A alternativa para esta análise pretende conceber ao Direito um ponto de referência, a possibilidade de linguagem, auxiliar à sua própria interpretação e aplicação. As expressões de arte se relacionam com a pessoa a todo momento, e a arte, mais que o Direito, segue um caminho aproximativo de mundo e de pessoa que se faz presente com a criatividade, característica maior da arte. De outro lado, também a arte, poderá crescer com a metáfora concreta do Direito. Trata-se, assim, de estabelecer um recurso legítimo de duas complementaridades.

As comparações entre as obras francesas e as imagens nas páginas de títulos brasileiras demonstram de uma maneira geral que as iconografias nacionais têm certa relação com a ideia da codificação. Tem muito a ver com o sentido de código que se

pretendia estabelecer, ligada ao pensamento europeu. Os símbolos característicos se repetem, e ensejam um projeto jurídico para a modernidade e a busca pela unificação do Direito.

Portanto, o presente trabalho abre novas possibilidades de pesquisas, com temas diversos e com metodologia pouca explorada, haja vista, o recorte histórico e importância dada à proposta de análise iconográfica. A historiografia jurídico-penal, pode se ocupar com temas transversos, e a utilização de outras fontes não escritas, como a pintura, escultura, fotografia, dentre outras, a fim de ter, neste caso, uma perspectiva mais ampla sobre o papel das imagens na Codificação.

5. LISTA DE FIGURAS

Figura 01. Capa do Code Civil dês Français (1804).....	09
Figura 02. Thémis ou La Justice. Óleo sobre tela (1794). Bernard d'Agesci.....	10
Figura 03. Mausoléu de Napoleão Bonaparte no Hôtel des Invalides.....	11
Figura 04. Pano de boca do Teatro da Corte (1822). Jean-Baptiste Debret.....	12
Figuras 05 e 06. Página de título do Código Criminal do Império do Brasil	14
Figuras 07 e 08. Página de título do livro Direito Penal Brasileiro.....	15
Figuras 09 e 10. Página de título do livro Direito Penal Brasileiro.....	16

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Márlío; CANTELI, ThayrinePaôla. Desafios do direito: um diálogo necessário entre as imagens da história e as perspectivas metodológicas para o ensino da história do direito no Brasil. *In*: LEITE, Maria Cecília Lorea; VAN-DÚNEM, Octávio; HENNING, Ana Clara Correa. **Contemporaneidade, imagens da justiça e ensino jurídico**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2016, v.1, p. 297-314.

BEHRMANN, Carolin. The Mirror Axiom: legal iconology and the lure of reflection.*In*: HUYGBAERT, Stefan *et al.* **The art of Law: Artistic Representations and Iconography of Law and Justice in Context, from the Middle Ages to the First World War**. Springer: Cham, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Catálogo de obras raras do Supremo Tribunal Federal [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/QR/COR.pdf>. Acesso em 02 out. 2019.

CRUZ, Marcos Murrelle Azevedo; SILVEIRA, Flavio Leonel Abreu da. Iconografia como narrativa estético-visual do sagrado na Amazônia paraense. **Nova Revista Amazônica**, Bragança, v. 1, ano V, p. 157-170, maio 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/nra/article/view/6383>. Acesso em 01 out. 2019.

DEBRET, Jean Baptiste. **Viagem pitoresca e histórica ao Brasil**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1972, 3 v.

DOUZINAS, Costas. A legal phenomenology of images. *In*: BEN-DOR, Oren. **Law and Art: Justice, Ethics and Aesthetics**. Nova Iorque: Routledge, 2011.

DUCHESNE, Aurélie. Urizen and the Image of the Refugee: The refugee crisis from an aesthetic perspective. **IALS Student Law Review**, v. 4, n. 2, p. 3-18, 2017. Disponível em: <https://journals.sas.ac.uk/lawreview/article/view/2423/2385>. Acesso em 3 out. 2019.

FONSECA, Ricardo M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Milano, vol. XXXV, t. I, 2006.

FURET, François. **A Oficina da história**. Lisboa: Gradiva, 1989, p. 105.

GOMES, Silvânia Maria de Oliveira. **Iconografia: imagens, interpretações e novas abordagens no ensino de história**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências da Educação) – Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, 2016.

KNAUSS, Paulo. O desafio de fazer História com imagens: arte e cultura visual. **Artcultura**, Uberlândia v. 8, n. 12, p. 97-115, jan. – jun. 2006. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/artcultura/issue/view/202>. Acesso 03 out. 2019.

KELLNER, Douglas. Lendo imagens criticamente: Em direção a uma pedagogia pós-moderna. *In*: SILVA, Tomas Tadeu (org). **Alienígenas em sala de aula: uma introdução aos estudos culturais em educação**. Petrópolis: Vozes, 1995.

LE GOFF, Jacques. **Memória-história**. Porto: Imprensa Nacional, 1984.

LUNELLI, Isabella Cristina; ROSAS, María Francisca Elgueta; GONZÁLEZ, Eric Palma. Introdução: a produção de “outros” conhecimentos com o uso da iconografia para a transformação do ensino do direito. *In*: ROSAS, Maria Francisca Elgueta; GONZALES, Eric Palma; LUNELLI, Isabella Cristina (Org.). **Conhecimento, iconografia e ensino do direito**. Casa Leiria: São Leopoldo, 2016, v. 2, p. 09-18.

MACHADO NETO, Zahidé. **Direito Penal e estrutura social: comentário sociológico ao código criminal de 1830**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTYN, Georges; HUYGBAERT, Stefan. Twenty new contributions to the upcoming research field of Historical Legal Iconology. *In: HUYGBAERT, Stefan et al. **The art of law: Artistic Representations and Iconography of Law and Justice in Context, from the Middle Ages to the First World War.** Springer: Cham, 2018.*

MOREIRA, Altamir. A iconografia em revisão. **Contemporânea: Revista do PPGART/UFSM**, Santa Maria, v. 1, n. 1, e9, p. 01-08, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/contemporanea/article/view/33833>. Acesso em 30 set. 2019.

PANOFSKY, Erwin. **Significado nas artes visuais.** 3 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

ROBILANT, Anna di. The aesthetic of law. **Global Jurist Advances**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 1-5, abr. 2001. Disponível em: <https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE%7CA85250899&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w>. Acesso em 02 out. 2019.

SANTOS, Carlos Alberto Ávila. Alegoria, Iconografia e Iconologia: diferentes usos e significados dos termos na história da arte. **XVI Seminário de História da Arte**, Pelotas, n. 4, p. 01-38, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Arte/article/view/4903>. Acesso em 01 out. 2019.

TARELLO, Giovanni. **Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici.** *In: Cultura giuridica e politica del diritto.* Bologna: Il Mulino, 1988.

TORAL, André Amaral de. **Imagens em desordem: a iconografia da Guerra do Paraguai.** São Paulo: Humanitas / FFLCH / USP, 2001.

UNFRIED, Rosana Aparecida Reineri. O uso da iconografia e da iconologia para a análise de fotografias e recuperação da história de Londrina. *In: Encontro Nacional de Pesquisa em Comunicação e Imagem – ENCOI, 1, 2014, Londrina, Anais [...]*, Londrina, p. 01-16. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/encoi/anais/TRABALHOS/GT7/O%20USO%20DA%20ICONOGRAFIA%20E%20DA%20ICONOLOGIA.pdf>. Acesso em 01 out. 2019.

UNIVERSITÀ DI BERGAMO. **Cesare Ripa: Allegorie Dell'Iconologia di C. Ripa.** [s.l.], 2008. Disponível em: <https://dinamico2.unibg.it/ripa-iconologia/>. Acesso em 30 set. 2019.

A APROPRIAÇÃO DO FEDERALISMO ESTADUNIDENSE DE BASE CALVINISTA PELO BRASIL E AS CONSEQUÊNCIAS NA ESTRUTURA DE TRIBUTAÇÃO DA PRIMEIRA REPÚBLICA (1870 – 1891)

Andrey José Taffner Fraga*

RESUMO: Trata-se de trabalho que visa investigar as bases do federalismo “calvinista” estadunidense, a apropriação de tal sistema pelo Brasil durante os debates ocorridos no final do Segundo Reinado e durante a Constituinte de 1891, e as consequências de tal apropriação para o ordenamento jurídico, especificamente para o ordenamento tributário da primeira Carta republicana brasileira. O método utilizado é o dedutivo, a técnica de pesquisa, a bibliográfica. Os resultados preliminares alcançados com o desenvolvimento da pesquisa indicam a existência de uma distorção do sistema federalista estadunidense quando da sua apropriação pelo sistema jurídico brasileiro. Essa distorção parece ter sido agravada pelo fato de que o federalismo nos EUA teve uma origem “orgânica”, partindo das comunidades congregacionistas descentralizadas lá existentes nos primórdios da colonização, enquanto no Brasil houve uma implantação vertical e forçada. Na seara tributária, isso representou uma oportunidade para concentração de arrecadação de impostos para os cofres da União e para alguns Estados exportadores (elites agrárias), em detrimento das demais Unidades Federadas.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo; Calvinismo; Ordenamento Tributário.

The Appropriation of Calvinist-based American Federalism by Brazil and the Consequences on the Tax Structure of the First Republic (1870 - 1891)

ABSTRACT: This research aims to investigate the bases of the "Calvinist" American federalism, the appropriation of such a system by Brazil during the debates that took place at the end of the Second Reign and at the Constituent of 1891, and the consequences of such appropriation for the legal system, specifically for the tax legal structure of the first Brazilian Republican Constitution. The method used is the deductive, the research technique, the bibliographic. Preliminary results achieved with the development of the research indicate the existence of a distortion of the US federalist system when appropriated by the Brazilian legal system. This distortion seems to have been aggravated by the fact that US federalism had an “organic” origin, stemming from the decentralized congregationist communities there in the early days of colonization, while in Brazil there was a vertical and forced implementation. In the tax area, this represented an opportunity to concentrate tax collection for the Union coffers and for some exporting states (agrarian elites), to the detriment of the other Federated Units.

KEYWORDS: Federalism; Calvinism; Tax System.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O FEDERALISMO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A SUA BASE CALVINISTA; 3. DEBATES FEDERALISTAS

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Público Constitucional e Administrativo, pela UNIVALI, e em Direito Empresarial e Tributário, pelo INPG. Atua como advogado tributarista. Integrante do Grupo Interinstitucional em História da Cultura Jurídica “Ius Commune” (CCJ/UFSC). E-mail: andreytaffner@gmail.com

DURANTE O FINAL DO SEGUNDO REINADO NO BRASIL; 4. BREVE ANÁLISE DA CONSTITUINTE E DA CONSTITUIÇÃO DE 1891; 5. CONCLUSÃO: PERSPECTIVAS DE PESQUISA; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do federalismo no Brasil e a criação de uma estrutura de tributação de base federalista foram objeto de inúmeras pesquisas e trabalhos. O objetivo do presente estudo é analisar a questão sob uma perspectiva diferente: compreender a base calvinista do federalismo desenvolvido nos Estados Unidos da América para então analisar as dificuldades e consequências na adaptação/apropriação de tal sistema pelo Brasil, especificamente no que diz respeito à estrutura de tributação desenvolvida quanto da promulgação da Constituição de 1891.

Dentro desta moldura, a pergunta a guiar esta investigação será: em que medida o federalismo “calvinista” estadunidense, objeto de debates sob diferentes enfoques durante o Brasil Império, foi recebido e interpretado/adaptado na estrutura de tributação expressa na Constituição de 1891?

O método de investigação será o dedutivo. A hipótese preliminar é de que o sistema federativo estadunidense tenha sido adaptado a algumas vicissitudes do Brasil, especialmente no que diz respeito à concentração de poderes para a União e para alguns Estados representativos das elites agrárias de então (como São Paulo e sua elite cafeeira). No âmbito tributário, isso significaria uma desproporcional arrecadação de tributos em favor da União e desses mencionados Estados.

Para verificação da hipótese, se empreenderá uma análise bibliográfica e legislativa perpassando a gênese do federalismo nos Estados Unidos da América, os debates federalistas (com foco nos escritos tributários) ocorridos durante o final do Segundo Reinado no Brasil para, então, analisar a Constituição de 1891 e apresentar algumas conclusões.

2. O FEDERALISMO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A SUA BASE CALVINISTA

Os estudiosos do sistema federalista costumam apontar como exemplos mais antigos de tal sistema o caso suíço e o estadunidense. Em relação à Suíça, de fato criou-se em 1291 a Confederação Helvética, base para Suíça moderna. Porém, naquele

sistema, os cantões integrantes mantinham a sua independência (DALLARI, 2013, p. 252). Federalismo propriamente dito surgiria na Suíça apenas com a Constituição de 1848. Assim, resta o modelo estadunidense como exemplo mais antigo.

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, surgia oficialmente essa nova modalidade de organização de Estado, na qual era prevista a convivência de duas esferas distintas de poder, cabendo aos entes federados abrirem mão de sua soberania (em prol da formação de um país), mas mantendo as respectivas autonomias, inclusive no que tange a competências exclusivas.

As bases históricas que permitiram o surgimento do federalismo nos EUA são objeto de intenso debate. Conforme pontua Alison L. LaCroix, da Universidade de Chicago, existem basicamente duas linhas para explicar o surgimento de tal sistema: a linha “institucional”, segundo a qual o federalismo teria se desenvolvido gradualmente a partir da institucionalização da dúplice esfera de poder à qual os colonos americanos estiveram submetidos desde o início (metrópole/Inglaterra x poder local), e a linha “ideológica”, segundo a qual o federalismo seria uma ideia original ocorrida aos constituintes estadunidenses (LaCROIX, 2010, p. 3).

É possível tecer considerações críticas em relação às duas linhas: afinal, porque apenas nos EUA teria ocorrido a institucionalização das “esferas duplas” de poder, metrópole x colônia, sendo que praticamente todo o continente americano estava submetido a esse regime? E porque apenas nos EUA teria ocorrido a “ideia original” a respeito desse sistema?

Com o avançar dos estudos, resta claro que um elemento muito importante para o surgimento do federalismo nos EUA foi deixado de lado por essas linhas, no caso, a base religiosa daquela população.

Carl Schmitt, em sua clássica obra “Teologia Política”, identificou e expôs alguns conceitos relevantes para a compreensão quanto ao surgimento dos modernos sistemas políticos e jurídicos: “Todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados” (SCHMITT, 2006, p. 35). A partir do advento da revolução francesa, passou-se a criar institutos jurídicos e políticos pela “imitação dos decretos divinos” (SCHMITT, 2006, p. 43). Abandonava-se a legitimidade que as religiões conferiam ao monarca, para buscar a legitimidade em instrumentos políticos, na criação de “mitologias jurídicas”, como pondera Paolo Grossi (2007, p. 51), que nada mais eram que conceitos teológicos secularizados.

No caso dos EUA, não é difícil perceber a “ideia federal” sendo desenvolvida desde o início da colonização. Como pontua o historiador estadunidense Daniel J. Boorstin (2010, p. 30-31), dentre as grandes preocupações dos puritanos fundadores dos EUA, três se destacavam: a forma de escolha dos representantes, a limitação do poder político e a criação de uma organização federal factível. Levando-se em consideração que essas comunidades voltavam suas vidas inteiramente para as questões teológicas (ainda segundo Daniel J. Boorstin – 2010, p. 5 – : “a Nova Inglaterra puritana foi uma nobre experiência de teologia aplicada¹”), percebe-se que a criação de um sistema federal não era algo secundário para elas, mas algo primordial por envolver a organização da própria igreja, que era o centro da vida social e base de todos aqueles colonizadores.

O desenvolvimento, por parte de tais comunidades, de um sistema federal para suas igrejas derivou de um conceito mais antigo e muito caro aos movimentos protestantes, no caso, o do “covenant” (aliança). Conforme pontua Tiziano Bonazzi, da Universidade de Bolonha, existiria a aliança do Antigo Testamento, entre Deus e os homens, e a aliança do Novo Testamento, onde houve expansão da graça divina por meio do batismo (1974, p. 472-473). A partir do movimento calvinista, principalmente, resgatou-se esse conceito para explicar o mundo como uma grande aliança entre Deus e os homens, e alianças menores entre os homens para organização da vida em sociedade (ELAZAR, 2001, p. 61).

A secularização do conceito teológico do “covenant” /aliança fornece uma importante ferramenta para compreensão do federalismo. Dentre os estudos que analisam tal fenômeno, destaca-se o do professor Fernando Rey Martínez, da Universidade de Valladolid, que pontua o seguinte: antes do advento da Constituição estadunidense, vários outros códigos foram escritos nas várias colônias inglesas. Um dos mais notáveis, o “Pilgrim Code of Law”, de 1636, é considerado por muitos como uma verdadeira Constituição -Covenant (MARTÍNEZ, 2003, p. 67). Nele estão contidos todos os regramentos sociais que viriam a caracterizar a futura constituição estadunidense.

Além do “Covenant”, outro tipo de instrumento muito utilizado no novo continente pelos ingleses foram as “charters”. Como a colonização, no início, visava a ocupação das terras e a maior rentabilidade possível para a metrópole, a coroa inglesa se

¹ Versão livre em português para o seguinte texto original: “*Puritan New England was a noble experiment in applied theology*”.

utilizou desse instrumento, para conceder aos colonos título exclusivo sobre as terras, bem como a capacidade de autogoverno.

Com base nesses elementos, Martínez (2003, p. 92) resume da seguinte forma a evolução do constitucionalismo estadunidense: os “Covenant” (pactos religiosos) se secularizaram e se converteram em “Compacts” (pactos políticos); esses Covenant/Compacts estabeleceram a forma de governo e expuseram valores fundamentais para os EUA. Essas exposições foram acrescentadas ao preâmbulo da “Bill of Rights”, a declaração de direitos dos Estados Unidos (precursora da Constituição); a segunda parte dos “Compacts” se mesclou com os “Charters” ingleses, para expor a forma de governo e de relação do povo com esse governo.

A promulgação da Constituição de 1787 selou esse sistema de organização do Estado. Necessário acrescentar que a história do federalismo no território estadunidense teve complicações e desdobramentos, como as dificuldades de aprovação da Constituição nos Estados (momento no qual surgiram os “*federalist papers*”, artigos elaborados para convencimento da população quanto ao federalismo, hoje reunidos na famosa obra “O Federalista”), a guerra civil, as primeiras decisões da Suprema Corte etc.

Em suma, percebe-se que o surgimento do federalismo nos EUA se deu de forma “orgânica”, por meio da secularização de institutos lá existentes desde o início da colonização. Passa-se agora a analisar como foi lido e interpretado no Brasil.

3. DEBATES FEDERALISTAS DURANTE O FINAL DO SEGUNDO REINADO NO BRASIL

O Brasil foi um dos raros casos no “novo mundo” de país que, após a independência, permaneceu sob a regência de uma monarquia hereditária aos moldes da velha Europa. Mesmo assim, observou-se o desenvolvimento de diferentes correntes políticas, jurídicas e até filosóficas que defendiam mudanças no sistema vigente.

O debate sobre o federalismo e sobre a descentralização política, após a experiência vivida no período regencial, se adensou no segundo reinado, tendo seu ápice nos anos finais do império. A defesa da descentralização e do federalismo foi observada principalmente em meio aos liberais, que se dividiam, de acordo com Antônio da Silva (2008) em “históricos” (defendiam profundas mudanças no sistema político) e “progressistas” (defendiam mudanças, mas não necessariamente um rompimento com a

monarquia). Do lado dos liberais “históricos”, mais “exaltados” (ou seja, que defendiam um federalismo mais amplo), encontra-se A. C. Tavares Bastos. Ele combatia abertamente o centralismo monárquico, como se observa em sua obra máxima, “A Província” (1975, p. 17-18):

Considerai agora o lado propriamente político dessa vasta questão, que mal podemos esboçar. Dispensado, contendo ou repelindo a iniciativa particular, anulando os vários focos da atividade nacional, as associações, os municípios, as províncias, economizando o progresso, regulando o ar e a luz, em uma palavra, convertendo as sociedades modernas em falanstérios como certas cidades do mundo pagão, a centralização não corrompe o caráter dos povos, transformando em rebanhos as sociedades humanas, sem sujeitá-las desde logo a uma certa forma de despotismo mais ou menos dissimulado. Por isso é que, transplantada do império romano, a centralização cresceu com o absolutismo nas monarquias modernas e com ele perpetuou-se em todas, tirante a Inglaterra. Por isso é que não pode coexistir com a república uma semelhante organização do poder. Assim, absolutismo, centralização, império, são, neste sentido, expressões sinônimas.

Em outro trecho da já citada obra, Tavares Bastos volta a atacar a centralização, e aponta a federação como forma de estado ideal:

A centralização – quem pode já duvidá-lo? – não desvia, antes precipita as tempestades revolucionárias. Absorvendo toda a atividade nacional, assume o poder uma responsabilidade esmagadora. Corrompendo a nação, corrompe-se a si mesmo; mais e mais inferior à sua tarefa ingente, vê recrescerem os perigos na razão da sua debilidade. (...) Não; nós não exageramos nem a deplorável situação moral criada pela centralização, nem a perversidade das suas tendências políticas. Em uma palavra, ela começa corrompendo e acaba anarquizando: por isso é que o Novo Mundo, fugindo do ídolo imperial a que o Velho sacrificara a liberdade, fez a federação paládio da democracia. Vamos vê-la, alastrando-se por toda a parte, a moderna forma de governo (1975, p. 19-20).

Do ponto de vista de Tavares Bastos, o grande atraso vivenciado pelo Brasil era decorrente, senão no todo, em grande parte, da centralização política vigente. A grande inspiração para Tavares Bastos, conforme se percebe em várias passagens do livro “A Província”, foi o doutrinador e renomado político francês Hyacinthe Camille Odilon Barrot, que viveu durante o reinado de Napoleão III, onde a França experimentou, inicialmente, uma forte concentração de poderes, para depois, paulatinamente, desconcentrar a administração. Em um de seus mais famosos opúsculos, “De la centralisation et de ses effets”, Odilon-Barrot registrou o seguinte (1870, p. 77-78):

Poderíamos, até mesmo de uma maneira mais infalível, medir a prosperidade de um povo em relação ao âmbito de liberdade que ele goza. Governos excessivamente centralizados que substituem por atos oficiais todos os esforços espontâneos dos cidadãos, afetam a prosperidade pública de duas maneiras: em primeiro lugar, como já dissemos, eles destroem a energia moral que é o grande produtor de toda sociedade que vive de seu trabalho; e, por fim, eles acabam esgotando as forças de trabalho em gastos inúteis².

Em outro trecho de sua obra, Odilon-Barrot é ainda mais claro: “Poder absoluto, ordem, economia e prosperidade financeira, são coisas que, até agora, não foram jamais vistas juntas³”. (BARROT, 1870, p. 79)

Assim, nota-se que Tavares Bastos era influenciado pela situação vivida na França de Napoleão III, na qual uma experiência de forte centralização política ocasionou problemas para os quais se tentou encontrar uma solução com a descentralização/desconcentração política e administrativa.

Voltando ao Brasil, é perceptível que por trás da luta pela descentralização política e pelo federalismo empreendida por Tavares Bastos (e por outros), residia uma grande preocupação com as questões tributárias. Nem poderia ser diferente, eis que os poucos recursos provinciais e a constante ingerência imperial nas questões tributárias era o que mais impulsionava a luta pela descentralização.

No âmbito tributário/fiscal, a centralização política causava transtornos diversos, inclusive para os contribuintes que, não raras vezes, ficavam sujeitos ao pagamento duplo de tributos. Como observa Ubaldo Cesar Balthazar (2005, p. 100), o desejo das províncias de adquirir mais poder e autonomia fazia com que elas entrassem em choque com o poder imperial em busca de maior competência na esfera tributária. Isso fazia com que os contribuintes fossem tributados duas ou até três vezes sobre o mesmo fato gerador. O império terminaria sem que esse problema (da divisão de competências tributárias) fosse resolvido.

Ao tratar das despesas e receitas das províncias, Tavares Bastos defende que às províncias sejam destinadas receitas na medida necessária para que possam subsistir

² Versão livre em português para o seguinte texto original: “*On pourrait, même d’une manière à peu près infailible, mesurer la prospérité d’un peuple à l’étendue de la liberté dont il jouit. Les gouvernements trop centralisés et qui substituent partout les actes officiels à l’effort spontané des citoyens, affectent la prospérité publique de deux manières: d’abord, comme nous venons de le dire, ils détruisent cette énergie morale qui est le grand producteur de toute société qui vit de son travail; et ensuite, ils finissent toujours par épuiser en dépenses improductives les sources du travail*”. (BARROT, 1870, p. 77-78)

³ Versão livre em português para o seguinte texto original: “*Pouvoir absolu, ordre, économie et prospérité financière, sont choses que, jusque’à ce jour, on n’a jamais vues réunies ensemble*”. (BARROT, 1870, p. 79)

autonomamente: “Mas, já o dissemos, longe estamos deste ideal; e, para as nossas províncias, com efeito, a medida urgente é fornece-lhes recursos correspondentes às despesas da descentralização. Isto nos leva a mostrar, antes de concluir, que é forçoso transferir às províncias certas rendas absorvidas pelo tesouro nacional”. (1975, p. 221)

Tavares Bastos, a voz ressonante de Odilon Barrot no Brasil, não tinha dúvidas: era necessário operar uma vasta reforma em direção à descentralização política. Somente assim se alcançaria o progresso e o saneamento das finanças públicas (1975, p. 227).

De outro lado, pregando também em favor do federalismo, mas de uma maneira bem menos radical, estava Rui Barbosa, o grande jurista da primeira república brasileira. Estudioso e político notório, Rui Barbosa era, segundo Christian Lynch (2014, p. 203), filiado à tradição jurídica “anglo-americana” que, ainda segundo o professor, convergia para o entendimento de que as instituições, mesmo que representativas do poder popular, deveriam ser reguladas pela lei. Esse apego à legalidade seria, com efeito, uma marca do jurista brasileiro.

Em seus escritos, Rui Barbosa defendia a forma federativa de Estado sem, todavia, diminuir os poderes da União. Ou por outra: pregava o federalismo, mas desejava manter um centralismo político forte em torno da União (muitos se referiam a isso como um “federalismo mitigado”).

Para Rui Barbosa, federalismo e centralização política não seriam conceitos antagônicos. Buscando exemplo nos Estados Unidos da América, ele defendia que o federalismo deveria conduzir a uma forte centralização política. Isso fica bastante evidente, por exemplo, nos seguintes trechos do artigo “Federação”, publicado em 20/09/1889, no Diário de Notícias (RJ):

Laboram em grave equívoco os que raciocinam de outro modo. Que ‘a centralização política é indispensável à monarquia’ não sofre dúvida nenhuma. Mas é igualmente imprescindível à república (...). A centralização política é tão essencial nas repúblicas, quanto nas monarquias; e precisamente por não contrariá-la, é que a forma federativa se acomoda indiferentemente a uma e a outras. Erra palmarmente o pressuposto, com que entre nós se tem argumentado, de que centralização política e regímen federal são termos impossíveis. Tal antinomia não existe. Pelo contrário: tão adaptáveis são entre si essas duas ideias, que a mais perfeita de todas as federações antigas e modernas, a mais sólida, a mais livre e a mais forte, os Estados Unidos, é, ao mesmo tempo, o tipo da centralização política levada ao seu mais alto grau de intensidade”.
(...)

Daí vem que a federação norte-americana, onde toca as suas raias a descentralização administrativa, é, politicamente, um país de centralização tal, que nem as realezas europeias, a este respeito, a igualam. Atesta-o Tocqueville (...) no seu famoso livro *Democracia na América* (...): ‘Não existe, nos Estados Unidos, centralização administrativa. Mal se lhe descobrem vestígios de alguma hierarquia. *A descentralização sublimou-se ali a um grau tal, que nenhuma nação europeia a toleraria, a meu ver, sem profunda indisposição*, e que, ainda na América, não deixa de produzir seus efeitos penosos. Mas, nos Estados Unidos, *existe no mais alto ponto a centralização governativa. Fácil seria provar que o poder nacional se acha mais concentrado ali do que em qualquer das antigas monarquias europeias*’.

Alhures, repete:

‘Os Estados Unidos constituem, não só uma república, senão também uma confederação. Entretanto, a autoridade nacional, nesse país, é, a vários respeitos, *mais centralizada do que em diversas monarquias absolutas*, na Europa’.

Ainda é ele quem escreve:

‘Não é, portanto, como a miúde se diz, por carência de centralização nos Estados Unidos, que as repúblicas do novo mundo sucumbirão. *Bem longe de não serem assaz centralizados, pode-se afirmar que os governos americanos os são em demasia*’.

Não se continue, pois, a reincidir na preocupação falsa, que contrapõe, como entidades mutuamente antagônicas, a centralização política e a federação. (BARBOSA, 1956, p. 217-218)

Nota-se que Rui Barbosa recorre a doutrina de Tocqueville para afirmar que o exemplo de federalismo estadunidense reforçava a União. Era isso que Rui Barbosa defendia para o Brasil. Era, portanto, menos radical que Tavares Bastos nesse sentido.

Rui Barbosa foi fortemente influenciado pelo modelo estadunidense de federalismo e de república. Os escritos de Alexander Hamilton (primeiro Secretário do Tesouro dos EUA, um dos autores dos artigos que integraram a obra “O Federalista”), como se verá logo adiante, foram a bússola de Rui Barbosa em suas proposições para a nova república, especialmente no que tange à tributação.

No fatídico 15 de novembro de 1889, proclamava-se a República. No Decreto nº 1, editado no dia da proclamação, dentre outras disposições, decretava-se que o Brasil passava a ser uma República Federativa. Exatamente um ano depois, no primeiro aniversário da República, tiveram inícios os trabalhos do Congresso Constituinte. A análise de tal momento, de tal recorte histórico, permite identificar a gênese de alguns problemas observados até hoje no federalismo brasileiro.

4. BREVE ANÁLISE DA CONSTITUINTE E DA CONSTITUIÇÃO DE 1891

Após a queda da monarquia, iniciaram-se os debates para elaboração da primeira carta constitucional republicana no Brasil. O anteprojeto de Constituição foi escrito e revisado notadamente por Rui Barbosa. Conforme relata o constitucionalista do início do século XX, Aurelino Leal (2002, p. 208-209), Rui Barbosa, com o auxílio de alguns Ministros de Estado, elaborou o anteprojeto e, em sessões noturnas no Itamaraty, lia os artigos um a um para aprovação do marechal Deodoro da Fonseca. Dentre outros objetivos, o famoso jurista buscava exercer, no Brasil, o papel que havia exercido Hamilton nos EUA, ou seja, prover a União dos instrumentos necessários para intervir nos Estados, quando fosse o caso (LYNCH, 2014, p. 92-93).

Em 16 de novembro de 1890 (dia seguinte à instalação do Congresso Constituinte), Rui Barbosa proferiu um discurso célebre na sessão do Congresso Nacional, alegando que a resistência ao federalismo teria sido uma das principais causas da derrocada do Império, e buscando exemplo na experiência dos EUA para defender a viabilidade do referido sistema no Brasil:

Não me fiz republicano, senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se incrustara irredutivelmente na resistência à federação. Esse *non possumus* dos partidos monárquicos foi o seu erro fatal
(...)

Não havemos de cingir-nos, em matéria de impostos, aos instrumentos enferrujados, às fontes escassas, de que se sustentavam as províncias no antigo regime. (...) Quando senhores, a América do Norte adotou a forma federativa, os mesmos receios surgiram ali nos espíritos. Dvidou-se profundamente de que aqueles estados, empobrecidos e devastados pela revolução e pela desordem (...) pudessem arrostar as despesas de um Governo Federal regularmente organizado (...). Entretanto, por aqueles tempos, Hamilton calculava apenas em um milhão de dólares (dois mil contos) a soma da despesa de todos os estados, e prognosticava a continuação desse orçamento por muitos anos ainda. Pois bem: o censo americano em 1880 escritura, como resultado só da taxa geral sobre propriedade, explorada ali pelos estados, a quantia de 313 milhões de dólares, ou 626.000 contos (...). Nota-se que não me refiro ao imposto territorial, mas ao imposto geral sobre a propriedade. Esse encargo recai englobadamente sobre o total dos haveres do contribuinte, segundo as suas declarações, corrigidas por uma fiscalização que se constituiu em cada estado, numa junta retificadora (*Board of Equalization*). (...) Já se experimentou, porventura, entre nós, esse imposto fecundíssimo? Nem sequer ensaiamos ainda o imposto sobre a renda, tributo justíssimo, reparador, indispensável, urgente. Não podemos, não podem os estados também recorrer ao imposto sobre o álcool, ao imposto sobre o fumo? (2008, p. 163-170)

Para Alexander Hamilton, citado no discurso de Rui Barbosa, era indispensável que a União possuísse seus próprios recursos, e que tanto a União quanto os Estados tivessem competência para instituir e cobrar impostos: “UMA JURISDIÇÃO CONCORRENTE em matéria de impostos é a única alternativa admissível a uma completa subordinação, referente a este ramo do poder, da autoridade dos Estados à da União'. Qualquer divisão das fontes de receita haveria significado sacrificar os grandes INTERESSES da União ao PODER dos Estados individuais” (HAMILTON, 1959, p. 133-134).

Voltando ao Brasil, a assembleia constituinte de 1890, conforme destaca Christian Lynch (2014, p. 223-224), rapidamente se dividiu entre a ala “ultrafederalista”, que desejava conceder grande autonomia e recursos aos Estados (era basicamente formada pela elite agrária) e a corrente “federalista”, que buscava manter a União em posição central no novo sistema. Rui Barbosa defendia esta última corrente.

Conforme pondera Ubaldo Cesar Balthazar (2005, p. 111), dentre os principais temas debatidos na constituinte estava a partilha dos tributos. Pouco se ativeram, os parlamentares, quanto a questões envolvendo o peso dos tributos sobre os contribuintes, ou quanto à economia nacional. No que tange a propostas, se sobressaíram as de Júlio Castilhos, que defendia que os Estados poderiam cobrar todos os impostos que não fossem de competência da União, e a de Rui Barbosa, que defendia a fixação clara do que era competência da União cobrar, e do que era dos Estados. Os impostos de importação e exportação estavam no centro dos debates.

Quando da promulgação da Constituição de 1891, observa-se que foi delimitado quais impostos eram de competência da União e quais eram dos Estados (arts. 7º e 9º da CF de 1891). Por um lado, venceu a proposta de Rui Barbosa. De outro, as elites agrárias garantiram que o imposto de exportação fosse de competência dos Estados (art. 9º, “1”, da CF de 1891). Isso era especialmente caro aos Estados produtores de café, como São Paulo, que garantiram, com tal medida, um incremento bastante considerável em sua arrecadação (AMED e NEGREIROS, 2000, p. 238).

Da forma como tratada a questão tributária na Carta de 1891, garantiu-se farta arrecadação para a União (a título de exemplo, o imposto de importação, destinado à União, na época do império chegou a corresponder a 2/3 da receita pública e, às vésperas da proclamação da república, metade da receita pública - VARSANO, 1996, p. 2), bem como considerável arrecadação para os Estados exportadores. Não se desenhcou,

por nenhum meio, mecanismos que permitissem uma adequada distribuição de renda entre todos os entes federados.

Entende-se que essa situação, em grande medida, se deve à aplicação no Brasil de um instituto jurídico estrangeiro sem que houvesse, no país receptor (o Brasil), uma base social que o amparasse. Nos EUA, como visto, o federalismo fazia parte do modo de vida da população desde os tempos da colonização. No Brasil, tal sistema foi implantado quase que sumariamente após a proclamação da república. Percebe-se nitidamente que aplicação do mencionado sistema no Brasil, sem a devida atenção às profundas diferenças sociais existentes em relação aos EUA, criou a oportunidade para que a União garantisse a concentração de renda em seu favor e para que elites, principalmente agrárias, montassem uma estrutura tributária que atendesse aos seus interesses. Em momento algum cogitou-se, por exemplo, o desenvolvimento de mecanismos que garantissem uma adequada distribuição de renda entre os entes federados. Os próprios municípios, naquela Constituição, não foram agraciados com competência tributária própria, ficando inteiramente dependentes.

Como já mencionado, uma das razões que guiaram o país para tal situação foi a implantação das ideias federalistas estadunidenses sem a devida atenção para as diferenças estruturais entre os dois países. Por exemplo, Hamilton, em seus escritos, preocupava-se em delimitar muito claramente as competências tributárias da União justamente porque se encontrava em um país fortemente descentralizado, no qual tentava-se criar uma União e dar a ela os meios para subsistir. Como visto no tópico específico, a sociedade de Hamilton, desde o início de sua colonização, baseava-se na ideia de que o poder deveria ser descentralizado, de que as decisões deveriam ser locais e não advindas de uma autoridade superior ou central. Hamilton, a exemplo dos demais federalistas, procurava justificar a existência da União e a necessária criação de uma esfera de competência para ela. Era sabido que sem uma competência tributária específica, a União estaria fadada ao fracasso, permanecendo na “dependência” dos Estados que a compunham.

Nos EUA, já existiam Estados que geriam as próprias economias de modo independente, e foram tais Estados que se uniram para criar a Federação. Naturalmente as preocupações dos políticos envolvidos no desenvolvimento dessa Federação seriam diferentes das preocupações que deveriam pesar na Constituinte brasileira. Ora, no Brasil, país de cunho centralizador (em que pese a experiência do período regencial), cujas antigas províncias sofriam historicamente com poucos recursos e pouca

autonomia, os debates federalistas deveriam necessariamente estar voltados para essa realidade, procurando desenvolver mecanismos adequados para que o sistema federalista representasse, efetivamente, a criação de uma nova realidade para todos os Estados envolvidos.

Todavia, a ânsia de se replicar o modelo estadunidense, somada à completa falta de base social para recepção de um sistema tão complexo e desenvolvida de maneira tão “orgânica” no país norte americano, possibilitou a concentração de rendas para a União e a criação de verdadeiros “feudos” dentro do território brasileiro. Paulo Bonavides assim pondera esta questão (1962, p. 509):

A história do constitucionalismo pátrio aponta-nos a primeira fase republicana assinalada por amplas esperanças depositadas na experiência federativa.

Rui Barbosa, que ardentemente favoreceu a causa dessa reforma nas instituições do país, frequentara a escola do constitucionalismo ianque.

Crescera tomando os tratadistas da Revolução americana como oráculos e acabou por consagrar ao federalismo todo seu talento político, toda sua capacidade privilegiada de persuasão no aliciar de consciências, todas as energias de seu caráter e toda a invulgar combatividade de polemista improvisador que sempre foi, até extrair do Governo Provisório, com a revolução republicana bem sucedida, o decreto que aqui implantou definitivamente - queremos crer - o sistema federativo.

Não era tanto Rui como o Brasil que estava a um século de atraso em desenvolvimento político e material.

O País agrário recebia instituições no espírito e na letra das ideias que haviam medrado cem anos antes, entre os constituintes de Filadélfia.

O federalismo que Rui Barbosa intentava naturalizar aqui, em que pese nosso profundo respeito e acatamento à vocação política e constitucional desse venerando Mestre, era, todavia, de uma linha ideológica de lastimável pobreza.

Seu esquema de organização política do País descende do federalismo clássico. Seu conteúdo consubstancia o domínio político de ordem patronal.

O federalismo se manifestou como experiência complexa no caso dos EUA, surgindo de profundas bases sociais. No caso da primeira república brasileira, nota-se a tentativa de se implementar um sistema estrangeiro sem maior atenção às peculiaridades nacionais. As consequências foram amplamente sentidas inclusive no que diz respeito à estrutura de tributação proposta. Possibilitou-se uma fortíssima concentração de arrecadação em prol da União e dos Estados exportadores (de café, na época). Perdeu-

se, na ocasião, a possibilidade de pensar uma organização estatal que olhasse para a experiência brasileira e propusesse soluções para ela.

5. CONCLUSÃO: PERSPECTIVAS DE PESQUISA

O Brasil, no advento da Primeira República, vivenciou o início da sua experiência como Estado Federal, experiência essa que se prolongou nas Constituições vindouras. A forte influência do federalismo estadunidense na ocasião, observada tanto na constituinte quando nos debates nacionais, indica a necessidade de uma melhor compreensão sobre a gênese de tal sistema nos EUA e sobre a forma como ele foi lido, interpretado e aplicado no Brasil.

Percebe-se, preliminarmente, que a base social puritana foi muito importante para o desenvolvimento do federalismo nos EUA. Percebe-se também que nos debates federalistas brasileiros, apesar da constante referência ao exemplo estadunidense, quase nada se debatia sobre as profundas diferenças entre o contexto social estadunidense e aquele brasileiro, e sobre as complicações e distorções que isso poderia gerar.

Os estudos até agora desenvolvidos apontam para uma provável resposta à pergunta formulada na introdução: a de que o federalismo estadunidense, surgido de uma base social puritana que prezava pela descentralização do poder, foi implantado no Brasil sem a devida atenção para as abissais diferenças sociais e políticas entre os dois países, o que propiciou o surgimento de um sistema federalista que concentrava arrecadação nos cofres da União e que privilegiava alguns poucos Estados exportadores. Em outras palavras, um sistema federalista centrado em algumas elites, altamente excludente e pouco propiciador de desenvolvimento.

Com a sequência das pesquisas, algumas questões requerem aprofundamento: (a) a influência da experiência religiosa estadunidense na criação do sistema federalista; (b) o fenômeno do transplante, ou da tradução cultural, de institutos jurídicos; (b) os debates federalistas ocorridos no final do império e aqueles realizados no âmbito da primeira constituinte republicana, com ênfase na questão tributária. Também é promissora a possibilidade de se expandir a pesquisa para as primeiras décadas da República Velha, o que permitiria a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da legislação tributária posterior à Constituição, no que tange à tributação, para verificação da efetividade do sistema federalista traçado na Carta de 1891. Com esses aprofundamentos, será possível formular uma conclusão sobre a influência da

teologia puritana/calvinista no desenvolvimento do federalismo estadunidense e as consequências da apropriação de tal sistema pelo Brasil na fase da Primeira República, especificamente no que se refere à estrutura de tributação então proposta.

6. REFERÊNCIAS

AMED, Fernando José; NEGREIROS, José Labriola de Campos. **História dos tributos no Brasil**. São Paulo: SINAFRESP, 2000.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BARROT, Odilon. **De la centralisation et de ses effets**. Paris: Didier et C^e, 1870.

BARBOSA, Rui. **Campanhas jornalísticas: império (1869 – 1889)**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956.

BARBOSA, Rui. Discurso “**Organização das finanças republicanas**”. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz, de. Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 158-172.

BASTOS, Aurélio Cândido Tavares. **A Província: estudo sobre a descentralização no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1975.

BONAVIDES, Paulo. **Do velho ao novo federalismo**. Revista de Direito Público e Ciência Política. Rio de Janeiro, vol. V, n. 2, p. 17-38, mai./ago. 1962.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADA, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008.

BONAZZI, Tiziano. **Il sacro esperimento: teologia e politica nell’America puritana**. Bolonha: Il Mulino, 1970.

BOORSTIN, Daniel Joseph. **The Americans: the colonial experience**. New York: Vintage Books, 2010.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

CALVINO, João. **As institutas**. Tradução de Waldir Carvalho Luz. 2 ed. v. 4. São Paulo: Cultura Cristã, 2006d.

CORRÊA, Caetano Dias. As possibilidades de uma leitura do fenômeno jurídico a partir da religião: a proposta metodológica e o exemplo da teologia política de João Calvino. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 75, p. 189-218, abr. 2017.

DALLARI, Dalmo. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ELAZAR, Daniel Judah. **Religious diversity and federalism**. International Social Science Journal. Hoboken, Nova Jersey, EUA, Vol. 53. N. 167. Mar./2001.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista: um comentário à Constituição americana**. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

LaCROIX, Alison L. **The ideological origins of American Federalism**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822 – 1930)**. São Paulo: Alameda, 2014.

MARTÍNES, Fernando Rey. **La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, Ed. Fac-similar, 2005.

SILVA, Antonio Marcelo Jackson F. da. Crise partidária e labirinto político no Brasil Império. **Histórica – Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo**, n. 30, 2008. Disponível em:
<<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao30/materia02/texto02.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2017.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; LYNCH, Christian Edward Cyril. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. **Revista Questio Iuris**. Vol. 5, N. 2, Rio de Janeiro, 2012, p. 85-136.

REMINISCÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XIX NO DEBATE ACERCA DO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT (1928-1931)

Júlia Farah Scholz*

RESUMO: A construção do artigo se ateve a identificar quais as reminiscências do constitucionalismo do século XIX para a construção do conceito de guardião da constituição pelas doutrinas constitucionalistas de Hans Kelsen e de Carl Schmitt entre 1928 e 1931 a partir da análise as teorias de separação dos poderes e dos conceitos de soberania e constituição. As doutrinas que recaem sobre a questão de soberania e constituição entre o século XIX e XX se tornam também objeto de estudo na medida em que tiveram impacto no debate teórico entre o positivismo neokantiano de Hans Kelsen e o decisionismo de Carl Schmitt. Por fim, a partir das noções de separação de poderes, soberania e Constituição fornecidas pelos dois últimos autores, buscou-se identificar as linhas teóricas e conceitos que contribuiriam para a construção da noção de guardião de constituição em ambos, sendo possível constatar, portanto, que enquanto a teoria constitucional de Schmitt carrega consigo muito de sua “teologia política”, Kelsen buscou, com sua Teoria Pura do Direito, afastar-se do método teológico presente nas teorias do direito e do estado de até então (especialmente aquela de Schmitt) a fim de construir uma ciência jurídica livre de elementos estranhos ao direito, tal como a moral, a política e a religião, o que também refletiu na escolha do guardião da Constituição. A pesquisa será desenvolvida através da análise de fontes e pesquisa bibliográfica nos principais escritos de Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca da teoria constitucional. Como historiografia, buscou a literatura especializada sobre os temas e teóricos pesquisados, desde grandes nomes da época até obras de juristas e historiadores do direito contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo oitocentista; Positivismo neokantiano; Decisionismo; Jurisdição Constitucional.

The Nineteenth Century Reminiscences in the Debate About the Guardian of the Constitution between Hans Kelsen and Carl Schmitt (1928-1931)

ABSTRACT: This paper aims at identifying the reminiscences of 19th century constitutionalism for the construction of the concept guardian of the constitution by the constitutionalist doctrines of Hans Kelsen and Carl Schmitt between 1928 and 1931 from the analysis of the theories of separation of powers and the concepts of sovereignty and constitution. The doctrines on the question of sovereignty and constitution between the 19th and early 20th centuries also become the object of study as they reflect on the theoretical debate between Hans Kelsen's Neokantian positivism and Carl Schmitt's decisionism. Finally, from the notions of separation of powers, sovereignty, and constitution provided by these authors, one sought to identify the theoretical lines and concepts that may have contributed to the construction of the notion of guardian of the constitution. As a result, it was possible to see that while

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Grupo Interinstitucional de História da Cultura Jurídica - Ius Commune. Bolsista pela CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. E-mail: juliafarahscholz@gmail.com.

Schmitt's constitutional theory carries much of his "political theology" with it, Kelsen sought, with his Pure Theory of Law, to run away from the theological method present in the theories of law and the state up to then (especially in Schmitt's) in order to build a legal science free of strange elements to Law, such as morality, politics and religion, which also reflected in the choice of who should be the guardian of the Constitution. This research develops through the analysis of historical sources and bibliographical research in the main writings of Carl Schmitt and Hans Kelsen on constitutional theory. As historiography, it sought specialized literature on the main subjects and theorists researched, from great names who by that time and by contemporary well-known authors.

KEYWORDS: 19th century Constitutionalism; Neokantian Positivism; Decisionism; Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A HERANÇA ILUMINISTA DE UMA SEPARAÇÃO DE PODERES E A HISTÓRIA DO ESTADO DE DIREITO; 3. AS DEFINIÇÕES DE SOBERANIA E CONSTITUIÇÃO A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO OITOCENTISTA; 4. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO EM CARL SCHMITT E HANS KELSEN; 5. CONCLUSÕES; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A teoria da jurisdição constitucional alemã do século XX, especificamente dos anos 1928 a 1931 esteve envolvida com os debates entrelaçados por Carl Schmitt e Hans Kelsen, os quais assumiram posicionamentos nitidamente opostos, em especial no que tange a definição de quem deveria ser o guardião da Constituição. A escolha de quem deveria sê-lo pode ter sofrido, aparentemente, impactos da teoria geral do estado, principalmente da organização e distribuições dos poderes do Estado e do conceito de soberania. A partir desse contexto, o problema de pesquisa ora estabelecido se dirige a responder quais os pressupostos teóricos para a construção do conceito e escolha do guardião da constituição na teoria constitucional desenvolvida por Carl Schmitt e Hans Kelsen. O tema, entretanto, tem sido pouco estudado em nível jurídico mundial, tendo grande parte da doutrina se atentado apenas à interpretação de seus escritos, ao debate em si em torno da jurisdição constitucional e a sua aplicabilidade nas sociedades modernas, o que justifica o ineditismo da presente pesquisa.

No intuito de responder ao problema de pesquisa ora mencionado, a hipótese é de que a doutrina predominante de direito público alemão do século XIX teve seus reflexos na construção da teoria constitucional de ambos os autores, de modo que, enquanto Kelsen buscou romper com a tradicional ideia de separação de poderes e

“Estado de Direito” a fim de construir uma teoria pura do direito livre de elementos externos à ciência jurídica (tal como a moral, política e religião), Schmitt de um lado parece resgatar algumas noções das teorias defensoras do princípio monárquico para desenvolver sua postura decisionista, e de outro, propõe uma releitura do conceito de soberania e constituição levando em consideração aspectos políticos. Para tanto, o objetivo geral é identificar os pressupostos teóricos que refletiram na construção do conceito de guardião da constituição em Carl Schmitt e Hans Kelsen. A fim de confirmar a hipótese sugerida, foram definidos três objetivos específicos que são, respectivamente: examinar as reminiscências iluministas da ideia de separação dos poderes estatais na história da concepção Estado de Direito na Alemanha do século XIX; analisar os conceitos de soberania e constituição desenvolvidos no constitucionalismo alemão oitocentista e seus reflexos nas concepções elaboradas por Carl Schmitt e Hans Kelsen; e, por fim, identificar na base teórica dos dois juristas os principais conceitos que interferiram na escolha do guardião da Constituição em ambos: o presidente do *Reich* e tribunal constitucional.

Quanto à metodologia, para o desenvolvimento da pesquisa, recorreu-se às principais obras dos autores que se relacionam com a temática ou que são revestidas da carga teórica necessária para a compreensão do caminho percorrido para a construção da teoria constitucional em cada um dos autores: Teologia Política (1922), Teoria Constitucional (1928) e O guardião da Constituição (1931), todas escritas por Carl Schmitt; e, dentre os escritos de Hans Kelsen, Quem deve ser o Guardião da Constituição? (1931), Teoria Pura do Direito (1934) e Teoria Geral do Direito e do Estado (1945). Como historiografia, buscou-se a literatura especializada sobre os temas e teóricos pesquisados, desde grandes nomes que na época redigiram comentários aos escritos que circulavam até obras de autores (juristas e historiadores do direito) contemporâneos, tais como Pietro Costa, Michael Stolleis, Maurizio Fioravanti e Gilberto Bercovici.

2. A HERANÇA ILUMINISTA DE UMA SEPARAÇÃO DE PODERES E A HISTÓRIA DO ESTADO DE DIREITO

No século XVIII os iluministas¹ buscaram em John Locke, as ideias da Revolução Francesa e, depois, Montesquieu se inspirou no pensador inglês para formular a teoria da separação dos três poderes, tendo se afastado, de certo modo, do contrato social e dos direitos naturais. Segundo Althusser (1968, p. 22) Montesquieu é o primeiro “[...] a querer partir, não das essências, mas dos fatos e a partir dos fatos extrair as leis”. Seus antecessores, Maquiavel, Bodin, Hobbes, Spinoza e Grotius não fizeram uma ciência política mas uma ciência sobre a política. Eles propõem a ideia de uma ciência, mas não o fazem.

Para elaborar a tipologia das formas de governo, Montesquieu (1996) leva em consideração dois critérios: quem detém o poder e como esse poder é exercido. Já não interessa tanto saber quem governa, mas como governa, se de acordo com as leis ou de maneira arbitrária. A partir das formas de governo (República, Monarquia ou Despotismo), Montesquieu introduz sua preocupação em limitar os poderes do Estado, estabelecendo, para tanto, uma divisão dos poderes² de maneira diversa à John Locke³, propondo uma separação triparte dos poderes estatais, entre em judiciário, executivo e legislativo. Todavia, essa ideia não foi uma novidade trazida pelo francês, mas advém

¹O Iluminismo foi um movimento filosófico que teve início no final do século XVII e que se concretizou no século XVIII, o chamado “século das luzes”, que transpareceu a ideia de iluminar o pensamento, principalmente, na Inglaterra, França e Alemanha. A partir do avanço da ciência, dos critérios de racionalidade e a fuga da justificativa divina aos acontecimentos, surge o movimento iluminista.

² A teoria da separação dos poderes de Montesquieu inspira-se, por um lado, na Constituição inglesa, trazendo a ideia de um governo fundado na participação do monarca, da nobreza e do povo, com a intenção de limitar o poder. A pretensão de Montesquieu, foi, de imediato, evitar o exercício arbitrário do poder.

³ O primeiro poder trabalhado por Locke é o poder de fazer as leis, o qual se mostra o princípio fundamental da união dos homens em sociedade. O poder legislativo “não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou” (LOCKE, 1978, p. 86), e, ainda, “é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e de seus membros” (LOCKE, 1978, p. 91). Não obstante ser o poder supremo e mais importante em Locke, o poder legislativo não necessita estar sempre reunido. Porém, o executivo, ao revés, deverá ser permanente, visto que, uma vez elaboradas as leis, estas precisam ser frequentemente executadas. Assim, a partir do momento em que o legislativo emana leis e, já que não há uma necessidade regular de criação de novas leis, lhe é permitido fiscalizar o executivo no que concerne à má administração das leis (LOCKE, 1978, p. 94). Os poderes executivo e federativo de uma comunidade, assim identificados por Locke, são distintos entre si, porém normalmente residem nas mãos de um mesmo corpo. O poder executivo diz respeito às questões internas de aplicação da lei positiva, enquanto que o poder federativo refere-se ao poder de guerra e de paz, de ligas e alianças e de todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas àquela sociedade.

de uma ideia já mencionada no próprio texto bíblico⁴ (em Isaías 33:22) e, anos mais tardes, melhor desenvolvida por Aristóteles⁵.

Para Montesquieu⁶ (1996), quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade porque o monarca pode estabelecer leis tirânicas e executá-las tiranicamente. Do mesmo modo, não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo.

Como bem destacado por Bobbio (2006) a intenção de Montesquieu ao elaborar a teoria da separação dos poderes foi de garantir a subordinação do poder Judiciário à lei, de modo que, com a tripartição dos poderes ao juiz caberia a reprodução fiel da lei, estando isento de qualquer atividade legislativa justamente porque dentro desta teoria não existe possibilidade da presença de dois legisladores, isto é, ao juiz é defeso modificar as leis, devendo se ater ao que o texto legal prevê.

Montesquieu exerceu influência sobre os constituintes revolucionários franceses. A partir de *O Espírito das Leis* ele induz uma nova classificação dos regimes políticos baseada na unidade princípio-natureza, no qual a instituição de um governo moderado será assegurada pela separação de poderes. É o caso, por exemplo, da Constituição dos Estados Unidos da América de 1789 e da Constituição da França de 1791 - a qual incorporou os direitos previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e estabeleceu o regime de separação e independência dos poderes que antes residiam unicamente nas mãos do rei.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, as ideias de liberdade e propriedade, são temas-chaves para compreender as repercussões acerca do debate relativo a soberania, tendo em vista foi nesse documento que esses direitos naturais originais do ser humano foram anunciados de modo a induzir ao esquecimento o despotismo que os havia negado. Há de ser feita, uma observação:

⁴ “Porque o Senhor é o nosso Juiz; o Senhor é o nosso legislador; o Senhor é o nosso rei, ele nos salvará”. Isaías 33:22.

⁵ Aristóteles já mencionava a importância de dividir as tarefas do governo em indivíduos distintos, evitando a concentração de poderes nas mãos de um só, porém sua teoria não foi minuciosamente desenvolvida, tampouco tomou a dimensão necessária.

⁶ Pelo poder legislativo, o “príncipe” faz as leis e as revoga. Pelo poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (poder executivo do Estado), faz paz ou guerra, estabelece a segurança, previne invasões. Por fim, pelo poder executivo das coisas que dependem do direito civil (poder de julgar), pune os crimes e julga as querelas dos indivíduos.

Não basta, porém, declarar os direitos: é necessário realizá-los efetivamente, “positivá-los”, assumi-los como fundamento da nova ordem. É por este caminho que aqueles direitos – a liberdade e a propriedade antes de tudo –, que o século XVIII reformador havia já celebrado como “naturais”, começam a tornar-se, por meio da nação revolucionária, direitos “civis” (COSTA, 2010, p. 229).

Novamente, quando esses direitos foram restringidos pelo regime jacobino, surge a oportunidade de criar meios de controlar o poder, a fim de que este não se degenerasse em despotismo. Desse modo, “é necessário controlar o poder, sujeitá-lo a regras inderrogáveis, submetê-lo à vigilância atenta da opinião pública, impedindo todo desvio de sua finalidade essencial: a tutela da liberdade individual” (COSTA, 2010, p. 230).

O artigo 16º da Declaração de 1789, ao mencionar que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, consagra o eficaz mito da separação dos poderes e o da existência de uma carta de direitos positivados como instrumentos de limite ao poder soberano estatal. Nesse sentido, a ideia de uma constituição não se resume a dar forma jurídica ao estado, mas determinar a construção de uma sociedade com base no respeito aos direitos fundamentais. Conforme os ensinamentos do professor Pietro Costa:

Uma constituição, para ser tal, não pode se limitar a dar uma forma jurídica qualquer à sociedade, mas deve determinar uma ordem construída em torno dos direitos fundamentais dos sujeitos. Poderíamos, então, sobre esta base, afirmar a existência de uma relação de substancial continuidade entre o constitucionalismo do fim do século XVIII e o constitucionalismo da segunda parte do século XX e remontar às revoluções americana e francesa a síntese consagrada na fórmula do Estado 'democrático-constitucional' (COSTA, 2010, p. 244).

Até o século XVIII, o modelo dos antigos - da tipologia bíblica, ocupavam as configurações do futuro, o que deixou de ser possível a partir da Revolução de 1789 que inaugurou a premissa de um futuro inédito onde não havia espaço para o conhecimento do passado:

Em meio à consciência desse novo começo universal, que fez empalidecer em pré-história a história tal como se desenrolara até então, a revolução transformava o espaço da experiência. A nova história transfigurou-se em um processo a longo prazo, ainda passível de direcionamento, mas que ao mesmo tempo se desencadeava acima

das cabeças dos contemporâneos. Uma vez aceito esse ponto de vista, cada conclusão retirada a partir do passado em direção ao futuro parecia não apenas inadequada como também impossível (KOSELLECK, 2006, p. 80-81).

A pré-história da formação do conceito de “Estado de Direito”, como ensina o professor Pietro Costa, entre Iluminismo e Revolução Francesa, trouxe o contexto e condições que tornaram possível o surgimento de seu significado no século seguinte a partir das relações entre poder e direito nas visões político-jurídicas que constituíram sua pré-história (COSTA, 2006, p. 95-102). No século XVIII, Locke e Montesquieu identificam na lei o caminho para a liberdade, tendo ambos reconhecido que o caminho para evitar a degeneração de um regime político em despotismo é conciliar liberdade e lei. E, como visto, da relação entre indivíduo, lei e liberdade, na luta contra o Estado absolutista, foram formulados os princípios da legalidade e da igualdade jurídica, os quais refletiram na civilização jurídica oitocentista (COSTA, 2006, p. 103).

“É exatamente na Alemanha que, no decorrer do século XIX, a expressão “Estado de Direito” sai da “pré-história” e entra oficialmente na “história” ” (COSTA, 2006, p. 117) exercendo influência na cultura jurídica italiana e francesa. Diante dos problemas que a pré-história do “Estado de Direito” acarretou no território francês, o saber juspublicístico alemão procura se distanciar do modelo francês a partir das concepções propostas por Friedrich Julius Stahl e de Robert von Mohl.

A preocupação com o Estado de Direito também aparece nos trabalhos do formalista Carl Friedrich von Gerber, “que se afasta da tradição organicista-historicista fazendo do Estado-pessoa objeto exclusivo do saber juspublicístico” (COSTA, 2006, p. 129). É com Gerber que a ciência jurídica começa a olhar para o mundo da publicística com outros olhos: o Estado não aparece mais sozinho e simplesmente o produto de um desenvolvimento histórico, mas é o responsável ativamente pela unidade do povo (*Volk*), não mais o sujeito passivo de uma história orgânica (BISOGLI, 2005, p. 23).

3. AS DEFINIÇÕES DE SOBERANIA E CONSTITUIÇÃO A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO OITOCENTISTA

A ideia de constituição como norma fundamental do Estado, responsável por garantir os direitos individuais, foi construída no século XIX concomitantemente aos regimes liberais dos Estados Unidos e da Europa (BERCOVICI, 2004). A Constituição

serviria, nesse sentido, para impor limites ao Estado, evitando a concentração de poderes nas mãos do monarca, o que poderia acarretar num governo despótico, e também no povo por meio da soberania popular. Esse é um fato importante para a compreensão da função da Constituição após a Revolução de 1789. A partir do momento em que o povo passa a ser entendido como um dos elementos do Estado, sob a perspectiva das tradicionais teorias gerais do Estado, o titular do poder constituinte também deveria ser o titular da soberania.

Da segunda metade do século XIX até a primeira metade do século XX vários estudiosos do direito público da Europa ocidental se dispuseram a desenvolver teorias a respeito do Estado e sua Constituição. No fim do período oitocentista, a política de Bismarck contribuiu para a afirmação de uma teoria alemã do Estado de Direito⁷, especialmente com Carl Friedrich Gerber nos anos 60, com a ideia de personalidade jurídica do Estado; seguida por de Paul Laband que defendeu nos anos 70 a natureza do estado como um poder de comando e execução, teorizando essência da lei como expressão da autoridade do Estado e dotada de força vinculativa; e com Georg Jellinek, no início dos anos 90, com teoria que entendia o indivíduo como sujeito subordinado ao Estado e o detentor dos direitos apenas na medida em que ele pertence, como cidadão, ao Estado (CARAVALE, 2012, p. 336-337).

Também na primeira metade do século XIX, Ferdinand Lassalle (1825-1864) desenvolveu suas principais teses sobre poder constituinte e constituição, nos textos “A Essência da Constituição”, e “Que é uma Constituição?”. De modo geral, Lassalle (2000) defendia o aspecto sociológico do conceito de constituição, valorizando mais os fatos do que as normas escritas e, promove, nesse sentido, discussões sobre o que seria uma constituição a partir da definição de sua essência, eis que se difere das demais leis. A análise sociológica da Constituição feita por Lassalle (1933, p. 17), dá a entender que a constituição de um país apenas será eficaz quando reflete seus fatores reais de poder, ou seja, de acordo com a classe social dominante ou com a autoridade de comando: monarquia, aristocracia, a grande burguesia e os banqueiros (LASSALLE, 1933). Desse modo, é possível estabelecer um contraponto da análise de Lassalle com o contexto histórico dos séculos XVIII e XIX. Previamente à promulgação da Constituição Francesa de 1791, foi elaborada a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos,

⁷ A partir da ideia alemã de Rechtsstaat, a ciência jurídica francesa construiu o conceito de Etat Légal, cujos principais expoentes foram Raymond Carré de Malberg (1861-1935), León Duguit (1859-1928) e Maurice Hauriou (1856-1929).

em 1789, um retrato das expressões iluministas em prol dos temas liberdade, igualdade e fraternidade, assim como do respeito ao princípio da tripartição de poderes. Isto é, retratando os fatores de poder da época. Haveria, para Lassalle (2000) uma constituição escrita, que se resumiria a uma folha de papel quando não se adequa à realidade – expressão esta que será posteriormente criticada pelo juspublicista Konrad Hesse (1919-2005)⁸ -, e uma constituição real.

No século XIX, como dito, tem-se uma série de outros autores que se dispuseram a construir um conceito de Constituição, dentre os quais se destaca Georg Jellinek (1851-1911), um dos mais importantes juspublicistas do final do século XIX:

O balanço teórico do século XIX foi feito, então, pela *Teoria Geral do Estado*, de Georg Jellinek, publicada em 1900. Seguindo o neokantismo, ela distinguia entre ser e dever-ser, fornecendo, no plano fático, uma teoria social do Estado e, no plano normativo, uma teoria geral do direito e do estado (STOLLEIS, 2018, p. 97).

Em “Teoria Geral do Estado”, o jurista alemão traz à Constituição o seguinte significado: “a constituição do Estado compreende as regras jurídicas que designam os órgãos supremos do Estado e estabelecem o modo de sua criação, as suas relações recíprocas, a sua esfera de ação, e também a posição fundamental do indivíduo frente ao poder do Estado⁹” (JELLINEK, 1914, p. 504).

Toda associação permanente requer uma ordem que é formada e executada de acordo com sua vontade, que delimita sua esfera, e regula a posição de seus membros em relação a ela. Tal ordem é chamada de constituição. Portanto, todo estado deve ter uma constituição, sendo que um estado que não a possui, não o é, senão, uma anarquia¹⁰ (JELLINEK, 1914, p. 504). No que concerne à constituição em sentido material,

⁸ No século XX, Konrad Hesse (1919-2005) combate a proposta de Lassalle em “A Força Normativa da Constituição”, texto publicado em 1959. Hesse (1991) afirmava que a Constituição Real e a Constituição Jurídica estão numa relação de cooperação: elas condicionam-se mutuamente mas não dependem uma da outra, sendo que a jurídica está condicionada a realidade histórica. Hesse (1991) destaca a força normativa da Constituição como estritamente necessária para assegurar a eficácia da Constituição jurídica, já que no âmbito da Constituição “inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos” (p. 10-11). Essa força ativa da Constituição só se faz presente pela vontade de poder e vontade de Constituição, sendo que esta última se baseia na necessidade e no valor de uma ordem normativa inquebrável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido.

⁹ *Die Verfassung des Staates umfaßt demnach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des einzelnen zur Staatsgewalt* (JELLINEK, 1914, p. 504).

¹⁰ *Jeder dauernde Verband bedarf einer Ordnung, der gemäß sein Wille gebildet und vollzogen, sein Bereich abgegrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm geregelt wird. Eine derartige Ordnung heißt eine Verfassung. Notwendig hat daher jeder Staat eine Verfassung. Ein verfassungsloser Staat wäre Anarchie* (JELLINEK, 1914, p. 504).

Jellinek, ao questionar qual o conteúdo da constituição nos estados que têm um documento escrito, responde que a constituição contém as características básicas da organização e responsabilidades do Estado, bem como os princípios para o reconhecimento dos direitos dos sujeitos¹¹ (JELLINEK, 1914, p. 532).

A definição trazida por Jellinek (2000) parte da ideia de Constituição como conjunto de princípios jurídicos que tendem a regular os órgãos estatais e o próprio Estado, de modo que sirva também como instrumento de legitimidade do governo. Isto é, o positivismo de Jellinek propõe um conceito material no qual “a constituição tem por dever pressupor o Estado, não vice-versa. Antes do Estado não pode existir qualquer constituição, nem formal, nem material” (FIORAVANTI, 2012, p. 104).

No entanto, a definição de constituição trazida por Jellinek, assim como sua teoria geral do estado, estão ligadas ao positivismo jurídicos e a identificação de uma personalidade jurídica do Estado. Desse modo, “Jellinek apresentava o Estado como uma corporação territorial de direito público, cuja existência pressupunha três elementos: um território estatal, um povo estatal e um poder estatal” (STOLLEIS, 2018, p. 97), o que representou a transição da monarquia constitucional do século XIX para a sociedade industrial democrática.

A tentativa de relacionar democracia e constitucionalismo, ou seja, a partir do momento em que o Estado cria o direito ele também a ele é submetido, não parece, contudo, ter sido bem recepcionada durante a República de Weimar. Com o positivismo normativo de Hans Kelsen, essa síntese de democracia e constitucionalismo aparentemente se mostra factível a partir da ideia de estado de direito constitucional.

O “estado de direito” constitucional amplamente teorizado por Hans Kelsen mostra-se como uma fusão do estado democrático com a tutela dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, eis que, com a proposta kelseniana se mostra possível controlar a atividade administrativa e legislativa, fugindo dos arbítrios históricos já vivenciados, de maiorias parlamentares ou do despotismo de um só. Desse modo, o primado da soberania parlamentar pode ser revista por um órgão do judiciário.

A partir da teoria kelseniana, cujo embrião está na obra “Problemas capitais da teoria do direito estatal¹²” de 1911, a lei torna-se um instrumento importante contra as maiorias parlamentares, ou seja, um meio capaz de evitar o despotismo das maiorias.

¹¹Was aber ist Inhalt der Verfassung in jenen Staaten, die eine Verfassungsurkunde besitzen? Im allgemeinen läßt sich darauf antworten, daß sie die Grundzüge der staatlichen Organisation und Zuständigkeiten, sowie die Prinzipien für die Anerkennung der Rechte der Untertanen enthält (p. 532).

¹²Título original: *Haupt probleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze.*

Isso porque “a sua degeneração tirânica é impedida pela ação conjunta de dois elementos: o primado da norma sobre o poder, a superioridade hierárquica da constituição nos confrontos da lei e a possibilidade de confiar a um órgão judiciário o controle da atividade legislativa” (COSTA, 2010).

Em 1925, Hans Kelsen publicou uma “Teoria Geral do Estado”¹³, defendendo a identificação entre Estado e Direito, em que o Estado é a personificação do ordenamento jurídico. Nele, Kelsen reforçou a “identidade entre o Estado e seu ordenamento jurídico como ordenamento coercitivo para o comportamento humano, limitação do trabalho a esse ordenamento normativo, unidade do sistema jurídico” (STOLLEIS, 2018, p. 128). Porém, ao identificar o Estado com o ordenamento, “ao fazer isso, embora tomasse por base a trindade tradicional (poder estatal, território estatal, povo estatal), como elementos estáticos, ele se apartava de muitos componentes tradicionais; com maior razão na parte “dinâmica”, que tratava das funções do Estado, dos órgãos de criação do direito e de seus métodos” (STOLLEIS, 2018, p. 128).

Kelsen propôs um conceito de Constituição sob o ponto de vista jurídico, a partir da substituição de uma teoria geral do Estado por uma teoria da Constituição, segundo a qual o caráter jurídico da Constituição advém da norma fundamental, e não do Estado ou da facticidade. Logo,

O conteúdo da Teoria Geral do Estado, para Kelsen, é o estudo dos problemas referentes à validade e produção da ordem estatal, ou seja, o ordenamento jurídico. Esses problemas de criação do ordenamento jurídico (criação do direito e fundamentação da unidade do ordenamento) como vimos acima, são compreendidos sob o conceito de Constituição. Desta forma, para Hans Kelsen, a Teoria Geral do Estado coincide com a Teoria Geral da Constituição (BERCOVICI, 2004, p. 7-8).

Dos efeitos que sua obra desencadeou, cabe mencionar a oposição de Carl Schmitt ao publicar a “Teoria da Constituição”¹⁴ em 1928 como resposta à proposta positivista kelseniana. A respeito desta, o professor Michael Stolleis comenta:

Ela descrevia o parlamentarismo burguês e o Estado de Direito como a forma “ainda dominante”, mas Schmitt esclarecia que essas formas

¹³ A teses feitas por Hans Kelsen em sua obra, provocaram Carl Schmitt (1888-1985), Rudolf Smend (1882 – 1975) e Hermann Heller (1891-1933), os quais escreveram, respectivamente, as seguintes obras em oposição ao jurista austríaco: *Verfassungslehre* (1928), *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), e *Staatslehre* (1934).

¹⁴ Título original: *Verfassungslehre*.

eram arcaicas e imprestáveis. Ele distinguia entre o direito constitucional (concretamente vigente) e a “Constituição” como objeto da teoria da Constituição, desenvolvia as bases de Constituições, o Estado de Direito e os direitos fundamentais, os elementos democráticos, monárquicos e aristocráticos das Constituições modernas, bem como as ligações entre os Estados (STOLLEIS, 2018, p. 131).

Não obstante a intenção de Carl Schmitt fosse a de desenvolver uma teoria geral do Estado, ele acabou escrevendo uma Teoria da Constituição, uma vez que acredita que Estado e Constituição estariam, de certo modo, entrelaçados, tendo em vista que sua teoria da Constituição pressupõe uma decisão política¹⁵. Para Schmitt, a Constituição não se resumiria a um simples conjunto de normas escritas, ela seria mais do que isso: “de fato, Schmitt acreditava que uma constituição genuína era mais do que a soma de normais legais positivadas na constituição escrita. Ele acreditava que a constituição era a alma de uma comunidade política¹⁶ (SCHUPMANN, 2017, p. 136)”.

Em Schmitt (2008), o conceito de constituição só é possível a partir da distinção entre constituição e lei constitucional. A constituição em sentido positivo origina-se de um ato do poder constituinte, então, a unidade política surge durante o “estabelecimento de uma constituição”. Tal constituição é uma decisão consciente, que a unidade política alcança para si mesma e se fornece através do portador do poder constituinte. Nesse sentido, a constituição é válida em virtude da vontade política existente no poder que a estabelece. A Constituição pressupõe, portanto, uma decisão política anterior a ela, tomada por um poder ou autoridade que existe politicamente. Por outro lado, as leis constitucionais são válidas com base na constituição e pressupõem uma constituição. Nesse sentido,

A distinção entre constituição e lei constitucional, no entanto, só é possível porque a essência da constituição não está contida em um estatuto ou em uma norma. Antes do estabelecimento de qualquer norma, há uma decisão política fundamental por parte do detentor do poder constituinte. Em uma democracia, mais especificamente, esta é uma decisão do povo; em uma monarquia autêntica, é uma decisão do monarca¹⁷ (SCHMITT, 2008, p. 77).

¹⁵ Identifica-se uma relação entre as obras *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição) e *Der Begriff des Politischen* (O conceito do Político).

¹⁶ “Indeed, Schmitt believed a genuine constitution was more than the sum of positive legal statutes in the written constitution. He believed the constitution was the soul of a political community” (SCHUPMANN, 2017, p. 136).

¹⁷ “The distinction between constitution and constitutional law, however, is only possible because the essence of the constitution is not contained in a statute or in a norm. Prior to the establishment of any norm, there is a fundamental political decision by the bearer of the constitution-making power. In a

Um dos exemplos trazidos por Schmitt (2008), é o da Constituição francesa de 1791, a qual contém a decisão política do povo francês para a monarquia constitucional contando com dois "representantes da nação": o rei e o corpo legislativo. Da mesma forma, a constituição francesa de 1852 continha a decisão do povo francês pelo império hereditário de Napoleão III. No caso da Alemanha, as decisões políticas são fundamentais para a Constituição de Weimar, eis que pela decisão política consciente o povo alemão decidiu pela democracia e viu a expressão dessa decisão transcrita para o preâmbulo¹⁸ da Constituição de Weimar e no art. 1, (2)¹⁹.

Ao contrário dos conceitos de constituição defendidos pelo positivismo normativo de Hans Kelsen e pelo decisionismo de Carl Schmitt, o italiano Costantino Mortati, em seu texto de 1940, "A Constituição em sentido material", parte da ideia de que a constituição tem uma origem política, no sentido de que é fruto de vontade e de escolhas, no entanto, ela não é a decisão de um povo, tal como Schmitt propunha. Enquanto a constituição formal é uma característica da constituição material, esse caráter jurídico da constituição perde todo o sentido quando distante dos traços políticos e sociais, fazendo com que a constituição formal seja um mero pedaço de papel escrito.

No que concerne às divergências com Schmitt e Kelsen, para Costantino Mortati na proposta kelseniana era negada a existência de uma constituição em sentido material de uma comunidade ou de um povo, sendo considerada válida e possível, unicamente a constituição escrita por atores políticos e um parlamento (FIORAVANTI, 201, p. 431-432). Já em relação a Schmitt, realmente existia uma constituição em sentido material e esta poderia impor-se até mesmo como instrumento de um poder autoritário quando a formal não mais fizesse sentido (FIORAVANTI, 2012).

Foram trazidos, até aqui, alguns exemplos de posicionamentos distintos adotados quanto ao conceito de Constituição: dentre os positivistas, Georg Jellinek e Hans Kelsen; da perspectiva sociológica, Ferdinand Lassalle; dos institucionalistas, Costantino Mortati; e da premissa decisionista, Carl Schmitt. De modo geral, ao que interesse ao problema de pesquisa, Kelsen propõe um conceito jurídico de Constituição, enquanto que Schmitt se direciona ao aspecto político, fundamentando-se na sua definição de soberano. Por isso, para o decisionismo schmittiano, a essência da

democracy, more specifically, this is a decision by the people; in a genuine monarchy, it is a decision by the monarch". (SCHMITT, 2008, p. 77).

¹⁸ Das Deutsche Volk, einig in seinen Stämmen und von dem Willen beseelt, sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuern und zu festigen, dem inneren und dem äußeren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern, hat sich diese Verfassung gegeben.

¹⁹ Art. 1. Das Deutsche Reich ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.

Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma, pois antes do estabelecimento de uma norma reside uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia e do monarca na monarquia autêntica (SCHMITT, 2008, p. 77). Essa divergência de linha teórica refletirá nos embates doutrinários a respeito de quem deveria ser o guardião da Constituição: um Tribunal Constitucional ou o Presidente do *Reich*.

4. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO EM CARL SCHMITT E HANS KELSEN

A primeira metade do século XX, entre os anos de 1928 e 1931, foi palco dos embates teóricos perpetrados por Carl Schmitt e Hans Kelsen no que se refere à guarda da Constituição e toda a crítica ao entorno da teoria geral do Estado.

Em 1928, o texto “Natureza e desenvolvimento da jurisdição estatal” publicado originalmente por Henrich Triepel, Hans Kelsen, Max Layer e Ernst von Hippel, continha a defesa de Kelsen em favor da atribuição da função de guardião da constituição a um tribunal constitucional como guardião da Constituição. O argumento defendido por Kelsen para a introdução de um tribunal constitucional é baseado na chamada *Stufenbaulehre*, que Kelsen adotou Adolf Julius Merkl. Segundo a teoria do escalonamento das normas, a criação de uma norma inferior deve respeitar uma norma superior, retirando desta última sua validade.

Envolvido com as discussões sobre a temática revisão constitucional, Carl Schmitt, por sua vez, desafiou a proposta de criação de um tribunal constitucional em vários artigos que, compilados, compunham em 1931 a obra “O Guardião da Constituição”. Partes da abordagem de Carl Schmitt em “O guardião da Constituição”, já estavam presentes em textos anteriores, como “A ditadura do presidente do *Reich* no artigo 48 da Constituição de Weimar²⁰” de 1924, e, em 1929, no texto “O Tribunal de Justiça do *Reich* como guardião da Constituição²¹” escrito também por Schmitt.

Em suma, para Schmitt, conferir poderes de revisão constitucional, excederia os poderes legítimos de um tribunal. Isto porque, ao decidir sobre a constitucionalidade da legislação ou dos atos do governo, essa decisão seria uma escolha política, o que

²⁰ Título original: *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*.

²¹ Título original: *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*.

tornaria o tribunal um legislador constitucional, violando a separação de poderes (VINX, 2015, p. 9).

Para Kelsen (2018) o sistema jurídico é, fundamentalmente, um conjunto de normas jurídicas válidas, dispostas numa estrutura hierarquizada, cujo topo é ocupado pela norma fundamental, esta entendida por Kelsen como o elemento último de validade do direito. Sob ótica do positivismo jurídico, Kelsen respondeu incisivamente ao livro de Schmitt, também em 1931, no texto “Quem deve ser o guardião da Constituição?²²”, publicado na revista *Die Justiz*. Nele, o jurista austríaco levantou o problema da garantia constitucional, isto é, sua preocupação em criar uma instituição capaz de controlar os atos administrativos do Estado a fim de garantir que os limites constitucionais de atuação do Parlamento e Governo não sejam ultrapassados (KELSEN, 2013, p. 239-240). Ao desenvolver suas teses acerca da criação de um tribunal constitucional, Kelsen bate de frente com as teorias constitucionais predominantes no século XIX que, orientadas pelo princípio monárquico, defendiam que o monarca seria o guardião da Constituição (KELSEN, 2013, p. 240-241). Além disso, Kelsen (2013, p. 242-298) dedica parte de seu escrito à análise do art. 48 da Constituição de Weimar, tecendo críticas àquela interpretação schmittiana de colocar o presidente do *Reich* como guardião.

Por outro lado, Schmitt (2006) firma que, antes de uma norma, sempre haverá uma decisão que, neste caso, será a decisão do soberano. “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7). Essa é a primeira tese de Schmitt presente logo no início da obra *Teologia Política*. Schmitt ao inserir o soberano como único sujeito que decide sobre o estado de exceção, aparentemente se afasta das crenças modernas sobre o estado de direito, separação de poderes e revisão judicial dos atos do executivo e legislativo. Nessa primeira tese, identifica-se três conceitos críticos: soberania, decisão e exceção.

Para Kahn (2011, p. 34), ao afirmar-se que todas as percepções políticas estão voltadas a ver o mundo por meio do quadro jurídico, jamais chegar-se-á à exceção. Contudo, a exceção não pode ser entendida com uma situação normal: a natureza das

²² A Editora Martins Fontes reuniu na obra *Jurisdição Constitucional* um compilado de textos produzidos por Hans Kelsen relacionados à temática jurisdição constitucional. O texto “*Wersoll der Hüter der Verfassungsein*” publicado na revista *Die Justiz* em 1931 por Hans Kelsen encontra-se traduzido ao português como parte da obra. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição. **Jurisdição constitucional**, v. 2, p. 237-298, 2003.

normas é tal, que a exceção assumirá um caráter de elemento normatizador, tendo em que vista as normas buscarão abranger essa situação excepcional.

No que concerne a segunda tese, o argumento de Carl Schmitt de que “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados” (SCHMITT, 2006, p. 35), aparentemente transparece uma tentativa de estabelecer a seguinte analogia: se na teologia Deus tem o poder da intervenção milagrosa, então no Estado, o soberano decide sobre a exceção. Essa atribuição de uma origem teológica para conceitos políticos se opõe ao afastamento da religião na teoria moderna do Estado, tal como por vezes asseverada John Locke, que defendeu a existência de um contrato social (e não um pacto divino) como centro de suas teorias políticas: “para a doutrina jurídico-estatal de Locke e para o século XVIII racionalista, o estado de exceção era algo incomensurável” (SCHMITT, 2006, p. 14).

Como bem expõe Macedo Júnior (1997), verifica-se no pensamento de Carl Schmitt resquícios de Jean Bodin e Thomas Hobbes, responsáveis pelo conceito de soberania no qual se apoiou o pensamento jurídico moderno, tanto que o autor alemão assevera que “Bodin não apenas tem o mérito de ter fundamentado o conceito de soberania do direito político moderno, como também revelou a sua conexão com a ditadura e deu uma definição que ainda hoje deve-se reconhecer como fundamental” (SCHMITT, 1985, p. 57). Em síntese, Schmitt defendia que “para o jurista de tipo decisionista, a fonte de todo o “direito”, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando” (MACEDO JR, 1997). Isto é, a definição de soberano está estritamente ligada ao poder de decisão, logo, o soberano é aquele que decide no estado de exceção.

Na edição de “Teologia Política” de 1933, Schmitt reconhecia a existência de três tipos básicos de pensamentos jurídicos: normativista, decisionista e institucionalista. Já na edição publicada em 1922, Schmitt identificava apenas dois tipos de pensamento jurídico: o normativismo de Hans Kelsen e o decisionismo de Jean Bodin, Thomas Hobbes e dele próprio. A partir da chamada “virada institucionalista”, presente na edição de 1933, Schmitt traça uma relação entre ordenamento, soberania e decisão. Pode-se falar da existência de um institucionalismo no pensamento de Schmitt a partir dos anos 1930, por influência do pensamento jurídico institucionalista de Maurice Hauriou e Santi Romano.

Em síntese, para Carl Schmitt o conceito de direito é determinado principalmente por uma ordem prévia, uma vez que a fonte de todo o direito, para o jurista decisionista, é o da autoridade ou soberania de uma decisão final, ou seja, “a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma” (SCHMITT, 2006, p. 11). De modo um tanto diversos, para o positivismo normativo de Hans Kelsen, o direito é concebido como um sistema de normas jurídicas, livre de ideologias e separado da política, cujo fundamento de validade encontra-se na norma fundamental (*Grundnorm*) (KELSEN, 2018, p. 33).

O Estado, em Hans Kelsen, é compreendido como a personificação da ordem jurídica, o que concede conteúdo material à norma fundamental e acarreta no rompimento com a tradicional distinção entre Estado e Direito, justamente porque o poder do Estado remete à eficácia da ordem jurídica, a observância das normas contidas na Constituição impõe, concomitantemente, o respeito a ordem democrática (KELSEN, 2018). Desse modo, “o poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou de seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica” (KELSEN, 2018, p. 321).

O poder do Estado nada mais seria do “a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo” (KELSEN, 2005, p. 265). Desse poder, tradicionalmente dividido em legislativo, executivo e judiciário, Kelsen tece algumas críticas quanto a doutrina da separação dos poderes do Estado, crendo fazer mais sentido falar em funções do Estado, isto porque “a tricotomia usual é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*” (KELSEN, 2005, p. 365).

Para o jurista austríaco, as funções do Estado são idênticas às funções do Direito, ou seja, a diferença entre os três poderes é, na verdade, a diferença entre criação e aplicação do Direito, as duas funções essenciais na estrutura estatal. Uma vez que “é impossível atribuir a criação de direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções” (KELSEN, 2005, p. 386), não seria possível identificar, partindo-se da teoria de Kelsen, que há uma literal separação de poderes, mas sim, uma distribuição de funções²³, eis que um único poder – o legislativo – é também exercido por outros órgãos (KELSEN, 2005, p. 39).

²³ Os chamados “três poderes” não são, portanto, poderes distintos como pregaria o tradicional princípio da separação de poderes de Montesquieu, mas sim, tarefas distribuídas a órgãos distintos, sendo errôneo

5. CONCLUSÕES

As leituras das obras aqui utilizadas para a compreensão da postura doutrinária de Carl Schmitt permite vislumbrar uma certa influência de Bodin e Hobbes na formação de seu decisionismo, especialmente no que tange a definição de soberania, vindo a conceber o termo soberania como a decisão no estado de exceção, da qual depende a validade de todo ordenamento jurídico a partir da máxima hobbesiana *Auctoritas, non veritas facit legem*. Isto é, a partir do momento que se concebe em Schmitt a ideia de que a unidade política é formada pela decisão política do poder constituinte essa seria, pois, a justificativa da distinção entre constituição e lei constitucional, levando ao guardião – Presidente do *Reich*- o dever de proteger a constituição material.

Se de um lado a concepção decisionista de Schmitt compreende a constituição como sendo a decisão política fundamental de um povo, para perspectiva positivista normativa de Kelsen a estrutura hierárquica (*Stufenbau*) termina na norma fundamental que sustenta a unidade do ordenamento jurídico e é essa estrutura hierárquica que constitui a Constituição em sentido lógico-jurídico. Ainda no que concerne ao posicionamento teórico kelseniano, além de ser perceptível uma continuidade do pensamento positivista, nota-se também uma ruptura com a teoria do estado dominante no século XIX, especialmente com as doutrinas defensoras do princípio monárquico e da dualidade Estado/Direito, a exemplo, aquela de Georg Jellinek.

Ainda que a construção do conceito de Constituição tenha sido tratada de forma distinta quanto a sua natureza, definição, características e funções em cada corrente doutrinária que atravessava os séculos XIX e XX, principalmente devido às distintas estruturas políticas, econômicas e sociais, observa-se que os principais ideias fruto do movimento iluminista do século XVIII que refletiram na construção do direito público alemão ao longo da segunda metade do século XIX, também aparecem (de forma distinta e sutil) como tópicos de debate na construção teórica-constitucional de Carl Schmitt e Hans Kelsen.

O positivismo de Kelsen procurou afastar-se do método teológico e resolver os “erros” das tradicionais teorias do estado que o antecederam por meio da construção de

falar em uma tricotomia dos poderes e prever, ao mesmo tempo, a função legislativa a todos os “poderes” do Estado, concedendo apenas a um deles o nome de Legislativo.

uma teoria pura do direito que afastasse da ciência jurídica elementos como a moral, política e religião. A teologia política de Carl Schmitt, pelo contrário, ao entender que os conceitos trabalhados na teoria do estado são conceitos teológicos secularizados, identifica que a tradicional “*Allgemeine Staatslehre*” de até então carrega consigo uma base teológica que reflete, principalmente, no seu conceito de soberania e na escolha do guardião da Constituição.

6. REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: la política y la historia**. 1968.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**. Lua Nova, v. 61, p. 5-24, 2004.

_____. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 88, p. 305-325, 2013.

BISOGLI, Giovanni. **Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt**. Edizioni scientifiche italiane, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

CARAVALE, Mario. **Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2012.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *In: O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Org. Pietro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Soberania, representação e democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Las doctrinas de la Constitución en sentido material**. Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, 6, 2010.

_____. As doutrinas da constituição em sentido material. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, n. 2, p. 103-109, 2012.

GERBER, Carl Friedrich. Lineamenti di diritto pubblico tedesco. *In: Diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1971.

JELLINEK, Georg; JELLINEK, Walter. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin, Verlag von O. Häring, 1914.

KAHN, Paul W. **Political theology: four new chapters on the concept of sovereignty**. Columbia University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. Aufl. Tübingen: Mohr, 1923.

_____. **Allgemeine staatslehre**. Berlin: Springer, 1925.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook 2000-2006, 1864.

_____. **A essência da Constituição**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LOCKE, John. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACEDO, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Revista Lua Nova**, v. 42, p. 119-217, 1997.

_____. **Carl Schmitt e a Fundamentação Do Direito**. Editora Saraiva, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORTATI, Costantino. **La costituzione in senso materiale**. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Editora del Rey, 2006.

_____. **O guardião da Constituição**. Editora del Rey, 2007.

_____. **Constitutional theory**. Duke University Press, 2008.

SCHUPMANN, Benjamin. **Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis**. Oxford University Press, 2017.

STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI**. Coordenação de Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDPE: linha direito comparado).

TRIEPEL, Heinrich et al. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.**
Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte: Verhandlungen
der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928.
Walter de Gruyter, 1929.

VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution.** Cambridge University Press, 2015.

ALÉM DA LEI: CRIMINOLOGIA POSITIVA E CONTROLE PENAL ENTRE A LEGALIDADE E A DESIGUALDADE NA REPÚBLICA VELHA

Mario Davi Barbosa*

RESUMO: O presente trabalho busca compreender como se deu a recepção da criminologia positiva no Brasil, quais as urgências e o contexto político e social vivido pelos intelectuais da época. Concluiu-se que a criminologia no Brasil atuou como discurso de legitimação da desigualdade social então existente sob o pretexto de tratar-se de desigualdades naturais. Dessa forma, o discurso científico, a discussão sobre a “questão nacional”, o elemento raça foram os motes utilizados para melhor compreensão do problema.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia Positiva; Desigualdade; Racismo; República Velha.

Beyond Law: Positive criminology and penal control between legality and inequality in the Old Republic

ABSTRACT: This paper seeks to understand how was the reception of positivist criminology in Brazil, what were the emergencies and the political and social contexts experienced by the intellectuals of the time. It was concluded that criminology in Brazil served as a discourse of legitimation of social inequality then existing under the pretext that it was natural inequalities. Thus, the scientific discourse, the discussion of the "national question", the element of race were the slogans used to better understand the problem.

KEYWORDS: Positive Criminology; Inequality; Racism; Old Republic.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NAÇÃO COMO ARTIFÍCIO. 2.1. A ESCOLA DE RECIFE: DE PORTAS ABERTAS À *SCIENCIA*. 2.2. A CRIMINOLOGIA POSITIVA NO BRASIL: “UMA NAÇÃO MESTIÇA [...] INVADIDA POR CRIMINOSOS”. 3. CRIMINOLOGIA POSITIVA, LEI E NORMA. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

No período compreendido entre o final do século XIX e o início do século XX o Brasil passou por inúmeras transformações no campo político, econômico e social. Dentre essas mudanças destacamos a abolição da escravidão, a gradativa e incipiente transição para um sistema econômico capitalista e importantes transformações no campo da política.

* Mestrando em Teoria e História do Direito pelo PPGD/UFSC. Membro do Grupo Interinstitucional de Pesquisa *Ius Commune* UFSC/CNPq. Email: mdavibarbosa@gmail.com

A proclamação da República - juntamente com as demais transformações ocorridas no momento – e o intenso debate anterior do movimento abolicionista, propiciou uma nova possibilidade na vida política brasileira em que foi possível alargar em termos teóricos o conceito jurídico de cidadania para grande parcela da sociedade até então excluída do campo político.

Entretanto, apesar de toda a discussão travada sobre as possibilidades de se instituir uma forma mais inclusiva de governo, o governo republicano representou uma reafirmação da configuração política anterior. Podemos afirmar, conforme Carvalho (1987), que a República no Brasil, de fato, não foi, e isso significa dizer que o modelo político não alcançou sequer uma parte daquilo que os intelectuais abolicionistas aspiravam que seria.

Na verdade, o momento em que se discutiu a expansão de diversos direitos de cidadania à grande parcela oriunda do sistema escravista, paradoxalmente foi também o momento em que se forjou todo um conjunto de discursos que tinham como objetivo principal delimitar os parâmetros de exclusão dessa mesma parcela constituída de escravos e libertos, considerada indesejável pelas elites dos grandes centros urbanos brasileiros.

O tom desse discurso foi dado a partir de um paradigma cientificista que tinha nos postulados do racismo, evolucionismo, do biologicismo e de todos os “ismos” tão característicos daquele período, os seus pressupostos e argumentos. Os critérios de exclusão de uma enorme parcela da população se pautaram pela noção de desigualdade racial.

Em contraposição a um discurso da lei que tinha na igualdade jurídica o seu ponto de partida, o discurso científico possibilitou aos intelectuais e às elites uma chave importante para legitimação das desigualdades sociais, que pode se exprimir no fenômeno da naturalização das desigualdades. Assim, também possibilitou a construção de argumentos para que fossem orquestrados tratamentos institucionais autoritários por parte do novo governo.

O discurso da criminologia positiva esteve inserido neste contexto, oferecendo do ponto de vista do crime e dos criminosos subsídios para a justificação de desigualdades sociais e para a legitimação de tratamentos autoritários voltados a repressão das classes baixas que causavam tanto incômodo.

Dessa forma, entendemos que, ao contrário de possibilitar a expansão dos direitos civis e políticos, a proclamação da República no Brasil atuou no sentido de

excluir ainda mais tais direitos em nome de uma pretensa desigualdade biológica que deveria servir de baliza científica para a aplicação de critérios de desigualdades no campo legal.

No presente trabalho, pretendemos compreender se e como o discurso jurídico se apropriou de fundamentos cientificistas, com ênfase nas teorias da Escola Positivista, a metodologia aplicada é a histórica e nos utilizaremos de fontes de época, especialmente de obras de alguns autores e da revisão bibliográfica a fim de tecer as considerações.

2. NAÇÃO COMO ARTIFÍCIO

O Manifesto Republicano¹, como documento de expressão do movimento de instauração da República, retrata os ideais e objetivos daqueles que a propagavam. Trazia consigo a intenção da classe ilustrada de ver no Brasil se realizar uma revolução em que a instituição da soberania nacional, sob os pilares da democracia e de um governo de todos, substituísse o poder ilimitado e demasiadamente centralizado do governo imperial. Após a instituição do regime republicano (1889) veremos que a questão do governo popular será tratada com severas restrições, principalmente pela exclusão da maioria da população do direito ao voto.

Mas não havia nada de novo no que esses intelectuais almejavam. Era com base da Revolução Francesa e na experiência do federalismo norte-americano que foram propostas as transformações na realidade brasileira. Aliás, o tom panfletário e revolucionário dos divulgadores da “causa republicana” era marcante. Entretanto estes não faziam o único coro e, certamente, havia grupos com interesses divergentes e que viam no modelo republicano uma possibilidade de substancialização de seus anseios.

Para que possamos entender um pouco do discurso dos instituidores da República, Soares (2007) nos mostra a maneira com que foram travadas algumas disputas parlamentares na Assembléia Nacional Constituinte (ANC) de 1890-1891. O

¹ Publicado no jornal carioca “A República” pelo Partido Republicano do Rio de Janeiro, o Manifesto Republicano representou os interesses de uma classe de políticos e intelectuais que se contrapunham ao regime imperial e sua centralidade, dizia o manifesto “Somos da América e queremos ser americanos”, frase que ficou célebre. O movimento republicano comparava o regime imperial à França absolutista e tentava conferir “ares” revolucionários à aspirante instituição da República, atacava o Império pela sua decadência e vislumbrava no novo regime um meio de tornar os estados independentes. A ideia de nação e de vontade popular através do voto e da solidariedade dos cidadãos também foram esboçadas nesse documento que ficou marcado pelos historiadores como ponto de partida para a instituição da República.

autor nos aproxima dos textos das atas da ANC² possibilitando entender, com base nos próprios personagens históricos, do processo de discussão da instituição de novos direitos e de outro modelo de Estado. Assim, Marechal Deodoro da Fonseca (1827-1892), em seu discurso de abertura da ANC, tenta relacionar a Proclamação da República com uma tradição republicana no Brasil. No intuito de elevar a importância da Proclamação, “Deodoro apresenta a história nacional como um caso da história da América ligada à Europa pela herança da Revolução Francesa” (SOARES, 2007, p. 159).

Numa outra passagem do discurso de Marechal Deodoro extrai-se um tom moderado, um alerta aos constituintes sobre as transformações que estes operariam na realidade do país. O “*perigo das inovações*” e o receio de que “a cada fantasia que surge”, fossem destruídos os “*monumentos que resistiram às revoluções*” foram temas de grande preocupação dos militares (SOARES, 2007, p. 159, grifo nosso).

O que era importante para Deodoro da Fonseca era “recolher os valores da Revolução Francesa e não sua tradição revolucionária; o tom para os trabalhos constituintes é o de uma reforma segura” (SOARES, 2007, p. 159). Quando trata das liberdades civis Deodoro reafirma a tradição republicana e ressalta o fato de não ter sido necessário o recurso à violência e ter sido assegurado o respeito à propriedade, afinal “*nenhuma gota de sangue, nenhum ataque a patrimônios*”. Conclui Soares que: “O regime de liberdades a ser alcançado pela Constituição brasileira deveria estar pautado em uma experiência bem-sucedida, infensa às oscilações violentas dos nossos vizinhos mais próximos” (SOARES, 2007, p. 164).

O período republicano, apesar dos discursos de seus propagandistas e do movimento que via no novo regime uma alternativa para a inserção de “novos cidadãos” no jogo político, mostrou a sua pouca afinidade com revoluções, aliás as reformas precisavam ser seguras. E precisavam ser seguras principalmente no que se referia ao *status quo* vigente antes de sua instituição.

Autoritarismo, recrudescimento nas ações, perseguições a grupos marginalizados, aumento da acumulação na mão de poucos, ordem e progresso. Foi dentro desse contexto que também foi discutida a condição de assalariados dos negros, para tanto, é preciso ter em vista o período de transição do trabalho escravo para o trabalho livre.

² Soares trabalha com os discursos de Marechal Deodoro da Fonseca, Rui Barbosa e Julho de Castilho, entretanto daremos ênfase somente às passagens de Deodoro da Fonseca.

As transformações foram operadas não só no campo jurídico ou econômico, mas, sobretudo, no campo social, de onde se salienta a dificuldade de convivência e aceitação pelas elites da nova configuração do trabalho também comporão o universo republicano (ALVAREZ, 2003, p. 54).

Segundo José Murilo de Carvalho, as rupturas mais significativas na esfera jurídico-política já haviam sido operadas ainda no Império. Toda uma gama de instrumentos jurídicos forjou o início da transição de um sistema econômico agrário-colonial para um sistema urbano-industrial. Regulamentaram-se a propriedade rural (Lei de Terras de 1850), a sociedades anônimas (lei das S.A.'s de 1882) e a abolição da escravatura, liberando-se a propriedade imóvel rural, a livre circulação de capital e a mão de obra. No que tange aos direitos políticos também houve pouca alteração no sistema de eleições, eliminando-se a exigência de renda para o voto, entretanto manteve-se a de alfabetização (1987, p. 43).

Para Alvarez, “no imaginário das elites, a transição da escravidão ao trabalho assalariado respondia também às necessidades de garantia da ordem social”. O temor que os escravos causavam no imaginário das elites imperiais permeou sobremaneira essa transição (ALVAREZ, 2003, p. 54-55).

Nos meses que antecederam a Abolição houve um debate parlamentar que tinha como pano de fundo a questão das “classes perigosas”. A preocupação maior dos parlamentares girava no problema da organização do trabalho, discutia-se um projeto de lei que visava reprimir a ociosidade³. Percebemos que o tema do trabalho seria amplamente discutido pelos parlamentares da época, bem como pela elite ilustrada, “as classes pobres e viciosas” causavam terror aos olhos das elites. A ociosidade ocasionada pelo fim da escravidão ameaçava porque trazia consigo a imagem do crime e todos os seus malfeitores (CHALHOUB, 1997, p. 20).

Para o autor, a ideia de que a pobreza tornaria um indivíduo um malfeitor trouxe grandes consequências para a história brasileira. Assim, a estratégia policial do início da república esteve intrinsecamente pautada sob este pilar, na “suspeição generalizada” e na consequente inclusão dos negros como “suspeitos preferenciais” da atuação estatal republicana (CHALHOUB, 1997, p. 22-23).

A “suspeição generalizada” e a noção de “classes perigosas” e pobres estiveram sempre do mesmo lado, foram utilizadas como fundamento para os mecanismos de

³ Segundo Chalhoub (1997, p. 20), os parlamentares se utilizarão de uma obra de M. A. Frégier escrita sobre as “classes perigosas” de Paris do final do século XIX.

controle social dos negros dissidentes do antigo regime. O controle populacional das classes pobres, controle da ociosidade, da vadiagem, vagabundagem, dos indivíduos malfeitores, viciosos e dos criminosos foi exercido pela mão do Estado, daí a importância fundamental que os debates da criminologia e da medicina legal tiveram no momento.

Dentro desse imaginário das elites a questão do negro, apesar de seus contornos próprios, estava inserida na discussão sobre o “controle da população” constituída dos indesejáveis do período de transição (ALMEIDA, 2005, p. 128).

A relevância do problema das populações se deu, principalmente, com o desenvolvimento de centros urbanos. Em São Paulo houve uma preocupação por parte das elites quanto aos imigrantes que colocavam em risco a ordem social (anarquistas, bêbados, prostitutas, jogadores, cáftens). As “classes perigosas” que compunham o populacho da época passaram a ser objeto privilegiado de atenção. Nessa perspectiva é que foi proibida a imigração de orientais e africanos para São Paulo, bem como o fluxo migratório de negros (ALMEIDA, 2005, p. 128).

No Rio de Janeiro, o medo da insurreição negra⁴, o *haitianismo* que atormentava o imaginário senhorial até o declínio do escravismo, pode ter impulsionado as táticas autoritárias voltas à repressão dos negros libertos que travaram a luta pela liberdade na “cidade esconderijo”, em meio aos cortiços (CHALHOUB, 1996, p. 185).

No século XIX o meio urbano carioca possibilitou a camuflagem da condição social de escravos nos locais de aglomerações populacional (cortiços, pensões, etc.), formas de se esconder e de solapar a instituição da escravidão. Os escravos instituíram uma cidade própria com suas próprias racionalidades e significados. Os republicanos tiveram medo dessa cidade negra e esse medo, parece ter aumentado com o fim da escravidão e da monarquia (CHALHOUB, 1996, p. 172-186)

Entendemos que esse medo branco que permeou desde o final da escravidão até a República e a questão do controle das “classes perigosas” pode ter influenciado a busca por referenciais teóricos capazes de construir mecanismos de legitimação não só das desigualdades em si, mas, sobretudo, do tratamento desigual.

Nesse sentido, é interessante notarmos o desenvolvimento de um discurso que tinha como fundamento a regeneração da sociedade brasileira dos problemas imperiais, tal discurso, nos parece, ia além das questões meramente econômicas. Ilustrativamente,

⁴ Para uma análise mais específica da questão ver: BATISTA, 2003.

o *Diário Popular* – jornal paulistano ligado ao Partido Republicano –, no dia 14 de maio de 1888, veiculou o fim da escravidão como "múltipla e salvadora regeneração: o escravo eliminado, o senhor abolido, o trabalho nobilitado e a pátria desafrontada" (*Apud* Mattos, 1989).

A eliminação do escravo aparece como algo de importância fundamental para novo regime. O incômodo que passava a causar a figura do escravo e sua ligação com o domínio imperial, o empecilho que o "elemento negro" implicava ao progresso e desenvolvimento do país. Nesse momento a questão racial foi tratada por outros ângulos, a máquina de trabalho transmutou-se aos poucos em objeto de ciência.

Mariza Corrêa trabalha com um aspecto do discurso racial propriamente científico. Para ela, o racismo, aliado a uma política autoritária, justificou a exclusão dos negros também no regime republicano. "Se não foi explicitado em leis civis discriminatórias [...], o racismo [...] teve larga vigência entre os intelectuais no período do final do século passado (XIX) e início deste (XX), sendo o ponto central de suas análises a respeito de nossa definição como povo e como nação (CORREA, 2001, p. 43).

Notamos um conflito aparente que permeou esse período entre os ideais de igualdade e cidadania com os fundamentos científicos que justificavam a desigualdade dos seres humanos.

Se por um lado o final do século XIX foi o período de grandes discussões acerca da liberdade e igualdade dos negros pelo movimento abolicionista, foi também um período em que se colocou em cheque essa igualdade por pressupostos científicos e que também se questionou as formas de manutenção da ordem social e econômica, apesar de um novo *status* jurídico conferido aos negros.

Dessa maneira, o modelo de Estado-nacional e sua ideologia liberal universalista aplicado no Brasil de direitos individuais, escondeu na prática sua intrínseca exclusão, que tinha no racismo científico seu meio de justificação. A ficção do pacto social incluía tão somente os homens, brancos e possuidores, todo o restante da sociedade que não se encaixava nesses parâmetros consequentemente ficava fora.

O discurso jurídico de acesso universal de direitos, embasado no postulado da igualdade de todos, já não se sustentava frente aos postulados científicos. Os grandes conflitos gerados nos meios urbanos e também o crescimento das taxas de delitos decorrentes do empobrecimento social, tudo isso possibilitou um terreno propício para o

questionamento do princípio jurídico da igualdade e da própria noção de cidadania, tão cara à construção ideológica dos Estados-nações.

A ideia de nação aqui foi construída a partir de exclusões e restrições, poucos seriam os que efetivamente participariam do jogo político brasileiro pós República, apesar de toda a panfletagem e da crença por parte de muitos intelectuais na conquista de espaço para os “novos cidadãos”.

2.1. A ESCOLA DE RECIFE: DE PORTAS ABERTAS À *SCIENCIA*

O período entre a década de 60 ao final do século XIX representou para os intelectuais de Recife uma “guinada teórica”. A partir desse momento houve todo um espaço, um clima propício em que iniciaram as discussões sobre a atribuição de um “*status científico*” ao direito.

Influenciados pelo naturalismo, evolucionismo, determinismo e as demais tendências científicas do momento, esses homens fizeram oposição ao jus naturalismo e tudo o mais que se aproxime dele em termos teóricos.

Conforme Nelson Saldanha, praticamente todos os intelectuais desse grupo foram evolucionistas. E o evolucionismo esbanjava “um cerne de verdades” e seduzia a todos com suas universalizações, mas para o grupo de Recife, acima de tudo, ele “era aceito e expressado como arma de combate” (SALDANHA, 1985, p. 102).

“*Um bando de idéias novas esvoaçou sobre nós de todos os pontos*”, bradava Silvio Romero ao se referir ao Movimento da Escola de Recife que agitou o mundo das ideias no Brasil da época. Tendo como grande influenciador a figura de Tobias Barreto, a Escola de Recife ficou conhecida pelo extremismo das ideias e pelas críticas ao catolicismo e a metafísica, aos denominados por eles de modelos atrasados de pensamento.

Naquele momento o ineditismo e a vanguarda eram características marcantes, principalmente pela aceitação das novas tendências teóricas que imprimiam ao direito um sentido mais real, apego aos aspectos das coisas palpáveis e das determinantes biológicas que regiam a vida dos seres humanos.

Outra grande influência da Escola de Recife, Clóvis Beviláqua afirmava que “*em nome da ciencia não se ergue hoje o venambulo na critica para ferir a theoria da evoluçãõ*” (Beviláqua, *Apud* Schwarcz, 1993, p. 157). Não havia dúvidas quanto a

aceitação do evolucionismo por parte dos recifenses, e isso se estendeu as demais teorias.

Como bem aponta Lilian Schwarcz, os *homens de ciencia* viam em si os escolhidos para resolver as questões mais urgentes impostas à nação. “*‘Longe da metafísica’, ‘distantes do subjetivismo’, viviam esses intelectuais a certeza de estarem construindo não somente novas teorias, mas também uma nova nação*” (SCHWARCZ, 1993, p. 149-150).

O apego às teorias científicas e a difusão de uma ética científica fez com que em Recife, muito mais do que em qualquer outra instituição de ensino superior contemporânea, fossem discutidos os assuntos das pautas diárias que tinham como base das soluções os próprios modelos naturalistas.

Assim, o fator raça foi longamente utilizado nos artigos e livros acadêmicos e na literatura dos membros da instituição, bem como influenciou a procura por novos referenciais que dessem conta de resolver o imenso impasse ao qual a nação – segundo esses autores – não poderia deixar de lado: o povo. A questão racial ganhou em Recife grande relevo, em especial quando da tentativa de atribuir à miscigenação a saída para a viabilidade nacional.

Levando os postulados do naturalismo científico até os últimos limites, Silvio Romero passou a ver na mestiçagem uma válvula de escape para a questão da viabilidade nacional. Tal posição partiu da conciliação dos modelos de pensamento conflitantes para alcançar um denominador comum. Com isso, tiveram de ser abandonadas as concepções poligenistas puras, que viam na hibridação sempre um resultado negativo para as raças (SCHWARCZ, 1993, p. 153). Aqui o mestiço guardaria os caracteres elementares do branco em detrimento das raças inferiores que iriam se perder dentro do “caldeirão de raças do novo mundo”.

O mestiço representou “*a condição de vitória do branco*” (Romero, *Apud* SCHWARCZ, 1993, p. 154). Para Romero a mestiçagem constituiu-se na possibilidade real de haver um clareamento da população brasileira até um nível em que tivéssemos aqui um tipo nacional homogêneo e superior, o branco. Vemos aqui o cerne de toda uma ideologia que tinha no branqueamento a janela em que o Brasil alcançaria o desenvolvimento civilizatório.

Essa questão seria objeto de grandes debates no momento. Então, a nação brasileira antes de ser pensada em termos econômicos ou políticos foi construída em termos raciais. “Dominante, a noção de raça não excluía no entanto uma reflexão a

respeito da economia, da política ou da cultura, mas as subordinava ao âmbito de sua discussão” (CORREA, 2001, p. 41).

E foi nesse contexto que as teorias da criminologia positiva foram recepcionadas no Brasil. De fato, Recife foi a porta de entrada para o pensamento penal da escola italiana.

Segundo Schwarcz, 47% dos artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito do Recife (RFDR) tiveram como tema o direito criminal e antropologia criminal, no período que vai desde a criação da revista em 1891 até 1930 (SCHWARCZ, 1993, p. 159). Isso nos mostra o quão eram importantes essas teorias para os ilustrados e como a questão criminal foi explorada por eles.

A antropologia criminal foi amplamente discutida não apenas como novidade em termos teóricos, mas, sobretudo em termos práticos, porque possibilitou a esses intelectuais vislumbrar os problemas raciais e lhes deu uma resposta adequada. Isso quer dizer que a partir dessas teorias foram pensadas formas de intervenção institucional e de legitimação do tratamento desigual voltados às classes perigosas que atormentavam as idéias de progresso do país.

2.2. A CRIMINOLOGIA POSITIVA NO BRASIL: “UMA NAÇÃO MESTIÇA [...] INVADIDA POR CRIMINOSOS”

Dentro de um quadro geral de transformações ocorridas nesse período, mas principalmente com a libertação da mão-de-obra escrava e a possibilidade de acesso a alguns direitos, iniciou um debate que tinha como centro de discussão justamente essa troca de *status* jurídico do negro, mas principalmente a possibilidade do exercício da cidadania.

Entendemos que nesse processo as classes dominantes dos grandes centros do país - de onde advinham os membros da elite ilustrada - viram ameaçada a sua posição social, ponto que também impulsionou a recepção das teorias da escola positiva italiana de criminologia no Brasil, como tentativa de manutenção da ordem anterior (ALMEIDA, 2005, p. 106).

O curioso é que, conforme Alvarez (2003), foi justo quando a antropologia criminal começou a entrar em descrédito no cenário europeu que suas teorias foram amplamente recepcionadas pelos intelectuais da América Latina.

Notamos que mesmo antes do I Congresso Internacional de Antropologia Criminal (Roma, 1885) os brasileiros já estavam habituados com as obras dos autores da antropologia e sociologia criminal, inclusive com publicações em que o tema aparecia.

E nesse sentido, Rosa Del Olmo afirma que a recepção dessas idéias aqui não se desenvolveu de maneira unilateral, como uma imposição, mas sim contou com a aceitação dos grupos hegemônicos desses países consoante seus interesses específicos. De fato, os latino-americanos buscaram nos modelos europeus e norte-americanos as saídas para as suas questões locais (2004, p. 159).

Olmo trabalha com um enfoque que vislumbra nessa recepção uma resposta aos resistentes da ordem então instituída. A grande instabilidade causada pelas revoltas e guerras civis também atuou como válvula motora nesse percurso. Aliado a isso, o caminho do desenvolvimento com a transmutação ao capitalismo – o início de um processo lento de industrialização e urbanização – teve sua relevância no contexto. (OLMO, 2004, p. 162-163).

A Abolição da escravatura, ao mesmo tempo em que gerou um enorme movimento de apoio e comoção social, também resultou num mal-estar das classes dominantes em relação a forma com que as relações seriam estabelecidas dali em diante, mas também, de certa forma, aos mecanismos de distribuição dos privilégios e das posições que ficariam (pelo menos em tese) ameaçados.

Como manter a ordem sem se utilizar dos antigos artifícios que a instituição da escravidão possibilitava ao senhor – agora abolido -; como estabelecer formas de coesão social, mas também formas de separação, segmentação, sem que com isso fosse abalado o *status quo*; como estabelecer o controle social das “classes perigosas” que desestabilizavam a ordem social?

A antropologia criminal, com suas bases biologicistas, ofereceu aos intelectuais brasileiros artifícios para a legitimação de problemas sociais sob o pretexto de tratar-se de problemas biológicos decorrentes de um desenvolvimento primitivo das raças humanas.

Segundo Olmo:

Desejava-se explicar os problemas sociais em função de características individuais, daí a acolhida que tiveram [...] na América Latina o biologicismo e o psicologismo, e a grande difusão das teorias sobre “degeneração”. O delinqüente não seria mais que um

“degenerado”, produto de suas limitações raciais ou mentais, e muitas vezes de ambas simultaneamente, devendo ser submetido a um estudo especial. Isto explica em parte a relação tão estreita que existiu na América Latina entre a medicina legal [...] (OLMO, 2004, p. 162-163).

O discurso da antropologia criminal foi utilizado como base para responder diversas questões sobre os anseios nacionais pelo devir. Neste sentido,

(...) no momento em que se colocavam as questões de cidadania e da nacionalidade na sociedade brasileira, tornava-se também um imperativo político definir mais claramente os critérios de inclusão/exclusão ao estatuto de cidadão nacional (CORREA, 2001, p. 24).

Schwarz (1993) e Alvarez (2003) apontam que a antropologia criminal teve um papel significativo no Brasil, que era o da legitimação do tratamento desigual dos homens. Para Alvarez a Criminologia atuou no sentido de “*tratar desigualmente os desiguais*” (2003).

É deste modo que a literatura atual não vislumbra a utilização dessas importações teóricas como “*idéias fora do lugar*”, pelo contrário, a recepção desses referenciais teóricos respondeu aos problemas aos quais o Brasil passava e foi cuidadosamente pensada por nossos intelectuais.

A respeito dessa cisão aludida pelo autor ilustramos uma passagem de Viveiros de Castro no prefácio de “*A nova escola penal*”⁵, obra que, segundo o autor, seria de “vulgarização da nova escola”, de “propaganda e de combater”:

Enquanto assim dormimos o sono de Epimenides, na Europa livros sobre livros se publicam transformando radicalmente a orientação do Direito Penal. A Itália, que já tinha a honra de ser a pátria de Beccaria, teve de novo a gloria de ser a pátria de César Lombroso. E uma nova escola se apresentou, formulando outros principios, outras ideias, propagando-se como um rastilho de pólvora, conquistando as adesões dos espíritos mais eminentes. Na Itália ella tornou-se especialmente anthropologica, estudando as anomalias anatómicas e psychicas do delinquente, creando o typo do criminoso nato, explicando o crime por uma anormalidade congênita ou hereditária. Na França tornou-se especialmente sociológica, estudando a influencia das questões sociaes, formulando pelo órgão do Dr. Lacassagne o conceito de que cada sociedade tem os criminosos que merece, pois é ella o caldo de

⁵ Conforme Almeida, essa obra de Viveiros de Castro pode ser tomada como ponto inicial do que ela chama de Nona Escola Penal no Brasil, principalmente porque o autor tentou apresentar de modo geral os principais autores e pressupostos do grupo (Lombroso, Ferri, Garófalo, Tarde, Lacassagne) que ele mesmo chama de “Nova Escola Penal” (ALMEIDA, 2005, p. 122).

cultura onde se desenvolve o micróbio do crime (VIVEIROS DE CASTRO, 1894).

De fato, e ecletismo, ou o sincretismo dos autores brasileiros na assimilação das novas teorias do crime foi um ponto relevante, entretanto, como afirma Alvarez, essa sobreposição tendeu mais à antropologia criminal italiana do que à sociologia criminal francesa. Para Almeida, esses recursos, os “malabarismos retóricos”, facilitaram a assimilação dessas teorias pelos intelectuais brasileiros que ainda estavam acostumados às ideias de “livre arbítrio” e “imutabilidade da pena” (ALMEIDA, 2005, p. 123).

Como já aludido acima, a porta de entrada da antropologia criminal se deu inicialmente pela Faculdade de Direito de Recife, isso porque foi nos bancos de Recife que se desenvolveu uma formação científicista, já que a Faculdade de Direito de São Paulo preocupou-se em formar quadros de políticos⁶.

Entretanto, somente num segundo momento é que outros profissionais além dos juristas entraram na discussão criminal, especialmente os médicos, e foram esses últimos que, posteriormente, se incumbiram de buscar a especialidade por meio da medicina legal e ficaram conhecidos como os especialistas em criminologia, invadindo um campo até então garimpado somente pelos juristas.

Em meio a essa disputa se desenrolava também uma briga sobre a legitimidade de se apontar os caminhos a serem seguidos pela recente nação do Brasil, tão rica em terras, porém tão pobre e inferior em relação a seu povo.

Contudo, se houve concordância entre os membros da Escola de Recife e da Faculdade de Medicina da Bahia – e para os intelectuais brasileiros em geral -, foi em relação à desigualdade entre as raças. Aliás, essa concordância era uma das certezas que as próprias correntes científicas do momento impunham, e para os intelectuais brasileiros não seria diferente.

Com efeito, as consequências dessa desigualdade é que se tornaram o grande centro de debate nestas instituições, porque, se para Silvio Romero a miscigenação seria o processo pelo qual a raça branca venceria a raça negra, para Nina Rodrigues o mestiço

⁶ Sobre o mérito do pioneirismo da recepção da criminologia, aponta Alvarez que há corrente que o atribui a João Vieira de Araújo (1844-1920) que foi lente da Faculdade de Recife e que publicou em 1884 o a obra “Ensaio de direito penal ou repetições escritas sobre o Código criminal do Império do Brasil”, tendo também tecido referências à Lombroso nas aulas que ministrava em Recife. Contudo, há outra vertente que atribui a pioneirismo a Tobias Barreto, com a publicação de “Menores e loucos em direito criminal” também em 1884 (ALVAREZ, 2003, p. 72-73).

significava a inferioridade, indolência e a degeneração do povo brasileiro: de um lado o otimismo e de outro o pessimismo, características da época.

3. CRIMINOLOGIA POSITIVA, LEI E NORMA

Mariza Corrêa (2001) e Marcos César Alvarez (2003), ao falarem da emergência da criminologia no Brasil a relacionam aos conceitos de “*lei*” e “*norma*” formulados por Foucault em *Vigiar e Punir* (1987, p. 182-189). Para eles esses conceitos são de suma importância, seja para compreender o momento social e político da emergência das disciplinas (compreendendo aqui a antropologia criminal) seja para situar especificamente a questão da especialização do perito médico legal (CORRÊA, 2001, p. 55).

O saber disciplinar constituiu-se como formas, técnicas capazes de driblar e de minar a lei com “mecanismos de poder afetivo”, privado. As disciplinas, então, “(...) constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas” (FOUCAULT, 1987, p. 183).

Para Foucault a antropologia criminal teve papel fundamental como instrumento introdutor de métodos disciplinares. A análise da alma do criminoso visava não só trazer para o processo criminal o julgamento do ser, mas, significativamente, de racionalizar, de intensificar a punição através de técnicas sutis que, ao mesmo tempo em que tiravam a atenção do poder punitivo também o legitimavam, porém não abertamente, senão recobertas pelo discurso científico.

A norma, ou a normalização, constituiu-se como a expressão das disciplinas e a lei como expressão do direito formal. Para Alvarez a recepção das doutrinas da Escola Positiva Italiana representou a expressão da norma no campo da lei. Segundo o autor, criminologia “introduziu no campo jurídico um discurso de desigualdade, discurso por excelência da norma no campo da lei” (ALVAREZ, 2003, p. 44).

Daí é que se torna possível vislumbrar como que se dá a “intromissão” dos dispositivos disciplinares no âmbito da regra, do formal. O que os intelectuais brasileiros tentaram foi justamente justificar desigualdades biológicas para suplantarem as igualdades formais conquistadas pelos negros e demais egressos do sistema escravista.

Em contrapartida, Corrêa dá ênfase à necessidade de particularização dessa relação na realidade brasileira, já que para ela no Brasil não houve essa intromissão da norma no campo lei apenas a partir da emergência do saber disciplinar. Para a autora, aqui essa relação entre lei e norma é muito mais antiga, já que as desigualdades

nacionais foram construídas sutil e intrinsecamente desde o período colonial (CORRÊA, 2001, p. 55-56).

Para Corrêa não foi com a institucionalização da medicina, propriamente, que se iniciou uma tecnologia de controle disciplinar tal qual Foucault desenvolve. Tal processo apenas serviu para o refinamento dessas técnicas disciplinares. No Brasil o controle exercido pela disciplina é mais antigo e “interdisciplinar” do que o fenômeno iniciado no século XIX, da medicalização da sociedade (2001, p. 56).

No sentido de formular as respostas que pudessem dar conta da imensa questão que representou a Abolição, já que a população de negros, ex-escravos e mestiços, era muito maior do que a de brancos, várias possibilidades foram colocadas.

Contudo, o discurso normalizador introduzido com a criminologia positiva esteve também muito relacionado com o problema do controle da população brasileira. O Estado Republicano – e antes o Estado Imperial - teve de lidar com a regulamentação da vida, naquilo que Foucault chamou de *biopoder*.

Analisando o desenvolvimento do *poder soberano*, Foucault afirma que na sua gênese o esse poder consistia no direito de vida e morte do soberano sobre seus súditos. “O soberano só exerce [...] seu direito sobre a vida, exercendo seu direito de matar ou contendo-o; só marca seu poder sobre a vida pela morte que tem condições de exigir” (FOUCAULT, 1988, p. 148). Esse poder sobre a vida, segundo o autor, pode ser resumido como o direito de fazer morrer ou deixar viver, é essencialmente um direito de espada.

Mas esse poder do soberano sobre vida teve algumas modificações importantes na história do ocidente, especialmente deixando de ser um poder que se exercia a partir do direito de matar deslocando-se para um poder de gerir a vida, que se centra não só na *administração dos corpos*, mas também na *gestão calculista da vida*; um poder que se exprime agora no direito de fazer viver e deixar morrer. “As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem-se os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida” (FOUCAULT, 1988, p. 162).

Poder disciplinar e *biopoder* foram complementares na formulação do estado nacional brasileiro. O disciplinamento dos egressos da escravidão à nova configuração do trabalho assalariado foi ponto de muitas discussões travadas desde o Império; após, a vigência de um novo código penal (Código Penal de 1890) que buscava punir claramente aqueles que estavam fora do espaço fabril, no mundo da rua e da todos os vícios que ela guardava.

Ao mesmo tempo, a nação foi pensada em termos raciais, de manutenção e de programação da vida, de regulamentação dos espaços por políticas sanitárias, higienistas. Todo um aparato estatal foi montado no início da República no sentido de gerir as epidemias na Capital, de gerir a própria vida do povo.

Nesse sentido, a *norma* constitui-se como elemento aglutinador das disciplinas e do *biopoder*. “A norma é o que pode tanto se aplicar ao corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar” (FOUCAULT, 1999, p. 302). Isso tudo para se exercer um poder seja no âmbito do *homem-corpo*, seja no âmbito no *homem-espécie*.

Assim, racismo e criminologia positiva mostram a sua relevância dentro do contexto da emergência do Estado Republicano. Um possibilitou a hierarquização dos indivíduos por critérios verificáveis cientificamente e ontológicos, o outro possibilitou um tratamento intervencionista do estado no *homem-espécie* que se baseava na desigualdade.

Para Foucault (1999, p. 304-305) foi o biopoder que inseriu o racismo como mecanismo de Estado. O racismo, para o autor - no âmbito do poder sobre a vida - constitui-se como um corte entre o que deve morrer o que deve viver.

O momento em que as teorias da escola positiva aportaram em terras brasileiras foi um momento que pipocavam as discussões sobre a liberdade dos negros, e o conseqüente ganho do atributo de cidadão e dos direitos de cidadania inerentes. Com isso, pode-se afirmar que a antropologia criminal no Brasil teve papel de inegável importância na legitimação das desigualdades produzidas socialmente e naturalizadas pela ciência.

A construção de uma ideia nacional se deu a partir de critérios de exclusão que tinha no discurso racista, e também na criminologia, elementos importantíssimos. O Brasil inicialmente parece ter sido pensado em termos de Estado, de formação de uma burocracia racionalizada. O sentimento nacional, aglutinador de emoções e de devotos dessa nova religião civil, aqui não foi mais do que artifício retórico dos bacharéis, representantes das classes ilustradas, das classes políticas.

Se a Abolição representou o ponto em que foram conquistados os direitos civis e de cidadania pelos negros egressos da escravidão, o discurso científico foi o lugar onde essas conquistas foram todas minadas, mutiladas, restringidas. Seja por meio do controle populacional (do trabalho, do crime, da saúde, higiene, etc.), seja pela falta de

políticas de Estado capazes de dar condições de manutenção da vida livre aos milhões de ex-escravos largados à própria sorte.

Paradoxalmente, quando se efetivou a Abolição, tratou-se, concomitantemente, de se planejar uma política de imigração de elementos viáveis que seriam os responsáveis por possibilitar uma ideia de viabilidade nacional. O desenvolvimento do país teve sua chave na questão racial. Parece-nos que o problemático aqui para se pensar no Estado e na nação não foi nem o espaço territorial, nem a existência de uma língua oficial, mas sobretudo a composição étnica e homogenia da população brasileira, aqui o impasse.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O final do século XIX no Brasil pode ser entendido como um momento de mudanças significativas no contexto social e político do país. Nesse período tomaram força, de modo geral, os movimentos que discutiram a dita “questão nacional” por diversos enfoques. Lembramos que tais questões foram delimitadas não por um consenso geral do que elas seriam, mas sim por uma escolha do que as classes ilustradas e hegemônicas faziam.

Nessa perspectiva um forte debate se instituiu já no final do Império sobre o que fazer com os negros que, muito provavelmente, seriam libertos. O controle da mendicância e da vadiagem nos grandes centros urbanos, bem como uma política de disciplinamento para o trabalho livre e o tratamento das doenças tropicais. As políticas higienistas, de saneamento público de um lado e as repressivas de outro andaram lado a lado no sentido de conter a grande massa de ex-escravos e de delimitar os meios, espaços e modos em que esses poderiam se movimentar e viver para não contaminar toda a sociedade com seus vícios e males.

Vimos que ao mesmo tempo em que a questão da igualdade política dos negros foi amplamente discutida no cenário da época, uma classe tratou de trazer subsídios “científicos” para negar essa mesma igualdade concedida com a Abolição.

Reafirmamos novamente, conforme Corrêa (2001) que, antes de ser pensada em termos políticos e culturais, a nação foi pensada em termos de raça, tal vertente não anulava nem diminuía as outras, mas as vinculava. A consequência disso foi a formação de uma nação de privilégios por um lado e de enorme exclusão de outro. Sob a égide da

ciência os negros foram amplamente excluídos de usufruir dos direitos políticos e da cidadania.

O discurso da criminologia positiva teve um papel fundamental nesse processo, já que possibilitou, ao mesmo tempo, a justificação das desigualdades pela naturalização delas e a intervenção autoritária sobre as “classes perigosas”. Conforme afirma Alvarez (2003), entendemos também que a criminologia positiva no Brasil possibilitou meios para que fosse possível “tratar desigualmente os desiguais”.

O grande avanço da escola italiana foi trazer para o centro do debate da questão criminal o próprio criminoso, como portador de uma patologia que o levava a delinquir, ganhando espaço como objeto de análise, sobretudo, de médicos-legistas e de psicólogos que, aliados à profissionais de outras áreas, reclamavam para si espaço dentro do grande campo sempre reservado aos juristas.

A ciência – e aqui também a criminologia italiana – sepultou o postulado da igualdade política sob o argumento da diferença e desigualdade natural dos seres humanos. Essa ligação entre diferença e desigualdade foi crucial para o caso brasileiro, a diferença não foi entendida em termos de pluralidade, mas, ao contrário, em termos ontológicos, intransponíveis.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francis Moraes de. **Heranças Perigosas: Arqueogenealogia da “periculosidade na legislação penal brasileira.** [Dissertação de Mestrado] Programa de Pós-Graduação em Sociologia – IFCH – UFRG: Porto Alegre, 2005.

ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil.** São Paulo: Método, 2003.

CORRÊA, Mariza. **As ilusões da liberdade: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil.** 2 ed. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001.

FOULCAUT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976).** Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da sexualidade I: a vontade e o saber.** 19 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988 (2009).

_____. **Vigiar e punir: história do nascimento das prisões.** Rio de Janeiro: Vazes, 1987.

NINA RODRIGUES, Raymundo. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1934.

OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SALDANHA, Nelson. **A escola de Recife**. 2 ed. São Paulo: Convívio; Brasília: INL, Fundação Nacional Pró-Memória, 1985.

SCHWARCZ, Lilia Mortiz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: 1993.

_____. Quando a desigualdade é diferença reflexões sobre antropologia criminal e mestiçagem na obra de Nina Rodrigues. In: **Gazeta Médica da Bahia**. N 76. Suplemento 2, 2006.

PROSELITISMO CATÓLICO NA ATUAÇÃO JURÍDICA DE NELSON HUNGRIA DURANTE A ERA VARGAS

Ana Luiza de Oliveira Alphonse*

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a promoção da fé católica realizada por Nelson Hungria em sua produção jurídica, bem como os influxos que recebeu e promoveu ao longo de sua trajetória. Para isto, utiliza como marco teórico sua conferência “Cultura, Religião e Direito”, específica sobre o tema. Adota fontes primárias (obras doutrinárias e jurisprudenciais do autor) e fontes secundárias (biografias, artigos de jornais e revistas). Verifica-se que Hungria se dedicava a pesquisa da doutrina católica e com esta traçava coesa interdisciplinaridade com o direito, fortalecendo-a e propagando-a, e que, tendo desempenhado papel relevante no cenário jurídico brasileiro, acabou contribuindo para a promoção do aspecto religioso-jurídico-cultural na busca pela identidade nacional que almejava o Estado Novo.

PALAVRAS-CHAVE: Nelson Hungria; Identidade nacional; Religião; Proselitismo.

Catholic Proselytism in the Legal Performance of Nelson Hungria during the Vargas Era

ABSTRACT: The research objective to analyze the promotion of the Catholic faith performed by Nelson Hungria in its legal production, as well as the inflows that received and promoted along its trajectory. For this, use as a theoretical framework his conference "Culture, Religion and Right", specific about the theme. Research primary sources (author's doctrinal and jurisprudential works) and secondary sources (biographies, newspaper articles and magazines). Verify that Hungria was dedicated to the research of Catholic doctrine and with this it traced a coherent interdisciplinarity with the right, strengthening it and propagating it, and that, having played a relevant role in the Brazilian legal scenario, ended up contributing to the promotion of the religious- legal-cultural aspect in the search for the national identity that sought the Estado Novo.

KEYWORDS: Nelson Hungria; National identity; Religion; Proselytism.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A RELIGIÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS À PRODUÇÃO JURÍDICA DE NELSON HUNGRIA; 3. O PROSELITISMO CATÓLICO POR NELSON HUNGRIA; 4. CONCLUSÃO; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

*Advogada inscrita na OAB/SP e na OAB/SC. Mestranda em Teoria e História do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do “Ius Commune” – UFSC/CNPq, Grupo Interinstitucional de Pesquisa em História da Cultura Jurídica. Email analuizaalphonse@adv.oabsp.org.br

Embora religião não seja usualmente o que se espera achar ao se buscar leitura de acórdãos ou de obras de direito penal, esta permeia o direito penal brasileiro desde suas origens coloniais, está e sempre esteve arraigada nele.

Não é possível passar despercebido o proselitismo católico na produção jurídica de Nelson Hungria, acórdãos, debates, artigos, livros e também em seus comentários ao Código Penal de 1940. Considerando isto, a pesquisa tem por problema responder se o proselitismo constante da obra de Nelson Hungria contribuiu para construção da identidade nacional em seu período, intuito da Era Vargas. Há ineditismo em se analisar a obra de Nelson Hungria sob este aspecto, o que justifica a pesquisa.

Diante de tais constatações, o presente trabalho tem por objetivo analisar a presença de proselitismo católico na obra de Nelson Hungria, e como isto pode ter favorecido a construção, no aspecto religioso-jurídico-cultural, da identidade nacional em sua época, que foi um dos desígnios basilares do Estado Novo.

2. A RELIGIÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS À PRODUÇÃO JURÍDICA DE NELSON HUNGRIA

Para melhor correlação com a época da produção jurídica de Nelson, em sucinta cronologia legislativa, temos que a primeira legislação penal que o Brasil seguiu foram as Ordenações Filipinas, a partir de 1765, tempos de Estado Confessional, com religião oficial, a católica, que traziam crimes em ordem que imitava a ordem dos dez mandamentos (BATISTA, 2016). O primeiro item do livro cinco traz penas para “hereges, apóstatas, cismáticos e blasfemos”. O título dois trata “Dos que arrenegam, ou blasfemam de Deus, ou dos Santos”, e o Título três, traz penalização para “os Feiticeiros” (INSTITUTO DE HISTÓRIA E TEORIA DAS IDEIAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 1998). Ou seja, os três primeiros títulos condenam aqueles que, em tese, expressam-se em relação a Deus de forma diferente da Igreja Católica, o que tem extrema semelhança com contrariar o primeiro dos dez mandamentos: “Não terás outros deuses além de mim” (BÍBLIA, 1995, p.148).

Tipificava também outros pecados, que não possuem sujeito passivo, mas as vítimas seriam os próprios mandamentos cristãos, tais como:

Titulo IV: Dos que benzem cães, ou bichos sem autoridade do Rei[...]

Titulo V: Dos que fazem vigílias em Igrejas, ou Vodods fora delas [...]

Titulo XIII: Dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias
Titulo XIV: Do Infiel, que dorme com alguma Cristã, e o Cristão, que dorme com Infiel
Titulo XXVII: Que nenhum homem Cortesão, ou que costume andar na Corte, traga nela barregã¹;[...]
Titulo XXXIV: Do homem, que se vestir em trajes de mulher, ou mulher em trapos de homem [...]

As Ordenações continham crimes com nítido posicionamento antissemita, entre eles destacam-se dois títulos, o quinto: “dos que fazem vigílias em igrejas, ou vodos, fora dela”, que traz pena de prisão para quem guardar o sábado sem que a Igreja o tenha determinado, o que é uma perseguição explícita aos judeus, que têm como preceito sagrado não fazer atividade alguma no sábado; além da proibição de judeus andarem sem sinal que o distinguissem, deveriam andar com carapuça, ou chapéu amarelo, sob pena de prisão e, em caso de terceira reincidência, pena de tornar-se escravo.

Ademais, as Ordenações também apresentavam diferenciação de jurisdição. Por exemplo, no Título trinta, denominado “Das barregãs dos Clérigos, e de outros religiosos” e no Título trinta e um, denominado “Que o frade, que for achado com alguma mulher, logo seja entregue ao seu superior”, o clérigo que tivesse concubina estaria sujeito a julgamento por seu superior.

Sobre este Livro cinco, Nelson Hungria se manifestou no sentido de achar “ridículo cobri-lo de apodos e insultos (como é hábito entre nossos penalistas), sem ter em conta a corrente de ideias da época em que foi elaborado.” (1981, p. 52).

É possível verificar que o Código Penal de 1830 (BRASIL, 1831) tinha influência do confessionalismo do Estado. Era tipificado realizar culto religioso diverso do católico (Art. 276) e constituir sociedades secretas (Art. 282), o que tinha por objetivo criminalizar as lojas maçônicas. Também vale destacar que nele o aborto passou a ser crime (Art. 199) e que era fato típico “justificar falsamente a impossibilidade física ou moral do Imperador” (Art. 88), pois, considerando o absolutismo da época, a figura do imperador soberano estava diretamente ligada a imagem do Deus soberano, e este artigo tem estreita relação com os mandamentos: “Não darás falso testemunho contra o teu próximo”, “Não terás outros deuses além de mim” e “Não tomarás em vão o nome do Senhor, o teu Deus.” (BÍBLIA, 1995, p. 148 e 149).

Também ingerência havia no Código Penal de 1890 (BRASIL, 1890b), que manteve alguns crimes de cunho religioso previstos em 1830, mas também inovou

¹ Correspondia a criminalizar a união estável e o concubinato, pois barregã correspondia a concubina (FERREIRA, p. 89).

criminalizando a realização de casamento religioso antes do casamento civil (Art. 284), a embriaguez (Art. 396) e a prática de capoeira em locais públicos (Art. 402), ironicamente agrupada no capítulo treze, junto com a vadiagem. Também inovou tipificando as condutas de “ultrajar qualquer confissão religiosa” (Art. 185), e “impedir, por qualquer modo, a celebração de cerimônias religiosas” (Art. 186), sendo que esta última garantiu a liberdade de culto, antes mesmo da laicização do Brasil.

O Projeto do Código de 1940 (BRASIL, 1940) recebeu revisão de penalistas da época, entre eles Nelson Hungria, que considerava importante que a religião permanecesse protegida pelo Estado, por meio de sanções contra possíveis ataques. Ele a defendia como fator disciplinador social e componente importante e indissociável da cultura brasileira:

Não há diferença essencial entre os fatos que o Código anterior incriminava como lesivos da liberdade dos cultos e os que o atual contempla como crimes contrários ao “sentimento religioso” (isto é, a convicção, acentuada pelo sentimento, da existência de uma ordem universal que se eleva acima do homem). Apenas o legislador de 40 entendeu que ao interesse *individual* da liberdade religiosa sobreleva o interesse *coletivo* ou *geral* de preservar a religião como um elemento de cultura ético social. Embora mantida a liberdade de crença ou de não crença alguma, é relevantemente útil a função cultural do Estado que os indivíduos sejam *religiosos*. (HUNGRIA, 1955, p. 52-53).

Quando Hungria iniciou sua carreira jurídica como advogado em 1909 (FUCK, 2012), fazia apenas 19 anos que havia se operado a separação entre Estado e Igreja Católica no Brasil, por meio da publicação do Decreto 119-A, em 7 de janeiro de 1890 (BRASIL, 1890a), tornando-o laico.

Um pouco antes disto, por volta da metade do século XIX, na Europa, como reação ao domínio das ideias liberais e positivistas, que traziam em si a laicidade, a Igreja Católica criou o movimento chamado ultramontano, para restabelecer sua influência nos meios políticos e intelectuais, reforçando os dogmas de poder do Papa, concedendo-lhe, inclusive, o poder sobrenatural da infalibilidade, em 18 de julho de 1870, pelo concílio do Vaticano (NABUCO, 1873).

Joaquim Nabuco, em seu Discurso Pronunciado no Grande Oriente Unido do Brasil (NABUCO, 1873), dirigido a jovens maçons, menciona a presença do movimento ultramontano no Brasil, criticando-o e alcunhando-o de retrógrado e teocrático, o que comprova que o investimento da Igreja nele estava tendo resultados e ganhando relevância.

3. O PROSELITISMO CATÓLICO POR NELSON HUNGRIA

A pesquisa intitulada “A restauração católico-tomista a partir do político e jurídico de Minas Gerais na passagem à Modernidade” (PINTO, 2010), atribui a recorrência do catolicismo nas obras jurídicas do período de Nelson Hungria ao movimento católico ultramontano no Brasil, iniciado no país aproximadamente em 1910, que visava a retomada de prestígio da igreja católica por meio da ingerência nos pensadores, principalmente jurídico-políticos.

O autor constatou que as ideias de São Tomas de Aquino ganharam vigor entre juristas, justamente quando está sendo discutida a reforma do Código Penal Brasileiro, e que, portanto, seriam o motivo das ideias positivistas não terem dominado o código de 1940, e atribuiu a Hungria o crédito por esta vitória do catolicismo contra o positivismo, dizendo que foi a liderança jurídica que mais se opôs a adoção do positivismo, para isto citando várias manifestações dele contra o positivismo em artigos publicados nas Revistas dos Tribunais, entre elas, crítica às academias de direito da época:

[...] o estudante era doutrinado, de preferência na desabrida crítica ao direito penal constituído e na inconciliável polêmica das “escolas” sobre o que devia ser, mais ou menos utopicamente, o novo direito penal. Nem era de exigir-se diversa orientação de ensino para formar bacharéis destinados a embasbacar juizes leigos. Aos advogados criminais nada mais era preciso que cultivar o gênio patético ou o estilo condoreiro e imprimir a marca de ciência exata às lucubrações do nihilismo penal, cuja bandeira vermelha fora desfraldada por César Lombroso (PINTO, 2010, p. 160).”

Hungria depreciava a antropologia criminal dos positivistas Nina Rodrigues e Cesare Lombroso (HUNGRIA, 1951), dizendo que em cada homem “existe um pequeno diabo, mais ou menos necessitado de água benta. A geral potencialidade para o crime não significa jamais proclividade inexorável ou predisposição fatal”, neste mesmo texto (HUNGRIA, 1978, p. 459-473), intitulado “Sôbre a pena de morte”, criticou o que chamou de “homicídio legal”, deixando clara oposição a pena de morte, e seguiu fazendo crítica ao ensino de São Tomas de Aquino, embora não rompa com o tomismo:

É de causar estupefação que a pena de morte encontra apoio da Igreja Católica, que, para tanto, invoca o ensinamento de Santo Tomas de Aquino. Não se adverte que este grande doutor eclesiástico opinou

numa época em que a Igreja, para garantir-se o domínio temporal, tinha de se acomodar ao despotismo dos governos seculares. Esqueceu-se que os primeiros padres da igreja estigmatizaram, expressamente, a pena de morte, pois diziam, sómente Deus podia dispor da vida dos homens. Lactâncio não duvidava que “*occidere hominem sit semper nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit*”. Proclamava-se que “*Ecclesiam non sinit sanguinem*”. Somente quando a igreja se tornou um poder dominante é que foi buscar na lei mosaica, com o seu estribilho de *morte moriatur*, fundamento à pena capital. Lá estava no cap. XXI do “Êxodo”: “*Si quis per industriam occiderit proximum suum, et per insidias, ab altari meo evelles eum, ut moriatur*”. E afirmou-se direito revelado por Deus o que não passava de preceito de uma legislação semibárbara, já desacreditada ou retificada pela civilização jurídica.

Dissertava Santo Tomás que a pena de morte contra os delinquentes porfiados e perversos é tão útil ao corpo social como a amputação de um membro gangrenado ao corpo humano. Ora, por esta lógica, ter-se-ia igualmente de matar os loucos, os leprosos, todos os enfermos incuráveis e contagiantes. Não e não! A verdadeira moral cristã é irreconciliável com a pena de morte. (HUNGRIA, 1978, p. 470)

A presente pesquisa também consultou coletânea de jurisprudência de Nelson Hungria (FUCK, 2012), na qual igualmente se verificou salvaguarda da doutrina católica e manifestações antiliberais e antipositivistas. Ou seja, na mesma linha que os ultramontanos, Hungria chegou a igualar positivismo ao ateísmo, e de ateu adjetivou também o evolucionismo de Darwin e de Spencer, a antropologia de Lombroso e o materialismo histórico de Karl Marx, que disse ser adepto do “Deus proletariado” (HUNGRIA, 1943, p. 12 e 23).

Voltando à pesquisa realizada por Jefferson de Almeida Pinto (2010), anota-se que ela concluiu que a análise da produção jurídica de Hungria e da produção cultural dos pensadores católicos do período denota-se um esforço pela recristianização, combatendo o liberalismo e o positivismo, e abrindo espaço para a filosofia tomista, disseminada também pelas campanhas do laicato católico ultramontano tomista nas faculdades de direito, nos tribunais e outras associações jurídicas². Esta atuação era feita preponderantemente no interior do campo de poder jurídico legislativo, com o fim de influenciar decisões políticas e torná-las compatíveis às diretrizes da Igreja Católica, sendo, portanto, o setor jurídico muito importante para a restauração do seu prestígio e

² Hungria era palestrante frequente em diversas instituições jurídicas, e muitas destas palestras foram compiladas em artigos pela Revista dos Tribunais do RJ, e também entrevistado recorrente das mídias da época. Documentários sobre vida e obra disponíveis em: <https://www.youtube.com/watch?v=StfHMTZ-R0g> e <https://www.youtube.com/watch?v=cdtc2KTeB-8> ; entrevista a Rádio Rio Branco disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=m8GPXJ8RAtg> . Acesso em: 22 jun. 2019.

poder, e para construção da chamada neocristandade, objetivo também abraçado pelo Estado Novo.

Embora a pesquisa citada atribua a Nelson Hungria esta inclinação ultramontana e tomista, ele negou expressamente a primeira nos debates do Habeas Corpus 32.468/SP, de 17 de junho, de 1953, do qual foi relator: “Não sou um intolerante, por mais que pareça tal, quando defendo minhas opiniões. Jamais fui um ultramontano. Defendo os meus pontos de vista com ardor, mas sem o intuito de impô-los aos que pensam de modo contrário” (FUCK, 2012).

Então, não se pode afirmar ter Hungria aderido ao movimento ultramontano, e é impossível quantificar a ingerência que dele recebeu. Contudo, pode-se afirmar que aderiu ao Estado Novo, ainda que de forma parcial e/ou temporária (NUNES, 2010), e este investimento do catolicismo no Brasil, pelo movimento ultramontano, foi bem conveniente à chamada Campanha de Nacionalização empreendida pelo então presidente Getúlio Vargas (1937 a 1946), que almejava fomentar o nacionalismo, construindo uma identidade nacional, na qual a religião católica permaneceria como predominante:

Alguns historiadores têm procurado refletir sobre a mutação do catolicismo brasileiro no período considerado. Assim, para Paulo J. Krischke, o nacionalismo é a chave para a compreensão das mudanças da Igreja no período em que ocorre uma revolução nacional portuguesa. Luiz Werneck Vianna, por sua vez, ensina que, no vazio de poder provocado pela Revolução de 1930, a Igreja se torna indispensável no processo político. Neste sentido, para Thomas Bruneau, a Revolução de 1930 é o momento de reintegração da Igreja no Estado brasileiro. Pablo Richard, utilizando conceitos Gramscianos, analisa o projeto de Nova Cristandade veiculado na Ação Católica como opção da Igreja de utilizar a mediação da sociedade política (Estado), com seu aparelho coercitivo, para o exercício de sua hegemonia na sociedade civil. (MENDONÇA, 2011, p. 290)

Certamente o posicionamento antiliberal e antipositivista de Nelson Hungria, aliado à promoção da fé católica que realizava em seus julgados, palestras, livros, enfim, em sua vida e obra, tendo ele o destaque de ter sido o “Príncipe dos Penalistas”, contribuiu, no período, para a construção desta identidade nacional quanto ao aspecto cultural da religião.

Os varguistas consideravam a religião como elemento desta identidade nacional a ser construída, os clérigos do período viam como perigo o liberalismo, o socialismo e

a expansão das igrejas protestantes (consideradas liberais), e defendiam que o ensino público deveria conter ensinamentos católicos, pois católicos eram, e deveriam permanecer, a maioria dos estudantes brasileiros (PINTO, 2010).

Outra medida que embaraçou a expansão do protestantismo no Brasil, principalmente do luteranismo dos imigrantes alemães, foi a promulgação do Decreto-Lei N° 406, de 4 de maio de 1938 (BRASIL, 1938), que proibiu o ensino em língua estrangeira nas escolas, e a publicação de jornais e revistas em língua estrangeira.

Pode-se citar, também como exemplo de aliança do regime varguista com a Santa Sé, o fato do Presidente Getúlio Vargas ter cedido às reivindicações do documento denominado Reivindicações Católicas, encomendado pelo cardeal D. Sebastião Leme a Alceu Amoroso Lima, com o objetivo de fazer com que a Igreja participasse da Segunda República, encerrando o momento anticlerical da Primeira República. Vargas acatou estas reivindicações fazendo o ensino religioso retornar às escolas públicas, ainda que facultativo, e permitiu que o Estado financiasse escolas, seminários e hospitais da Igreja (MARANHÃO, 1989).

D. Sebastião Leme, em outubro de 1931, em evento de comemoração a padroeira do Brasil, discursou sobre qual seria o acordo condicional com o novo regime: “ou o Estado reconhece o Deus do povo ou o povo não reconhecerá o Estado” (MARANHÃO, 1989, p. 122). Este cardeal destinou a Alceu Amoroso Lima a tarefa de organizar a LEC – Liga Eleitoral Católica, este era importante intelectual católico e diretor da revista católica *A Ordem*, instrumento de mídia utilizado pelos ultramontanos, que também tinha por missão a ascensão de prestígio da Igreja Católica a partir dos intelectuais e elite, ampliando o debate cultural católico, promovendo a difusão da filosofia emanada dos filósofos católicos e combatendo o positivismo e o comunismo (MARANHÃO, 1989).

O Estado Novo de Vargas também teve como características marcantes o autoritarismo, o anticomunismo e o nacionalismo, que englobava esta busca por hegemonia cultural, e, com o objetivo de manter a influência e poder da igreja na política nacional, foi que apoiou a criação da LEC, que analisava candidatos e concedia, ou não, sua recomendação, fez, por exemplo, campanha contra Café Filho, atribuindo-lhe “ranço vermelho” e alertando que sua vitória oferecia riscos para o país, mesmo assim, ele foi eleito vice-presidente e, no episódio no qual impetrou o mandado de segurança 3.557/DF, em 7 de novembro de 1956, repudiando o ato do Congresso que o impediu de reassumir a presidência da República, Nelson Hungria, na época ministro do

STF – Supremo Tribunal Federal, votou a favor do não conhecimento deste, utilizando no voto elementos clássicos da iconografia do direito e da religião:

[...] Um insigne professor de direito constitucional, *doubie* do exaltado político partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os ministros desta Corte “eram leões de verdade ou leões de pé de trono”.

Jamais nos incalcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas. Senhor Presidente, o atual estado de sítio é perfeitamente constitucional, e o impedimento do impetrante para assumir a presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica. Não conheço do pedido de segurança (FUCK, 2012, p. 108).

O protagonismo de Nelson Hungria na abundante legislação penal do período do Estado Novo é destacado por Nilo Batista (2006), que diz grande parte desta ter claro caráter de repressão política e alvo específico, o Partido Comunista, coincidência ou não, grande inimigo deflagrado dos varguistas e do catolicismo na época. Na Revista Eclesiástica Brasileira, o artigo “Confrontos entre o Novo Código Penal Brasileiro e o Direito Eclesiástico Vigente” (FERNANDES, 1945) compara o Código de 1940 ao direito eclesiástico vigente naquela época, e também explica como historicamente a Igreja Católica exerceu força sobre o direito penal, criminalizando alguns pecados:

O fundamento do direito de punir não é para o Direito Canônico penal a vingança pública como era para a lei penal romana e menos ainda a vingança particular ou da tribo como era para os germanos. Para o Direito Canônico todos os delitos são públicos.

A autoridade pública pune para restaurar a ordem social perturbada e para procurar a correção do delinqüente.

A Igreja, além do elemento jurídico "lei", e do elemento objetivo "transgressão da lei", exige o elemento subjetivo, a intenção criminosa, dolosa do delinqüente. Sem confundir, como ligeiramente se tem atribuído à Igreja, a noção de delito e pecado, exige para a punição do delinqüente que o crime tenha constituído pecado. Não há confusão nenhuma entre pecado e delito. De modo muito diferente julga a Igreja, de um e de outro. Todo delito para ser delito deve ser pecado, mas nem por sombra diremos que todo pecado seja delito. Todo delito supõe pecado porque supõe intenção dolosa que não pode existir sem que haja também pecado. (...)

A Igreja, que desde o princípio puniu certos crimes, principalmente os de idolatria, os pecados carnavais e o homicídio, como nos atestam os mesmos Livros Sagrados, à medida que foi conquistando a sua liberdade foi também estendendo o seu poder coercitivo-penal. A autoridade civil paulatinamente foi cooperando com a Igreja na irrogação e na execução das penas, chegando até a considerar como delitos públicos o que antes sómente o era no fôro eclesiástico, essa autoridade, que pouco a pouco a Igreja conseguira graças á sua benemerência e que culminou com Inocêncio III, nos fins do século XII, foi declinando à medida que a autoridade dos Estados foi tornando-se forte para punir os crimes de ordem pública civil, até chegarmos às diferentes formas de galicanismo e separação entre a Igreja e o Estado, com a negação, mais ou menos avançada, do direito da Igreja de estabelecer e aplicar penas. (FERNANDES, 1945, p. 271/295)

Partindo para a análise dos seus comentários ao Código Penal de 1940, é clara a adoção da doutrina católica como parâmetro e paradigma. Nos apontamentos referentes aos crimes contra o sentimento religioso (HUNGRIA, 1981, p. 47-66) traz relato histórico sobre como o cristianismo passou de religião perseguida a perseguidora e oficial, faz elucubrações sobre inquisição, pecado crime e o que chama de “crimes de religião” (heresia, apostasia, cisma, *sacrilegium*, *turbatio sacrorum*, blasfêmia, magia, sortilégio, simonia, judaísmo, paganismo, ateísmo e agnosticismo), e a equiparação destes aos crimes *adversus divinam majestatem*, nos quais o sujeito passivo não era o Estado, mas o próprio Deus, antropomorficamente, como se o Estado fosse tutor dos interesses divinos na terra.

Trata em seguida da transição para o Estado laico, ressaltando mudança de ótica do legislador penal, passando a ser crime com caráter religioso apenas atos que atentassem contra liberdades individuais, o que chamou de secularização dos crimes contra religião.

Define culto religioso como “veneração da divindade ou poderes sobrenaturais”, mas não aceita serem considerados cultos “os praticados por grupos de inovadores ou reformadores ainda em período de propaganda”, os de “seguidores de profetas mais ou menos necessitados de manicômio” (HUNGRIA, 1981, p. 63), os realizados pelos mórmons, espíritas e os da macumba, assim, segundo seu pensamento, estes não poderiam ser sujeitos passivos do ato típico “perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso” (Art.208), ficariam desprotegidos pela lei.

Justifica a designação “crime contra os costumes” por uma adesão do Código de 1940 ao que chamou de ética sexual, para incriminar atos que afetem a disciplina, utilidade e conveniência sociais, e não mais para cuidar da “pureza das almas” como faziam as Ordenações Filipinas ao incriminarem toda concupiscência extramatrimonial (1981, p. 77), cita neste tópico o estudo de 27 especialistas em instinto sexual³.

Ao comentar o crime de curandeirismo (Art. 284) (HUNGRIA, 1958, p. 154-157), ridiculariza os centros espíritas dizendo que se passam por maléficas policlínicas nas quais são realizados “sortilégios mágicos e bruxedos”. Também considera sujeito ativo do crime os oficiantes em terreiros de religiões afro, aos quais se refere de forma jocosa nominando os rituais de “coréia de endemoninhados”, consulta a velhos “negros boçais”, “antro de bruxedos e ritos bárbaros”, “feitiçaria-medicina”, diz que “o animismo dos negros é antagônico com o grau de civilização atual”.

Neste mesmo sentido, em outra obra, critica a sociedade em que vivia, dizendo-a construída de *odium anti-theologicum* e com cultura enferma, e, ao propor forma de reconstrução desta, afirma que ela só pode se dar pela construção na contramarcha do espiritualismo, e “arder de novo na grande aventura da comunicação com Deus”, numa jornada de ascensão rumo a Ele (HUNGRIA, 1943, p. 22-23).

Maioria das vezes seus comentários aos artigos do código penal são permeados de moral e religiosidade, mas citam-se duas exceções encontradas, a primeira foi sua análise de que um beijo em lugar público pode configurar o crime de praticar ato obsceno em lugar público (Art. 233), e a segunda quanto ao lenocínio (Art. 230), pois se posiciona no sentido de que se deve criminalizar sim a conduta de quem explora a prostituição alheia, mas que não se deve criminalizar a prostituição em si, fazendo amplo levantamento histórico de como a criminalização afetou negativamente algumas sociedades, dizendo inclusive que propor castidade num país como o Brasil, “em que o sol dos trópicos faz arder o sangue nas veias”, seria o mesmo que se pretender extirpar a fome das favelas, se mostrando nada moralista ou tradicional e discorrendo teses que praticamente dão à prostituição função social (HUNGRIA, 1981, p. 257- 270).

Isto destoa de seu tom de usual moralismo, que definiu pudor, baseado em vários estudos⁴, como “civilizador do amor”; “vitória da cultura por ter racionalizado o amor”;

³ Lloyd Morgan, Montaigne, Fére, Albert Moll, Boerhave, Roubaud, Hammond Kowalswisky, Beaunis, Clevenger, Spitzka, Kiernan, López-Rey, Asúa, Freud, Steinach, Lichtenstein, Stabel, Bumke, Kraft-Ebing-Lobstein, Westphal, Johannes Lange, Pelikan, Zachia, Vallejo Nágena, Leoncini, Cevidalli, Lorenzo Barri (1981).

⁴Guiaú, Manfredini, Havellock Ellis, Anatole France, Pitigrilli, Freud, Stendhal e Lemos Brito (1981).

“ação preventiva dos descaminhos éticos-sociais”; “recurso das mulheres honradas para ceder apenas ao homem preferido”, “prestígio e charme”, e, por fim, “maior encanto e maior defesa da mulher” (1981, p. 77-83).

Na conferência “Cultura, Religião e Direito” (1943) deixa clara toda sua pesquisa na ciência das religiões, cita inúmeras obras que pesquisou, e também demonstra interesse por arte, fazendo as elucubrações a seguir, que demonstram conservadorismo e novamente certo preconceito à cultura afro-brasileira:

Como alarmante sinal dessa cultura a recuações, aí está a pretensa arte nova ou futurista, que traduz a calculada mutilação do sendo estético originário de fases culturais privilegiadas. É uma lástima. É um escarro atirado à face da cultura tradicional. A pintura, desentendida de Cézanne e de Manet, a involuir do estilo impressionista para uma confusão idiota e exótica de gatafunhos rabiscados com a mão sinistra. [...]

A escultura a descambar de Rodin – o alquimista que transformava as fealdades em beleza – para a imitação servil dos manipulansos indígenas. [...]

A música, privada de melodia e espiritualidade, a buscar o seu ritmo nas bárbaras toadas africanas. [...] Estamos vivendo uma época em que a originalidade deixou de ser expressão do gênio aristocrático, para ser uma tarefa plebeia, de medíocres e tartamudos (HUNGRIA, 1943, p. 7 e 8).

Neste ponto divergindo do rumo adotado pelo Estado Novo de incorporar o samba como música genuinamente brasileira para compor a identidade nacional:

O Samba foi utilizado como um dos principais elementos da produção da indústria cultural. A influência da lucratividade proporcionada pelo Samba durante a Era do Rádio, o discurso populista do presidente Getúlio Vargas e a necessidade de reproduzir uma Cultura Nacional, contribuíram para o fundamento de uma tradição inventada a partir de um elemento da Cultura Afro-brasileira como um signo identitário do Brasil. Os movimentos ideológicos, como o nacionalismo, tornaram necessária a invenção de uma continuidade histórica. Uma tradição inventada pode ser definida, em síntese, conforme Hobsbawm, como uma linguagem elaborada, composta de práticas e comunicações simbólicas, forjada pela ineficácia de antigos usos da Cultura. A legitimação do Samba como um produto cultural genuinamente brasileiro, nos anos 1930, além de instituir uma tradição inventada, foi articulada mediante um mito, que descreve a assimilação de elementos de Povos de Tradições de Matriz Africana no seio da Cultura compartilhada entre brasileiros. Sabemos que a função da invenção dessa tradição mítica correspondeu à necessidade de definir-se a identidade cultural do Brasil, como um status na manutenção da sua coesão e na reprodutibilidade de uma performance que pudesse

atender às demandas do mercado cultural. (ROCHA, 2016, p. 109-110)

Hungria se reconhecia como um orador emotivo e exaltado, pessoas com estas características não mantêm afastadas de suas expressões a religião que adotam, então, natural que o cristianismo católico se destaque em sua jurisprudência e obra, exemplos também de expressão de fé, foi a do julgamento do Habeas Corpus 32.331 (05/12/1952), sobre relaxar a prisão preventiva de Carlos Lacerda, que ganhou bastante cobertura midiática da época, no qual disse que este o perseguia e que “Não é ele santo da minha igreja” (FUCK, 2012, p. 301) e, no apêndice de seus Comentários ao Código Penal, o texto “A pandectização do direito penal”, no qual compara atitude do Supremo da época, de querer fazer analogia criando crimes, como atitude que exija a força sobrenatural do hebreu Sansão, e, em seguida, conceitua o homem como a doutrina católica o faz, como ser trino, composto por corpo, alma e espírito:

É possível que aos civilistas as decisões do Supremo pareçam perfeitamente defensáveis; mas, para a sensibilidade dos penalistas, que o sejam de verdade, esses arrestos representam qualquer coisa de semelhante ao gesto de Sansão, derribando as colunas de Gaza. São uma brecha aberta num inabdicável anteparo da liberdade individual contra o arbítrio do poder estatal, ou, seja, o cancelamento puro e simples do art. 1º do Cód. Penal, proibitivo da analogia para a identificação de crimes. [...]

Precisamos de regressar ao direito penal como direito destinado ao homem de carne e espírito, ao homem tal qual é, por vezes com o demônio no sangue, mas afinal, sempre homem, e sempre com a possível recuperação de si mesmo, na plasticidade da sua natureza e na virtude divina do seu autodeterminismo [...].(HUNGRIA, 1955, p. 455 e 456)

Concedendo mais uma vez à religião caráter de controle social, diz que sua obra *Cultura, Religião e Direito* deveria se chamar “As três crises”, pois o objetivo nesta é relacionar que a crise da cultura ao seu tempo é consequência da crise da ausência de religião na sociedade, o que reflete intimamente na crise do direito produzido:

Só poderemos ressurgir com Deus, com a cruz, com o pensamento cristão. O milagre de novas auroras no triste ocaso da civilização contemporânea só será possível despertando-se, de novo, na alma humana a presença de Deus, a luz e a flama do cristianismo. (HUNGRIA, 1943, p. 23)

Foi recentemente chamado de “consciência do STF” pelo jornal O Globo, que citou seu discurso ao tomar posse como desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 1944: “um juiz, antes de consultar os manuais da doutrina ou as revistas de direito, deveria se aconselhar com a ‘própria consciência’ em suas decisões”⁵.

Sua consciência, repleta de cristianismo, repercutiu em sua obra e o impeliu a fazer os citados registros de que a única forma de se evitar o desmantelo do mundo seria por meio da *religare*.

A presente pesquisa não pretendeu reduzir o pensamento de Nelson Hungria à sua profissão de fé, mas, parafraseando o Professor Ricardo Sontag, objetivou “relativizar fronteiras entre o jurídico e o não jurídico” (SONTAG, 2009), analisar que na prática nossos atos refletem e dificultam nossa postura imparcial, muitas vezes profissional e socialmente exigida.

Ainda que não fosse ultramontano, propagandeava a fé católica constantemente em suas fundamentações de decisões e artigos, ao tema cristianismo dedicou dois livros específicos em sua vida: O Sermão da Montanha e a já citada obra Cultura, Religião e Direito, para ele a religião era instrumento de governo social humano, por refrear instintos egoístas que fazem o homem explorar o homem e divinizar o êxito, e que, quando enfraquecida, causava retrocesso social às formas primitivas de paganismo social e moral (HUNGRIA, 1943, p. 16), esta promoção ao catolicismo nas posições de destaque ocupadas por Nelson Hungria, as quais concediam à sua voz destaque no cenário nacional, certamente foi aproveitada e destacada na apologia à identidade nacional.

4. CONCLUSÃO

A turbulência religiosa do período de recente saída de um Estado confessional monárquico, no qual havia nítida transmutação entre o Rei soberano e o Deus soberano, para um Estado laico no qual a igreja católica, antes oficial e única, investe grandes recursos para tentar manter seu poder e prestígio na nação brasileira, explica a presença forte do catolicismo nos debates e obras jurídicas do autor Nelson Hungria.

⁵ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/nelson-hungria-um-nome-que-ate-hoje-a-consciencia-do-stf-5943660>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

Obra permeada de proselitismo e moralidade que, por vezes, aparenta contradições, pois ao mesmo tempo que faz defesa à liberdade religiosa, contrasta apresentando expressões preconceituosas em relação a outras manifestações não cristãs, por exemplo, as ateístas e de origem afro. Relembrando que em uma sociedade recém-saída da confessionalidade, as percepções de liberdade religiosa eram muito diferentes das que desfrutamos hodiernamente.

Estes investimentos da Igreja Católica, por meio do movimento ultramontano, LEC, revistas e outros recursos, defendeu seus interesses antipositivistas e antiliberais e reuniu forças ao Estado Novo para a construção da identidade nacional, e, embora não possa ser mensurado em que percentual, e tão-menos seja possível concluir que este objetivo foi alcançado pelo regime, pois se trata de matéria eminentemente subjetiva, é possível afirmar que Nelson Hungria, com seu prestígio intelectual e oratória mais que farfalhante, somados à sua fé católica intrínseca, a qual foi por ele esquadrihada e propagandeada em sua jurisprudência como Presidente do STF e do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, como legislador, e também em seus livros, aulas, conferências e manifestações diversas na mídia desempenhou papel relevante no cenário jurídico brasileiro, e acabou contribuindo, de alguma forma, para a construção da identidade nacional no aspecto religioso-jurídico-cultural, o que veio de encontro aos interesses do Estado Novo.

5. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BÍBLIA, Português. **Bíblia de Estudo Pentecostal**. Tradução João Ferreira de Almeida. Ed. rev. e corrigida. Flórida, EUA: CPAD, 1995.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Mandou executar o Código Criminal, publicado em 8 de Janeiro de 1831, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> . Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. Decreto 119-A, publicado em 7 de janeiro de 1890. Proibiu a intervenção da autoridade federal e dos estados federados em matéria religiosa, consagrou a plena liberdade de cultos, extinguiu o padroado e estabeleceu outras providências. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Decreto N° 847, de 11 de outubro de 1890. Promulgou o Código Penal de 1890, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Decreto N° 19.941, de 30 de abril de 1931, Dispõe sobre a instrução religiosa nos cursos primário, secundário e normal. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19941-30-abril-1931-518529-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 de abr. de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei N° 406, de 4 de maio de 1938. Dispõe sobre a entrada de estrangeiros no território nacional. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-406-4-maio-1938-348724-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Decreto Lei N° 2.848, publicado em 7 de dezembro de 1940. Promulgou o Código Penal de 1940, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848compilado.htm>. Consultado em 23 maio 2019.

BIBLIOTECA NACIONAL. Centro de informações de acervos dos Presidentes da República. Brasília. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/cafe-filho/biografia>>. Acesso em 23 maio 2019.

FERNANDES, Pe Geraldo. Confrontos entre o Novo Código Penal Brasileiro e o Direito Eclesiástico Vigente. **Revista Eclesiástica Brasileira**, Petrópolis, v. 5, p. 271-295, jun. 1945. Disponível em: <http://www.obrascaticas.com/livros/Revista%20Eclesiastica%20Brasileira/REB%2005%20FASC%2002.pdf> . Acesso em: 11 maio 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI**, o minidicionário da língua portuguesa. 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FRAGOSO, Heleno Claudio; HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes. **Comentários ao Código Penal**. v I. Tomo II. 5 ed. Revista Forense. Rio de Janeiro: 1978.

FRAGOSO, Heleno Claudio; HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes. **Comentários ao Código Penal**. v VIII. 5 ed. Revista Forense. Rio de Janeiro: 1981.

FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial**, Ministro Nelson Hungria. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/NelsonHungria.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2019.

HUNGRIA, Nelson. A criminalidade dos homens de cor no Brasil. **Revista Forense**. v. CXXXIV, Rio de Janeiro, março 1951.

HUNGRIA, Nelson. A evolução do Direito Penal Brasileiro. **Revista Forense**. v. XCV, Rio de Janeiro, julho 1943.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v IX. 1 ed. Revista Forense. Rio de Janeiro: 1958.

HUNGRIA, Nelson. **Cultura, religião e direito**. Conferência realizada na Faculdade Católica de Direito. 1. ed. Typographia Jornal do Commercio de Rodrigues. Rio de Janeiro: 1943.

HUNGRIA, Nelson. Introdução a Ciência Penal. **Revista Forense**. v. XCII, Rio de Janeiro, outubro 1942.

HUNGRIA, Nelson. O Código Penal e as Novas Teorias criminológicas. **Revista Forense**. v. XCI, Rio de Janeiro, agosto 1942.

INSTITUTO DE HISTÓRIA E TEORIA DAS IDEIAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações Filipinas on line**. Coimbra, 1998. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

MARANHÃO, R.; MENDES JUNIOR, A. (Org.). **Brasil História: texto e consulta**, Era de Vargas. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1989. v. 4.

MENDONÇA, Carlos Vinicius Costa de; PEREIRA, Maria Rita de Cássia Salles; RODRIGUES, Pablo de Andrade; LOSS, Bruno Zottele. Luz, Escuridão e Penumbra: O Governo Vargas e a Igreja Católica. **Dimensões-Revista de História da UFES**, Vitória, v. 26, p. 277-299, 2011.

NABUCO, Joaquim. **A invasão ultramontana**: Discurso Pronunciado no Grande Oriente Unido do Brasil, no dia 20 de maio de 1873. Typographia Franco-Americana. Rio de Janeiro: 1873. Disponível em: https://digital.bbm.usp.br/bitstream/bbm/4629/1/012066_COMPLETO.pdf. Acesso em: 09 maio 2019.

NUNES, Diego. Legislação penal e repressão política no estado novo: uma análise a partir de julgamentos do tribunal de segurança nacional (1936-1945). Acervo- **Revista do Arquivo Nacional**, v. 30, n. 2, p. 126-143, 2017.

PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado novo**. Rio de Janeiro: Ed Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PINTO, Jefferson de Almeida. A restauração católico-tomista a partir do político e jurídico de Minas Gerais na passagem à Modernidade. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 140 – 166, set./dez., 2010. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v2n5a72010.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019.

ROCHA, Marlúcia Mendes; SANTOS, Camilla Ramos dos. O samba como signo identitário do Brasil e a sua literalidade nos anos 1930. **Contexto - Revista do**

Programa de Pós-Graduação em Letras da UFES, Vitória, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Luiza/Downloads/14965-41340-1-SM.pdf>. Acesso em 21 jun. 2019.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: o tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Revista História**, Franca, v.28, n. 2, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742009000200010. Acesso em: 23 maio 2019.

SONTAG, Ricardo. Código e Técnica. **A reforma penal brasileira de 1940**, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. 2009. 163 f. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Programa de Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, mestrado em teoria e filosofia do direito, Florianópolis, SC. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/92880/274067.pdf?sequence=1> >. Acesso em 27 abr 2020.

O ABORTO LEGAL NO CÓDIGO PENAL DE 1940: CONTROLE DE PRÁTICAS OU PROMOÇÃO DE DIREITOS REPRODUTIVOS?

*Bárbara Madruga da Cunha**

RESUMO: Tendo como fonte os comentários ao Código Penal de 1890 e os códigos de ética médica de 1929 e 1931, buscou-se contextualizar a introdução das hipóteses de aborto legal no Código Penal de 1940. A partir de conceitos metodológicos cunhados por Mario Sbriccoli, verificou-se se a previsão das excludentes se deu no intuito de promover novos valores axiológicos ao ordenamento, baseados nos direitos reprodutivos da mulher, ou se apenas positivou práticas realizadas pela comunidade médica e legitimadas pela doutrina jurídica. Feita a análise, conclui-se que o aborto necessário não apenas era reconhecido entre os médicos, como era considerado parte do ordenamento pelos juristas. Nas fontes analisadas, no entanto, não se encontrou qualquer menção à possibilidade de interrupção da gravidez resultante de estupro, o que levou a conclusão de que essa excludente não era autorizada entre os médicos, tampouco reivindicada pelos juristas estudados.

PALAVRAS-CHAVE: aborto-legal; direitos reprodutivos; aborto necessário; estupro.

Legal abortion in the 1940 Criminal Code: practice control or promotion of reproductive rights?

ABSTRACT: Based on the comments on the 1890's Brazilian Penal Code and the 1929's and 1931's medical ethics codes, we tried to contextualize the introduction of the hypotheses of legal abortion in the 1940's Penal Code. From the methodological concepts coined by Mario Sbriccoli, we verified if these legal exceptions were in order to promote new axiological values to the law, based on the reproductive rights of women, or if the Code only affirmed practices performed by the medical community and legitimized by legal doctrine. After the analysis, we concluded that the abortion to save mother's life was not only recognize among doctors, but was consider part of the legal order by jurists. In the sources analyzed, however, there were no references about the possibility of the interruption of pregnancy if it was the result of a rape, what indicates that this practice was not authorized by doctors, neither claimed by the juridical doctrine.

KEYWORDS: legal abortion, reproductive rights; necessary abortion, rape.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM DISCUSSÃO NOS COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL DE 1890. 3. CONCEPÇÕES MÉDICAS ACERCA DO ABORTO LEGAL: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA. 4. CONCLUSÕES. 5. REFERÊNCIAS.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Mestra em Teoria e História do Direito na mesma instituição, sob a orientação do professor doutor Diego Nunes. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Realiza pesquisas em direito e gênero e, desde 2017, vem dedicando-se ao estudo da história da criminalização do autoaborto no Brasil. Email: babiacunha@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

É bastante comum os manuais de direito penal, e também os artigos jurídicos, iniciarem suas narrativas introduzindo historicamente o tema a ser trabalhado, através da construção de uma linha cronológica a partir dos marcos legislativos (NUNES, SIROTTI, SONTAG, 2018, p. 25). Nesta perspectiva, o direito penal estaria sempre evoluindo ao lado dos “avanços” sociais, ao reconhecer, por exemplo, que a violência sexual é um delito contra a dignidade da pessoa e não contra honra. Nas explanações dedicadas ao delito de aborto, a introdução histórica não costuma ser diferente. Nesse sentido, atribui-se ao Código Penal de 1940 o reconhecimento de direitos reprodutivos à mulher, de modo a se afirmar que foi a partir desse diploma legal que o aborto passou a ser permitido nos casos de risco à vida materna e de gravidez decorrente de estupro. Esse tipo de abordagem, contudo, costuma reduzir o direito àquilo que estava positivado nos códigos, tendendo a uma interpretação simplista dos mesmos.

De fato, as hipóteses de aborto legal só passaram a ser expressamente previstas no Código Penal de 1940, visto que os códigos anteriores não faziam menções claras nesse sentido. No entanto, afirmar que essas disposições representaram um avanço nos direitos reprodutivos pode ser equivocado, visto que o Código Criminal de 1830, primeiro a criminalizar o aborto, apenas punia o terceiro que, com ou sem consentimento da mulher, realizasse manobras abortivas. Foi somente a partir do Código Penal de República, que o autoaborto passou a ser tipificado, criminalizando a mulher que provocasse abortamento em seu próprio corpo – concepção que foi mantida pelo Código Penal de 1940.

Por outro lado, o Código Penal da República além de expandir o rol de ações típicas previstas em relação ao delito de aborto, reconheceu indiretamente uma hipótese de aborto legal, ao estipular pena ao médico ou parteira que ocasionasse culposamente a morte da gestante:

Art. 302. Si o medico, ou parteira, **praticando o abôrto legal, ou aborto necessario**, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellular por dou smezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação ([grifos nossos] BRASIL, 1890).

Assim, no Código Penal de 1890, havia uma menção à figura do aborto necessário, na qual ficava clara a definição de aborto legal, que seria aquele “para salvar a gestante de morte inevitável”, sem que houvesse, no entanto, disposição anterior que determinasse explicitamente a sua licitude, visto que na tipificação do delito de aborto não havia exceções previstas. Essas exceções, como sinalizamos, foram introduzidas explicitamente pelo Código Penal de 1940, na seguinte redação:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Diante dessa aparente inovação do Código Penal de 1940 em relação ao anterior, pretendemos analisar historicamente como seu deu a inclusão dessas duas hipóteses legais de aborto provocado no ordenamento. A exposição de motivos do projeto que deu origem ao código, redigida por Francisco Campos, a partir da revisão do projeto de Alcântara Machado, não foi muito esclarecedora nesse sentido, limitando-se a seguinte explanação:

Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de gravidez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender (CAMPOS, 1940, p. 138).

Note-se que as “razões de ordem social e individual” não foram explicitadas pelo autor, de modo que as motivações políticas que levaram a inclusão dessas exceções no referido diploma legal não foram exploradas. Assim, buscaremos compreendê-las a partir da chamada “penalística civil” (SBRICCOLI, 2009), a qual reconhece a centralidade do penal na definição axiológica do ordenamento jurídico. Desse modo, procuraremos verificar se, de fato, a introdução das hipóteses de aborto legal no Código Penal de 1940 se deu no intuito de promover novos valores ao ordenamento jurídico, no sentido de firmar um compromisso com o reconhecimento dos direitos reprodutivos às mulheres, ou se esse diploma legal buscou regulamentar situações já legitimadas tanto pela comunidade jurídica quanto pela médica.

Com esse objetivo, examinaremos os comentários ao Código Penal de 1890 escritos por João Vieira de Araújo (1902), Oscar Macedo Soares (1910) e Galdino Siqueira (1932), bem como o “Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil” de Vicente Piragibe (1931), de modo a aferir se o artigo 302 do Código Penal de 1890 era interpretado de forma a reconhecer a legalidade da prática de aborto nos casos de risco à vida da gestante e se esses juristas se manifestaram pela inclusão da possibilidade de aborto legal em caso de gravidez resultante de estupro.

Ademais, considerando que no final do século XIX houve uma maior aproximação entre o direito e a medicina, através da atuação dos peritos médicos e da inclusão da medicina legal enquanto disciplina obrigatória nos cursos de Direito em 1891 (COELHO, 2010), em seguida analisaremos os códigos de ética médica anteriores ao Código Penal de 1940, os quais não detinham força legal, com o intuito de averiguar se neles havia disposições que autorizavam os médicos a realizarem procedimentos abortivos em casos determinados e se, portanto, se tratavam de práticas regulamentadas por essa classe profissional.

Tendo em vista os objetivos traçados e as fontes a serem trabalhadas, adotaremos metodologicamente a concepção de “penal” de Mario Sbriccoli (2011), de forma a interpretarmos o fenômeno jurídico-criminal a partir da perspectiva de sujeitos múltiplos, para além da perspectiva estritamente legal. Nesse sentido, estudaremos a doutrina jurídica da época e os códigos de ética médica entendendo-os enquanto fontes de direito, capazes de nos revelar as concepções relativas às hipóteses de aborto legal que havia no período – visto que a categoria intitulada por Sbriccoli (2011), “il penale”, é capaz de englobar o “conjunto de práticas, saberes e instituições que condensam as várias facetas desse poder punitivo” (NUNES, 2017, p. 128).

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM DISCUSSÃO NOS COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL DE 1890

Durante a Primeira República, o código comentado era a forma por excelência de se escrever livros que pretendessem produzir conhecimento jurídico em matéria penal (SIROTTI, 2016). Conforme nossa proposta de pesquisa, restringiremos nossa análise aos comentários escritos por três juristas. Tratam-se das obras: “O Código Penal interpretado” (1902) de João Vieira Araújo; “Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil” (1910) de Oscar de Macedo Soares; e “Direito Penal Brasileiro”

(1932) de autoria de Galdino Siqueira. Ademais, analisaremos o “Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil”, de Vicente Piragibe, publicado em 1931.

João Vieira de Araújo, dentre os autores estudados, foi o único a defender a ausência de punição à mulher que decidisse dar fim à própria gestação¹, tendo em vista a “co-relação social, econômica e jurídica do aborto, infanticídio e suicídio” (ARAÚJO, 1902, p. 56). Em seus comentários ao artigo 302, no entanto, nada mencionou em relação às expressões “aborto legal” e “aborto necessário”. O jurista, contudo, criticou a existência do dispositivo, o qual segundo ele seria “inútil”, à medida em que a hipótese de morte por negligência ou imperícia médica já teria sido prevista no artigo 297, da seguinte forma:

Art. 297. Aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regularmentar commetter, ou for causa involuntaria, directa ou indirectamente de um homicidio, será punido com prisão cellular por dous mezes a dous annos (BRASIL, 1890).

De fato, pela redação do artigo 297, a norma prevista pelo artigo 302 parece ser redundante por já estar englobada em uma hipótese anterior – senão fosse as expressões “aborto legal” e “aborto necessário”. Para Galdino Siqueira (1932), entretanto, a norma tampouco seria útil para reconhecer a legalidade do aborto provocado nos casos em que o procedimento fosse necessário para salvar a vida da gestante, visto que essa hipótese estaria englobada no artigo 32 do Código Penal de 1890²:

Art. 32. Não serão também criminosos:
§ 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior; [...]

¹ Nesse sentido, em seu projeto de reforma ao Código Penal de 1890, Araújo tipificou o delito da seguinte forma: “Art. 326. Fazer abortar, consentindo a mulher: Pena – de prisão por um a três annos. I Se como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher: Pena – de prisão por dous a quatro annos. II Se a morte resultar por haver empregado meios mais perigosos do que aquelles em que a mulher havia consentido: Pena – de prisão por dous a quatro annos. Art. 327. Fazer uso de meios tendentes a provocar o aborto, sem o consentimento da mulher, ou contra a sua vontade: Pena – de prisão por dous a seis annos. Se realizar-se o aborto, o duplo da pena. Paragrapho Único. Si como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher: Pena – a do art. 307” (1893, p. 200). O jurista ainda previa aumento das penas se o sujeito ativo do crime fosse o marido ou profissional sanitário, e sua diminuição, caso o delito tivesse sido cometido para “salvar a honra da mulher, da mãe, da descendente, da filha adoptiva, ou da irmã” (1893, p. 201).

² Nos referimos à seguinte passagem: “no art. 302 contempla o código, como bem diz JOÃO VIEIRA, uma hypothese inutil, por isso que já é revista de modo geral no art. 297, e, além disso, o com o vício, de não repetir completamente a formula desse artigo, o que poderá occasionar duvidas na pratica. Nem mesmo como reconhecimento da legalidade do aborto no caso visado tem valor a disposição, por isso que o aborto necessario já está comprehendido na disposição do art. 32 § 1º” (SIQUEIRA, 1932).

Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1º do artigo precedente, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos:

1º Certeza do mal que se propoz evitar;

2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

3º Probabilidade da efficacia do que se empregou (BRASIL, 1890).

Desse modo, para o jurista, a legalidade do aborto necessário seria consequência de uma norma geral. Assim, tendo em vista a crítica feita pelos autores, a redação do artigo 302 parecia apenas reforçar a possibilidade de aborto legal para salvar a vida da mulher, de forma a demandar a averiguação da responsabilidade dos profissionais envolvidos no procedimento, em caso de falecimento da gestante.

Macedo Soares (1910), por sua vez, comentou o artigo 302, sem criticá-lo, identificando-o enquanto a previsão de uma hipótese de aborto legal:

No art. 302 trata o Código do aborto necessário, ou legal, praticado pelo médico ou parteira para salvar a vida da gestante de morte inevitável. Nesta figura, não se manifesta o elemento doloso, mas pode aparecer a culpa por imperícia ou negligência, da qual resulte a morte da gestante (SOARES, 1910, p. 622).

Já Vicente Piragibe, em seu dicionário, selecionou um caso jurisprudencial no qual o juiz teceu comentários aos artigos 300 e 301, mas nada escreveu sobre a norma prevista no artigo 302. A decisão citada pelo magistrado também não envolvia discussões acerca do conceito de aborto legal. No entanto, ao conceituar o delito, ele estabeleceu duas modalidades de aborto provocado, na qual uma consistiria em um fato criminoso e outra em um recurso obstétrico (PIRAGIBE, 1931, p. 10). Por essa classificação, portanto, o recurso obstétrico não consistiria em um crime. As situações nas quais o médico poderia recorrer ao aborto, contudo, não foram exploradas na obra.

Desse modo, com exceção de Vieira de Araújo, o qual não abordou sobre o tema, os demais juristas reconheciam a legalidade do aborto necessário. Enquanto Macedo Soares delimitava a hipótese, entendendo que o procedimento era necessário para “salvar a vida da gestante de morte inevitável” (SOARES, 1910, p. 622), Galdino Siqueira a compreendia de forma mais ampla, a partir de uma norma geral que estipulava a licitude das condutas delituosas praticadas “para evitar mal maior” (BRASIL, 1890). Desta forma, a partir da análise realizada, é possível afirmar que o aborto necessário já era considerado legal durante a vigência do Código Penal de 1890, ainda que o critério da necessidade fosse interpretado de formas distintas.

Nenhuma das obras analisadas, entretanto, fez qualquer referência à possibilidade de interrupção voluntária de gravidez resultante de estupro, indicando que não se tratava de uma problemática amplamente discutida entre os juristas na época. Por outro lado, como vimos, havia no ordenamento jurídico uma norma geral de excludente de tipicidade prevista no art. 32, a qual era bastante aberta, remetendo a um conceito subjetivo, o “mal maior”, o que pode ter possibilitado interpretações diversas em processos penais que envolveram o delito.

3. CONCEPÇÕES MÉDICAS ACERCA DO ABORTO LEGAL: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA

O final do século XIX é marcado pelo estreitamento das fronteiras entre direito e medicina, à medida que o saber jurídico buscava se atualizar segundo os avanços da ciência moderna, dos quais os saberes médicos faziam parte. Nesse movimento, a disciplina de medicina legal ganhou força devido a atuação dos peritos médicos nos processos judiciais, a qual representava a possibilidade de comprovar cientificamente a realização ou não do delito, sanando problemas relativos às provas. Assim, defendia-se que os juristas deveriam ter domínio dos saberes médicos utilizados nos exames periciais, de forma a poder avaliar as conclusões médicas quanto a comprovação do delito. Nesse sentido, escreveu Adelino Filho em artigo intitulado “A medicina legal na Faculdade de Direito do Recife”, na revista acadêmica da referida faculdade, em 1892:

Não se pode taxar de pouco proveitosos este estudo limitado da medicina pelo jurista. A sua missão exige simplesmente capacidade e faculdade de compreender as questões medico-legais, e a percepção da força probante das conclusões a que o pratico que é medico, quando age auxiliando a justiça humana (ADELINO FILHO, 1892, p. 84).

Para o autor (ADELINO FILHO, 1892), o jurista precisava compreender os conceitos médicos, de forma a conseguir mensurar a eficácia probatória das conclusões periciais, sem perder de vista os saberes jurídicos. Desse modo, criticava Adelino Filho que no conceito de medicina legal apenas a perspectiva médica era destacada, esquecendo-se que antes mesmo da ascensão dos saberes clínicos, os povos já estipulavam regras para os casos médico-legais (1892, p. 86). A preocupação em acompanhar os avanços da medicina se dava, portanto, tendo em vista sua instrumentalidade para a resolução dos casos penais. Nesse sentido, acreditamos que a

análise dos códigos de ética médica pode ser pertinente à nossa proposta de pesquisa, tendo em vista que ela poderá revelar sobre a prática médica e sobre a compreensão do critério de “necessidade” pela categoria profissional nos casos de aborto provocado.

O primeiro Código de Moral Ética foi escrito em 1929, após a criação do primeiro Sindicato Médico Brasileiro em 1927, o qual representou o fortalecimento da comunidade médica enquanto categoria profissional (MIRANDA, 2009). Esse regimento autorizava a prática do aborto necessário pelos doutores nas seguintes condições:

Artigo 70º- Ao médico é terminantemente proibida pela moral e pela lei a interrupção voluntária da gestação, em qualquer de seus períodos; poderá, porém, provocar o aborto ou parto prematuro com um fim terapêutico nos casos de indicação clínica obrigatória.

Artigo 71º- Somente se procedera à interrupção da gestação depois de se ter cumprido os seguintes preceitos: ter coincido com a opinião favorável de outros médicos e especialistas em obstetrícia; e ter-se obtido o consentimento dos pais da criança (CÓDIGO DE MORAL ÉTICA, 1929).

Assim, segundo o documento, seria ético ao médico provocar um aborto, desde que seus colegas concordassem que o procedimento era necessário frente ao caso concreto e que os pais consentissem com a prática. O critério de “necessidade”, portanto, estava associado às condições fisiológicas da gestante, não havendo qualquer menção à possibilidade de interrupção da gravidez caso essa fosse resultante de estupro.

Já o Código de Deontologia Médica, publicado em 1931, buscava enfatizar na preservação da vida do feto e retirava o consentimento da gestante enquanto condição para realização do procedimento. O critério da necessidade, contudo, parecia ser mais abrangente que aquele estipulado no código anterior, à medida em que se referia à “necessidade terapêutica ou profilática”, dispensando a imposição de uma “indicação clínica obrigatória”:

Artigo 68º- Ao médico é terminantemente proibida pela moral e pela lei, a interrupção voluntária da gestação, em qualquer de seus períodos; poderá, porém, provocar o abortamento ou parto prematuro, uma vez verificada, por junta médica, necessidade terapêutica ou profilática.

Artigo 69º- Em caso de distorcia, sempre que possível, será salva a vida do feto, desde que, para isso, não tenha de correr risco a vida da parturiente.

Artigo 70º- O parteiro não praticará o abortamento nem o parto prematuro, terapêuticos ou profiláticos, nem fará intervenção que

possa sacrificar a vida do feto, sem autorização necessária ao marido ou aos parentes mais próximos da gestante: pais, filhos, irmãos, etc (CÓDIGO DE DEONTOLOGIA MÉDICA, 1931).

Tais códigos de ética profissional, apesar de regulamentarem a profissão e expressarem os entendimentos da classe médica sobre questões sociais diversas relacionadas à prática do ofício, não tinham reconhecimento legal, visto que consistiam em estatutos escritos a partir de conselhos sindicais. O primeiro a ser oficializado juridicamente foi o Código de Ética Médica aprovado no IV Congresso Médico Sindicalista, ocorrido em 1944, através do Decreto-lei 7.955/1945, o qual também criou os Conselhos Federal e Regionais de Medicina – posterior, portanto, ao Código Penal de 1940.

No entanto, em 1932 foi publicado o Decreto n. 20.931, que regulamentava as profissões da área da saúde e levou em consideração algumas disposições do Código de Deontologia Médica de 1931 (MIRANDA, 2009). Esse decreto parece ter sido o primeiro documento legal a prever explicitamente a possibilidade de abortamento necessário, condicionando-a à avaliação de junta médica, nos seguintes termos:

Art. 16 É vedado ao medico:

(...)

f) dar-se a práticas que tenham por fim impedir a concepção ou interromper a gestação, só sendo admitida a provocação do aborto e o parto prematuro, uma vez verificada, por junta médica, sua necessidade terapêutica (BRASIL, 1932).

Assim, é possível afirmar que, antes da vigência do Código Penal de 1940, o aborto necessário já era considerado uma prática autorizada entre a comunidade médica. Ademais, se a interpretação do Código Penal de 1890 poderia gerar alguma dúvida quanto a licitude do abortamento necessário, o Decreto n.20.931/1932 era claro ao legalizar a prática. Desse modo, o Código Penal de 1940 parece ter incorporado uma norma já prevista no ordenamento jurídico, determinando que:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (BRASIL, 1940).

Perceba-se, no entanto, que a norma citada é mais restrita que a anterior. Enquanto que o Decreto n.20.931/1932 vedava o médico de provocar um aborto, salvo quando houvesse necessidade terapêutica, o Código Penal de 1940 restringia a

excludente de tipicidade ao médico e apenas à situação em que não houvesse “outro meio de salvar a vida da gestante” (BRASIL, 1940). Por outro lado, conforme vimos, não havia qualquer menção, nos códigos de ética médica anteriores, à possibilidade do médico provocar um aborto no caso da gravidez ter sido resultante de estupro, de modo que essa prática não parecia estar autorizada pela categoria profissional.

4. CONCLUSÕES

É possível concluir, a partir da análise realizada, que o chamado aborto necessário já era considerado uma prática lícita antes da vigência do Código Penal de 1940. Nesse sentido, o artigo 302 do Código Penal de 1890, o qual previa punição ao médico ou parteira que, ao provocar um aborto na mulher com o intuito de salvar sua vida, lhe causasse a morte por imprudência ou negligência – ainda que apenas autorizasse de modo indireto o aborto necessário, era interpretado pelos juristas como uma excludente ao delito. Assim entenderam Vicente Piragibe (1931), Macedo Soares (1910) e Galdino Siqueira (1932).

O critério da necessidade, contudo, era interpretado de formas distintas entre os juristas. Enquanto Macedo Soares o compreendia a partir da redação do artigo 302, de forma que a interrupção voluntária da gravidez só era autorizada para salvar a gestante de morte inevitável, Galdino Siqueira, o interpretava a partir de uma norma geral do Código Penal de 1890, a qual afirmava que quem realizasse um delito para evitar mal maior não seria considerado criminoso. Esse critério, portanto, era mais amplo, à medida que envolvia um juízo subjetivo.

Também é possível afirmar que o aborto necessário era uma prática autorizada entre a comunidade médica. O primeiro Código de Moral Ética da categoria, de 1929, previa a possibilidade de o médico realizar procedimentos abortivos em caso de “indicação clínica obrigatória”, a qual deveria coincidir com o entendimento favorável de outros colegas. Já o Código de Deontologia Médica, de 1931, estipulava que o médico poderia provocar a interrupção da gravidez, caso constatasse necessidade terapêutica ou profilática. Esse regulamento, portanto, era mais permissivo que o anterior, conferindo maior liberdade de decisão ao médico, à medida em que retirava a imposição de uma indicação clínica obrigatória e a necessidade de anuência dos colegas para a realização do procedimento.

Talvez por essa razão, o Decreto n. 20.931, ao regulamentar as profissões da área da saúde, tratou da matéria, reforçando que os médicos estavam vedados de realizar práticas com o objetivo de interromper a gestação, salvo quando fosse verificada a necessidade terapêutica do procedimento por uma junta médica. Desse modo, verificou-se que o Código Penal de 1940, ao prever a hipótese legal de aborto necessário, não estava inovando do ponto de vista legal, visto que essa possibilidade já era prevista no ordenamento jurídico. No entanto, a comparação entre o dispositivo do código e a norma escrita no Decreto n. 20.931, torna evidente a alteração do critério de “necessidade”, o qual, a partir de 1940, restringiu-se às situações nas quais o aborto é o único meio para salvar a vida da gestante.

Ademais, antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940, qualquer pessoa poderia provocar um abortamento com o fim de salvar a gestante de morte inevitável ou de mal maior, sem incorrer nas penas previstas, tendo em vista os artigos 38 e 302 do Código Penal de 1890. Por essas razões, pode-se concluir que a legislação de 1940, ao prever a legalidade do aborto necessário, buscou regularizar práticas que já eram correntes e autorizadas tanto pela comunidade médica quanto pela jurídica, de modo a restringi-las, visto que limitou o critério da “necessidade”, antes entendido enquanto uma demanda terapêutica, à situação extrema na qual a mulher dependia do procedimento abortivo para sobreviver.

Quanto à previsão do aborto legal em caso de gravidez decorrente de violência sexual nossas fontes não trouxeram elementos que pudessem nos revelar as motivações político-sociais para sua inclusão no Código Penal de 1940. No entanto, a ausência de referências a essa possibilidade nos documentos estudados também deve ser considerada, à medida em que se constitui em um indicativo de que a realização de procedimentos abortivos em caso de gestação resultante de estupro, não era uma prática autorizada pela comunidade médica, sequer debatida pela doutrina jurídica. Assim, temos um indício de que ao legalizar o aborto nesse caso em específico, o Código Penal de 1940 buscou estabelecer novos valores axiológicos ao ordenamento penal, reconhecendo um direito às mulheres, que até então não parecia ser legitimado pelos médicos, tampouco reivindicado pelos juristas.

5. REFERÊNCIAS

5.1. FONTES BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Bruna F. Histórico da Medicina Legal. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. jan/dez 2010, v. 105, p. 355-362. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67905/70513/>. Acesso em: jul./2019.

MIRANDA, Aristóteles. A história dos Códigos de Ética Médica. *In.: Pensar e Dizer*. Conselho Federal de Medicina, maio-jun. 2009.

NUNES, Diego. Legislação penal e repressão política no Estado Novo (1936-1945): uma análise a partir de julgamentos pelo Tribunal de Segurança Nacional. *Acervo: Revista do Arquivo Nacional*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, 2017.

SIROTTI, Raquel R.; SONTAG; Ricardo. Para uma história do direito penal e do direito processual penal. *In: DE BEM, Leonardo S. Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: D Placido, 2018.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. *In: Storia del Diritto Penale e della Giustizia*. Milano: Giuffrè, 2009.

Justiça criminal. *In: Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 17/18, 2011, p. 467-486.

SILVA, Marinete dos Santos. Reprodução, sexualidade e poder: as lutas e disputas em torno do aborto e da contracepção no Rio de Janeiro, 1890-1930. *História, Ciência, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1241-1254, out-dez, 2012.

SIROTTI, Raquel R. **Ciência penal e defesa do estado**: as representações da criminalidade política na doutrina penal brasileira da primeira república (1889-1930). Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

5.2.FONTES HISTÓRICAS

ADELINO FILHO. A medicina legal na Faculdade de Recife. *In.: Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, n.1, v. 2, 1892. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2253>> Acesso em: jul./2019.

ARAÚJO, J. V. **O Código Penal Interpretado: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referencias aos projectos de sua revisão**. Parte Especial. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. II.

Projecto de código penal. Exposição de motivos. *In.: Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, 1893.

BRASIL. Código de Deontologia Médica (1945). Decreto-lei nº 7.955 de 13 de setembro de 1945. *In: Coleção das Leis de 1945*, v. 5. Atos do Poder Executivo: Decretos-leis de julho a setembro Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1945.

BRASIL. **Decreto Nº. 20.931 de 11 de Janeiro de 1932**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº. 1.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: maio/2019.

Código de Deontologia Médica, aprovado pelo 1º Congresso Médico Sindicalista. *In: Boletim do Sindicato Médico Brasileiro*, nº 8, agosto de 1931, p. 124-130.

Código de Moral Médica. *In: Boletim do Sindicato Médico Brasileiro*, nº 8, agosto de 1929, p. 114-12

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: jul./2019.

PIRAGIBE, Vicente. **Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil**: Colletctanea das decisões, em materia crime, do Supremo Tribunal Federal, Cômte de Appellação e Tribunaes dos Estados. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & cia, 1931, v. I.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, v. II.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

OS ANIMAIS SILVESTRES NO CÓDIGO DE CAÇA NO BRASIL (1943): UMA ANÁLISE DO CONCEITO JURÍDICO DO ANIMAL DE CAÇA

*Mayessa Haendchen Costa**

RESUMO: O Código de Caça de 1943 (Decreto-lei nº 5.894, de 20 de outubro de 1943) foi o último a disciplinar e regulamentar a atividade cinegética no Brasil, mantendo as concepções de animal silvestres dos códigos de 1934 e 1939. Analisando o Código de Caça de 1943 concluiu-se que os animais selvagens eram consideradas “res nullius”, podendo ser aqueles que viviam em estado natural livre ou os doméstico que por abandono se tornassem livres e sem dono. Tendo isso em vista, o presente trabalho busca identificar esse conceito de modo a compreender a situação destes animais no direito brasileiro. Lembrando que, via de regra, os animais também eram protegidos contra abusos e crueldades. Para tanto, se fará inicialmente uma revisão geral do Código de Caça, trazendo panorâmica geral do exercício de caça, em seguida, se analisará qual animal e como a lei o definiu como objeto de caça. Por isso, a metodologia deste trabalho é análise do próprio texto legal, bem como revisão bibliográfica das pesquisas jurídicas sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Caça; Legislação sobre caça; Animal.

The Wild Animals in the Hunting Code of Brazil (1943): An analysis of the legal concept of the hunting animals

ABSTRACT: The Hunting Code of 1943 (Decree-Law nº 5.894, October 20th, 1943) was the last legislation to discipline and regulate the hunting in Brazil. This new code also maintained the wild animal conceptions of the Codes of 1934 and 1939. As the hunting code of 1943 suggested that the wild animals were “res nullis” considered, in other words, those who lived free in the natural world or even the domestic ones abandoned could became free and ownerless. In this view, this article seeks to identify this concept, to clarify the animal context in Brazilian law. It is important to remember that, as a rule, the animals had also legal protected against abuse and cruelty. Therefore, we will first discuss the general aspects of the hunting in the code, focusing to have an overview of the rule hunting. Then, we will analyze which animal could be hunting and how the code defined wild animals. Furthermore, regarding the methodology we analyze the legal text itself as well the bibliographic of legal researches about our topic.

KEYWORDS: Hunting; Wildlife Legislation; Animal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS GERAIS DA PRÁTICA DE CAÇA NO CÓDIGO (DECRETO-LEI Nº 5.894/1943). 3. ANIMAIS NO CÓDIGO DE CAÇA (DECRETO-LEI Nº 5.894/1943). 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

* Mestra em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sob orientação do Prof. Dr. Diego Nunes. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Email: mayessah@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Abordar a caça no Brasil sob viés histórico-jurídico é um desafio profundamente complexo devido à escassez de estudos jurídicos sobre a legislação. Em que pese, o tema ser tratado por cientistas naturais (botânicos, agrônomos, engenheiros e geólogos), o enfoque desta pesquisa visa uma abordagem histórica no âmbito do direito que busca identificar um conceito legal de animais no Código de Caça.

Importa salientar que, principalmente a caça comercial e esportiva em relação aos animais silvestres geraram um impacto na biodiversidade da nossa fauna contribuindo para sua destruição. A caça remonta a tempos longínquos e a história demonstra que essa atividade consistia um meio para subsistência do ser humano, posteriormente passa-se para a prática de caça com interesse financeiro ou puramente por diversão, ou seja, por egoísmo.

As primeiras leis de caça surgem nos anos 30, no mesmo período em que surge a criminalização da crueldade animal¹. De acordo com Adilson Luís Franco Nassaro (2011, p. 9) foi a partir da década de 30 que:

[...] ocorreram expressivas mudanças no ordenamento jurídico que indicaram políticas públicas de proteção à fauna no Brasil, com a opção de regulamentar e de restringir os atos de caça. As circunstâncias em que surgiram as leis especiais, tendo por objeto a relação entre os homens e os animais silvestres, revelam uma dinâmica particular e caracterizam fases distintas, porém interligadas em um mesmo processo evolutivo.

Não é à toa que, o período da Era Vargas é muito interessante, não só para o âmbito social e econômico, mas também para o jurídico, pois foi nessa época que buscou-se reformular o direito brasileiro, desde a reforma do código penal e processo penal, assim como do código de caça. Antes, contudo, é necessário esclarecer que de 1930 a 1945 Getúlio Vargas realizou um processo de centralização do poder no executivo, dissolvendo o legislativo em todas as esferas². Dessa maneira, o poder de legislar era atribuição do próprio Presidente da República. A ascensão do Estado Novo,

¹ O Decreto nº 24.645/1934 tipificava no artigo 3º como contravenção penal maus-tratos aplicados aos animais, posteriormente modificado pela Lei das Contravenções Penais (artigo 64, do Decreto-Lei nº 3.688/1941).

² Após a Revolução de 1930, Getúlio Vargas então Presidente do Governo Provisório, baixou decreto nº 19.398 de 11 de novembro do mesmo ano dissolvendo não só o Congresso Nacional, assim como as assembleias legislativas dos estados e câmaras municipais. Em 1932, Vargas reabre o Congresso Nacional com o Decreto nº 21.402, de 3 maio de 1933 determinando eleições para Assembleia Constituinte.

resulta na Constituição brasileira de 1937³, a qual expressamente esculpiu essa regra reafirmando que a iniciativa de projetos de lei cabia exclusivamente ao presidente (NUNES, 2010, p. 4-12).

Sob este último contexto, o Decreto-Lei nº 5.894 de 20 de outubro de 1943 aprovou o novo Código de Caça revogando o Decreto-Lei nº 1.210, de 12 de abril de 1939 (Código de Caça) até então vigente⁴. Nesse sentido, Nassaro (2011, p. 14) comenta:

Apesar de trazer novo detalhamento sobre as condições para exercício da caça - ao apresentar 97 artigos contra 67 do anterior - não alterou a estrutura básica de autorizações e restrições definidas na codificação anterior. Mantendo a caça profissional como modalidade permitida, mesmo com regulamentação restritiva, o Estado incentivava o comércio de animais silvestres capturados no meio natural e perpetuava a cultura da caça.

Tendo em vista que o código de 1943 não inovou, nem modificou as disposições do código de 1939, escolheu-se assim analisar somente o código mais recente (1943) considerando tudo quanto se compreendia por animais ou àqueles entendidos como silvestres não foram alterados⁵.

O objetivo deste trabalho consiste, portanto, verificar de que modo a legislação brasileira passou a tratar os animais de caça a partir dos aspectos legais que regulamentaram essa prática. Nesse específico contexto, este estudo interroga quais animais eram considerados silvestres e poderiam ser objeto de caça, tendo em vista que por um lado o direito protegia os animais da crueldade humana, por outro legitimava a caça.

Isto porque, em nosso sentir, a prática de caça, principalmente a esportiva, configuram condutas de crueldade aos animais, pois muitas vezes esses animais são

³ Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas instituindo a ditadura do Estado Novo, outorgou uma nova Constituição de caráter autoritário, determinando que a iniciativa de projetos leis era competência do Chefe do Poder Executivo.

⁴ Registra-se, aqui, que o primeiro código de caça surgiu em 1934 com o Decreto-Lei nº 23.672, o qual disciplinava questões de Caça e Pesca. Mais tarde tal código foi revogado pelo Decreto-Lei nº 794, de 19 de Outubro de 1938 (Novo Código de Pesca) e pelo Decreto-Lei nº 1.210, de 12 de abril de 1939 (Novo Código de Caça), momento em cada atividade ganha um código específico. É necessário, ainda, advertir que nas Ordenações Manuelinas e Filipinas já haviam dispositivos de cunho penal que restringiam a caça de determinadas espécies de animais. O Código Civil de 1916 também tratou da matéria nos artigos 594 a 598 apenas como reflexo da disposição sobre uso da propriedade do animal caçado e do local de caça.

⁵ Para uma discussão sobre todos os códigos de caça e suas disposições ver Costa, Mayessa Haendchen. O status jurídico do animal no Direito Penal brasileiro (1934-1967). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

feridos e experimentam horas ou dias de sofrimento antes de morrer. Inobstante a isso, a crueldade oriunda dessa atividade estende-se também a outros animais, como os cães, que são utilizados para capturar e matar, e conseqüentemente, muitos cães podem morrer, se ferirem durante a caçada ou são abandonados por não terem mais serventia.

Cabe esclarecer que neste trabalho explanaremos de forma breve o conteúdo geral e as modalidades da caça do Decreto-Lei nº 5.894/ 1943, para então analisarmos o conceito jurídico de animal silvestre dentro do código.

Neste sentido, o trabalho prioriza a fonte legislativa, examinando especificadamente o Decreto-Lei nº 5.894/1943 (Código de Caça). Em relação a base teórico-metodológica “volta-se à análise do próprio texto legal citado, com destaque ao seu encadeamento, considerando ainda a escassa produção especializada sobre o tema, tanto nos manuais de Direito quanto de História” (NASSARO, 2011, p. 10) no que toca especificamente ao nosso objeto de estudo, pois este estudo se restringirá ao momento da efetiva aprovação do Decreto-Lei nº 5.894/1943.

De tal forma, surge a importância de estudar mais profundamente as ambigüidades da relação homem-animal sob o viés do direito. É neste sentido, que a legislação sobre a caça pode contribuir para o debate sobre a posição dos animais no nosso ordenamento jurídico a fim de desconstruir os dogmas especistas⁶ a partir dos quais o direito é ainda calcado.

2. ASPECTOS GERAIS DA PRÁTICA DE CAÇA NO CÓDIGO (DECRETO-LEI Nº 5.894/1943)

A caça, como visto, é uma das práticas mais antigas do ser humano. De fato, considerada uma tradição que inicialmente tinha como objetivo a subsistência dos indivíduos ante a necessidade de obtenção de proteína animal, ou seja, busca por alimento. No entanto, a partir do século XIX, pouco a pouco, com a invenção das armas de fogo, surgiram outros tipos de caça especializadas, onde os danos causados pelos seres humanos aos animais aumentaram, tanto no ato de matar quanto de ferir, vulgarizando esta prática. (BERRA, 1937; FRANCIONE, 2013; MOL e VENANCIO, 2014).

⁶ O termo especismo foi dado por Richard Ryder para designar o preconceito entre espécies, onde o ser humano se coloca numa posição superior aos animais.

As novas modalidades de caça trouxeram impactos para vida econômica, quando o extrativismo animal se tornou objeto de relações comerciais. Ao mesmo tempo que adquiriu características profissionais, também cresceu como prática de esporte. Nassaro (2011, p. 8) reconhece que nesse período a caça no Brasil:

[...] manteve-se outra voltada à satisfação de um primitivo desejo de dominação da natureza pelo homem, compreendida como “caça esportiva” vinculada ou não ao consumo da carne do animal ou à utilização, ou venda, de seus produtos e subprodutos. Ela representa relevante componente cultural no desenvolvimento sócio-econômico do país e integra o imaginário de aventura em razão dos desafios próprios dessa atividade em face de uma inexplorada e “imensa riqueza” faunística no meio natural, idealizada com suas representações particulares, e também pela tradição européia de associação da caça à nobreza, na percepção de que “caçar é esporte de nobres” [sic].

Fica claro, neste trecho, que o Brasil tinha a maior área florestal da América Latina possuindo várias espécies de animais, no entanto se consolidou uma exploração dos nossos recursos faunísticos sem políticas de proteção. Com isso, percebe-se que a prática da caça era realizada em todo território apenas com algumas restrições legais até aprovação das leis especiais de caça.

Destarte, a tendência antropocêntrica na exploração da fauna surgiram os códigos de caça. Como já dissemos, nos deteremos a analisar o código de 1943. Assim, com a nova ordem implementada pelo Estado Novo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 dispunha no artigo 16, inciso XIV⁷ que a competência era privativa da União legislar sobre a caça, não obstante o artigo 18, alínea “a”⁸ autorizava os estados legislar sobre a matéria de forma restritiva. Portanto, evidência disso, foi a aprovação do Decreto-Lei nº 5.894 em 1943 pelo Presidente Getúlio Vargas estabelecendo o Código de Caça, cujo teor regulava tal atividade, tendo revogado o código anterior. No mesmo ano, no dia 4 de novembro, o jornal Correio da Manhã, do Rio de Janeiro, publicou uma notícia destacando que:

⁷ Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XIV - os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração.

⁸ Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração.

O novo Código não modificou absolutamente o conceito jurídico de caça, nem cria entraves ao exercício regular desta. Com apóio na experiência e na observação de factos de notoriedade geral, o que procurou, antes de tudo, o legislador foi fechar as portas a abusos seculares no que concerne à exploração de uma riqueza que merece ser preservada com carinho e inteligência [sic].

O novo código de caça foi dividido em 10 capítulos contendo um total de 97 artigos, os quais abrangeram critérios para essa atividade e a comercialização de seus produtos, bem como medidas administrativas e tributárias. No artigo 12 do Decreto-Lei nº 5.894/1943 é possível perceber quais práticas eram permitidas no Brasil, um vez que a lei definiu:

Art. 12. Caçador é toda a pessoa que se entrega ao exercício da caça.

§ 1º O caçador é considerado profissional ou amador:

a) profissional é o que procura auferir lucros com o produto de sua atividade;

b) amador é o que visa fim exclusivamente esportivo [sic].

Em linhas gerais, a caça pode ser definida como a prática de perseguição, captura ou rastreio de animais. Porém, de modo a trazer uma definição legal com a finalidade de abranger as formas distintas de caça restou estabelecido no artigo 3º que: “Caçar é o ato de perseguir, surpreender ou atrair os animais silvestres, afim de apanhá-los vivos ou mortos”. Nesse ponto, para explicar o conceito de caça, Jorge Buompadre (2014, p. 73), afirma que:

A noção de caça está caracterizada não somente pelo elemento intencional que guia o caçador, vale dizer, atendendo o que tradicionalmente se tem entendido pela dita atividade, isso é “todo ato voluntariamente dirigido à apropriação do animal”, mas que abarca também o ato de capturar o animal, vivo ou morto, ou prestando facilidades a terceiros para que esses realizem a atividade [...].

Nassaro (2011, p. 4) identifica que o termo caça possui dois sentidos diferentes. O primeiro se refere aos animais que são efetivamente ou podiam ser caçados, e denominava-se “carne de caça”; já o segundo é o ato de capturar ou causar a morte/lesão do animal selvagem.

Em suma, o código de caça 1943 institucionalizou não só a exploração animal para produzir recursos para uso humano, mas também abriu uma exceção para a crueldade contra animais no nosso modo de compreender essa atividade. Ademais, a

caça poderia ser exercida em todo o território nacional, de forma transitória ou permanente⁹.

É interessante destacar a respeito da regulamentação da caça que a legislação condicionava a prática dessa atividade com a concessão de uma licença, devendo o interessado ter mais de 18 anos de idade.

Nossa compreensão está atrelada ao fato de que ao menos em parte a legislação restringia a exploração da fauna, mas acabou estimulando a sua destruição. O Código disciplinou a exploração do comércio e da indústria referente a atividade de caça conforme previa o artigo 32 as empresas de couros, peles e penas de animais de silvestres, de borboletas e outros insetos ornamentais e de animais silvestres vivos tinham que se registrar e declarar os produtos na Divisão de Caça e Pesca¹⁰ do governo. Consoante ao código os produtos de origem da atividade de caça ficavam sob competência Conselho Nacional de Caça¹¹, o qual expedia regulamentos e instruções sobre caça e seus respectivos produtos.

Por fim, os artigos 48 a 62 estabeleciam regras de tributação das atividades relativas à caça, como licenças, taxas, transportes, bem como a industrialização e comércio dos produtos derivados. Já os artigos 63 a 87 instituíram as infrações em geral¹².

Como se vê, a caça persiste até hoje, principalmente quanto ao tráfico de animais silvestres e caça ilegal, influenciando diretamente essa relação entre ser humano e animal.

⁹ Art. 1º A caça pode ser exercida em todo o território nacional, uma vez observadas as disposições deste Código; § 1º A caça pode ser transitória ou permanentemente proibida nas terras de domínio público ou privado; § 2º Nas terras de domínio privado é necessário para caçar o consentimento expresso ou tácito dos donos respectivos.

¹⁰ O artigo 44 do Código de Caça afirma que cabia a Divisão de Caça e Pesca a fiscalização das atividades de caça em todo o território nacional.

¹¹ Conforme estabelecia o art. 28 do Código de Caça o Conselho Nacional de Caça era constituído por quatro membros nomeados pelo Presidente da República, por indicação do ministro da Agricultura, sendo: um representante da Divisão de Caça e Pesca do Ministério da Agricultura; um representante do Serviço de Economia Rural do Ministério da Agricultura; um zoólogo, professor de um dos institutos do Ministério da Agricultura; um jurista.

¹² O Artigo 63 assim estabeleceu “as infrações dos dispositivos deste Código, dos regulamentos e das portarias e instruções em virtude deles expedidas são consideradas contravenções e puníveis na forma prevista no presente capítulo; § 1º Os contraventores estão sujeitos, em qualquer caso, à cassação de licença para caçar, à apreensão e perda das armas e dos instrumentos venatórios e dos animais caçados e à pena pecuniária conversível, no caso de segunda infração, em prisão celular, na forma do art. 72; § 2º As armas apreendidas em poder de contraventores serão remetidas com ofício às autoridades policiais, fazendo-se menção de suas características e, quando possível, do nome de seu fabricante, marca, espécie, número e calibre”.

3. ANIMAIS NO CÓDIGO DE CAÇA - DECRETO-LEI Nº 5.894/1943

Como visto, a caça na terminologia do código foi definida como a perseguição e procura promovida pelo ser humano aos animais selvagens que viviam em liberdade natural, com o propósito de se apropriar deles desde que não tenham dono. Afirmava, assim, o artigo 3º do Decreto-Lei nº 5.894/1943 sem precisar ou conceituar quais os animais silvestres eram considerados objeto da atividade.

Por outro lado, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, estabeleceu que também os animais domésticos que, por abandono, se tornassem selvagens, poderiam ser caçados. Pode-se dizer, partindo dessa regra, que o animal sem dono ou fora do controle do homem integrava *re nullius*¹³ (NASSARO, 2011, p. 10). Vislumbra-se que em noções gerais da lei todos os animais em estado selvagem ou que perderam a domesticidade eram objetos de direito da caça.

O código não trouxe uma definição sobre animais silvestres ou selvagens, no entanto, o artigo 4º¹⁴ fez um reforço da ideia referente aos quais animais se enquadravam como objeto de caça, considerando ser permitido o abate de pombos domésticos.

É certo que não há um conceito unívoco em relação à esses animais numa dimensão jurídica. Apesar de não haver uma definição explícita, existem indícios de qual era a concepção desse animal. Portanto, quando analisado pelo texto da lei especial presume-se que o conceito de animal empregado era aquele em estado selvagem abrangendo todas as espécies (mamíferos, répteis, aves, insetos etc.).

Conforme já afirmamos, através desses indícios os animais silvestres eram aqueles selvagens que não estavam sobre o cuidado do ser humano. Aqui, em nosso sentir, percebemos a visão utilitarista dos animais, em que estes são tratados como propriedade do ser humano, seja no sentido como uso (privado) ou na preservação dos que servem de alimento ou trabalho.

Tais concepções podem ser verificadas no código de caça quando dispunha exceções à prática de caça. Observa-se no bojo do artigo 11 ficou determinado que eram

¹³ Em breve síntese, “re nullius” é um instituto romanístico que diz respeito à posse e propriedade. O fundamento desse instituto para caça descreve a aquisição da propriedade dos animais que são capturados na caça. Deve-se ter claro que não é pretensão deste trabalho abranger profundamente sobre este instituto, pois isto excederia os critérios deste estudo.

¹⁴ Art. 4º Para os efeitos dos favores deste Código é também considerado ato de caça abater pombos domésticos pelos membros das sociedades de tiro ao voo, nos "stands" respectivos.

vedadas a caça de animais úteis à agricultura, pombos correios, pássaros e aves ornamentais ou de pequeno porte, exceto os nocivos à agricultura.

O artigo 14 ao determinar que somente as pessoas portadoras de licenças poderiam praticar caça, ao mesmo tempo vedou o uso de determinados métodos conforme abaixo disposto:

Art. 14. A caça, que será exercida tão somente por quem se achar habilitado com as licenças previstas neste Código, não se fará:

- a) com visgos, atiradeiras, fundas, bodoques, veneno, incêndio ou armadilhas que sacrifiquem a caça;
- b) com armas de repetição à bala, de calibre superior a 22, exceto quando se tratar de grande carniceiro em distância superior a três quilômetros de qualquer via férrea ou rodovia pública;
- c) nas zonas urbanas, suburbanas, povoados, distritos municipais, quando sedes de capitais ou de cidades populosas, e nas estâncias hidrominerais;
- d) nos açudes de domínio público, bem como nos terrenos adjacentes, em urna faixa anualmente fixada pela portaria de caça;
- e) numa faixa de um quilômetro de cada lado do leito das vias férreas e rodovias públicas;
- f) nas zonas destinadas a parques de criação e de refúgio ou santuários;
- g) nos jardins zoológicos, nos parques e jardins públicos;
- h) fora do período de permissão de caça.

De grande importância é perceber que o artigo acima referido proibiu a prática ser realizada em locais destinadas a parques de criação e de refúgio ou santuários; jardins zoológicos, nos parques e jardins públicos e fora do período de permissão de caça. Portanto, vislumbra-se que nesses locais os animais adquirem a condição de propriedade do ser humano como animal tutelado pelo próprio Estado.

Outra noção que estava implicitamente apontada no código era o artigo 9º, quando estabeleceu que “os animais silvestres considerados nocivos poderão ser abatidos, em qualquer tempo”, respeitadas as instruções da Divisão de Caça e Pesca. De forma a permitir a caça de animais nocivos, o artigo 10 afirmava que tanto os agricultores ou criadores e seus prepostos estavam autorizados abater, em qualquer época do ano os animais nocivos, desde que houvesse dano real à respectiva propriedade e que pudesse ser comprovada pela fiscalização. Conclui-se, portanto, que a noção de animais nocivos foram abarcadas pelo conceito animais silvestres como sendo aqueles sem dono e que vivem em liberdade, mas que de certa maneira são capazes de fazer mal ou causar dano ao homem ou sua propriedade.

Não menos importante, entendemos ser interessante destacar outros dispositivos do código que mencionavam espécies de animais objeto de caça, mas cujo teor regulava o comércio de produtos de animais considerados selvagens. É o caso, por exemplo, do artigo 38 que proibiu o comércio de couro e pele de espécies raras e protegidas, especificadamente da anta, cervo e lobo. O artigo 39 também pode ser citado como exemplo, pois restringia a atividade com peles de anfíbios anuros (sapos, rãs, percecas), de pequenos lacertílios e de cobras, com exceção das consideradas nocivas, por isso só era permitido quando proviessem de criadouros registrados na Divisão de Caça e Pesca, ou se fossem originárias de regiões do país onde houvesse a conveniência em consentir essa atividade. No caso dos lacertílios poderiam ser considerados caça a critério do Conselho Nacional de Caça por meio de regulamento. Da mesma forma, o artigo 40 deixava a critério do Conselho Nacional de Caça proibir ou não o comércio de peles de nutrias (ratão do banhado), lontras e ariranhas ou de quaisquer animais que precisem proteção desde que as peles não provenham de criadouros registrados¹⁵.

Mas afinal, quais animais o Código de Caça considerava silvestre? Apesar do Código não trazer uma definição específica do conceito jurídico de “animal silvestre”, entendemos que o código em seus dispositivos dá indícios de quais animais poderiam ser considerados objeto de caça, reputando aqueles que não eram propriedade do homem.

Aqui se pode destacar, por fim, que o artigo 5º estabeleceu que “A caça de quaisquer animais está sujeita às limitações e proibições deste Código e de portarias e instruções da Divisão de Caça e Pesca” (BRASIL, 1943). Assim, o mesmo órgão era competente para baixar instruções referentes às enumerações de espécies de animais daninhos a dos animais úteis à agricultura¹⁶.

Em tal perspectiva, o termo animal silvestre foi utilizado de forma única considerando aqueles animais que vivem estado de liberdade natural, incluindo os domésticos que por abandono se tornam livres do domínio do homem. No entanto, apesar da lei não determinar as espécies devido as diferenças biológica que existem

¹⁵ O teor do artigo 41 ainda dispunha que o “Governo incentivará a construção de criadouros de animais silvestres, especialmente de nutrias (ratões do banhado), perdizes, anuros e lacertílios”.

¹⁶ Art. 89. A Divisão de Caça e Pesca, ouvido o Conselho Nacional de Caça, baixará instruções referentes: a) a permuta ou venda de animais silvestres destinados aos parques de criação; b) às armadilhas ou aparelhos com que devam ser capturados os animais destinados a esses parques, segundo as espécies dos mesmos; c) à enumeração das espécies de animais daninhos a dos animais úteis à agricultura; d) à fiscalização dos criadouros; e) às instalações e cláusulas utilizadas no transporte e na manutenção, em cativeiro, de animais silvestres.

entre eles ou seu uso para o homem resultava a discricionariedade do Estado, através de seu órgão determinar quais animais eram silvestres, e por consequência era permitida sua caça.

4. CONCLUSÃO

A partir da análise realizada, é possível perceber que os animais silvestres no Brasil foram convencionalmente inseridos no ordenamento jurídico como recursos econômicos, naturais ou bens. Os animais domésticos e domesticados foram tutelados pelo Estado como propriedade do ser humano, por isso estavam sujeitos ao poder do seu proprietário, desde que respeitados os limites das medidas de proteção.

As leis sobre a caça ocasionaram no desenvolvimento de uma atividade exploratória, econômica e tributária para Estado, que por sua vez arrecadava dinheiro com licenças e impostos sobre o exercício e comércio dos produtos da caça. Por outro lado, não se pode negar ao fato que foram necessárias para regulamentar juridicamente a caça, bem como dos impactos sobre atos considerados irregulares que poderiam causar danos ao meio ambiente.

No tocante aos animais silvestres, o Código de Caça não deu determinação exata do termo, todavia em seu texto normativo constatou-se que eram considerados animais silvestres àqueles que estavam em estado natural de liberdade, até mesmo os domesticados que haviam restaurado seu estado de liberdade. Também englobavam tal conceito os animais daninhos à agricultura e pombos domésticos.

Não se pode esquecer que a lei igualmente não determinava quais os animais eram úteis à agricultura, pombos correios, pássaros e aves ornamentais ou de pequeno porte, espécies raras, pois apesar de ser proibida a caça destes animais, fazem parte do conceito geral de animais silvestres.

Neste sentido, notou-se que o código de caça implicitamente estabeleceu como critério para considerar um animal como silvestres era sua convivência ou não com ser humano, ou seja, ser propriedade deste. Essa visão a respeito de um conceito aberto, em nosso sentir decorre do fato dos animais serem usados e explorados por diversas razões, sejam animais da mesma espécie ou de espécies diferentes, a depender do contexto que são inseridos. Por esta razão, observou-se que se trata de um conceito jurídico geral e indeterminado, e somente diante de situações concretas o Estado, por meio do órgão especial de caça, especificava quais animais poderiam ou não ser objeto de caça.

Com as análises desenvolvidas foi possível compreender melhor a definição legal dos animais silvestres. Por outro lado, é possível ainda concluir que para tal objetivo vai além de uma dimensão jurídica, tornando-se necessário levar em consideração as ciências biológicas.

Todas estas questões chamam a atenção para a discussão focada na defesa dos direitos dos animais que requer o enfrentamento ao especismo.

5. REFERÊNCIAS

5.1. FONTES

BERRA, Francesco Luigi. **Caccia**. IN: D'AMELIO, Mariano. Nuovo Digesto Italiano. Torino: Editrice Torinese, 1937.

BRASIL. Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930. **Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providencias**. Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1930. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932. **Fica o dia três de maio de 1933 para a realização das eleições à Assembléia Constituinte e cria uma comissão para elaborar e anteprojeto da Constituição**. Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21402-14-maio-1932-518100-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de Julho de 1934. **Medidas de proteção aos animais**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 maio. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 23.672, de 2 de janeiro de 1934. **Código de Caça e Pesca**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23672-2-janeiro-1934-498613-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: de 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Decreto –Lei nº 1.210, de 12 de abril de 1939. **Código de Caça**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1210-12-abril-1939-349177-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 jun.2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.768, de 11 de novembro de 1939. **Penalidades para as infrações do Código de Caça**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1768-11-novembro-1939-411519-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.772, de 11 de novembro de 1940. **Modifica a constituição do Conselho Nacional de Caça**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2772-11-novembro-1940-412743-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 8 jul.2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.622, de 17 de setembro de 1941. **Nova redação ao art. 54 do Código de Caça**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3622-17-setembro-1941-413853-norma-pe.html>>. Acesso em: 8 jul.2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.942, de 17 de dezembro de 1941. **Institue o selo "Pro-fauna"**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3942-17-dezembro-1941-552863-publicacaooriginal-70432-pe.html>>. Acesso em: 8 jul.2019.

BRASIL. Decreto – Lei nº 5.894, de 20 de Outubro de 1943. **Código de Caça**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5894-20-outubro-1943-415862-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 maio 2019.

O Código de Caça. **Correio da Manhã**, Rio de Janeiro, página 4, 4 de Novembro de 1943. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=089842_05&pasta=ano%20194&pesq=conselho%20nacional%20ca%C3%A7a> Data de acesso: 13 ago. 2019.

5.2. HISTORIOGRAFIA:

BUONPADRE. Jorge. Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina. **Revista Brasileira de Direito. Animal**. V. 9, n. 15, 2014.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 3, n. 10, abril/junho de 1998.

DRUMMOND, José Augusto. A história ambiental: temas, fontes e linhas de pesquisa. **Revista Estudos Históricas**. Rio de Janeiro, vol. 4, n. 8, 1991, p. 177-197.

DUVE, Thomas. **Global Legal History – A Methodological Approach**. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2016-04, p. 1-22.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 11 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

FRANCIONE, Gary. **Introdução aos direitos animais: seu filho ou cachorro?** Trad. Regina Rheda. Campinas, Editora da Unicamp, 2013.

MAFEI, Rafael; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia Jurídica: Um roteiro prático para Trabalhos de Conclusão de Curso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOL, Samylla; VENANCIO, Renato. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

NASSARO, Adilson Luis. A evolução do aparato normativo de proteção à fauna diante dos atos de caça no Brasil. **Tempos Históricos, Marechal Candido Rondon**, v. 1, n. 2, p. 15 - 44, 2º semestre/2011.

NOGEIRA, Alzira Papadimacopoulos. Caça: celeuma brasileiro. **Revista Brasileira de Direito. Animal**. V. 14, n. 1, 2019.

NUNES, Diego. **O Percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.