

Arno Dal Ri Júnior (Org.)

ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC

ORDENAMENTOS JURÍDICOS E A DIMENSÃO DA JUSTIÇA NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA MODERNA E CONTEMPORÂNEA

*Diálogos entre História,
Direito e Criminologia*



Realização:



IUS COMMUNE



Apoio:



Arno Dal Ri Júnior (org.)

ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC

**ORDENAMENTOS JURÍDICOS E A DIMENSÃO DA JUSTIÇA NA
EXPERIÊNCIA
JURÍDICA MODERNA E CONTEMPORÂNEA:
Diálogo entre História, Direito e Criminologia**

**Editora Fundação Boiteux
ISSN 2179-1449
Florianópolis**

Coordenação Científica e Executiva

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Equipe Executiva

Manuela Bittar Horn

Leandro Liberal

Carolina Malagoli Krelling

Gabriel Videira Silva

Lana Donatti

Lucas Carlos Lima

Luiz Henrique Horn

Márlio Aguiar

SUMÁRIO

'INCONSCIENTE INQUISITÓRIO' E REGIMES AUTORITÁRIOS: uma relação “necessária”? 6

Paolo Cappellini

O PENAL E A DETERMINAÇÃO DA JUSTIÇA NA EUROPA DO IUS COMMUNE e 24

Massimo Meccarelli

O CRIMINOSO COMO INIMIGO: imagens da justiça e dispositivos de exclusão entre medievo e modernidade 38

Pietro Costa

O DIREITO CODIFICADO ENTRE PROJETO E APLICAÇÃO. histórias de iluministas, de códigos e de magistrados (1786-1791) 48

Stefano Solimano

DEBATES DOUTRINAIS SOBRE O CRIME CONTRA O ESTADO NO ANCIEN RÉGIME 56

Arno Dal Ri Júnior

CESARE LOMBROSO E SEU TEMPO: delinquência juvenil na Itália liberal 73

Mary Gibson

IUS COMMUNE E IUS PROPRIUM: desafios da realidade medieval 87

Karine Salgado

JUSTIÇA PÚBLICA X JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NA ITÁLIA MEDIEVAL* 95

Alexandre Ribas de Paulo

A CULTURA JURÍDICA DAS REVISTAS: a revista de direito penal (1933-1936) como fonte de interpretação 106

Camila Cardoso de Mello Prando

JOGOS DE AZAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: uma abordagem da história do direito..... 117

Carolina Malagoli Krelling

O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DE CRIME POLÍTICO: reminiscências acerca da decisão da adpf n.º 153 pelo stf 127

Diego Nunes

CÓDIGO CIVIL E REVOLUÇÃO SOCIAL: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX 136

Douglas da Veiga Nascimento

A PROBLEMÁTICA DAS LACUNAS DO DIREITO NO PENSAMENTO INSTITUCIONALISTA DE SANTI ROMANO	148
Felipe Faria Ramos	
NELSON HUNGRIA E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940	156
Gabriel Videira Silva	
ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DE UM DIREITO PENAL INTERCULTURAL NA AMÉRICA LATINA	161
Guilherme Ricken	
A MALEABILIDADE DO BACHARELISMO: incorporação da criminologia positivista como discurso retórico	169
Gustavo Zatelli Correa	
AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTUDO BRASILEIRO SOBRE A COISA JULGADA: das influências doutrinárias de paula batista às contribuições de liebman	176
Leandro Monteiro Liberal	
A ESCRAVIDÃO INDÍGENA NA CURITIBA SETECENTISTA (1700-1750)	186
Liliam Ferraresi Brighente	
O LIBERALISMO NAS TERRAS DO IMPERADOR	198
Luciene Dal Ri	
A CONSTRUÇÃO DOS ESTADOS FORTES NO SÉCULO XX: aproximações e distinções entre os regimes autoritários e totalitários	213
Manuela Bittar Horn	
DIREITO ROMANO E HISTÓRIA DO DIREITO: ampliando horizontes metodológicos entre novas posturas e diálogos	225
Márlio Aguiar	
INTERLOCUÇÕES ENTRE A ARTE E CRIMINOLOGIA: desenhando a criminologia cultural	237
Paula Gil Larruscahim	
ESTRUTURAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO INTERNACIONAL EM PAULUS VLADIMIRI E FRANCISCO DE VITORIA	244
<i>Paulo Potiara de Alcântara Veloso</i>	
VITIMOLOGIA: necessária aproximação entre vítima e delinquente para os estudos criminológicos	257
<i>Priscilla Camargo</i>	

'INCONSCIENTE INQUISITÓRIO' E REGIMES AUTORITÁRIOS: uma relação "necessária"?¹

Paolo Cappellini

*“Gli dice che i figli che reggono la vita sono talmente sottili
che spesso si spezzano prima del previsto, che non bisogna
aver paura della morte, e che in fondo quanta lotta ci vuole
per districarsi dalla selva dell'anima...”*

G. Brandimarte, *P.A.P.A.*, 1978.

1. De um aforismo paradoxal e de um conflito de culturas

Eu tinha iniciado a intervenção oral – (...) no quadro das celebrações do décimo aniversário de fundação da *Università degli studi di Milano-Bicocca*, e intitulado de maneira muito feliz pela sua organizadora Loredana Garlati, juntamente com os amigos e participantes Marco Nicola Milette e Giovanni Chiodi – manifestando o profundo respeito e, contemporaneamente, o temor reverencial por ser chamado a tomar a palavra imediatamente após a intervenção introdutória do pai (junto com Giandomenico Pisapia, cujos textos estiveram na minha formação quando estudante) do Código de Processo Penal da República, Giuliano Vassalli: aquele, em suma, que não somente aos meus olhos, mas para todos os presentes, encarnava na sua pessoa a História da *penalística (e processualística) civil italiana* – para usar uma formulação já inteligível sem necessidade de comentários do não esquecido Mario Sbriccoli – entre os dois séculos, e, não retoricamente, com o ‘esse’ maiúsculo.

Hoje, ao contrário, (...) infelizmente, não posso deixar de acenar ao véu de tristeza que a acompanha depois da sua morte em 21 de outubro de 2009, na recordação do ressoar das suas palavras e de um encontro pessoal que não nos será mais concedido repetir.

¹ Tradução de Ricardo Sontag, doutorando em Direito pela *Università degli Studi di Firenze*. Membro do Grupos de Pesquisa (UFSC/CNPq) em História da Cultura Jurídica *Ius Commune*. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Resta, todavia, como conforto, uma fidelidade não formal e não formalista ao ‘sentido’ do seu magistério científico e, sobretudo, ao seu modo ‘alto’ de entender o papel do jurista, também em relação a política; e, como assinalarei melhor em conclusão, um ulterior pequeno laço indireto.

A partir deste último quero começar, sublinhando como é possível extrair – em consonância também com uma leitura atenta de alguns textos de Giuliano Vassalli – uma indicação não formalista, realista quase, não somente sobre o nosso tema, mas também sobre o fundo político que se cruza com ele indissolivelmente; é uma indicação que nos convida a não deixar-se levar por “uma visão demasiado otimista da democracia”, porque, mesmo que “houvesse muito a fazer ou tentar (...) não seria preciso exagerar: nem em esperanças de coisas transcendentais as reais possibilidades administrativas e humanas nem na falta de um mínimo de realismo”.

E este poderia ser, certamente, um impulso para a primeira das perspectivas que me pareceriam desejáveis, a partir da angulação histórica com a qual tento enfrentar, sem esconder a minha veste de neófito, a *quaestio* (além disso, muito *vexata*) relativa ao acusatório/inquisitório, em vista de uma impostação menos radicalizada dela. Uma contraposição ‘tipológica’ menos radicalizada pressupõe, de fato, a nosso aviso, algumas ‘cautelos’ que o historiador do direito poderia contribuir a consolidar individuando, sobre o tema, as histórias ‘interrompidas’ (‘ausentes’) [*mancate*], ou melhor, no que tange à época contemporânea, histórias ainda a desenvolver.

Histórias que podem sugerir, por exemplo, que do chamado inquisitório se dêem, pelo menos, dois ‘inconscientes’ e que, de sua parte, o acusatório também tenha valências plurais.

Impulso que uma citação de um autor da *finis Austriae*, que me é muito caro também, pode explicitar ainda mais claramente. Karl Kraus, de fato, em um dos seus fulminantes aforismos, precisamente em 15 de janeiro de 1908, assim se exprimia: “Confessemos de uma vez por todas com franqueza: desde quando a Humanidade inventou os direitos do homem, os homens tem tido uma vida de cão.”

A primeira perspectiva que gostaríamos de tornar visível refere-se, em outras palavras, ao problema da periodização.

A fórmula que a encerraria deveria, talvez, ser aquela, paradoxal (contrafactual?), do abandono de uma mera consecução automática – e, sobretudo, dada historicamente como certa, quase de ‘senso comum’ – que vê a passagem do modelo inquisitório ao acusatório pura e simplesmente como um progresso vinculado de maneira estrutural e unívoca com formas estatal-constitucionais,

avaliadas segundo modelos de preferência política: “Das grandes linhas surgem, com suficiente clareza, dois modelos culturais. No fundo, maneiras diferentes de entender as relações entre o cidadão e a autoridade do Estado: tanto que não é errada, ainda que esquemática, a recorrente a afirmação segundo a qual o processo acusatório seria expressão dos regimes democráticos, e o processo inquisitório dos regimes autoritários”².

Entre parêntesis, um dos *topoi* historiográficos de referência confirmativo é a evocação ao enraizamento romano-republicano do sistema acusatório (*quaestiones perpetuae*) e imperial (*cognitio extra ordinem*) do inquisitório. Ora pode-se, antes de tudo, recordar que estudos recentes começam a contestar, no todo ou em parte, tal opinião dada como pacífica, sustentando que os testemunhos referentes ao período imperial mostram “uma política (...), voltada a privilegiar o processo acusatório em relação ao inquisitório”³.

Mas, mesmo não querendo considerar confiáveis e suficientemente argumentadas tais reconstruções (Santalucia)⁴, bastará acenar ao fato que, de um lado, na realidade, a “Roma republicana não apresenta, nas suas origens, um processo penal de tipo acusatório. O processo comicial, o mais antigo que conhecemos, que durou até os albores do principado (nos últimos tempos, concorrentemente com o das *quaestiones*), se rege com base na *coercitivo* dos magistrados munidos de *imperium*, temperada pelo direito do condenado de apelar ao povo reunido nos comícios, segundo a disposição introduzida provavelmente pela primeira vez por volta de 300 a.C. pela lei Valeria *de provocatione* (...) a intervenção privada (vingança) substituiu-se simplesmente pela intervenção dos órgãos do Estado, ainda não era uma colaboração entre estes e o cidadão”⁵. E, de outro, que a fixação definitiva de modalidades bem precisas segundo as quais a acusação deveria ser intentada nas *quaestiones* é determinada por Augusto, ou melhor, na época do Principado, com a *lex Iulia iudiciorum publicorum*⁶.

Mas voltemos ao objetivo principal do discurso. Para notar que, antes de tudo, do chamado inquisitório – mas a especificação ‘chamado’ freqüentemente é esquecida, visto que, certamente,

² G.ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio(sistema)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pp.1-10, 2.

³ A.D.MANFREDINI, *Osservazioni sulla compilazione teodosiana (C.Th.1,1,5,6 e Nov.Theod.1): in margine a C.Th.9.34(de famosis libellis)* in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV,Perugia,1981,p.419.

⁴ B.SANTALUCIA, “*Accusatio*” e “*inquisitio*” nel processo romano di età imperiale, *Collana della Rivista di Diritto Romano – Atti del Convegno “Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico”* in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html> (pp.1-9), particularmente em relação, ainda que de maneira crítica, às duas brilhantes monografias de Stefania Pietrini e Giorgia Zanon.

⁵ P.FIORELLI, *Accusa e sistema accusatorio (Diritto romano e intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, I (1958),pp.330-334, 330-331.

⁶ B.SANTALUCIA, “*Accusatio*” e “*inquisitio*”,cit.,p.2.

nao é politicamente correto falar ‘bem’ dele – é fornecida uma imagem (mais ou menos ‘obscura’): e fala-se, então, na doutrina (mas a imagem, através da mídia, passa facilmente para a opinião pública), de ‘clima’ inquisitório⁷, de *imprinting* e pulsões inquisitórias⁸, agora com uma expressão mais feliz, de ‘inconsciente’.

Esta caracterização quase ‘atmosférica’, de um inquisitório quase impalpavelmente difuso, e uma tradição processual italiana que, por atraso histórico, teria se separado daquela das nações mais civilizadas e democráticas, nos remete, como argutamente notava Vassalli no seu discurso introdutório, a um confronto – ou melhor, a uma batalha – ideológica, quase entre ‘teologias’ contrapostas: “eis porque os promotores deste congresso fizeram bem em elevar como tema central de discussão o “problema do inquisitório”, porque se trata de um problema grande, enorme, que vai além daquilo que pode parecer um debate interno à busca pelo melhor processo penal possível. *É um conflito de culturas, um conflito ideológico*. Uma das provas é dada pelo fato que a escola positiva, que segundo algumas interpretações seria uma escola de horizontes largos, quase de ‘beneficência’ no campo do direito penal, era absolutamente contrária ao sistema acusatório: e exerceu pressões, no final de 1912, para que Finocchiaro-Aprile, ministro da justiça da época, fizesse marcha ré em relação aos seus projetos iniciais que miravam um ingresso mais marcado do rito acusatório”.

Que agora a balança penda decididamente na direção do chamado ‘acusatório’ depende também, então, de uma progressiva mudança da atmosfera cultural que, a partir de um momento determinado, cessou de considerar prevalente a referência a uma tradição consolidada, a qual havia se confrontado com as mudanças de regime e com a radical inovação constitucional, para desenvolver, ao contrário, um comportamento que eu definiria ‘recepção’ diversamente orientado; um comportamento que tornou aquela ‘recepção’, aquele ‘olhar para’, fenômeno que se justifica por si só.

2. Dois exemplos ‘extravagantes’ e duas histórias ainda a fazer

⁷ E.AMODIO, *Clima inquisitorio e clima accusatorio: due prassi a confronto*, in *Difesa Penale*, 20-21(1988),p.29 ss.

⁸ E. SIRIANNI, *La sovranità aggirata (Pulsioni inquisitorie e strategie mediatriche nel processo penale)*, in *Questione Giustizia*, 5/2009,pp.19-34.

Entre os muitos, escolho somente dois exemplos aparentemente extravagantes, mas que parecem, na verdade, sintomáticos. No jornal *La Stampa* de 28 de maio de 2008, lê-se em uma rubrica – aqui não é em questão, obviamente, o seu ‘escrúpulo’ historico-jurídica, e, por isso, a restituo nos termos em que é formulada – uma intervenção intitulada “Um Tribunal especial onde os banqueiros deverão justificar aquilo que fazem”. Tal artigo começava do seguinte modo: “Na Inglaterra medieval, a *Star Chamber* é o tribunal que processava os potentes, aqueles que o sistema judiciário normal nunca conseguiria condenar. Por que não instituir uma versão moderna desta Corte para manter em xeque os altos vértices dos bancos?...”. Depois, o discurso prossegue pela sua estrada, mas, aquilo que interessa é a naturalidade da evocação à experiência jurídica anglo-saxã, inclusive na consciente referência à sua gênese e peculiaridade ‘medieval’: uma evocação que faz re-emergir de maneira radical a diferença entre os sujeitos - ‘*potentiores*’ e ‘*humiliores*’, não por acaso – que participam do processo, tornando-a uma ‘diferença’ produtiva, e ‘*detournante*’, em nível de proposta institucional.

O segundo exemplo remete à cultura das provas, come recita o subtítulo de um texto do Federico Stella – significativamente intitulado à proposta de “O juiz corpusculariano” (2005), proposta meritória, no geral, de um aprofundamento particular, que demandaria um espaço que aqui não podemos dispor. Basta sublinhar como o autor se esforce a favor de uma “autêntica cultura das provas (‘para além da dúvida razoável’), indispensável na administração da justiça penal em uma democracia” e a esclarecer as razões pelas quais tal cultura sofre de “uma falta de penetração na jurisprudência do nosso País”. Ele sustenta, de fato, que “é justamente analisando o contexto do direito e do processo penal que se compreendem – como sublinha um dos maiores teóricos da causalidade probabilista, Patrick Suppes – as razões da inaceitabilidade de explicações probabilísticas: nos Tribunais e nos júris não é permitido pronunciar uma sentença onde o acusado *provavelmente* tenha cometido o crime. Eis o porquê do nascimento da figura do *juiz corpusculariano*: a expressão “corpusculariano” deriva da idéia de matéria que possui estrutura corpuscular, própria da física clássica newtoniana (...) que está na base da reconstrução, ao menos parcial, das correntes causais (...) às quais se referem as leis científicas. Ao contexto do processo penal são estranhos os resultados da mecânica quântica, a teoria da relatividade de Einstein e as explicações probabilistas (salvo os casos de probabilidade perto de 1)”. Sem incertezas, então, retorna, como totalmente natural e ‘recepionável’, a referência cultural à realidade jurisprudencial de além oceano: “Este é o grande passo além que a jurisprudência do nosso País deve realizar: *como acontece nos Estados Unidos*, a concepção corpusculariana deverá dominar sem contrastes a

jurisprudência quanto ao problema causal, com a óbvia exclusão da possibilidade de usar leis estatísticas”, abandonando “um indefinido critério baseado na idéia de uma probabilidade lógica identificada segundo a *imperscrutável avaliação do juiz*”, em particular no que concerne os processos penais por omissão, por parte dos sanitaristas, de comportamento devido, e por aqueles relativos à exposição dos trabalhadores a materiais danosos a saúde e/ou cancerígenos (amianto, etc.). A solução soaria, então, que “também no nosso País (...) deve difundir-se a idéia segundo a qual é preciso tomar a estrada da *responsabilidade civil*, principalmente porque a sanção de ressarcimento do dano é, certamente, provida de capacidade de intimidação superior em relação à sanção penal (basta pensar nos “danos punitivos” da jurisprudência civil americana)”⁹.

Que para o nosso tema a formação de um verdadeiro modelo anglo-saxão, quando não puramente americano¹⁰, esteja se tornando um verdadeiro ‘paradigma’ de referência e de virada, testemunhava já o próprio Vassalli quando, ainda nas suas sugestivas reflexões da introdução ao congresso milanês, recordava como ‘geradora’ uma peculiar experiência de juventude *a cavallo* do final da guerra: “Aqueles da minha geração tinham, na verdade, vivido uma limitadíssima experiência de processo acusatório puro. Era este, de fato, o rito com o qual procediam as Cortes aliadas, sobretudo as americanas. É verdade que elas se ocupavam, sobretudo, de crimes de aprovisionamento e de consumo, ou então de furtos de pneus ou similares, crimes que podiam interessar às forças aliadas que ocupavam a Itália, mas mesmo em se tratando de processos de porte modesto, é de se temer que com os nossos sistemas teriam durado *sine die*. Ao contrário, com as cortes aliadas, duravam um dia: tudo se decidia no mesmo dia do conhecimento do fato. Contou-me um colega de Bari, que foi testemunha, que uma vez o militar que tinha dirigido o processo – parece que se tratava mesmo, no caso, de furto de pneus – depois da pronúncia da sentença, picou na presença do público o fascículo processual. Fez o fascículo em pedaços, literalmente, e o jogou na lata de lixo dizendo: “O processo terminou””.

Eis, portanto, uma primeira história que ‘falta’ ou ‘possível’, que está a nossa frente como tarefa: uma pesquisa historiográfica que percorra as vias diversificadas da afirmação, na Itália do pós-guerra, até, pelo menos, o código Vassalli de 1988, deste novo quadro geral de referência e que

⁹ F.STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005. pp.V-VII; 83 ss.; 235-239.

¹⁰ Tende a sublinhar a multiplicidade das referências aos vários sistemas, inclusive o papel desenvolvido pela normativa européia, mais do que atribuir à *common law* o posto de principal ponto de referência para os nossos estudiosos em uma interessante pesquisa, que recupera também a dimensão jusnaturalista, E.AMODIO, *Processo penale Diritto Europeo e Common Law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003.

reconstrua nos detalhes o surgimento da cultura do acusatório (das suas raízes, paixões, e dos interesses que a presidiram, dos seus momentos chave).

Ainda mais que, como se poderá a esta altura acrescentar, rememorando, “quando o legislador havia tomado (1955) a via de bonificar com um certo grau de garantias o velho sistema construído sobre a instrução, *a idéia de uma solução bem diferente vem – a partir da via do acusatório - de Francesco Carnelutti, mais como fruto de uma elaboração sistemática pessoal e de derivação civilista, que por laços com matrizes angloamericanas, ou a um ilustre precedente da Europa continental (1789-1791): a fase preliminar do processo pode (deve) resultar sem garantias e contraditório e, de qualquer forma, compete ao acusador, porque não se trata (e até que não se trate) de processo. Como na garantia feita, depois, pelo art. 326, de que aquela atividade se inscreve somente na esfera da ação*”¹¹.

Ao lado daquela primeira história ‘a fazer’ se coloca, então, estreitamente, uma segunda que leve em consideração as razões do inquisitório na democracia. Ou seja, aquela – e a especificação concerne fortemente ao historiador das codificações modernas – do ‘segundo’ código Rocco, muito diferente do primeiro e originário. Em suma, a história do *código* (tal qual modificado) *pelo garantismo inquisitório*, à qual mais uma vez com lucidez, ainda que implicitamente, o próprio Vassalli nos convida: “Se alguns, como Amodio, usam esta locução com sarcasmo e ironia, eu retenho, mesmo respeitando a posição crítica e ao mesmo tempo inteligente de Amodio, que estamos diante de uma realidade inegável: o garantismo inquisitório é aquele que nos guiou por 40 anos, de 1955 até 1988. Então, quando se fala de código Rocco, trata-se de explicar e de entender se se trata do código originário ou do código regido pelo ‘garantismo inquisitório’, que permitiu que ele sobrevivesse por trinta e três anos”.

3. A ‘terceira’ história

Articulação necessária, então, dessas duas histórias: mas elas invocam, sub-repticiamente, mas inexoravelmente, uma terceira.

¹¹ M.NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova,1998,p.70.

Esta terceira história poderá ser, porém, uma história, de certo modo, mais aberta, quase hipotética: partindo da contrastada experiência da ‘recepção’ do código de 1988 e das suas tormentosas modificações e reorganizações jurisprudenciais e legislativas, até a reforma do 111 *Cost.* com a introdução do ‘justo processo’, ela deveria colocar-se o problema de responder, com os instrumentos do historiador-jurista em diálogo com o jurista positivo¹², à questão que, há tempos, alguns dos mais advertidos entre estes últimos, tem se colocado com paixão às vezes angustiada sobre as ‘desilusões do novo garantismo’: os cenários e as transformações do processo penal estão nos indicando, talvez, um cenário imprevisível, “*do garantismo inquisitório ao acusatório sem garantias?*”¹³.

Volta a ser atual, talvez, a advertência – que, previdentes, Nuvolone e Pisapia, desde 1962 e início dos anos setenta, quase em uníssono, pronunciaram – segundo a qual (aque)l(a) reforma, mesmo superadas toda uma série de reservas, mesmo uma vez alcançadas, “a organização de tais nódulos problemáticos, regras procedimentais baseadas na formação pelo debate da prova (e sobre a co-relativa necessidade de cortar nitidamente o velho cordão umbilical entre julgamento e fase preliminar) acabaria encontrando inevitavelmente duríssimas resistências e obstáculos no particular, em várias exigências e peculiares situações histórico-ambientais, incluindo aquela que hoje somos habituados a chamar de criminalidade organizada”.

A advertência, em suma, para evocar, com Massimo Nobile, o *iter* argumentativo do primeiro dos dois previdentes juristas, segundo a qual “idéias do gênero, portanto, seriam entendidas, realizadas normativamente e geridas, somente como “*uma possibilidade de pontencialização do ministério publico. Através das malhas dessa reforma (...) o processo inquisitório re-entraria por contrabando*”. “E eu me pergunto ainda” – conclui Nuvolone – “se aquela investigação preliminar (...), que não seria processo [e na qual] se recolheriam elementos, ainda que não destinados a se tornarem as provas formadas no processo (...), não é, na realidade, um verdadeiro meio através do qual, com um nome diferente, o ministério publico poderá, evidentemente, incidir – de maneira freqüentemente irreparável e gravíssima – na liberdade dos cidadãos”. Por isso, “me permiti dizer

¹² Um exemplo eficaz daquilo que se entende, com referência às tormentosas experiências, muito mais do que direcionadas somente ao acréscimo de garantismo a partir da reforma do ‘justo processo’, do direito ao silêncio do imputado (que pode se tornar, contemporaneamente, testemunha em relação a declarações sobre a responsabilidade de terceiros no procedimento conexo), nos oferece L.GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *L'Indice penale*, Nuova Serie- Anno IX-N.1, Gennaio-Aprile 2006, pp.109-179.

¹³ M.NOBI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., III- *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, pp.20-33; cfr. ainda V.PERCHINUNNO, *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito*, Milano, 1996.

que, no fundo, *muitos daqueles (...) que falam de 'processo acusatório', tem a inquisição, o processo inquisitório no coração*"¹⁴.

Não sabemos, ainda, visto que aquela história não foi, de nossa parte, completamente desenvolvida, se a conclusão de alguns anos atrás deve ser considerada pessimista, realista, ou se seria, hoje, em parte modificada, entregando o restante aos anos noventa: "Tudo resultou, então, descrito e previsto naquele debate ilustre do início dos anos sessenta: e tudo verificou-se pontualmente, trinta anos depois: o sentido e os efeitos das 'correções' trazidas no meio do caminho, e, em particular, em junho de 1992, parecem, assim, inequívocas"¹⁵.

4. O Penal além do Estado

Aquilo que podemos saber, para começar a delinear o contexto de fundo, de resistências e desenvolvimentos, de ganhos e de perdas, é que tal processo de transformação, para poder tornar-se, ao menos, um pouco mais inteligível, deverá ser colocado em relação com a perspectiva de "transição", que o amigo jamais esquecido Mario Sbriccoli tinha começado a identificar e que, refletindo agora, não estava muito no seu percurso científico e humano, definimos como "o penal além do Estado".

Um 'penal' (expressão cara a ele e conscientemente utilizada, que vincula intrinsecamente direito substancial e processual) para o qual, como acenávamos, ocorre abandonar a perspectiva de uma história unilinear e 'iluministamente' progressiva. Se o fazemos, então é possível desenhar, e chamar a atenção do jurista positivo, ao menos para *duas 'linhas'* de análise. A primeira refere-se, exatamente, à história do 'penal' no seu complexo, que "pode ser pensada como uma história de uma longa fuga da vingança".

A outra, a história do processo penal, que, por sua vez, "pode ser lida como a história demasiado longa do fatigoso advento, sempre obstaculizado nos fatos, de um aparato de proteção e garantias dispostas em torno do acusado e dos seus direitos".

¹⁴ M.NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit.,pp.75-76.

¹⁵ M.NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit.,p.76.

Mas tudo isso sem sombra de teleologismo: somente pactuando a renúncia a qualquer forma de consolador ‘progressismo’. Em ambos os casos, deve estar bem presente ao intérprete que se trata de chaves de leitura simplificadoras somente em aparência; cada uma delas deve ser usada como “prudente indicação de método”, com “uma forte consciência do risco teleológico” que ali se esconde: “*Porque a justiça penal, assumida como o fim para o qual direito e processo se aglutinam, não é historicamente representável dentro do esquema de um constante progresso na direção da civilidade. Ela conheceu crises e regressões, junto com fases em que foi submetida a projetos tirânicos e de domínio político. E pode vir a conhecer ainda. Porque reaparecem, tenazmente, mesmo nas sociedades modernas, a vontade de torná-la um obtuso meio repressivo e a pretensão de transformá-la em ocasião de impunidade privilegiada*”¹⁶.

A história do penal configurada com exatidão no seu pluralismo e na intersecção tortuosa dos seus ‘tempos’ mostra, portanto, de maneira definitiva, que não existe um constante progresso na direção da civilidade, e abre o espaço para uma ‘última’ tarefa para o historiador que queira responder plenamente à sua vocação.

Então, alcançado este ponto, se podemos dizer que o nível de civilidade alcançável pressupõe entre as suas condições a presença aberta de uma história do penal que se proponha como “história de uma articulada pluralidade”, torna-se imediatamente claro que o trabalho comum com os juristas não pode terminar na cronologia medieval e moderna, mas que tal trabalho – que mesmo em relação àquelas épocas desenvolveu-se em conjunto, recolhendo desde os anos 70 todas as sugestões que provinham de uma penalística renovada – deve prosseguir até a idade contemporânea. E deve prosseguir, aos olhos de Mario, porque pode ajudar, justamente, o próprio jurista a ‘ler’ ainda melhor as linhas de um desenvolvimento que, de outra forma, poderia escapar a ambos.

As últimas páginas do ensaio sobre os *Caratteri originari e tratti permanenti* são, nesse sentido, inclusive na sua profunda inquietação, magistrais, não somente enquanto riquíssimas de intuições e de luzes, mas justo porque são um exemplo de como o ótimo historiador tem condições de ‘ler’, na profundidade, o “registro de sinais e mensagens” que o jurídico lhe oferece, e de colher, na decifração “de fenômenos sociais, de outra forma, assintomáticos”, as *linhas* de um desenvolvimento que se anunciam ou poderiam ser seguidas para ‘salvar’ o “penal ‘básico’ que é o penal da civilização”.

¹⁶ M.SBRICCOLI, *Giustizia criminale in Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M.Fioravanti, Roma –Bari,2002, p.164.

Antes de tudo, desenhando *o mapa* daquilo que hoje é um “arquipélago normativo”, depois das fibrilações dos anos 60, a reforma de 1974 e a legislação de emergência anti-terrorista (em uníssono com as leis contra a criminalidade organizada), ‘emergência’ que desloca a dinâmica oitocentista no sentido de uma progressiva marginalização do código, de uma “espécie de ‘descodificação’ sem ‘descodificação’”: o historiador não se limita a colher somente os elementos de permanência do fenômeno – a multiplicidade dos níveis de legalidade, a inclinação na direção das leis de exceção – *mas é capaz de enunciar para todos a novidade, a arriscada novidade*: “Mas olhando bem, os provimentos inspirados na luta contra o terrorismo e aqueles pensados para combater a chamada criminalidade organizada, mesmo experimentando durável vitalidade de mais de um dos traços originários do sistema penal (a multiplicidade dos níveis de legalidade e da resposta penal, a inclinação pelas leis de exceção) *não podem entrar tout court no modelo histórico dos provimentos de emergência*. Naquele modelo, condição indispensável declarada era a necessidade de recorrer a uma disciplina *extra codicem* para salvaguardar o código, destinado a regular, na expressão de Carrara, “as condições normais e prevalentes da nação”. *Hoje a dinâmica parece praticamente invertida*. A progressiva marginalização do código na experiência italiana destes anos, operada, em primeiro lugar, com a devastação da sua parte especial, e a emersão de uma tendência a articular as técnicas de proteção penal mensurando-as ao objeto de tutela, fazem pensar em uma espécie de arquipélago normativo feito de diferentes ilhas, entre os quais o código aparece como mais vasto e relevante, mas não mais o único”¹⁷.

A novidade é ameaçadora porque traz um fator radical de crise da normatividade.

A época atual do penal é a da hipertrofia “com o seu cortejo de ‘penalização selvagem’, de queda de racionalidade, de desvalorização da penalidade e do descolamento dos princípios gerais e do seu papel de garantia”. Mas há, ainda, um “espaço fértil de reflexão”: é preciso, então, ler o mapa que o arquipélago dos subsistemas produziu – fazer o papel de cartógrafo, recuperar a acidentada geografia do existente, catalogar as *insulae in pelago natae* (a metáfora é sua), mas, direcionando a operação para o grau de renovação e civilidade que, nesse estado, é possível.

No desvelamento da realidade se entrevêm vias de fuga e o historiador, atuando no seu papel de jurista civil (cívico) [*civile*], adita uma, em consonância com a mais advertida doutrina: a de um novo trabalho comum, de uma operação doutrinal que ‘reaja’ sobre o legislador e reafirme neste novo contexto – no qual, significativamente, Sbriccoli observa, com referencia à posição de

¹⁷ M.SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., pp.539-540.

Donini, com a qual se sente solidário, a referência ao iluminismo não é mais perspicua (“ele diz *iluminismo*: mas no iluminismo havia demasiado”) – e com novos instrumentos dogmáticas as razões de uma fase ulterior da penalística civil: “O mapa desvela a realidade, a seu modo, organiza, estabelece hierarquias, e nos faz distinguir as terras firmes das precárias e postiças, nascidas de confusões ou de plataformas artificiais. Nos mostra, assim, uma das vias de fuga: *uma operação doutrinária e legislativa que reconduza o sistema ao Ur-Strafrecht, ao penal ‘básico’ que é o penal da civilização*: aquele que empregou milênios para nos fazer sair da vingança e alguns séculos para (tentar) se tornar o lugar da justiça construída com a certeza, com a garantia e com a liberdade. *O penal alto, para usar uma metáfora dos Antigos regimes, que protege poucos bens meritórios e trabalha em torno à qualidade das penas, porque ali agitur hominis salute, também esse um bem meritório*”¹⁸.

A referência, aqui, não por acaso é ao Antigo regime – dir-se-ia que a fase “pós-” da atualidade (e sobre esse uso muito se poderia dizer) reclame também uma renovada atenção historiográfica justo a esta época ‘caluniada’ (expressão usada, exatamente, com referência à atenção ao *agitur hominis salute* “cultivada também por um dos mais caluniados juristas da idade moderna, P. Farinaccio”)¹⁹ - porque o renovado impulso da penalística deve, antes de tudo, tomar consciência da (definitiva?) inadequação do paradigma de Estado e do seu ‘penal hegemônico’. O ‘mal’ é potencialmente funesto e o papel que toca à ciência penal (e processual) é um verdadeiro desafio ao seu próprio *habitus* conceitual: encarregar-se de fazer “um extraordinário esforço de repensamento da parte de uma ciência penal que parece ter se dado conta e de um legislador que não demonstra análoga consciência. *E o nóculo mais intrincado está no fato que as próprias categorias penais fundamentais – elaboradas na fase de aproximação ao Estado liberal de direito europeu entre os séculos XVIII e XIX – devem ser submetidas a corajosas críticas de verificação nesta que é, ao contrário, uma avançada (mas não inteiramente advertida) fase de distanciamento daquele tipo estatal*”²⁰.

Nesta desfibrada mistura de inconsciente ‘já visto’ (o imenso território do penal obstativo, “produtor de *délits obstacles* que se difundem nas disciplinas administrativas de uma infinidade de setores e nos reportam à lógica penal dos ordenamentos antigos, quando à pena se atribuía, entre tantas, a função de dissuadir da desobediência”; a nova “pecatização” etc.) e de novidades absolutas (a pena como mero semáforo de perigo ou instrumento de pressão “nas mãos de setores

¹⁸ M.SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p.541.

¹⁹ M.SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p.541, n.169.

²⁰ M.SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p.547

burocráticos para obter dos cidadãos este ou aquele comportamento, de outra forma não esperado”²¹ somente uma coisa parece certa: *a lógica recessiva do Estado*.

“O perigo não está, portanto, somente na hipertrofia do penal como problema em si. Está também nos sinais de crise que vem do Estado que a produz e da sua inconsciência, que não permite esperar muito em relação às vias de fuga”. Mesmo as razões da despenalização (já advertida por muitos como necessária) e os eventuais reclames e invocações de uma ‘marginalização’ do penal (freqüentemente com motivações que não colhem a raiz do problema) chocam-se inevitavelmente com a lógica recessiva que torna difficilíssima uma empresa “co-gerida por juristas e legisladores onde uns fazem o papel de Sísifo, e outros de Penélope”²².

Ora Sbriccoli é claríssimo sobre o ponto, quase atroz em um diagnóstico (em que medida ouvido?) que, porém, não deixa dúvidas sobre as razões da ‘doença mortal’: “Mas a hipertrofia penal não é senão uma das manifestações da crise da hegemonia normativa do Estado, um sinal da insustentabilidade do seu monopólio legislativo nas condições em que se encontram hoje as sociedades, a cultura e a consciência jurídica”. Com brevidade: “*é o Estado, pelas negativas condições em que se encontra, que obstaculiza o caminho na direção de uma recuperação ‘humanista’ da função penal*”.

Então, para sintetizar – e se trata de uma (pre)visão que alguém poderá considerar iconoclasta (recentemente Amodio a considerou até ‘irracionalista’, sem entender, porém, a nosso ver, o seu verdadeiro sentido)²³, mas deve ser, de qualquer forma, levada a sério -, os vícios do ordenamento penal hoje surgem *dali*: “A penalística italiana tem diante de si um caminho certamente longo, *mas não está longe a fase crucial em que deverá tomar consciência do fato de que muitos dos seus instrumentos culturais e ideológicos dos quais se valeu, e ainda hoje se vale, tornar-se-ão inúteis. Eles são, de fato, co-naturais às raízes históricas, filosóficas e políticas do ‘estatalismo’*, um modo de ver as coisas que, oriunda de um dos componentes ideológicos da Revolução francesa, e crescido no interior das lógicas do Estado liberal de direito europeu, ainda é o convicto fautor da ‘unicidade do poder’ e da ‘majestade da lei’”. Mas a lei “atingiu faz tempo o seu ‘ponto de dinossauro’” e “não tem mais nada de majestoso”; e os poderes são, na verdade, ‘plurais’.

²¹ M.SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p.548-549.

²² M.SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p.550.

²³ E.AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo (testo provvisorio)* in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. *Materiali*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegna/roma20021114/amodio.html> (pp.1-10; 6).

Tudo isso produz, todavia, uma laceração ‘interna’ à própria reflexão científica, uma incongruência que espera, ainda, uma indicação definitiva que lhe abra um novo ‘campo’: “Mas também muitos dos instrumentos ideológicos que usamos para corrigir os vícios vem dali: o risco é que eles nos impeçam de ver, de compreender, de remediar”²⁴.

5. Um *Briareos* absolutamente moderno: ou o ministério público ‘adulterado’. E um colóquio conclusivo com Giuliano Vassalli.

Mas olhar ‘dentro’ da história ajuda a compreender. E a colher aqueles fios interrompidos que um correto diagnóstico histórico permite, antes de tudo, entrever na sua real e não imaginária gênese, absolutamente moderna e estatalista (e não medieval ou canonista, como julgava, polemicamente direcionando-se contra o “obscurantismo”, certo iluminismo). Era aquele que, em relação à virada mais decisiva para o nosso processo penal, relativa à figura do ministério público – virada que o Estado Liberal fez sua por herança aceita sem benefício de inventário – se revelava ainda capaz de fazer exatamente um dos principais expoentes da nossa ‘penalística civil’ oitocentista, Francesco Carrara.

Merece ser ouvida com atenção o que ele expunha sobre o tema em uma nota que se encontra na quinta edição do *Programma* de 1877 (§ 868); nela Carrara, depois de ter acenado ao processo moderno de ‘purificação’ do papel do Ministério Público, dá conta de uma objeção que o advogado Giovanni Carcano lhe havia movido, em um texto intitulado “*Il Pubblico Ministero*”, em relação, exatamente, à genealogia do instituto: “este texto refuta rapidamente” – são palavras de Carrara – “o conceito segundo o qual ele é uma derivação dos *missi dominici* de Carlos Magno; refuta a opinião de Sclopis que encontrou a tipologia nos *Avogadori* venezianos: e refuta, finalmente, a mais comum opinião que encontra o seu primeiro símbolo nos procuradores fiscais. Assim, chega reto à conclusão que ele pretende demonstrar: ser o Ministério Público uma instituição absolutamente política criada pela Monarquia Francesa para manter a Magistratura *in briglia* sob a mão do rei. A diferença de opinião entre eu e o ilustre jurista Milanês depende do diverso objetivo que se pretende contemplar. Quando eu descrevia, no meu *Programma*, a figura do Ministério público, eu tinha diante dos olhos da mente um ideal científico, e diante dos olhos do corpo o Ministério público tal

²⁴ M.SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p.551.

qual se quis instituir no Grão-Ducado Toscano com a reforma de 1838”, isto é, um magistrado que “*se gabava de chamar-se nada mais do que um Magistrado, o representante da lei, e não do Governo; e de declarar-se indiferente às absolvições e às condenações penais*. Se Carmignani tinha entrevisto neste ofício um poder excessivo e um órgão de tiranias, isso fora muito mais um vaticínio daquele velho experiente, que justamente temia as imitações da França”. E, de fato, mais adiante prossegue, ainda comentando a opinião do jurista que um dia fora seu ‘maestro’: “(...) ele olha o Ministério público francês; e muita razão ele tem de olhá-lo depois que os ordenamentos judiciais dados recentemente à Itália transplantaram para cá aquele *Briareos*, tornando-o, na medida do possível, ainda mais rico de braços, olhos, narizes para fincá-los por tudo, como perpétuo obstáculo de toda liberdade civil. Esta figura de um Oficial político é – e Carrara de novo sublinha que subscreve plenamente, a propósito, as teses de Carmignani – “criação absolutamente francesa, absolutamente moderna, absolutamente filha do despotismo; que quer esconder sob a toga os seus centuriões, quando não ousava mais armá-los de elmo e armadura”²⁵.

Não por acaso, trata-se do mesmo Carrara que, ao delinear o caso de uma não correta relação entre legislador político e ciência jurídica – ainda com referência ao (também para nós seminal) modelo de codificação (penal) napoleônico -, não hesitava em sair com a seguinte ‘dignidade’ (e talvez, ou melhor como verificado, sem talvez, para muitos juspositivistas ainda hoje inquietante, ou talvez ‘irracional’): “Assim, a França, obstinada em manter o código Napoleônico depois de tê-lo pontilhado, durante o primeiro Império, com os famosos pareceres do Conselho de Estado, viu-se, depois, constringida a fazer, quase a cada meia década, alguma emenda, que pouco a pouco o travestiu nos seus desenvolvimentos; sem purgá-lo nunca dos vícios radicais que consistem, exatamente, no estado de contradição entre as máximas infelizmente aceitas como fundamentais e as supremas verdades da lei ontológica. *Quando a lei trai a ciência, merece ser traída pelos juizes, e será cedo ou tarde: e tanto o será na medida em que os juizes sejam conscienciosos e sapientes*”²⁶.

Certamente, inclusive dessa máxima poder-se-á fazer uso para delinear os contornos da terceira história que desejávamos.

²⁵ F.CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale .Parte generale*. Quinta edizione con aggiunte, Lucca, 1877, vol. II, pp. 412-414.

²⁶ F.CARRARA, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874. Terza edizione con l'aggiunta di note storiche e di appendici*, Lucca, 1878, pp. 7-22.

Todavia, finalizando, e retomando o que eu havia acenado no início sobre um ulterior pequeno laço indireto, eu gostaria de prestar uma última homenagem ao magistério de Giuliano Vassalli, que se coloca muito bem na tradição da ‘penalística civil’ italiana a qual, como, de resto, também Carrara, pertence de direito. E tanto é que, para que esta homenagem reconecte-se ao Seu modo ‘alto’ de entender a vocação do jurista, se esforça também a individuar a correta relação que deve vincular o jurista à política; ou seja, o tema que a última reflexão carrariana aditava entre os mais decisivos para a nossa difícil questão.

Em uma coletânea que há pouco começou a ser publicada, que tive a ventura de contribuir a estruturar junto com o amigo Giuseppe Conte, dedicada aos “Mestres do Direito”, acaba de ser publicado o volume (infelizmente póstumo) dedicado a Giuliano Vassalli: um volume que viu a luz por mérito da profunda participação intelectual e pessoal do seu organizador, Francesco Palazzo²⁷.

No parte final dele, encontra-se um precioso *Colloquium* com o próprio Vassalli, que encerra, provavelmente, o seu último testemunho, não somente científico, e que é escandido por perguntas, ou melhor, por grupos de perguntas, do organizador. A última se conclui com essas palavras: “(...) Em suma, professor Vassalli, o que é que aflige tanto a justiça penal italiana? Se eu posso me permitir esta pergunta talvez intrepidamente esquemática: se o senhor fosse hoje ministro da justiça, quais seriam os Seus sentimentos e, sobretudo, quais seriam os pontos de referência, as coordenadas essenciais do Seu programa?”.

Que me seja permitido citar, em pequena parte, o teor da resposta, não somente como gesto de sentida e devida *pietas* pelo protagonista do encontro de então, mas também quase querendo fazer o melhor parágrafo conclusivo – como de viva voz – que se poderia imaginar para aquela ‘terceira’ história que merecerá ser escrita, mas que não encontrará nunca termos mais precisos de recapitulação: palavras que são, realmente, ‘atos de existência’.

“Vejo que chegamos ao último grupo de perguntas, organizado, sem dúvida, de modo original. Terminam, ainda, com a mais irrealista das perspectivas: que eu fosse chamado, vinte anos depois da primeira e única experiência neste campo, a redigir um programa como ministro da justiça! Certamente, aos 94 anos de idade seria um belo desafio, sem precedentes nem no nosso país, nem, pelo que me resulta, em outros países.

²⁷ F.PALAZZO(a cura di), *Giuliano Vassalli, Collana I Maestri del Diritto*, Roma-Bari, 2010.

Assim, por gosto, eu diria que haveria muito o que fazer ou tentar, mas que não seria necessário exagerar: nem em esperanças de coisas transcendentais as reais possibilidades administrativas e humanas, nem na falta de um mínimo de realismo. Quando, na base de uma visão demasiado otimista de democracia e de alguns dos seus aspectos, se deixaram germinar e prosperar por décadas colossais adulterações de funções entre os vários órgãos do Estado ou de importantes associações, é preciso saber que é muito difícil voltar atrás e recuperar a estrada. É melhor interrogar-se *funditus* sobre tudo. Verificar-se-á, então, na minha modesta opinião, que a primeira tarefa do ministro da justiça e do governo ao qual ele faz parte concerne fatalmente a reforma do ordenamento judiciário. Uma reforma parcial e não chocante, mas decidida e com vontade política para não permitir desvios ou escapes da linha individuada como válida e realizada em normas novas. Não instituindo, certamente, o juiz eletivo, tão estranho às nossas tradições e à nossa mentalidade, e nem submetendo a magistratura ao poder executivo; mas, todavia, alguns retoques numéricos, e, sobretudo, uma mentalidade não dominada por tensões, por “batalhas”, por pretensões de violar, de um jeito ou de outro, as leis do Estado (...).

Paralelamente a tal grupo de reformas deveria abrir-se, com urgência e não com menor preparação, uma verdadeira “cruzada”, guiada necessariamente pelo governo central, para a concretização do princípio constitucional, apresentado já há dez anos, da duração razoável do processo em qualquer de suas formas ou manifestações. A tal empenho ocorre dedicar muitas forças e muito estudo, seja no âmbito de alguns institutos do código (de processo penal, bem como no de civil), seja no âmbito dos poderes dos chefes dos *uffici* e das suas responsabilidades, seja no campo disciplinar (...).

Depois do ordenamento judiciário e suas modestas reformas, continuarão a ter importância para o ministro da justiça as tarefas impostas pela legislação, ordinária e possivelmente não excepcional ou emergencial. Sei que existem para tanto as comissões ministeriais e o Parlamento. Mas, definitivamente, quem faz os códigos são os ministros. Na Itália depois da guerra, de códigos fundamentais, saiu definitivamente somente um; e foram necessárias seis legislaturas, um presidente de comissão ministerial central como Giandomenico Pisapia e o risco contínuo de ver tudo suspenso *sine die*. Um código penal substancial atualizado em tudo e para tudo pode ser feito e deve, em um certo ponto, ser feito. E é notório que, igualmente importante, deve tornar-se a coordenação entre novo código penal e legislação penal, por assim dizer, secundária, no quadro de uma visão unitária de todo o ordenamento penal e para-penal”.

Talvez a 'terceira' história, vichianamente, mais do que escrita, deverá tornar-se um *factum*. Sobre esse seu tornar-se ou não, poderemos ser chamados a nos pronunciar.

O PENAL E A DETERMINAÇÃO DA JUSTIÇA NA EUROPA DO IUS COMMUNE²⁸ e ²⁹

Massimo Meccarelli³⁰

Desejo, antes de tudo, agradecer os caríssimos colegas Arno Dal Ri e Ricardo Fonseca por esta nova oportunidade que me dão, neste ano, de encontrar, em Santa Catarina e em Curitiba, as suas vivazes comunidades científicas e os seus estudantes.

O encontro de hoje e amanhã, organizado pelo Grupo de Pesquisa *Ius Commune*, toca em temas muito relevantes.

O objetivo é refletir sobre a relação entre justiça e direito penal. Interessa-nos entender como, no decurso dos séculos, as complexidades axiológicas que estão por detrás da demanda de justiça expressa pela sociedade qualificaram e modelaram os instrumentos e as categorias teóricas do penal. Queremos observar num longo período as mudanças estruturais do *dimensionamento jurídico da justiça*.

Eu creio que se possam capturar dois grandes enfoques na experiência jurídica europeia. O ponto de cissura é representado pela descoberta, no fim do século XVIII, da lei como dispositivo ordenador.

No tempo do *ius commune*, onde a demanda de justiça brota de uma realidade sócio-política pluralista – e por isso é atravessada por campos de tensão – o direito é o instrumento da *determinação* da justiça.

No tempo da legalidade penal, ao contrário, os campos de tensão da justiça restam absorvidos no momento da decisão política e, portanto, são subtraídos à dimensão jurisprudencial; a demanda de justiça filtrada pelo legislador chega até o direito privada de complexidades não-resolvidas; esse, portanto, reduz-se a mero instrumento de *administração* da justiça.

²⁸ Tradução de Diego Nunes, doutorando em História do Direito pela *Università degli Studi di Macerata* (Itália). Membro do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica *Ius Commune* (UFSC/CNPq). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), graduado em Direito também pela UFSC (Brasil). Foi professor substituto de Direito Penal na UFSC (Brasil).

²⁹ Revisão de Arno Dal Ri Júnior, professor de Direito Penal dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela *Università Luigi Bocconi* (Milão, Itália). Pós-doutor em Direito pela *Université Paris I – Panthéon-Sorbonne* (França). Coordenador do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica *Ius Commune* (UFSC/CNPq).

³⁰ Professor de História do Direito Medieval e Moderno e História do Direito Penal, Diretor do *Istituto di Studi Storici* e Coordenador do Doutorado em História do Direito na faculdade de Direito da *Università degli studi di Macerata*. Co-diretor da revista *Forum Historiae Iuris* (www.forhistiur.de).

A minha conferência é uma tentativa de refletir, também à luz dos resultados da historiografia penal recente sobre o nosso problema, na primeira das duas fases indicadas.

1 O *FACERE IUSTITIAM* COMO MOMENTO DE DETERMINAÇÃO DA JUSTIÇA

Como é sabido, no mundo tardo-medieval e ainda por grande parte da Idade Moderna a sociedade era *uma sociedade de sociedades* e, por isso, exprime uma heterogeneidade de interesses concorrentes e potencialmente conflitantes entre si. O poder político que informa estas sociedades corporativas baseia-se sobre equilíbrios variáveis entre os corpos sociais, reciprocamente vinculados, mas em regime de autonomia. A justiça é um terreno de regulação de tais relações. Isto implica certa heterogeneidade axiológica na base das funções que essa é chamada a cumprir e aos objetivos que é chamada a perseguir.

Do ponto de vista da cultura jurídica, também a ordem jurídica pensada por esta realidade social não corresponde a concepções monistas e baseia-se sobre um paradigma ordenamental. O poder de produção do direito é difuso em lugares concorrentes de criação jurídica, que encontram uma harmonização complexa na obra da ciência.

Os campos de tensão da justiça penal nas Idades Média e Moderna

Observemos então como as estruturas do ordenamento penal nas Idades Média e Moderna seriam apropriadas para acolher a complexidade da demanda de justiça.

Em particular, trata-se de observar as dimensões processuais como lugar no qual as questões postas pelo pluralismo ao direito encontram resposta concreta; é o espaço institucional no qual se reflete a heterogeneidade dos interesses, sem que intervenha precedentemente o filtro da lei. Nestes ordenamentos o processo não é simplesmente um mecanismo que permite aplicar o direito, mas é a dimensão na qual o direito encontra a sua *veracidade*.

Eu diria que poderíamos considerar três campos de tensão estruturantes no ordenamento processual do mundo medieval e moderno.

Do ponto de vista das finalidades da justiça: a dialética entre justiça negociada e hegemônica (segundo o esquema heurístico desenvolvido por Mario Sbriccoli).

Do ponto de vista da estrutura do procedimento: a dialética entre acusatório e inquisitório.

Do ponto de vista da natureza das regras: a dialética entre ordinário e extraordinário.

Analisemo-las, então, separadamente.

Justiça negociada e hegemônica

Entre o tardo-medieval e a madura Idade Moderna o fazer justiça aparece conotado por duas diversas concepções da *publica utilitas*: a primeira é inspirada num *paradigma comunitário* que se aplica “*super pacifico et bono status civitatis*” e qualifica o *facere iustitiam* como intervenção capaz de resolver conflitos. A justiça que corresponde a tais concepções do interesse público é uma justiça de tipo negociada, que procura obter através do processo a satisfação da vítima e conjuntamente a composição da lide.

A segunda concepção da *publica utilitas* é reportada a um *paradigma estatalista*, se inspira no princípio “*ne crimina remaneant impunita*” e qualifica o fazer justiça como poder de decidir e de punir os crimes. A justiça aqui é de tipo hegemônico; essa tende a usar o processo para punir a desobediência à autoridade política e garantir a obediência à lei.

A justiça hegemônica emerge somente a partir do tardo-medieval e dali em diante predomina sobre a negociada. Esta última, ao contrário, constitui a forma originária da justiça na experiência jurídica medieval. A distinção, considerada sob este aspecto, nos indica a principal mudança que atravessa esta longa fase histórica.

Mais importante, todavia, para o nosso discurso, é assinalar que estes registros diversos convivem, ainda que segundo a tendência dialética acenada por toda a Idade tardo-medieval e Moderna.

Eles constituem então um dualismo fundamental para a base da função do processo com respeito à dimensão justiça; duas diversas ‘demandas’ de justiça contemporaneamente expressas pela sociedade; um campo de tensão como pressuposto do dimensionamento jurídico da justiça.

Isto no plano do *iter* processual dá lugar a uma permeabilidade recíproca pela qual a justiça negociada, no conformar-se àquela hegemônica, termina por atribuir a esta alguns traços negociais. Pense-se, por exemplo, na relevância que teve por toda a experiência jurídica do *ius commune* a figura da *transactio* ou da *pax em criminalibus*.

Retornaremos aqui em instantes. Antes consideremos o segundo campo de tensão estruturante.

Accusatio e inquisitio

Do ponto de vista da estrutura dos procedimentos, dissemos acima, é possível delinear um segundo momento dialético: aquele entre acusatório e inquisitório.

Accusatio e *inquisitio* distinguem-se, antes de tudo, por serem indicativos de um modo diverso de conotar a ação penal e o desenvolvimento do processo; a *accusatio* é *ad instantiam partis*; a *inquisitio* é *ex officio*. No primeiro caso temos um protagonismo das partes do processo que determinam o andamento do processo através da dialética das *positiones*; no segundo caso é o juiz que promove e orienta o andamento do *iter*.

De um ponto de vista histórico, todavia, estes não representam – contrariamente ao que se tende a pensar – dois distintos e alternativos modelos. São na verdade os *modelos processuais* que em concreto se entrelaçam alterando fases de um procedimento com composições variáveis.

Em seus tratados, os juristas do *ius commune* falavam de “*via*” (*accusationis* ou *inquisitionis*) ou de *remedium procedendi contra reum*; mas esses não são entre si incompatíveis. Mais do que isso, o processo penal é uma *mixtura* de ambos os remédios.

A mesma gênese do inquisitório assinala este dado da integração. De fato, a doutrina para justificar figuras como a iniciativa de ofício do juiz argumenta a partir do seu fundamento acusatório. A *inquisitio*, explicam os juristas, é aceita em função de suplência do princípio da *accusatio*; justifica-se quando esta última tem dificuldade de ser desenvolvida. Significativo sob esta luz é um instituto como o da *compulsio ad accusandum*, isto é, a obrigação, imposta pelo juiz, de um privado de formular ou sustentar a acusação em juízo.

Em certos aspectos podemos dizer que, tecnicamente e de um ponto de vista teórico-doutrinal, a *inquisitio* nasce de uma metamorfose da *accusatio*. Podemos adicionar que tal dialética/simbiose entre *accusatio* e *inquisitio* faz com que o processo da Idade Moderna, mesmo fundando-se em torno do primado da função inquisitória, mantém-se sensível ao papel das partes e a variáveis extraprocessuais.

Nesta senda ocorre observar que *accusatio* e *inquisitio* entrelaçam-se com os campos de tensão entre justiça negociada e hegemônica. Há, de fato, certa idoneidade do modelo processual acusatório a corresponder às exigências de justiça negociada, assim como do modelo inquisitório a corresponder àquelas de justiça hegemônica. Mas não só.

Numerosos são os institutos de natureza inquisitória que servem para dar espaço à justiça negociada. Pense-se no *arbitrium iudicis* e sua polivalente destinação de uso no campo da pena e do processo; na *transactio* imposta pelo juiz; ou no instituto da *cautio de non offendendo*, isto é, da obrigação imposta pelo juiz de comprometer-se a não romper a paz; ou ainda, em outros instrumentos. Tratam-se de institutos que funcionam numa lógica de *inquisitio*, posto que é o juiz a impô-los, é ele a geri-los. Todavia, podem ser empregados com uma finalidade negocial tensionada, isto é, a fazer de modo que o processo se faça portador da exigência comunitária à base da demanda de justiça.

Ordinarium/Extraordinarium

Há um terceiro campo de tensão estruturante por considerar; aquele individuado do ponto de vista da natureza das regras processuais: a dialética *ordinarium/extraordinarium*.

Estas expressões estão a indicar duas dimensões sistemáticas do ordenamento jurídico através das quais se estrutura o procedimento.

Ordinária é a modalidade processual usual, difusa, consolidada. Mas neste que é um contexto de direito jurisprudencial, as formas processuais tendem a desenvolver-se e é o jurista que colhe os sinais da transformação. Destarte, a doutrina individua um segundo nível, o do *extraordinarium*, que integra o primeiro; é a ele correlato enquanto constitui o seu momento de atualização, de adequação permanente.

É um ponto de vista muito distante das nossas percepções. Restemos ainda um momento sobre este ponto para procurar maiores explicações.

Recorde-se aqui que em tal horizonte teórico a *ordo iuris* representa necessariamente um espaço inclusivo. Os fenômenos jurídicos efetivos, isto é, aqueles que a sociedade tende espontaneamente a produzir, são percebidos como expressões de uma ordem. O problema é reconhecê-los e dar-lhes a correta colocação.

Tal concepção, de cunho tomista, conota também o espaço da exceção. Essa é “*fora do ordinário*”, mas não por isto externa à ordem jurídica; representa um ‘estado do direito’; não

obstante determinados regimes jurídicos especiais, resta vinculada à condição – que vale para cada expressão jurídica factual – da sua necessária correspondência à *ordo*. Aqui a ‘traição’ da regra representa um momento da *vida do direito*, mais que a sua suspensão.

O *extraordinarium* é visto sob tal ótica antes de tudo como um *remedium necessarium*, que permite regular uma especificidade merecedora de um reconhecimento jurídico. O extraordinário serve a suprir o *ordinarium* onde este resulta carente quando, por exemplo, se manifesta um *casus novus* ou existem razões concernentes a uma *publica utilitas*.

Assim percebida, o extraordinário altera o terreno de estruturação do ordenamento. O processual é um dos principais.

Mas há mais: exatamente pelo fato de contribuir para a manutenção da ordem jurídica (e não simplesmente à sua suspensão) os espaços ocupados pela dimensão extraordinária, assim como as soluções técnicas que neles se experimentam, no tempo conheceram consolidações até constituir-se uma nova dimensão do *ordinarium*.

O extraordinário, para se manifestar, pressupõe necessariamente a existência da dimensão ordinária como *termo de confronto* e como *ancoragem potencial* do próprio devir.

Pensemos no campo de tensão *accusatio-inquisitio* do qual acabamos de falar. Esse pode efetivamente funcionar do modo que acenávamos, porque, no plano ordenamental, próximo ao *ordinarium* há o *extraordinarium*. Podemos observar a esse propósito que o extraordinário desempenha um papel decisivo no itinerário que marca a *lenta emersão do rito inquisitório*; as figuras processuais da *inquisitio* são de fato sempre de natureza extraordinária mesmo se são reconhecidas contemporaneamente como representativas do (novo) procedimento ordinário.

Não se trata somente de uma representação teórica, mas também de um processo real.

De um ponto de vista histórico o desenvolvimento teórico do extraordinário no penal de fato corresponde àquele processo de longo período que marca a emersão de uma nova justiça pública em correspondência ao *nascimento do Estado moderno*, baseada sobre o paradigma da punição *ne crimina remaneant impunita*.

Já observamos que nas características da justiça penal reflete-se o fenômeno de emersão de novos grupos sociais e redefinição dos aparatos do poder. Os juristas, trabalhando sobre a correlação *ordinarium-extraordinarium*, reconhecem a fase e auxiliam a necessária mudança.

Contemporaneamente procura-se relacioná-los com o tecido conectivo e pluralista dos princípios inspiradores do *facere iustitiam*.

Eles desempenham uma *função de cobertura ideológica* das tendências em ação sobre o plano sócio-político. A doutrina do *extraordinarium*, além de atualizar o ordenamento, também altera, com efeito, o lugar de legitimação e justificação dos novos equilíbrios de poder.

Aqui nos interessa, todavia, evidenciar a especificidade do empenho dos juristas (e o direito) em tal ‘colaboração com o poder’; ele consiste no individuar o grau de compatibilidade das dinâmicas político-sociais, com a dimensão da *iustitia* e da *aequitas* (acordo como parâmetro de adequação entre direito e exigências de justiça no contexto histórico dado).

A fenomenologia do direito neste novo contexto de ascensão dos poderes estatais continua a ser um momento de *determinação* da justiça.

2. O QUADRO SISTEMÁTICO DA *ORDO IUDICIARIUS*

Interroguemo-nos agora que características apresenta a ordem processual da qual estamos falando. A primeira que podemos colocar em evidência é que ela aparece livre de *dinâmicas de fechamento auto-referencial*.

Tal tipo de fechamento sistemático, típico dos ordenamentos processuais fundados sobre o direito positivo, determina-se de fato quando a dimensão factual a que se aplica o direito torna-se pura ancoragem de um discurso jurídico que já se completa no interior das disposições normativas predispostas.

No ambiente do *ius commune* não se procura um êxito auto-referencial, não estando disponível um aparato normativo com características de generalidade e abstração pela ausência de um legislador que exercita o poder de produção do direito em via exclusiva. No pano de fundo, ao contrário, há um poder político articulado e cujos equilíbrios modificam-se em tempos relativamente curtos. Em tal contexto, o fechamento auto-referencial não possui aquela potencialidade garantista que modernamente estamos habituados a reconhecer; antes, arrisca favorecer a produção de uma diferenciação entre processo e demanda de justiça.

Por isso, quando os juristas do *ius commune* falavam de *ordo iudiciarius* se referiam a uma ordem flexível que se estabiliza sendo aberta a contínuas atualizações no sulco de uma tradição

jurisprudencial.

Os campos de tensão que mencionamos nos explicam as razões e as grandes dinâmicas deste fenômeno. Ele se reproduz no interior de cada experiência processual singular, determinando a efetiva concatenação procedimental. As categorias teóricas que nos descrevem aquela ordem processual têm uma *raiz circunstancial*.

Outra característica que compõe o quadro sistemático da *ordo* processual é aquela relativa à *modulação e reversibilidade do iter*.

A construção feita pelos juristas prevê a possibilidade de que a composição serial do *iter* seja modificada. Isto pode acontecer por várias razões circunstanciais; o instrumento é aquele de atribuir poderes ao juiz de modificar *cum arbitrio* a composição serial do processo, com o fim de favorecer um mais rápido e eficaz cumprimento do *facere iustitiam* (tratam-se das denominadas *clausulae diminuentes iuris ordinem*).

Não se renuncia, todavia, a individuar um nível de capacidade constituído em alguns momentos do processo considerados *de substantia* e como tais indisponíveis às operações de abreviação ou desvio do próprio procedimento. Tal nível inderrogável não aparece individuado taxativamente, mas por meio de critérios de orientação geral.

Outro aspecto a se colocar em evidência é aquele que definiria o *caráter 'aberto' do momento de fechamento do iter*. O processo pode ter êxitos intermediários com respeito àquele da condenação ou da absolvição. O *iter* também pode concluir-se com um juízo de absolvição parcial ou suspensa (*absolutio rebus sic stantibus*), com uma composição, uma paz, ou interromper-se apenas temporariamente.

O problema relevante para os juristas que nos descrevem este sistema processual não é tanto individuar o critério ou o complexo de regras para dizer quando o processo está em curso e quando terminou. O verdadeiro problema é aquele dos critérios e dos instrumentos que permitem estabelecer qual articulação adequada ele (o processo) possa tomar sobre a base da marcha processual até aquele ponto delineada. A gama de possibilidades processuais para determinar a justiça que este autoriza, todavia, não implica um enfraquecimento do perfil publicista do *facere iustitiam*, mas favorece um fortalecimento dos poderes políticos que o administram. É a este nível que o processo consegue desenvolver, naquela sociedade, uma função de garantia para a ordem social.

Voltemo-nos agora a uma característica atinente aos sujeitos do processo: o *relevo da*

dimensão comunitária da ofensa (acidentalidade do sujeito de direito). O processo não põe o seu baricentro sobre o sujeito de direito considerado como indivíduo merecedor de tutela ou de uma individual e pessoal punição; existe para dar conta da paz social, do equilíbrio interno entre os corpos sociais; e estas urgências têm implicações necessárias sobre a marcha processual que interessa o específico, posto que não são completamente recomendadas a outros setores do sistema de prevenção penal.

Por isso o processo ‘público’, senão devotado à individualização das responsabilidades penais pessoais e da relativa pena, ou a veicular as políticas de proteção da comunidade visando a punição do réu, aceita também saídas diversas. Em geral, todas as alternativas procedimentais à disposição do *arbitrium iudicis* consideram os contextos sociais que insistem sobre a controvérsia penal.

Isto não quer dizer que o processo produza uma justiça desinteressada da pessoa objeto de exame. Por este lado, ao contrário, é o processo a dotar o penal de uma capacidade de ponderação a respeito do caso concreto e aos sujeitos especificamente envolvidos no caso concreto. De fato, não esqueçamos que neste direito penal *não há uma separação entre momento substancial e processual*; são exatamente certas combinações procedimentais que permitem à justiça penal de apreciar, por exemplo, os aspectos circunstanciais e psicológicos do crime. Todavia, esta capacidade de comensurar a punição sobre o indivíduo está junto daquela de ponderar as instâncias comunitárias.

Um último aspecto que gostaria de evocar para descrever o quadro sistemático do processo do *ius commune* é aquele que chamarei de *regime de co-extensão jurisdicional*. A marcha processual se desenvolve de fato em um tecido jurisdicional pluralista cuja dialética não é regrada somente pelo critério hierárquico. Isto quer dizer que um simples processo pode ser objeto de deslocamentos de competências dependentes de um entrelaçamento de jurisdições concorrentes.

Sem aprofundar muito na complicada rede de regras e critérios que disciplinam estas interações jurisdicionais, podemos observar que tal jurisdição penal não é repartida, mas compartilhada (ou co-extensa); o sistema processual em ação vai fundar-se sobre a atividade de jurisdições concorrentes. A justiça é o êxito do efetivo aparato que paulatinamente elas reciprocamente assumem; também neste sistema a justiça é êxito de uma determinação.

3. A CENTRALIDADE DO JUIZ NA ORDEM PROCESSUAL DO IUS COMMUNE

O quadro sistemático que busquei rascunhar é suficiente para evidenciar que o traço típico desta ordem processual é constituído pela sua flexibilidade; flexibilidade com relação às interações que os campos de tensões estruturantes assumem na experiência processual concreta. Trata-se, todavia, de uma flexibilidade ordenada enquanto responde a uma constelação de regras que lhes garante a objetivação.

Procuremos agora entender melhor, mesmo que por acenos rápidos, o seu funcionamento. O cerne desta objetivação é a centralidade do juiz.

É marca característica da justiça das Idades medieval e moderna, posto que sobre esta se concentrou a crítica iluminista.

Os ecos polêmicos das palavras de Beccaria ressoam ainda hoje nos nossos horizontes teóricos; e isto não nos ajuda a compreender as peculiaridades da figura de juiz. Creio, porém, que o posicionamento heurístico que escolhemos – pensar o penal como momento de dimensionamento jurídico da justiça – ajude a emanciparmo-nos de tal ‘preconceito iluminista’.

Segundo a perspectiva contemporânea, que pensa a ordem processual numa dimensão monista e auto-referencial, a centralidade do juiz guarda relação direta com a afirmação do processo inquisitório.

As coisas, se observadas na sua dinâmica histórica, não estão precisamente assim dispostas, porque a centralidade do juiz na era do *ius commune* antes de tudo deve ser considerada no contexto da dimensão ‘justiça’ atravessada por campos de tensão que insistem sobre o ordenamento processual.

Isto vale para a dialética entre negocial e hegemônico, entre *ordinarium* e *extraordinarium* e entre *accusatio* e *inquisitio*. O juiz é central porque é seu o encargo de governar e de compor no concreto estes dualismos estruturantes.

Se isto é verdade, a valorização da sua centralidade por parte da doutrina do *ius commune* corresponde à tentativa de construir uma constelação capaz de reger tal complexidade, e não de subtrair o processo a regras certas. Por exemplo: para nós é comum pensar que o modelo inquisitório, reunindo numa única pessoa o papel de acusador e juiz, faz deste o verdadeiro protagonista da experiência processual e potencializa-lhe os poderes. Se isto é evidente de um ponto de vista teórico abstrato, do nosso ponto de vista, que é antes de tudo histórico-jurídico, a perspectiva aparece transmutada: se o inquisitório é um modelo processual que se afirma progressivamente no tempo, na centralidade reconhecida ao *iudex* aparece o modo com o qual

procurou governar o fenômeno segundo aquela dinâmica que reconduz o extraordinário à ordem (renovando-a).

Isto fica ainda mais claro se consideramos como a doutrina ‘veste’ juridicamente o dado da centralidade do juiz; ela o assinala com um estatuto jurídico bem preciso: aquele extraído dos regimes do *arbitrium iudicis*.

Tal figura também foi objeto das críticas mais duras da polêmica iluminista, a tal ponto que nas nossas línguas o termo arbítrio adquiriu um significado essencialmente negativo quando é usado para falar de questões jurídicas. Trata-se, todavia, de um desvio de sentido que não nos consente *enxergar* características e função do *arbitrium*.

As transformações do poder, do horizonte da autonomia jurisdicional àquele da soberania estatal foram, sob este aspecto, determinantes: na nova versão do poder, que se colocou em termos exclusivos com relação a outras formas de *libertas*, o conceito de *arbitrium* tomou sua orientação teleológica e todas as referências essenciais que lhes conferiam funcionalidade sistemática, transformando-se em manifestações intoleráveis de abuso.

Seguindo as ilustrações dos juristas do *ius commune*, todavia, é possível retomar esses conhecimentos e descobrir que se trata de um poder discricionário intrinsecamente disciplinado. Isto porque aquele poder discriminante é pensado como um *poder de discernimento* - recordemos a concepção inclusiva da ordem - ancorado numa *plataforma objetiva* feita de parâmetros de orientação que o vinculam.

Este tem as propriedades da *voluntas iustificata*; é expressão de uma *conscientia publica iurium*; as suas características são resgatadas por associações semânticas com as categorias com as quais a hermenêutica do tempo afrontava o problema do reconhecimento da ordem objetiva das coisas: *iustitia*, *aequitas*, *rationabilitas*.

Aqui o ordenamento não deve ‘defender-se’ do *arbitrium*. Certamente, na ótica positivista a discricionariedade não é integrada com os regimes sistemáticos do ordenamento. Aparece como um instrumento portador de um papel funcional de nível inferior, residual ou de qualquer modo distinto daquele absorvido pelo princípio da legalidade, que preside – em via exclusiva – a criação do direito e lhe assegura a certeza. O controle da discricionariedade aparece realizável somente por meio da sua compressão em campos restritos do ordenamento, ou podemos dizer, a sua ‘*sujeição*’.

No direito comum, porém, a relação entre *arbitrium* e ordenamento não se resolve em termos de sujeição, mas de *inerência*; nesses sistemas o *arbitrium* é parte integrante, homogênea; é

um instrumento de todo idôneo a participar dos processos de composição efetiva do ordenamento jurídico.

Reportado aos nossos discursos, o *arbitrium* é o principal dispositivo sistemático que consente ao direito jurisprudencial conservar uma sintonia com o complexo axiológico que é repostado na demanda de justiça.

O valor estratégico do *arbitrium procedendi* está na sua própria natureza complexa, que o torna, de um lado, homogêneo com a tradição negocial pactual da solução dos conflitos e de outro muito eficaz com respeito às exigências de criação, na experiência processual, de um ponto de vista, de uma representação de interesses, de um espaço de terceirização, ‘público’.

O *arbitrium procedendi* funda-se de fato sobre uma estrutura de tipo transacional. Ele assume em si as dinâmicas reconhecíveis na figura do *arbitrator* ou também no definido *amicabilis compositor*, que termina por atribuir ao juiz uma capacidade de juízo consistente numa equânime ponderação dos interesses e uma correta *aestimatio* por solução.

Contemporaneamente, tudo isto se propõe e se legitima como exercício de uma *iurisdictio*, com finalidade à *publica utilitas* não como êxito de uma justiça privada arbitral.

A titularidade do *arbitrium procedendi* consente ao juiz gerir o processo no que tange às exigências específicas do caso e do seu contexto sócio-político. É um poder permanente que o assiste durante todo o curso do procedimento. Antes, podemos também dizer que o *arbitrium procedendi* vem atribuído exatamente para consentir ao juiz alcançar com maior eficácia os *finis* que são coligados à sua *iurisdictio*.

4. SOBRE O *FACERE IUSTITIAM* COMO MOMENTO DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.

Eis o quadro que me parece se possa descrever, em linhas gerais, a relação entre ordenamento penal e justiça no *ius commune*, e que nos mostra como esta relação se concretiza numa dinâmica de *determinação*.

Tornemos agora, no fechamento, ao ponto de partida e voltemos o olhar à passagem a um *facere iustitiam* entendido como momento de *administração* da justiça.

Ele é produto do final do século XVIII com a convergência de três fenômenos coligados: a descoberta da legalidade, a afirmação do valor do indivíduo e a abstração do problema 'justiça'. Limite-me a um rápido e muito esquemático aceno descritivo deste processo.

Através da descoberta da lei como momento ordenador aperfeiçoou-se uma modificação do momento da mediação dos interesses socialmente relevantes no campo da política.

Na nova sociedade de base individualista o problema da justiça transformou-se num problema de garantia de direitos para os indivíduos.

A demanda de justiça, então, simplificou-se (ou parece simples) a respeito das complexidades axiológicas do mundo do *ius commune*, e ancorou-se aos balanceamentos de valor determinados já sobre o plano abstrato (através da lei).

O campo de tensão entre finalidades comunitárias e estatais rompeu-se para dar lugar a dois espaços processuais de justiça bem distintos: o público e o privado. O penal se concentra no primeiro.

Também a simbiose dualista entre *accusatio* e *inquisitio* perdeu a razão de ser e transformou-se algo muito diverso; é nesta fase que os dois modelos procedimentais cristalizaram-se em dois tipos ideais de processo distintos e contrapostos. Nos debates sobre a codificação do processo penal o problema da orientação acusatório e inquisitório aparece forte, mas não mais numa perspectiva integrada como na reflexão dos juristas do direito comum. Certamente, isto não impede que se construam os procedimentos penais mistos, como na maior parte dos casos. Mas não esqueçamos que é um contexto de direito codificado, em que as valências sistemáticas do dualismo entre acusatório e inquisitório mudam profundamente de caráter, porque é um dualismo todo interno à base axiológica predefinida pelo código.

Também o campo de tensão entre ordinário e extraordinário sofre uma metamorfose. O extraordinário vem posto fora das lógicas ordenadoras, agora necessariamente ligadas ao valor da certeza formal; ele é aqui considerado segundo um paradigma não mais inclusivo, mas excludente: representa a exceção que não contribui para fundar os princípios do ordenamento legal.

É em tal quadro que o processo se torna um lugar de *administração* da justiça perdendo toda a capacidade de determiná-la.

Paro por aqui. Quero, ainda que de modo aproximativo, apenas acenar oos alcance da mudança e lançar uma sugestão que seria provavelmente verificada e melhor ponderada também na sua parábola.

Considerando a mudança realizada, como me pareceu ter entre os séculos XVIII e XIX, trata-se então de entender se – e eventualmente como – o problema das axiologias da justiça e do seu dimensionamento jurídico continuou a pôr-se fora do processo pensado para administrar a justiça e por trás do filtro de um direito penal simples e igual para todos.

O CRIMINOSO COMO INIMIGO: imagens da justiça e dispositivos de exclusão entre medievo e modernidade *

Pietro Costa **

Que o criminoso possa (ou deva) ser considerado um inimigo é uma tese que se tornou célebre em tempos recentes graças a um livro de Günther Jakobs, intitulado, justamente, “direito penal do inimigo”. O livro foi discutido de modo amplo, ainda que os dissensos tenham superado os consensos. O sucesso da fórmula – o direito penal do inimigo – é em parte devido também ao seu caráter provocatório; e a provocação aconteceu no momento justo: em um momento (a década que abriu o novo milênio) em que, seja de um lado ou de outro do Atlântico, aumentam as demandas por segurança; uma segurança que os poderes públicos deveriam garantir acentuando a contraposição entre os cidadãos respeitáveis e os sujeitos perigosos, entre os membros a pleno título da sociedade e, exatamente, os seus “inimigos” (internos e externos).

É ao nosso imediato presente que a posição de Jakobs está ligada. É interessante notar, contudo, que o penalista alemão tem uma opinião diferente: ele, de fato, sustenta formular e ilustrar uma tese que se encontra presente na tradição. Mas, é mesmo assim? É verdade que a imagem do criminoso como inimigo é uma imagem que nos chega de longe? E se é verdade, baseado em quais pressupostos e em quais conseqüências?

São estas as questões que eu gostaria de assumir como objeto da minha conferência. Para respondê-las, porém, devo desenvolver uma atenta re-cognição da tradição penalista: uma tarefa impossível de levar a um bom fim no âmbito de uma conferência preparada para um congresso. Vou me limitar, portanto, a salientar uma questão central: que relação perpassou, em diferentes contextos culturais, entre as imagens da justiça compartilhadas e as estratégias punitivas; e afirmo de imediato que poderei delinear somente um esquema, um quadro-modelo ou “ideal-típico”, cuja utilidade pode ser somente de indicação e orientação.

* *Il Criminale come nemico: Immagini della Giustizia e dispositivi di esclusione fra Medioevo e Modernità*, traduzido da língua italiana por Arno Dal Ri Júnior.

** Professor Catedrático de História do Direito Medieval e Moderno na Universidade de Florença, Itália. Editor da Revista “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico”.

Gostaria de me referir ao menos a um texto, o suficiente para dar um traço de concretude ao discurso: a uma passagem da *Summa theologiae* de Tomás de Aquino, que condensa a sua visão da justiça e da ordem. A justiça “*ordinat hominem in comparatione ad alium*”: coloca em ordem, organiza uma relação intersubjetiva; a relação de um indivíduo com outro indivíduo (“*ad alium singulariter*”) ou mesmo de um indivíduo com outro indivíduo enquanto membro de uma comunidade (“*ad alium in comuni*”).

Dado que a tarefa da lei é disciplinar os comportamentos tendo em vista o bem comum, a justiça, entendida no modo mencionado anteriormente, pode-se dizer justamente “*legalis*”, enquanto assume como próprio objeto o bem comum (“*secundum quod respicit commune bonum ut proprium obiectum*”). A comunidade política é, para Tomás, uma totalidade coesa e inclusiva, não redutível a uma soma das partes. Do mesmo modo, o bem comum não é a resultante da soma dos bens individuais: estamos nos antípodas daquela que será a benthamiana definição do bem como “utilidade do maior número”. A diferença entre o “*bonum commune civitatis*” e o “*bonum singulare unius personae*” não é quantitativa, mas é qualitativa: estamos diante de dois planos (o plano do indivíduo e o plano da comunidade) separados por uma diferença que concerne à sua essência; a totalidade e a parte têm uma “*ratio*”, uma “lógica”, essencialmente diferentes (II IIae Quaestio 58 Articulus 7).

O indivíduo é parte de um todo que o inclui, mas se organiza segundo uma lógica diferente e superior. O todo pode se privar de um indivíduo, mas o indivíduo não pode se privar do todo. O todo deve se privar de seu componente quando este lho danifique: deve impedir o mal maior, a corrupção da totalidade; e deve impedi-lo com todos os meios, mesmo cominando a morte do réu. Neste caso, o homicídio deixa de ser um pecado para se tornar expressão de justiça. Convém reler toda a passagem: “Ora, qualquer parte é ordenada ao todo como o menos perfeito é ordenado a um ser perfeito. Por isso, a parte é por natureza subordinada ao todo. Exatamente por isso, no caso que o exija a saúde de todo o corpo, de modo louvável e salutar se recorre ao corte de um membro pútrido e canceroso. E, bem, cada indivíduo está para toda a comunidade como uma parte está para o todo. Portanto, se um homem com os seus pecados é perigoso e desagregador para a coletividade, é louvável e salutar suprimi-lo, para a conservação do bem comum” (II^a-IIae q. 64 a. 2 co).

A salvação do todo pode requerer o sacrifício do indivíduo: não uma punição qualquer, mas a exclusão do réu, também na sua forma mais radical e irreversível; a exclusão da vida, a morte. O culpado perde a sua dignidade de homem: “*decidit a dignitate humana*”; e por isto pode, deve, ser

eliminado como um membro doente é amputado pelo cirurgião. Tomás emprega uma metáfora “cirúrgica”, antiga e destinada a uma vida longuíssima na cultura ocidental, que extrai força da metáfora que apresenta a ordem política como um corpo. Se a ordem é um corpo vivo, o membro doente deve ser amputado: jogado fora, eliminado. A eliminação do réu, no interior desta visão juspolítica, não entra em tensão com a visão da justiça, mas é uma direta e coerente consequência desta. E o que vale para o ordenamento secular vale também *in spiritualibus*, para o ordenamento da Igreja. Intensifica-se, a partir do século XII, a luta contra a heresia e valem contra o herege as mesmas imagens: o herege se separa do corpo vivo da Igreja, é uma folha seca que cai da árvore, um membro corrompido que deve ser colocado para fora do corpo são para impedir que as infecções se expandam.

A ordem política é um corpo que, como cada corpo, é composto por partes hierarquicamente ordenadas e culmina em um vértice: a realeza, de fato, é a imagem de governo largamente prevalente na cultura medieval (e o mesmo Tomás manifesta as suas simpatias para com o governo monárquico). O corpo político encontra, portanto, o seu vértice no governo do rei, que com a sua *iurisdictio* ordena a comunidade, a direciona ao bem comum e, com uma sentença justa, rescinde do corpo político as partes infectadas.

Um regente que, como chefe do corpo e juiz supremo, preserva o bem comum expelindo os transgressores: esta imagem circula no discurso dos teólogos e dos filósofos da metade do século XIII, mas dificilmente poderia ser assumida como uma descrição fiel das práticas penais da época. Pare entender as suas características principais dispomos de um feliz esquema de interpretação empregado por Mario Sbriccoli já amplamente acolhido pela historiografia: a distinção entre dois modelos de organização da justiça (a justiça “negociada” e a justiça “hegemônica”).

O primeiro modelo de organização da justiça é típico de organizações políticas – exemplarmente as cidades italianas do século XIII – caracterizadas por um papel ainda circunscrito dos poderes públicos; nesse, o delito é a expressão de um conflito entre grupos, entre famílias; é um dano a um grupo, que se faz para obter uma reparação: caso não se transforme em *faida*, o conflito se compõe através de uma negociação entre as partes lesadas e os ofensores. A resposta ao delito é, mais do que a repressão, a negociação e a reparação. Somente de modo gradual (com um lento desenvolvimento que podemos ver decolar entre os séculos XIII e XIV) os poderes públicos assumem a tarefa de individuar o culpado vendo no seu comportamento ofensivo um dano inferido ao ordenamento como tal.

A passagem de Tomás, que antes citei, não descreve a justiça “negociada”: ao contrário, apresenta argumentos e sugestões metafóricas que serão utilmente empregáveis como suporte da (futura) justiça hegemônica. É o juiz justo que, exatamente, enquanto deve preservar o *bonum commune*, atinge o réu, amputa o membro infectado. A imagem de justiça que domina esta estratégia de exclusão (ou, se preferimos, de radical expulsão) é a idéia do primado do todo sobre a parte; uma idéia pertencente à metáfora corporativista (a ordem como corpo vivo) que faz o indivíduo uma variável dependente da totalidade.

A justiça negociada não extrai força e legitimação de tal idéia de justiça. Isso não significa, contudo, que ela também não proceda segundo valores compartilhados, que encontram um eco e uma conceituação no discurso “alto” e rarefeito dos teólogos e dos juristas. Reflitamos sobre um aspecto interessante da justiça negociada: ela não funciona indiscriminadamente em relação a qualquer um. É determinante para a negociação o pertencimento à comunidade; é fundamental a condição sócio-jurídica do ofensor. Em relação aos sujeitos exteriores à comunidade (como os forasteiros), assim como em relação às pessoas “miseráveis”, não se negocia: se intervém jogando sobre as costas do réu toda a força “exclusiva” e “expulsiva” da comunidade.

A justiça não é e nem deve ser cega, incapaz de distinguir entre as diversas qualidades das pessoas: a justiça (como ensinavam Aristóteles e os antigos e como repetiam os teólogos e os juristas medievais) é medida de igualdade entre iguais, mas é também atribuição que compete a cada um devido a sua objetiva inserção na ordem. A visão medieval da justiça se desenvolve (mesmo com numerosas variantes) no cruzamento destas duas coordenadas: o primado do corpo político, do todo sobre a parte, e o tratamento diferenciado das partes devido a sua inserção na hierarquia sócio-política. Certamente, a diferença das condições individuais e o primado da totalidade devem compor-se com a salvaguarda da igual dignidade dos seres humanos enquanto filhos de Deus. Esta igualdade, porém, é projetada no terreno escatológico e supra-temporal, não parecendo incidir na estruturação e na representação da ordem (e é possível constatar até mesmo uma diferente e mais mundana declinação da igualdade à periferia da ordem político-social, na voz de qualquer herege sustentador da fraternidade imediata e “política” dos que chegam à redenção).

A justiça implicava o primado do corpo e a desigualdade das partes. Traduzida em prática de disciplinamento social, era perfeitamente congruente com os dispositivos de exclusão e de eliminação do réu: a pena de banimento, ou seja, a expulsão do réu da comunidade de pertencimento (a cidade ou mesmo o império) talvez fosse a expressão mais eficaz da dimensão

expulsiva das práticas penais; mas, também, a pena de morte se inseria no mesmo horizonte de legitimidade. Certamente, muitas coisas mudam com o progredir da centralização dos poderes no vértice soberano e com a formação dos Estados territoriais durante os séculos XVI e XVII. No campo das teorias, a imagem da ordem política como corpo e a celebração da pertença do indivíduo à comunidade perdem terreno a favor da exaltação dos poderes do soberano e da obediência dos súditos. É neste novo contexto político-constitucional que se implementam o modelo hegemônico e o processo inquisitorial. Alguns aspectos da tradicional visão da justiça são, porém, ainda tranqüilamente para empregáveis no novo ambiente: a justiça como respeito das diferenças, a justiça como busca de um bem que coincide com a manutenção da ordem total (ora sob a guia indiscutível do príncipe).

A teoria do delito político, no âmbito do absolutismo dos séculos XVI e XVI, extrai força (como nos ensinou Mario Sbriccoli) destas idéias-guia e se traduz em uma precisa caracterização do transgressor como um inimigo (ou melhor, *do* inimigo por excelência). O rebelde é o traidor do príncipe: uma antiga imagem de fidelidade feudal é evocada e implantada em uma realidade completamente diferente, com o objetivo de atingir, com um argumento retoricamente forte, o comportamento do réu. O rebelde não é, porém, somente um traidor: é uma ameaça para a subsistência da ordem, é um perigo para a unidade do corpo político. As antigas imagens (a ética feudal, a metáfora do corpo, o respeito pelas diferenças e pela hierarquia) ainda estão ativas e permitem transformar os rebeldes em um inimigo a ser debelado através de qualquer meio.

A justiça como conservação de uma ordem já determinada; a justiça como regra de prevalência do todo sobre as partes; a justiça como respeito das diferenças. Em tal horizonte encontram uma tranqüila inserção dois aspectos que parecerão embaraçosos para a modernidade: em primeiro lugar, o tratamento desigual dos sujeitos, que não é uma infração de uma ordem “justa”, mas é uma aplicação dela (até mesmo a excepcional, escreve Massimo Meccarelli em um ensaio ao qual remeto integralmente, “é ‘fora do ordinário’, mas não por isso exterior à ordem jurídica”); em segundo lugar, as estratégias de expulsão e, também, simplesmente de eliminação dos transgressores, do momento que o todo é incomensuravelmente superior aos indivíduos que dele fazem parte.

Uma transformação é anunciada pela difusão de um novo paradigma – o paradigma jusnaturalista – que introduz um novo modo de ver o ser humano e a sociedade. É o que acontece naquela complicada galáxia discursiva que se difunde na Europa dos séculos XVII e XVIII,

fornecendo um indispensável léxico intelectual às revoluções do final do século XVIII (as revoluções que marcaram o final do regime precedente, que deste momento será chamado – polemicamente – ‘antigo’). Deste novo universo discursivo me limito a assinalar dois enunciados teóricos, que constituem a pontual virada das precedentes imagens de justiça.

O primeiro enunciado teórico sobre o qual gostaria de chamar a atenção é a fundação contratualista da ordem política. A ordem não existe desde sempre, não é um dado imóvel, que tem a mesma fixidez e indisponibilidade das realidades naturais. A ordem é criada pelos sujeitos: o Estado é uma máquina, um útil instrumento, inventado pelos indivíduos em função das suas necessidades. O indivíduo se propõe como o alfa e o ômega, o fundamento e o escopo da ordem política. A ordem não vale mais do que as suas partes: coincide com a sua soma. O bem de todos não é diferente do bem dos indivíduos: a tese benthamiana (o escopo do Estado é a felicidade do maior número dos sujeitos) é a mais clara expressão desta posição.

Se, portanto, o todo não vale mais do que as partes, mas está a serviço das mesmas, se torna ilegítima a eliminação física de qualquer membro da sociedade. É a tese limpidamente expressa por Beccaria, no § 28 do seu pequeno grande livro: se o poder do soberano existe porque cada indivíduo lhe entregou partes dos seus direitos naturais, “quem é aquele que quis deixar a outros homens o arbítrio de matá-lo? Como é que no mínimo sacrifício da liberdade de cada um pode existir aquele do bem máximo entre todos, a vida?”.

O contratualismo abate a absoluta transcendência da ordem e com isso parece dever anular como ilegítima qualquer estratégia penal que conduza à eliminação do réu: cada indivíduo é o patrão da sua vida e o soberano não pode dispor dela. Na realidade, as coisas não são tão simples. De fato, é verdade que o esquema contratual torna cada um patrão da sua vida; mas justamente por isso o torna também inteiramente responsável pela sua conduta. O contratualismo, então, não pode deixar de levar em consideração uma hipótese: a hipótese de que o indivíduo contraente viole o pacto, não respeite as regras basilares deste.

É o pacto que torna possível a ordem civil e permite a inclusão nesse de todos os contraentes garantindo a todos a igual tutela dos direitos fundamentais. Se, portanto, é o pacto que permite a inclusão na ordem civil, o que pode comportar a violação do pacto a não ser a exclusão da *civitas*? É este o canal através do qual penetra no modelo contratualista não só, genericamente, a legitimidade da punição, mas de modo específico, a imagem de uma punição estritamente conexas com a lógica da exclusão e da expulsão.

Nem mesmo a morte pode, então, ser retirada do catálogo das sanções. O próprio Beccaria não exclui a legitimidade dela quando se encontra em jogo a salvação da nação: não “durante o tranqüilo reino das leis”, mas em circunstâncias extraordinárias, no “estado de exceção” (como poderemos dizer recorrendo a uma fórmula antiga e sempre atual). Não é, porém, necessário pensar na antítese entre estado de normalidade e estado de exceção para re-introduzir mecanismos de exclusão no modelo contratualista. Este modelo, de fato, pode ser empregado para exaltar a união e a comunhão que vêm a se estabelecer entre os membros da sociedade e, ao contrário, para dramatizar os seus comportamentos transgressivos e defender a causa da sua exclusão. Rousseau é um exemplo disto, como mostra uma passagem do *Contrat social*. Para Rousseau, “[...] qualquer malfeitor que lesa o direito social se torna com os seus malfeitos um rebelde e um traidor da pátria, cessa de ser membro violando as suas leis, e, até mesmo, faz guerra contra ela. A conservação do Estado, então, se torna incompatível com a sua, é necessário que um dos dois pereça, e quando se mata o culpado, este vem colocado à morte menos como cidadão do que como inimigo”. E Fichte extrai conseqüências análogas das mesmas premissas contratualistas.

O contratualismo relegou ao passado as imagens de justiça cultivadas no antigo regime demonstrando que a ordem não transcende aos sujeitos, mas coincide com a sua soma e depende do seu consenso. Tendo por base este assunto, Beccaria conseguiu pronunciar a sua clamorosa e subversiva condenação da pena de morte; todavia, o mesmo esquema contratualista se presta também a exaltar a coesão de uma comunidade e a ver na violação das suas regras fundamentais a condição suficiente para a eliminação do transgressor-inimigo.

É necessário, ainda, trazer uma outra consideração. A imagem contratualista e utilitarista da ordem e da justiça certamente não ocupa totalmente a modernidade penal. Ao contrário, durante o século XIX o primado do indivíduo e a fundação contratualista do poder parecem de modo sempre mais freqüente uma escória do racionalismo do século XVIII, enquanto o Estado parece a forma obrigatória da sociedade moderna, o ápice da civilização e a encarnação da ética. Torna-se a propor, portanto, no coração da modernidade, mesmo se em bases ideológicas totalmente diferentes, o primado do todo sobre as partes que já tinha tornado possível aqueles procedimentos de expulsão e de eliminação presentes desde as primeiras declinações do “penal hegemônico”.

Chegamos a um segundo enunciado teórico característico da modernidade: o princípio de igualdade. O princípio de igualdade tem para a modernidade a mesma importância revestida no medievo pelo princípio oposto, o princípio de hierarquia. A igualdade é a palavra-chave que a

Revolução Francesa emprega para anular a diferença dos status e introduzir o sujeito único de direito: centralidade da lei, igualdade dos sujeitos perante a lei e o abatimento da antiga sociedade estamental se implicam mutuamente e juntos se propõem como o coração da modernidade anunciada pelas revoluções do final do século XVIII.

A imagem moderna da justiça tende a coincidir com a igualdade dos sujeitos assim como a imagem medieval da justiça se traduzia no tratamento diferenciado das partes na estrutura hierárquica da ordem. A igualdade dos sujeitos perante a lei é um dos pontos de força do direito penal moderno: as diferenças desaparecem; os aspectos subjetivos se tornam juridicamente irrelevantes. Tudo roda em torno à definição objetiva dos delitos e a uma aplicação das normas indiferente à *qualitas personarum*.

Na realidade, mesmo neste caso as coisas são mais complicadas. E o desenvolvimento do direito penal nos séculos XIX e XX torna o quadro bem mais problemático do quanto as suas fundações iluministas permitiriam imaginar.

O princípio da igualdade impõe um idêntico tratamento de todos os sujeitos. Na realidade, quando os teóricos da igualdade entre séculos XVIII e XIX falavam dos sujeitos para reclamar a sua igualdade tinham em mente um tipo sócio-antropológico predefinido de sujeito: o sujeito livre, proprietário, autônomo, homem, europeu, adulto ao qual se atribuem os dotes de racionalidade que lhe permitem calcular os efeitos das suas ações e de projetar a própria vida. Estes mesmos teóricos, porém, contrapunham à classe dos sujeitos livres, autônomos, proprietários uma classe de sujeitos não proprietários e heterônomos, uma classe que não por acaso era chamada, na cultura do século XIX, de *dangereuse*.

Somente para os sujeitos livres-rationais-proprietários o princípio de legalidade, com todos os seus corolários, funciona em regime pleno; somente os primeiros, de fato, estão em condições de calcular racionalmente as vantagens e as desvantagens da sua ação; somente para esses pode ser imaginado um funcionamento, por assim dizer automático, da lei; somente para esses vale até o fim o princípio da igualdade dos sujeitos e da conseqüente irrelevância do momento subjetivo. Os demais, os membros das classes perigosas, não são iguais aos primeiros: são, de certo modo, o seu oposto; são, no eixo vertical da sociedade, na sua ordem socialmente estratificada, o que os povos primitivos são no eixo da temporalidade; são (como escrevia Marx) uma classe da sociedade civil que não é uma classe da sociedade civil.

Delimita-se, então, a partir do modelo “iluminista” (não como sua traição, mas como sua aplicação) a política do “duplo binário” que domina o cenário do penal na Europa do século XIX: a justiça para os cavalheiros, tutelada pelas devidas garantias e indiferente aos aspectos subjetivos; e uma diferente justiça para as classes perigosas, que enquanto tais devem ser, acima de tudo, governadas. À duplicação do sujeito correspondia a duplicação dos níveis de legalidade: o nível “alto” era funcional ao mundo dos valores e sócio-econômico da *élite*; para as classes perigosas eram necessários outros meios, mais diretos, rápidos, livres de questões formais.

A igualdade não é negada, mas vem a fazer parte de um campo de tensão; se um pólo é a igualdade, o outro pólo é a segurança. Se a igualdade pretende zerar as diferenças, a preocupação pela segurança as multiplica e se empenha em identificar sempre novas figuras de periculosidade. No início do século XIX eram privilegiadas as matrizes econômico-sociais da periculosidade: as classes subalternas eram compostas por indivíduos “perigosos” por definição. Na segunda metade do século XIX, a periculosidade se torna, com a Escola positiva do direito penal, uma dimensão antropológica do sujeito. A igualdade, a aplicação da lei igual, o rigoroso respeito do objetivismo, parecem flechas incapazes de atingir o alvo: a defesa da sociedade do assalto do criminoso. Não a igualdade dos sujeitos, mas a constatação da diferente periculosidade dos cidadãos deve ser o ponto de partida do penal. E, conseqüentemente, deverão ser desenvolvidas estratégias capazes de colocar fora do jogo os sujeitos perigosos: excluí-los, se necessário eliminá-los.

Retorna sempre a expectativa que o criminoso seja, de algum modo, separado do corpo são da sociedade, seja jogado fora, relegado a um lugar “externo”. A própria pena carcerária, mesmo quando sejam enfaticamente declarados os seus escopos de “reforma moral” do réu, realiza a função se apresentando como um lugar (materialmente e simbolicamente) “separado”, capaz de traçar uma fronteira intransponível entre o dentro e o fora.

A dinâmica eliminatória e expulsiva é, portanto, um traço recorrente, ou melhor, uma linha de continuidade, no imaginário e nas práticas penais: aquela dinâmica vem de longe e não é anulada pela retórica da igualdade, dominante na modernidade. Jakobs teria razão, portanto, ao sustentar que a sua teoria do direito penal do inimigo é parte integrante da tradição ocidental? Creio que a resposta a esta pergunta deva ser articulada. A imagem do criminoso como inimigo pertence à tradição, mas não é a tradição, não a ocupa por inteiro; é somente uma das suas possibilidades internas. Esta possibilidade está presente na modernidade e se delimita com força também no nosso presente, em que adquire um relevo crescente o tema da segurança e torna a ser dramatizada a

contraposição entre o “dentro” e o “fora”, entre os cidadãos pleno iure e os sujeitos estranhos e (potencialmente ou atualmente) perigosos. A modernidade, todavia, se continua a cultivar antigos e sempre novos dispositivos de exclusão e de eliminação, inclui também expectativas, princípios ético-jurídicos e instrumentos argumentativos que induzem a privilegiar a integração sobre a exclusão, a igualdade sobre a discriminação. Eu falava justamente de um campo de tensão. O nexo entre “incivilização” e “modernidade”, que o otimismo dos séculos XVIII e XIX dava por obrigatório e irreversível, é na realidade somente um problemático encontro e uma frágil possibilidade sempre exposta ao risco de transformar-se no seu próprio contrário.

O DIREITO CODIFICADO ENTRE PROJETO E APLICAÇÃO. histórias de iluministas, de códigos e de magistrados (1786-1791)³¹

Stefano Solimano³²

“Uma desordem que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal não se compara com as desordens que nascem da interpretação”: Beccaria, *Dos delitos e das penas*, 1764

Creio que a minha conferência se coloque em meio à fala de Massimo Meccarelli e a sucessiva de Pietro Costa, vez que me ocuparei das reações dos magistrados colocados diante da entidade do código penal.

Antes de mais nada, peço desculpas aos colegas se na primeira parte do meu discurso devo proceder descritivamente, mas esta opção me pareceu mais oportuna em relação aos juristas em formação e em relação aos doutorandos que igualmente se arriscariam de não colher plenamente a segunda parte da minha intervenção.

Antecipo desde já que meu interesse é comparar as reações dos juristas franceses e habsbúrgicos colocados defronte àquelas novas regras que, seja em diversa forma e intensidade, compreenderam aquele *arbitrium iudicis* que constituiu o coração do sistema penal do *ancien regime* europeu. Em substância, se trata também de valorar qual seria o efeito código. E os resultados não deixarão de surpreender-nos.

No que concerne à apresentação dos códigos do final do século XVIII, cumpri uma precisa escolha metodológica que pode parecer inusitada. Entendo aludir à circunstância de que a apresentação de referidos códigos é filtrada através dos contemporâneos, contemporâneos necessariamente franceses. Por que necessariamente franceses? Porque estes não somente não deixam de conhecer e ilustrar todos os códigos, mas também, se não (ou, sobretudo), porque cruzam por último a linha de chegada da codificação penal em 1791 e, portanto, tiveram bem claras as

³¹ Tradução de Lucas Carlos de Lima. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro dos grupos de grupos de pesquisa (UFSC/CNPq) *Ius Gentium e Ius Commune*.

³²

escolhas de fundo cumpridas seja pelo legislador toscano de 1786, seja pelo codificador austríaco de 1787.

Seguindo um critério diacrônico, iniciamos pela Reforma criminal do Grão-Duque Pietro Leopoldo que entrou em vigor em 1786. Não são poucos os comentários à Leopoldina publicados na França, como pôde notar Paolo Comanducci vinte anos atrás. Decidi por debruçar-me sobre somente um destes, um texto breve, que surge da pena do redator do *Journal de Paris* no mês de março de 1787. À primeira vista não parece uma contribuição particularmente significativa. Por razões editoriais ele não pode ser mais que resumido: o autor, em vez de fazer um comentário como um vôo de pássaro das 119 normas, prefere freqüentemente reportar a nua tradução daquelas mais significativas. *Exempli gratia*, reproduz a disposições que abolem a tortura, a pena de morte, o confisco geral ou aquelas que introduzem as invioláveis garantias ao imputado, como as normas que dispõem a existência obrigatória de um advogado ou que impõem o confronto entre os testemunhos e a versão do imputado. Não impressiona nem mesmo a circunstância de que o código penal toscano venha saudado como um **“um benefício não somente para a Toscana, mas para os povos que desejarem, em seguida, empreender esta importante reforma”**. Onde estaria a originalidade? Por que ater-me sobre o escrito deste desconhecido redator? Porque, não obstante a inquestionável concisão do ensaio, acredito que este autor tenha colhido melhor que outros a cifra da codificação toscana. Em primeiro lugar, ele parece ter-se dado conta que a Leopoldina é o fruto de uma mediação que foi toda operada pelo Grão-Duque Leopoldo. O jovem habsburgo, embebido na cultura jusfilosófica dos iluministas, age como um soberano iluminado, animado por um seguro ardor reformístico mas ao mesmo tempo mostra não querer impor do alto e a qualquer custo os seus *desideratos*. O Grão-Duque compreendeu que o sucesso de um código não pode prescindir tão-somente da relação dos juristas, mas também do pleno consenso destes. Acredito não errar afirmando que Leopoldo os considera não tanto e não somente perfeitos tecnocratas, mas sim depositários da experiência jurídica, da cultura e do *ethos* do povo toscano. Para ser ainda mais claro, se é verdade que o Grão-Duque Leopoldo planifica o conteúdo do seu código – as famosas *Máximas e Opiniões* (*Massime e Vedute*) entregues aos seus conselheiros-juristas, é verdade também que diante das observações destes últimos, com freqüência surpreendentemente peremptória, o Grão-Duque coloca-se um passo a trás. Não impõe o seu código, como, ao contrário, quererá fazer o seu irmão José quando da aplicação do código de 1787 à Lombardia austríaca. Entendamos, *Sic volo, sic iubeo* (*minha vontade e comando*) não poderia nunca ser o mote de Leopoldo. Isto não significa que o código não seja por ele concebido no interior de um desenho estatalista – a disposição que veta as composições privadas está ali para recordá-lo (Sbriccoli) – mas

é também certo que ele está persuadido que o código pode funcionar, queremos insistir este aspecto, somente se repousa sobre o consenso dos consociados. E atente-se que o espírito de conciliação de Leopoldo é verdadeiramente impressionante. Nas *Vedutas* (o esboço redigido pessoalmente pelo Grão-Duque), quando afronta o problema da relação juiz e lei, Leopoldo se move na mesma linha de Montesquieu e Beccaria : « Nenhum juiz pode abandonar a lei, e por consequência não pode decretar outra pena senão a pena prescrita pela lei, não pode interpretá-la, mudá-la, nem explicá-la ; a lei é aquela que inflige a pena, e não o juiz, que por consequência não deve senão verificar se as circunstâncias e os casos são aqueles compreendidos pela mesma lei». Portanto, se percorremos os parágrafos da Leopoldina podemos notar quão importante discricionariedade é concedida ao juiz. Em caso de lacuna, o magistrado é chamado a utilizar as normas vigentes aplicadas segundo o espírito da nova legislação, ou então, onde estão presentes fortes indícios, mas na ausência de prova plena, ele pode infligir uma pena extraordinária, e por fim, para não poucas fatispécies criminosas, pode fixar com plena autonomia a sanção. Se trata da recuperação do experimentado sistema das normas penais arbitrárias. Como se vê, nos encontramos na antípoda em relação à impositação originária do Grão-Duque. Uma solução esta que virá em pouco tempo estigmatizada por um ilustre comentador da Leopoldina, Condorcet : este código, escreverá o Marquês, deixa **“aos juízes uma autoridade excessiva na fixação da pena”** acrescentando **“que é sempre perigoso conceder ao juiz qualquer autoridade além daquela de aplicar literalmente a lei”**, como se vê, retorna-se novamente a Beccaria. Eu dizia um pouco antes que o obscuro redator do *Journal de Paris*, colheu melhor que os outros o *esprit* do código leopoldino. Exatamente isso. Além de compreender que aludida legislação é o fruto de um compromisso, ele revela um outro grande mérito do legislador e isto é a circunstância que ele consegue não perder nunca de vista: **“o acordo da justiça e da humanidade”** Aos seus olhos o soberano realizou um sábio equilíbrio: o Útil, o verdadeiro e próprio Verbo que guia a mão dos legisladores e dos jusfilósofos europeus de direito penal, no qual se inspira, de alguma forma, o legislador leopoldino, não se confunde com o Justo. Utilitarismo bem temperado, se poderia afirmar. Será que o panfletista parisiense entende neste mover uma crítica ao código penal austríaco de 1787 publicado há meses em Viena pelo irmão de Leopoldo, José II? Não se pode saber com segurança, mas é certo que, exatamente sobre este ponto, um jurista conhecido pelo seu ardor reformista concentra as suas observações apresentando ao público francês o código penal de 1787. Trata-se de Brissot de Warville, o fundador da *Bibliothèque du législateur et du jurisconsulte*, que em 1788 publica uma carta endereçada ao Imperador da Áustria significativamente intitulada *Sur l'atrocité des supplices qu'il a substitués comme adoucissement à la peine de mort*. Atenção: Brissot não contesta que a questão penal seja resolvida segundo os

cânones do utilitarismo. Aos seus olhos o ser humano age, assim como lhe ensinaram Helvétius e Beccaria, movido pela sua «*sensibilité*» entre o binômio fuga da dor/busca pelo prazer. ***“A maior parte dos criminosos são ou miseráveis ou loucos, ou malvados calculistas. Aos primeiros é preciso dar propriedade e meios de trabalho. É preciso curar os loucos, e aprender a calcular os efeitos das próprias ações*»** observa Brissot. É este o ponto nevrálgico: exceção feita para os miseráveis e os insanos, o legislador deve apontar seus ***malvados calculistas***. É evidente neste passo o eco de Beccaria. Ora, aos olhos de Brissot, José II, impostando a questão penal entre uma perspectiva radicalmente utilitarista, isto é, sem refrear o Útil com o Justo, cometeu um erro colossal. Pontuando sobre a intimidação, José II realizou um código não somente desumano, mas, sobretudo, inútil. Deve-se saber que, realmente, se José II aboliu a pena de morte, ao mesmo tempo acolheu num decreto sucessivo aquele que Adriano Cavanna pertinentemente definiu uma pena de morte a conta-gotas e isto é a sanção do arrastar das balsas sobre o Danúbio (Schiffziehen); introduziu além disso sanções corporais como a marca a fogo e as bastonadas; previu por fim, um sistema detentivo tão severo que se pode materializar, nos casos mais graves, em um acorrentar com cerco de ferro em torno ao peito, toras nos pés, isolamento, limitações de comida a pão e água, uma medida detentiva, se observa, que não permite que o condenado possa sossegar. Devemos aqui renunciar à eficácia da descrição cumprida por Brissot sobre estes sofrimentos. Já dissemos que ele os considera não somente desumanos mas, sobretudo, inúteis. No mais: perniciosos para o interesse público: ***“Fez-se dos homens culpáveis, fez-se deles animais ferozes, ou bestas voluptuosas, martirizando-os inutilmente (p.10) [...] A barbárie não corrige mais os homens; ela os agride, os indigna; ela indigna também as testemunhas de seu suplício; ela habitua os vingadores da sociedade com as suas atrocidades; ela sequer distancia do crime a força das circunstâncias que podem conduzir ao mesmo. Quanto mais as sociedades defendem as penas requintadas, mais elas se expõem”***. Por qual motivo? Sem dúvida também porque eles ***“inspiram piedade pelo paciente”***. Necessário, sobretudo, ***“procurar prevenir antes de punir é o que se deve buscar na punição”***. Como se pode notar, aqui Brissot se inspira em Montesquieu e em Beccaria. Ora, paradoxalmente, também José II atinge a Beccaria. A substituição da pena de morte com a sanção do arrastar das balsas se põe perfeitamente alinhada com Beccaria numa passagem do parágrafo contra a pena de morte: ***“Não é o terrível mas passageiro espetáculo da morte de um perverso, mas o longo e sofrido exemplo de um homem privado de liberdade que, tornado besta de serviço, recompensa com as suas fadigas aquela sociedade que foi ofendida, que é o freio mais forte contra os delitos*»**. Aquilo que entendo necessário trazer à luz é que José II não desdenha de inspirar-se naquelas páginas de Beccaria que refletem uma imposição utilitarista radical. Eis um outro

exemplo. O jurista milanês afirma que se o imputado durante o interrogatório “*se obstina a não responder às interrogações feitas-lhe merece uma pena fixada pela lei, e pena das mais graves que são por ele intimidadas, porque os homens não desiludem assim a necessidade do exemplo que devem ao público*». Portanto, no código de processo de 1788 referida sugestão vem materializada uma vez que o parágrafo 110 estabelece que o imputado silente será advertido acerca da obrigação “*de responder ao seu legítimo juiz, como também da punição, que recairá sobre si diante de seu comportamento desobediente: quando a advertência não basta a dobrá-lo ao dever, se recorrerá ao castigo das bastonadas, enquanto durar o obstinado silêncio*”. Uma re-emersão desleal da tortura, foi observado. Além disso, é preciso colocar em evidência que, de alguma forma, Beccaria, no curso de sua obra, percebendo que uma impositação utilitarista levada ao extremo mortificaria o princípio de justiça, freqüentemente corrige o tiro. Em outros termos, Beccaria é, todavia, sempre capaz de perceber que nem sempre aquilo que é útil é também justo. Beccaria não é ainda Bentham. José II não poderia nunca possuir um *mea culpa* deste tipo. O seu código é concebido a fim de realizar uma efficacíssima repressão em nome da defesa do Estado. De resto, referido código se coloca perfeitamente no contexto da reforma do Estado que José II está realizando. Um absolutismo mais absoluto que iluminado, como revelou Mario Alessandro Cattaneo. Certamente, o código de 1787 acolhe o princípio da legalidade – e é por isto que este é sempre saudado como o primeiro código penal moderno – todavia a historiografia germânica, e, sucessivamente, a italiana convidaram a considerar como, no âmbito de um estado absolutista, este mesmo princípio pode ser perfeitamente declinado no interior de uma lógica estatalista. Como se vê, também graças aos comentários dos dois juristas franceses contemporâneos, estes dois códigos se colocam antagonicamente: eles refletem, no bem e no mal, políticas de direito não pouco diversas. De resto, também com referência à relação juiz-lei se colhem diferenças assaz significativas. Sem atingir a utópica solução do juiz autômato, José II comprime, sem dúvida, o *arbitrium iudis*. Ao magistrado é deixada certa margem discricional, mas no interior de um engenhoso mecanismo “para efeito do qual é o legislador a estabelecer, para qualquer crime, tipo, severidade, duração e grau da pena. É somente no interior do grau indicado pelo código, isto é entre o mínimo e o máximo dos anos de detenção pré-fixados, que ao juiz é permitido de intervir decidindo a medida última da sanção” (Cavanna). Uma discricionariedade pilotada do alto, foi justamente afirmado (Cavanna). A isto se acrescente que o juiz é obrigado a considerar as circunstâncias minuciosamente previstas pelo legislador, sendo por fim chamado a desempenhar contemporaneamente a função inquiridora, judicante e defensiva.

E chego, enfim, à segunda parte do discurso destinada a refletir sobre a aplicação do código austríaco de 1787 em contraponto à aplicação francesa de 1791.

O aspecto, sem dúvida, mais surpreendente relativo à análise da aplicação do código de José II de 1787 a 1803 (uma análise realizada nos arquivos judiciais de Trieste por este que vos fala) concerne à repressão do furto, *rectius* do furto agravado. Esta figura criminosa, independentemente do valor do objeto roubado, é punida bastante severamente. Detenção e trabalho público, de 8 a 12 anos se o furto acontece de noite, ou então causando dano ao próprio patrão, ou em caso de incêndio ou inundação. Se é cometido em um lugar fechado, ou em companhia de mais ladrões, ou em lugar sacro; se causou um dano muito sensível em razão ou de considerável valor ou mesmo em precárias condições econômicas do roubado, o juiz é obrigado a condenar o imputado a prisão e trabalho público entre um mínimo de 5 e um máximo de 8 anos. Todavia, este severo tratamento sancionatório é sistematicamente boicotado pelos juizes. Inicialmente os togados desaplicam abertamente a norma reprimindo o furto agravado com três meses de trabalhos públicos. Trata-se de uma pena arbitrária, imputada em aberto contraste com o princípio da legalidade da pena peremptoriamente fixado pelo mesmo código (§ 13). Tal comportamento não passa inobservado. Um decreto do Governo emanado na primavera de 1788 chama a atenção de todos: “as penas severas indicadas no § 160 do código criminal (devem) ter lugar e (devem) ser infligidas também nos casos cujo bem roubado seja de um levíssimo valor, ou que a importância seja ínfima e de pouca consideração”. Fim da história? O decreto tolhe as mãos dos juizes? Nem em sonho. A situação prossegue através da burla de uma outra norma, desta vez contida no código de processo penal de 1788 através da qual continuou-se a evitar a disposição substancial. O parágrafo 171 consente a mitigação da sanção desde que ela seja acordada pelo Tribunal Superior e sobre o pressuposto que o imputado seja primário e que recorram os requisitos elencados num outro parágrafo. O juiz deve ter em consideração, por exemplo, a tenuidade do dano causado pelo delito, vez que não se trata de homicídio, de roubo, ou de incêndio; a vida honesta anterior do indiciado, a idade jovem juventude e uma manifesta insipiência por defeito de educação e de experiência, ou então o prejuízo que uma punição muito severa derivaria a uma família inocente, no seu sustento, ou na profissão da qual este dependa. Ora, os requisitos indicados pelos parágrafos citados não são compreendidos como *vinculantes* pelos juizes que pretendem a mitigação da pena também, por exemplo, a favor dos reincidentes ou para os imputados que não podem gozar do benefício da idade. O ponto de força desta questão reside no fato que o Tribunal Superior segue as tendências dos

tribunais inferiores³³. Também os juízes de segundo grau estigmatizam a opção sancionada pelo legislador de 1787 no mérito ao do furto agravado e rompem também a malha da lei. Sobre as 184 condenações por furto, 136 foram diminuídas. Constituem 74% do total. E em referência às sanções infligidas, considere-se que a condenação à detenção de seis meses e de um ano representa as penas mais aplicadas. Bem abaixo do limite mínimo dos cinco ou dos oito anos previstos pelo legislador.

Evidenciado, portanto, que a sanção por furto agravado é considerada muito severa, buscamos reconstruir as razões e as motivações que impelem estes magistrados a recorrer continua e *subrepticamente* ao parágrafo 171. As respostas são múltiplas.

Antes de tudo, revela-se que frequentemente se tratam de furtos de leve, levíssima importância: laranjas (1790), uma coberta (dezembro de 1790), pregos (1792), uma capa (novembro de 1792), couve-flor (dezembro de 1793), aveia (fevereiro 1796), corda (abril 1798), lenços (julho de 1800), pães (fevereiro de 1801), feno (1803). Furtos cometidos por gente pobre e por pessoas que se tornaram indigentes por causa da perda do trabalho (operários, carregadores). Furtos perpetrados em concomitância de penúria e invernos rígidos. Nas decisões, os juízes visualizam precisamente o quadro econômico e social da cidade. E os retratos dos indiciados, quanto à crueza, relembram certas páginas de Victor Hugo. Mas trata-se antes de furtos realizados por pessoas “bem nascidas” (a adjetivação é do magistrado referente) das proximidades de a Trieste de Torino ou de Livorno, por exemplo, para aprender a arte mercantil [são, ademais, “práticos de balcão”] que são destituídos por causa da bancarrota financeira do próprio *dominus* e que conseqüentemente roubam aquele tanto que os permita voltar para suas casas. Em relação aos comerciantes principiantes, os magistrados se mostram particularmente sensíveis: dispõem a não publicação da sentença para que não “fiquem comprometidos nos seus progressos no comércio”. A mitigação da pena é realizada, também, por um outro motivo, meritório de ser colocado em evidência. Os juízes sabem que o cárcere produz efeitos crimínógenos. No fim da “prisão longa em companhia dos mais perversos desajustados (o condenado) retornará à liberdade... com o ânimo mais ferido e depravado em vez de ser corrigido”, escrevem em 1793; uma “longa condenação o extraviará” repetem seis anos depois. Melhor, portanto, uma breve detenção exacerbada, talvez, com alguns golpes de bastão.

Ora, o aspecto mais interessante e surpreendente desta experiência é representado pela circunstância que na França, no mesmo período, se está verificando o mesmo fenômeno. Trata-se uma *significant coincidence*? Buscamos descobri-lo. Como o legislador austríaco, também o

³³ É comumente observado que os juízes de Trieste elaboram, todavia, aludidos limites: não solicitam o ato de clemência vez que já tenha sido beneficiado uma vez ou então quando se tratava de criminosos pelo qual não havia esperança alguma de emenda/recuperação (um super-reincidente, em suma, se me é permitida a expressão

legislador francês de 1791 previu sanções severas para o furto agravado. O furto cometido de noite, ou então *“com escalada, com chaves falsas”*, ou ainda *“portando armas ou em grupos”* punidos com oito anos de prisão. Se depois acompanham outras circunstâncias especificamente previstas pelo código o juiz é obrigado a acrescentar-lhe outros dois anos por cada circunstância acertada. E como os juízes austríacos, os juízes franceses se opõem às escolhas repressivas do legislador. Graças ao imprescindível estudo conduzido por Bernard Schnapper sobre a práxis do tribunal de Vienne sabemos que o corpo de jurados boicota sistematicamente tal rigor repressivo. Obrigado a condenar em oito anos a ladra de um melão no mercado, o tribunal a absolve clamorosamente. Obviamente os jurados esquivaram-se da norma. É notório, de fato, que o legislador de 1791 realizou um sistema de penas fixas, trata-se do sistema mais aderente às prescrições montesquianas e beccarianas, que não consente de algum modo que o juiz togado possa modular a sanção. Como escreve Bernard Schnapper, *“O júri tinha de responder três questões para cada infração e para cada acusado: o fato é constante? O acusado é o autor? Ele cometeu o ato com a intenção de lesar? Esta última questão era essencial e sua ausência um caso de nulidade”*. *“Ou – continua aquele estudioso – os juízes, particularmente nos casos de roubos, encontraram com a resposta negativa uma maneira fácil de absorver”*.

Em Vienne como em Viena, portanto. Na região de Vienne, assim como nos territórios hereditários dos soberanos vienenses, os juízes não permaneceram inertes diante de sanções desproporcionais em relação ao fato lesivo.

A história da aplicação dos primeiros códigos penais europeus desmentiu traumáticamente e sem equívocos a célebre afirmação de Beccaria segundo a qual “uma desordem que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal não se compara com as desordens que nascem da interpretação”.

DEBATES DOUTRINAIS SOBRE O CRIME CONTRA O ESTADO NO ANCIEN RÉGIME

Arno Dal Ri Júnior *

Introdução

A noção de *lesa maiestatis* adentrou na Modernidade marcada por diversos elementos que caracterizaram a sua evolução histórica na cultura jurídica medieval. No alvorecer da Idade Moderna, como salienta Giovanni Tarello³⁴, era forte a tendência a enquadrar a maioria dos crimes públicos na figura da lesa majestade. Uma figura que ainda distinguia-se em divina e humana, sendo que a primeira compreendia essencialmente os crimes de heresia, magia e sacrilégio³⁵; enquanto a segunda, que originalmente consistia nos crimes contra a pessoa do soberano, encontrava-se dividida em duas subcategorias, ou seja, o atentado direto ao soberano e o atentado indireto, que acontecia quando os atingidos eram os ministros e os principais oficiais³⁶, ocorrendo também no caso de ofensas mediante libelos difamatórios³⁷.

* Doutor em Direito pela Università Luigi Bocconi de Milão, com Pós-doutorado pela Université Paris I (Panthéon-Sorbonne). Mestre em Direito pela Università degli studi di Padova. Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

³⁴ “Per quanto concerne il diritto penale sostanziale esso era caratterizzato da notevoli distinzioni soggettive. Sotto il profilo oggettivo delle figure del reato, la grande distinzione tra reati era ancora quella romana e medievale tra reati (o crimini o malefici) ‘pubblici’ e ‘privati’ (cioè rispettivamente perseguiti automaticamente dal giudice o da organi pubblici, oppure solo in seguito ad una accusa da parte della vittima o comunque da parte di un legittimato privato) ove però le due classi erano riempite di contenuti tutti medievali; i crimini pubblici si risolvevano nella figura tendenzialmente onnicomprensiva della lesa maestà; la lesa maestà si distingueva in divina e umana; la lesa maestà divina comprendeva essenzialmente le tre fattispecie criminali di eresia, magia e sacrilegio; la lesa maestà umana, originalmente consistente nelle sole figure di crimine contro la persona del sovrano, era venuta distinguendosi in due sottocategorie, cioè le fattispecie di attentato diretto al sovrano (‘au premier chef’) e di attentato indiretto, cioè attraverso i ministri e i principali ufficiali anche mediante libelli diffamatori ecc. (‘au second chef’). In: TARELLO, Giovanni. Montesquieu criminalista. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.º 5 (1975), p. 201 ss.

³⁵ Ver, a respeito dos crimes de heresia e de blasfêmia na Modernidade, a obra de PROSPERI, Adriano. *I Tribunali della coscienza*. Inquisitori, confessori, missionari. Torino: Einaudi, 1996.

³⁶ Trata-se da mesma divisão a ser apresentada no exame da matéria no âmbito das ordenações portuguesas: primeira cabeça (‘au premier chef’) e segunda cabeça (‘au second chef’).

³⁷ As sanções, ainda segundo Tarello, eram assim previstas: “(...) il rogo era previsto sia per lesa maestà divina (magia, eresia), sai per crimini canonici non di lesa maestà (sodomia), sia per lesa maestà umana (alcuni attentati alla persona del re; altri attentati invece richiedevano lo squartamento), sia per alcuni reati umani (incendio doloso, veneficio); le pene dei lavori forzati, per loro natura quantificabili per unità di tempo, generalmente non erano tali perché comminate per la vita; la pena per eccellenza quantificabili, cioè la detenzione, era poco usata come ‘pena’ in senso técnico: infatti l’imprigionamento (es. alla Bastiglia in seguito ad una lettre de cachet) non era ‘pena’, bensì una misura amministrativa o politico-amministrativa, sui cui non si innestava necessariamente un processo penale (a differenza di ciò che si verificava in Inghilterra, a causa dell’istituto dell’habeas corpus)”. In: TARELLO, Giovanni. *Op. cit.*, p. 202.

Nesta perspectiva, o objetivo desse ensaio é apresentar de modo sucinto a construção do acidentado e tortuoso itinerário das noções de crime político elaboradas por alguns dos principais juristas que se ocuparam do assunto no Antigo Regime, salientando as principais rupturas e discordâncias doutrinárias no tema. Em especial, tentar-se-á demonstrar como na França, através de Jean Domat, surgem as primeiras críticas ao movimento de contínua expansão do rol de condutas contempladas como objeto do delito, assim como, dentro de quais parâmetros acontece a reação a estas mesmas críticas, através dos escritos de Pierre Muyart de Vouglans.

1. As primeiras elaborações doutrinárias sobre o crime político na Modernidade

A primeira fase que vive o conceito do crime de lesa-majestade na Idade Moderna tem como um dos seus principais protagonistas o saxão Benedict Carpzow³⁸. Mergulhado em uma tradição jurídica que ainda se apresentava com fortes vínculos com a cultura medieval, Carpzow deu continuidade à análise desenvolvida pelos glosadores e comentadores³⁹.

O jurista saxão inicia o seu estudo examinando o ponto central de todo o sistema, ou seja, a noção de *maiestas*. O autor tinha por objetivo, principalmente, fortalecer os elementos ligados à *potestas* da *maiestas*, redimensionando os elementos ligados ao *honor* e à *dignitas*, fundamentados, segundo ele, em uma concepção litúrgica do poder político⁴⁰. Nesta perspectiva, existiriam três elementos essenciais na definição do poder majestático: *summa*, *perpetua* e *legibus soluta*. O primeiro elemento seria próprio de “quem não conheça poder maior que não seja Deus”; o segundo, “não concerne àqueles que detém o poder por breve tempo”; o terceiro e último, depende do primeiro, ou seja, “é próprio daquele que detém o poder e, por isso, emana as leis”. A ausência de um destes três elementos desconfiguraria a noção de *maiestas*⁴¹.

³⁸ Conhecido no seu tempo como “O Legislador da Saxônia”, Benedict Carpzow nasceu em 1595 e morreu em 1666. Teve uma importante atuação em diversos ramos da ciência jurídica, do penal ao constitucional. Na área do direito penal, obteve grande destaque com a obra *Practica nova Imperialis Saxonia rerum criminalium*, de 1635. Também foi um dos mais severos perseguidores de bruxarias em terras germânicas, afirmando ter executado mais de 20.000 pessoas acusadas por este delito.

³⁹ Ver, a respeito, LISZT, Franz v *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Russell, 2003, p. 107.

⁴⁰ SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna. Milano: Giuffrè, 1974, p. 191.

⁴¹ Idem, p. 194.

Para Carpzow, existiria uma *maiestas* originária, na qual o titular seria o imperador do Sacro Império Romano-Germânico. Esta seria fonte de todas as outras (reais, principescas, ducais), que, por sua vez, seriam consideradas *maiestas* delegadas. Deste modo, o autor saxão montou uma estrutura piramidal “do avesso”, em que serviria de vértice para sustentar toda a estrutura do poder majestático que, nos seus vários graus e em todas as suas manifestações, passa a ter sentido e se legitima graças ao apoio do vértice. Monta-se uma articulação de cruzamentos “(...) entre maiores e menores autonomias delegadas que tem como resultado um sistema equilibrado e simétrico que satisfaz conjuntamente as exigências de ordem racional do jurista e as de ordem político do Estado e da sua classe dirigente”⁴².

No que concerne ao crime em si, a formulação conclusiva dos traços que o caracterizaram entre as idades Média e Moderna vem apresentada no século XVI pelos juristas Pietro Follerio e Jacques Godefroy. Este último, em particular, fez com que o comportamento criminoso pudesse ser configurado em três condutas diferentes: a) a *perduellio*, considerada como a possibilidade mais extrema do crime, onde existiria um ataque frontal e radical ao Estado e à sua incolumidade; b) a *turbatio auctoritatis seu potestatis publicae*, que representava um momento de fricção ou de contestação particular do qual nasce um potencial estado de perigo para as instituições; c) a *laesio venerationis*, quando o crime vem consumado através do desrespeito ao complexo de deveres e obrigações de obediência sobre o qual se fundamentam a tranquilidade e a credibilidade da autoridade política⁴³.

2. Os pressupostos político-teológicos da re-construção da noção de *Crimen laesar maiestatis* no Reino da França

A França do século XVII, porém, apresentou um desenvolvimento bastante peculiar na doutrina sobre o delito. Marcada pela consolidação de diversos e importantes princípios teológicos

⁴² Idem, p. 195.

⁴³ Idem, p. 253.

como fundamentos do Estado, o *Royaume de France*⁴⁴ foi um grande laboratório em que pensadores ilustres como Jacques Bossuet, Jean Domat e Pierre Muryart de Vouglans puderam elaborar teorias significativas na construção e na defesa do Absolutismo monárquico.

O primeiro desses homens, a quem a França deve grande parte da sua estabilidade enquanto monarquia absoluta, foi o teólogo católico Jacques Bossuet⁴⁵, um dos principais conselheiros de Luís XIV, o *Roi Soleil*. A obra de Bossuet no campo da política é sensivelmente marcada por matizes ideológicas voltadas a legitimar o monarca como soberano por “graça e vontade divina”⁴⁶. Tratava-se, para o teólogo, de delinear o poder exercido pelo rei sobre a nação francesa como emanção direta do poder divino. Usando de princípios teológicos para fundamentar o Estado absolutista, a obra de Bossuet pode ser contextualizada nos primórdios do amplo e gradual movimento que posteriormente conduzirá à secularização dos mais importante princípios da teologia católica⁴⁷.

Tentando apresentar o poder soberano do monarca absoluto como legitimado por Deus, a política de Bossuet refletiu-se com vigor na noção de lesa-majestade. Tratava-se de uma influência amplamente reforçada pelo fato do discurso elaborado por Bossuet, e por outros pensadores políticos do período, apresentarem, também, o Rei como personificação do Estado. A célebre frase

⁴⁴ Para uma análise da história política-institucional do Reino da França, ver a magnífica obra de DUBY, Georges. *Histoire de la France*. Des origines à nos jours. Paris: Larousse, 2003.

⁴⁵ Jacques Bénigne Bossuet, nasceu em Dijon, em 1627, e morreu em Paris, em 1704. Com reputação de grande orador, ordenou-se padre em 1652 e bispo em 1669. Também foi membro da Academia francesa a partir de 1671. De 1670 à 1681 foi preceptor dos filhos do rei Luís XIV. Em 1681 publicou seu famoso *Discours sur l'histoire universelle*. A partir de 1681, a pedido de Luís XIV, empenhou-se no conflito entre o rei e o papa Inocêncio XI sobre a ingerência da Santa-Sede na política da França. Redigiu a declaração de 1682 sobre as liberdades da Igreja gálica, fixando limites para o poder espiritual e o poder temporal. Buscando a reunião de todas as Igrejas cristãs sob o catolicismo, manteve, sobre este tema, longa correspondência com o filósofo luterano Leibniz. A obra *La Politique tirée de l'Écriture sainte* foi publicada em data posterior a sua morte, em 1709. Ver, a respeito as obras, MINOIS, Georges. *Bossuet. Entre Dieu et le Soleil*. Paris: Perrin, 2003; e, DE BONALD, Louis. *Trois études sur Bossuet, Voltaire et Condorcet*. Paris: Clovis, 1998; TRUCHET, Jacques. *Politique de Bossuet*. Paris: Armand Colin, 1966.

⁴⁶ Sobre a construção da imagem de Luís XIV na política francesa do século XVII, ver a obra de BURKE, Peter. *A Fabricação do Rei*. A construção da imagem pública de Luís XIV. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. Para uma análise das estratégias que tentaram “sacralizar” o corpo do soberano, ver BOUREAU, Alain. *Le simple corps du roi. L'impossible sacralité des souverains français – XV^e-XVIII^e siècle*. Paris: Max Chaleil, 2000.

⁴⁷ Como explica Carl Schmitt, trata-se do movimento que irá conduzir a um Estado moderno de direito que se impõe através de uma teologia e de uma metafísica que, se por um lado rejeitam a concepção teológica de milagre, por outro, usam as características deste para legitimar a intervenção do soberano no ordenamento jurídico: “*Denn die Idee des modernen Rechtsstaates setzt sich mit dem Deismus durch, mit einer Theologie und Metaphysik, die das Wunder aus der Welt verweist und die im Begriff des Wunders enthaltene, durch einen unmittelbaren Eingriff eine Ausnahme statuierende Durchbrechung der Naturgesetze ebenso ablehnt wie ordnung*”. In: SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker und Humblot, 2004.

Le État c'est moi! expressa com perfeição o contexto político da época, assim como deixa pressupor qual significado poderia revestir qualquer tipo de atentado contra o corpo do soberano⁴⁸.

Os princípios proclamados por Bossuet com impacto sobre a noção do crime de lesa-majestade encontram-se, em boa parte, presentes no terceiro livro da obra *La Politique tirée de l'Écriture sainte*, em que o autor analisa os pressupostos da autoridade do soberano. Logo nas primeiras linhas do referido livro, Bossuet lança a idéia chave da sua doutrina: “Já vimos que todo poder vem de Deus. (...) Os príncipes agem, então, como ministros de Deus e seus administradores sobre a terra. É por meio deles que Ele exerce seu império”⁴⁹.

Sendo apontado como ministro de Deus e como representante do poder divino na terra, o soberano passa a ser submetido a um processo de construção da própria imagem que se legitima através de discursos fundamentados em narrações presentes na sagrada escritura sobre personagens ungidos por Javé, tal como acontecia com os reis e os profetas de Israel. Por esta razão, Bossuet, ao revestir o soberano com a autoridade divina, identificava o atentado ao corpo do rei – o *crimen laesae maiestatis* – com o sacrilégio: “Parece, de tudo aquilo, que a pessoa dos reis é sagrada e que atentar contra eles é um sacrilégio. Deus os fez ungir por seus profetas com uma unção sagrada, como ele fez ungir os pontífices e seus cultos. Mas mesmo sem a aplicação exterior desta unção, eles são sagrados pelo seu cargos, como sendo os representantes da majestade divina, deputados por sua providência à execução de seus desenhos”⁵⁰. Da mesma forma, em diversas passagens a autoridade do rei vinha freqüentemente aproximada pelo autor à autoridade do pai de família⁵¹.

⁴⁸ Neste sentido, é eloqüente a narração de Peter Burke: “Luís tomou também o lugar de Deus, como foi assinalado pelo pregador da corte Jacques-Bénigne Bossuet e outros teóricos políticos. Os soberanos eram ‘imagens vivas’ de Deus, os ‘representantes da majestade divina’. Poderíamos dizer também que Luís representava o Estado. Segundo um obscuro autor político da época, um rei era ‘aquele que representa toda sociedade’. Evidentemente, Luís é notório pelo epigrama que lhe foi atribuído: ‘O Estado sou eu’. Se não disse isso, pelo menos permitiu a seus secretários escrever em seu nome: ‘Quando se tem em vista o Estado, trabalha-se por si mesmo’. Amigos e inimigos do regime concordavam com essa identificação. Bossuet declarou que ‘todo Estado está nele’, enquanto um panfleto protestante queixava: ‘O rei tomou lugar de Estado’”. In: BURKE, Peter. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁹ “*Nous avons déjà vu que toute puissance vient de Dieu. (...) Les princes agissent donc comme ministres de Dieu, et ses lieutenans sur la terre. C'est par eux qu'il exerce son empire*”. In: BOSSUET, Jacques B. *La Politique tirée de l'Écriture sainte*. Paris: Dalloz, 2003, p. 57.

⁵⁰ “*Il paroît de tout cela que la personne des rois est sacré, et qu'attenter sur eux c'est un sacrilège. Dieu les fait oindre par ses prophètes d'une onction sacrées, comme il fait oindre les pontifes et ses autels. Mais même sans l'application extérieure de cette onction, ils sont sacrés par leur charge, comme étant les représentants de la majesté divine, députés par sa providence à l'exécution de ses desseins*”. In: BOSSUET, Jacques B. *Op. cit.*, p. 58.

⁵¹ “*Nous avons vu que les rois tiennent la place de Dieu, qui est le vrai père pu genre humain. Nous avons vu aussi que la première idée de puissance qui ait été parmi les hommes, est celle de la puissance paternelle; et que l'on a fait les rois sur le modèle des pères. Aussi tout le monde est-il d'accord que l'obéissance qui est due à la puissance publique, ne se trouvé, dans le précepte qui oblige à honorer ses parens. Il paroît par tout cela que le nome de roi est un nome de père, et que la bonté est le caractère le plus naturel des rois*”. In: BOSSUET, Jacques B. *Op. cit.*, p. 58.

Como é possível observar, a teoria elaborada pelo teólogo francês tenta de todos os modos possíveis identificar a pessoa do soberano com a entidade sobrenatural. Uma entidade que, ungida por Deus, poderia até mesmo fazer milagres em meio do povo. Um fenômeno, este último, que, como firma Peter Burke⁵², leva o Rei a ser: “(...) visto pela maioria dos seus contemporâneos como uma figura sagrada. Atribuíram-lhe o poder de curar os que sofriam de doenças da pele graças a seu ‘toque real’. Era carismático em todos os sentidos, tanto no sentido original de ter sido ungido com o óleo do crisma – um símbolo da graça divina –, como no sentido moderno de ser um líder envolto por uma áurea de autoridade”.⁵³

Como nas tradições romana e medieval, a pena de morte é a condenação por excelência para todo aquele que atenta contra o soberano: “É necessário cuidar dos reis como coisas sagradas; e quem negligencia no cuidá-lo é digno de morte”⁵⁴. Para os que buscam defendê-lo, ao contrário, a justiça divina reserva um bom destino: “Quem cuida da vida do príncipe, coloca a sua sob os cuidados de Deus”⁵⁵.

A conjugação entre os pressupostos teóricos da monarquia absolutista e a severidade que caracterizou a noção de lesa-majestade na Idade Moderna – fenômeno meticulosamente elaborado por Jacques Bossuet –, deixava um espaço de manobra muito restrito para os opositores do *Ancien Régime*, fazendo com que o direito de resistência – exaltado por muitos autores medievais – passasse por uma fase de quase completa obscuridade. Neste sentido, como afirma Georges Minois: “Em uma tal concepção da função monárquica, não existe nenhum lugar para o direito de resistência dos indivíduos, qualquer que seja a conduta do soberano. Mesmo sob o golpe do mais odioso maníaco, o único recurso é a paciência. Bossuet não deixa de repetir: ‘É necessário, então, obedecer aos príncipes como se fosse a justiça, sem o que, não há ordem nem fim nos negócios.

⁵² BURKE, Peter. *Op. cit.*, p. 22.

⁵³ Como continua a narrar Burke, mesmo com o surgimento de críticas severas da intelectualidade francesa às encenações e identificações construídas para reforçar a imagem pública e o poder do soberano, Bossuet não se dava por abalado nas suas convicções e estratégias: “Esse poder, obviamente incompatível com o universo mecânico de Descartes e Galileu, foi alvo de zombaria de Montesquieu. (...) O problema do rei era ser um soberano sagrado num mundo cada vez mais secular. Era identificado com o sol numa época em que a lógica da identificação ou da correspondência estava em questão. Nas memórias reais, é explicado que o sol é uma imagem apropriada do monarca porque é o ‘mais nobre’ dos corpos celestes. Nessa altura, porém, Galileu já apresentara poderosos argumentos contra a aplicação de termos morais como ‘nobre’ ou ‘perfeito’ à natureza inanimada (...) Bossuet continuava a qualificar a monarquia de sagrada e paternal, e Luís continuou a tocar os doentes (mais de dois mil no Domingo de Páscoa de 1697, e 1.800 quatro anos depois). Em Versailles, o *lever du roi* ou ‘levantar do rei’ continuou a corresponder ao nascer do sol”. In: Idem, p. 142.

⁵⁴ “*Il faut garder les rois comme des choses sacrées; et qui néglige de les garder est digne de mort*”. In: BOSSUET, Jacques B. *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁵ “*Qui garde la vie du prince, met la sienne en la garde de Dieu même*”. In: BOSSUET, Jacques B. *Op. cit.*, p. 58.

Eles são deuses e participam, de qualquer modo, à independência divina'. (...) Disso advém que aquele que não quer obedecer ao príncipe, não é re-enviado a um outro tribunal; mas é condenado de modo irremissível à morte, como o inimigo do repouso público e da sociedade humana”.⁵⁶

Influenciado pelas doutrinas que davam respaldos à sua monarquia, Luís XIV, *roi de France*, também fez questão de imprimir a sua marca no delito, citando-o *en passant* na sua célebre *Ordonnance Criminelle*⁵⁷ de 1670. Esta previa, no artigo 11 do título primeiro, que: “Os nossos magistrados, oficiais de justiça e juizes presidiários darão a conhecer privativamente aos nossos outros juizes e aos dos senhores, casos reais como o crime de lesa-majestade em todos os graus, sacrilégio com arrombamento, rebelião aos mandamentos por nós emanados ou pelos nossos oficiais; a polícia para o porte de armas, as assembléias ilícitas, as sedições, os tumultos populares, a força pública, a fabricação, alteração ou exposição de falsa moeda, fidelidade dos nossos oficiais, as malversações por eles cometidas nas suas funções, os crimes de heresia, a perturbação pública ao serviço divino, o rapto e a retirada de pessoas por força e violência, e outros casos explicados por nossos por nossas ordenanças e regulamentos”⁵⁸. O primeiro artigo do título XXII, por sua vez, afirmava que: “O cadáver ou a memória de um defunto não poderá ser processada, a menos que se trate de crime de lesa-majestade divina ou humana (...)”.⁵⁹

Servindo como fundamento para a monarquia francesa durante entre os séculos XVII e XVIII, as doutrinas absolutistas passaram a ter uma incidência sempre vigorosa sobre a noção de lesa-majestade. A consequência direta deste fenômeno concretizou-se através de um processo de progressivo alargamento do âmbito de aplicação do delito, seja através da multiplicação de sujeitos

⁵⁶ “Dans une telle conception de la fonction monarchique, il n'existe bien entendu aucune place pour le droit de résistance des sujets, quelle que soit la conduite du souverain. Même sous la coupe du plus odieux maniaque, le seul recours est la patience. Bossuet ne se lasse pas de le répéter : 'Il faut donc obéir aux princes comme à la justice même, sans quoi, il n'y a point d'ordre ni de fin dans les affaires. Ils sont des dieux et participent en quelque façon à l'indépendance divine'. (...) De là vient que celui qui ne veut pas obéir au prince, n'est pas renvoyé à un autre tribunal; mais il est condamné irrémisiblement à mort, comme l'ennemi du repos public et de la société humaine”. In: MINOIS, Georges. *Op. cit.*, p. 239.

⁵⁷ Trata-se da “Ordonnance Criminelle du mois d'août 1670 Faite à Saint-Germain-en-Laye, enregistrée par le Parlement de Paris le 26 août 1670, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1671”, considerada a grande codificação do processo penal da monarquia francesa.

⁵⁸ “Nos baillis, sénéchaux et juges présidiaux, connaîtront privativement à nos autres juges, et à ceux des seigneurs, des cas royaux qui sont le crime de lèse-majesté en tous ses chefs, sacrilège avec effraction, rébellion aux mandements émanés de nous ou de nos officiers, la police pour le port des armes, assemblées illicites, séditions, émotions populaires, force publique, la fabrication, l'altération ou l'exposition de fausse monnaie, correction de nos officiers, malversation par eux commises en leurs charges, crimes d'hérésie, trouble public fait au service divin, rapt et enlèvement des personnes par force et violence, et autres cas expliqués par nos ordonnances et règlements”.

⁵⁹ “Le procès ne pourra être fait au cadavre ou à la mémoire d'un défunt, si ce n'est pour crime de lèse-majesté divine ou humaine (...)”.

“majestáticos” objetos da tutela penal⁶⁰ e das condutas que poderiam ser nesta enquadradas, seja através de um processo de “(...) politização de alguns delitos que antes a doutrina penal tinha considerado como delitos comuns ou, no máximo, delitos de relevância política, mas não compreendidos no grupo daqueles enquadráveis no delito de majestade”⁶¹.

3. O debate na doutrina francesa entre séculos XVII e XVIII: Jean Domat e Pierre Muyart de Vouglans

Em oposição a este fenômeno, encontrava-se a figura solitária do jurista francês Jean Domat⁶². Respeitadíssimo pela sua extensa obra em matéria civil, no âmbito da ciência política Domat contextualiza-se como um pensador que, mesmo estando mergulhado na cultura absolutista que caracterizou o período de Luís XIV, já antevia o fim do *Anciën Regime* em um futuro não muito distante.

De um modo geral, a teoria política que Jean Domat elaborou fundamentava-se em uma visão organicista da sociedade, rejeitando a noção de um estado de natureza em que os indivíduos isolados fundariam contratualmente o estado político, assim como baseia-se em uma concepção unitária do homem, ontologicamente destinado à vida em sociedade, não separada em uma esfera interna privada e uma esfera pública. O autor francês, ainda, via os acontecimentos da sociedade não como o resultado casual de uma contraposição de forças, mas como a obra de Deus no mundo, nutrindo, por isso, a convicção de que os detentores do poder político seriam os legítimos representantes de Deus na Terra, concebendo, então, tal poder como originário do poder divino⁶³.

O modo como o jurista contemplava a evolução da política do seu tempo e as suas intuições acerca das perspectivas do modelo de Estado que defendia, fazia com que Domat identificasse nas

⁶⁰ SARZOTTI, Claudio. *Domat Criminalista*. Padova: CEDAM, 2001, p. 30.

⁶¹ SBRICCOLI, Mario. *Op. cit.*, p. 259.

⁶² Jean Domat nasceu em Clermont-Ferrant, França, em 1625, e morreu em Paris em 1696. Brilhante jurista, advogado de renome e procurador do reino, Domat foi também amigo pessoal de Luís XIV. A principal obra que publicou foi “*Les Lois Civiles dans le ordre naturel*”, de 1689. Nesta, Domat introduz, através de uma visão sistematizada e ordenada do direito, a filosofia cartesiana ao mundo jurídico francês. É considerado um dos precursores do *Code civil*. No campo do direito penal, Domat destacou-se com os comentários presentes na obra *Les Quatre Livres du Droit Public*, publicada em 1697. Ver, a respeito, MALAURIE, Philippe. *Anthologie de la pensée juridique*. Paris: Cujas, 1996, p. 81 ss.

⁶³ SARZOTTI, Claudio. *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 192.

teorias contratualistas e no individualismo o grande perigo para o absolutismo monárquico⁶⁴. Por essa razão, procurava se servir dos fundamentos acima citados como instrumento de defesa da teoria do poder divino do rei⁶⁵.

Ao aventurar-se nas searas penais, em particular no que concerne ao crime de lesa-majestade, Jean Domat pôde constatar a persistente dificuldade enfrentada pela doutrina ao tentar regulamentar a multiplicação de tais objetos e condutas.

A estratégia então tomada pela doutrina era baseada na tentativa de distinguir entre crimes de lesa-majestade de primeiro grau (*au premier chef*) e de segundo grau (*au second chef*)⁶⁶. Utilizava-se, para este fim, a interpretação do comentário tecido por Ulpiano à *lex Iulia de maiestate* no oitavo capítulo da obra *Disputationes*, resgatado no século XII através da redescoberta do Digesto de Justiniano. Nas últimas linhas deste comentário, quando o jurisconsulto romano enquadrava a deserção e a falsificação de documentos públicos como lesa-majestade, deixava claro a existência de ao menos dois capítulos no texto da lei, ao afirmar “(...) isto também é enunciado no primeiro capítulo da lei de lesa-majestade”⁶⁷. Aos olhos do juristas medievais, tornava-se evidente que a divisão da lei por capítulos, sendo que cada capítulo trazia consigo conjuntos de exemplos de condutas delituosas afins, apontava para uma classificação formal dessas. Com razão, Mario Sbriccoli explica que essa classificação medieval, que continuou a perdurar por boa parte da modernidade, referia-se “(...) diretamente à ordem de gravidade do delito e, deste modo, à severidade da pena”⁶⁸.

Colocando-se contra as principais correntes doutrinárias do período, Jean Domat afirmava que algumas das categorias de delitos considerados de lesa-majestade – segundo o texto da *lex Iulia de maiestate* e a interpretação medieval do comentário de Ulpiano –, não mais poderiam ser abarcadas na figura jurídica tradicional do crime⁶⁹.

⁶⁴ Idem, p. 193.

⁶⁵ Idem, ibidem.

⁶⁶ A distinção que a cultura penal francesa fazia já na Idade Média entre os dois tipos vem apresentada por Carbasse: “*La lèse-majesté au premier chef désigne les agressions physiques contre le roi et les membres de sa famille, ainsi que les ‘conjurations ou conspirations contre l’État’. La lèse-majesté au second chef, fortement développée par Richelieu, comprend à la fois les atteints aux ministres, les complots contre les chefs militaires et les gouverneurs de provinces, les levées privées d’impôts et de troupes, les fortifications non autorisées, la fausse monnaie, le duel etc... Au reste, cette énumération n’est pas limitative, de nouveaux cas pouvant toujours s’y ajouter*”. In: CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction historique au droit pénal*. Paris: PUF, 1990, p. 298.

⁶⁷ “(...) *nam et hoc capite primo lege maiestatis enumeratur*” (o grifo é meu).

⁶⁸ SBRICCOLI, Mario. *Op. cit.*, p. 251.

⁶⁹ SARZOTTI, Claudio. *Domat Criminalista. Op. cit.*, p. 33.

Ao tratar do tema, na obra *Les Quatre Livres du Droit Public*, Domat indicou em qual âmbito aconteceria esta descaracterização: primordialmente no que diz respeito a uma categoria de crimes que, na concepção domatiana, ganhava autonomia em relação à lesa-majestade, aqueles “contra o governo da população”. Segundo o autor, desta categoria fariam parte os “(...) crimes que lesam a administração em geral e a ordem pública, e que, de um lado, não dizem respeito ao interesse individual de nenhuma pessoa em particular, e, de outro, não são propriamente crimes de lesa-majestade, por mais que lesem a autoridade do Príncipe, quais são os crimes de organização de assembléias ilícitas, de monopólio, de falsificação de moeda, e outros tipos”⁷⁰.

Entre os treze grupos de delitos citados no terceiro livro da obra de Domat⁷¹, cinco trazem consigo crimes que passavam a ser enquadrados nessa categoria: o título IV, relativo às *Assemblées illicites, du port d’armes, et des voies de fait*; o título V, sobre o *péculat*; o título VI, sobre as *concussions et autres malversations des officiers*; o título IX, relativo ao *crime de faux, de la fausse monnaie*); e, por fim, o título XII, sobre as *diverses contraventions aux Réglemens de la Police*.

Como é possível pressupor, não se trata de novos crimes até então desconhecidos para a cultura penal francesa do *Ancien Régime*. Porém, as novas estratégias de controle social que surgiam naquele determinado momento histórico⁷² faziam com que esses mesmos delitos migrassem de uma determinada categoria para uma nova, sendo que os elementos que os caracterizavam abandonavam, deste modo, a noção de *lèse-majesté*.

Para o jurista francês, deveriam permanecer como crimes de lesa-majestade somente aqueles que “(...) violam a segunda parte da ordem da sociedade, e que lesam o Príncipe e o Estado, quais são os crimes de lesa-majestade de primeiro grau, que dizem respeito a pessoa do Príncipe, e de segundo grau, que concernem ao Estado, e os outros crimes de que participam de tal natureza”⁷³.

⁷⁰ “(...) crimes qui blessent la police en générale et l’ordre public, et qui, d’une part, ne regardent singulièrement l’intérêt d’aucune personne en particulier, et de l’autre ne sont pas proprement des crimes de lèse-majesté, quoiqu’ils blessent l’autorité du prince, tels que sont les crimes des assemblées illicites, de monopole, de fausse monnaie, et autres sortes”. In: DOMAT, Jean. *Les Quatre Livres du Droit Public*. Caen : Presses Universitaires de Caen, 1989, p. 549. Ver, também, SARZOTTI, Claudio. *Op. cit.*, p. 33.

⁷¹ Utilizamos, neste contexto, a divisão presente no suplemento integrado por Louis De Héricourt à obra de Domat.

⁷² Ver, a respeito tais modificações no controle penal, as obras FOUCAULT, Michel. *Surveiller et Punir*. Paris: Gallimard, 1975, e RUSCHE, Georg et KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁷³ “(...) violent la seconde partie de l’ordre de la société, et qui blessent le prince et l’état, tels que sont les crimes de lèse-majesté au premier chef, qui regarde la personne du prince; et au second, qui regarde l’état, et les autres crimes qui participent de cette nature”. In: DOMAT, Jean. *Op. cit.*, p. 549.

A sensibilidade de Jean Domat às mudanças que no seu tempo se verificavam, fazia com que o mesmo quase que anteviesse as pesadas críticas que recairiam sobre a noção de lesa-majestade durante o Iluminismo. De um certo modo, a reflexão que conduziu Domat a tentar reduzir o número de categorias de delitos que encontravam-se enquadrados na mítica figura da lesa-majestade, retraindo o campo de influência da noção do delito em tela, antecede o núcleo das ácidas polêmicas que posteriormente Montesquieu e Beccaria moveriam contra o instituto.

Porém, no século XVII, Jean Domat foi o único jurista a antever a necessidade de urgentemente reformular a noção do delito. A grande maioria dos juristas da época continuavam a proclamar de modo exaltado as virtudes de tal instituto. Uma tendência que se arrastou até o século XVIII, algumas décadas após as reflexões de Jean Domat terem se tornado célebres e durante o período em que Montesquieu e Beccaria davam início ao processo de desmonte dos discursos que legitimavam a previsão de tal crime.

Entre os juristas que, em pleno século XVIII, defendiam arduamente a noção ampliada de lesa-majestade⁷⁴, encontra-se o penalista Pierre Muyart de Vouglans⁷⁵. Referindo-se aos crimes de lesa-majestade, escrevia: “Sendo os reis imagens da Divindade sobre a Terra, não pode-se atentar contra as suas pessoas, nem contra a sua autoridade, sem ferir a majestade do Ser supremo que eles representam; e, é nesta perspectiva, que pode-se ver estes tipos de atentados como se fossem sacrilégios”⁷⁶.

⁷⁴ É o caso também do italiano Cesare Borghi que, no seu curso de “*Instituzioni Criminali*”, afirmava: “*Il delitto di lesa maestà si commette, o contro Iddio, o contro il Principe, e chi rappresenta immediatamente la di lui persona in suo disprezzo, si commette ancora col ribellarsi, col rivelar cose segrete importanti, col disprezzare i suoi ministri. Gl'estremi sono la verificazione del fatto cioè dell'eresia, o bestemmia che il delinquente è Cristiano. Nell'altro caso, che sia suddito di quel Principe, e non Feudatario, e la ribellione, o verificazione di quel dato fatto*”. In: BORGHI, Cesare. *Instituzioni Criminali*. Pisa: s/n, 1768, p. 240. Ver, a respeito, CALISSE, Carlo. *Storia del Diritto Penale Italiano dal secolo VI al XIX*. Firenze: Barbera: 1895, p. 277 ss.

⁷⁵ Pierre-François Muyart de Vouglans (1713-1791) é frequentemente considerado o mais célebre dos antigos criminalistas franceses. A sua obra *Lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, publicada em 1780, contém descrições precisas dos suplícios dos condenados, coisa não habitual no caso da obra de um jurista. Foi nesta que Michel Foucault encontrou passagens que se tornaram exemplos e materiais preciosos para a sua tese sobre o nascimento da prisão, desenvolvida no “*Vigiar e punir*”. Muyart de Vouglans também ficou conhecido por seus violentos panfletos contra o liberalismo penal, sendo o mais célebre entre a *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et peines*, em que ataca a obra publicada em 1767 por Cesare Beccaria. Apresenta-se mais moderado no livro *Institutes au droit criminel*, publicado em 1757. Os temas neste tratado são “*Des crimes de Lèse-Majesté Divine*”, “*De Lèse-Majesté humaine*”, “*Des Crimes de Luxure*”, “*De l'Homicide*”, “*Du Vol*”, “*Du Crime de Faux*”, “*De l'Injure*” e “*Des délits contre la police*”.

⁷⁶ “*Les Rois étant les Images de la Divinité su Terre, on ne peut attenter à leurs Personnes ni à leur Autorité, sans blesser la Majesté de cet Etre suprême qu'ils représentent ; e c'est dans ce sens qu'on peut regarder ces sortes d'Attentats comme autant de Sacriléges*”. In: DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Institutes au Droit Criminel*, aux principes généraux sur ces matières. Paris: Le Breton, 1757, p. 454.

Tendo-se se tornado famoso também por ser um dos juristas mais conservadores da cultura jurídica francesa da época, Muyart de Vouglans costumava esgrimir argumentos de todos os tipos, e não só de caráter teológico-jurídico, para legitimar o direito de defesa do Príncipe contra atentados movidos por elementos subversivos. Nesta perspectiva, afirmava que, independente de considerações de ordem moral, poder-se-ia: “(...) encontrar na ordem política uma infinidade de razões igualmente potentes para apoiá-la. Ninguém ignora, de fato, que é da conservação das pessoas e do respeito devido aos soberanos, que dependem principalmente a harmonia e a tranqüilidade dos Estados; deste modo, tudo o que tende a atentar a uma ou outra, deve ser reprimido com o último dos rigores, como se estivesse colocando necessariamente a perturbação na sociedade, em que estes Príncipes são chefes”⁷⁷.

A obra de Muyart de Vouglans também trata de examinar aspectos processuais do delito, buscando uma atualização dos preceitos em matéria presentes na legislação penal francesa dos séculos XV e XVI, tais como a *Ordonnance* de Luís XI, de 1477; a *Ordonnance* de Luís XII, de 1497; a *Ordonnance* de Villers-Cotterets, emanada por François I em 1539; e, os editos emanados por Charles IX em 1562, 1568 e 1570.

Entre estes aspectos processuais, o autor faz questão de evidenciar ao longo da sua obra alguns que considera verdadeiramente relevantes, tais como aqueles em matéria de competência: “(...) este crime forma um Caso Real, e que o conhecimento pertence singularmente às Cortes dos Parlamentos”⁷⁸; de instrução: “[este crime] não está sujeito às formalidades e aos prazos ordinários; que pode-se prender um criminoso sem queixa nem informações precedentes, sob a simples suspeita”⁷⁹; de provas: “(...) admite-se o testemunho de todo tipo de pessoa, mesmo de parentes e aliados, e outras testemunhas que seriam reprováveis em outras partes, não fazendo reserva nem mesmo de aqueles que foram comprovados inimigos irreconciliáveis do acusado; que pode-se forçar, mesmo com a tortura, todos os tipos de pessoas, independentemente de idade e condição, a

⁷⁷ “Mais indépendamment de cette Considération, puisée dans l’Ordre moral, l’on trouve dans l’Ordre politique une infinité de raisons également puissantes pour l’appuyer. Personne n’ignore en effet, que c’est de la conservation de la Personne, e du respect dû aux Souverains, que dépendent principalement l’harmonie e la tranquillité des États; ainsi tout ce qui tend à porter atteinte à l’une ou à l’autre, doit être réprimé avec la dernière rigueur, comme jettant nécessairement le trouble dans la Société, dont ces Princes sont les Chefs”. In: DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Op. cit.*, p. 454.

⁷⁸ “En Matière de Compétence, nous avons dit que ce Crime formoit un Cas Royal, et que la connaissance en appartenoit singulierement aux Cours des Parlemens”. In: DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Op. cit.*, p. 455.

⁷⁹ “En Matière d’instruction, nous avons dit qu’elle n’étoit point sujette aux Formalités et aux Délais ordinaires : que l’on pouvoit arrêter un Criminel sans Plainte ni Information précédentes, et sur de simples soupçons”. In: DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Op. cit.*, p. 455.

depor tudo aquilo que elas podem saber sobre estes tipos de Crimes; enfim, que simples indícios e conjecturas podem servir de provas nesta matéria”⁸⁰.

O criminalista francês também legitima os aspectos mais sombrios da punição ao crime, salientando que esta não seria “(...) suscetível de remissão: que não se conclui com a morte do culpável, mas que o processo se estende a seu cadáver e a sua memória; que a pena se estende até seu pai, mãe e filhos; que a simples vontade manifestada por alguns atos exteriores torna-se punível com a pena de morte; que não prescreve; que gera a morte civil no mesmo dia em que teria sido cometido; que importa o confisco, mesmo nos países onde ela tenha lugar; que este confisco pertence aos Príncipes, excluindo os senhores, na jurisdição em que o crime tenha sido cometido, e mesmo os credores do acusado. Enfim, salientamos que está sujeito às mais rigorosas penas corporais”⁸¹.

Por fim, o autor descreve, quase que com satisfação, como deveriam ser aplicadas as penas corporais sob os condenados. Descrições que, posteriormente, tornariam-se fonte de análise da obra de Michel Foucault: “As penas que nós temos reportado anteriormente, após as sentenças emanadas contra estes três monstros do gênero-humano, Cavel, Ravailac e Damiens, são de nove tipos e se executam na seguinte ordem: 1.^a Multa; 2.^a Punhos cortados; 3.^a Queima dos mamilos, braços, pernas, sobre os quais se derramam chumbo fundido ou óleo fervendo, resina fervendo, cera e enxofre fundidos juntos; 4.^a o desmembramento do corpo do criminoso com quatro cavalos, ou por barcos, se no mar; 5.^a os membros retirados, jogar ao fogo para serem consumidos e as cinzas jogar ao vento; 6.^a o confisco de todos os bens; 7.^a a demolição e rasar ao solo a casa onde nasceu o assassino, com a proibição de sobre o terreno construir edifício; 8.^a o banimento perpétuo do pai e da mãe do criminoso, com a proibição de retornar ao reino, sob a pena de serem enforcados, sem

⁸⁰ “*En fait de preuves, nous avons dit que (...) on admettoit le témoignage de toutes sortes de Personnes, même des Parens et Alliés, et autres Témoins qui feroient d’ailleurs reprochables, à la réserve néanmoins de ceux qui feroient prouvés ennemis irréconciliables de l’Accusé : qu’on pouvoit contraindre, même par la Torture, toutes sortes de Personnes de quelque âge et condition qu’elles sussent, de déposer tout ce qu’elles peuvent savoir sur ces sortes de Crimes: enfin, que des simples indices et conjectures pouvoient servir de Preuves en cette matière*”. In: DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Op. cit.*, p. 455.

⁸¹ “*Pour ce qui concerne la Punition de ce Crime, nous avons dit qu’il n’étoit susceptible d’aucune Rémission: qu’il ne s’éteignoit point par la mort du Coupable, mais qu’on saisoit le Procés à son cadavre ou à sa mémoire: que la Peine s’étendoit jusqu’à ses Père, Mère et Enfants ; que la simple Volonté manifestée par quelques actes extérieurs, rendoit punissable de peine de Mort; qu’il ne se prescrivait par aucune tems; qu’il opéroit la Mort civile, du jour même qu’il avoit été commis ; qu’il emporte la Confiscation, même dans le Pays où elle n’avoit pas lieu, et que cette Confiscation appartenoit aux Princes, à exclusion des Seigneurs, dans la Jurisdiction desquels le Crime avoit été commis, et même des Créanciers de l’Accusé. Enfin, nous avons remarqué qu’il étoit sujet aux Peines corporelles les plus rigoureuses*”. In: DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Op. cit.*, p. 456.

outra forma de processo; 9.^a enfim, a proibição aos irmãos, irmãs, tios e outros parentes de pronunciar o nome”⁸².

Considerações finais

As considerações doutrinárias aqui analisadas encontram-se no ápice de um processo contínuo de elaboração dos elementos que compõem a noção do delito político, iniciado no direito penal romano e que foi sobrevivendo até chegar à cultura penal da Modernidade. Trata-se de um noção facilmente encontrada nas vésperas do “século das luzes” referindo-se à ofensas ao “corpo do soberano” – segundo a formulação de Ernst Kantorowicz na obra “Os Dois Corpos do Rei”⁸³ –, que se concretizam através de condutas típicas, como as examinadas por Michel Foucault no primeiro capítulo do célebre “Vigiar e Punir”⁸⁴.

Através desta evolução conceitual e do seu produto final é possível constatar como o crime de lesa-majestade passa a ser considerado o crime por excelência, servindo, no interior da política penal do *Ancien Régime*, como um dos principais instrumentos para reforçar os discursos em torno

⁸² “*Ces Peines que nous avons rapportées précédemment, d’après les Arrêts rendus contre ces trois Monstres du Genre-humain, Chavel, Ravailiac et Damiens, sont de neuf sortes, et s’exécutent dans l’ordre suivant : 1.^a l’Amende-honorable; 2.^a le poing coupé; 3.^a le Tenaillement aux Mammelles, Bras, Cuisses et Gras de Jambe, sur lesquels on jette du Plomb fondu, de l’Huile bouillante, de la Poix-Resine brûlante, de la Cire et Soufre fondus ensemble; 4.^a le Démembrement du Corps du Criminel, par le trait de quatre chevaux, ou par celui des Galeres, si c’est sur Mer ; 5.^a les Membres ramassés, jettés au Feu pour être consumés, et les Cendres jettés au Vent; 6.^a la Confiscation de tout le Biens; 7.^a la Démolition et le Rasement de la Maison où étoit né l’Assassin, avec défenses d’y faire à l’avenir aucun Bâtiment; 8.^a le Bannissement à perpétuité des Père et Mère du Criminel, avec défenses de jamais revenir dans le Royaume, à Peine d’être Pendus et Etranglés, sans autre forme de Procès; 9.^a enfin défenses à ses Frères, Sœurs, Oncles et autres Parens, de porter jamais son nom*”. In: DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Op. cit.*, p. 460.

⁸³ Em particular, Kantorowicz descreve como acontece o surgimento da doutrina do *corpo do soberano* no pensamento político medieval. Ver KANTOROWITZ, Ernst. *Les Deux Corps du Roi*. In: KANTOROWITZ, Ernsts. *Œuvres*. Paris: Gallimard, 2000, p. 802.

⁸⁴ “*Ce ne serait pas l’étude d’un État pris comme un ‘corps’ (avec ses éléments, ses ressources et ses forces) mais ce ne serait pas non plus l’étude du corps et de ses entours pris comme un petit État. On y traiterait du ‘corps politique’ comme ensemble des éléments matériels et des techniques qui servent d’armes, de relais, de voies de communication et de points d’appui aux relations de pouvoir et de savoir qui investissent les corps humains et les assujettissent en en faisant des objets de savoir (...) Kantorowicz a donné autrefois du ‘corps du roi’ une analyse remarquable: corps double selon la théologie juridique formée au Moyen Age, puisqu’il comporte outre l’élément transitoire qui naît et meurt, un autre qui, lui, demeure à travers le temp et se maintient comme le support physique et pourtant intangible du royaume du royaume; autour de cetté dualité, qui fut, à l’origine, proche du modèle christologique, s’organisent une iconographie, une théorie politique de la monarchie, des mécanismes juridiques distinguant et liant à la fois la personne du roi et les exigences de la Couronne, et tout un rituel qui trouve dans le couronnement, les funérailles, les cérémonies de soumission, ses temps les plus forts*”. In: FOUCAULT, Michel. *Surveiller et Punir*. *Op. cit.*, p. 36 ss. Ver, também, FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 1992, p. 145.

a uma estrutura social baseada na ordem e na hierarquia, dois elementos que necessariamente reconduzem a noção romana de *maiestas*. Dois elementos que são a “(...) concretização (e a conseqüência) jurídica de uma situação de desigualdade entre as várias forças ou diferentes sujeitos que atuam no interior do Estado e garantem a perpetuação de tal desigualdade, elevada a princípio fundamental e que traz consigo – quase como se fosse uma norma fundamental – o Estado”⁸⁵.

Nesta perspectiva, a *maiestas* deixava de ser uma qualidade para se tornar uma relação, e em tal transformação encontra a sua capacidade de significar o poder.

Vale, neste contexto, o questionamento de Mario Sbriccoli⁸⁶, ao perguntar “O que seria a *maiestas*, se não a especificação jurídico-simbólica do poder de alguém sobre os que lhe estão submetidos?”, ou mesmo a afirmação de Pietro Costa⁸⁷, de que o “O poder é uma relação entre desiguais”.

Referências

BORGHI, Cesare. *Instituzioni Criminali*. Pisa: s/n, 1768.

BOSSUET, Jacques B. *La Politique tirée de l'Écriture sainte*. Paris: Dalloz, 2003.

BOUREAU, Alain. *Le simple corps du roi*. L'impossible sacralité des souverains français – XV^e-XVIII^e siècle. Paris: Max Chaleil, 2000.

BURKE, Peter. *A Fabricação do Rei*. A construção da imagem pública de Luís XIV. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

CALISSE, Carlo. *Storia del Diritto Penale Italiano dal secolo VI al XIX*. Firenze: Barbera: 1895.

CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction historique au droit pénal*. Paris: PUF, 1990.

⁸⁵ SBRICCOLI, Mario. *Op. cit.*, p. 201.

⁸⁶ Idem, p. 201.

⁸⁷ COSTA, Pietro. *Iurisdiction*. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433). Milano: Giuffrè, 2002, p. 74.

- COSTA, Pietro. *Iurisdictio*. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433). Milano: Giuffrè, 2002.
- DE BONALD, Louis. *Trois études sur Bossuet, Voltaire et Condorcet*. Paris: Clovis, 1998.
- DE VOUGLANS, Pierre Muyart. *Institutes au Droit Criminel*, aux principes généraux sur ces matières. Paris: Le Breton, 1757.
- DOMAT, Jean. *Les Quatre Livres du Droit Public*. Caen : Presses Universitaires de Caen, 1989.
- DUBY, Georges. *Histoire de la France*. Des origines à nos jours. Paris: Larousse, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 1992.
- FOUCAULT, Michel. *Surveiller et Punir*. Paris: Gallimard, 1975.
- KANTOROWITZ, Ernst. Les Deux Corps du Roi. In: KANTOROWITZ, Ernsts. *Œuvres*. Paris: Gallimard, 2000.
- LISZT, Franz v. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Russell, 2003.
- MALAURIE, Philippe. *Anthologie de la pensée juridique*. Paris: Cujas, 1996.
- MINOIS, Georges. *Bossuet*. Entre Dieu et le Soleil. Paris: Perrin, 2003.
- PROSPERI, Adriano. *I Tribunali della coscienza*. Inquisitori, confessori, missionari. Torino: Einaudi, 1996.
- RUSCHE, Georg et KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SARZOTTI, Claudio. *Domat Criminalista*. Padova: CEDAM, 2001.
- SARZOTTI, Claudio. *Jean Domat*. Fondamento e metodo della scienza giuridica. Torino: Giappichelli, 1995.
- SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna. Milano: Giuffrè, 1974.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker und Humblot, 2004.

TARELLO, Giovanni. Montesquieu criminalista. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.º 5 (1975).

TRUCHET, Jacques. *Politique de Bossuet*. Paris: Armand Colin, 1966.

CESARE LOMBROSO E SEU TEMPO: delinquência juvenil na Itália liberal⁸⁸

Mary Gibson⁸⁹

Eu gostaria de agradecer o Professor Arno Dal Ri por me convidar para essa importante conferência que me apresenta ao fascinante trabalho sobre história do direito que esta sendo desenvolvido no Brasil. Gostaria também de agradecer ao Professo Massimo Meccarelli, quem originalmente sugeriu ao Prof. Dal Ri, que minha pesquisa acerca de Cesare Lombroso poderia ser interessante a outros participantes dessa conferência. Não sou uma historiadora do direito por formação, mas adotarei uma abordagem socioinstitucional sobre a minha temática: a resposta de Lombroso aos problemas sociais do seu tempo, particularmente a delinquência juvenil. Não limitarei meus comentários a Lombroso, pois, de maneira genérica, abordarei a vasta escola da criminologia positivista italiana, na qual é importante reconhecer que Lombroso inspirou inúmeras gerações de doutores e advogados na tentativa de aplicar métodos científicos à prevenção e punição por crimes.

Lombroso e sua época

Desde os seus primórdios, a antropologia criminal nunca foi uma disciplina confinada à torre de marfim da academia; ela estava destinada a influenciar a política estatal. Para Lombroso, a criação de uma nova criminologia positivista foi um chamado que ele recebeu durante a temporada patriótica das guerras de unificação. Ao estabelecer a correta identificação de determinadas classes de criminosos - como bandidos, mafiosos, prostitutas e ladrões -, ele se esforçou para proteger a nova e frágil nação italiana da destruição por subgrupos "atávicos" ou "degenerados" da população.

Já em 1879 ele publicou um livro para explicar a aplicação prática da antropologia criminal

⁸⁸ Tradução de Paulo Potiara de Alcântara Veloso, doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro dos Grupos de Pesquisa (UFSC/CNPq) em História da Cultura Jurídica *Ius Commune* em Direito Internacional *Ius Gentium*. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – Cesusuc.

⁸⁹ Professora de História na John Jay College of Criminal Justice and the Graduate Center, City University of New York.

ao sistema italiano de justiça criminal. Intitulado *Sull'incremento del delitto in Italia*, começava com um prefácio no qual Lombroso explicava por que ele, não sendo nem um advogado nem político, ousou sugerir reformas legislativas. Ele era apenas "um homem honesto," inspirado "não pelo amor a uma seita ou a um partido, mas pela nação; ele pertencia àquele punhado de pessoas que acreditavam que é melhor não ter partido algum, até que surja um que prefira a gradual e contínua melhoria das classes populares aos caprichos pessoais e regionais". Como psiquiatra que estudou por muitos anos o crime, ele tinha a obrigação de resolver o problema da "onda de criminalidade que está sempre subindo e subindo, ameaçando tanto nos submergir como nos desgraçar".

Lombroso não foi o único entre os antropólogos criminais em seu esforço para popularizar as teorias positivistas sobre as fronteiras entre a normalidade e a marginalidade. Muitos de seus colegas e alunos escreveram para a revista *Critica sociale*, e para a mais amplamente distribuída *Nuova antologia*, uma revista dedicada à política e à cultura. Na série de volumes intitulada *Il mondo criminale*, Guglielmo Ferrero, Scipio Sighele e Leonardo Bianchi, fizeram uma análise positivista de processos judiciais famosos. A editora de Turim, Fratelli Bocca, edita uma série dedicada exclusivamente à criminologia positivista, enquanto o Partido Socialista Italiano patrocina panfletos de antropólogos criminalistas. Além disso, os defensores do positivismo foram incansáveis em dar aulas, seja para clubes femininos na Itália, seja para juristas, em outros países, como quando Enrico Ferri excursiona pela América do Sul.

Apesar dos esforços monumentais para divulgar a mensagem positivista, Lombroso se queixou, ao longo de sua vida, que apenas alguns políticos italianos o escutaram. O Código Penal Zanardelli, de 1889, causou a sua maior desilusão, já que manteve os fundamentos teóricos da escola clássica, apesar de seus enormes esforços pessoais para convencer o Parlamento a infundi-lo com os dogmas do positivismo. Em edições posteriores de *L'uomo delinquente*, ele criticou repetidamente o seu próprio governo por não implementar experiências – como liberdade condicional, manicômios criminais, reformatórios para os jovens -, que estavam em consonância com suas teorias e já estavam sendo implementadas em outras nações. Exasperado com a imobilidade legislativa e burocrática, ele lamentou o destino de sua amada Itália, que somente poderia ser salva pelos modernos ditames de sua própria ciência criminológica. No entanto, ele e seus seguidores - que ocuparam posições não só nas universidades, mas também no Parlamento, nas administrações policial e prisional, e nos hospitais e asilos para doentes mentais - continuaram a apresentar propostas para transformar suas teorias em prática. Assim, apesar do fracasso dos

positivistas para moldar o Código Penal de 1889, eles tiveram mais sucesso na introdução de suas políticas na esfera administrativa, do policiamento, pena e cuidado médico.

Questões Sociais

As cinco edições do *L'uomo delinquente*, publicadas entre 1876 e 1897, oferecem um barômetro útil para medir o interesse de Lombroso acerca das questões sociais. Como revisou e expandiu o seu *magnus opus*, Lombroso dá cada vez mais atenção aos grupos que estavam começando a provocar ansiedade no final do século XIX, na Europa e na América. Esses grupos incluem mulheres; italianos do sul; africanos e outras "raças inferiores"; classes mais baixas, simbolizadas por bandidos rurais e por revolucionários urbanos; e a juventude. O surgimento desses grupos como objetos de estudo por cientistas sociais e de disciplina por parte do Estado, coincidiu com radicais mudanças econômicas e políticas que acompanharam a industrialização, urbanização e democratização. As páginas do *L'uomo delinquente*, muitas vezes engajam-se em amplos debates - situados fora da justiça penal -, em relação a questões como: os direitos da mulher no casamento; o "atraso" do sul da Itália; demandas políticas da nova classe operária industrial; e de escolarização para as crianças. As discussões de Lombroso sobre sexo, raça, classe e idade cortam transversalmente e complicam sua tipologia formal dos criminosos com base na periculosidade.

O tratamento de Lombroso acerca das variáveis de sexo, raça, classe e idade, no *L'uomo delinquente* expõe duas tendências contraditórias: por um lado, Lombroso incorpora, em sua ciência, preconceitos populares de sua época, enquanto, por outro lado, ele toma posições independentes e impopulares em certas questões controversas. Embora Lombroso sempre tenha defendido seus pronunciamentos inesperados sobre as políticas públicas - como o seu apoio para o divórcio ou a redistribuição de terras no Sul da Itália -, como resultado lógico de sua teoria antropológica criminal, estes pronunciamentos também se deram pela sua biografia pessoal. Como pai de duas filhas bem-educadas, que foram elas mesmas figuras públicas, Lombroso estava familiarizado (e talvez influenciado) com os debates no nascente movimento feminista italiano. Seu judaísmo, provavelmente, fortaleceu a sua atitude positiva em relação à mestiçagem, uma postura que contrasta com a de muitas outras posturas "científicas" racistas de finais do século XIX. Tanto como um médico, como liberal (mais tarde um socialista), Lombroso apoiou mudanças políticas progressivas, que poderiam aliviar a pobreza de camponeses e de trabalhadores urbanos. Essas

perspectivas pessoais ajudaram a moderar os rigorosos ensinamentos da teoria de Lombroso: que as mulheres, os negros, os pobres e as crianças eram fisicamente, psicologicamente e moralmente inferiores aos homens brancos.

Sexo: ao contrário de outros criminalistas de sua época, Lombroso reconhece a importância do gênero para a compreensão da etiologia do crime. Logo na primeira edição de *L'uomo delinquente*, ele inclui uma breve seção sobre mulheres criminosas. A maioria de seus dados sobre a criminalidade feminina, nas primeiras edições, vem do famoso estudo de Alexandre Parent-Duchatelet sobre as prostitutas de Paris. Apesar da escassez de provas, Lombroso enuncia, na primeira edição de *L'uomo delinquente*, sua introspecção mais fundamental sobre a criminalidade feminina: que a prostituição representa a forma típica da criminalidade feminina.

Esta sua idéia ajudou-o a resolver uma contradição teórica que emergiu enquanto ele coletava estatísticas, descobrindo que as taxas de criminalidade das mulheres foram sempre inferiores aos dos homens. Esta raridade da fêmea transgressora parecia incompatível com o pressuposto de Lombroso acerca da inferioridade feminina. Ele resolveu esta contradição, argumentando que a característica fundamental das mulheres atávicas é sua movimentação sexual exagerada, o que as leva com mais freqüência à prostituição do que a crimes tradicionalmente masculinos, como o homicídio e roubo. Assim, Lombroso estranhamente redefiniu a prostituição - que era legal na Itália e na maior parte da Europa do século XIX - como um crime.

Em 1893, Lombroso expandiu sua análise da ofensa do sexo feminino em um livro separado, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Lombroso deveria ser reconhecido como um dos únicos criminologistas que, antes do advento da criminologia feminista na década de 1970, recolheu dados extensos sobre a criminalidade feminina e levou a sério o gênero como categoria de análise. Sua teoria resultante, no entanto, representou um revés para as vitórias dos direitos das mulheres do século XIX, uma vez que afirmava tanto a inferioridade das mulheres normais como das criminosas, considerando que ambos os tipos têm crânios pequenos, os cérebros mais leves, os corpos mais curtos, menos músculos e menor sensibilidade do que suas contrapartes masculinas. As mulheres normais, de acordo com Lombroso, são como crianças e sempre permanecerão emocionalmente e moralmente atrofiadas em comparação com os homens normais. Apenas o seu instinto maternal salva mulheres normais da criminalidade, pois contrabalança seus

inatos traços psicológicos de vaidade, falsidade e crueldade.

Não obstante seus pronunciamentos desoladores sobre a inferioridade feminina, Lombroso expressa simpatia pela maioria dos agressores do sexo feminino. Fracas e impressionáveis, a maioria das mulheres cometem atos ilegais ou imorais por causa de circunstâncias sociais adversas ou por conta da pressão dos maridos ou amantes. Para Lombroso, estes criminosos ocasionais do sexo feminino e prostitutas ocasionais não representam um grande perigo para a sociedade e merecem uma punição leve. Ele defende a legalização do divórcio - uma posição radical, na Itália de finais do século XIX - para permitir às mulheres escapar de maridos violentos ou criminosos, sem que tenham que recorrer a homicídios domésticos. Em outro desafio para com as atitudes convencionais de sua época, Lombroso prescreve punições leves para as mulheres condenadas por infanticídio e aborto, pois seus comportamentos criminosos resultam, não de tendências atávicas inatas, mas sim, a partir do estigma social associado com a maternidade solteira. Assim, ele considera como criminosos natos apenas uma minoria de infratores do sexo feminino; mas para aquelas mulheres que são "monstros de verdade", Lombroso exige reclusão permanente.

Raça: Raça está integralmente entremeada na teoria de Lombroso sobre o atavismo, que iguala homens brancos com a civilização e os homens negros, pardos e amarelos com sociedades "primitivas" ou "selvagens". Em seu trabalho anterior *L'uomo bianco e l'uomo di colore*, Lombroso já havia concluído que "é preciso dizer que há duas raças gerais: o branco e o colorido". As duas primeiras edições de *L'uomo delinquente*, rapidamente comparam as características de criminosos com aquelas dos "selvagens", estes últimos representantes evolutivamente anteriores daqueles. Na 3ª edição, Lombroso deixa seus fundamentos darwinistas mais explícitos, ao adicionar uma longa seção preliminar sobre o comportamento criminoso entre plantas, animais e povos "primitivos". Ele argumenta que a violência e a licenciosidade sexual, que vieram naturalmente para os organismos em estágios evolutivos iniciais, gradualmente deram lugar a modernas noções de justiça e monogamia. A afirmação de Lombroso, de que povos não-europeus são inferiores aos homens brancos, era um lugar-comum na sociedade de sua época, mas suas equações sistemáticas sobre criminosos natos e "selvagens", injetaram o racismo no novo campo da criminologia.

Quando Lombroso discute a relação entre raça e questões atuais de seus dias, ele está menos preocupado com os habitantes das terras não-ocidentais do que com os do sul de Itália. Como outros italianos do norte, Lombroso ficou perplexo com a chamada "Questão do Sul", o debate sobre o suposto atraso do sul da Itália, incluindo as ilhas da Sicília e da Sardenha. Lar da

banditagem e de organizações criminosas como a máfia e camorra, o sul parecia violento e sem lei para os observadores norte. Lombroso oferece uma resposta complexa para o "problema do sul", que inclui uma crítica social às elites da região, por monopolizar a propriedade da terra, e uma condenação política do governo nacional por falhar ao não aliviar a pobreza, as doenças e o analfabetismo do sul. Apesar de reconhecer esses impedimentos conjunturais à prosperidade no sul, Lombroso enfatiza, no entanto, a importância da raça para explicar as altas taxas de crimes violentos. Tendo sido conquistada ao longo dos séculos por vários povos estrangeiros - incluindo árabes do Norte Africano – o sul era habitado por um povo racialmente misto, que, na opinião de Lombroso, dividiam uma propensão para o crime com seus ancestrais não-brancos.

Lombroso oferece uma análise mais detalhada do comportamento dos judeus, um outro grupo que inclui em seu capítulo sobre a raça. Sua própria ascendência judaica foi parcialmente responsável por sua recusa em caracterizar o comportamento judaico em termos biológicos simples, ao invés de levar em conta termos sociológicos mais complexos. Consciente do aumento assustador do anti-semitismo racial nas últimas décadas do século XIX, na Europa do Norte, Lombroso argumenta que os padrões judaicos de comportamento derivam do legado histórico de perseguição ao invés de características raciais inatas. Ele afirma que os judeus têm altas taxas de prisão por crimes contra a propriedade, como fraudes e receptação de objectos roubados, porque a legislação, na maioria dos países europeus, tradicionalmente os proibiu de seguir quaisquer profissões, a não ser como mascate ou com o comércio. Como prova de que o atavismo não é intrínseco ao caráter judeu, Lombroso cita o rápido movimento de judeus para cargos importantes na política, no exército, e nas universidades, uma vez que ganharam os mesmos direitos civis de seus compatriotas cristãos.

Lombroso defende punição severa para os membros daquelas raças que considera atávicas. Na verdade, Lombroso admite que alguns povos "primitivos" são mais honestos do que outros e que a pobreza torna, criminosos ocasionais muitos dos italianos normais do sul. Mas para a maior parte, Lombroso considera a raça como sendo um determinante biológico do comportamento atávico e, também no caso da criminalidade, da violência e da crueldade. Criminosos das raças "de cor", portanto, merecem punição severa, incluindo, pelo menos no caso dos mafiosos e outros membros das organizações criminosas italianas, a pena de morte.

Classe: Uma corrente humanitária percorreu a criminologia de Lombroso a partir de sua criação. Designado para a província italiana da Calábria, como jovem médico do exército, Lombroso ficou chocado com a extrema pobreza dos camponeses, o que levava à doença, à

desnutrição e às vezes à loucura. Quando voltou à Universidade, ensinando nas cidades do norte, ele estendeu essa simpatia com os pobres para as classes trabalhadoras urbanas. Em *L'uomo delinquente*, ele acusa tanto a aristocracia do sul por monopolizar a posse da terra, como os industriais do Norte por explorar os operários. O contato próximo de Lombroso com os pobres, como médico e pesquisador, ajuda a explicar a sua adoção do socialismo no final da sua vida.

No entanto, em *L'uomo delinquente*, Lombroso critica duramente os rebeldes e revolucionários que clamam por mudanças sociais violentas. Muitos dos seus temas iniciais do estudo foram os *brigands*, um grupo acusado, pelo novo Estado italiano, de rebelião política. A pesquisa histórica refutou esta acusação: a maioria dos actos de *brigandage* - como roubar o rico ou matar soldados e funcionários do Estado -, não foram inspiradas por uma ideologia política, mas por uma determinação desesperada de preservar a autonomia regional. Como muitos sulistas, bandidos viram o novo governo em Roma como uma potência imperialista cujos funcionários, na sua maioria do norte, estavam empenhados em controlar a riqueza e os cidadãos do sul. Como patriota e crente ferrenho da unificação italiana, Lombroso reverbera a política nacional, igualando *brigandage* à traição. Ao alegar que os bandidos exibem anomalias típicas de "selvagens", Lombroso denuncia a qualidade atávica dos seus crimes violentos.

Lombroso oferece uma análise mais matizada dos revolucionários urbanos que, ao contrário dos *brigands*, muitas vezes eram membros educados da classe média do século XIX. Sua própria experiência política, primeiro como um liberal defensor da unificação italiana e mais tarde como um socialista, fez apreciar o papel de líderes corajosos buscando derrubar a monarquia absolutista e a promoção de uma nova era da soberania popular. Em *L'uomo delinquente*, Lombroso atribui a maioria dos criminosos políticos à categoria de criminosos por paixão, porque ele acreditava que violência deles está enraizada no idealismo, em vez de no atavismo. Abençoados com fisionomias agradáveis, não maculadas por anomalias, a maioria dos criminosos políticos parece representar pouco perigo social. Mas a admiração de Lombroso não se estendia aos *mattoidi*, a quem considerava realmente desequilibrados e até mesmo insanos em suas cruzadas políticas.

Idade: A variável idade é central para a antropologia criminal de Lombroso de duas maneiras. Em primeiro lugar, ele caracteriza todas as crianças como criminosos porque eles exibem traços psicológicos atávicos, como a vaidade, a crueldade, a preguiça, a inconstância e a desonestidade. Para Lombroso, tal comportamento pode ser explicado pela máxima científica do século XIX, atribuída a Ernst Haeckel, que "ontologia reproduz a filogenia", significando que a vida

de cada indivíduo recapitula a evolução da espécie, portanto, o embrião é equivalente ao estágio de evolução dos animais e a infância à do homem primitivo. Na puberdade, de acordo com Lombroso, a maioria das crianças perde suas características criminosas e amadurecem em adultos normais, assim como "selvagens" evoluindo em homens civilizados. Mas, apesar desta perspectiva otimista, a infância para Lombroso constitui um lembrete constante de que o passado atávico do homem é codificado nas profundezas da biologia e da psicologia de cada indivíduo.

Em segundo lugar, a delinquência "precoce" ou inicial das crianças serve como um aviso do poder da hereditariedade ruim. Lombroso enche *L'uomo delinquente* com estudos de caso de jovens criminosos-natos, cujos pais eram atávicos, moralmente insanos, ou epiléticos ou que passaram por doenças debilitantes como o alcoolismo, a sífilis ou a tuberculose. Evidenciando as anomalias biológicas e psicológicas de criminosos-natos a partir de uma tenra idade, essas crianças nunca amadureceram em adultos "normais". Tal era o destino de muitos descendentes do bêbado Max Juke, uma família americana que fascinava Lombroso e incluía 77 criminosos e 128 prostitutas ao longo de sete gerações.

Lombroso pede por prevenção do crime de infância, ao invés de punição, já que a lei da recapitulação nos assegura que a maioria das crianças só estão passando por uma fase temporária de criminalidade ocasional. Elas vão amadurecer em adultos saudáveis se guiados por pais amorosos, mas moralmente rigorosos. Para os órfãos, Lombroso recomenda lares adotivos ou reformatórios humanizados, embora ele geralmente acredite que as instituições de encarceramento espalhem a propagação do vício, ao em vez de erradicá-lo. Internação, entretanto, é a resposta adequada a menores infratores-natos, que constituem um perigo para a sociedade mesmo antes de cometer crimes. Uma vez treinados para detectar anomalias físicas e biológicas, policiais, professores e até mesmo os pais podem colaborar com os antropólogos criminais na identificação de jovens atávicos e também separando-os dos seus colegas normais.

Delinquência Juvenil

A última parte do meu trabalho vai se concentrar em um dos grupos que causaram um "pânico moral" entre os europeus e norte-americanos no final do século XIX; os delinquentes juvenis. Antropólogos criminais, em sua tentativa de rastrear as sementes da criminalidade nata a partir da infância, desafiaram muitas das visões tradicionais relacionadas a crianças. Ao contrário de

seus contemporâneos, eles não ficaram surpresos que as crianças poderiam cometer atos de delinqüência pois, como Lombroso sempre insistiu, "a criminalidade. . . parece ser um fenômeno natural; na linguagem dos filósofos, é um fenômeno necessário, como o nascimento [e] a morte ", portanto," atos instintivamente crueis ", eram comuns não apenas aos animais, mas também para os seres humanos de todas as idades. Esta crença de Lombroso, de que as crianças sejam mais próximas de suas origens atávicas do que os adultos, estava clara desde a organização das últimas três edições do *L'uomo delinquente*, que se iniciavam com um capítulo sobre a criminalidade em plantas e animais, seguido por um segundo sobre "selvagens" e um terceiro sobre as crianças. Esta intuição de que as crianças ocupavam o mesmo estágio evolutivo do que os povos primitivos estava presente em seus escritos mais iniciais, como em seu livro de 1871, *L'uomo Bianco el'uomo di colore*, no qual ele provou a inferioridade cultural dos africanos e asiáticos, argumentando que a sua língua e arte, assemelhava-se àquela das crianças europeias. Sighele concordou, escrevendo que "o público acredita que as crianças são anjos, enquanto eles não são nada mais que selvagens." Para Sighele, como para seus colegas positivistas, a lei de Haeckel implica que "os germes do crime, portanto, não existem como uma rara exceção, mas como regra, em todas as crianças". Ao invés de emergirem puras, as crianças nascem sem sentido moral e com traços emocionais semelhantes aos do criminoso nato. Em um artigo de 1883 no jornal *L'Archivio di psichiatria e antropologia criminale*, Lombroso e seu companheiro positivista, Antonio Marro, enumeraram as muitas maneiras nas quais as crianças eram moralmente condenáveis; os vícios da juventude incluem a raiva, a crueldade, a desonestidade, a vaidade e a preguiça .

Como no caso dos adultos, criminologistas positivistas recomendavam um tratamento diferenciado aos menores delinquentes com contaminação hereditária daquele dado aqueles menores formados por uma educação imoral. Para identificar os primeiros, eles recomendavam a vigilância dura sobre os filhos no lar, na escola e nas ruas. Os baderneiros deveriam ser retirados desses ambientes onde poderiam contaminar seus colegas inocentes, mesmo antes de cometer qualquer infração da lei. Lombroso advertiu que "as crianças deste tipo, não obstante a sua tenra idade, são um perigo social, e a doença moral de que sofrem deve ser controlados de uma só vez." Com essas medidas preventivas, o Estado poderia garantir que as escolas não se tornariam "centros criminais".

Antropólogos criminais aconselharam que apenas "os elementos anti-sociais, nocivos, [e] incorrigíveis" - isto é, adolescentes infratores-natos -, devem ser enviados para prisões. Lá, segundo Ferri, eles devem ser "segregados da sociedade, sem humanismo falso e sem crueldade inútil".

Lombroso advertiu contra a educação intelectual nas prisões, dizendo que ele criaria apenas criminosos mais astutos. Mas ele e seus colegas aprovavam a formação em trabalhos manuais, de preferência na agricultura. Em aparente contradição com a sua crença no determinismo biológico, criminologistas positivistas sempre mantiveram a esperança de que uma criança delinqüente nata poderia reformar-se se mantida sob vigilância desde a infância e fosse disciplinada pelo trabalho. A reforma pode ser rara, mas o sistema penal deve estar sempre pronto para soltar a criança excepcional que superou suas tendências más e inatas.

Apesar de sua retórica sensacional sobre o mal em todas as crianças e a incorrigibilidade de delinqüentes juvenis natos, os antropólogos criminais eram, em geral, otimistas acerca da possibilidade de desviar a maioria dos menores do crime. Como a maioria dos infratores juvenis eram criminosos ocasionais, eles estariam suscetíveis a uma série de "substitutos penais". Não só o sociologicamente orientado Ferri, mas também Lombroso, reconheceram que a pobreza, a fome e a ausência de moradia encorajavam a mendicância, o roubo e a violência entre os jovens, e chamaram o Estado para melhorar as condições de vida das famílias de classe baixa. Nas palavras de Lombroso, a família era "o conservante contra a criminalidade", que, na maioria dos casos, oferecia o melhor ambiente para as crianças. Ele também pediu o estabelecimento de instituições de caridade a fim de organizar creches e escolas para ajudar as famílias, bem como orfanatos para criar as crianças abandonadas. Criticando a dominação da Igreja sobre grande parte da filantropia na Itália, ele expressou a convicção socialista de que no futuro ela seria baseada "na cooperação e, finalmente, no coletivismo".

Para traduzir as suas teorias em prática, muitos juristas positivistas participaram na campanha para instituir tribunais especiais juvenis. Reconhecendo que a Itália ficou atrás de muitas das outras nações europeias e dos Estados Unidos, na criação de um código para as crianças, separado do processo penal, em 1909, o Ministro da Justiça, Orlando, nomeou uma "Comissão Real para o estudo da delinquência juvenil", usualmente chamada, por conta de seu presidente, de Comissão Quarta. Oronzo Quarta, um senador e procurador-geral do Supremo Tribunal de Recursos (*di Cassazione*) em Roma, reuniu uma comissão dominada por membros da escola positivista, incluindo os deputados Ferri e Luigi Credaro, os professores Sighele, Sante De Sanctis, e Antonio Martinazzoli, o advogado Antonio Guarnieri-Ventimiglia, e o juiz Raffaele Majetti. A comissão também teve dois membros do sexo feminino, uma raridade nas comissões reais. Estas duas mulheres, no entanto, tinham experiência relevante: Ersilio Majno Bronzini dirigiu uma instituição de caridade para meninas "em perigo", o Refúgio Mariuccia (*Asilo Mariuccia*), enquanto Lucy

Bartlett havia fundado uma rede de instituições beneficentes (*patronati*) para supervisionar a juventude liberada por suspensões processuais. Presidente da União Nacional Feminina (*Unione Nazionale Femminile*), uma organização de feministas burguesas e socialistas, Majno Bronzini trouxe para a comissão uma perspectiva que enfatizou os direitos das mulheres, bem como os das crianças.

Embora a Comissão Quarta também incluísse membros da escola clássica, como o senador Luigi Lucchini, a terminologia positivista impregnou os seus procedimentos. Alguns dos debates refletiram o lado "duro" ou conservador da teoria positivista, ou seja, o aviso de que uma legião crescente de jovens e monstruosos criminosos natos representava uma ameaça terrível para a sociedade italiana. Em seu relatório ao rei, explicando a necessidade de tal comissão, o ministro Orlando citou o rápido aumento da criminalidade durante a primeira década do século, um aumento que Lucchini e muitos criminalistas clássicos impugnaram. Orlando passou a creditar "às ciências sociológicas e antropológicas", o fato de terem focado a atenção do público sobre o problema da delinquência juvenil, sendo que uma das suas principais causas reside na "degeneração patológica que, por meio da hereditariedade, agrava as anomalias típicas da puberdade e adolescência". Da mesma forma, na introdução do relatório final da comissão, Quarta advertiu que alguns adolescentes infratores eram "descendentes de condenados, alcoólatras, vagabundos, mendigos, proles miseráveis que têm em seu sangue o pecado original, o vírus hereditário da degeneração." Mesmo Majno Bronzini, no seu relatório à Comissão sobre a delinquência feminina, usou a linguagem do determinismo biológico, advertindo que o fracasso em proteger as meninas da corrupção e da prostituição conduziria à "degeneração da raça" e "a gerações de criminosos e pervertidos." Preocupações com anomalias físicas e psicológicas levaram a Comissão a recomendar, em seu relatório final, que dossiês biográficos fossem preparado para todos os réus juvenis.

Mas a maioria dos trabalhos da Comissão Quarta ecoou o lado "suave" ou liberal da teoria antropológica criminal. Como o relatório final explica, o princípio subjacente de seu novo código era "menos reprimir do que prevenir, menos punir do que educar e reabilitar". Portanto, os seus membros encontraram o consenso em torno de conceitos positivistas, como a prevenção da criminalidade, a individualização da pena, e desvio de prisão. O fato de que pretendiam formar uma abordagem verdadeiramente inovadora acerca da delinquência juvenil é claro a partir da integração, no novo Código, tanto dos assuntos civis como dos criminais. Propunha-se consolidar toda a legislação relativa a menores - incluindo aquela relacionada aos órfãos, à educação, trabalho, emigração, e criminalidade -, no que hoje seria chamado uma "Carta de Direitos", então

denominada como uma lei para proteger os interesses das crianças.

Pelo menos metade dos artigos do Código Quarta dirigiam-se à prevenção da delinquência juvenil, especialmente entre as crianças que eram órfãs ou foram economicamente ou moralmente abandonadas por seus pais. Embora muitas instituições de caridade privadas, principalmente religiosas, já existissem para cuidar de enjeitados, órfãos e jovens "em perigo", agora passariam a ser coordenadas por um "Conselho Central", dirigido por um juiz da *Corte di Cassazione*, em Roma. O poder do Estado seria reforçado no que respeita não só as instituições filantrópicas, mas também sobre os pais, que perderiam sua *patria potestà* sobre as crianças negligenciadas ou abusadas. A Comissão responsabilizou a bebida pelo mau comportamento de muitos pais, pois, como Majno Bronzini apontou, "os jovens sobre quem mais se preocupar são quase sempre os filhos de alcoólatras". Para combater o mau exemplo desses pais, o código prescreveu que escolas primárias e secundárias dessem várias lições a cada ano sobre os perigos de beber. Propôs também que um delegado do PS conduzisse vigilância especial em todos os lugares freqüentados por crianças - como escolas, oficinas e salas de cinema - para prevenir maus-tratos e detectar comportamentos anormais que pudessem pressagiar delinquência.

Se medidas preventivas falhassem, o princípio da "individualização" regularia a disciplina da juventude, realizada pela nova figura do "juiz distrital" (*magistrato distrettuale*). Para assegurar o tratamento individualizado dos réus menores de dezesseis anos, Ferri recomendou que as qualificações para o juiz distrital incluíssem especialização em antropologia criminal, porque "um juiz ordinário é por demais um jurista e não suficientemente um especialista em psicologia e educação". Outros membros da comissão objetaram, quer a partir de um medo de que separar os novos tribunais juvenis do sistema tradicional fosse demasiado radical ou, de forma mais pragmática, por razões financeiras, pois a maioria dos magistrados não iria satisfazer tais critérios. O artigo 3º do Código, portanto, representa um compromisso, pedindo que os juizes distritais "possivelmente tenham um treinamento especial nas disciplinas de biologia, pedagogia e sociologia". Além disso, a "Suprema Corte", situada no Ministério da Justiça e encarregada de supervisionar tantos os tribunais de menores como as instituições filantrópicas, foi encarregada de incluir entre os seus membros "um professor oficial da Universidade de Roma, que tenha conhecimento especializado em psiquiatria e sociologia da educação". Para proteger as crianças dos rigores do processo judicial, o código previa que todos os os julgamentos fossem realizados de maneira privada, a portas fechadas. Ao invés de promotores públicos e advogados de defesa, apenas parentes e representantes das escolas e organizações de caridade poderiam acompanhar a criança ao

tribunal. Em uma atmosfera mais de cooperação do que de contraditório, esses adultos ajudariam o juiz a modelar uma estratégia adequada para reformar o réu. O juiz também contaria com informações fornecidas pelo dossiê antropológico-biográfico que acompanharia todos menores ao tribunal.

Ao contrário de magistrados regulares, o juiz distrital tinha ampla discricionariedade para prescrever punições, para que ele pudesse adaptá-las para cada réu, independentemente do crime. O código apenas o impedia de colocar um menor em uma prisão de adultos. Enquanto aguardavam julgamento, as crianças eram devolvidas às suas famílias, enviadas a uma instituição de caridade, ou, como último recurso, mantidas em uma ala especial da prisão, estritamente separadas dos adultos. Ao final do julgamento, o juiz distrital decidia se iria absolver ou pronunciar uma sentença, que podia variar de medidas suaves - como uma advertência ou prisão domiciliar de vários dias -, à disciplina mais rigorosa do livramento condicional (*libertà sorvegliata*). Como a suspensão da pena, a liberdade condicional era um substituto penal há muito defendido por antropólogos criminais. Mais grave era o internamento em refúgios filantrópicos para menores ou, finalmente, em um dos novos reformatórios. Todas as sentenças eram condicionais - ou seja, elas poderiam ser revogadas pelo juiz se ele estivesse convencido de que uma criança havia sido devidamente reabilitada.

Após três anos de trabalho, a Comissão publicou um relatório de cinco volumes, incluindo um detalhado "Código de Menores" pronto para a apreciação do Parlamento. Os princípios que regem o código - prevenção, a individualização, e substitutos da pena - carregava a aprovação não só dos antropólogos criminais, mas também de outros importantes especialistas sobre delinquência juvenil, que não se identificavam totalmente com a escola positivista. Apesar dessa, formidável e talvez sem precedentes, aliança de juristas, o Parlamento nunca discutiu o relatório da Comissão Quarta, muito menos transformou o Código de Menores em lei. Por que a Itália falhou em colocar em prática um sistema de tribunais de menores similares àqueles já em funcionamento na maioria dos outros países ocidentais? Como sempre, a imobilidade legislativa impediu a discussão oportuna e a eficiente implementação de grandes reformas. De acordo com um padrão previsível, o cuidadoso trabalho de uma comissão parlamentar específica manteve-se como "letra morta", no jargão do dia. Neste caso, porém, a procrastinação da Câmara dos Deputados chegou a ser mais que ineficiência negligente. Uma ferrenha oposição ao Código de Menores veio da Igreja Católica, em nome dos valores familiares. Segundo o principal jornal católico, *L'Osservatore Romano*, o Código ameaçava "os direitos que os pais têm sobre a educação de seus filhos", enfraquecendo a *patria potestà*.

Dando aos juízes distritais o poder de remover crianças "em perigo" de suas famílias e ampliando as bases da culpabilidade penal sobre os pais inadequados, o código autorizava a intromissão indevida por parte do Estado em assuntos privados. Por trás dessa defesa da autoridade dos pais, havia uma preocupação mais tangível da Igreja; o controle sobre suas obras de caridade. A coordenação de todas as instituições filantrópicas para crianças no âmbito do novo "Conselho Central" pareceu ser, para as autoridades religiosas, uma tentativa mal disfarçada do Estado de assumir um setor tradicionalmente sobre a domínio daquelas. Somente em 1934, depois da Concordata entre o Estado fascista e a Igreja Católica, os tribunais de menores foram, finalmente, estabelecidos na Itália.

IUS COMMUNE E IUS PROPRIUM: desafios da realidade medieval

Karine Salgado⁹⁰

Resumo: A Idade Média é conhecida por ser um período muito rico no qual uma pluralidade de estruturas coexiste. Isto teve um importante efeito na construção do direito medieval. As relações de poder são muito peculiares e dão origem a uma série de sistemas jurídicos distintos. Todavia, eles estão conectados, o que explica a influência à qual se submetem e os conflitos nos quais se envolvem. Neste contexto, um direito comum foi construído com o auxílio do trabalho das universidades que estudaram o Direito Romano e o habilitaram a uma realidade distinta. Este trabalho acabou por criar um “novo direito” gradualmente assumido na Europa, resultando no chamado *ius commune*. O presente texto tem como objetivo analisar a relação entre o *ius commune* e o *ius proprium*, no que tange à hierarquia entre eles enquanto importantes fontes do direito medieval.

Palavras Chave: Idade Média – *Ius Commune* – *Ius proprium*

Abstract: The Middle Ages is known as a very rich period, in which a variety of structures coexist. This fact has an important consequence for the medieval laws construction. The relationships of power are very peculiar and provide a lot of distinct systems of law. However, they are in touch with each other, which explains the influence that they are submitted to and the conflicts among them. In this context, a common law has been constructed through the work of the universities, which studied Roman Law and adapted it to a completely distinct reality. This work created a “new law” accepted gradually in Europe, resulting in the so called *ius commune*. The present work aims to analyze the relation between *ius commune* and *ius proprium*, their hierarchy and their role as sources of law.

Key Words: Middle Ages – *Ius Commune* – *Ius proprium*

INTRODUÇÃO

O período medieval é marcado por uma atipicidade política que se reflete diretamente no direito então construído. Se por um lado a ausência de delimitações claras e padronizadas para o exercício dos inúmeros poderes que se impõem favorece a construção de um sistema de pretensão universal, por outro, esta mesma organização do poder, tão plural e sensível a detalhes particulares, faz o direito se debulhar em inúmeras e absolutamente peculiares estruturas normativas. Aliás, os próprios medievais sentiram o antagonismo para o qual se encaminhavam, o que os levou não só a uma consciência da distinção entre os conjuntos normativos – Bártolo, por exemplo, distingue duas espécies de direito, o próprio, pertinente a cada povo, e um direito comum a todos – mas também ao enfrentamento, cada vez mais relevante, da questão da hierarquia das fontes do direito. O presente texto pretende analisar a tensão que se estabelece entre o direito

⁹⁰ Professora Adjunta de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

particular, *ius proprium*, e o direito compartilhado pela Europa medieval, o *ius commune*, no momento em que a história conduz a um fortalecimento dos poderes políticos laicos que culminarão na afirmação dos Estados nacionais.

DESENVOLVIMENTO

A definição do direito comum medieval é complexa.⁹¹ As fontes romanas não apresentam uma delimitação definitiva. Na compreensão medieval, ele pode surgir identificado como *ius gentium* ou como correspondente ao direito romano enquanto direito do Império.⁹² A definição ganha mais sentido à medida que a contraposição ao direito próprio, a princípio descurado, se torna inevitável. Os direitos particulares, costumes, estatutos, leis ganham progressivamente o reconhecimento de direito próprio, sobretudo nos séculos XIV e XV, e a definição do direito comum se faz, então, perante e com referência ao *ius proprium*.

O problema da pluralidade jurídica se mostra evidente. A obra *Questiones de iuris subtilitatibus*, reputada a um glosador, evidencia o dilema ao qual o mundo medieval é conduzido. Ou se toma a unidade do Império e conseqüentemente do direito, ou se aceita a multiplicidade de direitos, negando-se reconhecimento ao Império.⁹³ Como resolver o inevitável contraste entre o direito uno e a multiplicidade de sistemas jurídicos que se erguem? Este é o desafio que os últimos séculos da Idade Média colocaram.

O resgate do direito romano⁹⁴, através da reconstituição de seus fragmentos, e a dedicação ao seu estudo tiveram um papel fundamental na afirmação desse direito comum europeu⁹⁵ e fazem de Bologna um

⁹¹ O presente texto, por seu próprio dimensionamento, não abordará diretamente a questão do direito canônico e o papel da Igreja na formação do *ius commune* e na sua articulação com as inúmeras fontes que o direito medieval ostenta.

⁹² Calasso assevera que “a noção de direito comum, então, não é absoluta, não constitui, a saber, uma posição lógica que encontra em si mesma a própria determinação: mas é, ao contrário, noção correlativa, ligada a outros conceitos, sem os quais ela, como categoria em si não teria razão de existir.” (*la nozione di diritto comune, dunque, non è assoluta e per se stante, non costituisce, cioè, una posizione logica che trovi in se stessa la propria determinazione: ma è invece nozione correlativa, legata cioè ad altri concetti, senza dei quali essa, come categoria a se, non avrebbe ragione di esistere.*) CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto. Le fonti*. Milano: A. Giuffrè, 1954. p. 376

⁹³ CAVANNA, Adriano. *Storia Del diritto moderno in Europa*. Vol.1. Milano: Giuffrè, 1982. p. 40

⁹⁴ É interessante notar que o *Corpus Iuris Civilis* tinha uma autoridade que, por fundamentos diversos, se fazia presente tanto no início da Idade Média quanto no final. A princípio, sua autoridade vinha da imagem espiritual de Roma como o *corpus christianus*. Depois, no humanismo medieval, se justifica como modelo ideal expresso na Antiguidade.

⁹⁵ É importante destacar nessa questão o grande mérito, como lembra Villey, de Santo Tomás de Aquino, cuja atuação permitiu a habilitação do direito romano, laico e pagão, num contexto cristão de reserva e, em alguns casos, repulsa à cultura clássica. Santo Tomás não se exime das inúmeras referências aos juristas romanos trazidas em sua *Suma Teológica*, resgatando a tradição anterior à conversão romana ao cristianismo sem prejuízo às convicções cristãs. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 188.

centro de referência no estudo do direito.⁹⁶ Os reflexos do estudo desse direito se disseminaram pela Europa.⁹⁷

Os glosadores formam a primeira grande escola do período. Eles se dedicaram ao estudo do direito romano por uma metodologia que tinha como principal objetivo preservar o texto ao explicitar o seu sentido. A glosa (do grego palavra, voz) é uma observação sobre o texto que não se desprende dele. O objetivo é comprová-lo como instrumento de razão e autoridade, não se voltava diretamente para a vida prática do direito. O elemento literal é não só o ponto de partida, mas também o ponto central do trabalho dos glosadores. Originariamente, as glosas eram utilizadas para explicar uma palavra do texto. Os glosadores estenderam sua função para explicar toda a frase. As glosas menores ficavam nas entrelinhas e as maiores eram marginais. O que se pretendia realmente era evidenciar a verdade irrefutável da autoridade do texto através da razão, como esclarece Wieacker.⁹⁸ Uma profusão de glosas, nem sempre coerentes, invadiu os textos romanos. Acúrsio é o responsável pela compilação de mais de 96.000 glosas com vista a harmonizá-las, acompanhando e iluminando o texto romano de modo a atribuir à *Magna Glosa* uma autoridade semelhante àquela do texto citado.

A metodologia dos glosadores que simboliza um marco no estudo do direito como ciência cumpre seu papel, mas se exaure diante dos propósitos que tinha. A crise será superada por uma renovação que se

⁹⁶ O estudo do direito é favorecido pela redescoberta de obras do período clássico e pelas disputas por poder e jurisdição entre Igreja e poder laico. A tomada de Toledo (em 1086 por Afonso VI) foi fundamental para o restabelecimento do intercâmbio cultural. Ali se formou a escola dos tradutores. No século XII, Bologna começa a se destacar no estudo do direito. O período é marcado pela descoberta de importantes obras clássicas, como as de Aristóteles. A retomada do Código de Justiniano é motivo de polêmica. Não se podem precisar as fontes, mas Pisa e Florença mantiveram manuscritos do séc. VI e Bologna apresentou o que se popularizou no período. Para Weber, a retomada do direito romano se deve a uma necessidade histórica. A reativação do comércio demonstra a impropriedade do direito então vigente. Entretanto, o direito romano também não era capaz de suprir as necessidades comerciais, o que exigia a criação de novas normas. Por outro lado, a racionalidade formal do processo cognitivo romano era útil à época. Weber recorda os pressupostos da dominação burocrática presentes na realidade romana que serviam aos interesses do Estado ainda nascente. A superioridade técnica do aparelho administrativo (precisão, rapidez, impessoalidade, ordinariade, uniformidade, hierarquização e especialização) gera uma segurança e uma previsibilidade da ação burocrática pela garantia de seu atrelamento a normas.

⁹⁷ Algumas regiões da França, Itália e Espanha ofereceram menos resistência à recepção do direito romano que não se distanciava do direito costumeiro, ao contrário do que ocorreu no norte. Também o estudo do direito romano se estenderá a outras universidades, evidenciando as diversas fases e as diferenças substanciais que entre elas se impuseram a partir da metodologia adotada: “Os métodos de estudo e de ensino do direito romano variam durante esses seis séculos: método dos glosadores nos séculos XII e XIII, escola de Orleães no século XIII, escola dos pós-glosadores ou comentadores nos séculos XIV e XV, escola humanista nos séculos XVI e XVII.” GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.p. 340. Vale dizer que nas universidades, o direito canônico era estudado ao lado do direito romano, concedendo-se o título de Doctor Utriusque Iuris. Entretanto, na França, só se estudava direito canônico. Os reis da França temiam que o estudo do direito romano significasse subordinação deles ao Sacro Império. O papa Honório III impediu o estudo do direito romano em Paris. (1120).

⁹⁸ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª. Ed. Trad: A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 48. O autor explica ainda que “esta relação entre autoridade e razão com que os intelectuais medievais se ocuparam tão incansavelmente remonta, em última análise, ao idealismo grego, nomeadamente ao platônico; e, originariamente, à esperança, provinda da filosofia eleática, de que a todo o objecto pensado deveria corresponder um ente metafísico.”

eleva para além dos rígidos pressupostos dos glosadores: “a exegese assim cederá lugar à construção dogmática e às exigências do sistema.”⁹⁹ Os comentadores se destacaram no séc. XIV. Eles aplicam a dialética escolástica, não se limitando a um estudo analítico do texto. A metodologia aplicada aos textos de direito romano tinha como pressuposto a crença na racionalidade do texto. Assim, os textos de direito romano deveriam ser analisados em conjunto para que deles fossem extraídos princípios gerais a serem aplicados em casos concretos. A matéria é dividida e subdividida, estabelecem-se premissas e são feitas inferências. As conclusões são submetidas a críticas, são levantadas objeções. O que se pretende é a construção de regras de direito consideradas indiscutíveis. A postura contrasta, portanto, com aquela definidora da função dos glosadores. O texto é colocado como instrumento. A letra não é o sentido, objeto de todo o trabalho. Este precisa superar a plumagem das palavras para desvelar aquilo que uma leitura superficial não pode mostrar.

O direito romano não foi estudado apenas como direito erudito, mas efetivamente muda a realidade do direito medieval. Os legistas, juristas formados nas universidades, estudam direito romano e passam a ocupar cargos importantes junto à estrutura política. Os comentadores se transformaram nos conselheiros reais. Dão pareceres e contribuem para a superação dos problemas pertinentes à pluralidade normativa. Conciliam os direitos locais com o *ius commune*. O trabalho dos comentadores sobrepuja o próprio âmbito do direito romano. “Os seus princípios, conceitos, figuras e institutos impõem-se simultaneamente ao *ius proprium* como instância de validade e princípio vivificador.”¹⁰⁰ Isso alargou o objeto de estudo dos comentadores para além do direito romano, isto é, os direitos locais foram submetidos a estudo como forma de se conciliá-los com o direito romano. Esta expansão teve como impacto a possibilidade de se ventilar questões não tratadas pelo direito romano ou ambíguas neste sistema.

Paralelamente ao estudo do direito romano e diante de toda produção jurídica que este último propiciou, ganha destaque o direito local, construído diante das necessidades particulares. O crescimento urbano contribuiu sobremaneira para este processo.¹⁰¹ Outros fatores concorreram também para o destaque de um direito a princípio alheio ao trabalho das universidades. Em oposição à economia rural, se coloca a economia monetária, pautada no comércio, que revigora a vida urbana. “Nasce a comuna: e nasce genuinamente como organização político-jurídica dessas grandes forças econômicas.”¹⁰² O entrave a que é

⁹⁹ CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. p. 369 (*l'exegese cioè cederà il posto alla costruzione dogmatica e alle esigenze del sistema.*)

¹⁰⁰ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. p. 44

¹⁰¹ Sobre o florescimento intelectual, o fortalecimento do comércio e o consolidação das comunas, Cf. DAL RI JR. Arno. A secularização do Estado e o humanismo medieval: a contribuição da Monarquia de Dante Alighieri. In: BOMBASSARO, Luiz Carlos. DAL RI JR, Arno. PAVIANI, Jayme. (Orgs.) *As interfaces do humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

¹⁰² CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. p. 352 (“*Nasce il comune: e nasce genuinamente come organizzazione politico-giuridica di queste grandi forze economiche.*”) O autor ressalta a cautela necessária diante das transformações econômicas do período e seus reflexos na vida moral. Embora os fatores econômicos estejam em direta conexão com a vida moral, o determinismo material deve ser evitado, pois “protagonista de todo este processo,

levada a relação entre a Igreja e o poder político laico de modo igual se reflete no direito, inevitavelmente abordado senão como tema, também como instrumento das inúmeras teorizações às quais o contexto conduz.

Por detrás do pluralismo jurídico medieval está a diversidade de fontes que lhe dá suporte. Os costumes locais, construídos diante da necessidade particular e através da consciência popular, dão importante suporte a essa individualização dos sistemas medievais. Não faltam exemplos, em um contexto de delimitações políticas vulnerais, de esforços para a conservação do direito consuetudinário local mesmo quando a condição política não é favorável à sua livre afirmação. Os estatutos das comunas também desempenham um papel crucial. Estes se diferenciam da *lex* cujo conceito se liga à idéia de uma autoridade superior e universal. Aos estatutos é dado um caráter particular, subordinado à *lex*.¹⁰³ Ele é expressão da força nova que se constitui neste período, é afirmação da liberdade que os centros urbanos constroem. Na esteira dos estatutos das comunas, igualmente inspirado na idéia da autonomia das associações surgem também os estatutos corporativos. Não se pode desconsiderar ainda os ordenamentos monárquicos que, embora muitas vezes se esfurassem em múltiplos ordenamentos menores, estavam acolhidos em uma unidade pressuposta diante do poder do rei.¹⁰⁴

A princípio, os direitos particulares eram desconsiderados, não tomados como objeto de estudo posto que estava ainda muito viva no espírito dos glosadores a idéia da *Lex de imperio*¹⁰⁵. Assim, a espontaneidade do costume, por exemplo, não poderia lhe dar o status de direito. Por ele não se criaria direito tampouco se revogaria direito existente. Entretanto este posicionamento precisa ser superado diante da realidade posta, dando origem a novos entendimentos. Deste modo tem-se a noção de *permissio* que dá reconhecimento ao direito particular ou, ainda, a tese segundo a qual aqueles que têm capacidade de autogoverno, *iurisdictio*, tem *potestas statuendi*. Assim se constrói a legitimação dos *ius propria*, consolidada pela contribuição de Ubaldo, discípulo de Bártolo, que buscará no direito natural o fundamento da autonomia da comunidade política. A simples existência já lhe confere o direito natural de autoconservação e autodeterminação. O direito da comunidade, portanto, não precisa buscar fundamento em nenhuma autoridade superior e exterior, pois o encontra em si mesma. O reconhecimento da validade do *ius proprium* exige o enfrentamento da sua relação com o *ius commune*.

como processo da vida moral, permanecerá sempre o espírito humano e imaginar-se um determinismo das circunstâncias materiais levaria inconscientemente a inverter a relação: significaria não se pensar mais uma história da vida moral.” (*protagonista di tutto questo processo, appunto come processo dela vita morale, resterà sempre lo spirito umano, e immaginarsi un determinismo delle circostanze materiali porterebbe inconsapevolmente a invertire il rapporto: significherebbe non pensare più una storia della vita morale.*) p. 354

¹⁰³ Cavanna ressalta que os reinos e comunas se afirmam a despeito da abstrata idéia de universalidade do Império que prevalecia até então, embora formalmente ainda se encontrem, muitas vezes na estrutura hierárquica que a idéia de Império invocava. CAVANNA, Adriano. *Storia Del diritto moderno in Europa*. p. 46

¹⁰⁴ CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Le fonti. p. 409 e segs.

¹⁰⁵ Por ela foram concedidos poderes legislativos e judiciários ao Imperador.

O *ius commune* se assenta sobre a idéia de universalidade, diretamente ligada à idéia de Império, igualmente universal, alimentada pelos próprios medievais, como bem ilustra Dante Alighieri, em sua *Monarquia*, ao preconizar uma monarquia universal cuja correspondência histórica está no Sacro Império Romano Germânico.¹⁰⁶ O direito comum traz, então, na sua essência uma autoridade que lhe permite encabeçar a estrutura hierárquica que irá sistematizar toda a pluralidade do direito medieval:

“Esta (Idade Média) postula um sistema de fontes normativas apoiado em uma única *ratio* (*ratio iuris communis*), no qual o direito comum é um *prius* lógico, única fonte da qual os direitos particulares, como muitos rios, derivam.”¹⁰⁷

Assim, se constrói um sistema que, pelo trabalho dos juristas das universidades, é capaz de articular o direito comum e os direitos particulares de modo a mantê-los sob relativa harmonia. Trata-se de um sistema de regra e exceção que impõe ao direito particular o seu encaixe na estrutura maior ao qual se conecta.

Esta primeira sistematização não prevalecerá contudo. O crescente enrijecimento da economia e do poderes políticos mitigam a idéia de universalidade política e jurídica e, com ela, o pressuposto de autoridade do *ius commune* que lhe conferia o mais alto posto da estrutura. Assim, a idéia de unidade se pulveriza diante da realidade já fragmentada, proporcionando uma inversão pela subordinação do *ius commune* aos *iura propria*.

As comunas caminham para a superação do manto do *ius commune*, a contragosto dos juristas de princípio, muito embora isso não signifique uma ruptura com este último que, aliás, conservará sua presença nos ordenamentos jurídicos dos séculos seguintes. O direito comum se torna, então, fonte subsidiária, complementar, em que pese seu papel fundamental de sistema elementar diante de situações em que o direito particular ainda não é capaz de assumir a função principal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de sua função complementar diante dos direitos próprios, o direito comum encontra as múltiplas realidades sócio-políticas medievais, encarnado verdadeiramente seu papel de suporte e orientação

¹⁰⁶ Sobre o tema, cf. DAL RI JR. Arno. A secularização do Estado e o humanismo medieval: a contribuição da Monarquia de Dante Alighieri. In: BOMBASSARO, Luiz Carlos. DAL RI JR, Arno. PAVIANI, Jayme. (Orgs.) *As interfaces do humanismo latino*.

¹⁰⁷ CAVANNA, Adriano. *Storia Del diritto moderno in Europa*. p. 51 (*Esso postula un sistema di fonti normative sorretto da un'unica ratio (ratio iuris communis), nel quale il diritto comune è un prius logico, l'unica sorgente da cui, come tanti fiumi, tutti i diritti particolari derivano.*)

dos *iura propria* ainda em processo de construção e automação.¹⁰⁸ Os juristas, por sua vez, inicialmente resistentes ao *ius proprium* não só serão responsáveis por sua integração como também pela sua elevação frente ao direito comum e encontrarão, junto àquele, o caminho para a vida prática do direito que produziam.

A justaposição de sistemas diversos pertinentes a uma mesma realidade obrigou a uma harmonização que, como se pôde perceber, precisou ser revista diante da crescente afirmação dos poderes políticos que se encaminhavam para o Estado nacional. A inversão rendeu frutos, posto que corrobora com a formação dos direitos próprios e leva adiante o desenho geopolítico que começa a ser traçado. Isso não representou, todavia, uma desconsideração do *ius commune*, cuja participação e contribuição adentraria os Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. Trad. Laureano Robles Carcedo *et al.* Madrid: Tecnos, 2004.
- BELLOMO, Manlio. *The common legal past of Europe. 1000-1800*. Trad. Lydia Cochrane. s.d: The Catholic American University Press, 1995.
- CAENEGEM, *Introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto. Le fonti*. Milano: A. Giuffrè, 1954.
- CAVANNA, Adriano. *Storia Del diritto moderno in Europa*. vol.1. Milano: Giuffrè, 1982.
- CHENU, Marie-Dominique. *Nature, man, and society in the twelfth century*. Trad. Jerome Taylor. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- DAL RI JR. Arno. A secularização do Estado e o humanismo medieval: a contribuição da Monarquia de Dante Alighieri. In: BOMBASSARO, Luiz Carlos. DAL RI JR, Arno. PAVIANI, Jayme. (Orgs.) *As interfaces do humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- GILSON, Étienne. *Las metamorfosis de la ciudad de Dios*. Trad. Antonia García Sánchez. Madrid: Rialp, 1965.
- GROSSI, Paolo. *L'Ordine giuridico medievale*. Milano: Laterza, 2006.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Jr. 2 Ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GUILHERME DE OCKHAM, *Oito Questões sobre o Poder do Papa*. Trad. José Antonio de C. R. de Souza. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.
- MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

¹⁰⁸ Bellomo ressalta a importância do papel do direito comum frente ao direito particular, ainda frágil em sua construção. O *ius commune* dá suporte ao *ius proprium* devido aos seus conceitos e a sua doutrina já consolidada. BELLOMO, Manlio. *The common legal past of Europe. 1000-1800*. Trad. Lydia Cochrane. s.d: The Catholic American University Press, 1995. p. 195

QUIDORT, João. *Sobre o poder régio e papal*. Trad. Luís Alberto De Boni. Petrópolis: Vozes, 1989.

SOUTHERN, Richard W. *Scholastic humanism and the unification of Europe*. The heroic age. s.l: Blackwell, 2001. v. 2.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª. Ed. Trad: A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

JUSTIÇA PÚBLICA X JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NA ITÁLIA MEDIEVAL*

Alexandre Ribas de Paulo**

Resumo: O presente trabalho intenta apresentar, de maneira panorâmica, algumas peculiaridades a respeito das experiências penais na Itália entre os séculos XI e XIV, destacando-se a coexistência de dois sistemas de Justiça Penal: a) oficial e pública, elaborada por intermédio do discurso de legitimidade legislativa do *princeps*, oriundo do Direito Romano; b) comunitária e consuetudinária, caracterizada pelo direito de *vendetta* e negociação entre as partes. Inicialmente destaca-se a importância dos estudos realizados pela Escola dos Glosadores na Europa Ocidental para a fundamentação teórica a respeito da legitimidade das autoridades públicas e, em seguida, comenta-se brevemente sobre a resistência do Direito consuetudinário, caracterizado pela negociação entre as partes e a sua paulatina marginalização em relação ao crescente controle do poder político dos *princeps*.

Palavras-chave: Direito Romano, Itália Medieval, Justiça Penal Negociada.

Abstract: This paper intends to present, on a panoramic view, some peculiarities about the criminal experiences in Italy between the eleventh and fourteenth centuries, highlighting the coexistence of two systems of criminal justice: a) official and public, made through the speech princeps legislative legitimacy, deriving from Roman law, b) and customary community, characterized by the law of vendetta and negotiation between the parties. Initially we highlight the importance of studies conducted by the School of glosser in Western Europe to the theoretical foundation on the legitimacy of public authorities and then to comment briefly on the strength of customary law, characterized by negotiation between the parties and their creeping marginalization in relation to the increasing control of political power of the princeps.

Keywords: Roman law, Medieval Italy, Criminal Justice Negotiated.

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata, de maneira panorâmica, de alguns fatos históricos que possibilitaram a substituição de experiências penais consuetudinárias, descentralizadas, negociadas e comunitárias, tipicamente medievais, por uma Justiça considerada oficial e centralizadora, exercida pelas autoridades públicas legitimadas pelo Direito Romano Justinianeu reintroduzido na Europa a partir de centros de estudos italianos no período conhecido como Baixa Idade Média (séculos X ao XV).

Para a compreensão de tal fenômeno, elabora-se, inicialmente, uma breve contextualização do ambiente políticos em que foi inserido o Direito Romano Justinianeu, resgatado pela Escola dos Glosadores. Em seguida são destacadas algumas particularidades da justiça penal negociada em voga nas comunas da

* O presente trabalho foi realizado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq – Brasil.

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Doutorando pelo CPGD/UFSC. Professor Assistente na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Pesquisador do *Ius Commune* – Grupo de Pesquisa Interinstitucional em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFSC). *E-mail*: ribasdepaulo@hotmail.com

Itália medieval e, após, são destacados os traços mais significativos do discurso do Direito oficial, que passou a ser utilizado como instrumento de manutenção da ordem pública, politicamente definida, deslegitimando e marginalizando os métodos tradicionais de resolução de conflitos entre as pessoas que viviam nas comunas e, especialmente, determinando o caráter público da punição como instrumento de neutralização dos personagens considerados inimigos políticos.

1 O Direito Romano na Baixa Idade Média

Desde o século IX o Direito Feudal, fundamentado nos costumes regionais e controlados pelas potestades locais, prevaleceu na Europa Ocidental, e os institutos de resolução de conflitos penais pertinentes a esse sistema jurídico-político descentralizado persistiu até praticamente o final do século XVIII em muitas regiões da Europa.¹⁰⁹ No decorrer da Baixa Idade Média, todavia, começaram a germinar os fenômenos (sociais, intelectuais, econômicos etc.) que inspiraram mudanças da mentalidade medieval; período este que os historiadores chamam de “transição”, ou seja, a mudança da sociedade feudal (sagrada e imutável) para uma sociedade burguesa (racionalista e dinâmica).¹¹⁰ Nesse contexto, um dos fenômenos políticos que mais concorreram para o resgate do Direito Romano como fonte privilegiada para a laicização do Estado foram as disputas entre o papado e o Imperador¹¹¹, que inspiraram o (re)surgimento da proeminência de um Direito racionalmente elaborado e a excelência da lei escrita em relação aos costumes.¹¹²

Com o despontar da Escola dos Glosadores, fundada por Irnério – que ensinou em Bolonha entre 1088 a 1125 – deu-se o método de leitura e explicação dos textos do *Corpus Iuris*, isto é, a interpretação dos textos jurídicos clássicos do século VI.¹¹³ A reintrodução do Direito Romano na Europa ocidental possibilitou, a partir do século XII, a construção de um Direito Público fundamentado na pessoa do Papa, imperador, reis e príncipes. Apesar de os glosadores, também chamados de “praxistas”, não se interessarem de imediato pelo Direito Penal, foram eles de extrema importância para a tentativa de homogeneização e

¹⁰⁹ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 128.

¹¹⁰ Nesse sentido, consultar: NOVAIS, Fernando A. Condições da privacidade na colônia. In: MELLO E SOUZA, Laura de. (org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v.1., p. 15.

¹¹¹ Mario Curtis Giordani. In: *História do mundo feudal II/1: civilização*. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 245, comenta: “Certo é que no século X houve um movimento jurídico importante na antiga sede do Exarcado. Juristas dessa cidade tomaram parte nas controvérsias entre Henrique IV e o papa Gregório VII. Assim, por exemplo, o jurista ravenense Pedro Crasso redigiu em 1080 um escrito em defesa do imperador repleto de citações jurídicas romanas, extraídas em geral do Código, mas também das Institutas.”

¹¹² Sobre tal fenômeno, consultar: Patrick Nerhot. *Diritto storia: saggio di filosofia del diritto*. Padova: Cedam, 1994, p. 96; Jacques Verger. *Homens e saber na idade média*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 50-5.

¹¹³ Nesse sentido, consultar: HADDAD, Guilherme. *Ementas de direito romano*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1978, p. 25.

centralização do Direito nas mãos dos principais atores políticos medievais, inclusive possibilitando a formação de um Direito nacional já a partir do século XIII.¹¹⁴ Nesse sentido, sintetiza Michel Foucault:

É preciso não esquecer que a reativação do Direito Romano no século XII foi o grande fenômeno em torno e a partir de que foi reconstituído o edifício jurídico que se desagregou depois da queda do Império Romano. Esta ressurreição do Direito Romano foi efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista.¹¹⁵

Ao ser reinserido na Europa ocidental, o Direito Romano atendeu, inicialmente, aos interesses seculares para a legitimação do poder imperial sobre seus territórios, de modo que o *ius commune*, utilizado sobretudo nos territórios italianos e germânicos, passou a não ser reconhecido pelo Imperador, exceto de modo subsidiário para a resolução de determinadas causas. O retorno às formas jurídicas clássicas, pelo Imperador do Sacro Império Romano-Germânico foi, entretanto, barrado pela multiplicidade de direitos particulares que existiam dentro do próprio Império, inclusive na (atual) Alemanha, região de onde o Imperador era proveniente desde o século X. Dessa forma, os Imperadores passaram a exigir a aplicação do Direito Romano como se fosse o Direito oficial, concorrendo, assim, com os projetos de centralização política por parte dos reis, príncipes e demais potestades de cada região. Mário Curtis Giordani, ao comentar o vínculo entre o Direito Romano e o Sacro Império destaca:

A Escola de Bolonha considerava o Direito Romano uma legislação viva pela qual o antigo Império Romano se perpetuava através do Santo Império Romano-Germânico; o imperador alemão reinava em lugar dos Augustos romanos. Certos professores de Direito Romano, especialmente na Itália, proclamavam abertamente que o imperador era o “senhor do mundo”.¹¹⁶

Adriano Cavanna, ao estudar a concentração do poder soberano e sua relação com o Direito no processo formativo dos “Estados Modernos”, tendo como base cronológica o século XIV, informa sobre a necessidade de se fazer uma distinção entre a situação dos territórios imperiais e aqueles que, já na Idade Média, estavam investidos em um processo de formação das nacionalidades. O autor justifica essa distinção pela diversidade de tempo e de modo que o Direito Comunal se situava como fonte jurídica de um Direito

¹¹⁴ Nesse sentido, CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Universitaires de France: 2000, p. 122), além de recomendar uma farta bibliografia a respeito de tal fenômeno, menciona, em nota de nº 66 de sua obra: [...]“*La renaissance du droit roman a touché la curia regis dès la seconde moitié du XII^e siècle accélérant ainsi la reconstruction de la justice publique [...]. Les premiers civilistes ne sont intéressés au droit pénal que façon incidente ou marginale, et essentiellement sous l’angle de la procédure [...]; ceci rend d’autant plus remarquable les petits traités provençaux consacrés à ce sujet vers le milieu du XII^e siècle.*”

¹¹⁵ FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 180.

¹¹⁶ GIORDANI, Mário Curtis. *História do mundo feudal II/1*. Op. cit., p. 253. Para se ter uma noção da influência do Direito Romano no Direito do Sacro Império, consultar: CLANCHY, Michael. Lei e amor na idade média. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 148-9.

nacional ou regional – por fatores políticos –, e não mais imperial. Dessa forma, em regiões desvinculadas do Sacro Império, como a França e a Península Ibérica, onde os Imperadores – apesar de serem reconhecidos como *dominus mundi* – já não exercitavam qualquer hegemonia, a nacionalidade havia dissolvido a antiga unidade imperial e o Direito Romano passou a ser utilizado pelos monarcas como sendo subsidiário do Direito Nacional.¹¹⁷

No tocante às regiões ainda coligadas ao Império, em particular os territórios italianos¹¹⁸, a situação jurídica era *sui generis*, porquanto, ao mesmo tempo em que havia uma autonomia dos ordenamentos particulares (*ius proprium*), eles eram coordenados em típicos sistemas de fontes como o Direito imperial e o pontifício. Assim, existia uma legitimação dos poderes autônomos de cada comuna e “uma pluralidade de ordenamentos menores; ao mesmo tempo em que haviam salvaguardado – teoricamente – a suprema e unitária autoridade imperial.”¹¹⁹

Por outro lado, os reis, no processo de formação das nacionalidades como França, Portugal e outros reinos da Península Ibérica valorizaram o *ius commune* (fragmentário) e aplicavam o Direito Romano Justinianeu (universal) de maneira subsidiária no interior das suas comunidades. Com o passar do tempo e aproveitando o enfraquecimento da nobreza detentora dos poderes locais, os próprios monarcas atribuíram-se poderes típicos de legisladores, passando, inclusive, a considerarem-se fontes vivas do Direito, escorados em um conceito típico do absolutismo imperial de Constantino, no século IV: *o princeps legibus solutus* (O príncipe é livre legislador).¹²⁰

Nessa perspectiva, a formação do Direito régio na Baixa Idade Média passou por duas fases sucessivas: a) a de superação externa do universalismo jurídico (os monarcas contra o Direito do Império); e b) a de superação interna dos elementos residuais dos modelos de organização comunitária (os monarcas contra os ordenamentos das comunidades).¹²¹

¹¹⁷ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in europa: le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982., p. 66-7.

¹¹⁸ Cumpre salientar que na Península Itálica, a partir do século XI, comerciantes e artesãos associavam-se e dedicavam-se a uma vida de grupo, formando uma classe paralela à feudal, que atendiam as leis de mercado e as leis da cidade (estatutos). As autoridades centrais que invocavam o poder na Itália (Imperador e Papa) tinham dificuldades para estabelecer o seu poder nas cidades comerciais, e isso favoreceu o desenvolvimento de governos autônomos levado a cabo através das associações, favorecendo o surgimento de grupos familiares poderosos. Detalhes da política medieval italiana podem ser hauridos em: PREVITÉ-ORTON, C. W.; *História da idade média*. Lisboa: Editorial Presença, 1973, v.4, p. 79-87 e v.6., p. 50; MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. DAL RI JÚNIOR, Arno. Direito e política na monarquia de dante alighieri. In: ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. São Paulo: Escala, s/d., p. 13-4.

¹¹⁹ Cf.: CAVANNA, Adriano. Op. cit., p. 67.

¹²⁰ Sobre as características políticas do governo de Constantino e sua implicação na construção do Direito, consultar: METRO, Antonino. Istituzioni e ordinamento di roma nell’età del dominio. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 265-324.

¹²¹ CAVANNA, Adriano. Op. cit., p. 66-77. Em um primeiro momento, parece paradoxal a co-existência do *ius commune* e de um Direito Romano, mas explicando o assunto Mário Curtis Giordano (In: *História do mundo feudal III/1*. Op. cit., p. 251) salienta: “O trabalho dos glosadores e, especialmente, dos comentadores, contribuiu decisivamente

Especificamente em relação ao Direito Penal, todavia, o Direito Romano reativado na Baixa Idade Média não resultou em muitas vantagens, visto que os glosadores tinham mais apreço ao Direito Civil e se limitavam a interpretar a codificação justiniana, não dando muita importância à matéria criminal; exceto a partir do século XIII, momento em que começaram a ser elaborados trabalhos de teorização do Direito Penal.¹²²

2 Estruturação política centralizada x Justiça penal comunitária na Península Itálica

Apesar de a História registrar uma progressiva centralização dos poderes dos reis e príncipes no decorrer da Baixa Idade Média e uma paulatina publicização da Justiça Penal com a consequente proibição da vingança privada, os métodos tradicionais e informais de resolução de conflitos penais intersubjetivos continuavam a operar nas sociedades europeias ocidentais, a despeito da existência e da progressiva extensão de enunciados legais e da contínua estruturação do poder público para a repressão aos delitos.

No caso específico da península itálica explica Carlo Calisse que as legislações comunais foram sendo substituídas pelas dos principados e monarquias que foram se formando em um intrincado jogo político, dando impulso ao movimento de afirmação da autoridade pública contra os poderes que tinham, no decorrer de décadas, consolidado o direito de punir, ocorrendo, assim, uma subordinação cada vez maior dos crimes (de ordem privada) ao interesse público.¹²³

Mais atentos aos detalhes, Mario Sbriccoli explica que nas cidades italianas, a partir do século XI, a *vendetta* da vítima ainda era um direito, não como forma de excesso tolerado pela comunidade, mas como um método reconhecido e legítimo de restabelecimento do equilíbrio violado pelo ofensor, ou ainda, como uma maneira de ressarcimento e obtenção de satisfação. Esse tipo de justiça, entretanto, era diferente da *faida*¹²⁴ uma vez que os poderes públicos já haviam proibido esse tipo de “desordem” e procuravam orientar

para o desenvolvimento e adoção em vários países da Europa medieval ocidental do que se convencionou chamar *Jus Commune*. Advirta-se, desde logo, o leitor que não deve confundir esta expressão com o *jus commune* dos juristas romanos, que consistia nas normas jurídicas de alcance geral em oposição ao *jus singulare* que se constituía de normas aplicáveis somente a determinada categoria de pessoas ou de atos jurídicos. O *Jus Commune* de que ora falamos (sobre o exato sentido desta expressão divergem os autores) seria o *Direito Romano* difundido na época dos glosadores e pós-glosadores, constituído por um notável complexo de normas das quais o Direito Justiniano era a fonte mais importante, embora não a única. Vale ainda observar que em oposição a este Direito Romano *Commune* os glosadores falavam de um *jus singulare* entendendo por esta expressão o direito de cada *civitas* como, por exemplo, os costumes e os estatutos das comunas.”

¹²² Alguns nomes de juristas famosos que trataram do Direito Penal nas Idades Média e Moderna podem ser consultados em: SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Konfino, 1950, p. 49-50.

¹²³ CALISSE, Carlo. *Diritto penale italiano: dal secolo VI al XIX*. Firenze: G. Barbèra, 1895, p. 167-8.

¹²⁴ *Faida* (ou *faide*) pode ser compreendida, de maneira genérica, como sendo a “inimizade”, a “vingança dos parentes”; famosa na Idade Média pelas infundáveis guerras entre famílias, com o fito de exercer a *vendetta*. Por exemplo, na compilação jurídica dos longobardos, em 643, pode-se perceber a tentativa de se dar uma interpretação autêntica do termo germânico *faida* à língua latina: “[...] *cessantem faida, hoc est inimicitia*.” ([...] cessando a *faida*, isto é, a inimizade.) no capítulo 45 do *EDICTVM ROTHARI* (In: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Le*

os cidadãos através de mediadores para sanar os conflitos com ressarcimentos, trocas, indenizações e recompensas. Isso não excluía, todavia, a procura por um juiz, visto que, por intermédio de um processo público, o ofendido ganhava uma certa “força negocial” e, assim, o tipo de justiça comunitária das cidades permitia que os cidadãos possuíssem uma certa salvaguarda de seus interesses entre eles mesmos.¹²⁵

Em relação aos séculos XIII e XIV, Paolo Marchetti argumenta que os acordos privados decorrentes daquilo que hoje entendemos como delito não deixaram de existir na Itália medieval, mas sempre mais esbarravam nos discursos centralizadores das autoridades públicas e passaram a ser marginalizados.¹²⁶ Por outro lado, em relação a coexistência de dois sistemas de Justiça Penal aparentemente contraditórios em um mesmo contexto histórico, Marco Bellabarba pondera que os vínculos entre a nascente justiça penal pública e os modos tradicionais de composição privada na época das comunas são revelados, também, pela:

[...] cultura refinada dos *doctores* italianos, que se mostravam inclinados a harmonizar a severidade da repressão pública com a tutela de uma justiça mais próxima às necessidades de seus súditos, como se a deficiência institucional dos governos urbanos reconhecessem nos procedimentos de *compositio* a única que estava em grau de responder algumas exigências peculiares: a solução pacífica dos conflitos privados, o comprometimento das autoridades públicas como instância de mediação garantida pela sombra da oficialidade, a segurança de um nível aceitável de paz cidadina e de ordem social.¹²⁷

Esse modelo de justiça penal comunitária, entretanto, excluía os forasteiros, vagabundos e também os membros da comunidade que eram considerados intratáveis e, por isso, submetidos a procedimentos públicos sumários, com a finalidade de se aplicar uma pena de caráter eliminativo. Em suma, havia dois tipos de justiça penal: a) uma delas a justiça negociada, pactuada entre os membros da comunidade cidadã, repousada no consenso e que tinha por escopo a reparação da ofensa e o restabelecimento do equilíbrio (“paz”) na comunidade cidadina; b) a outra, aquela que combatia a “criminalidade” e pretendia a obediência, isto é, uma justiça que operava pela lógica da repressão unilateral do crime e a remoção do perigo representado por este.¹²⁸

leggi dei longobardi: storia, memoria e diritto di un popolo germanico. Roma: Viella, 2005. p. 26. Tal texto encontra-se disponível em latim na Internet em: http://www.oeaw.ac.at/gema/lango_leges.htm, acesso em 03/10/2010. Ainda, sobre o assunto, consultar BATISTA, Nilo. *Matrizes béricas do sistema penal brasileiro*, I. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, p. 33-4.

¹²⁵ SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo stato moderno in europa*: istituzione e diritto. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 164-6.

¹²⁶ MARCHETTI, Paolo. I limiti della giurisdizione penale: crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico tardo medievale. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in germania e in italia*: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 85.

¹²⁷ BELLABARBA, Marco. *Pace pubblica e pace privata*: linguaggi e istituzioni processuali nell’italia moderna. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in germania e in italia*: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna. Bologna: Il Mulino, 2001. p. 191.

¹²⁸ SBRICCOLI, Mario. Op. Cit., p. 165-6.

Com as mudanças políticas ocorridas entre os séculos XII e XV, o sistema citadino italiano começou a sofrer mudanças cada vez mais significativas, pois a fase “comunitária”, gerida por regras consuetudinárias, pactuadas entre os cidadãos, cedeu lugar à fase “autoritária”, dominada por partidos e assembleias, e que desembocou em regimes de senhorios e, depois, em Estados territoriais atentos a garantir formas eficazes de jurisdição política. Assim, mudaram as relações entre os senhores e os súditos e entre Direito e Poder, momento em que foram se ajustando progressivamente os regimes punitivos públicos, que pretendiam enfraquecer a autonomia da função da justiça consuetudinária e colocava em discussão o seu caráter negocial, isto porque a “justiça negociada se tornou cada vez mais incompatível com a ordem constitucional dos regimes centralizadores nascidos da crise nas cidades”.¹²⁹

Nesse contexto histórico, as práticas jurídicas tradicionais – que aos olhos de Paolo Grossi eram produtos da maturação lenta e original das comunidades medievais às suas exigências cotidianas¹³⁰ –, acabaram sendo condicionadas ao novo modo de fazer justiça, impregnado de um forte caráter público e atrelado ao governo das cidades, onde os governantes perceberam que a justiça penal era um importante e decisivo meio de governo e que não fazia sentido deixá-la unicamente à vontade dos ofendidos. Foi também no regime das potestades italianas¹³¹, que os juízes da comunas começaram a agir *ex officio* na persecução de todos os crimes de qualquer relevância, fazendo inquirições gerais na tentativa de descobrir o cometimento de infrações e encorajando as pessoas a não deixarem qualquer crime impune, inclusive aplicando sanções aos culpados mesmo quando as vítimas já estavam satisfeitas negociavelmente.¹³²

Pode ser notado, nesse ambiente de transição, que as práticas tradicionais de conciliação e composição de danos oriundos de delitos intersubjetivos passaram a ser desacreditadas, marginalizadas e tornadas “informais” com o desenvolvimento dos novos regimes políticos centralizadores, uma vez que as autoridades públicas viam a autonomia comunitária como uma desordem e somente através de uma “renovada lógica constitucional” normativa, baseada no interesse geral, é que se atingiria a paz pública e se legitimaria uma justiça retributiva. Assim, “se impôs o princípio de que aquele que comete um delito

¹²⁹ SBRICCOLI, Mario. Op. cit., p. 167.

¹³⁰ GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 31.

¹³¹ Explica C. W. Previtê-Orton (In: *História da idade média*. Lisboa: Editorial Presença, 1973, v.4, p. 79-87), que no final do século XII, as comunas já constituíam um organismo formado por muitas classes; todavia, as cidades necessitavam de proteção armada diante das disputas entre o Papado e o Império; e, sobretudo, diante dos interesses comerciais entre as próprias cidades, porquanto cada uma ambicionava a expansão do seu comércio e, assim, assegurar a prosperidade às classes mercantis. Com o fim das batalhas contra o Imperador Frederico Barbaruiva (1152-1190) – que em 1162 destruiu Milão –, foi desenvolvido o sistema chamado de *podestare*, onde o eleito tinha um poder executivo na administração das comunas. Sobre o assunto, consultar também: ZORZI, Andrea. *Negoziacione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a cura di). *Criminalità e giustizia in germania e in italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 18-9.

¹³² SBRICCOLI, Mario. Op. cit., p. 167.

danifica a sua vítima, mas também ofende a *respublica*, a qual possui o direito de satisfazer-se infligindo uma pena.”¹³³

Com este modelo de justiça pública, Mário Sbriccoli explica que começou a prevalecer o processo inquisitório no sentido de pesquisa das provas e aplicação das penas aos acusados, e se “reduziram enormemente os espaços permitidos para os acordos em matéria penal”, sendo impostos os princípios da “oficialidade da ação pública, a indisponibilidade do processo e a sua confirmação somente por intermédio de um juiz; enfraquecendo o rol de mediações sociais para as soluções dos conflitos nascidos dos crimes, porque se impõe a ideia que não há justiça sem a *punição* do culpado.”¹³⁴ Ressalta-se, ainda, que o modelo processual inquisitório acabou por “marginalizar progressivamente o processo acusatório (lugar ideal da mediação e da justiça negociada) reduzindo os tratados aos crimes menores e aos conflitos locais e periféricos”¹³⁵. Tais características indicam a hegemonia de uma Justiça Penal autoritária e investida de um poder derivado diretamente do soberano (Antigo Regime).¹³⁶

Saliente-se, todavia, que mesmo com o crescente aumento das autoridades públicas, agora legitimadas também como protetoras da ordem pública, às vezes ocorriam conflitos entre famílias nobres e poderosas, como forma de se evitar a (proibida) *faida*, o recurso à mediação privada e fora dos processos públicos ainda era utilizado como método – ou manobra – de resolução dos conflitos. Nesse sentido, Marco Bellabarba comenta que esses acordos representavam uma renúncia – senão um “não reconhecimento” – aos órgãos públicos e visavam garantir as próprias prerrogativas das famílias (nobres), onde “as condenações por contumácia ou exílio registrados nos livros das sentenças escondiam frequentemente os incômodos de uma investigação parada como sendo um artifício na espera de que os familiares das partes chegassem à uma solução informal e agradável à todos.”¹³⁷

Outro aspecto contrastante à justiça penal oficial (repressiva) incipiente no medievo tardio, destacado por Marco Bellabarba, é que nas sociedades comunais havia uma vasta gama de comportamentos voltados para a composição dos conflitos privados, sendo que, ao lado das regras e hábitos da vida cidadina, eram fortes os preceitos cristãos, e as “remissões”, “perdões” e “renúncias” mediadas por eclesiásticos para a resolução dos dissídios dos seus paroquianos eram realizados antes de eles irem aos “bancos da justiça”. Dessa forma, não se pode desprezar que:

¹³³ Ibid., p. 167-8.

¹³⁴ Ibid., p. 168.

¹³⁵ Ibid. p., 169.

¹³⁶ Sobre detalhes da construção de crimes políticos e a utilização do aparato público (comunal) para a repressão dos inimigos já no sistema *podestari*, consultar: ZORZI, Andrea. Op. cit., p. 18-26. Este autor (Ibid., p. 33-4), ao comentar sobre o processo de legitimação da justiça penal no plano social e político, salienta o papel dos intelectuais medievais na construção das doutrinas de interesse dos novos regimes políticos com base mercantil. Concernente à uma visão das técnicas de represália e tirania exercidas durante o processo de estatização do Direito Penal na Idade Média, consultar: GATTO, Ludovico. *Medioevo quotidiano: motivi e modelli di vita*. Roma: Editori Riuniti, 1999, p. 101- 120.

¹³⁷ Op. cit., p. 191.

[...] os ideais de uma vida cristã disposta a cancelar as infrações mais detestáveis desde que os homens encontrassem uma via sincera ao perdão e o esquecimento de todos os impulsos da vingança em nome de Deus, deveria facilmente entrelaçar as estradas da justiça laica daquela religiosa; ou como acontecia mais frequentemente, deixar para esta a missão de reconciliar os seus fiéis.¹³⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tais informações, ainda que fragmentárias, pode-se perceber que a despeito da estruturação das instituições públicas investindo de discricionariedade os agentes do *princeps*, nos moldes de um Direito Romano justinianeu, o hábito de se resolver os conflitos interpessoais através da composição dos danos e da informalidade ainda continuava a ser expediente utilizados nas sociedades comunais italianas.

Neste caso, deve ser levado em consideração o fato de que o receio dos cristãos (católicos) em não ter as suas “culpas” perdoadas pelos clérigos funcionava como um incentivo às partes a procurar um acordo de composição dos danos antes de se procurar a via jurídica oficial; e, finalmente, deve-se observar que as classes sociais mais abastadas e as pessoas bem relacionadas da própria comunidade podiam recorrer a subterfúgios processuais em prol da resolução de conflitos penais evitando as interferências das autoridades públicas em seus assuntos particulares.

Com isso, fica patente que, embora o Poder Público ressurgisse legitimado por teorias jurídicas clássicas pertinentes ao poder do *princeps* de legislar para salvaguarda da ordem pública, para se impor, esse Poder teve que suplantar, ao menos discursivamente, a justiça penal consuetudinária e negociada então existente, tornando-a informal, marginal e inválida quando oposta aos magistrados, mas isso em relação a determinadas pessoas da comunidade que eram consideradas inimigos políticos ou insignificantes perante o jogo político local.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Matrizes béricas do sistema penal brasileiro, I*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.
 BELLABARBA, Marco. *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell’italia moderna*. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi).

¹³⁸ Op. cit. p. 192.

- Criminalità e giustizia in germania e in italia*: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna. Bologna: Il Mulino, 2001.
- CALISSE, Carlo. *Diritto penale italiano: dal secolo VI al XIX*. Firenze: G. Barbèra, 1895.
- CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Universitaires de France: 2000.
- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in europa: le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982.
- CLANCHY, Michael. Lei e amor na idade média. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993.
- DAL RI JÚNIOR, Arno. Direito e política na monarquia de dante alighieri. In: ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. São Paulo: Escala, s/d., p. 13-4.
- EDICTVM ROTHARI*. In: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Le leggi dei longobardi: storia, memoria e diritto di un popolo germanico*. Roma: Viella, 2005.
- _____. Disponível na Internet em: <http://www.oeaw.ac.at/gema/lango_leges.htm> acesso em 03/10/2010.
- FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- GATTO, Ludovico. *Medioevo quotidiano: motivi e modelli di vita*. Roma: Editori Riuniti, 1999.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- GIORDANI, Mario Curtis. *História do mundo feudal II/1: civilização*. Petrópolis: Vozes, 1982.
- GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 31.
- HADDAD, Guilherme. *Ementas de direito romano*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1978.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- MARCHETTI, Paolo. I limiti della giurisdizione penale: crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico tardo medievale. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in germania e in italia*: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna. Bologna: Il Mulino, 2001.
- METRO, Antonino. Istituzioni e ordinamento di roma nell'età del dominio. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 265-324.
- NERHOT, Patrick. *Diritto storia: saggio di filosofia del diritto*. Padova: Cedam, 1994,
- NOVAIS, Fernando A. Condições da privacidade na colônia. In: MELLO E SOUZA, Laura de. (org.). *História da vida privada no brasil: cotidiano e vida privada na américa portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v.1.
- PREVITÉ-ORTON, C. W.; *História da idade média*. V.4 e V.6. Lisboa: Editorial Presença, 1973.
- SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo estado moderno in europa: istituzione e diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2004.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Konfino, 1950.
- VERGER, Jacques. *Homens e saber na idade média*. Bauru: EDUSC, 1999.

ZORZI, Andrea. Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale.
In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a cura di). *Criminalità e giustizia in germania e in italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001

A CULTURA JURÍDICA DAS REVISTAS: a revista de direito penal (1933-1936) como fonte de interpretação

Camila Cardoso de Mello Prado¹³⁹

Resumo: O trabalho é resultado parcial de pesquisa desenvolvida na tese de doutorado, na qual se problematiza a noção de defensivismo social na formação da cultura jurídico-penal brasileira durante a década de 1930. Pretendo apresentar neste texto a discussão sobre a utilização das Revistas Jurídicas como fonte de interpretação dos debates e da constituição do saber penal e criminológico. Apresento algumas análises preliminares da produção cultural da Revista de Direito Penal, publicada no Rio de Janeiro, entre 1933 e 1942. Para os fins deste trabalho, detenho-me especialmente durante o período que compreende a fundação da Revista, em 1933, e a publicação dos Anais da Primeira Conferência Brasileira de Criminologia, em 1936, durante a chamada República Nova, que antecedeu a instituição do Estado Novo.

Palavras-chaves: cultura jurídico-penal; Revista Jurídica; Revista de Direito Penal.

Abstract: This project is part of a PhD dissertation. The aim of the study is to present the idea of a defensive social culture in the development of the Brazilian legal and criminal culture in the 30's. For that purpose about the use of magazines as a source of Legal Interpretation of the debate and the establishment of criminal and criminological knowledge is presented. I present some preliminary analysis of the cultural production of the Journal of Criminal Law, published in Rio de Janeiro, between 1933 and 1942. More specifically I will present the results encompassing the so called New Republic period from 1933 when the journal was founded, to 1936 when the Proceedings of the First Brazilian Conference of Criminology was published preceding the establishment of the Estado Novo.

INTRODUÇÃO

O texto tem como objetivo apresentar a Revista Jurídica como relevante fonte historiográfica para compreender e problematizar a produção cultural do direito. Para tanto, dispõe da Revista de Direito Penal, publicada no Rio de Janeiro, durante as décadas de 1930 e 1940, como caso de verificação das possibilidades interpretativas da Revista enquanto fonte de pesquisa historiográfica.

A investigação detém-se nas publicações compreendidas entre 1933-1936¹⁴⁰ e se ocupa especialmente do ato fundacional da Revista de Direito Penal e de seus desdobramentos na produção editorial. A avaliação preliminar da produção desse período permite a abordagem das seguintes questões: o envolvimento institucional dos juristas, produtores da cultura penal e criminológica, nas reformas penais; a

¹³⁹ Doutoranda do CPGD/UFSC, bolsista do CNPq.

¹⁴⁰ Esse período compreende a constituição política da “República Nova”.

orientação dos debates penal e criminológico em relação às reformas penais e às políticas de modernização do Estado; a débil delimitação teórica do campo de saber penal e criminológico.

1.

O gênero Revista como fonte de interpretação e como tema de investigação foi por muito tempo considerado, na historiografia moderna, insuficiente para compreender aspectos da história cultural. O estudo das Revistas, enquanto produtoras de cultura, foi realizado inicialmente no campo do saber da crítica literária.

No campo do saber jurídico a referência às Revistas como fonte interpretativa da cultura do direito é impulsionada, na Itália, especialmente a partir dos anos de 1980. Dentre outros impulsos, em 1983 se realizou em Florença os Atos do Primeiro Encontro de Estudos, organizado pelo Professor Paolo Grossi.¹⁴¹ A iniciativa visava reunir alguns trabalhos que já se haviam realizado no campo das revistas jurídicas e debater a metodologia e as hipóteses que poderiam ser postas à prova no esforço conjunto dos teóricos em avaliar as Revistas jurídicas a partir de sua dimensão cultural. Entendê-las não apenas como receptoras e divulgadoras de conteúdos técnicos, mas também, como meio e produtoras de cultura jurídica.

Propunha-se a aproximação teórica à compreensão da produção cultural das Revistas, revigorando-as como campo de estudo e fonte de interpretação, consideradas a suas mais variadas especificidades, marcadas pela escritura de textos mais curtos, com finalidades de divulgação e vulgarização de um saber, disputas de concepções teóricas e de influências no campo institucional. Um campo que poderia se diferenciar das fontes monográficas nas quais os diálogos, os conflitos, e a circulação de idéias não costumam estar em jogo de forma tão plural.

Esse Encontro foi o passo inicial para que em 1987 a Revista *Quaderni Fiorentini*, importante publicação no campo da história do direito na Itália, dedicasse integralmente seu número aos estudos das Revistas Jurídicas italianas. Dentre esses estudos, de especial relevância para o trabalho que proponho realizar, Mario Sbriccoli publicou texto sobre o direito penal liberal avaliado a partir das publicações da *Rivista Penale*, dos anos de 1874-1900.¹⁴²

Segundo Grossi, seria possível justificar o uso das Revistas como fonte para compreender aspectos da cultura jurídica e dos juristas, a partir de três proposições:

Primeiramente, submeter a Revista ao foco de pesquisa nos permite avaliar o macro-problema através de um filtro extremamente concreto, nos permitindo evitar o enrijecimento em discursos tão gerais que se tornam genéricos e retóricos.

¹⁴¹ GROSSI, Paolo (a cura di). *La 'cultura' delle riviste giuridiche italiane*. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè.

¹⁴² SBRICCOLI, Mario. Il diritto penale liberale. A 'Rivista Penale' di Luigi Lucchini, 1874-1900. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico. Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*. Vol, 16, 1987, p.105-183.

(...)

Em segundo lugar, porque a Revista, ao menos segundo seu arquétipo perfeito - apresentada como uma comunidade que opera com um fim, como uma oficina em ação, munida de um programa, objetivo, instrumentos, operários perfeitamente coordenados, - é um ambiente ideal para uma promoção cultural.

(...)

Em terceiro lugar, porque a Revista de direito positivo- justamente no seu aspecto de uma comunidade de juristas imersa na experiência, laboratório onde dimensão científica e dimensão prática deveriam harmonicamente integrar-se – é o autêntico canal de desenvolvimento de um pensamento jurídico.¹⁴³

Para colocar à prova tais possíveis positivities no estudo da *cultura das revistas*, Grossi elaborou, naquele encontro, perguntas metodológicas e teóricas fundamentais, dirigidas previamente aos participantes, historiadores e cultores do direito, para testar as possibilidades de investigação. Tais indagações são também critérios de orientação para, no trabalho de tese, por a prova a utilização da *Revista de Direito Penal* enquanto fonte de interpretação da cultura jurídico-penal brasileira.

É necessário, primeiramente, repropor a avaliação das Revistas a partir de sua historicização e evitar que a *cultura das revistas* torne-se uma categoria apriorística na análise de revistas jurídicas. É importante, antes de tudo, indagar se a Revista que pretendemos tomar como meio e produtora de cultura, cumpre realmente esse papel num determinado contexto cultural jurídico. Para tanto, dois questionamentos podem orientar essa avaliação:

a Revista é (...) um instrumento de simples informação e imparcial registro das diversas correntes internas ao saber jurídico ou, ao invés, escolhe uma precisa política cultural, organiza os materiais a partir de precisas hipóteses de trabalho?

Nesse último caso (...): que relação poderia ser indicado, em um momento de balanço crítico da Revista, entre o programa de redação e a cultura efetivamente produzida pela Revista?¹⁴⁴

¹⁴³ “Innanzitutto, perché la messa a fuoco sulla Rivista ci permette di guardare al macro-problema attraverso un filtro estremamente concreto, consentendoci di evitare gli impaludamenti in discorsi tanto generali da diventare generici e retorici. (...) In secondo luogo, perché la Rivista, almeno secondo il suo archetipo perfetto, si pone come una comunità operante ad un fine, come una officina in azione munita di programma, scopo, artefici, operai perfettamente coordinati, è l’ambiente ideale per una promozione culturale. (...) In terzo luogo, perché la Rivista di diritto positivo – proprio nel suo aspetto di comunità di giuristi immersa nell’esperienza, laboratorio dove dimensione scientifica e dimensione pratica dovrebbero armonicamente integrarsi – è l’autentico canale di scorrimento d’un pensiero giuridico.” (livre tradução). GROSSI, Paolo (a cura di). *La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane*. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè, p.15-16. Tais aspectos precisarão ser colocados à prova no estudo da *Revista de Direito Penal*, visto que de um lado, a história do direito no Brasil não se dedicou às investigações a respeito da produção de cultura através das Revistas Jurídicas, e de outro, a possibilidade de tê-las como fatores de produção de cultura depende das especificidades da produção do direito, dos papéis dos juristas e dos modelos de circulação do saber, que correspondem a contextos culturais diversos daqueles nos quais se inserem as justificativas de Grossi.

¹⁴⁴ “la Rivista è (...) uno strumento di semplice informazione e imparziale registrazione delle diverse correnti interne al sapere giuridico oppure sceglie una precisa politica culturale, organizza i materiali su precise ipotesi di lavoro? In quest’ultimo caso (...): che rapporto potrebbe essere indicato, in un momento di bilancio critico della Rivista, fra il programma redazionale e la cultura effettivamente prodotta dalla Rivista?” (tradução livre) GROSSI, Paolo (a cura di). *La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane*. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè.

É apropriado também, perguntar-se sobre o uso que a Revista em análise faz da tradição jurídica interna à disciplina que é seu objeto. O que pode ser conduzido através de algumas questões, como:

a) Se compreende essencial, em virtude da definição atual do objeto e dos métodos do saber jurídico, uma releitura dos ‘clássicos’, uma reelaboração criativa, uma releitura atualizadora? Nessa perspectiva, foram ‘redescobertos’ autores esquecidos ou ignorados, houve a canonização de novos ‘clássicos’ ou, ao contrário, houve radicais revisões das imagens canônicas de ‘auctoritates’ até o momento indicustíveis?

Ou, b) pareceu necessário exaltar os momentos de descontinuidade nas leituras a respeito das tradições, privilegiando metodologicamente as instâncias de renovação do percurso que percorrem o saber jurídico diante da complexidade do contexto histórico-social?¹⁴⁵

Sob o aspecto dos confins e limitações da disciplina jurídica da qual trata a Revista objeto de investigação também é oportuno perguntar-se:

A Revista compreendeu oportuno voltar sua atenção a zonas do saber jurídico diversas dos setores disciplinares tradicionalmente próprios? Se sim, isso induziu a uma modificação dos confins e dos conteúdos do campo de análise típico da Revista?¹⁴⁶

Orientado por esses questionamentos, tomaremos a Revista de Direito Penal, publicada nas décadas de 1930 e 1940 no Rio de Janeiro, como fonte de avaliação da produção da cultura jurídica durante momento de transformações no campo jurídico e político do Estado Brasileiro, entre os anos de 1933 e 1936.

2.

A Revista surgiu com a proposta de publicações mensais de fascículos que deveriam conter artigos de doutrina, jurisprudência, transcrições de conferências e resenhas bibliográficas. Era formada por um Conselho Técnico e por Colaboradores efetivos de formações e atuações diversas: médicos, psiquiatras, autoridades policiais, mas especialmente juristas, que se ocupavam profissionalmente da advocacia, da docência e também de funções públicas, como era o caso de juízes, promotores, membros dos Conselhos Penitenciários, além daqueles que participavam também de Comissões legislativas, como a Comissão da Reforma da Justiça.

¹⁴⁵ “a) Si ritiene essenziale, per la definizione attuale dell’oggetto e dei metodi del sapere giuridico, una rimeditazione sui ‘classici’, una rielaborazione creativa, una rilettura attualizante dell’uno o dell’altro di essi? In questa prospettiva, vi sono state ‘riscoperte’ di autori dimenticati o trascurati, canonización di nuovi ‘classici’ o, al contrario, radicali revisioni dell’immagine canonica di ‘auctoritates’ fino allora indiscutibili? Oppure: b) è sembrado necessario esaltare i momento di discontinuità nei riguardi della tradizione, privilegiando metodologicamente le istanze di rinnovamento che percorrono il sapere giuridico di fronte alla complessità dell’odierno contesto storico-sociale.” (tradução livre) GROSSI, Paolo (a cura di). *La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane*. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè.

¹⁴⁶ “La Revista ha ritenuto oportuno volgere la sua attenzione a zone del sapere giuridico diverse dal settore disciplinare tradizionalmente proprio? Se sì, ciò ha indotto una modifica dei confini e degli stessi contenuti del campo d’analisi tipico della Revista?” (tradução livre). GROSSI, Paolo (a cura di). *La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane*. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè.

Como órgão divulgador, a Revista representava a Sociedade Brasileira de Criminologia, criada no ano de 1932, a qual tinha como finalidade oficial a “disseminação da cultura científica particularizada em sua denominação”¹⁴⁷. Tal sociedade foi constituída por iniciativa de um grupo que compunha o “Conselho brasileiro de Hygiene Social”:

Carlos Sussekinde de Mendonça, advogado, membro do Ministério Público e autor especializado; Haeckel de Lemos, advogado e, também, autor, que desfrutou da honrosa intimidade de José Ingenieros, o grande filósofo argentino, cujas obras, por incumbência dele, traduziu; José Pereira Lira, advogado, representante do Ministério Público e criminalista de conceito firmado; e Roberto Lyra, advogado, Promotor Publico, membro do Conselho Penitenciário do Distrito Federal e de Congresso Técnico, autor de vários livros.¹⁴⁸

Para fundar a Sociedade Brasileira de Criminologia foram incluídos mais quatro membros, escolhidos segundo a “identificação cultural”.¹⁴⁹ Os novos nomes eram: Antonio Eugenio Magarinos Torres, juiz de direito e presidente do Tribunal do Júri, Heitor Carrilho, psiquiatra e diretor do Manicômio Judicial do Rio de Janeiro, Mario Bulhões Pedreira, jovem criminalista, que em meados da década de 1930 comporia Comissão Revisora do Projeto de Código Penal de Vicente Piragibe, e Narcelio de Queiroz, também jovem penalista, que se tornaria juiz, e em 1939 faria parte da Comissão Revisora do Projeto de Código Penal de Alcântara Machado, que se tornaria, através de decreto, o Código Penal de 1940.

Foi eleito presidente da Sociedade o juiz Magarinos Torres, que se utilizou da Sociedade e da Revista como meio de divulgação de suas idéias em defesa da instituição do Júri.¹⁵⁰

Os membros que participaram da fundação dessa Sociedade possuíam relevância no cenário institucional da Justiça Penal no Brasil. Roberto Lyra era um personagem que transitava por diversos grupos e ocupava em cada um deles funções de destaque. Promotor Público na Capital Federal, professor da Faculdade Nacional de Direito, membro do Conselho Penitenciário da Capital Federal, e posteriormente, participante da Comissão de Reforma do Código Penal de Alcântara Machado, que deu origem ao Código Penal de 1940.

Heitor Carrilho, médico psiquiatra, teve papel preponderante na reforma da Justiça Penal, exerceu a atividade de docente nas Universidades de Faculdade Nacional de Medicina e na Faculdade Fluminense de Medicina, foi diretor do Manicômio Judiciário da Capital de 1921, quando da sua criação, até 1954, dirigiu a “Archivos do Manicômico Judiciário”, foi membro do Conselho Penitenciário da Capital, participou dos debates legislativos e políticos no que tocava a participação dos médicos na proposição da nova justiça penal.

¹⁴⁷ Breve notícia histórica. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 209.

¹⁴⁸ Breve notícia histórica. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 209.

¹⁴⁹ Breve notícia histórica. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 210.

¹⁵⁰ Cf. TORRES, Eugenio Magarino. O Jury e seu rigor contra os passionaes ou o amor no banco dos reos. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933; _____. O Jury no interior do Brasil. *Revista de Direito Penal*. Vol.2, fasc.I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933; _____. Discursos Inaugural da Sessão de Instalação da Primeira Conferencia Brasileira de Criminologia. *Revista de Direito Penal*. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936.

Narcelio de Queiroz e Mario Bulhões Pedreira, penalistas, advogados, ocupariam, posteriormente a Comissão Revisora do projeto de Código Penal de Alcântara Machado e Vicente Piragibe, respectivamente.

A edição do primeiro fascículo a Revista apresentou uma lista de colaboradores, com a ressalva de que aquela ainda não era a lista definitiva. Figuravam oficialmente entre os colaboradores, outros juristas e médicos de importância fundamental na participação nas transformações penais do período. Dentre eles: Afrânio Peixoto, professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, que publicou dentre outros livros, um dos Manuais mais utilizados à época, intitulado “Criminologia”, reeditado algumas vezes¹⁵¹; Evaristo de Moraes, professor e advogado, membro da comissão revisora do projeto de Código Penal de Sá-Pereira; Alberto Tornaghi, delegado de polícia; Lucio Bittencourt, Candido Mendes de Almeida, Carlos Xavier Paes Barreto, Evandro Lins e Silva, Flaminio Fávero, J.P. Porto-Carrero, Gilberto Amado, J.G. Lemos Britto, Heitor Lima, Leonidio Ribeiro, Nelson Hungria, Vicente Piragibe, Virgílio de Sá-Pereira, entre outros.¹⁵²

Os textos publicados na Revista são representativos da importância de seus autores no cenário de participação do debate de reforma da Justiça Penal. A duplicidade de funções, intelectual e política, oferecia um movimento especial à circulação das teses acadêmicas e às propostas de reformas efetivadas.

3.

A Revista de Direito Penal declarava ser uma “tribuna livre” a fim de divulgar as mais variadas contribuições para o “desenvolvimento científico do Paiz.”¹⁵³ Através da composição inicial de seus membros, a Revista surgiu vinculada, mais do que ao desenvolvimento de um debate epistêmico acerca da Criminologia e do Direito Penal, a uma preocupação em influenciar o debate da reforma da justiça penal, seja sob o aspecto legislativo de produção de um novo Código Penal¹⁵⁴, seja na reformulação de instituições da execução da pena, do tribunal do Júri e dos manicômios judiciários.¹⁵⁵

Assim, à pergunta proposta por Grossi, através da qual indaga se a Revista em análise é um simples instrumento imparcial de registros dos conteúdos pertencentes ao saber jurídico ou se, ao invés, representa uma política cultural orientada e definida, pode-se afirmar que a Revista de Direito Penal está mais próxima da segunda hipótese, ressalvadas as devidas matizações.

Quer-se dizer que apesar de o material apresentado pela Revista, como os textos, os pareceres e as decisões judiciais, não estarem organizados rigorosamente a partir de critérios claros de hipóteses de trabalho

¹⁵¹ OLMO, Rosa del. *América Latina y su criminología*. Mexico: Sigloveintiuno, 1981.

¹⁵² Além daqueles nomes, constavam na lista inicial de colaboradores: Aloysio de Carvalho Filho, Ary Franco de Azevedo, Boaventura Nogueira da Silva, Clovis Dunshee de Abranches, Edgard Costa, Edgard Ribas Carneiro, Gaspar Guimarães, João Romeiro Neto, Jayme Praça, Luiz Lyra, Mario Gameiro, Mario Ribeiro Pereira, Paes Barreto Filho, Paulo Pinheiro Viveiros, Pedro Vergara, Stelio Galvão Bueno e Telles Barbosa.

¹⁵³ Breve notícia histórica. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 211.

¹⁵⁴ O debate em torno das modificações a serem apresentadas pelo projeto de Código de Sá-Pereira fizeram parte constante dos textos da Revista, culminando na publicação do 1 Congresso Brasileiro de Criminologia de 1936 para a discussão específica do anteprojeto (*Revista de Direito Penal*. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936.) O primeiro fascículo apresentou, por sua vez, texto de Vicente Piragibe, o responsável pela Consolidação das Leis Penais de 1932, no qual discutia o projeto de Sá-Pereira, e uma resenha editorial sobre o projeto de Código chileno e sobre os Códigos da Polônia e de Vaud, um dos cantões suíços. (PIRAGIBE, Vicente. Códigos Penais. *Revista de Direito Penal*. Vol.I, Fasc.II, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio 1933, p.140-143.)

¹⁵⁵ Essa característica parece enquadrar o momento do saber penal e criminológico na chamado penalística civil, termo utilizado por Sbriccoli para denominar a penalística italiana do fim de 1800, vinculada a idéias de reformas, possuidora de uma concepção aberta de ciência penal e convicta que “il sistema penale eserciti una grande influenza sulla società (talvota è illuminista abbastanza da non essere altrettanto convinto dell’inverso)”. (SBRICCOLI, Mario. *La penalística civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia Unita*. In: SCHIAVONE, Aldo (a cura di). *Stato e Cultura Giuridica in Itália dall’Unità all’Repubblica*. Laterza, 1990, p. 147-232.) No entanto, essa análise deve ficar sob suspeição até que se possa avaliar a produção a longo período (1933-1942), visto que ao mesmo tempo, a Revista acompanha a formação do debate sobre o tecnicismo jurídico, que abordará o saber penal sob um viés cientificista. E por outro lado, a perspectiva reformista dos penalistas também não podem ser diretamente vinculadas às concepções de justiça penal provenientes do período iluminista.

de produção jurídica precisa, a Revista apresenta uma unicidade. Ela surge com o propósito claro de influenciar as transformações e a reorganização da Justiça Penal,¹⁵⁶ vinculada às propostas políticas da República Nova, organizadas a partir do referencial da *modernização* do saber penal em toda a extensão do território nacional.

A Revista apresentava a pretensão de se tornar um meio de divulgação e comunicação aglutinadora do pensamento penal e criminológico dos “estudiosos espalhados em todo o Paiz”¹⁵⁷. Desde sua fundação, a Revista apresentou uma vocação para representar de modo mais amplo possível o debate nacional em torno das questões relativas à Justiça Penal. Apesar de concentrar inicialmente seus fundadores e sócios no Distrito Federal, na publicação de seu primeiro fascículo dedica uma nota especial¹⁵⁸ à cooperação firmada com a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, criada em 1921, e que teve fundamental importância na formação do campo científico e institucional da Medicina Legal no estado de São Paulo.¹⁵⁹

Seguiu ao anúncio dessa cooperação entre São Paulo e Rio de Janeiro, um apelo do editorial para que magistrados e representantes do Ministério Público de todo o país enviassem à Revista cópias de julgados, decisões, alegações e pareceres. Para fundá-lo, ressaltava o caráter “nacional e nacionalista” da publicação¹⁶⁰, reforçava sua aspiração de tribuna livre onde se pudesse “gosar da mais ampla, compatível, liberdade de opinião”¹⁶¹, e acrescentava como um dos objetivos específicos ser órgão de divulgação do estado atual da jurisprudência criminal dos diferentes estados da federação.¹⁶²

¹⁵⁶ O núcleo formador da Sociedade Brasileira de Criminologia decorreu do Conselho Brasileiro de Higiene Social (CBHS). Tal Conselho foi criado em 1926, liderado por Roberto Lyra, que se opunha, junto a outros juristas, às absolvições decorrentes dos crimes passionais, normalmente caracterizados pelo assassinato de mulheres em *defesa da honra*. Não por coincidência, o primeiro debate promovido na Revista de Direito Penal tratava do assunto com a publicação de teses de Roberto Lyra, Magarinos Torres, Evaristo de Moraes, reunidas sob o título “O amor no banco dos réus”. E reafirmava sua proposta de apresentar a revista como uma tribuna de debate disposta a influenciar a produção do direito e da justiça penal naquele período.

¹⁵⁷ CONDE, Bertho. Detalhes. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 10.

¹⁵⁸ Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 212-213.

¹⁵⁹ (SALLA, Fernando e MARINHO, Maria Gabriela S. M. C. Medicina legal e perícias médicas em processos criminais. Constituição de saberes e aplicação de procedimentos médico-legais. Campo, personagens e práticas periciais: São Paulo e Bragança. Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão. ANPUH/SP – USP. São Paulo, 08 a 12 de setembro de 2008. Cd-Rom.) A Revista contava com a participação de Flaminio Fávero, médico e professor da Faculdade de Direito de São Paulo, e participante ativo dos debates e transformações da função da medicina na reformulação da Justiça Penal (foi diretor da Penitenciária do Estado de São Paulo e membro do Conselho Penitenciário), e com o também professor de Medicina Legal na Faculdade de São Paulo e posterior elaborador do projeto de Código Penal, Alcântara Machado. A primeira contribuição proveniente dessa aliança foi o envio de um parecer formulado por Flaminio Fávero ao Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, que veio a ser publicado no segundo fascículo.

¹⁶⁰ Tal apresentação que associa o caráter territorial nacional ao nacionalismo marca a evolução da Revista engajada na construção e modernização do país. Apesar de manter uma postura crítica em relação a algumas medidas do Governo Provisório (Cf. PEDREIRA, Mario Bulhões. Defesa dos ex-senadores no caso da Paraíba. *Revista de Direito Penal*, Vol.2., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933), por questões de condições políticas ou por real adesão ao projeto, o editorial da Revista manifesta-se confiante no projeto de reformas do país proposto pelo novo governo, visto como um progresso *liberal* diante da política regionalista anterior. Essa percepção, entretanto, se desenvolve durante a República Nova, entre 1933 e 1936. Durante o seguimento da pesquisa será preciso verificar essa *confiança* a partir de 1937, com o golpe de Estado e fechamento definitivo do Congresso.

¹⁶¹ Um apelo. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 214-215.

¹⁶² Essa proposição revela uma pretensão de que a revista representasse política e territorialmente não apenas os debates produzidos no Distrito Federal, mas nas demais regiões do país. Apesar disso, é necessário avaliar o desenvolvimento das publicações para confirmar se esse objetivo foi realmente alcançado. Nos primeiros anos da Revista ela revela certa fragilidade sob esse aspecto, parece não encontrar uma sistematização para a reunião dessas peças processuais, e as publicações das decisões e pareceres obedecem a uma ordem pouco representativa marcada pela voluntariedade dos envios das peças e do recebimento por parte da Revista. Não é possível verificar até que ponto havia uma seleção e escolha desses trabalhos jurídicos na publicação dos fascículos.

A amplitude pretendida do ponto de vista territorial é também acompanhada pela abrangência de temas que se referem aos vários subsistemas do sistema de Justiça Penal. Além das propostas legislativas discutidas em relação às reformas e projetos de Código Penal, e das peças e decisões judiciais, a Revista revelava intenção em ocupar-se também da execução das penas, ao abrir o debate às questões relativas à incorporação institucionalizada dos médicos e à incorporação dos Manicômios Judiciários no Sistema Penal, e ao ocupar-se de publicar pareceres do Conselho Penitenciário em sessão especial e, por vezes, discutir o tema do livramento condicional e suas condições de execução¹⁶³. Também participavam da Revista, autoridades policiais às quais seria destinada uma sessão a partir do segundo fascículo que recebeu o nome de “Crônica Policial”.

Além da pretensa representação territorial nacional e abrangência temática, o editorial também revela, na associação entre a Nação, como espaço territorial, e o nacionalismo (“um empreendimento nacional e nacionalista”), outra faceta da Revista. A associação do caráter territorial nacional ao nacionalismo marca a evolução da Revista engajada na construção e *modernização* do país¹⁶⁴.

A Revista, sob esse aspecto, representa e difunde o discurso político instituído a partir de 1930, com o Governo Provisório de Getúlio Vargas. A *Nação*, representativa de uma idéia de *unidade* associada à *modernização* enquanto reforma das instituições estatais de acordo com a *realidade nacional*, era o ponto de encontro entre a política de governo e a proposta editorial da Revista.

Veja-se, por exemplo, em texto que propagandeia a representação política de Getúlio Vargas, sob que bases se realizavam a crítica à Constituição de 1891 e se justificava a necessidade de imposição de uma nova ordem jurídica e política:

A nova Constituição se fez ao sabor das teorizações do liberalismo europeu e das sugestões do federalismo norte-americano, sem se consultar a *necessidades específicas e orgânicas da existência brasileira*. Em vez de se ajustar ao *molde político da Nação*, impôs-lhe a contingência de moldar-se ao seu feito.¹⁶⁵

4.

A adesão do programa da Revista às propostas de reforma e *modernização* da justiça penal não afastou, de todo, algum debate em relação aos limites epistêmicos do saber penal e criminológico.

¹⁶³ No primeiro fascículo da Revista, Bertho Conde, então secretário da Sociedade Brasileira de Criminologia, publica um texto para tratar dos objetivos da Revista, no qual solicita que sejam enviados à redação os pareceres dos Conselhos Penitenciários (nos quais participam integrantes iniciais e posteriores da SBC, como é o caso de Roberto Lyra, seu fundador), que serão publicados nesse número inicial. (CONDE, Bertho. Detalhes. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.10).

¹⁶⁴ Em texto intitulado “O debate na Revista de Direito Penal (1933-1936): Fundamentos de Defesa Social na Cultura Jurídico-Penal brasileira”, que faz parte da pesquisa de doutorado, debato o conceito de *modernização* adotado pelos penalistas e criminólogos da época, e sustento que ela está associada a uma proposta de reforma penal capaz de garantir um alto grau de eficácia na defesa da sociedade contra a delinquência, a despeito de um léxico de garantias e direitos individuais.

¹⁶⁵ O presidente Getúlio Vargas e a sua obra. In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). *Estado Novo, um Auto-retratado* (Arquivo Gustavo Capanema). Brasília, CPDOC/FGV: Universidade de Brasília, 1983, p. 21.

De acordo com a sugestão de Grossi, uma pergunta possível às fontes das Revistas Jurídicas é interrogar se as publicações em análise limitavam-se aos limites tradicionais de uma disciplina, ou se ampliavam e modificavam os confins dos campos de análise propostos.

A Revista de Direito Penal, entre os anos de 1933 e 1936 não parecia ter a clara a delimitação dos confins jurídico-penais e criminológicos. A tênue delimitação entre esses campos, entretanto, sugere a representação do estado do saber da época, visto que as teorias jurídico-penais ainda estavam envoltas no debate entre a preponderância da sociologia penal, preconizada especialmente pela Escola Positiva, e o tecnicismo jurídico, influenciado especialmente pelo posicionamento de Arturo Rocco¹⁶⁶, e as publicações do periódico italiano “Rivista di Diritto Penale”.

Pode-se observar que apesar da declaração de intenção, durante a criação da Sociedade Brasileira de Criminologia, em delimitar e profissionalizar um saber criminológico através da “disseminação da cultura científica particularizada em sua denominação”¹⁶⁷, é curioso observar o jogo de delimitações de denominações do campo de saber.

Na história que antecedeu e originou a criação da Revista de Direito Penal, o *Conselho Brasileiro de Hygiene Social* fundou uma *Sociedade Brasileira de Criminologia* a qual, a fim de contribuir para o desenvolvimento do campo de conhecimento criminológico, criou como órgão divulgador uma Revista intitulada *Revista de Direito Penal*. Tal aparente confusão entre a sociedade de *criminologia*, que possuía como órgão de divulgação uma revista de *direito penal*, expressa-se exemplarmente na passagem do editorial do primeiro fascículo:

Facil nos foi encontrar animadores à iniciativa de pôr em circulação a REVISTA DE DIREITO PENAL, publicação reclamada pelo desenvolvimento dos *estudos de criminologia* no nosso paiz.¹⁶⁸ (grifo nosso).

Em outra passagem, no mesmo fascículo, Magarinos Torres, ao introduzir a Revista, na qualidade de presidente da Sociedade Brasileira de Criminologia, refere como objetivo da Sociedade, da qual a Revista é o órgão oficial, “fomentar o estudo das questões científicas de Direito Penal, Psychiatria e Medicina Publica.”¹⁶⁹

¹⁶⁶ ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza dello diritto penale. *Revista di diritto e procedura penale*. Vol.1, 1910.

¹⁶⁷ Breve notícia histórica. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 209.

¹⁶⁸ Um apelo. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 214.

¹⁶⁹ TORRES, Eugenio Magarinos. Introdução. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.9.

Essa indistinção entre o tema criminológico, penal e médico legal pode ser compreendido sob diversos aspectos, os quais precisam ser verificados na avaliação do desenvolvimento das publicações. Por um lado, pode representar a prevalência da corrente sociológica do direito penal, vinculada à Escola Positiva, que não compreende o direito penal como disciplina autônoma cientificamente. De modo que a indistinção das denominações poderia representar a própria indistinção epistemológica dessa corrente teórica.

Entretanto, a produção da Revista ao longo dos anos analisados não revela uma adesão a um projeto de Escola. Parece estar mais envolvida a um modelo de Revista focado na produção de debates capazes de participar das transformações de que a Justiça Penal passara a ser objeto. De tal forma que a indistinção dos termos referentes ao campo da criminologia, do direito penal e da medicina legal poderia representar menos uma adesão ao projeto teórico da sociologia criminal e mais a representação do estado das delimitações ainda indistintas desses campos de saber. Representaria, portanto, a disputa ainda não resolvida sobre os campos de saber penal e criminológico, travada a partir do desenvolvimento do tecnicismo jurídico em oposição à sociologia criminal.

De modo geral, nas publicações produzidas entre 1933-1936, essa tendência se confirma. Os autores, orientados por um modelo de *modernização* da legislação e das instituições penais, poucas vezes demonstraram estar abraçados a concepções absolutas de uma Escola criminológica ou penal. Eram *liberais* e tecnicistas-jurídicos que acreditavam na periculosidade, “como critério de orientação racional”, nas palavras de Hungria.¹⁷⁰ Eram *positivistas* que relativizavam as propostas mais radicais que afrontavam a noção formal de legalidade.¹⁷¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dupla participação dos juristas na produção teórica e no envolvimento político de produção das reformas penais; a orientação dos debates em relação às propostas de modernização e reforma da justiça penal; e a fraca delimitação e distinção do campo de saber penal e criminológico, são algumas das questões

¹⁷⁰ Nelson Hungria, penalista referenciado pela cultura jurídico-penal brasileira como um liberal, defensor do tecnicismo jurídico, não opunha, nos textos do período de 1933-1936 da Revista, óbice absoluto em torno ao critério da periculosidade. Em texto publicado em 1933, sustenta uma proposta manifestamente antiliberal ao sugerir a aplicação de medida de segurança para os casos de “delicto putativo de erro de fato” (HUNGRIA, Nelson. O delicto putativo. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 100.), e na I Conferência Brasileira de Criminologia apóia a classificação dos delinquentes como critério orientador do direito penal. (Oitava Sessão Ordinária. Primeira Conferência Brasileira de Criminologia. *Revista de Direito Penal*. Vol. XV, Rio de Janeiro, out-dez, 1936.)

¹⁷¹ Roberto Lyra, criminólogo referenciado pela cultura jurídico-penal brasileira como divulgador das idéias da Escola Positiva, não admitia, por exemplo, que se aplicasse pelo Tribunal do Júri uma dirimente fundada na maior ou menor periculosidade do réu, que não estivesse prevista formalmente na lei penal. (LYRA, Roberto. O amor no Banco dos Reus. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, fasc.2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio 1933.)

que puderam ser abordadas a partir da avaliação das publicações da Revista de Direito Penal, entre 1933-1936.

Essas avaliações, orientadas a partir do uso da Revista como fonte de interpretação da cultura jurídica, possuem algumas peculiaridades, por um lado, e algumas limitações interpretativas, por outro.

Singularmente, a pesquisa através das Revistas busca compreender a dinâmica da circulação de um saber, afastando-se da captação de uma perspectiva estática dos trabalhos monográficos. Tal dinâmica é apreendida a partir da vinculação de suas publicações a uma forma de comunicação oral, que pode servir como vaso comunicante entre aula universitária, espaço judicial e produção científica¹⁷².

Entretanto, para evitar os possíveis limites interpretativos das publicações de um periódico jurídico, a eleição da Revista não exime a pesquisa dos trabalhos monográficos de maior circulação, da produção legislativa, e da consulta às notícias da imprensa no mesmo período. Fontes que deverão ser utilizadas subsidiariamente, na seqüência da pesquisa, para confrontar as perguntas surgidas durante a avaliação da publicação da Revista de Direito Penal.

Para os fins desse texto, as avaliações preliminares do uso da Revista como fonte interpretativa pretendem apenas colocar à prova a possibilidade de se investir na pesquisa das Revistas Jurídicas como meio de compreender o cenário da cultura jurídica brasileira.

¹⁷² Em estudo da produção das Revistas penais espanholas de fim do século XIX, Petit considera que de modo geral, as Revistas costumam se caracterizar por uma vinculação maior com a forma de comunicação oral, representam a testificação de determinadas idéias que ao mesmo tempo tem a fluidez oral e o objetivo de permanência. PETIT, Carlos. *Riviste e delitto. Diritto penale e ricerca criminologica nella stampa periodica spagnola (1860-1900)*. Apresentação oral em Seminário. *Una 'Tribuna' per le Scienze Criminali*. La cultura delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento. Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici, Jesi, 25-26 febbraio, 2010.

Ricardo Marcelo Fonseca, questionando a tese central de Adorno sobre o bacharelismo liberal no Brasil, propõe como chave de leitura para compreensão do perfil dos juristas no Brasil, os modelos ideais do “jurista eloqüente” e do “jurista cientista” construídos por Carlos Petit. Para Fonseca, a formação da cultura jurídica brasileira transferiu-se paulatinamente, em fins do século XIX, do modelo de “jurista eloqüente” a “jurista cientista”, e conseqüentemente, diminuiu o peso retórico e da oralidade e centrou-se nas publicações e nos argumentos científicos. (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. Quaderni Fiorentini*, 2006, p. 365-371). A pesquisa proposta no âmbito da análise das publicações da Revista de Direito Penal pode, de algum modo, matizar esses dois grandes modelos, ao observar, em um primeiro momento, que o recurso à argumentação científica realizado por grande parte dos autores que ali publicam também é, de algum modo, um *recurso retórico* que não dispensa a oralidade como forma de comunicação, nem tampouco se centra no desenvolvimento de critérios metodológicos capazes de orientar um pensamento científico.

JOGOS DE AZAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: uma abordagem da história do direito

Carolina Malagoli Krelling¹⁷³

Resumo:

Os jogos de azar constituem um tema bastante controvertido e confuso dentro da legislação penal brasileira. Inicialmente regulamentados no Código Penal de 1890, é possível acompanhar a trajetória percorrida pela configuração e prática deste delito – definido como contravenção – e as modificações que sofreu no decorrer dos anos, até a elaboração do Código Penal brasileiro de 1940, o qual não inclui em seu texto as contravenções penais; estas reguladas por lei especial (Decreto-Lei nº 3.688 – Lei das Contravenções Penais, de 1941). Há quem acredite que a regulamentação por meio de lei especial traz uma maior mobilidade para o legislador, que teria certa liberdade para modificar esta legislação – uma vez que as contravenções consistem em grande parte em delitos de cunho moral e social, cujos conceitos alteram-se como reflexo das mudanças ocorridas na sociedade. Por ser uma prática comum para pessoas das mais diferentes idades, a classificação de determinados jogos como jogo de azar não impede o seu exercício e força em meio à sociedade, como acontece com o jogo do bicho.

Palavras-chave: jogos de azar – história do direito – direito penal.

A legislação brasileira é bastante confusa em se tratando de jogos de azar; sabe-se que estes se encontram no rol das contravenções penais¹⁷⁴, reguladas hoje por lei penal especial – o Decreto-Lei nº 3.688 de 1941; mais conhecido como *Lei das Contravenções Penais* (LCP). Esta confusão é acompanhada também por certa incoerência, uma vez que há modalidades de jogos de azar que são autorizadas por lei, bem como exploradas pelo Governo Federal.

Enquanto o Brasil não possuía uma legislação própria, vigiam por aqui as Ordenações Filipinas¹⁷⁵, que dispunham em seu Livro V – o qual reunia a legislação acerca da matéria penal – somente sobre jogos de cartas e de dados, sem utilizar, no entanto, a denominação de “jogos de azar”. A primeira legislação penal propriamente brasileira foi o Código Criminal do Império do Brasil¹⁷⁶, de 1830, o qual também não dispunha sobre a temática.

¹⁷³ Graduada em História pela Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Membro do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica Ius Commune (UFSC/CNPq).

¹⁷⁴ Entende-se por contravenção, a infração penal para qual a lei prescreve pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, de maneira cumulativa ou alternativa.

¹⁷⁵ Compilação legislativa finalizada em 1595 por Filipe I. Porém, entrou em vigor apenas em 1603, com Filipe II.

¹⁷⁶ BRAZIL. Código Criminal Do Império Do Brasil. Disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html Acesso em: 18 abr. 2010.

Já no período republicano¹⁷⁷, a primeira legislação penal surgiu antes mesmo de ser promulgada a primeira Constituição, esta datada de 1891. No Código Penal de 1890, promulgado no primeiro ano da República, encontramos entre as contravenções penais – localizadas no Livro III – os a partir de então intitulados “jogos de azar”, definidos pelo artigo 370 como aqueles nos quais “o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte”¹⁷⁸. O parágrafo único deste artigo excluía do deste rol “as apostas de corridas a pé ou a cavalo, ou outras semelhantes”.

Percebe-se no Direito brasileiro como um todo, a forte influência de legislações e autores estrangeiros, dentre os quais se destaca o participação de doutrinadores e códigos italianos – no Direito Penal isto não é diferente. No caso específico do Código de 1890, apesar deste ter sido elaborado “as pressas”, como afirma Fragoso¹⁷⁹, e de não ter levado em conta consideráveis avanços doutrinários reconhecidos à época – razão pela qual recebeu críticas bastante duras – em relação aos jogos de azar é possível notar uma proximidade com o Código Penal italiano recém organizado.

A definição trazida pelo código brasileiro, se comparada àquela presente na legislação italiana, mostra-se um tanto quanto semelhante. O Código Zanardelli de 1889 trazia a expressão “jogos de azar”, ao contrário das Ordenações Filipinas, as quais eram seguidas no Brasil antes da promulgação do Código criminal do Império (1830). O conceito italiano de jogo de azar diferia do brasileiro pelo fato de que era mais amplo, ao defini-los como “aqueles nos quais a vitória ou a derrota, a fim de lucro, dependa inteiramente, ou quase inteiramente da sorte”, não fazendo uso do termo *exclusivamente*, escolhido para figurar no Código pátrio, ou seja, na legislação italiana todos aqueles jogos nos quais a ajuda da mente é pouca (mísera) e a sorte é predominante, devem ser vetados¹⁸⁰.

Uma aparente distinção está no que se refere à finalidade de lucro, expressamente disposta no Código Penal italiano, e não citada pelo brasileiro. Apesar disto, pode-se inferir, de uma leitura atenta dos artigos que versam sobre a temática, que a finalidade de lucro está implícita. Primeiro porque o jogo de azar vem regulado no capítulo intitulado *Do jogo e da aposta*, e se percebe a ligação intrínseca entre ambos; além disso, há demonstração da preocupação do legislador com aquele que se sustenta do jogo, incorrendo este na pena de multa – situação que pode somente resultar da finalidade de lucro existente na prática do delito.

¹⁷⁷O qual teve início a 15 de novembro de 1889, com a Proclamação da República.

¹⁷⁸BRAZIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal Dos Estados Unidos Do Brazil**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049> Acesso em: 28/04/2010.

¹⁷⁹FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.74.

¹⁸⁰PINCHERLI, Eugenio. **Il Codice Penale italiano annotato**. Torino: Fratelli Boca Editori, 1890.

Voltando a realçar as similitudes entre os códigos, tanto o italiano quanto o brasileiro destacam a necessidade dos jogos de azar serem praticados em local freqüentado pelo público, a fim de caracterizá-los como penalmente puníveis¹⁸¹. Vale destacar que para a doutrina penal italiana ainda é possível equiparar a local público os pontos de encontro privados – como bares – nos quais seja exigida uma remuneração pelo uso dos instrumentos do jogo (tais como o baralho, dados, entre outros) ou pela comodidade de jogar, ou ainda, locais que não cobrem valor algum, desde que seja autorizado o acesso a qualquer pessoa para a finalidade de jogo (art. 487, CP 1889).

Em se tratando da punição reservada aos infratores, as legislações italiana e brasileira diferenciam o detentor de casa de jogo, ou quem o estabeleça em qualquer local de acesso permitido ao público, do jogador. Este é penalizado apenas com multa, enquanto aquele sofre pena de prisão e multa, além da perda de todo e qualquer bem móvel encontrado no local da realização do jogo em questão (arts. 484 e 485, Código Zanardelli e art. 369, CP brasileiro de 1980). Ressalta-se que esta diferenciação é mantida atualmente, na lei italiana e brasileira.

Como já foi apontado, o Código Penal brasileiro de 1890 sofreu inúmeras críticas, sendo que no ano seguinte a sua promulgação já foi nomeada uma comissão a fim de efetuar a revisão deste texto legal. A partir de então teve início um período de constante elaboração legislativa que culminou com o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro)¹⁸².

Este Código, desenvolvido em meio ao governo ditatorial de Getúlio Vargas conhecido como Estado Novo – que teve em início em 1937 e perdurou até 1945, lembrando que Vargas já ocupava a cadeira de Presidente desde a Revolução de 1930, com o Governo Provisório – foi criado pelo executivo, logo, outorgado, em meio à Segunda Guerra Mundial (1939-1945). O então Ministro da Justiça Francisco Campos designou o professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Alcântara Machado, para preparar o projeto que constituiria o novo Código Penal pátrio. Porém, o anteprojeto apresentado por Alcântara foi consideravelmente modificado pela comissão revisora, a qual contava com Nelson Hungria (principal nome por trás do Código Penal de 1940), Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e também Costa e Silva¹⁸³. A fim de afastar as críticas feitas ao seu projeto pela comissão revisora, Alcântara Machado apresentou uma nova redação

¹⁸¹ BRAZIL, op. cit., art. 369; ITALIA. **Codice Penale per Il regno D'Italia**. Roma: Stamperia Reale, 1889. Art. 484.

¹⁸² FRAGOSO, op. cit., p. 77.

¹⁸³ HUNGRIA, Nelson. O Direito Penal no Estado Novo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Fev. 1941.

deste. No entanto, o que se consolidou foi a revisão elaborada com base no primeiro anteprojeto do professor universitário.

A nova codificação é elaborada com a intenção de ser consolidada como algo duradouro, e traz diversas inovações. É neste momento que as contravenções deixam de figurar no Código Penal, e passam a ser reguladas por lei especial, elaborada já no ano seguinte – o Decreto-Lei nº 3.688, intitulado *Lei das Contravenções Penais*, de 03 de outubro de 1941.

A exclusão dos jogos de azar do Código Penal abriu vasta possibilidade de interpretação na doutrina e na jurisprudência. Isto porque, com a elaboração de uma lei específica sobre Contravenções Penais, que inclui nesta categoria de delitos os jogos de azar, surgem divergências em relação à legitimidade da competência do legislador e às, em tese, maiores facilidades de modificação da legislação sobre o tema.

Um estudo sobre as legislações federais que versam sobre os jogos de azar se faz necessário para compreender a atenção dispensada atualmente pelo legislador, e também pelo Poder Executivo, à prática destas atividades popularmente difundidas, tais como os bingos, os cassinos, e o jogo do bicho.

Em que pese a Lei das Contravenções Penais elencar como jogo de azar aquele “em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte”, há jogos legalizados e regulamentados pelo Governo Federal que também possuem esta característica, como as loterias da Caixa Econômica Federal. Interessante observar as justificativas para a autorização da veiculação de determinados jogos que envolvem apostas, enquanto outros são criminalizados. O Estado coloca-se como aquele que tem o dever de “impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos que são suscetíveis de atingir a segurança nacional”, a fim de manter a integridade da vida social¹⁸⁴.

No texto da Lei das Loterias, consta ainda que a exploração de loteria é uma exceção às regras de direito penal, a qual é admitida com o intuito de redistribuir os seus lucros com finalidade social, em âmbito nacional. Utilizar as loterias – que nada mais são do que uma espécie de jogo de azar – para angariar recursos para o Governo Federal apareceu apenas como uma saída para que o Estado pudesse assegurar o direito que todo o indivíduo tem à saúde, tendo em vista que as instituições hospitalares e médico-científicas do período sofriam com problemas financeiros. Ao menos esta é a justificativa constante do Decreto-Lei. Além disso, a competência para legislar sobre o tema pertence à União.

¹⁸⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 204, **Lei das Loterias**, de 27 de fevereiro de 1967.

Os jogos de azar são regulamentados hoje pela LCP, em seus artigos 50 a 58. Por definição desta lei, o jogo de azar compreende todos aqueles em que o ganho ou a perda dependam, de maneira exclusiva ou principalmente da sorte; as apostas em corridas de cavalos que ocorram foram de hipódromo ou de local autorizado; e as apostas acerca de qualquer outra competição esportiva¹⁸⁵.

Para caracterizar a prática do jogo de azar é necessário estabelecê-lo ou explorá-lo “em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”¹⁸⁶. A pena estabelecida pelo art. 50 da LCP é a de prisão simples – de três meses a um ano – e multa; além disso, os efeitos da condenação são estendidos a perda dos móveis e objetos encontrados no local.

Entende-se como local público aquele aberto a todas as pessoas, como praças, jardins, parques, ruas, templos, teatros, cinema, etc¹⁸⁷. Além disso, equipara-se a local público os descritos nas alíneas *a* a *d*, do § 4º, art. 50, LCP, quais sejam:

- a) a casa particular em que se realizem jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;
- b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;
- c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;
- d) o estabelecimento destinado a exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino¹⁸⁸.

O conteúdo trazido pela LCP nos artigos referentes aos jogos de azar sofreu poucas alterações se comparado ao apresentado pelo Código Penal de 1890. E se contrapostas estas disposições novamente com a legislação italiana, tendo agora como referência o Código Penal italiano de 1930¹⁸⁹ – o qual vige até os dias de hoje, também conhecido como Código Rocco – identificam-se bastantes semelhanças.

O Código Rocco regulamenta os “jogos de azar” em seus arts. 718 a 722. Caracterizam-se no conceito estabelecido por esta legislação os jogos *nos quais existe a finalidade de lucro, e a vitória ou a derrota é inteiramente, ou quase inteiramente aleatória*. Destaca-se aqui a troca da palavra *sorte* – utilizada pelo legislador quando da conceituação de jogo de azar no Código anterior – pelo termo *aleatória*. De acordo com o pensamento dominante da doutrina e da jurisprudência

¹⁸⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Distrito Federal: 2010.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ JESUS, Damásio E. de. **Lei das contravenções penais anotadas**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.160.

¹⁸⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Distrito Federal: 2010.

¹⁸⁹ Elaborado durante o governo fascista de Benito Mussolini (1922-1943).

italiana¹⁹⁰, acredita-se que para haver jogo de azar é necessário o concurso de dois elementos, um de caráter subjetivo e outro objetivo. O primeiro consiste no fim de lucro dos participantes do jogo, enquanto que o último é a aleatoriedade da vitória ou derrota. Salvini aponta que a aleatoriedade não precisa ser absoluta, mas apenas depender *quase exclusivamente* da sorte¹⁹¹.

Em se tratando da LCP, esta ampliou seu conceito de jogos de azar contido no art. 370 do Código Penal de 1890, como é possível perceber quando da leitura de seu art. 50, § 3º, que abre mão do termo *exclusivamente*, substituindo-o por *principalmente* – aproximando a legislação pátria uma vez mais da lei italiana. No que toca à finalidade de lucro, esta não foi inserida expressamente na LCP, mas pode ser inferida a partir da leitura dos artigos, da mesma forma que aconteceu com o Código Penal de 1890.

E a punição imposta pela LCP (que se mantém próxima do já disposto no Código Penal de 1890) aos contraventores que atingem os artigos referentes à temática, é semelhante à regulamentação trazida pelo Código Penal italiano de 1930 – que nos artigos acerca dos jogos de azar também manteve em grande parte o já elucidado na legislação penal anterior (Código Zanardelli). Desta forma, há punição através de prisão simples, multa, apreensão dos bens e do dinheiro encontrado em local que se faça jogo de azar, diferenciando sempre o apostador daquele que é detentor da casa de apostas (aberta ao público); ou que a mantenha em local público.

No jogo de azar, como afirma Damásio de Jesus, “o risco diferencia-se da habilidade do jogador. Nele, o ganho não está condicionado à sua destreza, de modo que o resultado do jogo é aleatório”¹⁹². Este tipo de jogo é considerado como uma ameaça a sociedade porque é possível de causar vício ao apostador, o qual coloca seu trabalho e patrimônio, e até mesmo sua família, em risco, podendo ocasionar a ruína irreparável de sua vida pessoal¹⁹³. Então, a inserção do jogo de azar na LCP tem como finalidade a preservação dos bons costumes de todos os cidadãos, bem como da família enquanto instituição protegida pela Constituição Federal (1988) e pelo Código Civil (2002) brasileiros.

¹⁹⁰ Já a doutrina menos recente há sustentado que na realidade o fim do lucro não constituiria elemento que caracteriza sob o ponto de vista subjetivo, o jogo de azar, mas mera condição de punibilidade, ao qual subsistem os jogos – que transformar-se-iam socialmente perigosos e, portanto, puníveis. Seria necessário, portanto, fazer a distinção entre jogo de azar punível, caracterizado o fim de lucro, e o jogo de azar não punível, no qual falta o fim de lucro. Vide: MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale italiano**: secondo il Codice del 1930. Vol. 9, parte seconda. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1939. p. 966.

¹⁹¹ SALVINI, Emilia. **Gioco d’azzardo i Diritto Penale**. Università degli Studi di Messina. Facoltà Giurisprudenza. Laurea liv.II (specialistica), 2009-2010.

¹⁹² JESUS, op. cit., p. 161.

¹⁹³ PARIZATTO, João Roberto. Das contravenções penais: doutrina e jurisprudência. Campinas: Copola Livros Ltda., 1995. p. 198.

Pio Viazzi elucida esta questão ao demonstrar como pensavam os parlamentares italianos no início do século XX:

a comissão Câmara dos Deputados conclui: é dever do legislador de um povo como o nosso de por um freio a este vício, danoso a quem perde, porque se depaupera, estraga a própria família e desperdiça sem vantagem o seu patrimônio, e que não aproveita a quem ganha, porque nada vale a riqueza acumulada contra a lei da economia e por meio diverso do trabalho e da poupança¹⁹⁴.

Mesmo mediante estas palavras, a punibilidade do jogo continua a ser muito discutida ainda hoje, tanto no Brasil, quanto na Itália¹⁹⁵. No final do século XIX e início do XX, a lei encontrava-se quase impotente contra os pontos clandestinos no país, especialmente quando faltava a habitualidade comprovada nestes jogos, razão pela qual a lei torna-se quase de toda impotente contra as *biscas* (local onde se joga jogos de azar) clandestinas¹⁹⁶. O que não alcançou grande mudança por enquanto.

Da mesma forma que no Brasil, também na Itália relaciona-se o jogo de azar ao vício e a perda do controle do jogador sobre sua própria vida, isto também chama a atenção daqueles que escrevem sobre o assunto. Assim, este tipo de jogo é visto como um grave problema social – discute-se inclusive se os apostadores sofrem de alguma patologia, há estudos neste ramo na Itália¹⁹⁷ e no Brasil¹⁹⁸. Esta é uma forte justificativa para o governo combater *tudo e qualquer tipo de jogo de azar* – uma vez que ocasiona grande perigo aos costumes, refletido negativamente na sociedade. Porém, se optar por fazer uso deste argumento, o Governo Federal não poderia autorizar simplesmente alguns jogos de azar, criminalizando outros, já que quando o vício existe, este não fica restrito a apostas em jogos ilegais. Além disso, outro ponto negativo para o governo, mas que não é utilizado como argumento para o combate aos jogos de azar ilegais, é que, como afirma Emilia Salvini, este tipo de jogo turba o interesse financeiro do Estado¹⁹⁹.

Percebe-se que a legislação brasileira que dispões sobre os jogos de azar pouco foi modificada, mesmo depois de sua retirada do Código Penal e posterior regulamentação por lei

¹⁹⁴ VIAZZI, Pio. Delle contravvenzioni. In: **Trattato di Diritto Penale**. Vol. XII. Milano: Vallardi, p. 208.

¹⁹⁵ Vide SALVINI, op. cit.

¹⁹⁶ VIAZZI, op. cit., p. 208.

¹⁹⁷ GERVASONI, Monica. **Il gioco d'azzardo: analisi comparativa tra giocatori occasionali e giocatori patologici**. Università degli Studi di Padova. Facoltà di Psicologia. Tesi di Laurea, 1999-2000.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Maria Paula Magalhães Tavares de; SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVA, Maria Teresa Araujo. Jogo patológico e suas conseqüências para a saúde pública. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, Vol. 42, n. 3, June 2008. Available from http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000300022&lng=en&nrm=iso. Epub Apr 25, 2008. doi: 10.1590/S0034-89102008005000026. Acesso em: 03/06/2010.

¹⁹⁹ SALVINI, op. cit.

especial. Já as legislações que dispõem acerca de jogos explorados pelo Estado foi bastante alterada, ampliando as possibilidades de arrecadação para a receita²⁰⁰. O legislador italiano, entretanto, interveio inúmeras vezes sobre a matéria dos jogos de azar, no entanto não demonstrou preocupação em elaborar um meio coordenado que organizasse as novas regras de maneira sistemática com aquelas já existentes, criando legislações esparsas²⁰¹.

Apesar de toda a repressão imposta pelo Estado brasileiro, os jogos de azar constituem-se enquanto uma prática social largamente difundida pelo país; de modo que os jogadores os percebem como algo enraizado na sociedade e não como uma ameaça aos bons costumes, à família, ao patrimônio, e muito menos à segurança nacional.

REFERÊNCIAS:

1) Bibliográficas:

BURKE, PETER. **História e teoria social**. São Paulo: UNESP, 2002.

CABRAL, Oswaldo Rodrigues. **Folclore do Jogo do Bicho**. Porto: Tip. da Liv. Simoes Lopes, [19-].

_____. **História de Santa Catarina**. Florianópolis: Imprensa Universitária – UFSC, 1968.

CHARTIER, Roger. **A História cultural: entre práticas e representações**. Rio de Janeiro: Difel, 1990.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FOUCAULT, MICHEL. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GERVASONI, Monica. **Il gioco d'azzardo: analisi comparativa tra giocatori occasionali e giocatori patologici**. Università degli Studi di Padova. Facoltà di Psicologia . Tesi di Laurea, 1999-2000.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

²⁰⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 204, **Lei das Loterias**, de 27 de fevereiro de 1967; BRASIL. Lei nº 6.168, de 9 de dezembro DE 1974; BRASIL. Lei nº 6.717, de 12 de novembro de 1979.

²⁰¹ SALVINI, op. cit.

- HUNGRIA, Nelson. A autoria intelectual do Código Penal de 1940. In: _____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. A evolução do direito penal brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, jul.1943.
- _____. O Direito Penal no Estado Novo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Fev. 1941.
- JESUS, Damásio E. de. **Lei das contravenções penais anotadas**. 8ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale italiano**: secondo il Codice del 1930. Vol. 9, parte seconda. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1939.
- MATTA, Roberto da; SOAREZ, Elena. **Águias, burros e borboletas**: um estudo antropológico do jogo do bicho. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- MUSIO, Sarah. La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana. **L'altro diritto**: Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità. Firenze: ISSN 1827-0565. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/musio/index.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2010.
- OLIVEIRA, Maria Paula Magalhães Tavares de; SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVA, Maria Teresa Araujo. Jogo patológico e suas conseqüências para a saúde pública. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, Vol. 42, n. 3, Junho 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000300022&lng=en&nrm=iso>. access on 22 June 2010. Epub Apr 25, 2008. doi: 10.1590/S0034-89102008005000026. Acesso em: 03/06/2010.
- ORTIZ, Renato. **A moderna tradição brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- PARIZATTO, João Roberto. **Das contravenções penais**: doutrina e jurisprudência. Campinas: Copola Livros Ltda., 1995.
- RÉMOND, RENÉ (org.). **Por uma história política**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei**. 3ª ed. São Paulo: NOBEL/FAPESP, 2003.
- SALVINI, Emilia. **Gioco d'azzardo i Diritto Penale**. Università degli Studi di Messina. Facoltà Giurisprudenza. Laurea liv.II (specialistica), 2009-2010.
- SANTOS, Silvio Coelho dos (org.). **História da vida privada no Brasil**. 3ª ed., São Paulo: Cia das Letras, Vol.1, 1998.
- SLEMIAN, Andréa. À nação independente, um novo ordenamento jurídico: a criação dos Códigos Criminal e de Processo Penal na primeira década do Império do Brasil. In: RIBEIRO, Gladys

Sabina Ribeiro (org.). **Brasileiros e cidadãos: modernidade política 1822-1930**. São Paulo: Alameda, 2008.

SOARES, Simone Simões Ferreira. **O jogo do bicho: a saga de um fato social brasileiro**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993.

VIAZZI, Pio. Delle contravvenzioni. In: **Trattato di Diritto Penale**. Vol. XII. Milano: Vallardi, 1915.

2) Legislações:

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.688 de 3/10/1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.aspra.org.br/arquivos/LEIS/Lei_das_Contravencoes_Penais.pdf> Acesso em: 18 abr. 2010.

_____. Decreto-lei n.º 3.688 de 3/10/1941. Lei das Contravenções Penais.

Disponível em:

<http://www.amperj.org.br/store/legislacao/leis/DL3688_contravencoespenais.pdf> Acesso em: 18 abr. 2010.

_____. Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967. Lei das Loterias.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/1965-1988/Del0204.htm>

Acesso em: 18 abr. 2010.

BRAZIL. Código Criminal Do Imperio Do Brazil.

Disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/COD11a.html

Acesso em: 18 abr. 2010.

_____. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal.

Disponível em:

<<http://cid851d806c78110ebb.skydrive.live.com/self.aspx/Arquivos%20de%20Hist%C3%B3ria%20do%20Direito%20no%20Brasil/C%C3%B3digo%20Penal%20de%201890%20Completo.doc>>

Acesso em: 18 abr. 2010.

ITALIA. Codice Penale e Codice di Procedura Penale. 5 ed. Milano: Ulrico Hoepli, 1934.

_____. Codice Penale. Disponível em: <http://www.leggiweb.it/>

O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DE CRIME POLÍTICO: reminiscências acerca da decisão da adpf n.º 153 pelo STF

Diego Nunes*

Resumo: A presente comunicação tem por escopo discutir a problemática da conceituação da categoria jurídico-penal “crime político” pelo viés da História do Direito, que proporciona um olhar para além do tecnicismo jurídico e demonstra as possibilidades de manipulação deste filão de crimes para fins de refreamento do dissenso político. Como objeto de análise, faz referência à recente decisão do STF na ADPF n.º 153, a fim de exemplificar como a opção por determinada corrente doutrinária acerca do instituto do crime conexo é capaz de distorcer o conceito de crime político.

Palavras-chave: Crime Político – Segurança Nacional – Anistia.

1. Prolegômenos: breviário de conceitos já referendados

A expressão *crime político* é passível de acolhimento a muitos significados, dada a amplitude das palavras que a formam. Por isso, preliminarmente, cabem algumas brevíssimas considerações introdutórias acerca de cada um dos termos.

O *crime*, para os juristas, não necessita de maiores explicações. Modernamente, prevalece a concepção tripartite, que o apresenta como um *fato típico*, ou seja, previsto por ato legislativo que o refere; *antijurídico*, posto que não protegido por nenhuma excludente de ilicitude, como a legítima defesa e o estrito cumprimento de dever legal; e, por fim, *culpável*, vez que o agente que o realiza reúne condições de juízo a ponto de compreender o quanto o fato é reprovável a ponto de lhe ser possível exigir conduta diversa. Essas características tornam a ação daquele que comete um crime passível de se imputar uma sanção (pena) que lhe restrinja direitos fundamentais como a liberdade (papel exercido majoritariamente com a prisão) por meio do devido processo legal.

* Doutorando em História do Direito pela Università degli Studi di Macerata (Itália). Membro do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Brasil). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), possui graduação em Direito também pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Foi professor substituto de Direito Penal na Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Curriculum vitae on-line (português e inglês): <http://lattes.cnpq.br/7745448598386819>.

Tal concepção analítica tem como principal função colocar o Direito Penal como última possibilidade de aplicação dentre as outras formas de responsabilização da pessoa pelo direito, como a civil (que se resolve mediante a restauração da situação anterior ou a indenização em caso desta impossibilidade) e a administrativa (em casos em que há interesse da administração pública no conflito). Por isso, a lei penal deve tutelar tão-somente bens jurídicos de primeira importância, como a vida, a liberdade, a propriedade²⁰², a incolumidade pública e determinadas relações com o Estado.

Daqui parte-se para a definição de *político* dentro da expressão *crime político*. Podemos apontar o Estado como o marco político da modernidade. Sob esta ótica, portanto, este ente passa a ser o intermediário privilegiado pelo qual se realizarão as relações políticas, aqui entendidas sob o amplo manto da administração da *polis* ou da arte do governo da *res publica*. Esta forma de política passa a merecer, pois, a tutela penal, dada a sua relevância.

Dir-se-ia, então, que todo o crime é político. Diante do papel exercido pelo Estado contemporaneamente, sem dúvida. Enquanto guardião dos direitos fundamentais, o exercício do poder político também se dá com a punição por meio da aplicação de sua lei. Mas, tratar a situação desta forma é ignorar a história e as práticas sociais que ao longo dos tempos sempre produziram e produzirão direito. Essa confusão ocorre pela apreensão do Estado, especialmente no campo penal, do poder legislativo e do poder de não só julgar, mas também de monopolizar a persecução criminal, esta hoje sob responsabilidade do Ministério Público²⁰³, ação justificada pela necessidade de apaziguamento social por meio da contenda antecipada da vingança privada.

Com base nisso, mantém-se a restrição do conceito de político no campo penal às relações públicas, como forma de manter-se coerente com as concepções de Estado e Direito vigentes. Fora disto é mancomunar-se com matrizes de pensamento autoritárias. A politização de todos os crimes foi defendida pelo jurista Giuseppe Maggiore durante o fascismo italiano²⁰⁴. Aqui no Brasil, durante o Estado Novo, de

²⁰² Não nos resta aqui tempo para discorrer acerca da forma como este bem jurídico é tutelado, como que tipo de propriedade é tutelada (pública ou privada), as relações sociais que a permeiam, a seleção de criminosos decorrente, a dificuldade de se aplicar regras mais flexíveis como a insignificância e regras procedimentais que visem a justiça negociada, etc.

²⁰³ Não se pretende aqui fazer julgamento de valor acerca do papel do Ministério Público, nem questionar a possibilidade de sua atuação de forma autônoma. É o que se espera de tal instituição. Todavia, não se pode deixar de assinalar que a cooptação estatal de espaços alternativos na resolução de conflitos é uma forma evidente de controle social e exercício do poder político.

²⁰⁴ Em seu artigo *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, afirma que “la legge, come entità astratta, non può essere offesa. È offeso, invece lo Stato, come persona e autorità, che ha posto la legge. Il delinquente con la sua azione avvilisce e abassa lo Stato nella sua dignità, e tradisce il dovere di fedeltà e di obbedienza che allo Stato lo lega. Ogni delitto è dunque un delitto di fellonia, un crimen lesae majestatis: ogni delitto è, in fondo, un delitto politico. Ogni delinquente è anzitutto un ribelle” (MAGGIORE, 1939, p. 155). A afirmação de que todo crime é político não foi invenção de Maggiore. Porém, ele dá um sentido radical à afirmativa conforme se vislumbra na citação supra. No sentido tradicional, em que todo crime é político porque exige uma resposta do Estado pelo monopólio da jurisdição e a predominância na iniciativa da ação penal, veja-se o pensamento do jurista italiano Lodovico Mortara (MECCARELLI, 2007, p. 959-962).

forma mais sutil, imperou a idéia de “defesa social”, que dentro de uma ditadura era a defesa da ordem vigente. Esta atuou como diretriz para os Códigos Penal (1940) e de Processo Penal (1941), conforme assinalou Francisco Campos²⁰⁵.

Neste sentido, as codificações do século XIX e início do século XX prestaram o favor de depurar o conceito de crime político. Ao longo deste período foi-se paulatinamente separando os negócios ordinários da administração pública, haja vista o grau de autonomia que tomava o Direito Administrativo. Daqui podemos destacar o nascimento dos crimes funcionais e dos crimes de responsabilidade, que congregam em si o viés técnico e o político dentro dos atos de administração da coisa pública. Restavam com a marca eminentemente política os crimes que atentavam contra a constituição dos Estados nacionais e a manutenção da ordem política vigente. Portanto, separavam condutas corriqueiras como o peculato e a desobediência a funcionários públicos de condutas mais graves como os saques e insurreições de grupos políticos organizados com finalidades revolucionárias.

Este aspecto é importante na medida em que, até esta época, a punição destes tipos de atos tinha como pano de fundo não o Estado, mas sim a figura da pessoa do soberano, que era efetivamente o eixo central das relações políticas. Daqui se recorda da longa tradição do *crimen laesae maiestatis*, que passou (sob diferentes formas) da antiguidade até modernidade na civilização jurídica ocidental. A Revolução Francesa teve como uma das conseqüências no campo jurídico a transfiguração da lesa-majestade em lesa-república, ou seja, fez esse deslocamento com relação à autoridade a ser defendida, mas mantendo a mesma lógica de severidade²⁰⁶.

Portanto, partindo de uma concepção jurídica estatalista, os crimes políticos serão aquelas condutas que atentem contra este ente jurídico em sua constituição. Aqui cabe salientar que se utiliza o termo de forma ampla, ou seja, os crimes políticos são aqueles que atentam contra as enumerações das cartas políticas que vão surgindo nos Estados desde a Revolução Americana (1776), bem como aquelas condutas que atentam contra os postulados constitutivos de cada Estado, como as instituições que lhe dão suporte, aspectos

²⁰⁵ “O princípio cardeal que inspira a lei projetada, e que é, aliás, o princípio fundamental do moderno direito penal, é o da defesa social. É necessário defender a comunhão social contra todos aqueles que se mostram perigosos à sua segurança [...] Os direitos dos grupos, da sociedade, da família encontram a proteção que lhes é devida e que as leis inspiradas num critério de excessivo individualismo descuraram até hoje. Os direitos, como os interesses, a riqueza e as reações do grupo não são apenas a soma dos direitos, ou dos interesses, da riqueza e das reações dos indivíduos, para os quais há um sistema de limitações transcendentais que resultam da própria essência do Estado moderno. Nesse princípio inspirar-se-á a nova lei penal brasileira, que consubstanciará o que de mais certo e útil tem assentado a ciência criminal” (CAMPOS, 2001, p. 124-125).

²⁰⁶ Neste sentido, conferir a percuciente análise deste fenômeno jurídico por Arno Dal Ri Jr. em “O Estado e seus inimigos” (2006).

da vida social, etc.²⁰⁷. As várias formatações de Estado darão enfoques diversos nas legislações penais, como as democracias liberais do século XIX e os regimes autoritários e totalitários do entre-guerras.

2. O problema: a manipulação dos conceitos jurídicos para fins de controle político-social

As democracias liberais tinham como fundamento o direito das maiorias. A partir das eleições seria possível se depreender a vontade popular. Desta forma, o crime político seria as ações que violassem esse consenso obtido nas urnas. Importante salientar aqui que à época este modelo possuía várias limitações, haja vista que o sufrágio não era universal, posto que restrito aos homens alfabetizados de determinada idade ou até mesmo restrito a determinadas camadas econômicas (voto censitário). O criminoso político passa a ser aquele que se manifesta contra a forma de governo instituída pela maioria. Os integrantes das novas orientações políticas que surgiram no contexto das mudanças sociais da Europa industrial, como o comunismo e o anarquismo passaram a ser perseguidos não só como oposição política, mas como categoria de criminosos.

Nesse contexto, cabe salientar que as penas aplicadas, bem como determinadas regras procedimentais e penitenciárias eram mais benéficas se comparadas com as aplicadas aos criminosos comuns. O criminoso político era visto como um altruísta, pois o desejo de modificação da ordem política vigente (principalmente o comunismo) importaria em benefício coletivo. Por isso, apesar de merecedor de punição, era digno de tratamento especial com penas brandas cumpridas em regime penitenciário específico, desobrigado do trabalho e separado dos criminosos comuns. Essa reflexão era compartilhada tanto pelos juristas da dita “Escola Clássica” – Carrara, Pessina, Lucchini – quanto pelos do Positivismo Criminológico – Lombroso, Ferri, Garofalo. As justificações, entretanto, estavam condicionadas aos postulados de cada matriz de pensamento. Os “clássicos” se preocupavam apenas com os excessos, visto que a motivação do crime era fruto da liberdade de consciência. Já os positivistas se preocupavam com os caracteres da pessoa do criminoso: de acordo com a perspectiva antropológica, o criminoso político é um louco que se coloca contra um adversário invencível; na sociológica, ele é um passional que sai de si para cometer um crime para o bem comum (SBRICCOLI, 1990).

Os ditos regimes fortes, diferentemente, têm como fundamento a pujança do Estado. Portanto, qualquer ato que importe desobediência é uma grande ofensa que deve ser reprimida. Afastado das práticas democráticas, não existe maioria, mas uma massa que tem suas aspirações exprimidas pelo Estado por meio

²⁰⁷ No contexto da unificação italiana o historiador do direito Mario Sbriccoli adverte que colocar as mãos no penal significava entrar no vivo da vida do país, e por as mãos na construção do país significava passar inevitavelmente pelo penal (1998, p. 493)

da figura de quem exerce o seu poder. Nos regimes autoritários esse enrijecimento no tratamento dos crimes políticos se passou por grandes reformas da legislação penal, a exemplo da Itália fascista. Estes regimes buscavam sua legitimidade por meio de um grande arcabouço legal, valendo-se de grandes recursos técnico-jurídicos manipulados para satisfazer suas necessidades. Os regimes totalitários utilizaram de táticas mais ousadas. A Alemanha nazista alterou o princípio da legalidade colocando o crime não só como aquilo que está descrito em lei (tipo penal), mas também o espírito do povo que se traduz pela vontade do líder. Na União Soviética ousou-se ainda mais ao criar-se um código penal sem parte especial.

No Brasil, podemos dividir o modo de repressão em dois períodos. Até a codificação penal de 1890, as normas atinentes ao dissenso político se encontravam nas partes especiais, que eram dispostas em escala descendente^{208 e 209}. Esta forma de organização da matéria proporcionava estabilidade à matéria. Com a industrialização, o país começa a vivenciar não só os benefícios como também as mazelas desse novo momento. Resultado é que floresceu também a consciência de classe e os movimentos políticos decorrentes desse fato. Não é à-toa que começaram a surgir leis extravagantes que tratavam essa nova forma de criminalidade de forma diferenciada dos demais crimes, a exemplo dos crimes anarquistas.

Com a Revolução de 1930 este processo se acelerou. A instabilidade política aliada ao surgimento de novas forças sociais radicalizou o dissenso, de modo que ocorreram sucessivas modificações, facilitadas em muito pela ausência do parlamento, suprimido pelo Estado Novo. A competência legislativa avocada pelo Executivo por meio do Ministro da Justiça e comissões técnicas possibilitou com que o Brasil se colocasse num movimento semelhante ao da Itália fascista no tocante à manipulação técnica para a obtenção de uma repressão ao dissenso político adequado aos interesses governamentais dos regimes instaurados (NUNES, 2010).

Deixar os crimes políticos em uma legislação apartada da codificação penal seria uma marca indelével deste momento histórico no Direito Penal brasileiro. Criou-se, assim, um espaço para a duplicação da legalidade penal: uma, a dos crimes comuns, codificada e perene; a outra, a dos crimes políticos, extravagante e instável²¹⁰. A retomada democrática de 1945 manteve a Lei de Segurança como extravagante, até porque naquele momento a preocupação era muito maior em modificar a norma herdada do Estado Novo

²⁰⁸ Os crimes eram catalogados dos bens jurídicos que ofendem o Estado (ordem política, administração pública, incolumidade pública, etc.) para os que ofendem a pessoa (família, liberdade, vida, etc.). A escala ascendente, por conseguinte, trabalha de forma inversa. Este critério de avaliação é evidentemente publicista, pois coloca o Estado acima dos indivíduos.

²⁰⁹ Importante lembrar que antes da república, as normas penais, inclusive os crimes de lesa-majestade sem encontravam no Livro V das Ordenações Filipinas.

²¹⁰ Sobre o conceito de “duplo nível de legalidade” (*doppio livello di legalità*), consultar sua criação em Sbriccoli (1998) e seus mais recentes desenvolvimentos por Meccarelli (2008 e 2009).

do que realizar um novo movimento de codificação, haja vista que o código de 1940 não seria necessariamente autoritário²¹¹.

Essa despreocupação possibilitou com que, uma vez instaurada a Ditadura Militar, fosse criada uma nova legislação baseada na doutrina de segurança nacional da Escola Superior de Guerra. A segurança nacional aqui deixa de ser uma mera categoria técnico-jurídica²¹² para se tornar um dos alicerces legitimadores do regime, que fez uma opção nítida pelos Estados Unidos no contexto da Guerra Fria. Os efeitos da aplicação das leis de segurança nacional nesta época foram ainda mais danosos ao desenvolvimento democrático nacional, vez que o Brasil era outro: maior, urbano, com um novo arranjo político. As perseguições foram mais intensas, e da investigação ao julgamento estabeleceu-se a militarização da jurisdição política, como se o criminoso político na verdade fosse um criminoso de guerra.

Neste ponto é propício um abrir de parênteses para discutir uma questão que causa maiores indagações, conforme veremos no caso a que se remete este trabalho. Tendo-se claro uma determinada visão de crime político, como estabelecer o critério de crimes conexos? Qual a amplitude desta ligação? O critério de preponderância sempre foi importante, principalmente nos momentos em que havia competência especial para o julgamento da matéria. Num Direito Penal da culpabilidade, que temos presente a partir do fim da II Guerra Mundial com o descrédito crescente do sistema do duplo binário²¹³, parece que a chave não deve ser outra senão a intenção do agente. A conduta típica, não guardando identidade com algum crime político, ou havendo a dupla identificação entre o crime comum e crime político (que pode aparecer como concurso de crimes ou conflito aparente de normas), deverá ter como escopo último a finalidade de subversão da ordem política vigente. Poder-se-ia exemplificar com o cometimento de uma falsidade documental ou ideológica, crimes contra a fé pública, com o fim de se obter uma informação ou gerar um fato que possa ajudar o movimento oposicionista ou ao menos prejudicar a ordem vigente, como a divulgação de segredos, a libertação de militantes ou a obtenção de verbas para custeio da atividade subversiva.

²¹¹ Esta é uma discussão ainda em aberto no Brasil. Temos o depoimento de Jimenez de Asúa colocando o código de 1940 como conivente aos interesses do Estado Novo (1950, p. 1063) e as indicações de Zaffaroni (2006, p. 192). Mas, em linhas gerais, “não há como se afigurar nosso Código Penal dentre os considerados de linha autoritária, nem como filho de nenhuma das escolas criminais. Tanto em forma como em conteúdo, mantém-se em continuidade com a tradição liberal. Respeita o maior critério de distinção entre esta e os códigos totalitários soviético e alemão, que consiste na afirmação expressa do princípio da legalidade estrita, garantido pelo art. 1.º de nosso diploma penal. Relembre-se, porém, que essa discussão ocorreu da mesma forma na Itália, tendo em vista que o código penal do fascismo previu a legalidade estrita como forma de enaltecer a autoridade do regime. No Brasil não se percebe que a legalidade estrita tenha alguma simbologia direta à força do Estado, restringindo-se ao critério técnico e até a evocação da tradição liberal, algo estranho para tempos de regimes fortes. O centro da questão está na capacidade do tecnicismo jurídico abarcar no bojo do código algumas figuras pelas quais é possível vislumbrar influência dos regimes autoritários” (NUNES, 2010, p. 124-125). Ainda, no tocante à dicotomia técnica-manipulação política, conferir Sontag (2009).

²¹² Que pelo duplo nível de legalidade no Estado Novo chegou a criar um sistema praticamente à parte do Direito Penal comum, com leis materiais e processuais próprias, bem como um tribunal de exceção para seu julgamento. Todavia, em que pese ser um instrumento interessante de controle social, não tinha pretensão de dirigir as ações do Estado brasileiro. Para mais, Nunes (2010, p. 144ss).

²¹³ Sistema que conciliava penas e medidas de segurança para imputáveis.

3. Reminiscências acerca da decisão da ADPF N.º 153 pelo STF

Esse debate ganha ainda mais força quando o que está em jogo é a anistia, comum em fins de regimes autoritários. A questão relativa à amplitude da anistia brasileira de 1979 foi fruto de discussão recente no Supremo Tribunal Federal, por meio de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental²¹⁴, haja vista que essa forma de extinção da punibilidade é concedida por lei, que num ordenamento jurídico baseado na hierarquia de normas está submetida à constituição. O que interessa para a presente discussão foi a concepção de crimes conexos trazida à baila, pois ela reflete diretamente na definição de crime político vislumbrada pelo mais importante tribunal brasileiro. A tese vencedora por 7 votos a 2 entendeu que a anistia à época anunciada como “ampla, geral e irrestrita” abarcou não só os crimes comuns cometidos pelos então subversivos, mas ainda os crimes comuns cometidos pelas autoridades estatais. O argumento central, trazido pelo relator Ministro Eros Grau, foi que a interpretação mais adequada é a histórica, e que naquele momento do Brasil houve um consenso das várias instâncias da sociedade civil em ceder à impunidade dos algozes das ilegalidades cometidas pelos agentes estatais em nome da liberdade dos perseguidos pela ditadura. Desta forma, qualquer crime que houvesse relação com o dissenso político, não importa por quem cometido, deveria ser esquecido.

Essa interpretação, todavia, dá uma relação de proximidade entre condutas que em substância nada tem relação entre si, posto que vinda de lados opostos – diga-se, opressores e oprimidos no regime – faz a estranha operação de identificar aqueles que nunca desejaram ser próximos. Dogmaticamente, esse parece ser um processo difícil, senão impossível: qual seria a relação entre a sabotagem a uma base militar ou o atentado a alguma autoridade do Estado, de um lado, com o emprego de tortura para a confissão ou a ocultação do cadáver de um subversivo, do outro, cometidos por agentes completamente diversos (civis e militares e/ou policiais)?

A equiparação entre subversivos e seus algozes por meio da expressão “crimes a eles conexos” torna os agentes estatais que impuseram a repressão abaixo de um já subterrâneo nível de legalidade – já que foram além do emprego de normas excepcionais para a prática de crimes – também criminosos políticos. Há algum senso nessa aproximação? É no mínimo obscura. Caso fosse essa a intenção do legislador, por que não fazê-la de modo claro e expresso na lei concessora da benesse do esquecimento?

Enfim, nossa corte suprema fez sua opção. Infelizmente, a despeito da intrigante discussão acima, alguns dos ministros se limitaram a apresentar a contenda como inútil tendo como parâmetro a prescrição,

²¹⁴ ADPF 153, com decisão publicada em 29 de abril de 2010.

que já teria ocorrido para todos os fatos ocorridos até a data da proclamação da anistia. Esse argumento pode ser capcioso, pois há a possibilidade da discussão acerca da questão acerca da morte presumida e a descoberta de ossadas. E, apenas para constar, uma última dúvida: um acordo feito durante um regime de força teria validade perante a reconstituição democrática?

O panorama hoje é um pouco mais claro. A atual Lei de Segurança Nacional²¹⁵, que só pode ser lida à luz da Constituição de 1988²¹⁶, estabeleceu um duplo critério: para ser político, o crime deve atender não só o quesito objetivo de constar nesta lei, como também deve possuir como motivação o atentado à constituição e as instituições democráticas. Esta armadura possibilita o refreamento do uso indiscriminado dessa lei, evitando possíveis lampejos de perseguição política em plena ordem democrática, discussão essa que deve ser levada a sério neste Brasil contemporâneo que busca solidificar sua democracia.

A criminalização dos movimentos sociais é um desses pontos: é tolerável a incidência dos crimes políticos contra o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), como se tem registro em alguns processos-crime pelo Brasil²¹⁷? Sem entrar no mérito de possíveis interesses políticos e econômicos, essa incriminação suportaria uma leitura constitucionalizada da segurança nacional? Essa resposta passa por uma leitura mais acurada do papel dos movimentos sociais bem como da receptividade da sociedade civil a essas demandas. Um país que não discute suas entranhas tem mais chances de ser novamente assombrado pela repressão penal como forma de combate ao dissenso político.

A democracia deve ter outros locais privilegiados que não o Direito Penal para sua proteção. Cabe a este ramo do direito a única proteção que pode proporcionar: certa e severa, porém sempre como *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

ASUA, Luis Jimenez de. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Losada, 1950.

CAMPOS, Francisco. O estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

DAL RI JR. Arno O estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MAGGIORE, Giuseppe. Diritto penale totalitario nello Stato totalitario. In: Rivista italiana di diritto penale, n.º 17 (1939).

²¹⁵ Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

²¹⁶ Haja vista algumas das disposições nela constantes, como a remissão ao Código Penal Militar ao invés do Código Penal comum a possibilidade de incomunicabilidade de presos, além dos vários tipos penais abertos.

²¹⁷ Neste sentido, conferir o artigo “O crime de ser MST” de Leandro Gaspar Scalabrin (2008).

MECCARELLI, Massimo. Giurisdizione penale e legalità nel pensiero di Lodovico Mortara. In: Quaderni fiorentini per la storia de pensiero giuridico, n.º 36 (2007).

_____. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica. In: Quaderni storici, n. 131, agosto (2009).

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 de Mestrado. Orientador: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: UFSC, 2010. 327 p.

SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990). In: VIOLANTE, Luciano (org.). Storia d'Italia: legge, diritto, giustizia – Annali 14. Torino: Einaudi, 1998.

_____. La penalistica civile: teorie e ideologie Del diritto penale nell'Italia unita. In: COSTA, Pietro; SCHIAVONE, Aldo et al. Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica. Roma: Laterza, 1990.

SCALABRIN, Leandro Gaspar. O crime de ser MST. In: Criminalización e derechos humanos. Año IX, N° 24. Octubre, (2008).

SONTAG, Ricardo. Código e técnica: a reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. Dissertação de Mestrado. Orientador: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: UFSC, 2009. 162 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. V. I. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.

CÓDIGO CIVIL E REVOLUÇÃO SOCIAL: O REGIME DO *FAVOR* E OS IMPASSES DA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA NO SÉCULO XIX

Douglas da Veiga Nascimento*

Introdução – 1. O “código” e a sua morfologia no paradigma da modernidade – 2. A ideologia liberal e o regime do favor no contexto brasileiro oitocentista– 3. As formas pré-codificadas e a questão da codificação civil brasileira no século XIX – Conclusão

TEMA: PROCESSO DE CODIFICAÇÃO

Resumo: As ideologias envolvidas na construção do Estado brasileiro, ainda que influenciadas pelas Revoluções francesa e americana e também pelas ideias iluministas, tomavam um aspecto bastante diferente daquelas razões teóricas que tiveram um papel fundamental na consolidação dos processos codificatórios. As sociedades brasileira, norte-americana e europeia estavam separadas por vicissitudes próprias com forças emergentes bastantes distintas. Cada uma delas respondeu de modo bastante diferenciado às pressões e fluxos ideológicos externos. No âmbito dessas contingências, as codificações civis refletiram as impropriedades e transformações das ideias europeias introduzidas no Brasil. O contexto no qual se insere a cultura jurídica brasileira ao longo do séc. XIX é um ambiente de muitas permanências no plano das fontes jurídicas. A frustração dos esforços codificatórios na esfera do direito civil pode ser compreendida como o resultado de uma forma de resistência da elite latifundiária brasileira na criação de um direito novo para a regulação das relações privadas. Por meio do regime do *favor*, os intelectuais, juristas, advogados e políticos brasileiros, ao longo do séc. XIX, a despeito de sua liberdade, encontravam-se numa situação de dependência direta ou indireta da classe dos latifundiários. Ou seja, mais do que um projeto revolucionário, os primeiros passos em direção de uma codificação civil acabaram permitindo a manutenção de uma ordem jurídica pré-moderna.

Palavras-chave: código - codificação – modernidade – regime do favor – liberalismo – iluminismo

Abstract: The ideologies involved in the construction of the Brazilian State, although influenced by the French and American Revolutions and also for the illuminism ideas, they took an aspect quite different from those theoretical reasons that had a fundamental rule in the consolidation of the codification processes. The Brazilian, North American and European societies were separated for own vicissitudes with different emerging forces. Each one of them answered in a plenty way differentiated to the pressures and external ideological flows. In the extent of those contingencies, the civil codes reflected the improprieties and transformations of the European ideas introduced in Brazil. The context in which interferes the Brazilian juridical culture along the XIX is an atmosphere of many permanences in the plan of the juridical sources. The frustration of the efforts in codification in the sphere of the civil law can be understood as the result in a way of resistance of the Brazilian landowner in the creation of a new law for the regulation of the private relationships. Through the regime of the favor, the intellectuals, jurists, lawyers and Brazilian politicians, along the XIX, in spite of their freedom, were in a situation of dependence direct or indirect of the landowners' class. In other words, more than a revolutionary project, the first steps in direction of a civil code ended up allowing the maintenance of a pre-modern juridical order.

* Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, bolsista da Capes.

Keywords: code - codification - modernity - regime of the favor - liberalism – illuminism

INTRODUÇÃO

Em um período revolucionário, as principais rupturas ocorrem em torno do direito. É um momento no qual se funda uma nova ordem jurídica. Em geral, todas as áreas do direito sofrem drasticamente com as rupturas ideológicas que legitimavam uma forma de organização social que passa a ser vista como um obstáculo para o estabelecimento de uma nova ordem política. No entanto, as mudanças mais sensíveis que refletem uma transformação estrutural da sociedade e do direito, diz respeito às transformações do direito civil. Como indica GROSSI (2006, p. 86), elas são as mais significativas para se avaliar um período e identificar os momentos de ruptura e continuidade.

Uma revolução jurídica está intimamente ligada com uma mudança no tratamento ou no regime das fontes do direito. É nesse sentido que se pode denominar a Revolução francesa como um movimento de fundação de uma nova ordem jurídica. O seu principal expoente é o *Code Civil* napoleônico que introduziu na ordem jurídica um sistema de fontes absolutamente novo e original. A partir desse documento terá início a era das codificações, que representaram, sobretudo, uma tentativa de abandono das velhas fontes complexas e plurais do antigo regime. É por meio dela que se funda uma nova ciência da legislação ou um projeto jurídico-político bastante original. Pela primeira vez, o sistema de fontes jurídicas será reduzido ao texto claro e conciso da lei. Através dele, o Estado expressará a vontade geral da nação e intervirá diretamente na regulação das relações privadas.

Os processos codificatórios subsequentes, seguindo as bases do *Code Civil*, disseminaram-se por toda Europa continental. As teorias e ideias que indicavam a codificação, como uma forma de ingresso na modernidade jurídica, percorreram os estratos ilustrados da sociedade brasileira. No entanto, diferente das circunstâncias das codificações europeias e latino-americanas, o Brasil, ao longo de todo o século XIX, não codificará o direito civil. De fato, a realidade jurídica brasileira oitocentista guarda uma série de peculiaridades que deslocarão as ideologias modernas de seu aspecto original.

O Brasil apresenta uma trajetória codificatória inusitada acerca da ideia da codificação. Embora tenham sido promulgados códigos no âmbito do direito penal, comercial e processual, a

questão da codificação civil, como forma mais radical de ruptura, teve sua promulgação frustrada. A partir da tese do regime do *favor*, do clientelismo e do paternalismo, defendida por ROBERTO SCHWARZ (2000, p.16), serão lançadas algumas questões que permitam a compreensão das razões que tornaram a experiência jurídica brasileira do séc. XIX tão peculiar.

1 O “CÓDIGO” E A SUA MORFOLOGIA NO PARADIGMA DA MODERNIDADE

Numa acepção ampla no âmbito da historiografia, o termo “Código” pode ser empregado com muito significados. Ele é utilizado muitas vezes como uma noção genérica para se designar um conjunto de documentos que expressaram, no passado, a pretensão de fixar e sistematizar uma determinada esfera do direito. Em geral, ao longo da história, aparecem iniciativas por parte de soberanos ou governantes para a consolidação dos “Códigos” com a finalidade, sobretudo, de organização das fontes do direito. É nessa medida que se pode considerar como formas de codificação o Código de Hammurabi, de Teodósio II, de Luís XIV e de Napoleão, por exemplo²¹⁸

219

Ainda que esses diversos documentos possam ser designados como “Códigos”, cada um deles guarda uma especificidade que não diz respeito meramente a sua estrutura e forma internas, mas também a uma dimensão cultural que transcende esses aspectos. Na verdade, trata-se de um fenômeno que reproduz todos os conflitos de um determinado contexto. O “Código” é, portanto, uma contingência histórica complexa que se distingue pela heterogeneidade de sua formação, propósito e abrangência. Por essa razão, deve-se ter uma cautela absolutamente necessária com as especificidades dos diversos modelos oferecidos pelos diferentes processos de codificação²²⁰.

No âmbito da História do Direito, dentre todas as “codificações” que o precederam, o Código napoleônico é o que mais se distingue em termos de originalidade e ruptura²²¹. A sua centralidade na história não decorre necessariamente de seu aspecto tradicional, como tem sido sustentada por uma vertente celebratória de matriz historicista muito difundida entre os juristas.

²¹⁸ GROSSI, Paolo. “Code Civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica”. *In*: COSTA, Pietro. **Quaderni fiorentini**: Per la storia del pensiero giuridico moderno, 35, Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 84.

²¹⁹ CAPPELLINI, Paolo. **Sistema jurídico e codificação**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007, p. 15.

²²⁰ GROSSI, P. “Code Civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica”. *In*: COSTA, P. **Quaderni fiorentini**: Per la storia del pensiero giuridico moderno, 35, p. 84.

²²¹ GROSSI, P. *Idem, ibidem*.

Entretanto, para além dessa impressão clássica, é necessário levar em conta as novidades introduzidas por ele no plano das fontes do direito.

O *Code civil* foi a expressão inovadora de um ato de ruptura com uma tradição anterior. Ele, como proposta de um projeto específico de regular a vida do cidadão comum, tornou-se a norma exclusiva, que, por meio do direito civil, produziu uma nova forma ou um projeto político-jurídico para a produção do direito. Ele é fruto do desenvolvimento da forma do “código” que se estende entre os anos de 1790 e 1810 na França revolucionária. Foi mais especificamente no ano de 1804, que o “Código” tornou-se a base estrutural de um enorme projeto legislativo. A realização da codificação napoleônica dependeu, acima de tudo, do enraizamento e da consumação, no século XVIII, dos movimentos do iluminismo jurídico e da Revolução francesa²²².

Como um movimento intelectual derivado do pensamento jusnaturalista setecentista²²³, o iluminismo jurídico impregnou toda Europa ocidental. A partir da sua confiança na razão e na capacidade de se ler a natureza das coisas, ela propunha a fixação de "princípios e comandos certos e claros, munidos de uma íntima racionalidade, com a necessidade de lhes imobilizar em um texto, onde qualquer um pudesse lhes conhecer e obedecer facilmente e sem elusões"²²⁴. Seu principal instrumento para a realização racional e permanente do comando pautava-se na exigência de uma rigorosa textualidade.

A fonte desses preceitos reduzidos a texto podiam ser extraídos do plano a-histórico do direito natural. Ou seja, acreditava-se que seria possível edificar uma ordem jurídica universal, geral e abstrata nos mesmos termos dos imperativos jusnaturalistas que pretendiam abstrair-se das vicissitudes temporais para alcançar um plano purificado não suscetível às contingências da factualidade. Isso pode ser considerado como um processo de reducionismo das figuras jurídicas que são extraídas de uma realidade imóvel por meio da abstração.

Uma das noções centrais do iluminismo jurídico é a idealização do Príncipe e de sua capacidade de ler a ordem natural e de traduzi-la em normas. O iluminismo jurídico, num momento de profunda secularização, confiava essa atribuição ao poder político. A moderna confiança no Estado contrastava com a permanente desconfiança numa sociedade dificilmente controlável que pudesse ser enquadrada numa ordem plenamente racional. Essas transformações faziam “do velho

²²² GROSSI, P. *Idem*, p. 84-85.

²²³ GROSSI, P. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 112.

²²⁴ GROSSI, P. “Code Civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica”. *In*: COSTA, P. **Quaderni fiorentini**: Per la storia del pensiero giuridico moderno, 35, p. 86-87.

sistema de fontes”²²⁵ um entrave para a consolidação “da vontade soberana encarnada em leis gerais e abstratas, certas, claras e racionais”^{226 227}.

Além da influência das exigências iluministas, o *Code Civil* é a expressão das profundas transformações sociais advindas da Revolução francesa. Na verdade, a Revolução “absorve várias das demandas iluministas acima referidas e as transforma em uma realidade histórica concreta, incidindo profundamente desde a estrutura da sociedade até a vida cotidiana de cada súdito”²²⁸. O poder político concentra-se na sólida estrutura do Estado que se coloca como o “absoluto protagonista da vida nacional”²²⁹. É nesse momento que o pluralismo jurídico do Antigo Regime cede lugar ao direito legal, rigorosamente centralizado e abstrato. Os costumes perdem sua validade na hierarquia das fontes. O direito passa a ser confundido com a lei como expressão da vontade da nação. Com a revolução jacobina, “o legalismo, serpejante por toda a idade moderna, torna-se legolatria”²³⁰.

No plano político, a França revolucionária dá início a um rígido estatalismo. Nesse contexto, o *Code Civil* será a fiel expressão de um rígido monismo no plano das fontes jurídicas, ou o que GROSSI denomina de “absolutismo jurídico”. A partir disso, será desencadeada uma fase de codificações em todas as áreas do direito, sobretudo no direito civil. O código passará a ser lido “sob a égide do positivismo jurídico dos séculos 19 e 20, tornando-se o emblema do estatalismo imperante, do absolutismo jurídico unido em perfeita simbiose ao pleno liberalismo econômico”²³¹.

2 A IDEOLOGIA LIBERAL E O REGIME DO FAVOR NO CONTEXTO BRASILEIRO OITOCENTISTA

Os conteúdos ideológicos envolvidos na construção do Estado brasileiro, ainda que influenciados pelas Revoluções francesa e americana e também pelas ideias iluministas, tomavam um aspecto bastante diferente daquelas razões teóricas que tiveram um papel extremamente importante na consolidação dos processos codificatórios. A sociedade brasileira, norte-americana e

²²⁵ GROSSI, P. *Idem*, p. 88.

²²⁶ GROSSI, P. *Idem, ibidem*.

²²⁷ CAPPELLINI, P. *Op. Cit.*, p. 15.

²²⁸ GROSSI, P. “Code Civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica”. *In*: COSTA, P. **Quaderni fiorentini**: Per la storia del pensiero giuridico moderno, 35, p. 88.

²²⁹ GROSSI, P. *Idem, ibidem*.

²³⁰ GROSSI, P. *Idem*, p. 90.

²³¹ GROSSI, P. *Idem*, p.93.

européia estavam separadas por vicissitudes próprias com forças emergentes bastantes distintas. Cada uma delas respondeu de modo bastante diferenciado às pressões e fluxos ideológicos externos. No âmbito dessas contingências, as codificações civis refletiram as impropriedades e transformações das ideias europeias introduzidas no Brasil²³².

A ideologia liberal, amplamente disseminada entre a classe letrada, tomou um aspecto muito próprio no Brasil. Diferente do contexto norte-americano, o Brasil não passou por uma revolução que alterasse a estrutura da sociedade colonial. A própria integração do mercado nacional não acompanhou a independência do país. Desse modo, “os ideais liberais não surgiram como um programa modernizador do conjunto das forças sociais: foram veiculados por uma minoria ilustrada e culta [...]”²³³. Por influência do despotismo ilustrado do século XVIII, qualquer tentativa de modernização e reforma política e social do país não deveria extrapolar um limite que viesse a comprometer a continuidade da sociedade colonial nos seus diversos aspectos.

A economia escravista brasileira a todo momento produzia contrassensos nos discursos teóricos e morais dos letrados fortemente influenciados pelos ideais do liberalismo, como no caso dos juristas, políticos e advogados. Apesar disso, “a escravidão não era o nexos efetivo da vida ideológica”²³⁴ da nação. O Brasil logo após a independência tornou-se herdeiro das relações sociais e econômicas produzidas pela colonização. Dentre alguns aspectos podem ser destacados o monopólio de terras e a divisão da população em três classes bem distintas: “o latifundiário, o escravo e o 'homem livre', [...]”²³⁵. Dentre as relações de dependência entre esses atores, provavelmente, no que diz respeito ao modo de produção, destaca-se a questão da escravidão e da relação de exploração e violência entre escravos e senhores. No entanto, é preciso ressaltar que, nesse momento, e sobretudo para a compreensão do contexto da codificação civil brasileira, o regime do *favor* que se estabelecia entre latifundiários e “homens livres” deve ser colocado num ponto central.

O “homem livre”, na América portuguesa e no Brasil após a independência, não pertencia à classe dos proprietários e também não figurava como proletário. Essa “multidão” de indivíduos dependia “materialmente do *favor*, indireto ou direto, de um grande”²³⁶. É no âmbito dessa relação

²³² DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **A interiorização da metrópole e outros estudos**. São Paulo: Alameda, 2005, p. 127-128.

²³³ DIAS, M. O. L. da S. *Idem*, p. 128.

²³⁴ SCHWARTZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**: Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades: Ed. 34, 2000, p. 15.

²³⁵ SCHWARTZ, R. *Idem*, p. 16.

²³⁶ SCHWARTZ, R. *Idem, ibidem*.

de dependência que toda a ideologia será gestada e gerida. Os resultados do regime do *favor* percorreram todo o espaço nacional e combinaram-se às mais distintas atividades como a administração, a política, a indústria, o comércio e a vida urbana²³⁷. “O favor é a nossa mediação quase universal”²³⁸, todos os profissionais liberais, como advogados, médicos, autônomos e funcionários dependiam do favor da classe latifundiária para o exercício da profissão e para a garantia da segurança de suas pequenas propriedades.

É o regime do *favor* que torna tão estranha e incompatível as ideias liberais e as ideologias revolucionárias trazidas de fora. Se “o escravismo desmente as ideias liberais; mais insidiosamente o favor, tão incompatível com elas quanto o primeiro, as absorve e desloca, originando um padrão particular”²³⁹. Essa relação está entregue ao arbítrio e dificilmente poderia ser racionalizada. Em oposição aos postulados das Revoluções liberais e do iluminismo jurídico, “o favor, ponto por ponto, pratica a dependência da pessoa, a exceção à regra, a cultura interessada, remuneração e serviços pessoais”²⁴⁰. Esse processo histórico brasileiro deslocava e tornava impróprios postulados como a autonomia da vontade e do indivíduo e a universalização da lei, por exemplo.

No plano das instituições, o regime do favor expressava-se no clientelismo, ainda que fossem proclamadas “as formas e teorias do estado burguês”²⁴¹. As ideias provenientes do contexto europeu tornavam-se instrumentos para o arbítrio. As ideologias acabavam sendo incorporadas nos discursos como um invólucro racional para a arbitrariedade. “Assim, com método, atribui-se independência à dependência, utilidade ao capricho, universalidade às exceções, mérito ao parentesco, igualdade ao privilégio etc”²⁴².

A reprodução social das ideias europeias no Brasil sempre as empregou em um sentido originário impróprio²⁴³. É a partir dos compromissos e dos vínculos provenientes do regime do *favor* que os intelectuais, juristas e advogados definiam e reformulavam seus discursos, teorias e propostas legislativas²⁴⁴. A questão da codificação civil brasileira, no séc. XIX, é também o resultado direto dessa reprodução das ideias europeias e de uma dependência permanente dos intelectuais e profissionais liberais dos favores da classe latifundiária.

²³⁷ SCHWARTZ, R. *Idem, ibidem*.

²³⁸ SCHWARTZ, R. *Idem, ibidem*.

²³⁹ SCHWARTZ, R. *Idem*, p. 17.

²⁴⁰ SCHWARTZ, R. *Idem, ibidem*.

²⁴¹ SCHWARTZ, R. *Idem*, p. 18.

²⁴² SCHWARTZ, R. *Idem*, p. 19.

²⁴³ SCHWARTZ, R. *Idem*, p. 29.

²⁴⁴ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: A elite política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 31-32. “Os juristas e magistrados exerceram um papel de grande importância na política e na administração portuguesa e posteriormente na brasileira”.

3 AS FORMAS PRÉ-CODIFICADAS E A QUESTÃO DA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA NO SÉCULO XIX

Com a independência do Brasil, em 1822, o novo governo imperial promulgou a lei de 20 de outubro de 1823 que determinava que as Ordenações, leis, regimentos e decretos, alvarás e resoluções promulgadas pelos reis portugueses até a data de 25 de abril de 1821 continuassem em vigor, pelo menos até que fosse organizado um novo código ou quando fossem alteradas especialmente por uma lei superveniente. A Constituição do Império de 1824 também previa, no seu art. 179, n. XVIII, que seria organizada o quanto antes um código civil fundado nas bases da justiça e da equidade. Ocorre que, apesar de diversas tentativas de codificação civil²⁴⁵, o código acabou por não se realizar ao longo de todo o séc. XIX e início do XX. É apenas em 1916 que o primeiro código civil brasileiro será promulgado.

Se, de fato é possível sustentar que houve uma continuidade no uso das fontes do antigo regime português no Brasil, quais seriam as causas para o insucesso da codificação civil brasileira ao longo do séc. XIX? Muitos historiadores respondem parcialmente a questão atribuindo o insucesso da promulgação do código civil à existência do trabalho escravo no Brasil. Mas como foi visto anteriormente, a relação mais significativa para a frustração dessas tentativas, não diziam respeito à exploração do trabalho escravo, mas sim ao regime do *favor*. É no espaço dessas relações que as ideologias acerca da codificação foram gestadas no Brasil. Portanto, quando se pensa na codificação civil brasileira do séc. XIX, deve-se ter em mente o impasse que esse tipo de projeto legislativo representava para a manutenção do regime arbitrário e desigual das trocas de *favor*.

O *Code Civil* napoleônico era produto de um contexto revolucionário e de ruptura na França dos finais do séc. XVIII e início do XIX. Através dele fundou-se uma nova ciência da legislação que, exortando o sistema de fontes do antigo regime, aspirava a construção de uma nova organização social por meio de uma ordem jurídica monista, legalista, geral, abstrata e fortemente centrada na figura do Estado. As condições nas quais se tornou possível o processo codificatório

²⁴⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. "Dal diritto coloniale alla codificazione: Appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento". *In*: COSTA, Pietro. **Quaderni fiorentini**: Per la storia del pensiero giuridico moderno, 33-34, Milano: Giuffrè Editore, 2004-2005, p. 973. Também existiram outras tentativas de codificação da legislação civil, no entanto menos célebres, do que o Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas. Foram ainda tentativas no período imperial: a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881) que acabaram barradas pela rejeição do Ministério da Justiça e do parlamento.

européu eram completamente distintas das circunstâncias brasileiras. A independência brasileira e as propostas da política liberal do Império eram completamente vazias de um conteúdo ou de uma ideologia revolucionária capaz de romper com as tradições, organizações sociais e com a herança jurídica do período colonial. Em geral as propostas de mudanças políticas e legislativas assumiam um caráter conservador.

As fontes jurídicas do Império brasileiro não consumaram as premissas do iluminismo jurídico europeu, nem as demandas da cultura jurídica revolucionária francesa. A lei nacional não se tornou a fonte exclusiva do direito, tão pouco houve uma ruptura social e jurídica com um o antigo regime português. Por essa razão, é possível afirmar que, sobretudo no âmbito do direito civil, foram preservadas as complexidades e os meios descentralizados das fontes do direito, como o direito romano, as Ordenações Filipinas, os costumes e a doutrina do *ius commune*, como as glosas de Acúrsio e os comentários de Bártolo.

Em geral, outras causas para a frustração da codificação civil são apontadas pela História do Direito. Dentre elas, destaca-se a hipótese da ausência de uma tradição culta e doutrinária logo após a independência do Brasil. Essa carência de uma classe de juristas letrados teria impedido que fossem promovidas discussões sobre a promulgação de um código civil. Um outro argumento baseia-se na tese de que os juristas brasileiros da segunda metade do séc. XIX sofreram uma maior influência da Escola História Alemã, contrária ao movimento das codificações, do que propriamente da doutrina francesa.

Em meados dos anos 50 do séc. XIX, o jurista Augusto Teixeira de Freitas foi escolhido pelo governo imperial para proceder com a codificação civil. O ato encomendado não estava envolvido em um ambiente revolucionário ou de ruptura. Tratava-se de um trabalho intelectual que exigia a atenção técnica de um jurista ilustrado. No entanto, Teixeira de Freitas propôs uma outra tarefa a ser realizada antes do código civil: a realização de uma Consolidação das Leis Civis. Um trabalho, na verdade, de sistematização da complexa e labiríntica legislação brasileira.

A Consolidação das Leis Civis não era propriamente um código, ela não estabelecia um direito novo. A sua função era a de mostrar o último estado da legislação. Embora sua provocação tenha origem em alguns postulados e características das codificações do séc. XIX, como a redução

das normas a preceitos concisos e claros e a sistematização das leis no corpo de um documento legislativo, ela se tornou uma forma “de difusão e seleção da complexidade do direito civil”²⁴⁶.

A forma da Consolidação procurava reduzir a multiplicidade das fontes legais em enunciados claros e concisos. Essa era uma novidade em relação ao sistema das Ordenações Filipinas. Com base em um esforço sistematizador, a Consolidação foi dividida em uma parte geral e outra especial. Em muitas ocasiões a Consolidação acabava servindo como um código e teve ampla circulação. Apesar disso, a sua função ideológica foi bastante distinta daquelas com as quais as codificações europeias estavam envolvidas.

CONCLUSÃO

O contexto no qual se insere a cultura jurídica brasileira ao longo do séc. XIX é um ambiente de muitas permanências no plano das fontes jurídicas. A frustração dos esforços codificatórios na esfera do direito civil pode ser compreendida como o resultado de uma forma de resistência da elite latifundiária brasileira na criação de um direito novo para a regulação das relações privadas. Por meio do regime do *favor*, a classe dos latifundiários exerceram controle sobre as propostas políticas e legislativas do Império. Os intelectuais, juristas, advogados e políticos brasileiros, ao longo do séc. XIX, a despeito de sua liberdade, encontravam-se numa situação de dependência direta ou indireta dos latifundiários.

No séc. XIX, apesar da previsão da Constituição do Império, não foi promulgado um Código Civil. O projeto codificatório, assim como a ideologia liberal, o iluminismo jurídico e centralização do Estado, foi recepcionado com um sentido próprio, diverso daquele gestado no âmbito da cultura revolucionária europeia, particularmente francesa. O advento da Consolidação das Leis Civis, ainda que absorva algumas tendências das codificações do séc. XIX, adquiriu um sentido próprio. Através dela, o sistema de fontes do antigo regime português continuaram em vigor. De nenhum modo, ela pode ser vista como uma tentativa do Estado no sentido de impor autoritariamente uma regra às relações privadas dos cidadãos. Ao contrário, ele pretendia sistematizar um direito já existente. Ou seja, mais do que um projeto revolucionário, os primeiros passos em direção de uma codificação civil acabaram permitindo a manutenção de uma ordem jurídica pré-moderna.

²⁴⁶ BARBOSA, Samuel Rodrigues. “Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação”. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (org); SEELAENDER, Airton Cerqueira (org). **História do direito em perspectiva: Do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 369.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: O bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

CAPPELLINI, Paolo. **Sistema jurídico e codificação**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.

CAPPELLINI, Paolo (org); SORDI, Bernardo (org). **Quaderni fiorentini: Per la storia del pensiero giuridico moderno**, 61, 26-28 di ottobre, Milano: Giuffrè Editore, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: A elite política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAVANA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: Le fonti e il pensiero giuridico**. Milano: Giuffrè Editore, 1982.

COSTA, Pietro. **Quaderni fiorentini: Per la storia del pensiero giuridico moderno**, 33-34, Milano: Giuffrè Editore, 2004-2005.

_____. **Quaderni fiorentini: Per la storia del pensiero giuridico moderno**, 35, Milano: Giuffrè Editore, 2006.

DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **A interiorização da metrópole e outros estudos**. São Paulo: Alameda, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio (org). **Lo Stato moderno in Europa: Istituzioni e diritto**. 3^a ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo (org); SEELAENDER, Airton Cerqueira (org). **História do direito em perspectiva: Do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

____. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCHWARTZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas:** Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades: Ed. 34, 2000.

A PROBLEMÁTICA DAS LACUNAS DO DIREITO NO PENSAMENTO INSTITUCIONALISTA DE SANTI ROMANO²⁴⁷

Felipe Faria Ramos

1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. Desconstruindo um mal-entendido; 2.2. *O Espaço Jurídico Vazio* - o campo do juridicamente irrelevante; 2.3. Lacunas Institucionais; 2.4. Conclusão; 3. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto investigar como a posição institucionalista de Santi Romano encara a clássica questão das lacunas do direito, indicando o modo por que o autor, nesta questão, vai de encontro à tendência moderna de identificação entre o fenômeno jurídico e a norma estatal, ainda quando, em vias gerais, aquiesça com a tese da completude do ordenamento jurídico estatal.

Partindo da identidade romaniana – direito = instituição –, as presentes páginas, assim, tencionam explicitar a independência entre dois aspetos do pensamento do pensador italiano: a) o caráter, antes de normativo, essencialmente institucional do fenômeno jurídico, o que, no mesmo autor, implica a pluralidade de instituições; e b) a defesa da inexistência de lacunas legais dentro do ordenamento estatal.

2. Desenvolvimento

2.1. Desconstruindo um mal-entendido

A fim de cuidar da temática, de rigor, neste primeiro momento, separar duas posições que, se de alguma forma podem parecer intrinsecamente ligadas, não trazem consigo, de fato, nenhum elemento de necessidade, podendo muito bem encontrar-se apartadas dentro de um pensamento jurídico, muito embora quase sempre apareçam como que unidas.

Trata-se do monismo jurídico – identificação necessária entre direito e Estado – e do dogma da completude jurídica do ordenamento estatal - posição para a qual o somatório daquelas mesmas

²⁴⁷ Felipe de Farias Ramos, acadêmico do Curso de Pós-Graduação – Programa de Mestrado – da UFSC.

normas estatais daria conta de resolver todo e qualquer problema efetivamente jurídico que eventualmente viesse à tona.

Realmente, é bastante evidente a posição marcada, neste passo, pela Escola da Exegese²⁴⁸, que, embaralhando aqueles dois aspetos, defendia ao mesmo tempo o monismo jurídico e a completude da lei, a propugnar, numa admiração incondicional à codificação francesa de 1804, que Direito significava somente norma estatal, e que essa (ou seu somatório) seria capaz de dar conta de toda e qualquer questão jurídica.

De outro lado – ainda sem maiores preocupações com a distinção aqui propugnada -, convém chamar a atenção para a posição tomada pela escola do Direito Livre, que, nas idéias de autores como Gèny²⁴⁹, combatia ambas as posições da Escola da Exegese, debatendo-se, ao mesmo tempo, contra o “estatismo jurídico” e o dogma da completude, defendendo a possibilidade de um direito criado para além do texto legislado, premissa teórica que derrubava, a um só turno, tudo quanto abraçado pelos teóricos da Escola da Exegese.

Tais coincidências, porém, não podem servir para embaralhar o foco de análise do teórico, porquanto não é inverossímil que, mesmo pluralista, determinada corrente do pensamento jurídico possa sustentar que a normatividade jurídica estatal seja, em si, completa. Isto é, nada há que impeça a defesa simultânea de uma ordem estatal completa e da existência de outras instituições igualmente geradoras do fenômeno jurídico.

É exatamente, na esteira do pensamento de Bergbohm²⁵⁰, esse o pensamento romaniano.

2.2.O Espaço Jurídico Vazio²⁵¹ - o campo do juridicamente irrelevante

Partindo da premissa de que o institucionalismo romaniano implica uma concepção pluralista do fenômeno jurídico²⁵², a perspectiva do autor italiano desvia-se daquelas até agora

²⁴⁸ Para um estudo mais panorâmico acerca desta corrente do pensamento jurídico, veja-se: HESPANHA. Antônio Manuel. Cultura Jurídica Européia. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 376/381.

²⁴⁹ GÈNY. F. Método de Interpretacion y Fuentes em Derecho Privado Positivo. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 158/181. Acerca da escola do Direito Livre, observe-se ainda: LARENZ. K. Metodologia da Ciência do Direito. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 77/83.

²⁵⁰ BERGBOHM, C. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Leipzig, 1892.

²⁵¹ Diante a inexistência de uma nomenclatura mais adequada, utiliza-se aqui expressão de Bobbio: BOBBIO. Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. trad. Maria Celeste C.J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 127.

²⁵² Ora, parece claro que quando se encara o direito deste modo: “[...] o Direito, antes de ser norma, antes de referir-se a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente, e que para ele constitui-se como unidade, como um ser existente por si mesmo. (ROMANO. S. O Ordenamento Jurídico. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 78), pareça evidente que seja “[...]”

mencionadas, à proporção que sustenta - a ultrapassar, não obstante, o monismo jurídico - a completude mesma do ordenamento estatal.

Firme na premissa, desde sempre negada pela Modernidade Jurídica²⁵³, da necessária limitação dos ordenamentos jurídicos conforme os seus respectivos fins²⁵⁴, a posição romaniana concernente à matéria é então pontual: limitada a seus fins, a instituição estatal²⁵⁵ é, exatamente naquele âmbito, completa, dispondo o intérprete de meios para, de alguma forma, fazer sanar alguma imprecisão ou lacuna derivada de lapsos do legislador, responsável pelos contornos normativos – sempre secundários - do direito (e então lacuna aparente é o que, realmente, existirá)²⁵⁶; tal arranjo, todavia, não impede o jurista de reconhecer searas absolutamente irrelevantes para o direito estatal, cadinhos estes a que, definitivamente, a instituição do Estado não

possível deduzir o princípio segundo de que existem tantos ordenamentos jurídicos quantas são as instituições.” (Ibid., p. 137).

²⁵³ Aqui, a abrangência “universal” do Direito estaria justificada no princípio, de color sabidamente liberal, segundo o qual tudo quanto não proibido estaria juridicamente permitido – a chamada “permissão positiva” (KELSEN. H. Teoria Pura do Direito. Trad. João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17/18). Autor este último, expoente mor do positivismo normativista, para o qual, tecnicamente, não haveria razão para admitir a existência de uma efetiva lacuna do direito visto que, em casos de inexistência de norma jurídica aplicável à espécie posta à apreciação, “não é possível, nesse caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito” (Ibid., p. 273). Trata-se, para o mesmo autor, de uma questão de política jurídica: “vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma ‘lacuna’ só é presumida quando a ausência de tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica, e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica [...] Porém, a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser considerada como não equitativa ou desacertada não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou ao acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma tal norma [...] A isto acresce que o juízo segundo o qual a ausência de uma norma jurídica de determinado conteúdo vai contra a equidade ou é desacertada representa um juízo de valor altamente relativo que de forma alguma exclui um juízo de valor oposto. (Ibid., p. 274). Sendo assim, tudo se resolveria para Kelsen no âmbito político, onde, para afastar a possibilidade de o aplicador da lei sempre entender como injustificável a ausência ou a presença de determinado dispositivo legislado, o legislador, para limitar aquele avanço dos intérpretes, “recorre a ficção de que a ordem jurídica vigente, em certos casos, não pode ser aplicada – não por uma razão ético-política subjetiva, mas por uma questão lógica objetiva -, de que o juiz somente se pode fazer de legislador quando o direito apresenta uma lacuna. (Ibid., p. 276).

²⁵⁴ Isto é, para o autor, mesmo que o Direito estatal - instituição ademais de fins gerais/ilimitados - possa pretender incidir por sobre toda e qualquer manifestação humana, tal se revela impossível, na exata certeza de que “É necessário, contudo, tentar não considerar que, segundo uma opinião muito difundida, o ordenamento jurídico do Estado compreenda todas as manifestações da vida individual que não sejam pela própria natureza insuscetíveis de serem consideradas direito. O Estado não é, nem mesmo sob este aspecto, um ente universal, e, quando se afirma que ele tem fins gerais, isso significa que eles não são positivamente e singularmente determinados, e que, abstratamente e potencialmente, são sempre capazes de estender-se mais [...]” (Romano, 2008, p. 164).

²⁵⁵ Uma precisa caracterização do Estado segundo a perspectiva romaniana – Estado entendido como “a ordenação jurídica territorial soberana” - encontra-se em: ROMANO. S. Princípios de Direito Constitucional Geral. trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 92.

²⁵⁶ “*Si è tal volta sostenuto che una vera e propria lacuna può darsi in quei casi che, da una parte, sono giuridicamente rilevanti perchè contemplati dall’ordinamento, che per essi ha una norma, ma che, dall’altra parte, non sono da questa regolato compiutamente, nel senso che qualche loro elemento resti indeterminato, per incompletezza della volontà legislativa. Sembra però che questa ipotesi sia irreal. Anzi tutto, siffatta indeterminazione di solito sarà soltanto aparente e rimediabile con la tecnica interpretativa.* (ROMANO. S. Osservazioni Sulla Completezza dell’Ordinamento Statale. In _____. Lo Stato Moderno e La Sua Crisi. Saggi di Diritto Costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969, p. 180).

alcança, e que, por isso mesmo, poderão ser regrados objetivamente por outro ordenamento, igualmente jurídico, que não o propriamente estatal.

Vale dizer, onde a instituição estatal, conforme suas finalidades, atua – seja de modo inequivocadamente expresso, seja por força da atuação do jurista que, ainda com olhos voltados àquelas finalidades, lança mão de um procedimento hermenêutico (é ainda no campo da interpretação que ele se encontra) para retificar possíveis lapsos do legislador (com base, por exemplo, nos princípios gerais de direito, na analogia *legis etc*) -, ela traz consigo contornos completos e acabados²⁵⁷; mas, naqueles campos absolutamente apartados daquela zona de interesse do Estado, o que existe é um *locus* que pode, ou não²⁵⁸, ser regido por contornos jurídicos absolutamente distintos do estatal²⁵⁹.

Tratar-se-ia de um campo irrelevante do ponto de vista do ordenamento estatal, onde dita liberdade – liberdade que adviria daquela mesma “permissão negativa” – não teria um caráter efetivamente jurídico – ao menos quando se analisa somente a instituição estatal. E isso seria de fácil conclusão sobremodo quando ao lado da “permissão negativa” supostamente dada a um determinado atuar for de encontro igual “permissão negativa” concedida a atuação que consistisse em barrar aquele mesmo proceder²⁶⁰.

²⁵⁷De perceber que, sendo o italiano um positivista, também este último reprova a chamada a lacuna de *ius condendum*, isto é, aquela advinda de valorações morais/políticas do intérprete: *In rapporto all'ius condendum, si potranno notare le sue eventuali imperfezioni, la sua eventuale inadeguatezza ai bisogni sociali, alle esigenze della civiltà, ai principi della giustizia astratta. Ma questo rimprovero, che, essendo tutte le cose umane sempre perfettibili, si potrebbe muovere ad ogni e qualsiasi ordinamento, non ha senso quando si rimanga nel terreno del diritto positivo. Il quale è quello che è, comprende nel suo ambito le materie che comprende, ne esclude le altre, senza che per tale esclusione possa dirsi incompleto. E se una data matéria è presa da esso in considerazione soltanto in parte, ciò vorrà dire che è per il resto giuridicamente irrelevante, il che è perfettamente possibile e tutt'altro che infrequente.* (Romano, op. cit., 1969, p. 175).

²⁵⁸ O próprio Santi Romano aponta para situações fáticas que, não reguladas pelo ordenamento estatal, não engendrariam instituição alguma: “de qualquer modo, por mais que se queiram adotar critérios muito simples e pouco desenvolvidos de sociedade, não acreditamos que se possa chegar até encontrar fenômeno jurídico em todos os “estados de convivência humana” (Romano, op. cit., 2008, p. 84).

²⁵⁹ “*Poichè, ci sono materie giuridicamente irrilevanti è perfettamente naturale che per esse non si abbiano e non si debbano avere norme giuridiche. Anzi, rovesciando questa proposizione, essendo quelle materie costituite precisamente da casi per cui non ci sono norme, la mancanza di norme non signifca altro che se tratta per l'appunto di rapporti o di azioni che l'ordinamento statale ha escluso dalla sua sfera: il che, in altri termini, vuol dire che potrà parlarsi di limitazione dell'ordinamento medesimo, ma non già di lacune. Quando una norma esiste, si avrà che una data azione sara o imposta, o vietata, o permessa; nell'ipotesi contraria, l'azione non asusmerà nessune de queste ter figura, e quindi non sarà nemmeno lecita e neanche illecita, sarà giuridicamente irrelevante, e, come tale, rientrerà nel campo delle libertà, non giuridiche, ma soltanto di fatto.* (Romano, 1969, p. 177/178).

²⁶⁰ “Pode-se dar que o ordenamento jurídico do Estado, por um lado, não proíba cada um de seus súditos (assim como não impõe) uma atividade, que conseqüentemente permanece livre, mas, por outro lado, não proíba nem mesmo aos sujeitos que restem exercer uma atividade contrária à primeira. O ordenamento jurídico do Estado, no referido caso, fica indiferente perante o desenvolvimento de duas atividades que se contrastam e não podem, portanto, ser consideradas como objeto de verdadeiros direitos. (Romano, 2008, p. 218).

Então – as hipóteses são declinadas pelo próprio autor italiano²⁶¹ -, o próprio modo pelo qual o *dominus* exerce seu poder de propriedade, isto é, o modo pelo qual ele usa a coisa ou dela goza, a maneira pela qual o detentor do poder familiar o exerce em relação aos filhos, a forma pela qual se regulamenta a disciplina num colégio privado ou numa casa privada de cura; todas elas – enquanto não ocorrerem fatos que, abusivos, são de alguma forma objeto de regulação pelo ordenamento estatal - são exemplos não de uma permissão negativa, não de uma liberdade concedida negativamente pelo Estado, mas de uma zona de liberdade “de fato” para a qual este último não volta suas atenções, num espaço fora do alcance do direito estatal.

Também o poder-dever que recai sobre o juiz, injungindo-o a julgar qualquer *quaestio* que se lhe apresente – conforme o que se contém no art. 126 do CPC brasileiro – sem que lhe seja dado silenciar com base na ausência de lei; mesmo ele não tem o condão de contradizer as idéias do autor italiano, já que dele há de desvencilhar-se o juiz que, julgando improcedente o pedido, fizer por negar este último sob o fundamento de que a causa de pedir posta a cotejo encontra-se numa zona que, considerado o ordenamento estatal, não possui relevância jurídica alguma, sem possuir, portanto, força jurídica para gerar a obrigação sustentáculo do requerimento.

2.3.As Lacunas “Institucionais”

Se, do ponto de vista normativo, é impossível pensar numa verdadeira lacuna do direito estatal a partir do pensamento romaniano, tal já não se dá quando se destrinça o particular institucional daquela mesma figura, pois, neste caso, é possível que a ausência de uma instituição formadora da organização estatal (que, assim, lhe é maior) gere uma verdadeira “lacuna institucional”.

Nesses casos – grande parte deles de direito público, onde o caráter institucional do fenômeno jurídico se revela incontinentemente -, o que se tem é inexistência de um elemento institucional que é parte do Estado, circunstância esta que, só então, dá ensejo a uma lacuna. Realmente – a analogia aqui é do próprio autor italiano²⁶² -, como se passa com um edifício que tem abalada sua estrutura pela falta de um elemento fundante seu, também a instituição estatal pode encontrar-se claudicante perante a inexistência de uma instituição que lhe dá base. Assim se dá, v.g., quando ausente o titular da Coroa num Estado Monárquico, ou quando o corpo eleitoral, por período de tempo considerável, não se reúne no quórum mínimo para eleição dos representantes

²⁶¹ Romano, op. cit., 2008, p. 214/215.

²⁶² Romano, 1969, p. 181/182.

num Estado de forma democrática *etc.*; ocasiões em que aquela ausência, muito antes de estar num nível de “dever-ser” (*ius condendo*), diz com a própria concretude da instituição estatal, tornando-a, deste modo, incompleta.

Perceba-se que, aqui, se está num momento anterior ao normativo, porquanto, mesmo quando existam normas que regulem aquelas mencionadas ausências, persistirá a lacuna enquanto no campo fático elas não forem solvidas. Ou seja, no nível propriamente institucional – em que faltantes organizações essenciais ao Estado – muito mais do que o contexto normativo, é a ordem fática que, de resto sempre determinante, há de prevalecer²⁶³, a bem revelar que a essência do fenômeno jurídico encontra-se em momento anterior aquele de contornos normativos.

Então, eventual presença de normas que cuidem daquelas circunstâncias em nada relacionam-se com efetivas lacunas²⁶⁴: se existirem ditas leis, lacuna haverá enquanto elas não forem faticamente respeitadas²⁶⁵; caso elas não existam²⁶⁶, devem ser tidos como juridicamente irrelevantes os modos por que, faticamente, serão elas resolvidas, sem que sejam permitidos ou proibidos pelo ordenamento claudicante. Nesse momento, serão por certo as forças políticas que terão proeminência, num estágio em que o jurídico – considerado o anterior ordenamento – não tem vez nem voz, descabida que se revela, agora neste passo transitório²⁶⁷, a aplicação da regra negativa segundo a qual tudo que não seja proibido está expressamente permitido.

3. Conclusão

²⁶³ A prosseguir a analogia inicialmente talhada – continua Santi Romano -, um edifício que tenha sua estrutura abalada pela destruição/ausência de algum elemento que lhe é básico, para fins de resolver tal ausência precisará, muito mais do que um projeto de reestabelecimento, da efetiva concretização deste último, sem a qual aquela falta permanecerá. Da mesma forma, mais o que o arranjo legal, decisiva para a solução da mencionada lacuna é própria efetivação das prescrições legais aplicáveis aos casos citados: *Dal punto di vista istituzionale, la lacuna c'è, se l'ordinamento resta privo di una sua parte integrante, che continua ad essere giuridicamente necessaria per esso. E – si noti bene – la lacuna c'è, anche quando esista una norma per rimediarsi, finché coloro che ne hanno, in baste a questa, il potere non provvedono effettivamente a reintegrare o sostituire l'istituzione caduta. Non è infatti la semplice esistenza di questa norma che può far le veci dell'istituzione, la cui mancanza produce la lacuna: perchè questa ultima scompaia, è necessario che l'istituzione risorga o le alte si modifichino in modo da poter fare a meno della prima.* (Romano, op. cit., 1969, p. 184).

²⁶⁴ De fato, se assim não fosse, novamente se estaria a lançar mão de premissas indesejadas pelo autor, que rejeita a identidade: lacuna do direito como ausência de texto legislado.

²⁶⁵ Salvo a instauração de um novo ordenamento jurídico, cujo nascimento, “ilegal” conforme os rigores do precedente, faz gerar uma nova realidade jurídica, a englobar aquela outrora existente.

²⁶⁶ Dita ausência só a título de “como o direito deveria ser” pode ser entendida como lacuna: *“Potrà deplorarsi che il diritto positivo si sia astenuto dal dettare disposizioni in questa matéria abbandonandola al gioco delle forze politiche e alle incertezze che ne derivano; ma, ad ogni modo, questa sua imperfezione de iure condendo – che de resto, talvolta, potrebbe giustificarsi con buoni motivi di opportunità, giachhè non sempre giova regolare ciò che presumibilmente potrà avvenire in in lontano futuro – non autoriza a dire che ci sia una lacuna de iure condito, che é quel è, sia per dimenticanza del legislatore, sia per un suo meditato proposito.”* (Romano, op. cit, 183).

²⁶⁷ Acerca dos contornos jurídicos dos movimentos revolucionários, confira-se o pensamento do autor em: ROMANO. Santi, *Frammenti de un Dizionario Guiridico*. Milano: Giuffrè, 1953, 231/235.

Seguindo os contornos ora expostos, Santi Romano faz aplicar sua teoria institucional à conhecida questão das lacunas do direito. E assim o faz – positivista que é – endereçando críticas tanto aqueles que pretendem vincular ontologicamente o Direito ao Estado, quanto aqueles que tratam dita questão para além dos limites de um Direito objetivo.

Sua posição, se por um lado reforçava a completude da ordem estatal, assim o fazia de modo crítico e, portanto, algo refinado: ao mesmo tempo em que se fechava a possíveis critérios não positivos para o esclarecimento da questão (zona cinzenta em que, inadvertidamente, vinha a estacionar a Escola do Livre Direito), assegurava a vitória de uma concepção que tinha plena noção da crise estatalista que então vicejava, límpida que estava em seus horizontes a figura do Estado como um gigante destronado incapaz de ter em conta toda a efervescência jurídico-social do início do séc. XX.

A figura da “lacuna institucional”, nesse passo, é bastante representativa da descrença nesse caráter totalizante do direito forjado pelo legislador, a bem revelar que, independentemente da vontade dos juristas, o fenômeno jurídico, mesmo na sua ausência, faz sentir-se para além do estatualismo, tendo sua essência forjada objetivamente no campo do ser. Realidade esta última que, se não nega sua posterior normatização, faz relativizá-la, a demonstrar, também no que toca às lacunas do direito, que o fenômeno jurídico não é fruto de certa abstração normativa mas tem profundas raízes no devir social, na experiência histórica, num concerto de fatos que, enfim, não se deixa domesticar plenamente pelos esforços legiferantes.

4. Referências

BERGBOHM, C. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892

BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Maria Celeste C.J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999;

GÈNY, F. *Método de Interpretacion y Fuentes em Derecho Privado Positivo*. Granada: Editorial Comares, 2000;

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009;

ROMANO. S. *Frammenti de un Dizionario Guiridico*. Milano: Giuffrè, 1953;
_____. *O Ordenamento Jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008;
_____. *Lo Stato Moderno e La Sua Crisi*. Saggi di Diritto Costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969;
_____. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

NELSON HUNGRIA E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940

*Gabriel Videira Silva*²⁶⁸

Resumo:

O Código Penal outorgado em 1940, durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas (1937-1945) constitui-se como uma grande inovação para o Direito Penal brasileiro, uma vez que visava a profissionalização e a tecnicização jurídica. Nelson Hungria, por ser adepto do tecnicismo jurídico-penal, aparece então como o principal responsável pela reforma penal que deu origem a este Código, realizada pela comissão técnica nomeada pelo Ministro da Justiça Francisco Campos. A busca por referências em códigos técnico-jurídicos de outros países, realizada através da participação em congressos e associações internacionais de penalistas, exerceu um papel muito importante para a organização do Código Penal de 1940. Dentre os códigos penais estrangeiros que influíram nesta codificação, o principal foi o Código Rocco italiano de 1930, elaborado durante o governo fascista.

Palavras-chave: Nelson Hungria – Código Penal 1940 – história do direito.

Promotor Público (Pomba, MG), Delegado de Polícia (antigo Distrito Federal), Juiz Federal (8º Pretoria Criminal do antigo Distrito Federal, nomeado por decreto de 12 de novembro de 1924, Juiz de Órfãos e da Vara dos Feitos da Fazenda Pública.), Desembargador (1944), Corregedor, membro substituto (25/07/55) e efetivo (23/01/57) do Tribunal Superior Eleitoral (presidente de 09 de setembro de 1959 a 22 de janeiro de 1961), Ministro do Supremo Tribunal Federal nomeado por decreto no segundo período presidencial de Getúlio Vargas (1951-1954), em 29 de maio de 1951, para a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Annibal Freire da Fonseca, ocupou o cargo até aposentar-se em 1961.

Este foi o jurista Nelson Hungria Hoffbauer, um mineiro nascido em 1891 (Além Paraíba) e falecido em 1969, no Rio de Janeiro, que fez história como penalista. Professor livre docente da cátedra de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito, participou ativamente da elaboração do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei das Contravenções Penais e da Lei de Economia Popular.

Inicialmente pensado como um instrumento simplificador e aglutinador das emanações em matéria de direito, as codificações uniformizariam e cristalizariam em um único e sistemático documento todo o conteúdo anteriormente disperso em doutrinas, jurisprudências, leis esparsas,

²⁶⁸ Graduado em História pela Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestrando em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Membro do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica Ius Commune (UFSC/CNPq).

costumes. Contudo, o que se verifica no mundo dos fatos é que os códigos de leis, desde o final do século XIX, tornaram-se artefatos técnicos cujos destinatários privilegiados acabaram por serem os próprios juristas, operadores do direito. Não que a população de uma maneira geral não fosse impactada com as determinações e regulamentações dos códigos de leis. Muito pelo contrário, tendo em vista que todos, indiscriminadamente, estavam juridicamente subordinados a tais imposições. Mas acontece que, quando de uma análise criteriosa, é perceptível que as codificações tinham como receptor efetivo aqueles indivíduos especialistas que estavam familiarizados com as particularidades técnicas do direito, os juristas. No Brasil, apesar de esforços empreendidos na Primeira República, apenas no governo de Getúlio Vargas a profissionalização, burocratização e tecnicização jurídica toma forma propriamente.

Justamente por ser adepto do tecnicismo jurídico-penal que Nelson Hungria foi alçado à posição de principal integrante da comissão técnica que levou a cabo a reforma penal brasileira de 1940, portanto, em pleno período ditatorial de Getúlio Vargas, conhecido como Estado Novo, o qual perdurou de 1937 a 1945. Lembrando que de 1930 a 1937 o Brasil também estava sob o governo varguista, mas com feições não propriamente autoritárias a ponto de constituir uma ditadura.

Contudo, Heleno Fragoso afirma que, apesar de ter sido outorgado durante um regime ditatorial, o Código Penal de 1940 “incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal”.

Além disso, é importante destacar que o Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940, instituidor do Código Penal brasileiro de 1940, foi emanado em plena Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e, à exceção da parte geral que sofreu reforma em 1984 (até artigo 120), não foi expressamente revogado ainda.

O Código Penal teve projeto originado no executivo, e esta é uma especificidade interessante, tendo em vista que o Brasil vivia em período do Estado Novo. Ditadura esta a qual propunha transformar a sociedade brasileira através das providências não de uma entidade divina, mas sim de um homem, Getúlio Vargas, o líder da Revolução de 1930 que era a face maior de uma parcela de brasileiros que aspiravam por reformas institucionais, políticas e sociais que tocavam na dinâmica e funcionamento do Estado. Assim sendo, é crível afirmar que se vivia uma conjuntura que tinha como palavras de ordem: nacionalismo (“Petróleo é nosso!”), modernização (CSN), centralização (ditadura, com o Golpe de 37), e populismo (“Pai dos pobres”).

Circunstância esta a qual possibilitou as condições para a feitura de uma nova codificação penal como substituta do Código Penal de 1890, emanado às pressas, quando do advento da proclamação da República em 1889 – antes mesmo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que foi promulgada em 1891 – e que rememorava à oligárquica “política dos governadores” (iniciada em 1898, na presidência de Campos Sales) ao qual se contrapunham.

Lembrando que quando da elaboração do Código Penal o Brasil não tinha Parlamento, contanto que foi outorgado como Decreto-Lei, ou seja, ato do Executivo subscrito pelo presidente Vargas e Francisco Campos, então Ministro da Justiça. Por isso que o Código Penal não foi uma elaboração legislativa amplamente debatida, mas sim o trabalho de uma comissão técnica ligada ao Ministério da Justiça, o qual, por sua vez, deportava-se diretamente à figura onipotente do presidente Getúlio. A argumentação legitimadora de tal medida baseava-se no suposto caráter racional, técnico e eficiente que tais comissões autônomas teriam, além da celeridade de tal procedimento, uma vez que quando tal atribuição está a cargo do legislativo, o processo político é lento e pautado por pressões e interesses particulares.

O anteprojeto de Código Penal que foi outorgado em 1940 teve início em 1938, com Alcântara Machado (professor da faculdade de Direito de São Paulo), a pedido de Francisco Campos (Ministro da Justiça). Após sua primeira escritura o mesmo foi encaminhado a uma comissão revisora, a qual após a realização do projeto final, encaminhou-a ao autor do anteprojeto que, diz-se, não teria aprovado-o de todo.

A comissão revisora era composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Antônio Vieira Braga, Narcélio de Queiroz, tendo supervisor externo Antônio José da Costa e Silva. A função de revisão do anteprojeto e organização do projeto perdurou por dois anos (1938 a 1940) e pautou-se pelo dito estudo detalhado e científico dos institutos a serem textualmente codificados ou não. Atividade técnica que foi complementada pela emanação do Código de Processo Penal de 1941, o qual entrou em vigor conjuntamente com o Código Penal em 01 de janeiro de 1942.

Processo de elaboração este que contou com uma busca por referências em códigos técnico-jurídicos de outros países, a fim de comparar e selecionar aqueles mais adequados à realidade nacional. Os congressos e associações internacionais de penalistas tiveram um papel muito importante para angariar tais informações, assim como a publicação de códigos estrangeiros em revistas especializadas brasileiras. Dentre os códigos penais estrangeiros que influíram no Código Penal de 1940, o principal foi o Código Rocco italiano de 1930 (governo fascista de

Mussolini, 1922-1943). Sofreu também, conforme Heleno Fragoso, influência o Código suíço de 1937.

Outra especificidade advinda do projeto de código penal aprovado pela comissão revisora coordenada por Nelson Hungria foi a prevalência aos “interesses de ordem coletiva, quando em conflito com os postulados da liberdade individual”. Conforme suas próprias palavras, “todo o projeto deixa[va] transparecer a preocupação de afeiçoar-se ao espírito de solidarismo do Estado Novo”, no qual os direitos individuais eram reconhecidos e tuteláveis pela lei penal, desde que estivessem em harmonia com o bem público, com o bem-estar da comunhão civil, com a ordem pública e com a paz pública. Pensamento este que pressupunha, desta feita, o indivíduo enquanto elemento inseparável da coletividade em função do todo social e o Estado enquanto agente intervencionista da prosperidade nacional, por isso a necessidade de uma burocracia estatal suficientemente apta a reprimir a criminalidade que, no entender de tal perspectiva, seria um atentado a toda a nação.

Um exemplo claro de que o Código Penal, além de pretensamente perene, também deveria abarcar apenas condutas delituosas técnicas e não políticas, foi a opção de Nelson Hungria (diferentemente do Código Rocco italiano que influenciou em muito nosso Código Penal) de manter os crimes políticos em lei ordinária (Lei de Segurança Nacional, 1935) a fim de possibilitar modificações céleres em caso de necessidade (característica ausente nos códigos), além de enquadrá-los como uma espécie de delito particular, uma vez que o código seria o *locus* máximo das legislações penais, enquanto que as leis esparsas seriam destinadas a temas não passíveis de uma racionalização estabilizadora.

Enfim, o tecnicismo jurídico-penal característico do Código Penal brasileiro de 1940, segundo o próprio Nelson Hungria, seria “o estudo sistemático, a exposição rigorosamente técnica do direito penal deduzido da legislação do Estado”, portanto, próprio do jurista de perfil técnico-jurídico. Pois, somente com uma escrita clara, límpida e precisa a ciência do direito penal contribuiria para a efetiva aplicação das leis penais nos tribunais, contanto que, para ele, “a filosofia penal e a política criminal deveriam se limitar à “explicação ou justificação dos fundamentos e critérios éticos ou políticos do direito penal vigente”.

É interessante observar também que os próprios destinatários privilegiados do Código Penal de 1940, os operadores do direito, também precisaram adaptar-se a esta nova tendência técnica de defesa do social por meio de revistas jurídicas especializadas cujas publicações abarcavam tanto doutrinas quanto decisões dos tribunais, congressos (nacionais e internacionais),

associações (nacionais e internacionais), tendo em vista que estes juristas tinham construído sua trajetória na lógica liberal anterior tão combatida.

Além do mais, nos dizeres do próprio Nelson Hungria, em entrevista concedida em 1941, “o novo código deposita uma enorme confiança nos juízes. Confere-lhes um amplo arbítrio, e a excelência ou insucesso dos novos critérios depende deles. Estou, porém, absolutamente certo de que os nossos magistrados demonstrarão, mais uma vez, a rara eficiência e acerto da atuação do poder judiciário no Brasil”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HUNGRIA, Nelson. A autoria intelectual do Código Penal de 1940. In: _____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. _____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. A evolução do direito penal brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, jul.1943.

_____. O Direito Penal no Estado Novo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Fev. 1941.

_____. Pragmatismo e direito penal [1934]. In: _____. **Questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940a.

_____. O tecnicismo jurídico-penal. In: _____. **Questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940b.

_____. Introdução à Ciência Penal. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, outubro 1942.

ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DE UM DIREITO PENAL INTERCULTURAL NA AMÉRICA LATINA

Guilherme Ricken²⁶⁹

Resumo: O presente artigo visa exibir alguns elementos para a compreensão de um Direito Penal de matriz intercultural na América Latina. Assim, por intermédio da análise de um novo movimento jurídico-político colocado em prática no subcontinente, o constitucionalismo intercultural e plurinacional, mostrar-se-ão as possibilidades para a concretização de uma juridicidade emancipatória em relação aos variados grupos culturais presentes nos países da região, notadamente os povos indígenas originários. Para tanto, serão apresentados os elementos norteadores de um Direito Penal comprometido com a alteridade e a tolerância, apto a resolver conflitos emanados da singular realidade étnico cultural latino-americana.

Palavras-chave: Direito Penal; Criminologia; Constitucionalismo latino-americano; interculturalidade.

Abstract: The present article aims to exhibit some elements in order to provide a better understanding of an intercultural criminal law in Latin America. Through the analysis of a new legal and political movement put into practice in the subcontinent, the intercultural and plurinacional constitutionalism, it will be showed the possibilities to the achievement of an emancipatory legality concerning the various cultural groups founded in the countries of that region, specially the indigenous peoples. To make this possible, it shall be showed the guiding elements of a criminal law committed with alterity and tolerance, which will be able to solve the conflicts emerged from the unique ethnical and cultural reality of Latin America.

Keywords: Criminal Law; Criminology; Latin-American Constitutionalism; interculturality.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal funciona, notadamente após a consolidação do Estado moderno, como o mais poderoso e incisivo instrumento de intervenção do poder público na vida privada da população. Utilizando-se do máximo poder sancionador do Estado, o sistema penal molda condutas e contribui para o direcionamento social, buscando atingir os fins – oficiais ou latentes – colimados pelo legislador.

Na América Latina, a ciência penal foi fundada sob bases eminentemente eurocêtricas, tendo o pensamento local pouco contribuído para o seu desenvolvimento. As elites coloniais – e mesmo aquelas que as sucederam no período pós-independência – importavam todo o saber jurídico

²⁶⁹ Acadêmico do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista PIBIC / CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica – GPAJU (CCJ/UFSC). Integrante do grupo de estudos em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune* (CCJ/UFSC). E-mail: herr_ricken@msn.com. Trabalho orientado pela profa. Dra. Thais Luzia Colaço.

do além-mar, impedindo que o Direito das colônias pudesse contar com matrizes epistemológicas autônomas.

Com isso, o Direito Penal – assim como os demais ramos da ciência jurídica – não foi capaz de responder eficazmente às demandas particulares das nações colonizadas, especialmente no que condiz às discrepâncias culturais existentes nos territórios dotados de mesma jurisdição – muito mais amplas do que as diferenças encontradas nos países europeus.

Nesse sentido, é de salutar importância destacar o debate acerca dos novos eixos que devem vir a guiar a penalística latino-americana, baseado no constitucionalismo intercultural. Tal corrente de pensamento jurídico-político passou a ganhar espaço no subcontinente após a falência das concepções multiculturalistas, mais preocupadas com a reforma das estruturas existentes do que com a transformação e a refundação das sociedades periféricas.

Assim, o presente artigo visa mostrar as ideias que estão surgindo no sentido de superar as iniquidades que o Direito Penal apresenta ao tratar da questão das diferenças culturais. Para tanto, serão analisadas as proposições atinentes a um novo modelo de sistema penal, que se coaduna com os ditames do constitucionalismo de matriz interculturalista, de modo a conceber soluções para alguns dos dilemas mais caros às sociedades latino-americanas.

2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PLURALIDADE NACIONAL E INTERCULTURALIDADE

A América Latina viu ganhar força, na primeira década do século XXI, um movimento jurídico-político que se propunha a refundar os Estados da região, superando as estruturas de matriz estrangeira em prol de uma nova realidade social. O constitucionalismo intercultural e plurinacional, impulsionado pelas demandas de grupos nacionais tidos como marginalizados, culminou com a aprovação das Cartas Constitucionais da Bolívia e do Equador, dando impulso a mudanças nos sistemas jurídicos de tais países.

Esse novo pensar latino-americano constitui aquilo que Catherine Walsh chama de uma “insurgência epistêmica”, pois, além de enfrentar as estruturas dominantes do Estado, “coloca em

cena lógicas, racionalidades e conhecimentos distintos, que fazem pensar a sociedade e o Estado de maneira distinta”²⁷⁰.

Raquel Yrigoyen Fajardo classifica as recentes mudanças constitucionais como pertencentes ao terceiro ciclo do constitucionalismo pluralista²⁷¹, em que a Carta Magna:

*[...] no sólo plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como culturas diversas sino como pueblos que gozan de autodeterminación o libre determinación, por lo que define al Estado mismo como resultado de un pacto entre los pueblos que lo conforman, esto es, como un Estado plurinacional, intercultural y bajo los principios de un pluralismo jurídico igualitario. Así, el constitucionalismo plurinacional no sólo revisa los fundamentos del Estado configurado en el s. XIX, sino su raíz colonial misma, inscribiéndose en un proyecto descolonizador de largo aliento.*²⁷²

Essa realidade jurídica pressupõe um novo tipo de configuração estatal, condizente com uma normatividade emancipatória. Antonio Guimarães Brito, ao falar de uma teoria geral do Estado pluralista, diz que é possível pensar em três modelos de Estado: primeiramente, em um Estado-nação monista, unitário e homogêneo. Em segundo lugar, em um Estado-nação opressor, o qual, embora conte com a presença de mais de um grupo cultural, assiste à opressão das minorias. O terceiro modelo é que viria a ser o ideal do ponto de vista das relações interétnicas, pois reconheceria a pluralidade dos povos existentes e, por conseguinte, a autonomia do “outro”²⁷³.

Isso permite a oficialização do pluralismo jurídico, capaz de proporcionar uma maior satisfação aos pleitos de uma sociedade culturalmente diversificada, notadamente aos povos originários do subcontinente. Nessa forma de juridicidade, “*el sujeto titular del reconocimiento de su propio sistema de derecho (o derecho consuetudinario), autoridades (e instituciones), y jurisdicción (incluyendo los mecanismos para el control de delitos) son los pueblos indígenas*”²⁷⁴.

²⁷⁰ WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. **Tabula Rasa**. Bogotá, n. 9, pp. 131-152, jul-dez 2008. p. 134. Tradução nossa.

²⁷¹ O primeiro ciclo foi o do constitucionalismo multicultural, sendo sucedido pelo constitucionalismo pluricultural.

²⁷² FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización. Artigo apresentado no "Seminário sobre Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo" realizado nos dias 13 e 14 de abril na Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 13-14 de abril 2010. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf>. Acesso em: 14 set. 2010. p. 2.

²⁷³ BRITO, Antonio José Guimarães. **Povos indígenas e relações internacionais: a tolerância como princípio nas relações interétnicas**. 136 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 112.

²⁷⁴ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). **Pueblos Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 558. Grifos nossos.

3 DIREITO PENAL INTERCULTURAL

O pensamento penalístico latino-americano, ao longo da maior parte de sua história, pautou-se pela adesão – explícita ou velada – aos pressupostos do positivismo criminológico. Os povos colonizados foram vistos como biologicamente inferiores, portadores das características atávicas que permitiriam identificar os delinquentes através de seus traços físicos. No que condiz aos povos indígenas, o paradigma mais “tolerante” foi o da assimilação dos silvícolas à comunhão nacional, ignorando-se suas peculiaridades culturais próprias.

Dessa forma, não seria possível que a lei penal aceitasse as ideias do pluralismo, mesmo porque ela servia como um instrumento de controle dos indivíduos biologicamente inferiores. A estigmatização era a regra, sendo que ainda hoje os tribunais de países latinos resistem em permitir que grupos culturais singulares apliquem suas próprias sanções dentro da comunidade, mesmo havendo previsão legal para tanto²⁷⁵.

A transformação das presentes estruturas dos sistemas penais latino-americanos perpassa por questões caras à teoria do Direito tradicional, monocultural e eurocêntrica. A tradição jurídica legada aos países colonizados impede que se pense o Direito Penal a partir das reais necessidades das nações subalternas, fazendo, portanto, com que seja exigida uma ruptura paradigmática com os modelos postos.

Zaffaroni entende que o Direito Penal das sociedades pluriculturais deve guiar-se por alguns princípios gerais conformadores do poder punitivo estatal. Para o jurista argentino, as variáveis culturais, que existem não somente a nível regional, mas também nos espaços urbanos, devem impôr à lei penal mecanismos que permitam ao juiz uma maior flexibilidade para a resolução dos casos concretos, superando a ideia de homogeneidade advinda da teoria do Estado liberal²⁷⁶.

Para Zaffaroni, faz-se imprescindível a adoção, pelo legislador, de instrumentos que venham a superar as falhas há muito constatadas nos sistemas penais da região. Assim, é necessário:

²⁷⁵ FAGUNDES, Guilherme Maurício Wall; ROSSOT, Rafael Bucco. Estigma racial como impulsionante dos processos de criminalização secundária na América Latina. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 43, 2005. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7042/5018>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Parte general del anteproyecto de reforma al código penal de Bolívia**: conforme a las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de la Sierra (2008) y Buenos Aires (2008 y 2009). Com los ensayos introductorios inéditos del prof. Eugenio Raúl Zaffaroni. Disponível em: <<http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/BOLIVIA/Bolivia%20Anteproyecto%20Parte%20General%20version%20final.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2009. p. 4.

[...] (a) *Que el código se abra con una ratificación pormenorizada de los principios consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República.*

(b) *Que lo siga una indicación acerca de que la gravedad del delito en cada caso se determina por el grado de lesión a bienes jurídicos y por el de culpabilidad del infractor, y que ninguna pena podrá exceder de la medida que indique la culpabilidad en el caso concreto.*

(c) *Que el juez deberá procurar soluciones que permitan satisfacer a la víctima cuando sea posible, y privilegiar el interés concreto de ésta por sobre la mera pretensión punitiva del estado.*

(d) *Que el juez imponer pena por debajo del límite mínimo señalado por la ley, cuando señalada por éste resulte desproporcionada con la gravedad del hecho, y que prescindirá de pena cuando la lesión al bien jurídico resulte insignificante²⁷⁷.*

A adequação às normas internacionais em matéria de direitos humanos é ligada especialmente à punição dos crimes contra a humanidade, que devem gozar de imprescritibilidade.

Maior complexidade fica reservada à questão da justiça comunitária, uma temática que ganhou maior visibilidade a partir da aprovação das recentes Constituições da Bolívia²⁷⁸ e do Equador²⁷⁹.

As punições aplicadas pela justiça comunitária não podem ser vistas sob um prisma único, mas separadas conforme suas diversas especificidades. Assim, cabe uma divisão que considera variáveis como o respeito aos direitos humanos, a tipicidade dos delitos e os erros de tipo e de proibição.

No entender de Zaffaroni, no que tange às sanções comunitárias que não violem os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, não é necessário que o Estado exerça o *ius puniendi*. Caso, contudo, haja uma desproporção entre a gravidade do delito e a pena cominada, o juiz deverá intervir e decidir o que seria mais conveniente àquele caso concreto – moderar uma sanção demasiado grave ou complementar uma insuficiente²⁸⁰.

²⁷⁷ *Ibidem*. p. 5.

²⁷⁸ “190.I. As nações e povos indígenas originários campesinos exercerão suas funções jurisdicionais e de competência através de suas autoridades e aplicarán seus principios, valores culturais, normas e procedimientos propios”. Cf. BOLÍVIA. Constituição (07 fevereiro 2009). **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2009. Tradução nossa.

²⁷⁹ “171.- As autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais com base em suas tradições ancestrais e seu direito próprio, dentro de seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres. As autoridades aplicarán normas e procedimientos propios para a solução de seus conflitos internos, e que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos reconhecimentos em instrumentos internacionais. (...)” Cf. EQUADOR. Constituição (24 julho 2008). **Constitución del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2009. Tradução nossa.

²⁸⁰ ZAFFARONI, *op. cit.* p. 5.

Quanto às sanções comunitárias que não sejam compatíveis com os direitos humanos, não há que se proteger suas aplicações. Tais punições deverão ser revistas por outros organismos de Estado e, uma vez que o indivíduo já tenha recebido a punição repudiada, não mais poderá receber uma pena pela mesma infração²⁸¹.

Em relação às condutas que não são proibidas pela cultura da comunidade, nada devem os juízes fazer caso não haja violação de direitos humanos por ausência de tutela estatal, mesmo que o ordenamento jurídico nacional tipifique as ações. Exceção é feita se a conduta afetar pessoas alheias ao grupo cultural, sujeitas à jurisdição ordinária, devendo então o Estado colaborar na busca de uma solução²⁸².

Caso a atipicidade de alguma conduta venha a afrontar os direitos humanos, deverão ser levados em consideração os erros de proibição e de tipo culturalmente condicionados. É necessário que a pena seja medida pelo grau de compreensão do infrator acerca de sua atitude, considerando se o erro era vencível ou invencível²⁸³.

As condutas não tipificadas pela legislação, mas apenadas pela comunidade, deverão ser respeitadas, salvo quando as proibições comunitárias violem os direitos humanos. Faz-se mister a análise da ocorrência ou não de erro de compreensão²⁸⁴.

Os casos de mais dificultosa resolução dizem respeito às penas comunitárias impostas contra supostos atos de magia, bruxaria e feitiçaria. Cabe nessas situações uma análise minuciosa do caso concreto, visto que a solução repousa em uma intervenção de maior alcance na comunidade, conjugando as concepções de mundo próprias do agrupamento cultural com a prevenção a condutas gravosas à paz social²⁸⁵.

Unidos a outras medidas de caráter geral – tais como a unificação das penas de prisão e reclusão, a eliminação do conceito de reincidência, a regulação da prisão preventiva pelo Código Penal, diminuir o âmbito das medidas de segurança, extirpar os tipos penais de influência estrangeira, reduzir a diferença existente entre penas cometidas com dolo eventual e culpa e acabar

²⁸¹ *Idem.*

²⁸² Conforme lembra Boaventura de Sousa Santos, é provável que muitos dos conflitos entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária acabem sendo solucionadas pelas cortes constitucionais, seguindo o exemplo colombiano. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: ILS, 2010. p. 92.

²⁸³ ZAFFARONI, *op. cit.* p. 5.

²⁸⁴ *Idem.*

²⁸⁵ *Idem.*

com o Direito Penal do autor e da periculosidade²⁸⁶ –, os elementos supracitados podem aprimorar o Direito Penal a partir de uma visão holística, trazendo mais coerência à prática jurídica e resolvendo os conflitos da maneira menos traumática possível.

4 CONCLUSÃO

Os sistemas jurídicos oficiais na América Latina foram fundados sob pressupostos epistemológicos alheios à realidade da região, ocasionando iniquidades no exercício da jurisdição estatal. O Direito Penal, ramo mais forte do poder punitivo do Estado, não escapou dessa situação, o que foi sentido em especial pelas culturas marginais, muitas vezes dissonantes em relação à racionalidade ocidental.

A partir da ascensão do constitucionalismo intercultural e plurinacional, entretanto, foi aberta a possibilidade de revisão dos marcos teóricos fundantes do Direito latino-americano. As novas Constituições Equatoriana e Boliviana aceitaram expressamente o pluralismo jurídico e as autonomias dos grupos culturais diversos, tolerando práticas insurgentes antes condenadas pelos sistemas jurídico-políticos.

Cabe agora aos legisladores, juristas e operadores do Direito decidirem se o Direito Penal adotará a nova matriz de pensamento, abrindo-se a uma possível juridicidade contra-hegemônica em relação aos povos indígenas e demais parcelas da sociedade. Estar-se-ia, assim, tomando-se o caminho de um pensamento jurídico próprio, capaz de refletir e encontrar as soluções para os problemas singulares que atingem as nações latino-americanas.

REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. Constituição (07 fevereiro 2009). **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

BRITO, Antonio José Guimarães. **Povos indígenas e relações internacionais: a tolerância como princípio nas relações interétnicas**. 136 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

EQUADOR. Constituição (24 julho 2008). **Constitución del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2009.

²⁸⁶ *Ibidem*. p. 7-9.

FAGUNDES, Guilherme Maurício Wall; ROSSOT, Rafael Bucco. Estigma racial como impulsionante dos processos de criminalização secundária na América Latina. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 43, 2005. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7042/5018>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). **Pueblos Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. pp. 537-567.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización. Artigo apresentado no "Seminário sobre Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo" realizado nos dias 13 e 14 de abril na Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 13-14 de abril 2010. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf>. Acesso em: 14 set. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: IILS, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. **Tabula Rasa**. Bogotá, n. 9, pp. 131-152, jul-dez 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Parte general del anteproyecto de reforma al código penal de Bolivia**: conforme a las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de la Sierra (2008) y Buenos Aires (2008 y 2009). Com los ensayos introductorios inéditos del prof. Eugenio Raúl Zaffaroni. Disponível em: <<http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/BOLIVIA/Bolivia%20Anteproyecto%20Parte%20General%20version%20final.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

A MALEABILIDADE DO BACHARELISMO: *incorporação da criminologia positivista como discurso retórico*

Gustavo Zatelli Correa *

Resumo: O *modus operandi* de um jurista, no séc. XIX até o início do séc. XX no Brasil, foi fortemente marcado pela eloquência e pela retórica; seguia os moldes de um saber enciclopédico, literário e jornalístico que tinha como finalidade o convencimento pela oratória. Mesmo diante de conhecimentos tipicamente científicos – e teorias que se apresentavam, em um plano ideal, como contrárias ao saber não técnico ou “pré-científico” -, o bacharel de Direito possuía brechas em que podia utilizar-se de argumentos científicos de maneira puramente retórica quando debatia perante o júri. A reação extremada do discurso jurídico proposta pelo Estado Novo procura exatamente erradicar esta postura do contexto nacional, de modo a limitar a liberdade do aplicador do direito perante as escolhas legislativas estatais

Palavras-chave: bacharelismo; retórica; criminologia positivista.

1 INTRODUÇÃO

A figura do bacharel prevalecera dominante dentro do campo jurídico durante todo o século XIX no Brasil. A faculdade de Direito era o espaço voltado para a formação cultural e política das elites. Esta formação, todavia, era muitas vezes muito mais apreendida pelo acadêmico através do *autodidatismo* do que pela orientação dos “doutos professores” a seus alunos.²⁸⁷

Percebe-se o desenvolvimento de um profissional de Direito que, diante de uma doutrina jurídica desarranjada e escassa, usava e abusava da retórica e da eloquência para distorcer idéias e argumentos (coletados dentro de uma gama de fontes jurídicas e inclusive, talvez até preferencialmente, não-jurídicas, tendo em vista que procurava convencer uma platéia nem sempre detentora de conhecimentos jurídicos).

A formação jurídica brasileira, ainda muito influenciada por Coimbra mesmo após a independência, permaneceu estreitamente ligada à tradição jusnaturalista até a primeira metade do séc. XIX²⁸⁸. A partir da segunda metade do século XIX, entretanto, um conjunto variado de idéias científicas começou a adentrar o debate intelectual brasileiro.²⁸⁹ Aos poucos, o bacharelismo entra em uma crise, evidenciada pelas constantes críticas que recebe²⁹⁰ e pela mudança no perfil do

* Graduando do curso de Direito da UFSC.
287 cf. ALVAREZ, 2008 e ADORNO, 1988.

288 ALVAREZ, p.290

289 ALVAREZ, p.291

290 cf. SONTAG, 2008

político ao longo das décadas de transição do Império para a República – do bacharel para o engenheiro ou o higienista.

2 POSITIVISMO CIENTIFICISTA E A DOCTRINA BRASILEIRA

Os impactos do paradigma cientificista logo alcançaram o âmbito jurídico, em especial, a área específica do direito penal. A criminologia positivista nasce, essencialmente, como um novo entendimento da questão penal segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo. Com o lançamento do livro “L’uomo delinquente”, de Cesare Lombroso, o positivismo criminal adentra o caminho para as discussões na área criminal.

Lombroso²⁹¹ foi o expoente da chamada escola positivista criminal, embora vários princípios da escola positivista já estivessem esparsamente esboçados em autores e trabalhos anteriores, foi ele quem organizou os pressupostos para a iniciação argumentativa em seus estudos de Antropologia criminal.

A Antropologia criminal alega que há um nexos causal-explicativo entre caracteres biológicos e psíquicos com a personalidade criminal. O delinquente sofre de um atavismo, ou seja, contém uma hereditariedade primitiva, selvagem, e conseqüentemente está determinado a cometer delitos. Mais tarde, Enrico Ferri²⁹² irá transpor estas idéias para uma perspectiva sociológica, e cria um tríplex causal para explicar o comportamento criminal: a) fatores individuais, orgânicos e psíquicos; b) fatores físicos, ambiente telúrico; e c) fatores sociais, ambiente social.

O livre-arbítrio do indivíduo é sobreposto pelas causas naturais. Aqui se localiza o núcleo da transfiguração do paradigma etiológico²⁹³: antes de estudar o crime como “ente jurídico”, era preciso entendê-lo como ação humana, isto é, como fenômeno natural e social.²⁹⁴ A nova Escola positivista posiciona-se diametralmente oposta às idéias penalísticas, até então em voga, da denominada “Escola penal clássica”.²⁹⁵

²⁹¹ Lombroso começou o exercício da medicina em 1858, e mais tarde torna-se diretor do manicômio da cidade de Pesaro e médico da penitenciária de Turim. Suas experiências com a loucura e a delinquência o levam a escrever suas obras (LOMBROSO, 2007, p.11)

²⁹² Enrico Ferri era advogado criminalista e possuía cátedra na universidade de Turim. Foi o responsável pela sistematização da escola positivista criminal. Estava mais voltado para a área sociológica da questão.

²⁹³ ANDRADE, 1995

²⁹⁴ FERRI, 2003, p.46-56

²⁹⁵ Foi Ferri quem inventou a tradição da “Escola clássica”, obviamente, não há possibilidade de utilizar o termo “Escola” neste caso, pois abrange um conjunto de autores que raramente travaram discussões entre si, e até provavelmente desconheciam o trabalho da maioria dos outros integrantes. Além de ser um terrível anacronismo, esta ação foi uma estratégia argumentativa que visava tanto enaltecer a escola positivista como uma superação do antigo e do falido, como, também, agrupar toda bagagem jurídico-penal anterior em um só ponto para facilitar e simplificar quaisquer críticas.

A criminologia positivista adentra o Brasil durante a última década do século XIX.²⁹⁶ Sendo inegável o destaque da Faculdade do Recife como o pólo receptivo destas idéias. Vários juristas aderiram a estas idéias. Buscando se desvincular da taxaço de “anti-modernos”. Estes intelectuais começaram a recepcionar estas teorias científicas européias e difundiram a idéia de que o direito seria alavancado ao “estatuto científico” pelo auxílio da biologia evolutiva, das demais ciências naturais e da antropologia física e determinista.²⁹⁷

Ocorre, inevitavelmente, um choque entre estes “homens de letras” com os “homens de sciencia” - estes últimos, positivistas por excelência, procuravam erradicar tudo aquilo que apresentava-se como irracional e metafísico. A retórica vazia dos bacharéis torna-se alvo constante desta geração de intelectuais “cientistas”

Viveiros de Castro - jurista formado pela Faculdade de Direito do Recife e que atuou como juiz na cidade do Rio de Janeiro - criticou veementemente, em seu livro “A Nova escola penal”, a cultura bacharelesca; afirmava:

Os juristas, a grande classe superficial e pedantesca, rhetorica e frívola, dos bacharéis em direito, receiam que a nova escola penal acabe com o direito criminal, reduzindo-o a um domínio da medicina, a um ramo das sciencias naturaes. É rebaixar a sciencia, gritam elles, que foi a honra de Beccaria e é hoje a gloria de Carrara. Mas o que é hoje o direito criminal, como o ensinam os professores nas nossas academias e o aplicam os magistrados nos nossos tribunaes, senão uma sciencia parva e ridicula, que deve ser varrida da intelligencia como um lixo imprestável? Com effeito, o direito criminal se reduz a chicanas e rabulices, a discussões bysantinas, palavrosas e estéreis. O formalismo processual absorveu o magistrado, sugando-lhe a intelligencia em seus tentaculos de polvo. Velhos desembargadores, de patriarchaes barbas brancas e bojudo ventre, discutem, graves e sérios, se deve ser ánullado um julgamento no jury, decidindo finalmente pela afirmativa, porque não consta dos autos ter o official de justiça tocado o badalo ao abrir da sessão. As questões *preliminares* avolumamse e crescem em uma importância de gigantes, e em vez de abordarem resolutamente a hypothese, interpretando a lei em um sentido philosophico e liberal, deixam-se os juizes levar por essas filigranas e rabulices, que reduzem o direito penal a uma casuística estéril, a um amontoado de sophismas.²⁹⁸

E mais, Viveiros de Castro defende uma reforma em certas instituições jurídico-penais. A instituição do júri é atacada, por consequência, sendo este o palco onde atua, por excelência, o bacharel:

A sessão do tribunal do jury está hoje convertida em uma verdadeira sala de espectáculo ; não é um tribunal que funciona, é um teatro onde a gente se diverte. A curiosidade, agitada e doentia, deste fim de século, leva ao tribunal uma multidão enorme, onde sobresaem as mulheres, de toilettes garridas, rescendendo a perfumes, binoculando o réu,

²⁹⁶ Influência similar, até de maior força, pode ser encontrada na Argentina destas mesmas décadas.

²⁹⁷ SCHWARCZ, L.M. (1993), p.148-150

²⁹⁸ CASTRO, 1984, p.

namorando às vezes com os juizes, promotores e advogados. E então promotor e advogado querem brilhar, arrancar aplausos. A accusação e a defesa não se limitam ao estudo das peças do processo, á argumentação solida e severa das circumstancias e da lei. Os dois contendores lançam-se no campo da rhetorica, é um torneio oratório, com sacrificio dos factos, da imparcialidade e da justiça, onde não se hesita em faltar á verdade, contanto que a mentira se preste a uma bel la imagem ou a uma phrase retumbante!²⁹⁹

Assim, as decisões jurídicas não podem sofrer influências dessas circunstâncias mundanas, dos interesses particulares ou das paixões dos magistrados. Mas devem ser baseados naquilo que é devidamente certo e comprovado: a ciência.

Não se deve menosprezar, também, o caráter tendenciosamente seletível das influências destas idéias da criminologia positivista – mesmo para o campo doutrinário. O jurista da república velha ainda estava muito enraizado com a cultura enciclopédica e eclética, típica do séc XIX.³⁰⁰ Mesmo aqueles que estavam mais ligados às teorias estrangeiras demonstravam peculiaridades em suas formulações doutrinárias. Alguns tinham consciência plena destes desvio. Clóvis Beviláqua, em um de seus artigos sobre imputabilidade revela, ao comparar algumas teorias sobre a responsabilidade jurídica, a seguinte metodologia:

Acompanhando com observações criticas as soluções que me parecem preferiveis, dentre as que foram propostas, procurando cerceal-as no que julguei inutil ou inverificavel, tentando combinal-as em suas conclusões e completal-as reciprocamente, julgo que contribuo tambem, embóra limitadamente, para aproximar a solução definitiva, ao menos, para meu uso particular. Nesta nossa epocha, tam fecunda em theorias, não é desprezivel esforço o d'aquelle que tenta orientar-se entre ellas.³⁰¹

3 RÁBULA CRIMINALISTA

Evaristo de Moraes foi um exemplo de destaque dentro do contexto em foco. Mestiço e de origem humilde, Evaristo foi capaz de sobressair-se em diversos empregos com suas habilidades literárias e oratórias. Torna-se rábula³⁰² em 1894, e toma interesse principalmente por questões de direito criminal e trabalhista.

²⁹⁹ CASTRO, 1984, p.227-228

³⁰⁰ ADORNO, 1988

³⁰¹ BEVILÁQUA, 1896, p.29

³⁰² Como se denominava, na época, o profissional que exercia o officio da advocacia sem um diploma de bacharel. “A possibilidade de advogar sem formação acadêmica existiu oficialmente desde o período colonial. Um alvará régio – de 24 de julho de 1713 – definiu que qualquer pessoa idônea, mesmo sem o diploma em direito, poderia exercer a advocacia, desde que recebesse a autorização para tal” MENDONÇA, 2007, p.62.

Evaristo de Moraes narra um caso de homicídio, que ocorrera por volta de 1895, em que defendia o réu Laclínio Freire Barbosa. Todo o andamento da investigação apontava para a condenação de Laclínio - a arma do crime (uma foice) já havia sido identificada como pertencente a Laclínio, testemunhas haviam visto Laclínio perto do local do crime e os policiais já haviam conseguido retirar uma confissão de Laclínio. Evaristo, ao analisar o caso, escrevera que, inesperadamente, conseguira duas pistas essenciais para a absolvição de Laclínio: acabara de receber uma edição aumentada de *O homem delinquente*, e, ao folhear o *Atlas*, deparou-se com o retrato de um *imbecil nato, autor de homicídio* que “reproduzia as feições de Laclínio por maneira a causar pasmo”;³⁰³ e a segunda circunstância foi o rebentar da loucura de um ex-constituente de Evaristo, sendo que o rábula havia previsto a iminente loucura e deixara sua previsão devidamente documentada. Segue a narrativa de Evaristo sobre o desfecho do caso:

No dia do julgamento, o livro de Lombroso andou de mão em mão, entre os jurados; e na tribuna foi exibida a certidão do Hospício, que demonstrava a sinceridade das minhas palavras, quando, naquele tribunal, havia afirmado a loucura mais do que provável de um predisposto. Ora, os jurados eram os mesmos, ou quase os mesmos, visto como aquela sessão se prolongara por três meses. Conseqüência: absolvido Laclínio Freire Barbosa por dez votos admitindo o júri a dirimente da *imbecilidade nativa*

As idéias de Lombroso foram bem recebidas pela época principalmente pelo fato de que seus laudos, baseados na observação de crânios e das fotografias dos ferozes criminosos, exercitavam na opinião pública um efeito certamente muito mais fascinante e inquietante do que os tratados técnicos de direito penal ou as intermináveis discussões parlamentares sobre o ordenamento jurídico³⁰⁴ - característica que facilitou o uso destas imagens como “provas” diante do júri. Sem contar o fato de a fotografia, na época, representava uma das tecnologias forenses mais avançadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bacharelismo da primeira república, em um processo fagocitante, foi capaz até de incorporar argumentos científicos, como os da criminologia positivista, como instrumentos argumentativos em seu repertório retórico. Ao utilizar-se da legitimação científica destas teorias, o bacharel podia apresentar seus argumentos como “modernos” perante o júri e ganhar a sua confiança.

³⁰³ MORAES, 1989 p.82

³⁰⁴ ALESSI, 2007 p.170-175

O bacharelismo já encontra-se em crise desde as últimas décadas do séc. XIX, contudo, é com o advento do Estado Novo, e com o projeto tecnicizante de Nelson Hungria, que se revela uma forte reação contrária a o “estilo de salão”. A nova postura perante o direito codificado exige uma tecnicização da aplicação do direito que eliminaria a possibilidade de uma distorção do direito positivado “sob a inspiração de cambiantes interesses ocasionais”³⁰⁵

Hungria não deixa de tratar sobre o embate das escolas penais. E explicita:

Nas academias, o estudante era doutrinado, de preferência, na desabrida crítica ao direito penal constituído e na inconciliável pelêmica das “escolas” sôbre 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 *gênero patético* ou o *estilo condoreiro* e imprimir a marca de ciência exata às lucubrações do *nihilismo* penal, cuja bandeira vermelha fôra desfraldada por César Lombroso. Mesmo aqueles que conheciam, de verdade, a autêntica ciência penal abstinham-se pelo receio de compromissos doutrinários em contraste com o interêsse profissional, de fixar em livros didáticos a austera interpretação do direito positivo. Haja vista aquele que foi *príncipe* entre êles, o insigne Evaristo de Moraes, em cuja extensa bagagem literária não se depara um só estudo de feição estritamente técnico-jurídica.³⁰⁶

Embora o postulado de defesa social da escola positivista obtenha papel de destaque dentro da concepção de direito penal de Hungria³⁰⁷, seu projeto tecnicizante rejeita o debate das escolas porque percebe nesta discussão uma ameaça de instabilidade e deturpação para o edifício legal construído pelo código.³⁰⁸

Para a construção do Estado Novo, este primeiro passo mostrava-se imprescindível. A limitação do aplicador do direito pelo código significava a subordinação dos juristas pelo Estado, uma mudança no equilíbrio necessária para a sustentabilidade de um governoautoritário.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988

³⁰⁵ HUNGRIA, 1943, p.13

³⁰⁶ HUNGRIA, 1943, p.14

³⁰⁷ HUNGRIA, 1941, p.16

³⁰⁸ HUNGRIA, 1943, p.13

- ALESSI, Giorgia. *Il Il processo penale: profilo storico*. 6ed. Roma-Bari: Laterza, 2007
- ALVAREZ, Marcos César et al., *A sociedade e a lei: O código penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República*, artigo escrito em 2003
- ALVAREZ, Marcos César. A formação da modernidade penal no Brasil: bacharéis, juristas e a criminologia. In: FONSECA, Ricardo M.; SEELAENDER, Airton L. C. L. (Orgs.). *História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 287-304.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e Direito*. Editora Rio. 1896
- CASTRO, Francisco José Viveiros de - *A Nova Escola Penal*. RJ. 1984
- DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista CCJ/UFSC, nº 30, p. 24-36, ano 16, junho de 1995. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br. Acesso em 27-09-2009.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime 2ed*. Campinas: Bookseller, 1998
- HERSCHMANN, Micael M.; PERREIRA, Carlos Alberto Messeder. *A invenção do Brasil Moderno: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- HUNGRIA, Nelson. *A evolução do Direito Penal Brasileiro*. Revista forense, Rio de Janeiro, jul.1943
- _____. *O Direito Penal no Estado Novo*. Revista forense, Rio de Janeiro, 1941
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. São Paulo ícone, 2007 1885 – 1909
- MENDONÇA, Joseli Maria Nunes de. *Evaristo de Moraes: tribuno da República*. Campinas: Ed. da UNICAMP, 2007.
- MORAES, Evaristo. *Reminiscências de um Rábula Criminalista*. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1989. 297p.
- OLMO, Rosa del. *América Latina y su Criminologia*. México: Siglo Veintiuno, 1984.
- SCHWARCZ, Lilia. *O espetáculo das raças*. São Paulo : Companhia das Letras, 1993
- SONTAG, Ricardo. *Código e Técnica*. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. Florianópolis, 2009. Monografia (Mestrado em Direito) – UFSC.
- SONTAG, Ricardo. *Triatoma baccalaureatus: sobre a crise do bacharelismo na Primeira República*. In: 2008

AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTUDO BRASILEIRO SOBRE A COISA JULGADA: das influências doutrinárias de Paula Batista às contribuições de Liebman

Leandro Monteiro Liberal³⁰⁹

Resumo: o presente ensaio objetiva traçar as linhas doutrinárias da cultura processual brasileira anterior à Enrico Tullio Liebman acerca do instituto da coisa julgada. Para, então, estabelecer quais foram as inovações que este trouxe para o ordenamento jurídico nacional. Assim, considerando o pensamento processual até a vigência do Código de Processo Civil de 1939 (eminentemente imanentista) e a inovação metodológica trazida com o cientificismo adotado por Liebman, exsurge que a própria evolução dos estudos da coisa julgada está intimamente relacionada ao desenvolvimento de uma mentalidade científica do processo. Para tanto, serão examinados alguns estudos elaborados por doutrinadores entre a independência do Brasil e o Código de Processo Civil de 1939, bem como os ensinamentos perpetrados por Liebman.

Palavras chave: direito processual civil; coisa julgada; Enrico Tullio Liebman.

Abstract: the present paper intends to provide the Brazilian procedural doctrine culture before Enrico Tullio Liebman, about the institute of res judicata. To then establish which were the innovations that he gave to Brazilian national law. Thus, considering the procedural thought until the validity of the Code of Civil Procedure from 1939, (eminently immanentist) and the methodological innovation brought with the scientism adopted by Liebman, comes that the actual evolution of studies of the res judicata are closely related to the development of a scientific mentality process. So, it will be considered some of the studies of scholars between the independence of Brazil and the Code of Civil Procedure from 1939, as well as the teachings perpetrated by Liebman.

Keywords: Procedural civil law; res judicata; Enrico Tullio Liebman.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio representa algumas introspecções iniciais acerca das transmutações do processo civil brasileiro, no que tange ao desenvolvimento histórico do instituto da coisa julgada, sobretudo quando das contribuições do professor italiano Enrico Tullio Liebman. É que a

³⁰⁹ Acadêmico do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do grupo de estudos em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune* (UFSC/CNPq). Estagiário no escritório Nicolau Pítsica Advocacia Associada. E-mail: liberaljr@hotmail.com. Trabalho orientado pelo Prof. Arno Dal Ri Jr., PhD.

compreensão dos institutos processuais hodiernos não pode estar desentranhada de uma contextualização histórico-social. Reverbera-se, nesse sentir, os questionamentos que Paolo Grossi³¹⁰ com agudeza estabeleceu acerca do papel que historiador do direito possui na compreensão da dimensão da ciência jurídica em que imerso.

É possível, em linhas integrativas, estabelecer paralelos entre a compreensão do instituto da coisa julgada e a concepção teleológica do processo de um período histórico. Inúmeros são os autores que já se debruçaram sobre essa questão pontual – inobstante, as divergências se perpetuam pelo tempo, perigosamente alimentando uma entranha que guarda insegurança e instabilidade jurídica.

Compreender, pois, a autoridade e os efeitos da coisa julgada garante à *práxis* escoreito enquadramento dos efeitos a terceiros, da possibilidade da sua desconstituição via rescisória ou anulatória e do questionamento quanto à autoridade da sentença. Esta, diuturnamente perquirida pela doutrina; porquanto compreender o fim último do processo também é, em outras palavras, dirimir acerca dos elementos circunscritos à prestação jurisdicional.

O presente trabalho pretende, portanto, destacar em um primeiro momento a evolução doutrinária do instituto da coisa julgada no Brasil e sua forte influência lusitana até a chegada de Liebman, que aportou com estudos que foram e ainda se encontram positivados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, buscar-se-á destacar como a própria evolução metodológica sofrida pela cultura processual brasileira influenciou os estudos da coisa julgada.

2. A EVOLUÇÃO DA COISA JULGADA NO BRASIL PRÉ-LIEBMAN

³¹⁰ “Em primeiro lugar, a história do direito reforça no jurista a persuasão crucial de que o direito pertence a uma dimensão de civilização. Para este propósito, compete ao historiador, muito mais do que ao filósofo ou ao comparatista, um papel exclusivo: civilização significa história, significa um contexto histórico determinado em toda a riqueza de suas expressões. E é a prática característica do historiador colocar o dado que diante de si no interior do contexto que o gerou e que lhe imprime vida. É ele, o historiador, quem pode e deve recordar aos privatistas e aos publicistas, todos eles presos nos próprios textos normativos, que o texto em si é sempre representação de uma realidade de fundo, uma representação parcial e artificiosa; que o texto é como o cume emergente de um continente submerso, sendo enganosa a observação da parte visível, pelo que se faz necessário o mergulho para poder apreciar a substância efetiva do fenômeno.” (GROSSI, Paolo. *O Ponto e a Linha. História do Direito e Direito Positivo na Formação do Jurista do Nosso Tempo. O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pág. 06).

Não podendo ser diferente, nas digressões acerca da coisa julgada, a forte influência advinda das relações luso-brasileiras foi determinante para um distanciamento da doutrina do Brasil com as que ora se desenvolviam em outros países da Europa. Mormente porque, na prática, continuaram vigentes as legislações portuguesas mesmo após a independência do Brasil³¹¹.

A alvorada das pesquisas processuais brasileiras, arraigada à teoria imanentista³¹², refletia o estudo da coisa julgada num debate acerca dos efeitos de cada ação existente no período do Império. Ou seja, longe de um estudo abrangente e de uma teoria una, a discussão cingia-se a analisar a coisa julgada no mandado de segurança, nas ações possessórias, nas ações com provas privilegiadas, nas ações de falência entre outras ações cabíveis naquele momento histórico³¹³.

A influência lusitana, portanto, resulta principalmente da perpetuação da teoria imanentista (tanto que positivado no Código Civil de 1916³¹⁴). Isso porque, o restante da Europa já partilhava dos ensinamentos de Oscar Von Bülow³¹⁵.

Contra essa corrente, Francisco de Paula Batista³¹⁶ iniciou alguns esboços quanto à coisa julgada:

A autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos, e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos, e não abrange o que é simplesmente indicado em forma de enunciação.³¹⁷

Destarte, para o autor a coisa julgada não abarcava os motivos (ou a fundamentação) da sentença – mas tão somente sua parte dispositiva. Não por isso, esses motivos devem ser considerados e analisados na compreensão dos reais efeitos da prestação jurisdicional.

³¹¹ As ordenações filipinas, juntamente com as leis que não foram revogadas quando da independência, tiveram vigência no Brasil até 1916. Trata-se de uma compilação (diferenciando-se da atual codificação) datada do período do domínio espanhol sobre Portugal.

³¹² A teoria imanentista da ação (clássica ou civilista) adveio das concepções romanas de ação e teve como um de seus maiores defensores o mestre Savigny, que a desenvolveu e a modernizou. Por esta teoria, o direito de ação seria imanente ao direito material.

³¹³ Entre a proclamação da independência e o Código de Processo Civil de 1939.

³¹⁴ Art. 75 do CC/16: “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

³¹⁵ Com a teoria abstrata da ação.

³¹⁶ Bacharelou-se na antiga Faculdade de Direito de Olinda, em 1833. Foi deputado geral entre 1850 e 1853. Foi o mais importante cultor do Direito Processual no Brasil no século XIX, do qual foi precursor de doutrinas modernas. Sua obra, *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial*, de 1855.

³¹⁷ BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil**. 1ª Edição. Campinas: Editora Russell, 2002, pág. 207. Destaca-se que a primeira edição foi publicada em 1855 e foi a primeira do gênero publicada no Brasil.

Já Joaquim Inácio Ramalho, em consonância com algumas linhas de Paula Batista, agregou seus estudos³¹⁸ para estabelecer uma divisão entre coisa julgada e coisa soberanamente julgada: “*existe a primeira – diz – quando da sentença definitiva não pende recurso de apelação; a segunda, quando a sentença não mais pode ser reformada pelo recurso de revista ou pela ação rescisória*”³¹⁹. Na tangência da autoridade da coisa julgada, compartilha os ensinamentos de Pothier para afirmar que “*A autoridade da coisa julgada faz presumir verdadeiro e equitativo tudo quanto se contém no julgamento e sendo essa presunção juris et de jure, exclui toda prova em contrário*”³²⁰.

Sucessivamente, João Monteiro³²¹ preleciona que a coisa julgada “*não é nem ficção nem presunção, mas apenas uma criação da lei – tanto que a própria legislação inclui as sentenças nulas entre aquelas que não fazem coisa julgada*”. Nesse sentir, pode-se citar, a título elucidativo, a previsão expressa de uma dessas exceções:

E se alguma sentença fosse dada por bem de tal juramento, que se chama em Direito necessário, se depois fossem achadas algumas escrituras públicas, por que se mostrasse o juramento não ser verdadeiro, será a dita sentença revogada³²²

Percebe-se, portanto, que João Monteiro distancia-se da linha doutrinária até então traçada. Como efeito da própria coisa julgada, afirmava a *actio iudicati*³²³ como um puro romanismo, embora reconhecesse a possibilidade de seu emprego nos casos em que da sentença nascesse ação. Isso advém de seu pensamento de que “*fazem coisa julgada as relações que realmente foram controvertidas e julgadas*”³²⁴.

³¹⁸ Notoriamente de influência alemã: com WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, que dividiam a coisa julgada em formal e substancial – fato que se consolidou com Liebman “É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda a sua eficácia específica e, propriamente, a autoridade da coisa julgada e estaria condicionada à formação da primeira” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945). Ainda assim, “não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 19, set./out. 2002. Pág. 7).

³¹⁹ *Apud* VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1965, pág. 199.

³²⁰ *Idem*. Pág. 200.

³²¹ *Idem*.

³²² Ordenações Filipinas. Livro III, Capítulo LXXXII. Acesso em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p637.htm>

³²³ Ação para fazer cumprir a sentença condenatória que formou coisa julgada.

³²⁴ MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil e Comercial**. 5ª Edição. São Paulo, 1936.

Mais destoante, João Mendes Junior aproxima do direito as leis da investigação filosófica³²⁵ para despontar com o entendimento de que a coisa julgada também se estende aos motivos objetivos³²⁶. Cabe anotar, ademais, ter sido esse mesmo autor a constituir o movimento na defesa da competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre o processo. Fato este que culminou com a positivação do Código de Processo Civil de 1939, imediatamente anterior à chegada de Liebman.

O Brasil, então, via a conceituação de coisa julgada evoluir a passos receosos. A inexistência de uma escola processual efetivamente brasileira certamente corroborou para a coexistência de diversos conceitos paradoxais. Sobre a autoridade da coisa julgada, chegou-se, v.g., a defender sua presunção absoluta³²⁷, vez que era tida como efeito da sentença. Muito embora ecoavam vozes no sentido de estender a coisa julgada tão somente ao dispositivo de sentença, ainda não passavam de ideias, sem o necessário corpo científico para ensejar respaldo prático efetivo.

Desta forma, o estudo da coisa julgada pré-Liebman no Brasil refletia-se na dialética de os motivos (ou fundamentos) da sentença fazerem (ou não) coisa julgada, bem como se englobava (ou não) todas as questões debatidas e decididas na causa. Ou seja, eram questionamentos que entendiam a coisa julgada como efeito da sentença³²⁸. Em linhas gerais, foi essa a fotografia das discussões encontradas por Liebman – que, a partir delas, traçou estudos comparativos entre os ordenamentos italiano e brasileiro.

3. OS APONTAMENTOS DE LIEBMAN SOBRE A COISA JULGADA NO BRASIL

Entre a proclamação da República Brasileira e a chegada de Liebman, a cultura processual brasileira estava enraizada em um direito imanentista – notadamente em descompasso com os estudos que despontavam na Europa³²⁹. Os estudos eram fragmentados em alguns pensantes

³²⁵ Filosofia, aqui, tomada como ciência. Vê-se o início dos estudos brasileiros rumo à metodologia científica da cultura processual – que culminou com a chegada de Liebman.

³²⁶ MENDES JR., João. **Direito Judiciário Brasileiro**. 3ª Edição. Rio de Janeiro, 1940, págs. 485-486.

³²⁷ Com Joaquim Inácio Ramalho.

³²⁸ Fator determinante no reconhecimento das ideias posteriormente trazidas por Liebman.

³²⁹ Sobretudo após o divisor d'águas que foi a obra de Von Bülow com a teoria abstrata da ação, contrapondo a teoria clássica ou imanentista que era reverberada com as doutrinas e legislações lusitanas.

(como os supracitados) que, sem uma escola própria, encontravam nítida dificuldade em polarizar o debate.

O catedrático Enrico Tullio Liebman, por sua vez, chegou ao Brasil aportando uma tendência fortemente vivenciada no embate das seguintes correntes doutrinárias: “*Na Europa, a tendência restritiva é incontestavelmente a predominante: Lacoste, De La chose jugée, Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, tradução de Guimarães Menegale; Carnelutti, Sistema del Diritto processuale civile/ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil*”³³⁰. Influência ainda mais nítida, porquanto Liebman chegou da Itália após notório choque doutrinário – sobre a coisa julgada – com Carnelutti³³¹.

Daí que, diante do cenário supradestacado, de pronto consignou que “*Cumprir notar que a frequente afirmação, segundo a qual a coisa julgada se estende a todas as questões debatidas e decididas na causa, é duplamente errada*”³³². Ou seja, de pronto já tomou posição no debate que então se vislumbrava no Brasil.

Afirma ser falaciosa a ideia de que o limite da coisa julgada não se adstringe à matéria discutida e julgada³³³. Afinal, toda a matéria que poderia (mas não foi) levada ao crivo do poder jurisdicional também não poderá ser discutida posteriormente³³⁴.

Esse pensamento vem em consonância com o construído por Chiovenda³³⁵, quando esclareceu que a coisa julgada contém a preclusão de todas as questões. Distanciando, ainda, a coisa julgada da preclusão, porquanto esta lança seus efeitos tão somente dentro da própria lide, aquela lança também para além do processo. Exemplifica esse pensar dispondo que

³³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1947, pág. 165.

³³¹ O embate, destacado por Cândido Rangel Dinamarco, adveio primordialmente da diferença de premissas: “*enquanto Liebman formado na escola De Chiovenda, manifestava uma sólida base dualística (o ordenamento jurídico tem duas ordens diversas de normas, substanciais e processuais, e estas nada têm a ver com a produção do direito do caso concreto), fundava-se Carnelutti no pressuposto de que o direito positivo substancial emana normas genéricas incompletas, as quais só por obra da sentença se tornam um círculo fechado, sendo ela um comando complementar (qualquer que seja esta, menos dispositiva). Por isso, ele ensina que o juiz comanda para o caso concreto como se fosse uma longa manus do legislador e louvava ao legislador italiano a inclusão das normas referentes à coisa julgada no Código Civil. Depois, afirmava que a imperatividade da sentença (coisa julgada material) tem uma eficácia reflexa que atinge terceiros, estranhos à relação processual em que esta foi pronunciada.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel, **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, tomo I, pág. 291).

³³² *Idem*. Pág. 165.

³³³ Tese defendida por João Monteiro.

³³⁴ É a preclusão fazendo coisa julgada.

³³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. I. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, p. 183.

Se o réu, em defesa, poderia opor uma série de argumentos, e não o fez, vindo a ser condenado, não mais poderá deles se valer para contestar a coisa julgada, pois a tanto se opõe a finalidade prática desse instituto, que exige o respeito à coisa julgada ainda quando importantes questões tenham sido discutidas por acaso de modo incompleto. Nela estão compreendidas tanto as questões que foram discutidas, como as que o poderiam ser³³⁶

Dos dizeres de Liebman se infere uma reaproximação aos ensinamentos de Francisco de Paula Batista, também defendendo que

é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes³³⁷

A aproximação com os prévios estudos brasileiros sobre a coisa julgada ainda é maior quando também passa a abordar a diferenciação entre coisa julgada formal e coisa julgada material³³⁸, uma vez que a formal se revela em qualidade da sentença, quando dela já não cabe recurso. Já com a material toma corpo a eficácia específica e a autoridade da coisa julgada estaria condicionada à formação da coisa julgada formal.

Ocorre que sobre essa divisão doutrinária – formal e material – afirmou Liebman não ter esse debate tanta importância³³⁹, porquanto ambas refletem a imutabilidade da sentença, nas suas duas facetas: procedimento e a forma que dá eficácia a própria sentença.

Concluindo, sobre a análise do estudo da coisa julgada feito no Brasil que “*os motivos são, pois, excluídos, por essa razão, da coisa julgada, mas constituem a miúde indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo*”³⁴⁰. Apenas essas contribuições já seriam de grande valia para o ordenamento brasileiro³⁴¹.

³³⁶ *Idem*. Págs. 165-166.

³³⁷ *Op. cit.* Pág. 168.

³³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

³³⁹ “*Onđ’é Che La distinzione tra cosa giudicata formale e sostanziale perde in buona parte La sua importanza, sono l’una e l’altra null’altro che immutabilità*” in LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, Vol. II. Milano: Giuffrè editore, 1984, pág. 422.

³⁴⁰ *Idem*. Pág. 168.

³⁴¹ Influenciou sobremaneira na elaboração dos arts. 467 e 469 do CPC de 1973. O CPC vigente em seu art.467 afirma o conceito de coisa julgada, perfilando-se à teoria de Liebman sobre a justificação da coisa julgada, afirmando que a

Isso porque, também reflete o entendimento ainda hoje positivado na legislação brasileira de que a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postulava a doutrina brasileira; tão-somente uma manifestação dos efeitos da sentença.

O debate sobre a coisa julgada elevou-se quando outros elementos trazidos por Liebman passaram a ser analisados. Sem dúvida figura importantíssima essa contribuição do autor italiano na revisão do conceito de coisa julgada, por consagrá-la como uma qualidade que se transmuta aos efeitos da decisão, tornando-os imutáveis, ou seja, é uma qualidade que faz o dispositivo da sentença inalterável:

O processo mesmo oferece um exemplo interessante de abstração do instituto da coisa julgada: o que se converte em indiscutível para o futuro não são nem os motivos nem os raciocínios com fundamento nos quais o juiz chega à decisão, mas unicamente a vontade concreta de lei que ele afirmou existente, em confronto com o qual o elemento lógico se despoja de toda a importância³⁴²

Assim, Liebman oxigenou as discussões havidas nas doutrinas brasileiras estabelecendo novos limites para a coisa julgada, afinal não se cinge ao que foi debatido e julgado, mas também às matérias que não foram suscitadas. Da mesma forma, pontuou sobre a divisão entre coisa julgada formal e material, diagramando-as em consonância com as doutrinas alemãs, mas pontuando a desnecessidade desse debate, vez que ambas refletem a natureza imutável da sentença.

Por fim, a escurreita concatenação entre os motivos (fundamentos) e os dispositivos da sentença representou forte desenvolvimento³⁴³, consagrando os limites cobertos pelo manto da prestação jurisdicional que são acobertados pela coisa julgada.

4. CONCLUSÃO

Os primeiros passos do direito processual brasileiro carregavam nítidas consequências da colonização lusitana. A metodologia – ainda imanentista – refletia o monopólio das influências

mesma não era efeito da sentença, mas sua própria eficácia que a tornava imutável e indiscutível, quando não mais sujeita a recurso, mesmo extraordinário.

³⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. São Paulo: Saraiva, 1952.

³⁴³ Reverberando, inclusive, no atual art. 469, I do CPC.

doutrinárias de Portugal do período. Contudo, despontavam pensadores – alguns aqui destacados – que se embrenhavam em estudos próprios das demais doutrinas europeias.

Francisco de Paula Batista foi um dos que, na tangência da coisa julgada, passou a identificar esboços do que viria a ser o limite deste instituto. Dos autores aqui pontuados, acabou se mostrando mais próximo às inovações trazidas posteriormente por Liebman.

No seio paulista, Ramalho, Monteiro e Mendes Junior não conseguiram aglutinar seus estudos – cada qual apontava para direções distintas. Fato este que polarizou o debate, tornando-o, a uma primeira leitura, confuso e raso. Depreende-se deste período a discussão sobre a inclusão dos motivos da sentença entre os elementos cobertos pela coisa julgada, bem como se a coisa julgada deveria estar enquadrada tão somente nos elementos expressamente consignados na sentença.

Com Liebman, a doutrina brasileira mais se aproximou aos ensinamentos de Chiovenda para entender que a matéria não debatida também é acobertada pela coisa julgada (preclusão máxima). Desta forma, os limites da coisa julgada tomaram novos rumos.

Foi com as contribuições do catedrático italiano que se sedimentou a divisão entre coisa julgada formal e material; ressaltando que derivam da imutabilidade, relacionando esta à eficácia da sentença – e não em relação material ou formal como uma *qualidade* – como então era considerado pelas doutrinas brasileiras.

Na construção da mentalidade processual brasileira sobre a coisa julgada, certamente Liebman representou o alicerce que, quebrando o monopólio doutrinal lusitano, estabeleceu a ponte entre o ordenamento jurídico brasileiro com as mudanças que então ocorriam no restante da Europa. O desenvolvimento dos conceitos como efeitos da sentença (e da coisa julgada como tal), da autoridade da coisa julgada, ajudaram na transmutação de um Brasil, cujo processo era adjetivo ao direito material, na formação de um processo autônomo, com os primeiros passos cientificistas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ordenações Filipinas. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p637.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil**. 1ª Edição. Campinas: Editora Russell, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. I. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, Tomo I. 4^a Edição. São Paulo: Mallheiros Editores, 2001.

_____. Relativizar a coisa julgada material. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 19, set./out. 2002.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. O Ponto e a Linha. História do Direito e Direito Positivo na Formação do Jurista do Nosso Tempo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. **Embargos do Executado**. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1947.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**, Vol. II. Milano: Giuffrè editore, 1984.

MENDES JR., João. **Direito Judiciário Brasileiro**. 3^a Edição. Rio de Janeiro, 1940.

MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil e Comercial**. 5^a Edição. São Paulo, 1936.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1965

A ESCRAVIDÃO INDÍGENA NA CURITIBA SETECENTISTA (1700-1750)

*Lilium Ferraresi Brighente*³⁴⁴

Resumo: A presente comunicação tem por proposta apresentar e discutir os primeiros dados obtidos no desenvolvimento da pesquisa de dissertação de mestrado a respeito da escravidão indígena, à época colonial em Curitiba. Pretende-se analisar a legislação indigenista portuguesa sobre a liberdade e administração dos índios em cotejo com as demandas judiciais que tramitaram no Juízo Ordinário da Vila, nas quais eles estejam de alguma forma presentes. Entre elas, destacam-se aquelas movidas pelos próprios “administrados” em busca de sua liberdade. Tal objetivo encaminha-se no sentido da explicitação do sistema de administração particular e de sua distinção ou não do regime de escravidão, pois tal fato influi diretamente sobre a condição jurídica do indígena. Busca-se ainda averiguar quais as instâncias aptas a dizer o Direito, no que concerne àquela condição, o que interroga pela eficácia da legislação portuguesa indigenista no Brasil, revelando uma sociedade colonial na qual vigorava um pluralismo jurídico.

Palavras-chave: escravidão indígena – administração particular – Direito Colonial Brasileiro

Abstract: This communication is proposed to present and discuss the first data obtained in the research developed to master's degree, about indigenous slavery in colonial times at the Village of Curitiba. It is intended to analyze the Portuguese indigenous legislation on freedom and administration of the indians, in comparison with the lawsuits being processed at the regular Village Court, in which they are otherwise present. Among them, we highlight those moved by the "manegeds" themselves in search of his freedom. This objective pretends to explain the administration system and its particular distinction or not from the system of slavery, because this fact has a direct influence on the legal status of indigenous people. Also tries to determine which instances are able to state the Law, in relation to that condition, which questions the effectiveness of Portuguese indigenous legislation in Brazil, revealing a colonial society in which prevailed a legal pluralism.

Keywords: Indian slavery - particularly administration - Brazil Colonial's Law

1. INTRODUÇÃO

Esta comunicação estrutura-se a partir dos primeiros dados obtidos em pesquisa de Dissertação de Mestrado sobre a escravidão indígena na região da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba, durante a primeira metade do século XVIII³⁴⁵. Pretende-se aqui, sobretudo,

³⁴⁴ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

³⁴⁵ A partir de 1740 diminuem consideravelmente as demandas de liberdade dos Administrados, bem como de forma geral a sua presença nas demandas judiciais. Anotamos apenas uma demanda em 1744 e uma em 1747, ano até o qual chega, por ora, o levantamento das fontes. Todos os outros autos que envolvem de alguma forma administrados se situam entre 1698 (ano a partir do qual se inicia a documentação) e 1740. Em contrapartida, a partir de então, observa-se com cada vez mais frequência a menção a escravos negros. As fontes manuscritas pesquisadas consistem em Autos Cíveis e Criminais do Juízo Ordinário (documentos produzidos pelas autoridades judiciais da Vila de Curitiba), a saber:

interrogar as fontes históricas acerca do alcance, conhecimento e efetivo cumprimento das Leis Reais sobre liberdade e administração dos índios.

O Juízo Ordinário da Vila de Curitiba, ao longo de todo século XVIII, foi palco de muitas demandas movidas pelos “administrados” (indígenas) em busca de sua Liberdade, o que permite um confronto entre as ordens reais, aplicadas em regra pelos Ouvidores-Gerais, e o “uso e costume da terra” praticado pelos colonos locais, o qual transparece nas demandas judiciais. Tudo isto conduz a difícil questão, porque ambígua, que interroga pelo estatuto jurídico do indígena na sociedade colonial brasileira, bem como sobre o direito colonial.

2. DESENVOLVIMENTO

Em 22 de novembro de 1733 registrava-se na Câmara Municipal de Curitiba³⁴⁶, por ordem do Governador da Capitania de São Paulo³⁴⁷, o Conde de Sarzedas, um Bando que versava sobre liberdade e administração dos índios³⁴⁸.

Tinha o Bando o seguinte conteúdo: o Governador diz ter tomado conhecimento de que as aldeias³⁴⁹ da Capitania estão exauridas de índios porque os moradores os levaram “*não só alugados e indozidos mas ainda com despachos*”. Mesmo aqueles que, colocada a questão em litígio, foram sentenciados pela Justiça para serem enviados às Aldeias, estavam sendo criados nas casas de moradores para lhes servirem.

Diante dessa situação, o Conde determina que se conservem todos os índios nas aldeias para estarem prontos caso necessite o real serviço. Ordena ainda a todos os moradores da Capitania, que tornem a conduzir os índios às Aldeias no prazo de um mês.

demandas de liberdade que moveram os administrados, Inventários, Justificações de fuga ou de posse de escravos indígenas, entre outros.

³⁴⁶ Registro feito pelo escrivão Antônio Alves Freire.

³⁴⁷ A Vila de Curitiba pertencia então à Capitania de São Paulo.

³⁴⁸ *Boletim do Arquivo Municipal de Curitiba*, Livro I, vol. XI, Typ. e lith. a vapor, Imprensa Paranaense, 1906, p. 98-99). O Bando tem data de 14 de março de 1733, passado na cidade de São Paulo.

³⁴⁹ Aldeia, no período colonial, designava uma povoação construída ao modo das povoações portuguesas, em regra com uma igreja central tendo em frente uma praça circundada das casas dos moradores indígenas, habitando um religioso em prédio contíguo à Igreja. Desta forma, os aldeamentos, termo que gera menos confusão, eram construídos próximos aos estabelecimentos portugueses com o intuito de que, incentivando o contato, restasse facilitado o projeto de civilização e catequese dos indígenas. Mas, não somente esta motivação trazia os índios para próximo dos colonos brancos, senão a principal, que era a de estabelecer contíguos às vilas, um reservatório de mão-de-obra.

A punição para aqueles que detiverem índios, é de 100.000 réis por cada um, e caso alguém tenha denunciado ao morador, pagará este ao denunciante 50.000 réis, sem prejuízo da prisão na Fortaleza da Barra de Santos. Para que se apliquem as penas sobreditas basta certidão de que se registrou a Lei na Câmara e os moradores ainda conservam os índios. Encerra-se o Bando com a ordem de que seja registrado e publicado a “*Som de Cayxas.*”

Conjuntamente com o Bando, enviava-se uma Cópia da Lei de 10 de setembro de 1611, do Rei D. Filipe III, que tratava “*sobre a liberdade do gentio da terra e guerra que se lhe pode fazer*”.

A respeito desta Lei, já em Ordem de 27 de maio de 1733³⁵⁰, o Governador observava que o Rei Dom João já havia determinado ao anterior Governador Rodrigo Cesar de Menezes, por meio da Carta Régia de 10 de julho de 1726, que se fizesse observar inviolavelmente a citada Lei, só sendo cativos os índios obtidos em guerra justa e que precedessem das formalidades nela contida. Contudo, constatava o Governador que esta determinação não se vem cumprindo, pois muitos “*índios índias e seus decedentes*” se acham em poder dos moradores da Capitania e alguns procurando a sua liberdade foram sentenciados pela Justiça “*livres de administração*” e outros foram obrigados a ela. Em virtude disso, resulta que passam à mão de outras pessoas as quais não pertencem, pois deveriam ser postos nas aldeias, para só então usarem de sua liberdade na prestação de serviços aos moradores mediante paga.

Para cumprimento desta Lei de 1611, ditou o Governador, que se recolhessem às aldeias os índios julgados livres. Observa, ademais, aos Ouvidores-Gerais, juizes de fora e juizes ordinários que deveriam dar sentenças na forma da Resolução de 1726 e da Lei de 1611, enviando às Aldeias os índios que lhes fossem apresentados e também os sentenciados em tempo de seus antecessores³⁵¹.

O que diz a Lei de 1611? O conteúdo desta Lei é uma amostra da política indigenista da Coroa Portuguesa no Brasil. Inicia-se com um inventário das Leis anteriores sobre o mesmo tema. Esta profusão de leis sobre a situação dos índios não era novidade na Colônia, pois vinham sendo editadas desde o século XVI³⁵². Em síntese, cabe destacar o seguinte. De acordo com esta Lei, todos

³⁵⁰ *Boletim do Archivo Municipal de Curytiba*, Livro I, vol. X, Typ. e lith. a vapor, Imprensa Paranaense, 1906, p. 5-8.

³⁵¹ Conforme Alzira Campos, em São Paulo “*esta última medida foi seguida de uma tempestade de requerimentos e de protestos dos moradores, que testemunham a evolução do problema do uso do aborígine e as condições em que se verificava a administração.*” (Campos, 1984, p. 27-69).

³⁵² Deste modo, a Lei de 1611 diz que a Lei de Dom Sebastião, de 20 de março de 1570, a qual prescrevia a liberdade dos indígenas, com exceção daqueles capturados em guerra justa e dos canibais, fora revogada pela Lei de 11

os gentios do Brasil são declarados livres, independentemente de serem batizados ou não, de forma que não podem ser constrangidos “*a serviço, nem couza alguma contra sua livre vontade*”, devendo receber pagamento como “*todas as mais pessoas livres*”. Exceção à liberdade se dará se o gentio mover guerra, ou fizer rebelião, caso de guerra justa.

Por fim, a Lei determina a liberdade de todos os que forem cativos até a data de sua publicação sem haver quanto a isso qualquer possibilidade de apelação ou agravo, declarando nulas as vendas e sentenças passadas até então. Termina reiterando que se deve cumpri-la e guardá-la inviolavelmente “*sem se lhe poder dar declaração nem interpretação algũa.*”

Apesar destas disposições da Real Coroa, que pela própria redação do texto legal parecem soar contraditórias³⁵³, e das muitas leis, cartas régias, provisões, regimentos, alvarás, resoluções, bandos, que lhe antecederam e que lhe sucederão, muitos são os casos de índios sob o sistema de “administração particular”, em toda a Capitania, inclusive na Vila de Curitiba³⁵⁴, o que mostra o descompasso entre o que a Lei prescrevia e a real situação dos índios.

Por exemplo, em data de 05 de maio de 1733, o administrado Joseph Cardozo, gentio da terra de administração de Anna Gonçalves, ingressa com uma petição perante o Juízo Ordinário da Vila de Curitiba situado na Câmara Municipal. Joseph pretende tratar da causa de sua liberdade, alegando ser filho natural de Simão Cardoso de Leão e de Maria do “cabelo corredio”, administrada de Simão. Requer sua liberdade, pois lhe é assegurada pelas “leis eclesiásticas e seculares³⁵⁵”. Requereu ainda lhe fosse nomeado um curador.

de novembro de 1595, do mesmo monarca. Esta última, por sua vez, determinava também a liberdade dos indígenas, salvo os capturados em guerra que o Rei por provisão particular determinasse. A Lei de 30 de julho de 1609 de Dom Filipe, declarando “*liberdade a todos*” revogara esta última. A presente Lei de 1611 revoga todas as anteriores.

³⁵³ Pois apesar de proclamarem a liberdade dos índios, confina-os em aldeamentos, impondo um regime de “serviço compulsório mediante paga”, consagrando ainda uma brecha para escravização por meio da chamada “guerra justa” e do “resgate.

³⁵⁴ Ana Maria de Oliveira Burmester contabiliza para o século XVIII 1.188 escravos, número obtido a partir dos registros de batismo, casamentos e óbitos da Catedral de Curitiba. Entre estes indica “*a presença de índios, legalmente livres, mas ‘administrados’.*” (Burmester, 1974, p. 12; 83)

³⁵⁵ Provavelmente era uma referência distante às Bulas, aos Breves, aos Decretos Papais que se seguiram ao longo dos séculos XVI a XVIII, nos quais a suma autoridade católica declara a liberdade e humanidade dos índios, sendo eles fiéis ou infieis, não podendo ser escravizados sob hipótese alguma. Esta referência aponta para um terceiro personagem que tomou parte diretamente na contenda sobre a liberdade e administração dos índios, consubstanciado na figura das ordens religiosas, sobretudo, a dos Jesuítas. Missionários, padres, bispos, ocupavam posição de primeira linha, uma vez que a eles se cominava o grande projeto dos Reis católicos de civilização e catequização do gentio, quer dizer, a propagação da fé cristã. Conta-se pelo menos três bulas papais aplicáveis aos domínios portugueses: Bula Sublimis Deus, de 2 de junho de 1537, de Paulo III; Breve Commissum Nobis, de 22 de abril de 1639, de Urbano VIII e; Bula Immensa Pastorum Principis, de 29 de dezembro de 1741, de Benedito XIV.

Após a as partes haverem apresentado seus argumentos, se terem ouvido as testemunhas, os procuradores e o curador, o Juiz ordinário considerou nulo todo o processo sob o fundamento de que a ré não tinha comparecido em juízo.

Não satisfeito com tal decisão, Joseph comparece novamente perante o Juízo, com novo requerimento já em data de 5 de junho de 1733. Desta vez, seu irmão Joaquim se propõe, juntamente com Fiphonio Cardozo, a pagar a fiança de Joseph a sua administradora Anna Gonçalves. Esta, no entanto, contrapõe-se. Após a oitiva de diversas testemunhas, o Juiz sentença em desfavor de Joseph, e favoravelmente à Anna Gonçalves entendendo que Joseph não é filho de Simão como alega, devendo continuar sob a administração de Anna, cabendo-lhe ainda pagar as custas da demanda³⁵⁶.

Este caso mostra que não somente o Juiz ordinário negou a Joseph sua liberdade, como emprestou legitimidade a sua condição de “administrado particular” de uma moradora local, em evidente descompasso com as Leis Régias, bem como com as Resoluções dos Governadores da Capitania, e mesmo os provimentos dos Ouvidores-Gerais, que proibiam a posse por particulares dos índios, já que deveriam ser “sentenciados livres” e enviados às Aldeias.

Em 21 de janeiro de 1721, o Ouvidor-Geral e Corregedor das Capitanias do Sul, Raphael Pires Pardinho, quando de sua visita a Curitiba, legou à Vila um Provimento de Correição, determinando no artigo 72 que juízes e oficiais da Câmara proibissem as entradas ao sertão para capturas de índios na intenção de tomar-lhes o serviço, porque isso era contra as “*Leis expressas de Sua Magestade*”.

E no artigo 108, observava a respeito dos inventários que não se mandassem avaliar os “*carijós e seus descendentes, que forem da administração dos defuntos, como por repetidas leys se tem declarado pois sendo estes por ellas libertos não admittem vallor nem estimação e do contrario se seguem grandes prejuízos ao coherdeiros porque á huns se dão as peças escravos que tem valor e estimação e a outros dão os carijós que não tem [...]*”³⁵⁷.

Apesar deste Provimento se encontrar na Câmara Municipal, para ser cumprido por todos os juízes e oficiais, verifica-se nos Autos de inventários de João Leme da Silva, cuja petição

³⁵⁶ Autos cíveis sob número PC 94.3 e PC 95.3, Cx. 3, Juízo Ordinário da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba, Departamento estadual de Arquivo Público do Estado do Paraná (DEAP).

³⁵⁷ *Boletim do Archivo Municipal de Curityba*, Livro I, vol. I, Typ. e lith. a vapor, Imprensa Paranaense, 1906, p. 26.

deu entrada no Juízo Ordinário de Curitiba no dia 25 de novembro de 1697, e que tem como data final 25 de abril de 1732, constarem mais de 40 escravos, entre crioulos e índios.

Na avaliação dos bens figuram famílias indígenas inteiras, bem como indígenas adultos e crianças de ambos os sexos considerados isoladamente todos acompanhados com seu preço de avaliação. Cita-se como ilustração: “*um negro do gentio da terra por nome Sebastião, com seus filhos Luzia, Verônica, Pirina, contados em 60.000 réis; um negro do gentio da terra por nome Thomas e sua mulher Barbara com suas crias Caterina e Sebastiana, avaliados em 95.000 réis; um rapagão bugre chamado Guaca, em 30.000 réis; uma negra do gentio da terra por nome Graça, em 32.000 réis,*” etc. Ao todo se somam 31 pessoas entre homens, mulheres e crianças, totalizando praticamente 800.000 réis³⁵⁸.

Também se colhe dos Autos que o defunto João Leme da Silva, em testamento, libertou cinco pessoas do gentio da terra, com a condição de que servissem seu filho Brás até a morte deste. Disposição esta bastante comum nos inventários e testamentos da época, como dá notícia John Monteiro para as mesmas peças processuais de São Paulo³⁵⁹. Comum também naquilo que possui de paradoxal, pois “instituem” uma liberdade (que pelas ordens reais sempre deveria ter existido) condicionada à servidão perante os herdeiros do administrador.

Outro exemplo pode ser encontrado na Carta de Inquirição proveniente do Juízo de Paranaguá para oitiva de testemunhas por parte do embargante Francisco Peres Bicudo, datada de 26 de janeiro de 1722³⁶⁰. Trata-se da disputa por uma “negra do gentio da terra” chamada Engracia.

Francisco diz na petição que sua mulher quando saiu da casa de seus pais foi assistir com a irmã, mulher do embargado Simão Borges Serquera, levando consigo duas negras do gentio da terra por nome Engracia e Maria, dadas a ela por seu pai. Posteriormente, casou-se com o embargante levando consigo a “carijó” Engracia “*que a pertencia como administrada sua gozando della os serviços*”.

O embargante propõe, entre outros, os seguintes artigos para prova:

³⁵⁸ Autos de Inventário sob número PC 02.1, Cx. 1, Juízo Ordinário e de Órfãos da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba, Departamento de Arquivo Público do Paraná.

³⁵⁹ “*Em São Paulo, a alforria condicional constava como a forma mais comum de passagem de escravo a livre. Os senhores muitas vezes estipularam que os índios teriam de servir herdeiros, sendo que, apenas com a morte destes, consumir-se-ia a alforria.*” (Monteiro, 2005, p. 213).

³⁶⁰ “Carta de emquirição que vejo do juizo ordinario que veio da Villa de parnagua, p.□ este juízo entre partes, embargante Fran.□ □ Peres Bicudo embargado Simão Borges Serquera”. Autos cíveis sob número PC 13.1, Cx. 1, Juízo Ordinário da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba, Arquivo Público do Estado do Paraná

“[...] provará que sem duvida algúa que cazando-se elle embargante logo se emposara da dita carijó engracia, sem contradição algúa nesta forma o pertencia // provara elle embargante que não tivera nem tirava por si ou por sua molher couza algua da fazenda de seu sogro Diogo Dias de Moura mais que a dita carijó Engracia, que a pertencia como administrada sua gozando della os serviços // provara que por direito e repetidas Leys de Sua Mag. □ □ q Deos g. □ □ q nem hua pessoa de qualquer calidade que seja compre nem possa sem ordem avalhear carijós, mas sim só pasarão administração de pais a filhos, e fazendo o contrário perderão suas administrações e irão para as aldeas de sua Real propteção // provará que a dita carijó Engracia não deve ser vendida e nem com ella fazer pagamen. □ □ algum como pertende o embargado haver ella, pêra ser satisfeito com ella da quantia de cento e noventa e seis mil réis que diz pagara para seu sogro Diogo Dias de Moura quando esse tinha outros bens, em que se pudese fazer execução pêra o seu pagamen. □ □ // provara que elle embargante deve ser conservado com a administração da carijó Engracia, seus filhos, como verdadeyro adminstrador della [?] sua mulher Suzana Dias de Moura [...]”

Nestes mesmos autos, o embargante requereu ao juízo ordinário da vila de Curitiba a oitiva de cinco testemunhas³⁶¹. Da “Asentada” da testemunha João Cardoso, assim como das demais, colhe-se o seguinte: *“e do quarto artigo dice que sabia que quando as filhas de Diogo Dias se auzentaram de caza de seu pais, já as ditas negras estavam vendidas a Fran. □ □ Vellozo em prezo de duzentos e catorze mil réis; pela escrita de venda que elle testemunha vira [...]”*

Mais adiante o mesmo João Cardozo diz que: *“e do oitavo artigo dice que sabe elle testemunha, que por direito verás competia a dita negra emgracia ao embargado Simão Borges, verás por não querer o dito Simão Borges entregar a dita negra a Fran. □ □ Vellozo que a tinha comprado, se fez execução nos seus bens pela quantia em que a dita negra fora vendida, e pagando se ficara com a dita negra [...]”*.

Ao que tudo indica, o sogro do embargante, Diogo Dias de Moura havia vendido as duas administradas a um terceiro, antes mesmo de cedê-la à filha, por preço de duzentos e catorze mil réis. O comprador procurando as administradas não as podia encontrar, pois segundo a citada testemunha *“em todo este tempo andara Fran. □ □ Vellozo em procura das ditas duas carijós, e o dito embargado Simão Borges as sonegara por não entregar”*. O comprador então cobrara em juízo a dívida, mediante execução, quando então ocorreu a pagar a dívida o embargado.

Assim lê-se do último testemunho de Guilherme Nogueira Passos:

³⁶¹ E de fato ouviram-se cinco testemunhas, mas nenhuma daquelas indicadas pelo embargante em sua petição. A carta, contudo, previa essa possibilidade: *“[...] mandarás como emquiridores de seu Juízo, perguntar as testemunhas aqui nomeadas, apresentadas e mostradas por parte do embargante, na forma da Ordenação, cem abr. □ □ , ou falta de algúa das aqui nomeadas; Se poderão inquirir outras que não pasem do número nesta declaradas [...]”*

“e do quarto artigo diçe que lhe contara Manoel Pinto do Rego, que sahindo de caça de Diogo Dias hua filha sua com duas negras fora o dito Manoel Pinto a caça de Diogo Dias a pedir lhe a divida de Fran. □ □ Vellozo e lhe diçera Diogo Dias, que foçe buscar, as ditas duas negras a Parnagua de caça de Simão Borges, que as ditas negras estavam obrigadas a divida e trouxera sô huma e a outra disera Simão digo huma por nome Maria, e a outra diçera Simão Borges, logo entregaria que tinha hido p. □ caça de seu cunhado Fran. □ □ Peres com a mossã [...]” Por fim, revela “ [...] que ouvira de Manoel Pinto do Rego que lhe dicera Simão Borges que pagava a divida para cobrar quatro pessas, que vinha a ser a negra que estava na em caça de seu cunhado Fran. □ □ Peres e os filhos da dita negra [...]”

De fato, os testemunhos desfavorecem a versão do embargante a favor do embargado. Porém, a par da disputa entre as partes, atente-se para a situação das administradas. A estratégia do embargante para permanecer na posse da administrada Engracia consistiu em afirmar que por se tratar de uma carijó, pelas Leis de sua Majestade, não se podia vendê-la, mas apenas recebê-la por herança. Esta “interpretação” lhe favorece, uma vez que por este raciocínio ficava claro a quem pertencia Engracia, isto é, a sua mulher, filha e herdeira do administrador originário.

Isto sugere que os colonos interpretavam as Leis reais, bem como a correição do Ouvidor Pardino de um modo muito peculiar, querendo, quando isto lhes convinha, ler nelas apenas uma proibição de venda dos indígenas. Entediam que a administração particular, uma espécie de regime de trabalho obrigatório (e também ideológico de doutrinação na Santa Fé cristã), transmitia-se por herança aos herdeiros do administrador. Ou seja, os herdeiros continuariam a dispor dos serviços dos administrados os quais passavam de geração a geração, bem como dos filhos havidos destes. E isto incluía não apenas legá-los por testamento ou atribuí-los em partilhas de bens nos inventários, mas também transferi-los por dotes as filhas que viessem a casar.

Trava-se de um artifício para burlar as ordens reais de não sujeição e cativeiro do gentio da terra, pois os moradores locais tinham conhecimento, ao menos de forma segura, das correições do citado Ouvidor Pardino. Sobre esta afirmação, ressalte-se na mesma Carta de Inquirição, a resposta das testemunhas ao sétimo artigo. As quatro primeiras testemunhas dizem, em suma, o afirmado pela segunda: *“e do setimo artigo diçe que emquanto a esta villa não tinha vindo o D. □ □ Raphael Pires Pardino em correição sempre se venderam pessas carijós; o que agora senão fas, depois dos capitulos de correição [...]”* Contudo, a quinta e última testemunha, o mencionado Guilherme Nogueira Passos, afirma outra coisa: *“e do setimo artigo diçe que sempre vira e ouvira dizer não se podia vender carijós porem por estas c. □ z tem visto a vários vender.”*

Avalie-se agora a causa como um todo. O que se observa dos ditos das testemunhas é que as duas administradas não só foram vendidas, como o juízo ordinário parece ter reconhecido

essa alienação como válida, pois ela fundamentou a execução do crédito a favor do comprador. Objeto de compra e venda, as duas administradas foram tomadas juridicamente como coisas, tal qual era a condição do escravo.

Também é certo que seria arriscado generalizar as situações aqui tratadas a partir de tão poucos casos, mas é possível dizer que elas são ao menos indiciárias da manipulação das Ordens Reais que proibiam reduzir o gentio da terra à escravidão. Vale dizer, embora o que chega até os dias de hoje sejam apenas fragmentos daquela realidade, transparece que os colonos locais souberam preencher as brechas deixadas pela Legislação Real de modo a favorecer os seus interesses na conservação da mão-de-obra escrava indígena, interpretando aquelas disposições a seu favor.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse quadro, se pode divisar que os índios no período colonial ocupam uma posição muito peculiar, ponto de encontro entre diversos interesses diferentes, que incidem diretamente sobre a definição de sua situação jurídica.

De um lado os moradores locais, sempre apoiados pelas Câmaras Municipais, pretendem reduzir o “gentio da terra” à escravidão, uma vez que aí está a força motriz de toda a sua lavoura e comércio, bem como de todo o serviço doméstico e de transporte de mercadorias; de outro, os religiosos, com destaque para os jesuítas, que defendem a liberdade natural dos indígenas, embora os confinando em aldeamentos. Ao meio, situavam-se a Real Coroa e os Governadores locais, tentando conciliar essas posições, considerando, conforme seus interesses exigiam, um lado ou outro, mas raramente o lado dos índios.

Em verdade, as próprias Leis reais não são uniformes apresentando em seu conteúdo muitas contradições. Entretanto, quando se considera a Legislação à luz da pragmática da época que consagrava um instituto jurídico de contornos mal definidos sob o nome de “administração particular”, a ambigüidade da situação dos indígenas fica ainda mais evidente.

Nesse sentido, Beatriz Perrone-Moisés escreve que “*as análises da situação legal dos índios durante os três séculos de colonização reafirmaram o caráter ineficaz ou francamente negativo das leis.*”. (Perrone-Moisés, 1998, p.114). Como indicam as fontes históricas, a eficácia da

legislação indigenista no Brasil tinha de enfrentar o arraigado “uso e costume da terra”, que legitimava um Direito à escravização dos indígenas pelos colonos e não um direito de liberdade por parte destes últimos em face daqueles, como prescrevem as Leis Reais.

Daí a observação de John Monteiro, que estudou a escravidão indígena em São Paulo, quando fala no “*paradoxo legal do sistema de administração particular*”, meio pelo qual se legitimou juridicamente a utilização da mão-de-obra escrava indígena: “*Assumindo o papel de administradores particulares dos índios – considerados como incapazes de administrar a si mesmos -, os colonos produziram um artifício no qual se apropriaram do direito de exercer pleno controle sobre a pessoa e a propriedade dos mesmos sem que isso fosse caracterizado juridicamente como escravidão.*” (Monteiro, 2005, p.137)

Ademais, como escreve Diogo Soares em parecer pedido pelo Governador da Capitania de São Paulo, “*Que os Índios Sejam Livres, não hé doutrina noua, mas tão certa eSegura [...] Esta Verdade conhecem não Só os Índios já baptizados, mas ainda os Parassiz, e mais Pouos do Cuyabá não convertidos: porem esta Liberdade não deue deSer tão absoluta, que deixe deos obrigar aviuerem aldeados, ou na Sogeição de hum bom administrador [...]; porque outro qualquer gênero de liberdade hé pernisiocissimo em semelhante casta de gente [...].*³⁶²” O que expressa a opinião comum à época, segundo a qual os índios eram incapazes de governar a si próprios, razão pela qual precisavam ser sustentados, vestidos e sobretudo doutrinados na religião e nos bons costumes. Em suma, precisavam de um senhor, de um administrador.

Qual é, portanto, o estatuto jurídico do índio na sociedade colonial curitibana setecentista? Era livre, como enunciavam as leis, ou os casos acima mencionados nos mostram que estava submetido a um regime de escravidão? A resposta é complexa porque reflete a própria complexidade do Direito no período colonial brasileiro. De acordo com as muitas Leis já referidas, os indígenas eram por “direito natural” livres, não podendo ser cativados senão em casos excepcionais. Ocorre que, paralelamente, o costume das vilas tornava-os escravos, e o índio era considerado um bem, uma propriedade transmissível, por exemplo, por meio de herança, alienação, dotes ou ainda objeto de penhora judicial, como transparece da documentação consultada. Costume este que também era Direito, já que todas essas transações passavam pelo juízo ordinário da vila e vinham corroboradas nas sentenças e despachos dos juizes locais.

³⁶² Parecer datado de 12 dezembro de 1735. Documentos interessantes para a história e os costumes de São Paulo, vol. III, São Paulo, 1913, Typografia Carodozo Filho & Cia, p. 93-96.

Os estudos mais recentes de História do Direito descrevem essa situação de complexidade social, política e jurídica da sociedade colonial como aquela na qual vigorava um “pluralismo jurídico”. Este Direito de Antigo regime consagrava a “*coexistência de ordens jurídicas diversas no seio do mesmo ordenamento jurídico*”³⁶³.

Em verdade, há uma polissemia de poderes³⁶⁴ em concorrência na determinação do estatuto jurídico dos indígenas. A ambigüidade desse estado provém do fato de que cada um desses poderes “diz um direito” de sinal contrário para o mesmo problema. E, como a Colônia estava muito distante da fonte da qual emanavam as ordens reais, a eficácia daquela Legislação diminui, de modo que os poderes locais, até pela impossibilidade de uma fiscalização contínua da Coroa Portuguesa, tem um largo espaço para aplicar o seu Direito, quer dizer o Direito local.

Concluindo, só o fato de que para alcançar a liberdade era preciso requerê-la em juízo, já é indicativo de que ao menos na prática não se dispunha dela. Há, porém, uma questão em aberto: será que se pode mesmo falar que este sistema jurídico de criação local chamado “administração particular” é um exemplo de Direito colonial brasileiro³⁶⁵? Ainda é preciso investigar melhor as fontes para responder a esta questão. Até o estágio atual da pesquisa é possível afirmar que a instituição jurídica da administração particular tem se revelado muito mais rica do que poderia parecer a primeira vista, e, sem dúvida, parece ter regras próprias³⁶⁶. Regras que embora não escritas, eram observadas e aplicadas na Vila de Curitiba, bem como na Capitania de São Paulo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fontes primárias

³⁶³ De acordo com Antonio Manuel Hespanha, pluralismo jurídico significa “a coexistência de distintos complexos de normas, com legitimidade e conteúdos distintos, no mesmo espaço social, sem que exista uma regra de conflitos fixa e inequívoca que delimite, de uma forma previsível de antemão, o âmbito de vigência de cada ordem jurídica.” (Hespanha, 2006, p. 96)

³⁶⁴ “O poder era, por natureza, repartido; e, numa sociedade bem governada, esta partilha natural deve traduzir-se na autonomia político-jurídica (*iurisdictio*) dos corpos sociais.” Entendendo-se por *iurisdictio* “o poder de fazer leis e estatutos”. (Hespanha, 2006, p. 30-31).

³⁶⁵ “Para se falar de um direito colonial brasileiro -, é preciso entender que, no sistema jurídico de Antigo Regime, a autonomia de um direito não decorria principalmente de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou de indeterminação e assistentes na própria abertura do direito comum.” (Hespanha, 2009, p. 95)

³⁶⁶ Regras que dispõem, por exemplo, sob quais condições se transmitiam os administrados aos herdeiros, se podiam ser alienados ou não a terceiros e quando a condição jurídica de administrado se transmite a um indivíduo. Regras que parecem ser próprias à escravidão indígena e diversas das que regiam a escravidão negra.

“Autos cíveis”, Juízo Ordinário da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba, 1700-1750. *Departamento estadual de Arquivo Público do Paraná*

Boletim do Arquivo Municipal de Curitiba, 11 vols., Typ. e Lith. a vapor, Imprensa Paranaense, 1906-1957)

Documentos interessantes para a história e os costumes de São Paulo. 94 vols., São Paulo, 1913 - 1990.

Fontes secundárias

BURMESTER, Ana Maria de Oliveira. *A população de Curitiba no século XVIII (1751-1800) segundo os registros paroquiais*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná, 1974.

CAMPOS, Alzira Lobo A. A configuração dos agregados como grupo social: marginalidade e peneiramento (o exemplo da cidade de São Paulo no século XVIII). *Revista de História*, n.º 117, USP, 1984, p. 27-69.

HESPANHA, Antonio Manuel. O Direito dos letrados no império português. Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2006. _____. *Porque é que existe e em que consiste um direito colonial brasileiro*. Disponível em: <http://www.hespanha.net/>. Acesso em 26.7.09, 14:30 hs.

MONTEIRO, John Manuel. *Negros da terra: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo*. 4 rei. São Paulo (SP): Companhia das Letras, 2005.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos. Os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In ____ CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). *História dos índios no Brasil*. 2 ed., São Paulo (SP): Companhia das Letras, 1998.

O LIBERALISMO NAS TERRAS DO IMPERADOR

*Luciene Dal Ri**

[...] a verdade político-constitucional é, a maior parte das vezes, uma história externa aos documentos constitucionais [...] um conceito operativo de constituição, no plano historiográfico, deve aproximar-se da forma estrutural político-social de uma época, o que aponta para uma noção de constituição mais ampla do que a de simples documento escrito (CANOTILHO, 1993, p. 247).

INTRODUÇÃO

A concepção moderna de constituição é inseparável dos movimentos constitucionalistas e liberais. Nesse sentido, constata-se com Canotilho (1993, p. 51) e com Fioravanti (1999, p. 8), que não existe um constitucionalismo, mas diversos movimentos ou doutrinas constitucionalistas que em alguns momentos aproximam-se. O estudo do movimento constitucionalista brasileiro, na primeira metade do século XIX, ocorre assim dentro de um contexto tanto com matizes nacionais quanto com elementos “não isolados”.

Os reflexos desses movimentos, que visavam limitar os poderes do Estado e garantir direitos aos indivíduos, são indiscutíveis antes e depois da proclamação da independência.³⁶⁷ Os movimentos constitucionalistas e os princípios liberais que os influenciaram tinham como principal contraposição o absolutismo devido a não limitação do poder do Estado e da conseqüente negação ou incerteza de direitos, que não permitia regras claras e segurança nas relações econômicas (DALLARI, 2010, p. 100).

* Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma - La Sapienza e professora no curso de graduação em Direito e no curso de Mestrado em Desenvolvimento da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ.

³⁶⁷ “O influxo europeu, inglês e continental sobre o constitucionalismo brasileiro é traço marcante dos primeiros momentos de definição do nosso estatuto institucional” (BONAVIDES, 2000, p. 156).

1. O constitucionalismo português e a “Súplica” a Napoleão

O constitucionalismo português no século XIX é amplamente marcado pela “Súplica” à Napoleão. Canotilho (1993, p. 149) o define como o primeiro “texto sistematizado em jeito de proposta de uma constituição para Portugal” e Bonavides define o ato “como o primeiro documento de aspiração constitucional da língua portuguesa”; (BONAVIDES, 2001, p. 192; WOLKMER, 2009, p. 58). A “Súplica” era uma proposta sistematizada que buscava a introdução em Portugal de formas representativas e princípios de igualdade civil e fiscal, liberdades e educação (CANOTILHO, 1993, p. 149; BONAVIDES, 2001, p. 192; HESPANHA, 2008, p. 80). Na proposta apresentada pelos portugueses a Napoleão não havia a pretensão de convocar uma assembléia constituinte, mas simplesmente o pedido de concessão de uma carta normativa.³⁶⁸

A oposição da monarquia portuguesa aos movimentos constitucionalistas, português e brasileiro, atrasou a elaboração de uma constituição lusitana e gerou verdadeiras revoluções em Portugal e no Brasil. A busca por evitar as influências dos movimentos constitucionalistas é amplamente ligada ao aspecto liberal e racionalista dessas doutrinas, que supera o absolutismo e elimina os privilégios da nobreza. De um modo geral, o constitucionalismo implica uma concepção do homem não como súdito, mas sim como indivíduo portador de direitos naturais e, portanto, inatos. Esses direitos limitam o poder do Estado e contrapõe-se assim ao absolutismo monárquico.³⁶⁹

A primeira constituição portuguesa foi decretada apenas em 1822 e, em tese, seria aplicada no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve. Seu decreto pelas cortes gerais, extraordinárias e constituintes foi sentido no Brasil também pela intrincada “participação” de deputados brasileiros, que durante a sua elaboração buscaram manter a união constitucional dos dois reinos.³⁷⁰

³⁶⁸ Após o evento da “Súplica” em Portugal, ocorreu no Brasil o “ato equivocado” do Decreto de D. João VI, em 21 de abril de 1821. Nesse ordenava-se a vigência interina da Constituição espanhola de 1812 “até a instalação da Constituição em que trabalharão as cortes atuais de Lisboa”. O decreto durou apenas um dia, mas evidenciou a clara influência do constitucionalismo espanhol sobre o português, trazendo a público as linhas mestras da elaboração da constituição “vintista”.

³⁶⁹ “Do ponto de vista político, a Constituição, definindo limites e regras para o exercício do poder político, passou a ser referida como garantia contra o absolutismo e o exercício arbitrário do poder pelo rei ou pela nobreza, razão pela qual foi incorporada ao aparato indispensável do Estado liberal-burguês” (DALLARI, 2010, p. 99).

³⁷⁰ A constituição foi de breve duração e tinha forte influência da constituição espanhola de 1812.

O movimento liberal, que explodiu com a conspiração de Gomes Freire em 1817 e com a Revolução do Porto de 1820, fez-se sentir fortemente no texto constitucional “vintista” desde o preâmbulo.³⁷¹

As Cortes Gerais, extraordinárias e constituintes da nação portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a têm oprimido e ainda oprimem, tiveram sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no esquecimento das leis fundamentais da monarquia; e havendo outrossim considerado que somente pelo restabelecimento destas leis ampliadas e reformadas, pode conseguir a prosperidade da mesma nação, e precaver-se, que ela não torne a cair no abismo, de que salvou a heróica virtude de seus filhos; decretam a seguinte Constituição Política, a fim de assegurar os direitos de cada um, e o bem geral de todos os portugueses.

A declaração de direitos e deveres individuais abre a constituição portuguesa e assegura nos seus artigos 1º ao 19º a liberdade, igualdade, segurança e propriedade de todos os cidadãos. Nesta, extinguiu-se a tortura, previa-se o direito de petição e a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, bem como se quebrava a concepção de cargo ou função pública como patrimônio pessoal de seu ocupante. A inserção de direitos e deveres individuais na constituição portuguesa é baseada no liberalismo da Constituição de Cádiz, de 1812 que propunha conservar e proteger a liberdade civil, a propriedade e os demais direitos legítimos dos cidadãos espanhóis.³⁷²

2. As origens do constitucionalismo brasileiro na Revolução Pernambucana

O primeiro ato voltado à confecção de uma constituição em terras brasileiras ocorreu através da Revolução Pernambucana, movimento de cunho liberal, separatista e republicano que não só estabeleceu o Governo Provisório da República de Pernambuco, como decretou em março de 1817 uma Lei orgânica. A Lei orgânica da República de Pernambuco constava de 28 artigos e pode ser considerada como um ato constituinte provisório, visto que se almejava a elaboração de uma Constituição por uma Assembléia Constituinte (BONAVIDES, 2001, p. 193).

³⁷¹ Os deputados brasileiros nas Cortes portuguesas logo se tornaram ativos no processo de autonomia nacional, mas defrontaram-se com uma política reacionária portuguesa que buscava reduzir a autonomia até então conquistada pelo Brasil. Ver Bonavides (2001, p. 194) e Lopes (2008, p. 255).

³⁷² A constituição espanhola previa em seu artigo 4º “A nação está obrigada a conservar e proteger, por leis sábias e justas a liberdade civil, a propriedade e mais direitos legítimos de todos os indivíduos que a compõem”. Constituição de Cádiz, Constituição Política da Nação Espanhola (19 de março de 1812). “A Constituição de Cádiz fora deveras relevante em determinar as bases liberais da primeira Carta Magna de Portugal: a chamada 'Constituição vintista' de 23 de setembro de 1822” (BONAVIDES, 2000, p. 156). Ver também Ramos (2003, p. 261).

O ato constituinte provisório pernambucano evidencia concepções avançadas para o Brasil da época, como a concepção de soberania popular, liberdade de imprensa e religiosa (mantendo, porém, a religião de Estado), e a referência aos direitos do homem, denotando a clara inspiração na Revolução Francesa (BONAVIDES, 2001, p. 193).

Os ideais do liberalismo encontram, porém, sérias dificuldades em lidar com interesses escravocratas e aristocráticos, vendo a contraposição entre o ideal de liberdade e o ideal de sacralidade da propriedade. Os proprietários rurais pernambucanos tinham como principal atividade o cultivo da cana de açúcar, atividade de fundo escravista, e viam na revolução a possível abolição da escravatura, tornando inviável a sua atividade.

O choque de interesses leva o governo provisório a dialogar com os proprietários rurais, visando acalmá-los. A proclamação do governo provisório aos patriotas atestava então a igualdade dos homens, independente de cor, mas aceitava e “defendia” a sacralidade e a inviolabilidade da propriedade acima da justiça. Impelida pelas duas forças opostas à revolução, então, defendeu um processo de abolição “lento, regular e legal” (BONAVIDES; AMARAL, 2002, p. 481).

3. A independência e o movimento constitucionalista

O liberalismo teve forte influência no âmbito jurídico e político que envolvia autonomia brasileira diante de Portugal (LOPES, 2008, p. 255). Como evidencia Vieira (1988, p. 47) parece existir um consenso que a orientação dada às constituições brasileiras tem sido, em linhas gerais, orientada por princípios liberais como a separação de poderes, os direitos individuais e a representação política.³⁷³ O Brasil seguiu a linha traçada também pelos demais países latino-americanos, durante a sua formação, onde a ordem liberal possibilitou a sua integração à estrutura capitalista em nível internacional. As formas como o Brasil e os demais países latino-americanos adequaram-se ao liberalismo, porém, são sensivelmente diferentes (Vieira, 1988, p. 53). O Brasil não rompeu com o passado europeu, com o Antigo Regime, mas o transformou dentro do que era necessário para a sua sobrevivência (BONAVIDES, 2000, p. 157).

³⁷³ Vieira (1988, p. 47) evidencia o debate sobre a articulação do modelo liberal nas constituições brasileiras. Segundo o autor podemos reduzir o debate a três linhas teóricas: 1 – afirma que os princípios liberais tornaram-se algo abstrato e formal nas constituições brasileiras devido à incapacidade das elites e a inexistência de uma ordem burguesa; 2 – afirma que a ordem liberal foi “importada”, sendo “idéias fora do lugar”; 3 – afirma que a ordem liberal surge na sociedade brasileira como fruto das articulações sociais das relações de produção.

O liberalismo revela-se nesse primeiro momento amplamente vinculado à temas da autonomia nacional, ao patriotismo e à ruptura do domínio português, sendo contrário ao sistema colonial mais do que à monarquia. Buscava-se maior autonomia para o comércio, a justiça, e a administração pública (BONAVIDES, 1991, p. 6). O ideal republicano, que insurgia nas revoluções, não era compartilhado por todos os opositores da política e da administração reacionária portuguesa.³⁷⁴

O controle e a limitação do poder são elementos mais importantes para o liberalismo do que a definição de quem detém o poder (BOBBIO, 2000, p. 55; CANOTILHO, 1993, p. 54). Nesse sentido, o constitucionalismo tornou-se o instrumento de consubstanciação do liberalismo, através do qual se defendia a descentralização do Estado, o sistema bicameral (enfraquecendo o legislativo), o sufrágio eleitoral com um baixo censo, a independência judicial e o sistema de júri, a proteção de opinião pública através de leis liberais de imprensa. Esses elementos evitam o aumento da força do Estado (HESPANHA, 2003, p. 103). A limitação do poder e a luta pela autonomia nacional são elementos comungados por todos os liberais naquele momento histórico.

A luta pela autonomia política em relação a Portugal é evidenciada, antes mesmo da independência, pela convocação da "Assembléia Geral Brasileira e Constituinte e Legislativa" em 03 de junho de 1822. Na Assembleia instaurada apenas em 1823, a convicção liberal dos Andradas, marcada desde a Revolução Pernambucana, insurge-se com maior força contra o Imperador e é paga com o exílio.

A criação de uma assembleia constituinte não exclui, porém, certa "comunhão" de experiência constitucional entre Brasil e Portugal.

A primeira época constitucional do Brasil, já nos seus primórdios, já na sua trajetória ao longo do Primeiro Reinado, guarda estreitos vínculos com Portugal, redundando numa singular comunhão de textos constitucionais, produto da mesma outorga imperial nos dois países: no Brasil, a Constituição de 1824; em Portugal, a Carta de 1826, cópia daquela que D. Pedro nos concedera e que ele fez chegar à Regência de Lisboa pelas mãos do embaixador inglês.

Foi, diga-se de passagem, um texto, em matéria de limitação de poderes, relativamente bem sucedido, tanto lá quanto aqui, não obstante o seu baixo grau teórico de legitimidade e suas discrepâncias com a inteireza democrática e representativa do século revolucionário que proclamara os direitos do homem e sagrara a inviolabilidade constitucional da separação de poderes (BONAVIDES, 2000, p. 157).

A Lei Fundamental de 1824, outorgada pelo imperador, mantém traços liberais e afirma em seu primeiro artigo o Império do Brasil como Nação livre e independente, que não admite com

³⁷⁴

Sobre liberalismo e democracia no século XIX, ver Bobbio (2000, p. 53).

qualquer outra nenhum laço que se oponha à independência. A influência liberal reflete-se também na declaração de direitos e na divisão de poderes, tendo como base o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como na participação da população na “comunhão política” através do voto censitário e indireto.³⁷⁵ Em contraste com a monarquia parlamentar houve, porém, a manutenção da centralização do poder do Estado, denotando uma clara tendência absolutista.³⁷⁶

4. Os direitos incorporados à constituição

A gradual inserção de direitos como parte das constituições americana, francesa, espanhola e portuguesa fundamenta histórica e juridicamente a presença de direitos e garantias na constituição brasileira. O Brasil embora tenha mantido aspectos do absolutismo português, soube incorporar as revoluções liberais através da presença de direitos civis e direitos políticos. Observa-se também na Constituição Imperial a presença de elementos típicos das constituições sociais, como a garantia dos socorros públicos e a instrução primária gratuita a todos os cidadãos.³⁷⁷ Esses direitos são particularmente resguardados na Lei fundamental, através do seu artigo 178 que os coloca como parte rígida da constituição juntamente com “o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos”.³⁷⁸

Os direitos civis dos cidadãos brasileiros têm por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade.³⁷⁹ Direitos típicos do liberalismo e das Declarações de direitos do século XVIII.³⁸⁰

O condicionamento de tais direitos aos brasileiros não implica a total exclusão dos estrangeiros. Como esclarece Teixeira de Freitas, os estrangeiros não são privados de direitos civis,

³⁷⁵ Sobre a instalação e dissolução da Assembléia Constituinte de 1823, bem como a outorga da Constituição de 1824, ver: Silva (1998, p. 76), Cerqueira (1997, p. 33) e Lopes (2008, p. 258).

³⁷⁶ “Foi uma constituição liberal, no reconhecimento de direitos, não obstante autoritária, se examinarmos a soma de poderes que se concentram nas mãos do Imperador. É verdade que instituiu a supremacia do homem-proprietário. Só este era *full-member* (isto é membro completo) do corpo social. Mas nisto fez coro a Locke e à ideologia liberal. Esta marcou sua profunda influência no processo da independência e formação política do Brasil, como bem sustentou Vicente Barreto”. “As instituições brasileiras dariam continuidade ao direito português” também no Direito público (HERKENHOFF, 2001, p. 67). Ver sobre o tema: Cerqueira (1997, p. 33); Horta (2007, p. 39); Nogueira (1997, p. 26).

³⁷⁷ Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, art. 179, XXXI e XXXII

³⁷⁸ Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, art. 178. “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

³⁷⁹ A Constituição Política do Império do Brasil, 1824, outorgada por D. Pedro I: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”.

³⁸⁰ *The Virginia declaration of rights* (1776) e a *Declaration des Droits de l'homme et du Citoyen* (1789).

mas sofrem restrições na ordem civil.³⁸¹ A supressão de direitos aos estrangeiros ocorre particularmente na ordem política e no que concerne à cidadania podemos distinguir entre cidadãos ativos e passivos.

5. Cidadania e direitos políticos

As linhas gerais da constituição imperial eram voltadas a afirmar um forte individualismo econômico, bem observado através da legitimação do “cidadão-proprietário”, a manutenção da escravidão, e a exclusão dos direitos políticos da maioria da população do país (WOLKMER, 2009, p. 108).

Os direitos políticos são concernentes à faculdade ou ao poder de intervenção dos cidadãos no governo de seu país. Esses direitos tornaram-se o foco dos direitos concernentes à cidadania, visto que os direitos civis foram estendidos, com restrições aos estrangeiros (TEIXEIRA DE FREITAS, 2003, p. CXXXI).

Seguindo as linhas expostas nas Instruções de 19 de junho de 1822, a constituição de 1824 não estende o gozo dos direitos políticos a todos os cidadãos.³⁸² Nesse sentido, os cidadãos são distintos entre ativos e inativos, de acordo com a sua renda líquida anual por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego.³⁸³

³⁸¹ “Na ordem política a linha de separação entre reinícolas e estrangeiros é indestrutível, na ordem civil não ha linha de separação, ha restricções; e por muitas que fossem, longe estarião de uma supressão completa. Se a pêrda da nacionalidade produz sempre a dos direitos politicos, ao tempo que pouco influe nos direitos civis, é bem evidente, que a qualificação da nacionalidade pertence ao Direito Constitucional, e não ao Direito Civil” (TEIXEIRA DE FREITAS, 2003, p. CXXX). No mesmo sentido Pimenta Bueno (2002, p. 468) ao afirmar que os direitos civis são compostos pelos direitos individuais reconhecidos e garantidos pela lei civil, e pelas instituições e disposições cíveis de cada nacionalidade.

³⁸² Nas Instruções anteriores, ou seja, naquelas de 7 de março de 1821 e de 16 de fevereiro de 1822, as disposições eram inspiradas na Constituição Espanhola de 1812 e previam o sufrágio universal, não havendo restrição de voto (FERREIRA, 2001, p. 129).

³⁸³ As eleições eram indiretas, elegendo em Assembleias Paroquiais os eleitores da Província e estes elegeriam os representantes (deputados gerais ou provinciais). Para ser escolhido como eleitor (ou seja, escolher os deputados, senadores e membros dos conselhos de Província), era preciso ter renda de duzentos mil réis e não ser liberto, nem estar pronunciado criminalmente (no que equivaleria à queixa particular ou denúncia pública). Dentre os eleitores eram hábeis para serem nomeados deputados somente os com renda anual superior a 400 mil réis, exceto os brasileiros naturalizados e que não professassem a religião de Estado (Católica). Desse grupo eram excluídos, porém, os menores de 25 anos (com algumas exceções), os filhos que vivessem na companhia dos pais, os criados de servir (com exceções) e os religiosos (de ordens religiosas conventuais). Dentre as exceções da exclusão baseada no art. 92, inciso I, ou seja, as relativas aos cidadãos maiores de 25 anos, cabe destacar que podiam votar para Eleitores de Província, os brasileiros, natos ou naturalizados, que correspondessem à renda econômica e fossem: maiores de vinte e cinco anos; casados e oficiais militares maiores de vinte e um anos; bacharéis formados e clérigos de ordens sacras. Ver Constituição Política do Império do Brasil, art. 90 ss.

O cidadão ativo é caracterizado por ter o poder econômico alto no período de promulgação da constituição.³⁸⁴ A concessão dos direitos políticos à classe de poder econômico alto, durante o início do Império, delineia um acordo de fundo sobre quem exerce o poder e como esse deve ser exercido.³⁸⁵

Os direitos políticos, como bem deflagra Ferreira sobre a Lei Eleitoral de 1822 que praticamente se mantém através da Constituição de 1824, eram “privilégio dos proprietários de terras e engenhos, não obstante a sua extensão aos guarda-livros e primeiros-caixeiros das casas comerciais, criados da Casa real (de hierarquia superior) e administradores de fazendas e fábricas. De qualquer modo, o exercício do voto, direito político, assentava-se sobre bases econômicas” (FERREIRA, 2001, p. 130).

Nesse sentido, observa-se a influência jusnaturalista sobre a constituição, onde a condição econômica dos cidadãos para o exercício dos direitos políticos diferencia-se do elemento de moderação do conflito social previsto por Aristóteles (1997, p. 135). Na Constituição Imperial não se busca dar condições econômicas para que os cidadãos tenham participação política de forma “independente”, porquanto os direitos políticos seriam dados apenas aos cidadãos que, por atingirem certa renda, seriam independentes.

A Carta Magna segue, então, uma filosofia política de aguçamento da concepção de liberdade civil com base econômica, presente na obra de James Harrington, que condiciona os direitos políticos à propriedade, e de Immanuel Kant e Benjamin Constant que justificam a condição censitária dos direitos políticos com a necessidade de confiar o direito de voto somente aos cidadãos que usufruam de certa “independência civil”, porque titulares de bens que substancialmente os tornem senhores de si mesmos. Essa concepção de fundo liberal e jusnaturalista enquadra-se numa política de equilíbrio com interesses burgueses e liberais.³⁸⁶

³⁸⁴ Os valores estabelecidos como base para o exercício dos direitos políticos não foram modificados durante a vigência da constituição imperial, sendo “amortizados” com a desvalorização econômica e tornando aquele exercício gradativamente acessível a maior parte da população.

³⁸⁵ Dentre os quatro poderes do Império do Brasil, apenas o legislativo torna-se de certa forma acessível. Visto que o poder moderador era delegado ao Imperador, o poder executivo tinha como chefe o Imperador e o exercia pelos seus ministros de Estado, e o poder judicial era exercido por profissionais especializados.

³⁸⁶ A ideia concernente à importância de uma mínima condição econômica dos cidadãos é presente na *Política* de Aristóteles (1997, p. 135). Para o filósofo grego a melhor forma de chegar à constituição ideal, harmônica e, portanto, estável, ocorre através da construção de uma ampla classe de cidadãos com uma situação econômica mediana, que lhe permita uma vida independente, formando um forte elemento de moderação do conflito social. O aguçamento da concepção de liberdade civil com base econômica é bem presente nas obras de James Harrington (*The Commonwealth of Oceana*, acessado em: <http://www.constitution.org/jh/oceana.htm>), Immanuel Kant (1992, p. 62) e Benjamin Constant (2005, p. 282), que apresentam a condição censitária dos direitos políticos como a necessidade de confiar o direito de voto somente aos cidadãos que usufruam de certa independência civil, porque titulares de certa propriedade,

A distinção entre a cidadania passiva (civil), que abarca a todos os homens da nação, e a cidadania ativa (política), privilégio de alguns “cidadãos-proprietários”, fundamenta o enfoque “juridicista” em que a cidadania reduz-se ao vínculo jurídico com o Estado-nação, em cuja “comunhão política” não todos necessariamente participam (CORRÊA, 2006, p. 218).³⁸⁷

Nesse sentido, a cidadania passiva, limitada ao âmbito civil, constitui o laço jurídico através do qual todos os cidadãos recebem as garantias jurídicas do Estado e tem como direito mais fortemente presente a liberdade (SANTOS, 2005, p. 673; CORRÊA, 2006, p. 218). Os direitos decorrentes da cidadania civil são delineados na Constituição Imperial, em seu art. 179, e devem ser compreendidos dentro de uma sociedade oligárquica e patriarcal, onde os Conselhos de Jurados, ou júris populares, também eram formados pelos eleitores (LOPES, 2008, p. 263).

O fator econômico apresenta-se como um fator de restrição dos direitos políticos dentro do grupo de cidadãos, não sendo vinculado exclusivamente à figura de homem e nem à de nacional. Era necessário ter as “habilitações” que a lei exige, ou seja, a propriedade, a qual era tão cara ao jusnaturalismo e ao capitalismo do século XVIII e XIX (MARSHAL, 1967, p. 70; CORRÊA, 2006, p. 211).

O voto censitário, embora analfabeto, que caracteriza o “cidadão-proprietário” durante o Império é substituído pela possibilidade de exercício dos direitos políticos somente pelos alfabetizados com a primeira constituição republicana. A modificação do sistema político e eleitoral continua, portanto, com forte caráter exclusivista, visto que a taxa de alfabetização nacional entre o final do século XIX e início do século XX, era baixa (cerca de 15%), e menos de 6% da população nacional participava do processo eleitoral (LOVE, 2000, p. 130).

6. Liberalismo e dinâmica da ordem constitucional

O Constitucionalismo era quase uma ideia subversiva no primeiro reinado, por seu caráter liberal e a busca por uma ulterior ruptura com Portugal. Naquele período, várias foram as

que substancialmente os torne senhores de si mesmos. Com mais detalhes sobre o tema: Ferreira (2001, p. 130); Fioravanti (1999, p. 20, p. 89); Dal Ri Jr. (2002, p. 66); Hespanha (2003, p. 104).

³⁸⁷ droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics: tous ne son pas citoyens actifs. Les femmes, du moins dans l'état actuel, les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribueroient en rien à soutenir l'établissement public, ne doivent point influer activement sur la chose publique. Tous peuvent jouir des avantages de la société; mais ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement public, sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs, les véritables membres de l'association”.

manifestações e pressões liberais para o alcance de um novo embasamento para a organização social e política do Brasil. Os liberais tiveram conquistas, mesmo diante da oposição conservadora dos que pretendiam manter privilégios. De fato, a abdicação de Dom Pedro I é ocasionada em grande parte por revoltas, pela crise econômica e pela pressão dos proprietários agrários para liberalizar a política.

A manutenção da monarquia com a Independência e após ela objetivava maior estabilidade em relação à república, visto as experiências da França revolucionária e dos demais países latino-americanos. A pretensão de estabilidade não é, porém, concretizada a fundo por conta das revoluções e crises institucionais que surgem durante todo o período imperial.

O movimento liberal desenvolve novos interesses e assume duas correntes políticas: a primeira contra a monarquia e a sua tendência absolutista; e a segunda contra a centralização nacional buscando o federalismo (LOPES, 2008, p. 256; BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 6). A maior autonomia das províncias era um interesse comum aos dois grupos, sendo que na segunda vertente a luta pela descentralização política não era contrária à monarquia e defendia uma monarquia federativa.³⁸⁸ Aspiração, porém, embargada pela reação conservadora.

Após a abdicação de Dom Pedro I e com o objetivo de diminuir tensões locais, entre os conservadores e os liberais, foi feita a Lei de Autorização da Revisão da Constituição, em 1832. Iniciou-se, então, o projeto de revisão constitucional entre a Câmara dos Deputados, de maior influência liberal, e o Senado, conservador por excelência. Houve muita moderação e restrição de propostas revisionistas. O desentendimento das casas levou à aprovação final do Ato de revisão somente pela Câmara dos Deputados, gerando debate sobre a sua constitucionalidade, visto que a norma também deveria ter sido aprovada pelo Senado.

Devido à força da Câmara dos Deputados, bem como, a exclusão das propostas mais extremistas do Ato Adicional, ele acabou sendo politicamente aceito pelo Senado, que não se opôs juridicamente à sua aplicação.

³⁸⁸ Sobre a concepção de federalismo no século XIX ver Padoin (2010, p. 50): “O federalismo – ou a Federação – era concebido, especialmente antes da Carta Constitucional dos Estados Unidos, como um conceito independente do regime político, ou seja, da organização monárquica ou republicana, pois estava vinculado especialmente aos laços ou alianças que congregavam povos e estados, tanto no sentido interno de organização estatal como no aspecto externo. Da mesma forma, o conceito de República como forma de governo ainda não era o único apresentado nos discursos. Sua fundamentação enquanto sociedade/comunidade/estado organizado pela vontade da maioria do seu “povo”, em que todos obedecem às mesmas leis (inclusive aquele que a mesma escolhe para governá-la) – de forma que uma monarquia pode ser formada por várias repúblicas –, estava presente inclusive nos discursos de alguns farroupilhas”.

O Ato Adicional de 1834 rompeu com a tradição portuguesa de centralização do poder político, criou as assembleias legislativas provinciais com considerável autonomia para legislarem, e inseriu a participação constitucional do presidente da província na atividade legislativa, bem como unificou a Regência.³⁸⁹ Esse “acordo” entre Câmara dos deputados e Senado tentou evitar o alastramento da bandeira republicana e federalista na monarquia de um Estado unitário.

A vitória liberal durou pouco tempo e recebeu o contra-golpe através da Lei de interpretação de 1840, que estabelecia a restrição dos poderes das câmaras provinciais, em proveito da autoridade central, bem como reduzia os poderes do presidente da província.

A articulação da Regência em meio à tensão liberal-conservadora permitiu o diálogo, ou administração das diferenças entre as linhas políticas, fortalecendo politicamente o país, legitimando o poder e superando a herança absolutista portuguesa. A regência não impediu, porém, a proclamação da maioria de Dom Pedro II pelos liberais que buscavam afirmar a unidade do império diante do perigo de desmembramento (SCHWARCZ, 1998, p. 74). A manobra liberal viu-se, porém, às voltas com a política moderada e tendencialmente conservadora do Imperador.

A influência liberal não ocorreu somente a nível político-constitucional e buscou a regulação da propriedade em âmbito civil. Nesse sentido, ocorreram movimentos infraconstitucionais importantes, como a conversão das sesmarias em propriedade absoluta e individual moderna através da lei de 1850 e 1864 colocando em evidência a influência do liberalismo muito além da constituição (VARELA, 2005, p. 125); e a acomodação de parte dos liberais a interesses conservadores quando se tratava da “abolição lenta e regular da escravidão” (Lei Feijó de 1831, Lei Eusébio de Queiroz de 1850, Lei Nabuco de Araújo de 1854, Lei do Ventre Livre de 1871, Lei dos Sexagenários de 1885, Lei Áurea de 1888) (NABUCO, 2000, *passim*. GURGEL, 2008). O patrimonialismo exacerbado impôs-se mesmo diante dos valores de liberdade e de vida humana (DALLARI, 2010, p. 99).

CONCLUSÃO

³⁸⁹ Lei n. 16 - Ato adicional à Constituição do Império (12 agosto 1834) art. 10 e 11. Segundo Vieira (1988, p. 54) “o colapso da estrutura político-jurídica do Brasil-monárquico não se deve a essas meras crises formais, e sim ao surgimento de novas forças sociais. Elas representam o deslocamento do processo social brasileiro, tanto a nível geográfico, do Vale Paraíba para São Paulo, quanto a mudança dos interesses representados no nível político-social”.

O constitucionalismo brasileiro, que nasce e desenvolve-se de forma permeada com o constitucionalismo europeu e particularmente português tenta erguer o princípio do governo limitado, e através desse instituir e garantir direitos individuais dentro de um sistema impregnado de centralização do poder, em acertos e desacertos com os interesses liberais.³⁹⁰

Observa-se, portanto, desde os primeiros atos constitucionais brasileiros a tendência a ordenar, fundar e limitar o poder político e reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo (CANOTILHO, 1993, p. 54.). As características da constituição foram além das heranças absolutistas de Portugal, constando de influências liberais que legitimaram o “cidadão-proprietário”, colocando a liberdade (e a propriedade!) acima da igualdade; e ao mesmo tempo evidenciando elementos típicos das constituições sociais do século XX.

O liberalismo na ordem sócio-política brasileira agiu para a independência nacional, mas não impôs inicialmente a república como nos demais países latino-americanos. O liberalismo, através do movimento constitucionalista, lutou pela autonomia, segurança e expansão das relações econômicas e financeiras, bem como pela inserção de direitos e garantias individuais que limitem o poder do Estado.

O constitucionalismo e o liberalismo que levaram à independência e foram pouco aceitos durante o primeiro reinado, influenciaram fortemente a elaboração e modificação da ordem geral das relações sociais e políticas sob o Império. A luta contínua de umas das vertentes do liberalismo nacional acabou corroendo o império e arquitetando a república, sem para tanto erigir uma sociedade mais igualitária.

REFERÊNCIAS

ARISTOTELE. *Politica*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In *Estudos Avançados*, vol. 14, n. 40. São Paulo Sept./Dec. 2000.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. Brasília: Senado federal, Conselho editorial, 2002.

³⁹⁰ A constituição brasileira de 1824 resultou como texto base da constituição portuguesa de 1826, servindo a ex-colônia de exemplo à ex-metrópole e mantendo laços comuns mesmo após a independência (CANOTILHO, 1993, p. 51).

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRITO, Jorge e EICHLER, Athos. Um texto desconhecido sobre a Constituição de 1823. In: *Fragmentos de estudos da história da Assembléia Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.
- BUENO, José Antônio Pimenta. Marquês de São Vicente. Organização e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6. ed. Coimbra: LIVRARIA ALMEDINA COIMBRA, 1993.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. As Constituições. In: José Mattoso (org.), *História de Portugal*, vol. V, Lisboa: Círculo de Leitores, 1993.
- CERQUEIRA, Marcello. *Cartas Constitucionais: Império, República e Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- Constituição de Cádiz – Constituição Política da Nação Espanhola, 1812.
- Constituição Política da Nação Portuguesa, 1822.
- Constituição Política do Império do Brasil, 1824.
- Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil, 1891.
- CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania. Reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Unijuí, 2006.
- DAL RI Jr., Arno. Evolução histórica e fundamentos políticos-jurídicos da cidadania. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Maria Odete de (org.) *Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais*. Ijuí: Unijuí, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- Declaration des Droits de l'homme et du Citoyen* (1789).
- DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembléia Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.
- FERREIRA, Manuel Rodrigues. *A evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999.
- GURGEL, Argemiro Eloy. Uma lei para inglês ver: a trajetória da lei de 7 de novembro de 1831. In: *Justiça e História* - vol 6 nº 12, 2008.

- HARRINGTON, James. *The Commonwealth of Oceana*. Disponível em: <http://www.constitution.org/jh/oceana.htm>, Acesso em: 23 mar. 2010.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania*. 2 ed. Manaus: Editora Valer, 2001.
- HESPANHA, Manuel. Sob o signo de Napoleão. A Súplica constitucional de 1808. In: *Almanack braziliense*, n. 7, maio 2008.
- HESPANHA, António Manuel. Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre antigo regime e liberalismo. In: *Brasil. Formação do Estado e da Nação*. São Paulo-Ijuí:Fapesp, Ed. Hucitec, Ed. Unijuí, 2003.
- HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Editora Decálogo, 2007.
- KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch 'Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis'*. Frankfurt-am-Main: Klostermann, 1992.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOVE, Joseph L. A república brasileira: federalismo e regionalismo (1889-1937). In: MOTA, Carlos Guilherme (org.), *Viagem incompleta. A experiência brasileira*. São Paulo: Ed. Senac, 2000.
- MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo : Publifolha, 2000.
- NOGUEIRA, Octaciano. Voluntarismo jurídico e o desafio institucional. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 1997.
- PADOIN, Maria Medianeira. República, federalismo e fronteira. In: *História Unisinos* 14(1), Janeiro/Abril 2010.
- RAMOS, Luís A. de Oliveira. A Espanha e o advento do Liberalismo em Portugal: Antes e depois de Cádiz (Temas em análise, temas para estudo). In: *Península. Revista de Estudos Ibéricos*. Entre Portugal e Espanha. Relações Culturais entre século XV-XVIII. n. 0/2003. Institutos de Estudos Ibéricos, Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Disponível em: ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/artigo12811.pdf. Acesso em: 21 out. 2010.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As barbas do imperador: Dom Pedro II, um monarca nos trópicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Brasília: Senado federal, Conselho editorial, 2003 (1876).

The Virginia Declaration of Rights (1776).

VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. São Paulo: Renovar, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2009.

SIEYES, Emmanuel-Joseph. *Préliminaire de la constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*. Versailles, 1789.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005.

A CONSTRUÇÃO DOS ESTADOS FORTES NO SÉCULO XX: APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE OS REGIMES AUTORITÁRIOS E TOTALITÁRIOS

*Manuela Bittar Horn*³⁹¹

Resumo: O presente artigo visa exibir a opinião de consagrados estudiosos a respeito da denominação regimes “autoritários” e “totalitários” tanto para a Itália Fascista e Estado Novo brasileiro, quanto para a Alemanha Nazista e a URSS de Stalin. Demonstrando que para alguns autores é inconcebível a identificação comum, enquanto para outros, apesar das diferenças políticas e culturais, todos podem ser considerados Estados Totalitários. Objetivando, ao mesmo tempo, estabelecer as principais semelhanças e diferenças entre tais regimes.

Palavras Chave: Autoritarismo; Totalitarismo; Legalidade.

Abstract: This article aims to show the opinion of recognized experts regarding the designations authoritarian and totalitarian regime for both Fascist Italy and the Estado Novo in Brazil, and for Nazi Germany and Stalin's USSR. Demonstrating that, for some authors this common definition is unachievable, while for others, despite the political and cultural differences, they can all be considered Totalitarian States. Aiming, at the same time, establish the main similarities and differences between such schemes.

Key Words: Authoritarianism; Totalitarianism; Legalism.

INTRODUÇÃO

Grande palco de batalha da Primeira Guerra Mundial, a Europa teve como consequência uma de suas piores crises econômicas – com a redução dos setores produtivos e uma população em estado de miséria e pobreza.

Sem esperanças de um futuro melhor, com o liberalismo em descrédito, permeados pela crise e pela instabilidade, a sociedade europeia passava a confiar em partidos com ideais intervencionistas, contrários ao ideário liberal. Esses partidos buscavam reerguer a Europa com a instauração de um governo forte, nacionalista, centralizado e popular.

Sobre este momento histórico, Grossi³⁹² explica que a paisagem social havia se modificado na Europa continental, uma vontade de associativismo começava a se fazer presente na

³⁹¹ Graduada em Administração Pública pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) e acadêmica do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Integrante do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune* (UFSC/CNPq).

comunidade, contrária ao Estado “mono – classe”. A crise consistia na perda da compacidade e na imersão de um “eu coletivo”, sentimento que o poder burguês havia ignorado. Tanto na Alemanha nazista, como na Itália fascista, a mudança de regime encontrou motivação no grave conflito social e político e na grave crise econômica, decorrências da Grande Guerra. Motivos que também causaram as alterações políticas ocorridas na União Soviética, contudo, aqui, formou-se um governo popular.

Surgem, neste contexto, os “Estados Fortes”, termo usado pelo italiano Rocco D’Alfonso³⁹³ ao fazer referência ao regime fascista italiano. Menciona o autor que tal regime nasceu como alternativa ao regime liberal-democrático, em que o trinômio: produtividade, monopolização e protecionismo era a antítese dos princípios de livre troca e livre concorrência. Característica esta observada também nos Estados Nazista, Salazarista, Stalinista - entre outros – em que houve a instituição de um Estado Forte fundado na interação entre os indivíduos e grupos sociais, de modo homogêneo e coerente.

Aparecem, assim, os Estados Totalitários e Autoritários, ressaltando-se o fato que para estudiosos como Pietro Costa³⁹⁴, Asua³⁹⁵, Araújo³⁹⁶ - entre outros - todos os governos surgidos com tal identidade eram denominados pelo mesmo nome: totalitários ou autoritários, contudo, com políticas de governo diversas; já para Arendt³⁹⁷ há total diferenciação.

Aproximações e distinções entre os regimes autoritários e totalitários

Hannah Arendt³⁹⁸, em seu livro “As origens do Totalitarismo”, distingue as duas formas de governo de modo incisivo. Não usa o termo “totalitário” para englobar tanto o governo da Alemanha e da URSS, bem como da Itália, da Espanha, de Portugal. Não faz como outros

³⁹² GROSSI, Paolo. L’Europa Del Diritto. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 219-255.

³⁹³ D’AFONSO, Rocco. Construire lo Stato Forte: política, diritto, economia in Alfredo Rocco. Milano: Franco Angeli, 2004.

³⁹⁴ COSTA, Pietro. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale. Quaderni fiorentini XXXVI, 2007; COSTA, Pietro. Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giurispubblicistica del fascismo. Quaderni Fiorentini XXVIII, 1999

³⁹⁵ ASUA, Luis Jimenez. Derecho Penal Soviético. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1947.

³⁹⁶ ARAUJO, J.A. Corrêa. O Projeto de Código Criminal do Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, abril de 1939, p. 15.

³⁹⁷ ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo: Totalitarismo, o Paraxismo do Poder*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Editora: Documentário, 1979.

³⁹⁸ ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo: Totalitarismo, o Paraxismo do Poder*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Editora: Documentário, 1979.

estudiosos que expõem que o autoritarismo era característica de todos eles, embora houvesse diferenças nas estruturas políticas e jurídicas de cada país.

Pietro Costa³⁹⁹, estudioso italiano, ciente da observação⁴⁰⁰ feita por Hannah Arendt, explica que com a queda do liberalismo o cenário muda na Europa, principalmente pelo advento dos regimes “totalitários”. Contudo, ressalva o autor o problema de se recorrer a um sistema unitário – o totalitarismo – quando há divergências estruturais significativas entre Itália, Alemanha e União Soviética. Por este motivo coloca que o fascismo representou um totalitarismo “imperfeito” ou “atenuado” - motivos que serão expostos ao longo do trabalho.

Adverte o mesmo jurista⁴⁰¹ que apesar da proximidade entre os regimes e, ao mesmo tempo, das diferenças específicas, Mussolini usou o termo totalitário no ano de 1925 para rotular de forma mais precisa o real distanciamento de seu governo com o velho arsenal liberal-democrático – expressão utilizada na ocasião para designar um conceito positivo, em que a intenção era demonstrar a preocupação do Estado com a coletividade, a superação da diferença entre Estado e sociedade.

Pactua com o entendimento de Pietro Costa, o jurista espanhol Juan Jimenez de Asua⁴⁰², mencionando que foram a Rússia, a Itália e a Alemanha que instituíram os regimes totalitários, embora não possuíssem a mesma essência. Os Sovietes declaravam que seu governo era pelo Estado e pelos proletariados; a Itália era marcada por uma tirania extremamente nacionalista; já a Alemanha, a mais complicada, pretendia um novo “estilo de vida”, fundada nas características tradicionais germânicas, com vocação imperialista.

Interessante mencionar o que expõe Emilio Gentile⁴⁰³ sobre a questão da Itália fascista ser autoritária ou totalitária. Explica o autor que a Itália governada por Mussolini teve uma tensão constante, nunca revelada, sobre que tipo de regime predominava no período. Para os que pregavam a tese de que era autoritário, diziam que este tipo de governo dominou o país entre 1925 e 1929, por

³⁹⁹ COSTA, Pietro. *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*. Tradução Arno Dal Ri Junior. Quaderni fiorentini XXXVI, 2007.

⁴⁰⁰ Em artigo denominado “Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo” Pietro Costa afirma que o termo totalitário foi utilizado nos anos cinquenta de modo amplo, designando um “tipo ideal” capaz de realçar uma analogia estrutural existente entre regimes que em muitos aspectos são diferentes, quais sejam: o regime fascista, o nazista e o stalinista. (COSTA, Pietro. *Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*. Quaderni Fiorenti XXVIII, 1999, p. 61-62.)

⁴⁰¹ COSTA, Pietro. *Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*. Quaderni Fiorenti XXVIII, 1999, p. 66 - 67.

⁴⁰² ASUA, Luis Jimenez. *Derecho Penal Soviético*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1947, p. 26.

⁴⁰³ GENTILE, Emilio. *La Via Italiana AL Totalitarismo: Il Partito e lo Stato nel regime Fascista*. Roma: Carocci, 2002, p. 136-144.

ter o fascismo se constituído em um Estado definitivo durante este período, totalmente realizado, em que havia o seu primado, a sua dominação sobre todo o universo ideológico e organizador do sistema político fascista. Já o fascismo totalitário dizia que o totalitarismo correspondeu a um primeiro passo para a construção de um Estado integralmente fascista, um estágio que satisfazia uma fase de “compromisso” com a revolução para se mover em direção ao mito da criação dos regimes totalitários, com a efetivação de uma nova política institucional. Assim, uma vez consolidada a fase de tomada de poder, a “revolução fascista” deveria passar à fase de transformação radical, com a efetiva “fasciticização” da sociedade.

O historiador italiano ainda alude que não se pode deixar de considerar a Itália fascista como totalitária, uma vez que foi ela a iniciadora deste modelo entre os países democráticos liberais, passando a ser um exemplo para outros projetos totalitários. O que se pode ressaltar é o fato dela ter encontrado limitações, resistência e obstáculos, passando por um processo de transformação com via, ritmo e tempo diferente de outros experimentos totalitários. Consentindo, assim, com uma definição de fascismo com “totalitarismo inacabado” ou “imperfeito”⁴⁰⁴ – tal como coloca Pietro Costa.

Evidentes Aproximações

Caracterizados pela forte oposição ao liberalismo, os regimes totalitários e os autoritários buscavam aumentar a intervenção estatal para assim reconstruir a Nação em que se faziam presentes. E, ao mesmo tempo, estabelecer o poder da nova ordem imposta.

Franz Schlegelberger, sub-secretário de Estado do Ministério da Justiça do *Reich*, assim se manifestou em artigo produzido em 1938⁴⁰⁵:

Pelo contrário, combate-se o individualismo, precisamente, fomentando a personalidade que se desenvolve na vida comum do povo.
Contribuir para que os homens alcancem tal perfeição é o fim da nova legislação e administração alemãs.

⁴⁰⁴ GENTILE, Emilio. *La Via Italiana AL Totalitarismo: Il Partito e lo Stato nel regime Fascista*. Roma: Carocci, 2002, p. 148-152.

⁴⁰⁵ SCHLEGELBERGER, Franz. *O Direito Alemão no Terceiro Reich*. Revista Forense, Rio de Janeiro, dezembro de 1940, p. 215.

No mesmo sentido foi o pronunciamento do Ministro da Justiça italiano, Alfredo Rocco, em audiência proferida em outubro de 1930⁴⁰⁶:

(...) como organismo ético-religioso, o Estado mostra-se como a própria Nação nessa organizada, ou seja, como uma unidade não só social, mas também étnica, ligada por vínculo de raça, de língua, de costume, de tradições históricas.

A tática política que os regimes buscaram para se estabelecerem no poder também foi semelhante. Em todos eles o poder executivo absorveu, pelo menos em parte, o legislativo, não havendo uma verdadeira separação entre os poderes.

A Lei de Exceção, de 23 de março de 1933, proporcionou a base legal para o regime de Hitler, por conceder, por um período de quatro anos, plenos poderes legislativos e executivos ao chanceler. Em novembro de 1933, uma eleição sem adversários consolidou uma chapa nazista, o que passou a ser um *Reichstag*⁴⁰⁷ apenas decorativo, já que aprovava tudo sem contestação. Continuou a preservar a ilusão de um governo legalista ao prolongar a Lei de Exceção por mais quatro anos, em 1937, e outra vez em 1941⁴⁰⁸.

De maneira similar, a Itália fascista apresentou uma reforma legislativa em que se ampliavam as competências do executivo. Alfredo Rocco, Ministro de Justiça de Mussolini, introduziu na Câmara, no dia 26 de maio de 1925, um projeto de lei que permitia ao poder executivo emanar normas jurídicas⁴⁰⁹. E em 1926, confirmando tal poder, o regime fascista fez aprovar uma lei que regulamentava expressamente a promulgação de normas legislativas pelo chefe de governo, após deliberação dos ministros. Contudo, sabe-se que a Câmara perdeu autonomia durante o Fascismo, fazendo com que a prática da legislação governamental por meio de decretos-lei se tornasse regra⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ ROCCO, Alfredo. Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930. Tradução Arno Dal Ri Júnior. In: *Discorsi parlamentari*: com um saggio di Giuliano Vassali. Roma; Mulino, 2005.

⁴⁰⁷ Assim denominado o Parlamento Alemão.

⁴⁰⁸ STACKELBERG, Roderick. *A Alemanha de Hitler*: origens, interpretações, legados. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Imago, 2002.

⁴⁰⁹ “No século XX, como denunciava Luigi Lucchini em 1925, rompido o liame originário entre «leis penais e liberdades públicas», perdida toda a ancoragem da lei a valores indisponíveis, restava uma legalidade entendida como pura expressão de vontade do Estado e, portanto, ao serviço do poder político”. MECCARELLI, Massimo. *Dissenso político e expansão do sistema penal*: uma análise comparada sobre os regimes de legalidade na Itália e na França ao fim do século XIX. In: DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego (org.). *Anais do Encontro de história do direito da UFSC*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 13.

⁴¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

No Brasil, o art. 12 da Constituição Federal de 1937 mencionava que: “*O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-lei, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização*”.

Deste modo, o princípio da separação dos poderes não se apresentava de modo absoluto e irrevogável nos regimes em estudo, já que tais características derivam da exigência de limitar o poder soberano, objetivo contrário ao que buscava o totalitarismo e o autoritarismo.

Verdadeiras Distinções

Em que pese estas semelhanças, para Hannah Arendt havia diferenças cruciais entre as práticas autoritárias e totalitárias – o que, em certos pontos, fez, e continua fazendo, com que outros estudiosos digam que tais características divergentes são as que diferenciam um governo do outro, conforme a identidade do país em que se apresentam.

A pesquisadora alemã explica que ao galgar ao poder, o totalitarismo criou instituições políticas inteiramente novas e destruiu todas as tradições sociais, legais e políticas do país. Nesta toada, foram totalitários os regimes políticos estabelecidos por Hitler na Alemanha e Stalin na URSS. Tais líderes enfrentaram duas tarefas que pareciam ser contraditórias: tiveram que estabelecer o mundo fictício do movimento por eles emanado como realidade operante da vida de cada dia, e precisaram, por outro lado, evitar que esse novo mundo adquirisse estabilidade, porque o líder totalitário para se manter no poder tem que evitar que a normatização atinja um ponto em que poderia surgir um novo modo de vida, como de fato apareceu na Alemanha e URSS.

Sabe-se que a estabilidade no poder significa o confronto direto com a realidade, mas no totalitarismo o poder costuma constantemente evitar esse confronto, mantendo o seu desprezo pelos fatos e impondo a rígida observância das normas do mundo fictício que criou.

Menciona a autora, ainda, que por existirem num mundo que não é totalitário, os movimentos totalitários são forçados a recorrer ao que comumente se chama de propaganda. Contudo, essa propaganda é sempre dirigida a um público de fora. Os discursos de Hitler aos seus generais, durante a guerra, foram verdadeiros modelos de propaganda, caracterizados principalmente pelas enormes mentiras com que o *Führer* entretinha os seus convidados na

tentativa de conquistá-los. Deste modo, a propaganda é um instrumento do totalitarismo para enfrentar o mundo não-totalitário.

Os regimes autoritários também realizavam discursos políticos para esconder a realidade da repressão. Contudo, como explicam Sigal e Santi⁴¹¹, a característica comum do autoritarismo, e que diferencia do totalitarismo, é a ausência de uma ideologia mobilizadora, citam as autoras Rouquié para explicar que enquanto um regime totalitário diz: “quem não está comigo, está contra mim”, os autoritários afirmam: “quem não está contra mim, está comigo”.

Outra característica diferenciadora é a instauração da hierarquia institucional. Um meio utilizado pela organização totalitária para alcançar seus objetivos era a nomeação de funcionários por uma cúpula ideológica e a monopolização final das nomeações por um só. Todavia, menciona Arendt, que o chamado princípio da “liderança”, com a monopolização das ações políticas, não é totalitário em si, algumas de suas características derivam do autoritarismo e da ditadura militar.

Todavia, evidencia a autora, todo modo de hierarquia, por mais autoritário que seja no seu funcionamento, e toda escala de comando, por mais arbitrário e ditatorial que seja o conteúdo das ordens, tende a estabilizar-se e constituiria um obstáculo ao poder total do líder de um movimento totalitário.

Já no autoritarismo a hierarquia é evidente, menciona José de Castro Nunes⁴¹² que “não existe autoridade sem hierarquia”, nesta toada, evidencia o escritor que no cerne do Estado Novo Brasileiro estava a ordem por graus - mais que um princípio, instituíam um sistema. Em um regime autoritário a hierarquia é que dá unidade à ação e obsta os conflitos e rivalidades tão frequentes, suprimindo a “equivalência” que está no fundo da experiência liberal. Assim, a hierarquia é um pressuposto do regime autoritário. Contudo, para os totalitários constituiria um perigo à ordem, uma vez que, como coloca Arendt, na linguagem dos nazistas é o “desejo do *Führer*” dinâmico e sempre em movimento que é a lei suprema num Estado Totalitário.

Deste modo, o totalitarismo nos coloca diante de uma espécie totalmente diferente de governo. A pesquisadora mostra, no decorrer de sua obra, como esse regime tratava a questão constitucional. Nos primeiros anos de poder, os nazistas desencadearam uma avalanche de leis e decretos, mas nunca se deram ao trabalho de abolir oficialmente a Constituição de Weimar;

⁴¹¹ SIGAL, Silvia; SANTI, Isabel. Do Discurso no Regime Autoritário: um estudo comparativo. In CHERESKY, Isidoro; CHONCHOL, Jacques. et al.. *Crise e Transformação dos Regimes Autoritários*. São Paulo: Editora Ícone, 1986 (organizadores).

⁴¹² NUNES, José de Castro. Características do Estado Novo na sua adequação Brasileira. Revista Forense, Rio de Janeiro, Dezembro de 1940, p.11.

chegaram até a deixar mais ou menos intactos os serviços públicos. Mas, após a promulgação das Leis de Nuremberg⁴¹³, verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito sequer às suas próprias leis. As instituições estatais ou partidárias criadas pelos nazistas, não se definiam de forma alguma pelas normas e leis que as regiam. Na prática, esse estado de permanente ilegalidade era expresso no fato de que muitas das normas em vigor já não eram de domínio público. Teoricamente, correspondia ao postulado de Hitler, segundo o qual “Estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética, porque quando se presume que a lei em vigor é igual à ética comum que emana da consciência de todos, então não há mais necessidade de decretos públicos⁴¹⁴”. Por sua vez, a União Soviética chegou a ter o trabalho de promulgar, em 1936, uma constituição inteiramente nova e muito minuciosa, fato que foi glorificado na Rússia e no exterior como o fim do período revolucionário. No entanto, a publicação culminou, dois anos depois, na liquidação da administração existente e acabou com todos os vestígios de normalidade e de recuperação econômica. Daí por diante a Constituição Stalinista de 1936 teve exatamente o mesmo papel que a Constituição de Weimar sob o regime nazista: foi completamente ignorada, não sendo abolida- “mesmo permanecendo em vigor”.

Continua a autora explanando que a política totalitária não troca um conjunto de leis por outro, não constitui seu próprio *consensus iures*, não formula através de uma revolução uma nova forma de legalidade. A sua provocação a todas as leis positivas, inclusive àquelas que ela mesma cria, implica na confiança de que pode dispensar qualquer *consensus iures* e ainda assim não resvalar para o estado tirânico da arbitrariedade, da ilegalidade e do medo. Pode dispensar o *consensus iures* porque promete livrar o cumprimento da lei de todo ato ou desejo humano; e garante a justiça na terra porque afirma tornar a humanidade a encarnação da lei.

Assim, conforme a estudiosa, na interpretação do totalitarismo, todas as leis se tornam leis de “movimento”. Embora os nazistas discorressem da lei da natureza e os bolchevistas da lei da história, natureza e história deixam de ser força estabilizadora da autoridade para as ações dos homens mortais; elas próprias tornam-se movimentos. Já as leis positivas destinam-se a funcionar como elementos estabilizadores para os movimentos do homem, que são eternamente mutáveis.

⁴¹³ Foram as leis anti-semitas adotadas pela Alemanha Nazista em de setembro de 1935 na cidade de Nuremberg, chamadas também de Lei para a Proteção do Sangue e da Honra Alemães.

⁴¹⁴ Trecho exposto na p. 141 do livro fonte da análise: ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo: Totalitarismo, o Paraxismo do Poder*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Editora: Documentário, 1979.

Os próprios governantes não afirmam serem justos ou sábios, mas apenas executores de leis históricas ou naturais; não aplicam leis, mas executam um movimento segundo a sua lei inerente, seja a Natureza ou a História.

Pesquisador contemporâneo que pactua com a diferenciação exposta por Arendt, Arno Dal Ri Junior⁴¹⁵ expõe em sua obra que o Fascismo, para manter os objetivos de um regime autoritário, exerceu uma política governamental diversa do Nazismo. Manteve uma tradição rigorosamente legalista, com a promulgação de variadas normas funcionais e não funcionais, principalmente no campo do direito penal.

Pietro Costa⁴¹⁶, autor que concebe como totalitárias todas as formas de governo pautadas no intervencionismo e estabelecidas no pós 1ª Guerra, explica que a escolha política do regime fascista, com seu totalitarismo imperfeito ou atenuado – como menciona o autor - é diferente da nazista. Permanece no governo italiano as linhas mestras do Estado de direito, não foi banido o princípio da legalidade, ao contrário, ele celebrava a onipotência do Estado.

O caráter legalista dos regimes autoritários é um diferenciador preponderante em relação às outras formas de governo. Com a finalidade de demonstrar a afinidade entre aspectos políticos do Fascismo e do Estado Novo Brasileiro, Alcântara Machado⁴¹⁷ expõe que:

“(...) as afinidades políticas, que se manifestam pelo reforço da autoridade do Estado na presente **organização constitucional** de ambos os países e pelo cuidado especial que ambos consagram a certos institutos e bens, como sejam a saúde da estirpe, a família, a economia popular, o credito público, a probidade na execução dos contratos, **imperfeitamente resguardados por outras legislações**” (*grifo da autora*).

No mesmo sentido, para corroborar com as afirmações expostas, esclarece Agamben⁴¹⁸ que na Itália Fascista o decreto-lei - legislação promulgada por meio de decretos governamentais de urgência - de um instrumento excepcional e derogatório de produção normativa passou a ser uma fonte ordinária de produção do direito. Massimo Meccarelli vai além, no que tange as normas de direito penal, para demonstrar a deturpação autoritária sobre a originária função da legalidade, seja

⁴¹⁵ DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus Inimigos: a repressão política na historia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁴¹⁶ COSTA, Pietro. *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*. Tradução Arno Dal Ri Junior. Quaderni fiorentini XXXVI, 2007.

⁴¹⁷ MACHADO, Alcântara. O Projeto do Código Criminal perante a crítica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Novembro de 1939, p.53.

⁴¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

pelo “processo de refundação metodológica” do tecnicismo jurídico⁴¹⁹, seja pelo “itinerário de recodificação levado a cabo com a nova fase política dominada pelo fascismo”⁴²⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que os regimes autoritários e totalitários possuem pontos em comum, suas bases político-ideológicas são pautadas na soberania do Estado, na busca do bem comum, na luta contra o demo-liberalismo e a conseqüente subordinação do Estado ao individualismo. Contudo, possuíam diferenças que variavam conforme os aspectos sociais e políticos de cada Estado, principalmente em relação ao que representava a lei para o poder soberano.

Assim, a presença de uma ideologia mobilizadora nos discursos políticos que visavam esconder a realidade da repressão; a forte hierarquia institucional como fonte de estabilidade; e a tradição legalista foram diferenças marcantes nas formas de governo estabelecidas na Alemanha Nazista e na URSS de Stalin (regimes totalitários), e nos Estados dominados pelo regime autoritário, assim designados por Arendt. Características que os estudiosos do tema reconhecem, mesmo com entendimentos diversos a respeito dos termos “autoritário” e “totalitário” - o que alguns utilizam como sinônimos.

⁴¹⁹ “Deve-se recordar, de fato, que a introdução do método técnico-jurídico, trazida especialmente por Alfredo Rocco com a conferência de Sassari de 1910, tendia a confirmar a ancoragem do sistema penal à legalidade. Tal redefinição metodológica, todavia, implicava uma renúncia da ciência jurídica a exercitar, sobre as escolhas do legislador, qualquer controle de valor. A elaboração doutrinal do problema penal tornar-se-ia técnica, ou neste caso, dogmática, mas, sobretudo, axiologicamente neutra. A emersão do formato dogmático do penal não teria sido um modo para afrontar a expansão do direito penal, mas senão neste caso um aspecto de um mais amplo (mas unitário) quadro que descreve a transformação em sentido autoritário do sistema penal”. MECCARELLI, Massimo. *Dissenso político e expansão do sistema penal: uma análise comparada sobre os regimes de legalidade na Itália e na França ao fim do século XIX*. In: DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego (org.). *Anais do Encontro de história do direito da UFSC*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 13-14.

⁴²⁰ “Com estas premissas e na perspectiva aberta pelo regime fascista, as orientações que eram próprias do penal excepcional, relativas à defesa da ordem social teriam prevalecido, desta vez, inclusive no novo código penal, posto que era o penal em seu conjunto que vinha transformado em «uma arma nas mãos do Estado» voltada contra os seus inimigos; mas não só: não se exauriria nem mesmo o espaço para o direito penal político de exceção. A matéria do crime político será, de fato, sujeitada à especial jurisdição do Tribunal Especial para a Defesa do Estado, instituído com a lei de 25 de novembro de 1926”. MECCARELLI, Massimo. *Dissenso político e expansão do sistema penal: uma análise comparada sobre os regimes de legalidade na Itália e na França ao fim do século XIX*. In: DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego (org.). *Anais do Encontro de história do direito da UFSC*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 14.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAUJO, J.A. Corrêa. O Projeto de Código Criminal do Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, abril de 1939.

ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo: Totalitarismo, o Paraxismo do Poder*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Editora: Documentário, 1979.

ASUA, Luis Jimenez. *Derecho Penal Soviético*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1947.

CHERESKY, Isidoro; CHONCHOL, Jacques. et al.. *Crise e Transformação dos Regimes Autoritários*. São Paulo: Editora Ícone, 1986 (organizadores).

COSTA, Pietro. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale. *Quaderni Fiorentini XXXVI*, 2007.

COSTA, Pietro. Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo. *Quaderni Fiorentini XXVIII*, 1999.

DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus Inimigos: a repressão política na historia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

D'AFONSO, Rocco. *Construire lo Stato Forte: política, diritto, economia* in Alfredo Rocco. Milano: Franco Angeli, 2004.

GENTILE, Emilio. *La Via Italiana AL Totalitarismo: Il Partito e lo Stato nel regime Fascista*. Roma: Carocci, 2002.

GROSSI, Paolo. *L'Europa Del Diritto*. Roma: Editori Laterza, 2008.

MACHADO, Alcântara. O Projeto do Código Criminal perante a crítica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Novembro de 1939.

NUNES, José de Castro. Características do Estado Novo na sua adequação Brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Dezembro de 1940.

ROCCO, Alfredo. Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930. Tradução Arno Dal Ri Júnior. In: *Discorsi parlamentari: com um saggio di Giuliano Vassali*. Roma; Mulino, 2005.

STACKELBERG, Roderick. *A Alemanha de Hitler: origens, interpretações, legados*. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Imago, 2002.

SCHLEGELBERGER, Franz. O Direito Alemão no Terceiro Reich. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, dezembro de 1940.

DIREITO ROMANO E HISTÓRIA DO DIREITO: AMPLIANDO HORIZONTES METODOLÓGICOS ENTRE NOVAS POSTURAS E DIÁLOGOS

Márlio Aguiar⁴²¹

Resumo: O presente artigo apresenta uma resposta alternativa à questão da utilidade do estudo do direito romano no Brasil. Busca-se um paradigma que esteja além das abordagens tradicionais, contra o anacronismo e que dialogue com novos métodos historiográficos, outras ciências e campos de saber, revisando e ampliando seu campo teórico e crítico, projetando-se na Pós-Modernidade.

Palavras-chave: Direito Romano, História do Direito Romano, Historiografia.

Abstract: This article presents an alternative answer to the question of the usefulness of the study of Roman law in Brazil, and seeks a paradigm which is beyond traditional approaches, against anachronism, that dialogues with new methods of historiography and other sciences and knowledge, reviewing and extending their theoretical and critical vision, projected in Postmodern condition.

Key-Words: Roman Law, Roman Law's History, Historiography.

1. INTRODUÇÃO

Impossível, ao iniciar uma discussão que enfrenta muitos porquês, não se lembrar da célebre introdução “Papai, então me explica para que serve a história”⁴²² de Marc Bloch. A reflexão é mais do que pertinente. Frequentemente coloca-se mesmo entre juristas e acadêmicos de direito alguns interrogatórios: Afinal, para quê você está estudando Direito Romano? Qual é sua utilidade? Em quê isso vai servir à ação?

Ricardo Marcelo Fonseca captou o mesmo sentido inquisidor voltado à História do Direito⁴²³: uma pergunta que ao mesmo tempo parece absurda, mas, que se assenta em bases bem definidas. Pelo senso comum dos juristas, o saber historiográfico jurídico – e o saber romanístico – são vistos como ídolos marcadores de origens de uma teleológica evolução histórica, de *continuatio ad recens*. Desde a inclusão da disciplina de História do Direito nos currículos brasileiros, muitas obras já surgiram ou foram traduzidas para sacralizar a importância da disciplina, o frescor de seus estudos e os caminhos de seus métodos⁴²⁴.

⁴²¹ Acadêmico do curso de direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ-UFSC) e do curso de história da Universidade Estadual de Santa Catarina (FAED-UDESC). Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC) pelo CNPq.

⁴²² Cf. BLOCH, Marc, 2001, pg. 41. A inacabada obra do historiador francês (1944), co-fundador junto a Lucien Febvre da revista *Annales*. Com um “lado de programa” (pg. 49), o pequeno e brilhante livro é a exposição de prestação de contas que Bloch faz pelos historiadores, e em particular, das novas tendências historiográficas que lançava à História, ainda considerada por ele uma “ciência na infância” (pg. 47).

⁴²³ Cf. FONSECA, Ricardo Marcelo, 2010, pg. 21-38.

⁴²⁴ Apenas para exemplificar, temos a obra de FONSECA, Ricardo Marcelo, 2010; HESPANHA, António Manuel, 2005; GROSSI, Paolo, 2007; entre outros.

Já no direito romano, disciplina cujos institutos jurídicos são apreciados no Brasil desde há muito⁴²⁵, constata-se que apresenta crescente desvalorização. Dos poucos trabalhos de juristas brasileiros, observa-se uma mesma repetição de brevíssimos – e insuficientes – axiomas que legitimariam sua “utilidade”, destacando-o como um veículo introdutório ao direito civil vigente. Esta repetição de ideias, persistentemente mantida a alguns passos deste renovar metodológico carece de muitas das prerrogativas que uma saudável comunicação com a atual produção da historiografia jurídica e demais ramos das Ciências Humanas pode oferecer. É neste paradigma em que se inserem atualmente os estudos em nossa Instituição pelo Prof. Dr. José Isaac Pilati (UFSC), coordenador do nascente projeto de extensão “Grupo de Estudos em Latim e Fontes do Direito Romano: *Ius Dicere*”⁴²⁶, donde a matriz teórica deste artigo se situa: buscando sua revitalização. E para isto, é essencial repensar a resposta deste desinteressado e habitual “por quê?” numa perspectiva de diálogo, reinserindo o direito romano num papel de (re-)construção e principalmente, da observação e tratamento das fontes, inserido num paradigma que se volte para um papel mais crítico e enriquecedor, superando o atual discurso ainda novecentista, rumo à pós-modernidade.

2. O DISCURSO VIGENTE DA “UTILIDADE” DO DIREITO ROMANO...

Não é que o discurso seja inexistente; é que, como a sutileza de um espectro, não cria mais corpo. As contemporâneas obras brasileiras que propõem um curso de direito romano, quase sempre, iniciam com sua utilidade⁴²⁷, nunca ocupando mais do que breves páginas. É interessante notar que não há quase nenhuma diferença – a excetuar-se um evidente maior domínio no rudimento histórico – entre algumas destas abordagens daquelas feitas por Eugène Petit em seu significativo *Traité Elemental Du Droit Roman*⁴²⁸, que data do final do século XIX. Embebido nos costumes e fontes do direito romano, o sistema da Codificação já era visto como uma obra que não

⁴²⁵ As cadeiras de direito romano surgiram, no Brasil, a partir do ano de 1851, cf. MEIRA, Sílvio A. B., 1972.

⁴²⁶ O Grupo de Estudos em Latim e Fontes do Direito Romano: *IUS DICERE*, coordenado pelo Prof. José Isaac Pilati, iniciou suas atividades justamente em agosto deste ano de 2010. Visa articular e reunir as atividades de pesquisa, ensino e extensão da graduação, mestrado e doutorado em um único eixo do projeto “Resgate do coletivo na construção do paradigma pós-moderno: estudo das fontes romanas, históricas e literárias”. Caracteriza-se por uma interface com outros importantes núcleos de pesquisa, a se destacar o *Ius Commune* (grupo de história da cultura jurídica – CCJ-UFSC) e a área de Língua e Literatura Latina do curso de Língua e Literatura Vernáculas (CCE-UFSC). Possui como aportes teóricos as abordagens de Eugène Petit, Fritz Schulz, Emilio Costa e Paolo Grossi.

⁴²⁷ Uma das obras mais difundidas no Brasil acerta como estudo do direito romano em nossos dias as razões de “ordem histórica”, “prática” e “técnico-jurídica”, cf. CRETILLA JR, José, 2007, pg. 8-9. Ou ainda, apresenta sua importância justificado por ser fonte do Direito Privado, instrumento de educação jurídica e monumento de sistematização, cf. SANTOS, Severino Augusto dos, 2009, pg. 19-23. Outros, diretamente, resvalam seu estudo pelo “interesse prático”, cf. ASSIS, João de Willigton de, pg. 4.

⁴²⁸ Cf. PETIT, Eugène, 1896. Trad. Jorge Luís Custódio Pinto, 2003.

alcançara a autossuficiência, cujas falhas poderiam ser respondidas pela boa compreensão técnica do ainda “atual” *Corpus Iuris Civilis*⁴²⁹, constantemente assemelhado a um laboratório jurídico.

De fato, é esse discurso “pró-civilista” que mais se sobressai pela manutenção do direito romano, “como se fosse um complemento ao estudo do direito privado vigente, uma espécie de demonstração de como o direito atual, afinal de contas, soube aproveitar muito bem o velho legado latino”⁴³⁰, conforme coloca Ricardo Marcelo Fonseca. A força desta legitimação do direito romano como motor de compreensão do direito privado é bem posta por outros importantes nomes. Ignácio Maria Poveda Velasco utiliza uma comparação bastante clara⁴³¹, fazendo uma analogia entre os juristas que conhecem e os que não conhecem direito romano com motoristas que, respectivamente, conhecem ou desconhecem a mecânica dos automóveis – é o primeiro que frente a um mau funcionamento tem a capacidade de abrir o capô, identificar o problema e voltar à estrada.

Não se nega a influência dos textos romanos nos fenômenos da Recepção e Codificação⁴³². É por demais claro que, desde os estudos iniciados em Bolonha do século XII pelos glosadores⁴³³, o direito romano foi inserido no paradigma da produção jurídica europeia e mais tarde, espaiada nas Américas. Para o romanista italiano S. Riccobono, é, neste sentido, a própria obra de Justiniano que separa o mundo antigo do mundo medieval⁴³⁴: um legado jurídico. O produto da compilação justinianeia é, *per se*, uma obra cuja imensidão e sofisticação das fontes podia cobrir uma infinidade de situações e se adequar a diversos posicionamentos. Pautado na casuística desenvolvida na época clássica por pretores e jurisconsultos, o direito romano era mais que obra mera jurídica: era obra de veneração. A aura clássica, o saudosismo aos gloriosos tempos da *pax romana*, a excelência de seu modelo intelectual levavam a uma crença na perfeição autóctone das fontes romanas. A mesma crença nesta *ratio iuris* é persistentemente abundante nas obras contemporâneas brasileiras já citadas, e por vezes, traz em seu bojo que a influência do direito romano no diploma civil seja visto

⁴²⁹ Cf. PETIT, Eugène, 2003, pg. 20-21. O autor propõe ainda o estudo do direito romano como um *modelo*, fruto da surpreendente lógica e deduções jurídicas construídas por um Império das mais variadas origens e influenciado pela filosofia grega, “resultado do trabalho do espírito humano no que tem de mais culto”, a própria *ratio iuris*.

⁴³⁰ Ver em FONSECA, Ricardo Marcelo, 2010, pg. 24.

⁴³¹ Cito aqui o artigo de VELASCO, Ignácio Maria Poveda, em contribuição à obra da coleção Biblioteca de História do Direito in: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.), 2009.

⁴³² Na Península Ibérica, o direito romano aparece em sua forma clássica e vulgarizada já a partir de 218 a.C., influenciando mais tarde as próprias legislações locais. Cf. HESPANHA, António Manuel, 2005, pg. 140-147.

⁴³³ Iniciado com o monge Irnério e outra sucessão de juristas, voltados ao estudo analítico e literal da “codificação” de Justiniano. Ver HESPANHA, António Manuel, 2005, pg. 197-209. (Já na interpretação de linha grossiana, o trabalho dos glosadores reflete autênticas criações jurídicas, utilizando as fontes romanas como “vestes” áureas de legitimidade e validade ao que era já posto no plano da eficácia, vigente no *medievo*: cf. GROSSI, Paolo, 1996, pg. 137-202).

⁴³⁴ Cf. RICCOBONO, Salvador, 1975, pg. 5. Vendo no *Corpus Iuris Civilis* a expressão viva do espírito de sua época, notadamente cristã, o direito romano possui duas “vidas”: uma de treze séculos, contando com sua formação em Roma até sua compilação; e outra de quatorze séculos, uma vida permeada dos valores cristãos, espaiada na Europa.

como o único grande motivo para seu estudo e justificador de sua importância como disciplina, ignorando a complementaridade possível com muitas outras visões.

3. ... E SUA PARTE DE INGENUIDADE

Essa visão, transformadora do direito romano em um gigantesco esforço histórico⁴³⁵, pertence à inspiração teórica de viés objetivista. Com tais olhos, as fontes romanas são vistas numa só continuidade. No discurso da neutralidade das ciências histórica e jurídica, marcantes nos novecentos, o *Corpus* último é tratado pelos juristas como uma fonte pronta, acabada, imparcial, despida de qualquer coisa além do que ela própria apresenta. Como se, num vórtice temporal, as abençoadas páginas latinas tivessem se transportado das mãos do próprio Justiniano Augusto até a época moderna, riscado apenas por umas poucas interpolações a serem desmascaradas pela análise histórica.

De caráter extremamente insuficiente, beira-se ao anacronismo. O historiador do direito romano no Brasil é levado por essa visão, quase que confortavelmente, a esquecer-se mesmo das mais básicas diferenças de terminologia, semântica e nomenclaturas de uma época que não corresponde a nossa – no que Le Goff apelida de “essa saudável fobia da passividade”⁴³⁶. No mundo jurídico, Hespanha conduz a um percalço semelhante de raciocínio, onde as anteriores ideias levavam a uma naturalização pela História do Direito:

(...) a ideia de uma continuidade, de uma genealogia, entre o direito histórico e o direito do presente era tudo menos inocente, do ponto de vista das suas consequências no plano da política do saber (...) Como saber que lida com o tempo, ela teria a função de permitir a comunicação trans-temporal, tornando possível o diálogo espiritual entre os de hoje e os de ontem. Nesse diálogo, o presente enriquecia-se mas, sobretudo, justificava-se. Porque o passado, ao ser lido (e portanto, apreendido) através das categorias do presente, tornava-se numa prova muito convincente do caráter intemporal – e, portanto, racional – dessas mesmas categorias⁴³⁷.

Justamente por isto, uma abordagem dita *ingênua* – e no mais, redutora, plasmando os institutos jurídicos do direito romano na essência histórica da Modernidade, ignorando-se suas

⁴³⁵ A expressão, de sinônimo “introdução histórica”, é utilizada por FONSECA, Ricardo Marcelo, 2010, pg. 62.

⁴³⁶ O renomado historiador francês utiliza essa expressão no prefácio que faz à obra de BLOCH, Marc, 2001, pg. 30.

⁴³⁷ Cf. HESPANHA, António Manuel, 2005, pg. 54.

mudanças, nuances e principalmente, seus diversos usos⁴³⁸, com o risco intrínseco de perder-se na busca do ídolo das origens⁴³⁹. Paolo Grossi observa o que denomina uma “crença confusa nas conquistas últimas e eternas”⁴⁴⁰ nos quais os juristas colocaram-se nos últimos duzentos anos, na mesma passividade que a coruja, ave representante de Minerva. Tal docilidade, uma estela da neutra objetividade⁴⁴¹, revela-se num ensino romanista tendendo antes ao lugar comum que à racionalização. Sobre continuidade referencia também o romanista Aldo Schiavone, ressaltando:

Uma continuidade [do direito romano] tão mais notável se considerarmos que a sua percepção não é apenas o produto – em certa medida forçado e enganador – do nosso olhar retrospectivo, o resultado de uma operação historiográfica que abarca segmentos e itinerários diferentes, reconhecendo neles características comuns mas não identificadas como tal pela consciência das figuras progressivamente envolvidas. Pelo contrário, a sensação de estarmos imersos no fluir de uma corrente de pensamentos e de hábitos mentais (para não dizer mesmo sociais), que emanava com regularidade desde tempos muito remotos, esteve sempre presente na consciência de quem percorria esse caminho, era, inclusivamente, a estrela polar que guiava o seu trabalho e gerava a sua identidade⁴⁴².

Vê-se que a imagem de um direito romano “perfeito”, e ainda mais grave, continuamente “puro”, é uma ideia atemporal tanto perigosa quanto sem nexos, que não só tratou com descaso outras fontes jurídicas como também falseia com rótulo de continuidade uma experiência histórica profundamente rica e de lógica própria. Bem ao contrário, o direito romano teve em sua estrutura e aplicação múltiplas alterações e interpolações, ora mais ou menos silenciosas, cuja plasticidade pôde permitir sua sobrevivência, dotando-o de novos conteúdos⁴⁴³. O impacto sobremaneira desse tratamento do direito romano por vezes faz levar a crer, de forma fantasiosa, que os institutos dessa longa tradição romanística pudessem ser aplicados da mesma maneira originária, em sociedades e sistemas jurídicos completamente distintos. Não raro se vêem palavras como “Estado” (*status*), “organização estatal” e “máquina estatal” em livros e traduções, transportando a carga semântica e o paradigma dos Estados Modernos ao Império. De maneira análoga, não raro termos como

⁴³⁸ Numa perspectiva muito semelhante, dentro da área dos estudos de História da Antiguidade e Usos do Passado, ver SILVA, Glaydson José, 2007.

⁴³⁹ “(...) esse ídolo da tribo dos historiadores tem um nome: é a obsessão das origens. (...) Para o vocabulário corrente, as origens são um começo que explica. Pior ainda: basta para explicar. Ai mora a ambigüidade, aí mora o perigo”. Cf. BLOCH, Marc, 2001, pg. 56-57.

⁴⁴⁰ GROSSI, Paolo, 2006, pg. 85.

⁴⁴¹ Sobre o método histórico que privilegia o objetivismo e sua influência pela neutralidade positivista, ver o texto *Considerações sobre o método* de GRESPLAN, Jorge in: PINSKY, Carla Bassanezi (org.), 2008, pg. 293.

⁴⁴² Sobre as diferentes categorias de juristas romanos, ver SCHIAVONE, Aldo, pg. 75, in: GIARDINA, Andrea, 1992.

⁴⁴³ Na esteira das obras de HESPANHA, António Manuel, 2005 e GROSSI, Paolo, 1996; 2006.

paterfamilias, societas, aequitas, res publica surgem cristalizados com significações modernas⁴⁴⁴, misturando concepções anacrônicas junto a imperícias na tradução e manejo da língua latina, esta tão mutável em sua vivacidade quanto o são os termos que cunhou⁴⁴⁵.

4. O DIÁLOGO COM OUTROS MÉTODOS E CIÊNCIAS É IMPORTANTE...

Num interessante texto que remonta ao início da década de setenta, Sílvio A. B. Meira já estava apontando algumas das dificuldades – a quem chama de inimigos – do estudo do direito romano no Brasil. Aponta, sucintamente, dois: a língua latina, como um “primeiro espantinho”⁴⁴⁶, seguida de uma carente mistura de necessidade de novos métodos didáticos, de investigação, divulgação e utilização dos recursos latentes disponíveis nas Américas. O que já ficava evidente, por sinal, é que o direito romano precisa de “ajuda”, isto é: dialogar com outros ramos do saber.

A começar pelo mais óbvio: a literatura e língua latinas. Uma análise histórica – que não cabe ser feita aqui – poderia associar as mesmas dificuldades supra apontadas no ensino jurídico através das muitas reformas por que passou o estudo da língua latina, até sua “extinção”. As poucas traduções no Brasil pouco deixam espaço para a crítica: esta fica destinada somente àqueles que por conta e risco, se embrenham a estudar latim⁴⁴⁷. Num primeiro nível, é pouco provável que o direito romano venha a ser seriamente estudado sem que os rudimentos mais básicos da língua latina – esta, renovada num paradigma didático atual – sejam oferecidos. Algumas dessas tentativas já existem, ficando, apenas para citação, o projeto de extensão *Latim na Escola*⁴⁴⁸ (CCE) da UFSC.

Tão particular quanto é a ponte comunicativa com os outros ramos das ciências humanas, e em particular, a História, sem evidentemente excluir a Filosofia ou as Ciências Sociais. Também não é um ponto que cause estranhamento. O uso dessas obras, do clássico de Fustel de Coulanges às

⁴⁴⁴ António Manuel Hespanha, particularmente, trabalha muito bem com exemplos desta falsa continuidade utilizando as palavras “família” e “Estado”.

⁴⁴⁵ Sobre o processo de mutação do latim, ver: CARDOSO, Zélia de Almeida, pg. 5-10.

⁴⁴⁶ MEIRA, Sílvio A. B. Conferência de 19.7.1972, no México, no 2º Congresso Interamericano de Direito Romano.

⁴⁴⁷ Os próprios livros e manuais de língua latina refletem, em certo ponto, algumas respostas sobre o “pavor” desta disciplina. Lecionada, em geral, por padres ou pessoas em passagem por Seminários, a rude metodologia tradicionalista de ensino das primeiras décadas do séc. XX marcam: “Vê, portanto, o aluno que declinar em latim não é um bicho de sete cabeças, a não ser para alunos relapsos, descuidosos do estudo. O que é preciso, tão somente, é SABER DE COR, MUITO BEM DE COR, AS DESINÊNCIAS de cada declinação” (*sic*, pg. 32) in: ALMEIDA, Napoleão Mendes de. Mais sutil, a mesma metodologia marca o trabalho de RÓNAI, Paulo. *Gradus Primus*. São Paulo: Ed. Cultrix, 2006, 18ª ed.

⁴⁴⁸ Protagonizado pelo Prof. José Ernesto de Vargas e pela Profa. Zilma Gesser Nunes, o projeto adapta e edita textos da Literatura Latina num ensino voltado ao público juvenil. Ambos pertencem ao corpo docente do CCE-UFSC.

obras mais recentes de Paul Veyne, já pode ser observado – mesmo que não de todo enfatizado os pontos comuns –, a convivência. Em fato, o estudo clássico na Europa não esmoreceu, e manteve muitos pólos em Itália, Alemanha, França e Portugal – locais onde, em contato mais amplo com as fontes, a produção historiográfica dentro da História do Direito e Direito Romano lança muitas obras-chave que já repensam as fontes de direito romano em excelsas discussões acadêmicas.

5. ... E NADA DISSO É REALMENTE NOVO

Não se crê ter tecido aqui nenhuma gritante teoria revolucionária. Tal manifestação já foi elucidada, pode ser correntemente apontada, consultada, demonstrada; já começa a vigorar, nascente, nas abordagens da disciplina de história do direito. Como bem coloca Ricardo Marcelo Fonseca, esse “passo adiante” nesta área no Brasil é evidenciado pelo diálogo acadêmico nas obras lançadas pelo Instituto Brasileiro de História do Direito, com nomes por nós bem conhecidos: Antônio Carlos Wolkmer, Arno Dal Ri Júnior⁴⁴⁹, Airton Lisle C. L. Seelaender, ficando apenas com alguns dos pesquisadores da UFSC entre outros tantos que poderiam ser citados. Como já bem expressou um deles, não há motivo algum no *apartheid* entre historiadores⁴⁵⁰ e historiadores do direito⁴⁵¹; com licença para explorar o excelente interdito, também não há motivo algum para a separação rígida, afastada, do direito romano. A demarcação saudável de especializações não precisa, para existir, estar atrelada a um injustificável abismo dogmático e teórico.

Mantido no direito romano, contudo, tal patamar de isolamento e de discutível autonomia, esse grito permanece tão mudo nas abordagens remanescentes de seu estudo no Brasil quanto na pintura de Edvard Munch. É visível e já pintado com grossas camadas e revestido de telas; mas, ainda não

⁴⁴⁹ E aqui, não há como deixar de situar o trabalho organizado pelo Prof. Arno Dal Ri Júnior (UFSC), coordenador do Grupo de História da Cultura Jurídica (*Ius Commune*), formado por pesquisadores e alunos do Brasil e de outras universidades estrangeiras, sempre em profundo colóquio com centros de pesquisa como Roma (La Sapienza), Macerata, Florença e Nova de Lisboa. Em infiel síntese, a preocupação da abordagem do grupo é a de problematizar o fenômeno jurídico ocidental como diferentes fenômenos culturais, localizados histórica e espacialmente, afastando sempre as abordagens reducionistas e atemporais. Os marcos teóricos mais destacados do grupo (que muito se estendem) não são, por acaso, Paolo Grossi e Antônio M. Hespanha. Vinculada ao grupo, destaca-se o trabalho dentro da área de direito romano levado a cabo pela pesquisadora Profa. Luciene Dal Ri (UNIJUI).

⁴⁵⁰ A mesma discussão pode ser inserida nos avanços historiográficos que se dão na área de História Antiga no Brasil. Entre alguns dos expoentes que trouxeram ao prelo novas discussões, cite-se Pedro Paulo Funari (Unicamp), Fábio Duarte Joly (UFRB) e Renata Senna Garraffoni (UFPR), além da obra já citada de Glaydson José da Silva (Unifesp).

⁴⁵¹ O Prof. Airton Lisle Cerqueira-Leite Seelaender (UFSC, também vinculado ao Instituto Max Planck em Frankfurt, Alemanha) utilizou esta significativa expressão na conferência “Teoria da História e História do Direito – Estudos e Perspectivas”, realizado no CCJ-UFSC, no dia 23.8.2010, com a palestra “A História do Direito e os historiadores: superando um *apartheid* científico”, dialogando com a abordagem de Ricardo Marcelo Fonseca.

penetrou. Deixar que tal toque de Clio também se manifeste, num caminhar junto a história do direito, é o que faz mister na abordagem romanista no Brasil, saindo de um fatídico último suspiro para uma tomada de fôlego.

6. O DIREITO ROMANO DEVE RECEBER NOVAS E ANTIGAS PERGUNTAS

Assim consciente, o tratamento do direito romano poderá seguir o rumo fértil que a historiografia jurídica e a ciência histórica como um todo já tendem. Ao se maturar o olhar, retirando-o das lentes vinculantes⁴⁵² predominantes da modernidade jurídica, o conhecimento desse direito antigo pode dar um salto do dogmatismo-historicista de até então, para um verdadeiro e complexo conhecimento histórico, voltado a um novo questionar das fontes, buscando-se em muito mais sua originalidade. Já o disse o historiador Pierre Cabanes: “Cabe-nos mostrar que a realidade é diferente, que a perfeição é exagerada, na maioria das vezes, e que ela afasta o espírito curioso. A diversidade é sinônimo de riquezas sempre mais abundantes, muitas delas ainda por descobrir”⁴⁵³.

Ultrapassando-se os admitidos preceitos limitados dessa visão do direito romano, há todo um campo novo de (re-)exploração ao romanista brasileiro. Não se quer deletar o que já foi realizado, mas inequivocamente, pretende-se somar. Porque só assim pode se pôr frente a novos métodos – que este texto está longe, e sequer tem a intenção, de exaurir –, pautado na relação com as outras técnicas e saberes das ciências humanas que permeiam o conhecimento do mundo jurídico, e só assim se pode verdadeiramente analisar o papel e a influência que o direito romano teve no ordenamento pátrio passado, e até futuro. Numa fase em que a fonte não é, como uma pessoa em interrogatório, um objeto coagido a possibilitar noções únicas de *respostas verdadeiras*, põe-se em evidência a construção epistemológica⁴⁵⁴ do discurso também no campo dos sujeitos que o estudam. As diferentes apropriações do direito romano entre escolas jurídicas (glosadores, comentadores, jusnaturalistas, pandectistas, positivistas, entre outros) são, por exemplo, importantes focos iniciais de discussão e pesquisa conquanto ofereçam uma visão crítica dos usos e apropriações

⁴⁵² “O historiador, que por profissão é um relativizador e, conseqüentemente, um desmistificador, sente-se no dever de advertir o jurista que um nó como esse pode e deve ser feito, e que seu olhar deve ser liberado da lente vinculante colocada diante de seus olhos por duzentos anos de habilíssima propaganda”. Cf. GROSSI, Paolo, 2007, pg. 14.

⁴⁵³ CABANES, Pierre, 2009, pg. 8.

⁴⁵⁴ Além das visões de metodologia histórica inspirada nos *Annales*, uma leitura semelhante cabe, por exemplo, com Paul Veyne. Para este historiador francês, a história nada mais é do que uma “narrativa verídica”, sem um método definido. Os discursos são apenas outras maneiras de *explicar* [o passado] *através dos documentos*, e nunca de reviver o evento. Cf.: VEYNE, Paul, 2008, pg. 11-100.

das fontes em variados cortes espaciais e temporais, permitindo essencialmente uma abordagem crítica do foi feito até então e criação de muitos trabalhos. Isso pode ser constatado num ponto de análise presente na tese de doutorado de Glaydson José da Silva:

Essas diferentes antiguidades, ou melhor, essas diferentes leituras da Antiguidade, apontam sempre para o presentismo do pensamento antigo na elaboração das práticas políticas, das doutrinas, dos jogos identitários, enfim, das visões de homem e de mundo no Ocidente. Tudo isso coloca, para um estudioso do mundo antigo hoje, algumas questões cujas respostas nem sempre são consensuais. Que lugar ocupa a recepção dos documentos relacionados ao mundo greco-romano nas sociedades contemporâneas? Sua recepção é igual na Europa e em outros lugares do mundo, como nas Américas e no Oriente?⁴⁵⁵.

É como faz, a título exemplificativo, Paolo Grossi no ensaio *A Propriedade e as Propriedades na oficina do historiador*⁴⁵⁶, alargando o campo de visão ao abordar a trilha percorrida pela oficina medieval junto ao *dominium* e ao *gewere*, preservados pela armadura romanística e seus conceitos-chave, imbuídos, contudo de todo outro conteúdo a ser desbravado.

O que é vital para que novas perguntas possam surgir, é “aceitar que a Antiguidade constitui, para nós, um mundo novo, uma civilização exótica e abolida, à qual não se aplicam necessariamente nossos modos de pensar”⁴⁵⁷. Como Pierre Cabanes, é um canteiro sempre aberto que não pode ser visto transpondo-o com dados da época moderna: é um mundo novo, vivo, um estudo em permanente movimento, constantemente ampliado pelos suportes de outras disciplinas e que, alerta, convém tratar com muita humildade. Mesmo com o que significativamente possuímos do *Corpus Iuris Civilis*, muito do direito romano dito arcaico do período monárquico, e ainda sim da documentação sobre o começo da República, permanece frágil, fragmentado e lacunar, quando não negligenciados pelos períodos dourados construídos. Poderíamos exemplificar: muito pouco – ou quase nada, se comparativamente à *Urbis Aeternae* – sabemos em que teor e de quais modos o direito romano aparecia em algumas províncias mais longínquas, mesmo na república ou já em período de expansão imperial. Pode-se assemelhar a velha discussão sobre a decadência de Roma. Nem mesmo os “temas consagrados” foram, nem sequer podem, receber um ponto final⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Citação cf. SILVA, Glaydson José da, 2007, pg. 30-31.

⁴⁵⁶ Cf. *opus cit* GROSSI, Paolo, 2006, pg. 1-84.

⁴⁵⁷ Sobre a originalidade da História da Antiguidade, vital para a introdução no estudo do direito romano, ver CABANES, Pierre, pg. 9-61. A citação encontra-se na página 11.

⁴⁵⁸ Esse aspecto é particularmente captado na recente tradução de Fábio Duarte Joly de *La Storia Spezzata: Roma Antica e Occidente Moderno* (Uma História Rompida: Roma Antiga e Ocidente Moderno) de Aldo Schiavone (São

O caminho destina a abrir o horizonte de pesquisas nas mais variadas abordagens: em qual medida a inserção do direito romano inferiu, desde as Ordenações, por exemplo, nas questões do Brasil; em que medida, regional e nacional, a subsidiariedade desta fonte foi aplicada e em que lampejos confrontou-se com os costumes, a tradição e o domínio jurídico-intelectual das elites locais; o embate no ensino jurídico do direito romano contra o marxismo; o fundamento do direito latino-europeu e indiano por ele influenciado, entre tantos outros⁴⁵⁹. O papel do romanista no Brasil é, em particular, explorar uma ponte entre direito romano e história do direito que parece quase virgem e intocada a ser desbravada e principalmente, constantemente repensado. São o diálogo e a discussão, afinal, os motores da academia.

7. CONCLUSÃO

O que neste breve expositório de ideias foi apresentado é a expressão da necessidade que o direito romano – ou melhor, sua abordagem – tem e terá, no ensino jurídico brasileiro, de se renovar: com novas obras, traduções, diferentes métodos e principalmente, com novas leituras das fontes romanas. Este objetivo só pode alcançar-se na medida em que, desvinculando-se das categorias jurídicas e sociais modernas, olha-se para o passado sem poluí-lo. “Puro”, um documento jamais o será: e buscando analisar sua intencionalidade, suas categorias, situá-lo num quantum de espaço e tempo, onde uma das ferramentas é o diálogo com os outros ramos do mundo jurídico – a História do Direito – e outros campos de saber, entre eles a História, a Língua e Literatura Latinas, a Filosofia e as Ciências Sociais, entre outros.

Podemos assim perguntar não apenas quais dessas “diferentes antiguidades”⁴⁶⁰, mas, também, questionar e analisar quais dessas diferentes leituras do direito romano, já feitas – e ciente delas, de sua construção e seu papel – aumentar em muito o campo de abordagem. Ao mesmo tempo em que se pode por melhor entender os esquemas passados e previamente elaborados, se

Paulo: Edusp, 2005), onde desconstrói inicialmente a ideia de uma tranqüila continuidade entre antiguidade, medievo e modernidade. Ver também a obra *Império Romano*, cf. LE ROUX, Patrick. Porto Alegre: L&PM, 2009

⁴⁵⁹ Aqui, preciso agradecer especificamente à Profª. Luciene Dal Ri, pelas produtivas conversas e ideias sempre espirituosamente trabalhadas e elucidadas, e em abordagens que já se encontram há anos luz em conformidade com um direito romano levado a sério, esmiuçado, crítico e cuidadosamente trabalhado.

⁴⁶⁰ Para utilizar a citação de SILVA, Glaydson José da, *opus cit*, pg. 30-31, vide nota 35.

criam novas maneiras de se fazer pensar e construir o estudo do direito romano, voltado à Pós-Modernidade.

Essa nova linha do horizonte teórico não limita o espaço, e sim, incentiva sua ocupação. Não é fácil tal tomada de decisão; significa renunciar ao local confortável, e até simplista, por algum tempo já enraizado, para um caminho muito mais complexo. De muitas maneiras – e não poderia deixar de ser, em se tratando este texto dos necessários diálogos –, parece-se com a decisão que Caio Júlio César precisou tomar ante ao rio Rubicão, episódio simbólico da literatura latina. Situados do ponto de uma margem em que é possível observar a outra, resta-nos agora o esforço de atravessá-la e por nossa vez, pronunciarmos nosso *Alea iacta est*.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Latina**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 29ª ed.
- ASSIS, João Welligton. **Direito Romano e Código Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2005.
- BLOCH, Marc. **Apologia da História ou O Ofício do Historiador**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2001.
- CABANES, Pierre. **Introdução à História da Antiguidade**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009.
- CARDOSO, Zélia de Almeida. **Iniciação ao Latim**. São Paulo: Ed. Ática, 2009, ed. rev.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à História do Direito**. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.
- FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. São Paulo: Ed. Contexto, 2009, 4ª ed.
- GIARDINA, Andrea (org.). **O homem romano**. Lisboa: Ed. Presença, 1992, 1ª ed.
- GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.
- GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Boiteux, 2007.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

LE GOFF, Jacques (org.). **A História nova**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, 5ª ed.

MEIRA, Sílvio A. B. O Direito Romano e seus adversários: Perspectivas para o futuro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo: 105-116, out./dez., 1977.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. O Direito Romano e o ensino jurídico no Brasil. **Revista acadêmica de ciências jurídicas**, São Paulo (1): 1-16, 2004.

PETIT, Eugène Henri Joseph. **Tratado Elementar de Direito Romano**. Campinas: Russel Editores, 2003.

PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **Fontes históricas**. São Paulo, 2008, 2ª. ed.

SANTOS, Severino Augusto dos. **Introdução ao Direito Civil – *Ius Romanum***. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

SCHIAVONE, Aldo. **Uma História Rompida: Roma Antiga e Ocidente Moderno**. São Paulo: Edusp, 2009.

SEELAENDER, Airton C. Leite; FONSECA, Ricardo Marcelo. **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Glaydson José da. **História Antiga e Usos do Passado**. São Paulo: Fapesp, 2007.

VEYNE, Paul. **Como se escreve a história**. Lisboa: Edições 70 Lda, ed. rev., 2008.

Sites da web dos Núcleos de Pesquisa mencionados:

- Grupo de história da cultura jurídica *IUS COMMUNE* (UFSC) - <http://www.iuscommune.ufsc.br/>. Acesso: Nov. 2010.

- Área de Língua e Literatura Latinas (UFSC) - <http://www.latim.ufsc.br/>. Acesso: Nov. 2010.

- Grupo de estudos em latim e fontes do direito romano *IUS DICERE* – lista de discussão por e-mail (UFSC). <http://groups.google.com.br/group/grupoiusdicere>. Acesso: Nov. 2010.

INTERLOCUÇÕES ENTRE A ARTE E CRIMINOLOGIA: DESENHANDO A CRIMINOLOGIA CULTURAL⁴⁶¹

Paula Gil Larruscahim⁴⁶²

Resumo: O presente trabalho tem como objeto especular a criminalização da arte e das manifestações culturais que têm em seu conteúdo o crime e a violência, desde o marco teórico da Criminologia Cultural. Contrapõe-se assim à tradição teórica da Criminologia Positivista, em que o crime e o desvio são objetos de um estudo acrítico e muitas vezes legitimador de uma cultura punitiva vigente. Nessa viragem, a cultura do desvio e sua manifestação através da arte servem como matéria prima para uma nova abordagem criminológica desses movimentos.

A análise parte do caso que envolveu a censura proposta pela OAB-SP à exposição da série da obra “Imortais”, do artista plástico Gil Vicente na Bienal de 2010. O artista foi acusado da prática de apologia ao crime, pois ele se autoretrata matando figuras públicas do cenário contemporâneo. Para além de especular sobre a querela envolvendo a OAB e a Bienal, propomos um questionamento, desde a Criminologia Cultural sobre a produção de discursos que envolvem crime, arte e manifestação cultural.

Palavras chave: arte, apologia ao crime, criminologia cultural, movimentos culturais.

Abstract: This paper aims to speculate the criminalization of art and cultural events in their content have crime and violence, from the theoretical framework of Cultural Criminology. Thus opposes the theoretical tradition of Positivist Criminology, where crime and misuse are objects of study often uncritical and legitimating a culture of punitive force. In transforming the culture of deviance and its expression through art serve as raw material for a new criminological approach these movements.

The analysis begins with the case involving the censorship proposal by the OAB-SP to exhibit the work series "Immortals," from the artist Gil Vicente on Bienal 2010. The artist was accused of incitement to crime, because he selfportrait killing public figures of the contemporary scene. Beyond speculating on the dispute involving the OAB and the Bienal, we propose a challenge, since the Cultural Criminology on the production of discourses involving crime, art and cultural event.

Keywords: art, crime apology, cultural criminology, cultural movements.

INTRODUÇÃO

Reconhecida como uma das mais importantes instituições de promoção da arte e da cultura, a Fundação Bienal, promove este ano, a 29ª Bienal de Artes. O objetivo principal do evento, para além de promover e divulgar a arte contemporânea é também o de aproximar as diferentes produções artísticas brasileiras e estrangeiras para um olhar crítico sobre a realidade.

⁴⁶¹ Este texto é produto das discussões produzidas nos encontros do GCrim – UFRGS (Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais UFRGS), no Projeto de Pesquisa Mal Estar e Cultura Punitiva, sob orientação do Prof. Doutor Salo de Carvalho.

⁴⁶² Mestre em Ciências Criminais, Professora de Direito Penal na Universidade de Caxias do Sul.

Mas qual seria a relação entre um evento sobre arte com o direito penal e a criminologia?

Alvo de críticas e centro da polêmica que envolveu a OAB-SP e a curadoria da Bienal, o artista plástico Gil Vicente foi acusado da prática do delito do art. 287 do CP⁴⁶³, pois estaria, através de suas obras reunidas na série “Imortais”, fazendo uma apologia ao crime.

Na série, o artista se autoretrata assassinando personagens do cenário político brasileiro como os Presidentes Fernando Henrique Cardoso e Lula da Silva.

Entendendo que a obra de Gil Vicente incitava a violência e desrespeitava as “figuras humanas” dessas “vítimas” ali retratadas, a OAB-SP notificou a curadoria da Bienal para que retirasse as obras do artista, pois configuravam, em tese, apologia ao crime.⁴⁶⁴

A decisão da curadoria foi de manter a exposição do artista na Bienal.

O presente artigo especula sobre esse tensionamento que pode se estabelecer entre as diversas agências e discursos do controle punitivo, a criminologia e a arte.

Crime e arte: uma relação de estranhamento necessária?

A partir da análise do caso, procura-se pensar os limites e parâmetros que possam legitimamente (ou não) se estabelecerem entre arte, criminologia e cultura punivista.

Do ponto de vista da Criminologia tradicional positivista, construída sob o signo do método indutivo experimental, o criminoso e seu crime instituiriam o objeto de estudo dessa disciplina que hoje, cada vez mais, se coloca a serviço das agências de controle crime, como um saber instrumental, secundário e



⁴⁶³ Art. 287. Fazer publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Pena – detenção. De 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa. Importante também, uma reflexão político criminal sobre o tipo do 287, cujo conteúdo e linguagem altamente censuradores revelam no mínimo, uma incompatibilidade com as diretrizes traçadas desde o marco constitucional de 1988, em que além de assegurar a liberdade de expressão e de pensamento, não admite a criminalização de fatos que não sejam materialmente lesivos e ofensivos a bens jurídicos socialmente relevantes. Nesse sentido, ver César Roberto Bittencourt. Tratado de Direito Penal. Parte Especial, vol 4, pg 229.

⁴⁶⁴ Segundo nota oficial do Presidente da OAB-SP, “essas obras, mais do que revelar o desprezo do autor pelas figuras humanas que retrata como suas vítimas, demonstra um desrespeito pelas instituições que tais pessoas representam, como também o desprezo pelo poder instituído, incitando ao crime e à violência. Certamente, não se pode impedir que uma obra seja criada, mas se deve impedir que seja exposta à sociedade em espaço público se tal obra afronta a paz social, o estado de direito e a democracia, principalmente quando pela obra, em tese, se faz apologia de crime.” Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/09/18/6438/>. Acesso realizado em 06.10.2010, às 17:58 min.

acessório, do que propriamente como um saber crítico que problematiza e questiona o fenômeno do crime e a legitimação da criminalização e punição de condutas, movimentos sociais, urbanos, artísticos e até mesmo políticos.

Salo de Carvalho adverte que *embora ingênuo em sua base teórica e inconsistente em suas teses, o modelo do positivismo italiano, definiu durante o século XX o padrão (científico) de atuação das agências penais, legitimando intervenções violentas sobre o público vulnerável.*⁴⁶⁵

É natural, a partir dessa lógica, que até mesmo “a arte” possa ser criminalizada, a obra possa ser o objeto material do delito e conseqüentemente o artista possa ser considerado um desviante.

Não é recente a relação de poder que envolve a arte e o Estado. Em uma crítica a Platão, François Ost censura a desconfiança do filósofo grego em relação aos poetas e aos trágicos, ao sugerir seu banimento da cidade em nome da preservação da ordem:

*o mais seguro ainda será banir os poetas da Cidade: sua arte corruptora, que mistura o verdadeiro e o falso, faz ver os mesmos personagens ora grande ora pequenos, evoca fantasmas e não se atém à distinção do bem e do mal. Num Estado regido por leis sábias, não deve haver lugar para essa espécie de arte que alimenta o elemento mau da alma – aquele que comercia com o sensível e o prazer.*⁴⁶⁶

Se o direito (penal) é sinônimo de imposição da ordem, a arte, por outro lado, vem justamente para desordenar, provocar e desestabilizar. Enquanto o trabalho da arte é questionar as convenções, por em dúvida as certezas e *desobstruir o espaço ou liberar o tempo das utopias criadoras (...), o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições.*

Nessa relação, no mínimo tensa e conflituosa, é correto afirmar que a ordem jurídica pode até proibir o artista de expor sua obra, pode inclusive censurar o conteúdo dessa obra, mas não pode o impedir de criar e produzir. Tampouco pode essa mesma ordem desqualificá-lo ou desabilitá-lo.

Diferentemente de outras profissões em que o direito pode intervir, seja criminalizando, interditando ou proibindo alguns profissionais para o exercício de seus ofícios, com o artista o mesmo já não é possível.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Carvalho. Salo de. Antimanual de criminologia. pgs. 12-13.

⁴⁶⁶ Platão, A República *apud* Ost, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico. p. 10.

⁴⁶⁷ Veja-se, por exemplo, o art.282 do Código Penal que pune o exercício ainda que gratuito, da profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou quando excede seus limites. Também o crime do art. 321, do Código Penal, a chamada advocacia administrativa em que funcionário público patrocina direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário. Da mesma forma, o Código

É partir da interlocução desses dois eixos – criminologia e arte, que surge a hipótese de que se existiu até agora, uma relação entre a arte e o direito penal, assim como assinalado por François Ost⁴⁶⁸, ao analisar a relação entre direito e literatura, essas relações se inauguraram sob o signo de um não acolhimento, ou ainda, de uma “censura criminalizadora”.

No entanto, mesmo que certa produção artística seja crime, o artista será ainda artista e a obra será ainda arte. Essa é a barreira fundamental na qual esbarra o direito penal e sua censura criminalizadora.

O paradoxo instaurado é que ao passo em que a violência e o crime integram o conteúdo dessas obras e imagens, o direito penal, cujo objeto também é a violência e o crime, atua também como “controlador” e “censurador” dessa produção, sobretudo quando ela se transforma em manifestação cultural.

E nessa produção cultural do fenômeno do crime e da violência, *a criminologia parece não poder estar alheia a esta cultura saturada de imagens do crime e do medo do crime.*

Salo de Carvalho, ao problematizar a produção das imagens da violência urbana e sua relação com o crime e o desvio, nos convida a outro olhar criminológico:

a criminologia, como espaço privilegiado de produção de saber sobre crime e o controle social, necessita mergulhar nesta complexa experiência contemporânea de forma a sofisticar seus instrumentos de interpretação. Por outro lado, não apenas deve estar atenta para captar estas novas formas de violência e compreender seus significados na cultura do século XXI, como necessita imunizar seu discurso de transformação, ele mesmo, em veículo reprodutor ou amplificador. Assim, caberia igualmente ao pensamento criminológico contemporâneo a percepção e a denúncia das violências (re) produzidas pela própria cultura criminológica através do seu discurso (científico).

Assim, seria através dessa mudança de foco proposto pela Criminologia Cultural que essa relação entre arte e crime, por exemplo, poderia se reinventar.

Nessa perspectiva, ao invés de um discurso pautado pela censura criminalizadora e estigmatizadora, sobre as produções artísticas e pictóricas cujo conteúdo seja o crime e a violência, a análise desses movimentos, do ponto de vista criminológico cultural, passa a servir como um parâmetro para denúncia e deslegitimação da reação punitiva tradicional, fruto inclusive da atual cultura criminológica e seu discurso científico.

Penal prevê em seu art. 47, II, como espécie de pena restritiva de direitos, a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder.

⁴⁶⁸

OST, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico. p.10

Assinala e simboliza o marco teórico da Criminologia Cultural, a investigação de Jeff Ferrel acerca da cultura desviante do grafite em Denver (Colorado) e sua inserção social na paisagem urbana e na arquitetura da cidade.⁴⁶⁹ Segundo Ferrel, na qualidade de crime de estilo, (o grafite) colide com a estética das autoridades políticas e econômicas que atuam como empresários morais objetivando criminalizar e reprimir a grafiteagem.⁴⁷⁰

Outra característica da Criminologia Cultural é a tendência criminológica interdisciplinar que ultrapassa as interfaces entre criminologia, sociologia, política criminal e história, alcançando as perspectivas e metodologias extraídas da inter-relação entre estudos sobre cultura urbana e meios de comunicação, filosofia, teoria crítica pós-moderna, geografia cultural e humana, estudos sobre movimentos sociais e outras abordagens de pesquisa-ação.⁴⁷¹

A proposta é então, de aglutinar ao objeto de estudo criminológico, não apenas o fenômeno do crime do ponto de vista meramente jurídico e social, como até agora foi proposto pela Criminologia Moderna. Passa a ser interesse da Criminologia pós-moderna analisar e pensar o sentido das imagens da violência socialmente produzidas, tanto no cenário urbano quanto nos diversos meios de informação.

Nesse sentido, poderíamos reconfigurar os questionamentos acerca do desvio e dos desviantes. Ao invés de perguntarmos por que determinadas sujeitos não se submetem às regras de um grupo (ou a lei), poderíamos questionar por que esses desviantes (*outsiders*) não reconhecem como legítima a regra pela qual está sendo acusado e julgado. Partindo dessa inversão que Becker propõe outro ângulo para especulação do desvio: a pessoa rotulada como criminosa, *pode não aceitar a regra geral pela qual está sendo julgada e pode não encarar aqueles que a julgam competentes ou legitimamente autorizados a fazê-lo. Por conseguinte, emerge um segundo significado do termo: aquele que infringe a regra pode pensar que seus juizes são outsiders.*⁴⁷²

É justamente nesse caleidoscópio sobre a forma de pensar o crime e o questionamento sobre a resposta jurídica e social para a violação das normas que se inscreve o objeto de investigação da Criminologia Cultural.⁴⁷³

⁴⁶⁹ Ferrel, Jeff. *Apud* Carvalho, Salo de. Manual de Anticriminologia. p.36

⁴⁷⁰ Ferrel, Jeff. *Apud* Carvalho, Salo de. Manual de Anticriminologia. p.36

⁴⁷¹ Hayard & Young, *apud* Carvalho, Salo de. Manual de Anticriminologia, p. 36.

⁴⁷² Becker, Howard S. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio.* p. 15

⁴⁷³ Hayard & Young, *apud* Carvalho, Salo de. Manual de Anticriminologia, p. 37.

Sendo crime ou não, as obras da série “Imortais”, de Gil Vicente é no mínimo, um convite a uma nova abordagem criminológica sobre as figuras e personagens que integram o cenário da cultura do desvio na contemporaneidade.

A discussão sobre configurar a obra apologia ao crime e a tentativa de imposição de uma censura criminalizadora nos revela o quanto a imagem do desviante pode estar “imortalizada” no diferente, no instável e no desorientado.

Vale lembrar é que o tipo do art. 287 do Código Penal, pune não só a apologia ao crime, mas também ao criminoso, isto é, fazer publicamente apologia de autor de crime. Fica a indagação sobre o conteúdo da obra: estaria o artista fazendo uma apologia ao crime ou ao criminoso?

CONSIDERAÇÕES FINAIS OU ÚLTIMAS IMAGENS

Iniciei esta comunicação centrando-me na produção da obra de arte como objeto de criminalização, a partir da polêmica que envolveu OAB, Bienal e o artista plástico Gil Vicente. Fiz um breve esboço histórico sobre o tensionamento que marcou as relações entre a arte e o direito penal.

O caso pode servir de símbolo para ilustrar a crise pela qual passa tanto a Criminologia quanto a legitimação do discurso punitivista contemporâneo, alicerçado ainda no paradigma etiológico positivista.

Nesse sentido é através do referencial teórico proposto pela Criminologia Cultural que seria possível uma reinvenção do discurso criminológico. Ainda que tradicionalmente instaurada sob o signo de um não acolhimento ou de uma censura criminalizadora, a relação entre arte, movimentos sociais e culturais passam a ser entendidos como fenômenos importantíssimos para uma compreensão do papel da criminologia frente ao sistema da justiça criminal e às agências de controle do crime e da violência.

REFERÊNCIAS:

Becker, Howard S. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Tradução Maria Lucia X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008

Bittencourt, César Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Carvalho. Salo de. *Antimanual de Criminologia*.3ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2010.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução: Paulo Neves. São Leopoldo:Unisinos, 2007.

ESTRUTURAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO INTERNACIONAL EM PAULUS VLADIMIRI E FRANCISCO DE VITORIA

Paulo Potiara de Alcântara Veloso⁴⁷⁴

Resumo

O direito internacional traça suas raízes fáticas ou relacionais a partir do nascimento da atual comunidade de Estados, ocorrido no séc. XII, com a autonomia de Portugal, frente ao papado. Porém, a disciplina internacionalista possui um lento crescimento doutrinário, pois totalmente entrelaçada às construções jurídicas medievais, glossadas de estruturas jurídicas romanas e altomedievais, remontando ao *Corpus Iuris Civili* e principalmente a Santo Agostinho de Hipona. Porém, é a partir do desenvolvimento de novos paradigmas metodológicos aplicados ao desenvolvimento dos conceitos de direito natural aquiniano que o direito internacional começa a adquirir certa autonomia "científica". Francisco de Vitoria possui papel bastante anunciado nesse processo histórico-teórico, trazendo a um novo nível da análise o complexo confronto dos direitos naturais com a descoberta do novo mundo. Porém, cerca de um século antes, dois professores poloneses, enfrentando o complexo conflito de seu reino, com resquícios pagãos e instituições cristãs, utilizam-se da mesma construção aquiniana, chegando a conclusões extremamente semelhantes ao teórico de Salamanca, porém, com aplicações práticas absolutamente diversas, que, podem ser entendidas, além do imprescindível contexto histórico, com base na existência do princípio medieval interpretativo do *animus*.

Palavras-chave: História do direito Internacional; Cientificidade; Paulus Vladimiri, Francisco de Vitoria, Stanislaus de Scarbimiria

Abstract

International law traces its factual or relational roots from the birth of the current community of states, which occurred in the century XII with the autonomy of Portugal. However, the internationalist discipline has a slow growth in his doctrine, because fully meshed to medieval legal constructions, glossed from of Roman and medieval legal structures, dating back to the *Corpus Iuris Civilis* and St. Augustine of Hipona. However, it is from the development of new methodological paradigms applied to the development of concepts of aquinian natural law that international law begins to acquire some "scientific" autonomy. Francisco de Vitoria has a fundamental role in this historic-theoretical process, bringing to a new level of analysis the complex clash of natural rights with the discovery of the new world. However, about a century earlier, two Polish teachers, facing the complex conflict of his reign, between pagan remnants and Christian institutions, use the same aquinian construction, coming to conclusions very similar to the theory of Salamanca, but with absolutely different practical applications, which can be understood, besides the significant historical context, based on the existence of the medieval principle of interpretation of the *animus*.

Keywords: History of International Law; Scientificity; Francisco de Vitoria; Paulus Vladimiri; Stanislau de Scarbimiria

Introdução

⁴⁷⁴ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela mesma Universidade. Professor de direito na Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – Cesus.

A zona de fratura conceitual entre o medievo e a modernidade comporta grandes especificidades teóricas, principalmente ao se abordar a construção histórica do direito internacional. O desenvolvimento dos conceitos aquinianos de direitos natural, principalmente em referência à segunda escolástica espanhola, possibilita a criação de teorias mais “científicas”, que rompem os paradigmas teóricos precedentes. Francisco de Vitoria, com as relevantes *Relectiones*, mais do que fundamentar o desenvolvimento de novos direitos naturais, adota uma nova sistematização argumentativa, ainda grandemente casuística, mas muito tendente à uma abordagem dedutiva do seu objeto de análise. Influenciado pelo impacto da descoberta do Novo Mundo, o teórico espanhol, inicia sua fundamentação, colocando em xeque a dependência das “autonomias políticas nascentes” em relação aos poderes máximos da Igreja e do Imperador, demonstrando a relevância da mudança de abordagem teórico-metodológica frente às regras de convivência intergentes; o *ius gentium*.

No entanto, ao que parece, grande parte dos elementos centrais da teoria de Vitoria pode ser observada um século mais cedo. Inserido no contexto da *communitas christiana* de inícios do século XV, Paulus Vladimiri, professor da Universidade de Varsóvia, enfrenta teoricamente os conflitos políticos que envolviam o reino polonês, desenvolvendo os nascentes conceitos internacionalistas dentro de uma estrutura teórica dedutiva. Como Vitoria, o professor polonês relativiza o exercício do poder do Papa e do Imperador sobre os infiéis, buscando fundamentar a proibição, destinada às nascentes repúblicas européias cristãs, de atacar regiões pagãs que conviviam pacificamente com outros reinos. Também Vladimiri parece se opor à casuística medieval promovendo um passo adiante na construção do direito internacional como ordenamento munido de cientificidade.

Essa alteração de abordagem teórica é de importância cabal na definição das estruturas científicas do direito internacional advindas com a Modernidade. De maneira símile, ao buscarem legitimar juridicamente alterações de posturas políticas em suas épocas respectivas, depararam-se com a zona limite do paradigma metodológico anterior. Porém, apesar de ambos os teóricos chegarem a conclusões similares, as diferenças entre esses momentos-limite são cruciais para se verificar as implicações teóricas resultantes. Enquanto Vladimiri elabora uma teoria fundamentada em um conflito intraeuropeu, teoria esta que visa fundamentar o direito de defesa frente às ilegítimas invasões teuto-cristãs, Vitoria depara-se com o inédito conflito extra-continental e transoceânico, buscando desenvolver, mais do que uma defesa dos direitos dos índios, novos fundamentos legitimadores para a conquista.

Enquanto ambos os teóricos concordam em inúmeros aspectos, - como o estabelecimento de direitos naturais universais de defesa contra agressão injusta, de posse de terras, ou contra conversão religiosa forçada -, a similaridade estrutural observável nas duas teorias não se repete em relação aos resultados práticos. Nesse sentido, um aspecto divergente importante pode guardar alguns indicativos teóricos relevantes. Enquanto Vladimiri utiliza-se de uma fundamentação baseada na real intenção (*animus*) dos atos e não em sua justificação formal, Vitoria queda-se silente sobre essa discussão, “autorizando” uma aplicação legitimadora e eurocêntrica de seus direitos naturais por parte do colonizador europeu.

1 O Concílio de Constance – A questão polonesa

Ainda durante o século XV, dentro do contexto baixo-medieval, dois teóricos poloneses sobressaíram-se dentro do que viria a ser a disciplina do direito internacional, traçando, portanto, importantes aprofundamentos dos direitos naturais aquinianos relativos as questões de guerra justa. Stanislau de Scarbimiria (Stanisław of Skarbimierz) e Paulus Vladimiri (Paweł Włodkowic), ambos teóricos e, cada um a seu tempo, reitores da Universidade de Cracóvia, refletiram em seus estudos o momento histórico pelo qual passava seu país natal. O mesmo já havia sido feito por outros teóricos muitos séculos antes, como Guillaume de Rennes, no século XII, que refletia as necessidades da região de França frente aos paulatinos anseios de autonomia (VELOSO, 2009), porém, diferentemente dos teóricos que os antecederam, Stanislau e Vladimiri, dotaram a questão de autonomia, elevando o nível dos discursos relacionais do *ius gentium* a um todo sistematizado, desenvolvido fora do âmbito geral dos direitos sumarizados e causuísticos, típicos da idade média posterior ao século XI.

Historicamente, o final do século XIV e início do XV, guardava uma série de conflitos "religiosos" que afligiam o reino da Polônia, recentemente coligado por casamento ao reino pagão da Lituânia. Nesse sentido, a então denominada Ordem de Santa Maria dos Teutônicos ou Ordem Teutônica empreendeu incursões nos Bálcãs com a finalidade de converter remanescentes de eslavos pagãos. Nisso, promoveu guerras, remoção e realocação de populações e assaltos permanentes à Lituânia e à Polônia.

Mesmo com o casamento (ocorrido em 1386) da rainha Jadwiga, da Polônia cristã e do grão-duque Wladyslaw II Jagiello, da Lituânia, e a conseqüente conversão deste Estado ao

cristianismo, a Ordem Teutônica continuou seus saques e assaltos aos dois territórios, até o ano de 1410, quando foi derrotada pelo exército polonês, na batalha de Tannenberg (CASSAR, 2009).

Fazendo a abordagem teórica do assunto, destinada à defesa do seu reino frente às autoridades cristãs e imperiais no Concílio de Constance, e fugindo também da repetição das fontes mais antigas, ou da análise realista dos fatos, Stanislau de Scarbimiria traçou o que se reconhece ser o primeiro sumário editado sobre o Direito da Guerra, intitulado *De Bellis iustis*. Utiliza-se de Raimundo de Peñaforte, Guillaume de Rennes, Santo Agostinho, Sinibaldus de Fieschi, e São Tomás de Aquino. Referindo-se às idéias de Guillaume de Rennes, indica que uma guerra justa pode ser iniciada para a defesa do país, mesmo que exista uma proibição legal indicando a necessidade de autorização do Imperador para que o ato de defesa seja considerado justo. E, nesse sentido, o autor polonês, referenciando a São Tomás de Aquino, indica que a capacidade de um príncipe defender-se de um ataque utilizando-se a força é um direito natural, comum a todos os seres vivos (EHRlich, 1962). Stanislau indica, conforme já havia feito anteriormente Sinibaldus de Fieschi, que:

Os pagãos podem legalmente ter possessões, domínios e jurisdição (em outras palavras, Estados), e que se eles, em posse sem pecado, forem atacados por cristãos sem uma causa justa, podem com justiça guerrear contra os cristãos para recuperar suas terras ou Estados (p. 191).

Avança, chegando a um ponto crucial de sua discussão, ao indicar que dentro do estabelecimento das regras relacionais, e principalmente, dentro da interpretação dos fatos e sua adequação às regras existentes, a intenção real (*animus*) é essencialmente mais importante que a justificação formal. Quer dizer com isso, que as regras e interpretações que não levam em consideração aquele atos que, apesar de não constar objetivamente dentro da realidade (fática ou legal) são claramente o *animus* da ação em causa, são procedimentos ilegais, e, portanto, nulos.

Fundamentalmente, verifica-se em Stanislau, talvez pela primeira vez, que os conceitos de direito internacional, anteriormente traçados, foram utilizados na construção de uma teoria visando a fundamentação de uma defesa para o país que vinha sofrendo ataques de outro (neste caso, de uma ordem religiosa). Além disso, a última formulação aludida pelo professor polonês indica o posicionamento mantido pela Ordem Teutônica, que utilizando do discurso de conversão de pagãos ao cristianismo - procedimento legalmente considerado até então, apesar dos posicionamentos dissonantes de Fieschi -, promovia saques e apropriação de terras, indiscriminadamente. A razão para Stanislau fazer diferenciação entre o *animus* e a justificação

formal (que seria bastante influente na construção do princípio da boa-fé, futuramente) reside claramente neste fato.

No avançar da história, após a derrota para o exército polonês, a Ordem Teutônica passou a promover uma propaganda negativa da Polônia, fazendo-se de vítima de agressão polonesa, afirmando que a mesma utilizava-se de tropas compostas por pagãos, e que, deste modo, teria injustamente conseguido a vitória na batalha de Tannenberg.

Assim, dentro do 16º Concílio Ecumênico da Igreja, o Concílio de Constance (atualmente Konstanz, sul da Alemanha), a Polônia encaminhou um representante para defender seu posicionamento frente à Ordem. Como substituto de Stanislau na Universidade de Cracóvia, seguiu Paulus Vladimiri, que desdobrou seus intentos teóricos em dois artigos.

No primeiro deles, desenvolvendo uma profunda argumentação jusnaturalista, denominado “Sobre o Poder do Papa em Respeito aos Infieis”, Paulus discorre sobre uma extensa gama de assuntos, indicando fundamentalmente, que os pagãos têm direito a possuir terras, pois o mundo foi criado para todos os homens. Além disso, estando esses pagão em paz, outros cristão deverão abster-se de atacá-los. Coloca também, a impossibilidade de converter os pagãos por intermédio da força, devendo estes aceitar a fé cristã espontaneamente, visto que isso depende do livre arbítrio. Rebate a concessão de privilégios à Ordem, efetivada pelos Papas Alexandre IV e Clemente IV, indicando que a fé deve ser pregada pela palavra e os privilégios são inválidos “quer sejam falsos, obtidos por falsas representações ou pela *ultra vires* do Papa” (EHRlich, p.193).

Em seu segundo artigo, denominado “Sobre o Poder do Imperador em Respeito aos Infieis”, Paul Vladimiri procura rebater os privilégios dados à Ordem por parte do Imperador do Sacro Império Romano Germânico. Aduz que se o Papa não tem o poder de privar os pagãos de seus próprios Estados ou de suas propriedades, muito menos o tem o Imperador. Utiliza em sua argumentação Francesco Zabarella, indicando que o poder provém de três fontes, quais sejam: a) pela vontade de Deus; b) pelo consentimento dos governados, por meio de eleições; c) ou pela violência. E como o poder do Imperador não se origina de nenhuma das duas primeiras fontes, aduz o polonês que só poderia se originar do último, que é por si só, injusto.

Finalmente utiliza-se da construção de Stanislau de Scarbimiria, aduzindo que os infieis não podem ser retirados de suas terras, seja com fundamento no direito civil, no direito

canônico ou na vontade do imperador, pois essas fundamentações são contrárias à lei natural que garante a todos os seres humanos a possibilidade de deter propriedades.

Pode-se observar, portanto, que as construções teóricas de Vladimiri centram-se fundamentalmente no propósito de afastar os títulos de poder da Idade Média - papado e império -, por meio um procedimento que relativiza a atuação desses entes centrais no que tange às questões que fogem da *communitas christiana*. Observa-se também, a força argumentativa centrada no direito natural, que já nesse ponto parece fugir das mãos do criador cristão, adiantando-se assim, em um século, os ganhos obtidos pela Segunda Escolástica espanhola, em inícios do século XVI.

É por essas construções doutrinárias que os dois professores da Universidade de Cracóvia podem ser considerados importantes teóricos do direito internacional. Muito de que seria visto posteriormente dentro das questões teóricas atinentes ao direito relacional, são construções que apareceram bastante desenvolvidas no contexto da defesa do Reino Polonês dentro do Concílio de Constance, construída por Stanislau e Paulus. Além disso, por quase um século, nenhum outro teórico se sobressai no panorama internacionalista, sendo que apenas com Francisco de Vitória, em 1532, há um novo impulso na construção do direito das gentes.

2 Francisco de Vitória – Nova realidade internacional, necessidade de nova legitimação

Em finais do século XV e início do século XVI, com a “descoberta” do Novo Mundo e o início de sua colonização, a relação entre os Estados passam por uma significativa mudança. Nesse contexto, em 1532, Francisco de Vitoria, professor de teologia na Universidade de Salamanca, apresentou uma série de palestras, sendo duas delas relacionadas com os novos problemas relacionados com as populações autóctones da América (EHRlich, 1962, p.195).

Conforme aduz Ferrajoli (2002), Vitoria busca legitimar a conquista do Novo Mundo por parte do reino da Espanha, utilizando-se de uma extensa e bem fundamentada construção teórica, que, de uma lado, repete os preceitos traçados por Paul Vladimiri um século antes (EHRlich, 1962) e de outro traça algo como sendo os primeiros direitos naturais do ser humano como membro de uma coletividade maior, a humanidade.

Cançado Trindade (2005) parece não concordar com o aspecto legitimador das idéias de Vitoria, pois alega que, baseado em uma visão humanista profunda, o teórico espanhol do século

XVI demonstrava um posicionamento respeitante das liberdades dos indivíduos e das nações. Mas não é esse o posicionamento que aqui se segue, pois esse pretense humanismo parece claramente servir como válvula de escape às regras anteriormente traçadas por Paul Vladimiri, permitindo, de uma maneira inteiramente nova e revolucionária, a dominação dos índios da América e a apropriação de suas riquezas e propriedades, sem, contudo, afrontar diretamente os direitos de propriedade reconhecidos aos infiéis.

Assim, em um primeiro momento, Vitoria traça, de forma bastante semelhante a Paul Vladimiri (Ehrlich diz inclusive que Vitoria refere-se constantemente aos atos praticados no Concílio de Constance, e que a sua primeira palestra está sistematizada conforme a obra do polonês), uma contestação de todos os títulos de legitimação que fundamentavam inicialmente os espanhóis em suas conquistas. Rebate, portanto, com bastante ênfase, as idéias de que a conquista do Novo Mundo se legitimaria com base em uma pretensa soberania do Império e da Igreja, fundamentando a idéia de que bárbaros e infiéis não poderiam ter suas propriedades e Estados.

Dessa forma, como Vladimiri, Vitoria estabelece que o Imperador não é senhor do mundo inteiro e que ainda que o fosse, nem por isso poderia ocupar as províncias dos bárbaros. Da mesma forma, o Papa não detém nenhum poder temporal sobre os bárbaros das Índias ou sobre nenhum outro infiel. Continua discorrendo sobre o assunto e aduz que também a falta de fé não é empecilho à posse de propriedades, indicando que:

Por todo o mencionado, fica assim que os bárbaros eram sem dúvida, no sentido público e privado, proprietários tão legítimos quanto os cristãos; e que houve príncipes ou particulares que não puderam ser espoliados de seus pertences, nem mesmo sob a alegação de que não seriam proprietários legítimos. E seria grave negar àqueles que jamais fizeram qualquer injúria o que concedemos aos sarracenos ou aos judeus, perpétuos inimigos da religião cristã, aos quais não negamos ter a legítima posse de seus bens (VITORIA, 2006).

E, ao negar a autoridade tanto da Igreja, quanto do Imperador, Vitoria tende a afirmar a autoridade dos Estados que surgiam. E aqui reside sua principal contribuição para o Direito Internacional, qual seja, a representação da ordem mundial como *communitas orbis*, uma comunidade de Repúblicas, igualmente livres e independentes “sujeitas externamente a uma mesmo direito das gentes e internamente às leis constitucionais que eles mesmos se deram” (FERRAJOLI, p.7).

Essa construção, uma resultante do aprofundamento das teses traçadas no Concílio de Constance, procura de certa forma irradiar pretensos direitos naturais por todo o mundo, que é, conforme diz o teórico espanhol do século XVI, uma comunidade de repúblicas independentes.

Esse fato tem demasiada influência quando Vitoria traça seus “direitos naturais dos povos” e admite a possibilidade de que os mesmos sejam estendidos aos índios do Novo Mundo. Assim, coloca que:

(...) o mundo inteiro, que de alguma forma é uma República, detém o poder de fazer leis justas e convenientes a todos, como o são os direitos das gentes... E não é lícito que um único reino se recuse ser regido pelo direito das gentes: pois esse direito adveio da autoridade do mundo inteiro (VITORIA, 2006)

Pode-se, portanto, verificar que os direitos naturais da humanidade, identificados com o direito das gentes deverá ser seguido e respeitado por todos os povos do *communitas orbis*, caso contrário, verifica-se o cometimento de um ilícito, o que abre margem a represálias e mesmo a guerras justas, que, para Vitoria, resulta sempre de uma reparação às *iniuriae* (injúrias, portanto, ilegalidades).

E, conforme indica Ferrajoli:

(...) é exatamente sobre essa “grandiosa” concepção da *communitas orbis* como sociedade natural de Estados livres e independentes que Vitoria funda a segunda idéia basilar da sua construção, antinômica em relação à primeira: a idéia da soberania estatal externa, identificada como um conjunto de direitos naturais dos povos, que permite, de um lado, oferecer uma nova legitimação à conquista e, de outro, fornecer o alicerce ideológico do caráter eurocêntrico do direito internacional, dos seus valores colonialistas e até mesmo das suas vocações belicistas. Revelam-se aqui, bem antes das grandes teorizações jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, as origens não luminosas dos direitos naturais e o seu papel de legitimação ideológica não só dos valores, mas também dos interesses políticos e econômicos do mundo ocidental (FERRAJOLI, 2002, p. 10).

Verifica-se novamente o papel legitimador do direito internacional, agora sob as vestes de primordiais direitos naturais que se estenderiam a toda a comunidade de Repúblicas. Que se deixe claro que os princípios estabelecidos, como ocorre com os direitos humanos atualmente, são de inegável relevância. Porém, claro também é o fato de que essa relevância, muitas vezes, se reveste de fundamento formal para práticas materialmente mais mesquinhas (o defeso e já aludido *animus* de Stanislau de Scarbimiria), reproduzindo-se como fundamento de dominação e de *imperium* dentro da sociedade relacional. E, o uso do *animus* legitimador pode ser comprovado com certa facilidade, tanto atualmente, como na época de Vitória, e é isso o que, basicamente, Ferrajoli demonstra no excerto acima.

Fazendo então, uma pequena menção desses direitos naturais, verifica-se que derivam primordialmente de um fundamento maior, o *ius communicationis*, que se resumiria no direito que todos os povos têm de entrar em contato um com os outros. Dessa prerrogativa, derivam outras tantas, dentre elas:

a. *Ius peregrinandi e degendi* (direito de viajar e de permanecer) – neste, Vitoria estabelece que os espanhóis tem o direito de viajar pelas terras dos bárbaros e nelas permanecer, e não podem ser impedidos de assim proceder. Ademais, esse direito dá aos espanhóis a liberdade de navegação e aporto em quaisquer mares e terras do mundo, sendo que o impedimento de seu exercício seria considerado uma injustiça contra o Rei de Espanha.

b. *Ius commercii* (direito de comércio) – aduz que os espanhóis têm o direito de comerciar com os nativos, trocando produtos que estes últimos necessitem por outros que abundem por lá, como “ouro e prata” (“...*et abducentes illic vel aurum vel argentum vel alia, quibus illi aabundant*”).

c. *Ius occupationis* (direito de ocupação) – dá aos colonizadores a possibilidade de se apropriar de todos aqueles bens que os índios não se utilizam, como o ouro, a prata, as pérolas e peixes do mar, pois assim apregoa o direito das gentes. Além disso, esse direito natural procura evitar que privilégios dados a outros não sejam estendidos aos espanhóis, pois indica que todas eventuais preferências são extensíveis a qualquer outro.

d. *Ius migrandi* (direito de migrar) – os espanhóis teriam o direito de tornarem-se cidadãos das cidades aborígenes, por qualquer meio capaz de assim fazê-lo, adquirindo automaticamente o direito de residir naquelas cidades.

Em realidade, essas prerrogativas jurídicas se estendem a “toda a humanidade”, sendo, conforme se depreende da construção de Vitória, extensíveis também aos nativos americanos. Mas, fundamentado em uma certa carência de “legitimidade funcional”, esses direitos resumiam-se utilizáveis apenas pelas repúblicas “civilizadas” Europeias, visto que seria impensável a um índio, reclamar, por exemplo, seu *Ius migrandi*, frente a qualquer centro europeu.

3 A Guerra como reparação das *iniuriae*

Tendo por base aqueles direitos naturais da humanidade, Vitoria desenvolve finalmente o conceito de guerra justa “como instrumento do direito” (FERRAJOLI, 2002, p.12). Aqui, a guerra considerada justa decorre de uma *iniuriae* (injúria), verificada principalmente quando da violação dos direitos descritos anteriormente. Aqui está claro o fundamento de legitimação da conquista do Novo Mundo, pois se verifica então, que os direitos de Vitoria, são, na verdade, simples justificações formais, como salientadas por Stanislau de Scarbimiria.

Ademais, se eventualmente uma população de “gentios” se colocasse contrária à aceitação da catequese e à conseqüente conversão ao cristianismo, engendradas pelo explorador

espanhol, verificar-se-ia um desrespeito às regras “universais” estabelecidas e, por consequência, uma afronta jurídica que daria margem a ações contrárias de caráter assecuratório ou mesmo punitivo.

Não há que se falar, como bem salienta o acima aludido autor italiano, que Vitoria fosse adepto da “guerra movida com o simples pretexto de difundir o cristianismo”, ou mesmo com simples fundamento de conquista. Ocorre, porém, que os direitos estabelecidos, se por um lado não apregoavam diretamente o direito à guerra justa, por outro davam ampla margem a sua execução. Nesse sentido, Vitoria salienta:

Se os bárbaros, sejam eles caciques ou multidão, impedirem que os espanhóis anunciem livremente o Evangelho, os espanhóis, visando a eliminar esse inconveniente, podem, até mesmo contra a vontade daqueles, pregar e ir adiante na conversão dos gentios e, sendo necessário, iniciar, em razão disso, uma guerra de agressão, até que seja alcançada uma situação mais oportuna e segura para a pregação do Evangelho (VITORIA, 2006).

Verifica-se aqui uma inversão dos valores e prerrogativas da guerra justa, traçados por Stanislau de Scarbimiria e Paul Vladimiri. Se Vitoria seguia, de início, o mesmo posicionamento dos professores poloneses, indicando que os bárbaros tinham direito de manter suas terras, claro fica que a sua construção é totalmente antinômica face a justaposição de categorias em princípio inconciliáveis, quais sejam: os direitos naturais da humanidade e a guerra justa fundamentada nas injúrias recebidas.

Do estabelecimento do direito de propriedade dos nativo-americanos, e da negativa à expropriação por parte da Igreja e do Império, Vitoria parece avançar profundamente aos estabelecer os direitos naturais de todo o homem, e extensíveis a toda a humanidade. Porém, nesses mesmos direitos, ao aventar a possibilidade da guerra justa, Vitoria os deturpa, transformando-os justamente na base legitimadora da conquista, enquanto, ao mesmo tempo, reforça aquele caráter ideológico e eurocêntrico do direito internacional público, acima aludido por Ferrajoli (2002).

Assim, análise do *animus* (por meio de uma interpretação razoável, conforme salientado por Baldus de Ubaldis), acaba por afastar as prerrogativas universais dos pretensos direitos e consequentemente da *communitas orbis*, pois fundamento que é de uma conquista. As bases de Stanislau, como visto, afastariam a guerra justa de Vitoria, observando as reais proposições obscurecidas pelos pretensos profundo humanismo e bem-aventurança legal das proposições do professor de Salamanca.

Porém, não haveria de ser de outra forma. Os professores poloneses utilizaram suas construções como fundamentação contra a invasão de seu país. Vitoria utiliza inicialmente essas mesmas construções, visando, no entanto, o oposto, ou seja, a legitimação da conquista. E é nesse ponto que a inversão teórica, ocorrida por meio dos direitos universais se mostra necessária.

Enfim, será esta a base teórica utilizada pelos internacionalistas posteriores a Vitoria, como Gentili e Grotius, ao desenvolverem seus contributos teóricos ao direito internacional público. Porém, dois traços marcantes são bastante visíveis neste extenso percurso histórico e deixaram suas marcas até os dias de hoje. São eles: as prerrogativas humanas (mesmo que advindas de fundamentos discutíveis) e a guerra como critério de efetividade do direito internacional.

Considerações Finais

As duas construções teóricas, seja a precedente polonesa, ou a posterior, espanhola, partem de contextos históricos diversos - porém, como aproximações essenciais, quais sejam, o contato com situações jurídicas limitantes - para chegarem a estruturas científicas muito próximas, nas quais os direitos naturais, descolados dos limites sacro-eclesiásticos característicos de seu nascimento, exercem fundamental ancoragem.

Historicamente, Vladimiri e Scarbimiria escrevem uma defesa teórica, dentro de um procedimento oficial muito semelhante àquele jurídico, destinadas à comunidade cristã como um todo e principalmente às autoridades políticas da época, aduzindo a invalidade dos títulos legitimadores trazidos pela sua contraparte, a Ordem Teutônica. Esta oposição fundamenta-se tanto na negação pura e simples dos títulos, como em sua inadequação dentro da *praxis*, por conta da aplicação do princípio do *animus*.

Vitoria, no entanto, escreve com base em um fenômeno intenso, o descobrimento, que coloca em choque duas culturas extremamente diferentes. Vitoria destina seu trabalho às autoridades da época, mas também à sociedade, dentro de um contexto eminentemente teórico. A estrutura de sua obra indica uma grande desconstrução dos títulos de legitimação de conquista da época, mas as antinomias presentes em suas *relectiones* fazem inegável que dessa deslegitimação acompanha-se imediatamente uma nova legitimação da conquista - representada pelas *iniuriae*.

Dessa forma, ambas as teorias de *ius gentium*, fundamentam-se na negação de pressupostos teóricos legitimadores precedentes, afastando, desta forma, o papel “protagonista” até então exercido nesse âmbito pelo Papa ou pelo Imperador, porém, a precedente, diferentemente daquela do século XVI, não procura novos título de legitimação para ações, mesmo porque a análise do *animus* tornaria essa tarefa difícil. Talvez por isso, apesar da clara influência que as obras dos poloneses exerceram sobre Vitoria, este tenha quedado silente sobre esse aspecto fundamental da defesa de Vladimiri dentro do Concílio de Constança.

Enfim, apesar de suas semelhanças e divergências, as duas construções possuem aplicações práticas fundamentais. A estrutura altera-se totalmente por conta dos objetivos de uma e de outra, representados, respectivamente, pela presença e pela ausência do princípio do *animus*. De qualquer forma, ambas exercem papel preponderante dentro da construção histórica do direito como um todo, e principalmente do direito internacional, pois, pela primeira vez, desenvolvem a autonomia desta última disciplina, frente à casuística medieval, constituindo-se por estruturas argumentativas unitárias, afastadas do todo justeórico das *Summae*.

Referências Bibliográficas

- ANZILOTTI, Dionísio. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*, p.4. Artigo não publicado no Brasil.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International law for humankind : towards a new jus gentium (I) : general course on public international law. *Recueil dès Cours*, International Court of Justice, v. 316 (2005), p. 9-439.
- CASSAR, Joseph. *Reflections on the Address of Pope John Paul II to the 50th Session of the United Nations General Assembly*, 1995. Disponível em: <<http://www.vincenter.org/98/cassar.htm>>. Acesso em: 12 abril 2009.
- DUTCH, Steven. The Mongols. *University of Wisconsin – Green Bay*. Disponível em: <<http://www.uwgb.edu/dutchs/WestTech/xmongol.htm>>. Acesso em: 12 de abril de 2009.
- EHRlich, Ludwik. The development of international law as a science. *Recueil dès Cours*, International Court of Justice, v. 105 (1962-I), p. 173-265.
- FERRAJOLI, Luigi. *Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.
- LIMA, Maurílio César de. *Introdução à História do Direito Canônico*. São Paulo: Loyola, 1999.

RÖPKE, Wilhelm. Economic Order and International Law. *Recueil des Cours*, International Court of Justice, v. 86 (1954-II), p. 203-273.

RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

SARAMAGO, José. O Ele que não se Pode Romper. *Estado de São Paulo*, São Paulo, Aliás, p. J5, 14 de dezembro de 2008.

VELOSO, Paulo P. A. Fundamentos Pré-Modernos do Direito Internacional e a Legitimação dos Atos Estatais. *Ius Gentium*, v. 2, 2009, PP. 11-36.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VITORIA, Francisco. Os Índios e o Direito da Guerra. Ijuí: Unijuí, 2006.

VITIMOLOGIA: NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO ENTRE VÍTIMA E DELINQUENTE PARA OS ESTUDOS CRIMINOLÓGICOS

Priscilla Camargo

Resumo: O presente texto visa retratar o papel da vítima dentro dos estudos da criminologia, que precipuamente se ocupa de estudos sob a ótica do autor do delito, destacando a evolução histórica do papel da vítima no delito, demonstrando a importância do estudo da vitimologia para o sistema jurídico, bem como as tendências político-criminais necessárias para implementação de suas diretrizes no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Vitimologia. Criminologia. Delinqüente. Vitimização. Política criminal.

Abstract: This paper aims to portray the role of victim in the study of criminology, which mainly deals with studies from the perspective of the offender, highlighting the historical evolution of the role of victim in the crime, demonstrating the importance of the study of victimology to the system legal and political-criminal tendencies needed to implement its guidelines in the legal system.

Keywords: Victimology. Criminology. Offender. Victimization. Criminal policy.

INTRODUÇÃO

A partir de 1970 a criminologia passou a ocupar-se com o estudo das vítimas dos delitos. Isto porque a vítima além de integrar um conflito humano, no qual é protagonista - delinqüente-vítima - tem papel fundamental para o sistema penal.⁴⁷⁵

Antes desse período a maior parte dos estudiosos preocupava-se somente com o autor do delito, sob a “ideologia do tratamento ressocializador”⁴⁷⁶, buscando a recuperação e a reinserção social do acusado, bem como garantir-lhe direitos fundamentais e um processo justo. Nesse contexto a vítima foi ignorada, vez que todas as investigações criminológicas cercavam o delinqüente.

O tratamento dado à vítima pelo Direito Penal também não foi diferente, a vítima não passava de instrumento para a persecução do *ius puniendi* do Estado.

⁴⁷⁵ Sobre a importância da vítima para o sistema penal BERISTAIN cita G. Kaiser e H. Arnold: “Segundo Kaiser, as investigações vitimológicas contribuem para a legitimação do sistema penal e para sua maturidade. Nas últimas décadas, têm aportado, em alguns países, importantes avanços para a ciência criminológica e para o controle do crime. Na opinião de H. Arnold, também se pretendem e se podem atingir fins políticos, no amplo e positivo sentido da palavra; isto é, para conseguir melhorar a qualidade de vida em vários níveis sociais”. BERINSTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 90.

⁴⁷⁶ Acerca da ideologia do tratamento ressocializador ver CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 32 e ss.

Em que pese essa despreocupação que o direito penal tinha e ainda tem pela vítima, inúmeros estudos após 1970 foram feitos de modo a trazer a vítima para a relação humana estabelecida entre ela e o autor.

Desse modo o presente trabalho vem dar enfoque ao importante papel da vítima na sociedade e no sistema, sua relação com o delinqüente, bem como as tendências político criminais enfocadas sob essa nova perspectiva.

Para isso o presente estudo foi dividido em cinco partes: Na primeira abordamos a evolução histórica do papel da vítima no delito. Na segunda demonstramos os estudos realizados sobre a vitimologia e a sua importância para o sistema jurídico. Na terceira parte tecemos alguns esclarecimentos acerca da vítima e seu conceito. Na quarta analisamos os diferentes graus de vitimização e por fim ressaltamos as tendências político criminais em relação à vítima.

Evolução histórica do papel da vítima no delito

Historicamente, na Antiguidade a vítima era a detentora do poder de punir, a vingança privada era comum entre os povos, logo diante de uma ofensa cabia a reação da vítima, que nem sempre era moderada. Ademais muitas vezes a vingança não era praticada apenas pela vítima, como também por seus familiares e pela tribo, de modo que as famílias e tribos acabavam sendo dizimadas.⁴⁷⁷

Etapa posterior passou-se da vingança privada para a justiça privada, nesta aparece a figura de um terceiro para solucionar o litígio, a autoridade pública. Nesse período a composição do litígio se dava pela restituição. Cite-se como exemplo de justiça nessa época a famosa Lei de Talião.⁴⁷⁸

Por fim com o nascimento do Estado Moderno, a realização da justiça passou a ser competência do Estado, o que veio minimizar e a neutralizar o papel da vítima no delito, impossibilitando qualquer comunicação entre os sujeitos do delito, quais sejam, autor e vítima. Com

⁴⁷⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

⁴⁷⁸ Ibid..

isso a vítima passou de sujeito de direitos para mero sujeito passivo de uma violação à lei do Estado.⁴⁷⁹

Estudos sobre a Vitimologia e sua importância

Nessa perspectiva, a criminologia vem estudando não só o comportamento desviante do delinqüente, mas também tem feito investigações a respeito da vítima.

Ainda que seja pequena a aplicação pelos Estados desses conhecimentos na prática, os debates que atualmente envolvem o tema têm operado uma nova perspectiva não só para a criminologia, mas também ao direito penal e a política criminal.

Sob essa nova perspectiva do discurso vitimológico, assinalam Muñoz Conde e Hassemer:

... la Criminología cada vez dispone de más conocimientos sobre la víctima y, desde luego, muchos de los conocimientos empíricos ya existentes están teniendo una enorme repercusión en las más recientes reformas del Derecho penal, hasta el punto de que este ha modificado, expresa o tácitamente, algunos de sus principios informadores más importantes para adaptarlos mejor a una mayor consideración de los intereses de la víctima. Y ello, (...), está trayendo también una nueva visión tanto criminológica, como jurídico-penal, de algunas formas tradicionales de la criminalidad y un mayor protagonismo de la víctima...⁴⁸⁰

O crescente interesse pela vítima do delito, fez que nascesse dentro da criminologia um outro ramo, que é a vitimologia, a qual se pretende seja uma ciência autônoma. “A vitimologia seria a ciência que se ocupa de agrupar e sistematizar o saber empírico sobre a vítima do delito”.⁴⁸¹

A primeira discussão na comunidade jurídica acerca da vitimologia se deu no Primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia, ocorrido em Jerusalém em 1973. Já se esboçava uma justiça preventiva e reparadora que se faz valer por menos punição, pela indenização e compensação e, sobretudo, a reconciliação entre autor, vítima e sociedade.

⁴⁷⁹ Nesse sentido expõem MUÑOZ CONDE e HASSEMER: “Es a este a quien corresponde ahora en exclusiva la reacción penal frente al delito, asumiendo el interés de la víctima, a la que, a su vez, le prohíbe, con la conminación de una pena, castigar por si misma la lesión de sus intereses”. MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER Winfried. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001, p. 199.

⁴⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER Winfried. *Op.cit.*, p. 179.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 183.

Entretanto foi no Terceiro Simpósio Internacional de Vitimologia, realizado em Münster, na Alemanha, no ano de 1979, que a vitimologia nasce oficialmente, nesta ocasião é criada a Sociedade Mundial de Vitimologia, e de lá pra cá os debates se intensificaram.

Vale mencionar que de 03 a 05 de junho de 1992, foi realizado no Rio de Janeiro o Seminário “Vitimologia em Debate”, que discutiu a vitimização diante do processo penal.⁴⁸²

Todas essas discussões evidenciam que a vitimologia tem-se mostrado nos últimos anos imprescindível para se conhecer a dimensão da criminalidade.⁴⁸³

Não há dúvidas que seus estudos devem ser ampliados, para se conseguir metas de alto valor humano, científico e criminológico, até mesmo porque a atual sociedade capitalista, tem criado marcos de ideologização que permitem vitimar um grande número de indivíduos, como delinqüentes, doentes, loucos, minorias raciais, menores, velhos.⁴⁸⁴

Cumpra aqui ressaltar que um melhor conhecimento da criminologia não conduz necessariamente a uma maior repressão pelo Estado, não se deve reforçar a idéia de sanções mais severas ao delinqüente, e sim o contrário deve-se adotar medidas, preventivas ao delito e assistencialistas às vítimas, mais eficazes.

As reações desmedidas tomadas pelo Estado, somente para satisfazer os sentimentos irracionais de dor e impotência das vítimas estarão desconectadas com os próprios objetivos buscados por um Estado Social e Democrático de Direito.

Conceito e estudos acerca da vítima

Quando mencionamos vítima, esta pode ser uma pessoa, uma organização, a ordem jurídica ou moral, ameaçadas ou lesada.⁴⁸⁵ Também não restringimos a pessoa que sofre diretamente os efeitos da ação delitativa, mas também àquelas que indiretamente se sentem

⁴⁸² CERVINI, Raúl. *Op. cit.*

⁴⁸³ Nesse sentido apontam MUÑOZ CONDE e HASSEMER: “No obstante, la encuestas de victimización son hoy em dia un elemento imprescindible no sólo para el conocimiento real da criminalidad, sino también para comprobar el grado de eficacia del sistema penal y la confianza en el mismo de los ciudadanos. También es verdad que suelen reflejar, a veces, estados de alarma e inseguridad y un miedo a la delincuencia infundado, o por lo menos exagerado, respecto a las posibilidades de llegar a ser víctima de un delito, lo que genera luego tendencias político-criminales represivas y determinados excesos punitivos que se justifican por asegurar una mayor protección a las víctimas.”

⁴⁸⁴ BERINSTAIN, Antonio. *Op. cit.*

⁴⁸⁵ BERINSTAIN, Antonio. *Op. cit.*

ameaçadas pelo ato criminoso, como nos ataques terroristas, bem como a violência generalizada principalmente nos grandes centros dos países do terceiro mundo.

Sobre o conceito de vítima aqui empregado, Beristain bem exemplifica:

Em alguns casos, podem ser mil os militares ou os jornalistas que, diante do assassinato de um militar ou de um jornalista por grupo terrorista, se sintam diretamente ameaçados, vitimados, se antes sofreram também ameaças dos terroristas. Ou um grande número de funcionários de instituições penitenciárias que, diante do fato de que o grupo terrorista assassina um funcionário de prisão, se sintam aterrorizados pelo medo de que o seguinte sujeito passivo do delito seja ele ou um familiar seu.⁴⁸⁶

Um dos primeiros a fazer menção à vítima foi Hans Von Hentig, em 1941, vislumbrando que a causa da criminalidade era um processo de interação entre autor e vítima.⁴⁸⁷

Em 1948, o mesmo autor lança um estudo que leva em conta três noções fundamentais.

Primeiramente deve-se considerar a possibilidade uma mesma pessoa ser delinqüente e vítima, podendo começar no papel de criminoso e terminar como vítima ou vice e versa. Também pode vir a ser delinqüente e vítima ao mesmo tempo.⁴⁸⁸

A outra noção que se deve ter é da “vítima latente”, que trata-se daquelas pessoas que têm predisposição para serem vítimas, como mulheres, crianças, velhos.⁴⁸⁹

Por fim refere-se à relação vítima – delinqüente, relação esta que pode acarretar uma inversão dos papéis do protagonismo, podendo a vítima ser o sujeito desencadeante do delito.⁴⁹⁰

Desse período pra cá, foram realizadas diversas investigações no âmbito da vitimização, Munõz Conde e Hassemer bem assinalam as conclusões coincidentes desses estudos:

Existen muchos delitos que las víctimas, por diversas razones, no denuncian; lo que a veces revela una falta de confianza en el funcionamiento de los aparatos policiales o en la Administración de Justicia.

La denuncia no siempre se hace para conseguir el castigo del delincuente, sino por ejemplo para poder cobrar la indemnización del seguro (frecuente en el caso de robo de coches).

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁸⁷ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 231.

⁴⁸⁸ BERINSTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p.84

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 84.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 84.

Hay determinados factores relacionados con el estilo de vida de las víctimas que inciden en la posibilidades de que éstas lleguen a serlo (salir de noche, ir a lugares de esparcimiento).

Es más probable que el agresor pertenezca ao círculo de conocidos de la víctima (sobre todo em delitos de violênciã familiar y abusos sexuales de menores).

Existe más riesgo de ser víctima entre los sectores econômicos más débiles que entre los poderosos (entre otras cosas, porque éstos se protegen mejor).

Existen determinados grupos de riesgo de ser víctima, así los homosexuales suelen ser más vulnerables a estos efectos que los heterosexuales (...); los jóvenes suelen estar más expuestos a ser víctimas que los adultos; las mujeres más que los hombres; (...).

También el lugar donde se vive o por donde se transita ocasionalmente suele ser factor de riesgo de victimización.⁴⁹¹

Já em 1992, Hilda Marchiori investigou a influência da relação delinqüente-vítima no cometimento do delito. Dividiu essa relação em três grupos: Primeiro dentro da família, no segundo grupo os casos em que as vítimas são conhecidas de seu vitimador, mas não são familiares e no terceiro por aqueles que não se conhecem pessoalmente, mas que o ofensor teve algumas notícias prévias acerca da vítima.⁴⁹²

Esses estudos demonstram que o delito deve ser pensado na perspectiva vítima-delinqüente, não como uma dualidade, como termos antitéticos que estabelecem entre si uma relação de contraditoriedade e contrariedade, no qual um exclui o outro, mas sim a relação de um e outro.

Berinstain, cita Fattah em sua conferência pronunciada em 04 de novembro de 1992, na Simon Fraser University, no Halperna Centre, na qual ele comenta o laço que une vítima e delinqüente, vez que são dois lados da mesma moeda. Ademais assevera que a personalidade de ambos muitas vezes coincidem.⁴⁹³

Assim os papéis de vítima e vitimador não são imutáveis, mas sim dinâmicos, intercambiáveis. “O mesmo indivíduo pode, sucessivamente ou simultaneamente, passar de um papel a outro”⁴⁹⁴, e esta relação não pode ser ignorada pelo Estado.

Graus de Vitimização: Primária, Secundária e Terciária

⁴⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER Winfried. *Op.cit.*, p. 187.

⁴⁹² BERINSTAIN, Antonio. *Op. cit.*.

⁴⁹³ BERINSTAIN, Antonio. *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 102.

Quando se fala em graus de vitimização ou vitimação se pretende estabelecer os danos sofridos pela vítima.

Por vitimização primária entende-se o dano que advém diretamente do crime, os reflexos diretos produzidos na vítima, a lesão ou a ameaça de lesão, que acarreta danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos, entretanto esses danos não incidem somente da forma direta.

Indiretamente há os danos, relativos à vitimização secundária, que é aquele dano adicional causado à vítima, pela própria estrutura encarregada de fazer justiça, policiais, peritos, juízes, etc. Já no momento de ir à polícia ocorre o início dos danos secundários. É comum o descaso das autoridades, isto porque todo o direito penal e processo penal estatal é feito para ignorá-la, atuando de um lado o poder estatal e de outro o delinqüente, restando-lhe somente o papel de convidada, em algumas situações nem isso.⁴⁹⁵

Em relação a vitimização terciária esta se dá como resultado das vivências dos processos precedentes das vitimizações primária e secundária.

Tendências político-criminais em relação à vítima

Os esforços de equiparação na relação entre autor e vítima, bem como a defesa de seus interesses, encontram-se ainda em pleno desenvolvimento. Não obstante observamos que a vitimologia tem encontrado resultados positivos em algumas legislações.

⁴⁹⁵ Esse desamparo sofrido pela vítima em face do processo penal estatal é bem exposto por RAÚL CERVINI: A primeira forma de vitimização secundária manifesta-se no momento de recorrer à polícia. A falta de preparo e de tato dos agentes mostra-se como um problema universal. Diz-se que a única preocupação que os corpos policiais denotam é a de individualizar o autor do delito, desinteressando-se do dano que possa ter causado à vítima. (...)

Em segundo lugar, a vítima se vê exposta, no momento de apresentar a sua denúncia, a requisitos formais, grandes esperas e vários outros entraves burocráticos.

Depois, a denúncia deverá ser ratificada em âmbito judicial, momento no qual se abre um leque de novos incômodos. Começa assim um grande período de instrução, em grande parte reservado ao denunciante, que supõe novas agressões à vítima. (...)

Desde o esquematismo forçado do processo, a vítima ideal e o testemunho de alta credibilidade para o Ministério Público serão aqueles seres de aspecto inocente e com a imagem de cidadãos respeitáveis, mas para a defesa, o ideal estará na figura contrária e procurará apresentar a vítima como sendo imoral, provocadora condenável. (...)

No momento adequado, os antecedentes mais remotos da vítima serão rastreados, procurando debilitar a sua credibilidade no processo. (...)

Como resultado desta instância de sobrevitimização, a vida privada vítima normalmente deixará de sê-lo: ficará exposta e estigmatizada, independentemente das circunstâncias que cercaram o fato punível. CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 233.

Entre as metas da vitimologia estão a prevenção, a resolução dos conflitos evitando as sanções penais e o processo penal, partindo de políticas de mediação e conciliação, bem como assegurar os direitos e interesses da vítima, com programas de acolhimento, assistência e indenização.

Para que haja uma pacificação entre autor, vítima e sociedade é preciso enfocar os danos pessoais e sociais da vítima fazendo com que o delinqüente participe desse enfoque. Por um lado tem-se a consciência pelo autor do fato praticado e suas conseqüências reparando o dano à vítima. Por outro tem a reconciliação entre as partes e à sociedade, realizando-se assim uma compensação de interesses.⁴⁹⁶

Existem atualmente diversos escritórios de assistência às vítimas, os quais por meio do qual viabilizam o diálogo entre as partes com a presença de um terceiro mediador especializado. Cite-se os exemplos na Áustria, Espanha e França.⁴⁹⁷

Procura-se ainda a reparação do delito pelo delinqüente e na impossibilidade, aqui financeira, deve o Estado possuir um fundo de assistência à vítima, para que possa superar os problemas ocasionados pelo delito.

Cumprir ressaltar que a meta não é somente a reparação e a conciliação pura e simples, nesta última exige-se a compreensão do ocorrido pelo acusado, reconhecimento de seu delito e de seus efeitos.

Não só estão sendo tomadas as medidas apontadas acima, como também alguns Estados estão incorporando, com base nos estudos vitimológicos, alternativas de assistência à vítima dentro de seus ordenamentos.⁴⁹⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁹⁶ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ Nesse sentido: Lei Israelense de 1952 para proteção das crianças. Lei holandesa de 1972 de proteção às vítimas. Lei Federal de 1982 dos Estados Unidos da América para a proteção das vítimas dos delitos e de testemunhas do fato. Primeira lei da R. F. Alemã para o aprimoramento da situação do afetado no processo penal (lei de proteção às vítimas) de 18 de dezembro de 1986. Além da proposta da Law Reform Commission do Canadá em 1975, para soluções extraprocessuais por meio de instâncias de compensação para certos delitos. CERVINI, Raúl. *Op. cit.*

Em que pese a vítima ter sido ignorada durante muito tempo, as considerações realizadas a seu respeito tem servido de grande ferramenta à criminologia, e ao sistema jurídico penal.

As aspirações da vitimologia devem ser encaradas como benefícios à justiça, a reconciliação entre autor e vítima, permitindo o diálogo sempre que possível, a reparação do dano, medidas essas tomadas fora dos aparatos de direito e processo penal, são exigências que só trazem benefícios à comunidade.

Absolutamente ao lado dessas medidas não se deve retroagir em relação aos direitos do acusado, todos os direitos e garantias lhe prestados no processo penal, seriam transportados a essa nova perspectiva de resolução de conflitos. Ademais cabendo estas soluções quando aceitas pela vítima e acusado.

Por fim cabe a um Estado Social e Democrático de Direito prestar toda a assistência às vítimas de delitos e elevá-las do plano de mera expectadoras para sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. **El nuevo ciudadano responsable y solidario: el partenaire. Reflexión criminológica/victimológica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 8, n. 29, jan./mar. 2000.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER Winfried. **Introducción a la criminologia**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001