

PEDRO BRAGA



SENADO FEDERAL
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

PEDRO BRAGA

CRIME E SOCIEDADE

1ª Edição



CRIME E SOCIEDADE
1ª Edição

Brasília - 2008

Brasília - 2008

CRIME E SOCIEDADE



Senado Federal
Secretaria Especial de Editoração e Publicações
Subsecretaria de Edições Técnicas

CRIME E SOCIEDADE

PEDRO BRAGA

1ª Edição

BRASÍLIA – 2008

1ª Edição

Editor: Senado Federal

Impresso na Secretaria Especial de Editoração e Publicações

Produzido na Subsecretaria de Edições Técnicas

Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto

Praça dos Três Poderes, Via N-2 Unidade de apoio III

CEP 70165-900 Brasília, DF

Telefone da SSETEC: (61) 3311-3575

Fax: (61) 3311-4258

E-mail da SSETEC: livros@senado.gov.br

Capa: Fred

Editoração Eletrônica: Newton Carlos de Sousa

Braga, Pedro.

Crime e Sociedade /

Pedro Braga. -- Brasília : Senado Federal,

Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

p. 220

1. Direito Público, Brasil. 2. História do Direito.
3. Filosofia do Direito. 4. Direito Romano
5. Direito Canônico. I. Título.

CDDir

.....

Nota do Editor

OS ENSAIOS de Pedro Braga reunidos nesta coletânea foram publicados originalmente na **Revista de Informação Legislativa**, entre os anos de 2001 a 2008. A **Revista de Informação Legislativa** é um órgão de divulgação teórica e doutrinária no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, e das Ciências Humanas de modo geral, de responsabilidade das Edições Técnicas do Senado Federal. Os presentes ensaios tratam de matérias relativas a Direito Público, Filosofia do Direito, sociedade de risco e o Direito Penal e Ambiental, História do Direito Brasileiro, contribuições para a história da criminalidade no Brasil Colônia e Império, problemas teóricos no campo da decidibilidade do magistrado, aporte do cristianismo para o Direito, direitos humanos, o Ministério Público na Constituição de 1988. São textos metajurídicos que muito enriquecem a nossa literatura especializada, seja por abordar temas de relevância, seja por oferecer novas reflexões e perspectivas para questões e problemas tanto antigos quanto atuais.

Subsecretaria de Edições Técnicas

Sumário

	Pág.
A Sociedade de Risco e o Direito Penal	11
<i>Bibliografia</i>	33
O Cristianismo e o Direito: a revolução cristã no campo jurídico	
<i>Introdução</i>	37
1. <i>O Direito talmúdico</i>	38
2. <i>Direito e cristianismo</i>	41
<i>Apêndice</i>	67
<i>Direito Romano</i>	67*
<i>Direito eclesiástico</i>	68*
<i>Direito e protestantismo</i>	68
<i>Bibliografia</i>	71
O Direito de Asilo na Legislação Eclesiástica	75
Kelsen, Bobbio e Bakhtin: um diálogo	
<i>Introdução</i>	93
1. <i>Norma fundamental: a teoria de Kelsen</i>	93
2. <i>Norma fundamental: a Explicação de Bobbio</i>	98
3. <i>Alguns comentários</i>	103
4. <i>Bakhtin tem a palavra</i>	105
<i>Conclusão</i>	113
<i>Bibliografia</i>	114
Crime, Pena e Sociedade no Brasil Pré-Republicano	
<i>Introdução</i>	117
1. <i>O Brasil Colônia</i>	117

2. <i>O Brasil Reinado</i>	125
3. <i>O Brasil Império</i>	131
<i>Bibliografia</i>	155

O Sistema Jurídico no Brasil Império: Alguns Problemas Teóricos

<i>Introdução</i>	161
1. <i>Alguns problemas teóricos</i>	162
2. <i>Conclusão</i>	177
<i>Bibliografia</i>	179

O Ministério Público na Constituição de 1988

<i>A Evolução de um conceito</i>	183
<i>O MP na Constituição de 1988</i>	187
<i>Bibliografia</i>	218

A SOCIEDADE DE RISCO E
O DIREITO PENAL

Hobbes era um homem amedrontado. Não é por acaso que intitulou sua obra com o nome do monstro bíblico – Leviatã. Bela metáfora para designar o Estado tentacular. Para Hobbes, a transição do estado de natureza para o estado de sociedade deu-se mediante a delegação da liberdade de todos e de cada um para o soberano, garante dessa liberdade. Sua constatação tristemente realista: *homo homini lupus*, numa tentativa de explicar racionalmente o absolutismo. Assim, para ele, surgiria a sociedade civil.

O risco não é um fato recente, obviamente. Ampliou sua natureza e adquiriu novas facetas. Mudou, ou melhor, adaptou-se em uma sociedade mais complexa. Os romanos, criadores da ciência jurídica, consideravam o risco sob o conceito de *casus fortuitus* igualmente denominado de *vis maior* (força maior). Evoquemos os formuladores romanos, que assim definiam o dano e sua causa, genericamente:

“*Casus fortuitus* (também denominado *vis maior*, força maior) é o evento danoso devido a uma causa natural (exemplo: morte de um escravo em razão de doença ou senectude) ou a intervenção de terceiros (exemplo: roubo por um único ladrão ou por um grupo de ladrões).

“O risco de perda (*periculum*) de uma coisa ou de uma prestação resultante de caso fortuito deve em princípio ser suportado pelo proprietário da coisa ou o credor da prestação. No último caso, o devedor da prestação tornada impossível de executar é liberado da obrigação, à condição da perda não ser devida a nenhuma culpa de sua parte, o que implica, em princípio, que o evento danoso tenha sido imprevisto e inevitável.”

Às vezes as fontes romanas faziam distinção entre os dois tipos:

“*Casus fortuitus*: evento externo ao devedor, porém entrando em sua esfera de controle e, pois, em certa medida, previsível e evitável (exemplo: roubo por um único ladrão).

“*Vis maior*: evento escapando ao controle do devedor e que, mesmo se ele havia sido previsto, não poderia ter sido evitado (exemplos: terremoto, naufrágio, inundação, incêndio causado por raio etc.)”¹

Donde se conclui que o risco de perdas, o evento danoso (*periculum*), é imprevisível e inevitável. Já no caso fortuito, tal evento é, em certa medida, previsível e evitável. Finalmente, na força maior, mesmo previsto, não pode ser evitado.

Ou seja, tudo que acontecesse independente da vontade humana, os romanos denominavam *casus fortuitus* ou então *fortuna* (acaso).

Modernamente, risco foi objeto de tratamento sob o prisma sociológico. Há quem diga que risco não é necessariamente um conceito da esfera jurídica, mas ele diz respeito muito de perto ao mundo jurídico, como veremos adiante. E entrou, por motivos óbvios, na ordem do dia. Quem o trouxe à baila foi o sociólogo alemão Ulrich Beck em sua obra **Risikofesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne**, editada em Frankfurt, em 1986.²

Paulo Silva Fernandes, em seu livro **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**, referindo-se ao pensamento de Niklas Luhmann, que identifica três fases na história do risco, este louvado em Beck, e cujas fases foram esquematizadas pelo jurista português Augusto Silva Dias, na obra *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, enumera: “a primeira corresponde ao advento da idade moderna, em que, todavia, os riscos são ainda ‘incipientes e controláveis’; a segunda, que se estende ‘de finais do séc. XIX até à primeira metade do

1 **Droit Roman** – Disponível em: <<http://vinitor.egss.ulg.ac.be/index.html>>. Acesso em: 11 out. 2001.

2 BECK *apud* FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**; panorâmica de alguns problemas comuns, p. 19

séc. XX’, surge da vontade de ‘conter e domesticar estes riscos mensuráveis e controláveis’, com o fim de reduzir tanto a sua ocorrência como a sua gravidade, e que corresponde ao *Welfare State*; a terceira fase, por fim, corresponde ao nosso tempo, coincidente com o fracasso do *Welfare State* e o aparecimento de novos, graves e incontroláveis riscos, fruto do desmedido desenvolvimento da sociedade industrial tardia.”³

A esta altura poder-se-ia avançar uma definição de risco para efeito de trabalho: poder-se-ia defini-lo como o perigo mais ou menos previsível. Ou seja, *perigo*, um conceito sempre associado ao risco. Paulo Silva Fernandes define o risco afirmando que “o tópico central do discurso do risco é a existência de algo que não existe ainda, algo que não aconteceu, mas pode vir a acontecer se continuarmos a seguir pelo mesmo trilho”. Ele, porém, distingue riscos de perigos, atribuindo a estes um carácter natural, como as catástrofes, e àqueles como sendo “fabricados”, decorrentes do ato humano. Donde se conclui que há o risco e o perigo iminentes e o risco e o perigo potenciais. A catástrofe do tsunami, a rigor, era previsível, uma vez detectado seus indícios por sismógrafos instalados em diferentes partes do mundo, devendo portanto a população ser evacuada a tempo. Falta de comunicação adequada entre os Estados? Incúria pura e simples das autoridades dos países afetados? Despreparo cultural para lidar com catástrofes iminentes e/ou potenciais? Na história da humanidade, risco houve, há e sempre haverá – e o pior, doravante, cada vez mais amplo em extensão e em efeitos danosos. Seria ingênua utopia acreditar-se ou tentar-se abolir a existência de risco, transformá-lo em risco zero. Trata-se no entanto de trabalharmos com a hipótese do risco aceitável. A gestão do risco consiste em determinar-se o limiar que não pode ser ultrapassado. Para isso, impõe-se uma ação preventiva baseada no acordo entre pessoas, participação e informação, e isso não nasce de geração espontânea, devendo ser objeto de política pública em nível mundial. O risco advindo de fenômenos da natureza ou produzido pela sociedade deve ser gerido pelo poder

3 Cf. FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 33 *et passim*

público, pelos que detém o poder de decisão política, pelo fato de que o interesse subjetivo dos cidadãos confunde-se com os interesses gerais.

Em meados do século XVII na Europa, já na sociedade moderna, a explicação do mal-estar no mundo (tema depois tratado por Freud) centrava-se em argumentos religiosos e mágicos. No século XVIII, surgem as soluções científicas no bojo da produção industrial, emergindo, do ponto de vista político, o sistema liberal, onde o risco tecnológico é distribuído de maneira desigual entre a população.

O risco entra já na esfera do jurídico pelo viés da responsabilidade civil e penal, após os contratos de seguro, inicialmente marítimos, que é a forma mais antiga de precaver-se contra os danos resultantes de riscos potenciais. Os juristas debruçam-se sobre a explicação científica das causas do dano, do nexó de causalidade. Intervém uma transformação na cultura do risco, ligada à questão do destino coletivo.

Nos países onde existe democracia assegurada pelo Estado de Direito, surge uma forma particular de organização política: as decisões são precedidas por diferentes opiniões, inclusive com a possibilidade de contestar-se as decisões tomadas pelo Poder Público. O princípio da transparência adquire, em muitos países, dignidade constitucional. *Idem* o princípio da vigilância. Experiências de iniciativa da própria cidadania surgem, aqui e ali: na Dinamarca é criado o sistema de vigilância conhecido como “Conferência dos Cidadãos”, que compreende um *panel* de especialistas. Em 1998, inaugura-se na França a “Primeira Conferência de Cidadãos”. É a cidadania assumindo supletivamente a prevenção dos riscos.

Embora tenha havido sociedade sem Estado, é óbvio que o Estado distingue-se da sociedade civil. A ambigüidade na aceção entre sociedade civil oposta ao estado de natureza perdurou desde a Antiguidade até o século XII, como se sabe. Hegel, no século XIX, fazia a distinção, separando, no seio da sociedade civil, a esfera civil da esfera política.

Com a crise do Estado-providência (*Welfare State*), o cidadão emancipa-se da tutela estatal, para o bem ou para o mal. A sociedade civil não é um ente homogêneo: existe uma sociedade civil organizada

(ONGs, as entidades do terceiro setor, tanto privadas quanto estatais) e outra desorganizada. Em todo caso, a sociedade civil não decide, apenas influi. A esse propósito nem o orçamento participativo adquiriu *droit de cité* entre nós.

É razoável pensar-se que a prevenção de catástrofe incumbe tanto à sociedade civil quanto ao Estado, principalmente a este, que recebeu delegação para tal e conta com os meios e instrumentos necessários. O que se constata é que é quase inexistente, máxime no Brasil, a mobilização da sociedade civil na prevenção de riscos. Basta ver os resultados com o aumento da pluviosidade nos grandes centros urbanos.

O risco, porém, não se resume tão-somente ao aspecto do meio ambiente. A violência, o tráfico de pessoas, o narcotráfico, os delitos de natureza econômica e os eletrônicos praticados via internet ou outros meios compõem o quadro da sociedade pós-industrial em que vivemos. E todos esses aspectos envolvem matéria que tudo tem a ver com o Direito. Surgiu até o direito Penal Econômico, de que trataremos mais adiante.

As responsabilidades não são apenas individuais, há também responsabilidade de pessoas jurídicas, de entes coletivos. A abordagem dessa questão, embora muitos pensem o contrário, não é recente.

A noção de sujeito de direito ou pessoas administrativas, criadas pelos romanos, ganha vigor com os glosadores e canonistas. A *universitas* compreende um conjunto de direitos individualizados sob a égide de uma instituição. Já na Idade Média, a *universitas* podia contrair obrigações, adquirir bens e agir em juízo, sendo-lhe reconhecida a responsabilidade penal.

Franz von Liszt, em seu célebre **Tratado de Direito Penal Alemão**, obra do Século XIX, criticando o Direito imperial vigente à época, que atribuía a responsabilidade penal apenas ao indivíduo, não a estendendo-a às entidades coletivas, escreve:

“Entretanto deve-se afirmar que o reconhecimento da responsabilidade criminal do corpo coletivo, até onde vai a sua capacidade de obrar, e a punição de tal entidade, entanto quanto figura como sujeito independente de bens jurídi-

cos, é não só possível como conveniente. Esta tese encontra numerosas confirmações, tanto na legislação alemã como na estrangeira.”

E em nota de rodapé, acrescenta:

“A verdadeira concepção (que nos crimes contra o direito internacional, cujo sujeito só pode ser o Estado, tem sido reconhecida sem contestação) não só predominou na Idade Média alemã (punição das cidades que asilavam a proscritos, – Espelho da Saxônia, 2.º, 72, 1, paz pública de 1235, § 13), como tornou-se opinião comum na ciência do direito penal desde Bartolo. [...] ... no caso de dar-se *commune consilium membrorum*, reconhecem explicitamente ser a universitas o sujeito do crime cometido (ver, porém, o código bavaro de 1751). Só pelos fins do século passado [século XVIII] veio a predominar a doutrina oposta sob a influência dos romanistas (v. Savigny); por muito tempo, desde Feuerbach, imperou ela exclusivamente entre os professores do penal. Na ciência moderna, porém, a doutrina da capacidade criminal do corpo coletivo, quer no direito civil, quer no direito penal, doutrina mantida pelo direito anglo-americano, russo, francês e espanhol, tem tomado incremento.”⁴

A discussão sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas voltou à pauta entre doutrinadores brasileiros. Antônio José da Costa e Silva, em sua obra **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, de 1930, analisando o parágrafo único do art. 25, faz uma síntese histórica da possibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em que pese ser longo, vale a pena a transcrição:

“A questão de saber se as pessoas morais ou jurídicas podem praticar ações criminosas e por elas responder tem atra-

4 Cf. LISZT, von Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**, vol. I, p. 190.

vessado diversas fases. Após longo período de quietude, que parecia ser definitiva, voltou de novo a ser objeto de porfiadas discussões. Ainda agora figura ela no programa do segundo congresso de direito penal, a realizar-se no mês de outubro, em Bucareste (relatores: os professores Pella e Cuello Calón).

“O caráter puramente individualístico da imputabilidade no Direito Romano não permitia que se estendesse às pessoas coletivas a responsabilidade penal. Nada obstava, entretanto, a que às mesmas se aplicassem as medidas de natureza preventiva, nomeadamente as multas. Isso se deu, mas já nos tempos da decadência. Só em sentido impróprio e por uma analogia muito fraca se poderiam considerar como penas as providências de ordem política ou legislativa que se tomavam com relação a uma ‘civitas’ por certos atos praticados contra o Estado.”

E continua o eminente mestre:

“O Direito Canônico admitiu a responsabilidade penal dos entes coletivos (capítulos, conventos, congregações, cidades, municípios). Sob o influxo do direito germânico, a prática medieval reconheceu que tais entes eram capazes de perpetrar crimes e podiam por causa deles sofrer punição. Essa capacidade foi combatida por Sinibaldo dei Fiechi (depois Inocência IV), que, afirmando ser a *universitas* uma pessoa meramente ideal ou fictícia (*nomen juris*), concluiu que ela não podia praticar ato algum, principalmente ilícito: – ‘*impossibile est quod universitas delinquat*’. Semelhante doutrina, lógica e sedutora, não alcançou, entretanto, senão escassas e tímidas adesões. A quase unanimidade dos canonistas continuou a admitir a referida capacidade.”

Prossegue Antônio José da Costa e Silva:

“Foram, porém, os pós-glosadores que deram à idéia da responsabilidade penal das *universitas* e do delito corpora-

tivo seu maior e mais brilhante desenvolvimento. Os preceitos de Bartolo atravessaram vários séculos como a derradeira palavra da ciência jurídica no assunto. No direito estatutário italiano e na jurisprudência francesa estiveram em pleno vigor os princípios da escola bartolina. Só em fins do século XVIII e começo do seguinte se operou a reação que trouxe como resultado as vitórias das idéias contrárias até hoje dominantes. Dentre os escritores que mais contribuíram para essa transformação merecem especial menção o romanista Savigny e o criminalista Feuerbach. O código bávaro (1813), obra deste último, de modo expresso estabeleceu o preceito da não punibilidade das pessoas jurídicas (art. 49).”

Continua o nosso jurista:

“Modernamente, entre outros motivos, pelo dos novos estudos a respeito da natureza dessas pessoas, reacenderam-se as antigas disputas. Os escritores que têm tratado do assunto se dividem em dois grupos.

“Os partidários da doutrina comum se baseiam em que a pessoa coletiva não tem vontade própria e, portanto, não pode agir. Que só o homem é capaz de querer e de executar a sua vontade. Que, por isso, quando os indivíduos que compõem uma *universitas*, no interesse desta, resolvem e põem em prática uma ação criminosa, só eles podem ser chamados a responder perante a justiça punitiva. Que as medidas empregadas às vezes contra pessoas jurídicas não são verdadeiramente penas, no sentido do direito criminal, mas simples providências de ordem administrativa ou política. Que a pena imposta aos entes coletivos (corporações) vai refletir-se em seus sócios, culpados ou inocentes, indiferentemente. Que esta justiça sumária repugna até ao senso comum. Que poucas espécies de penas poderiam ser aplicadas a tais entidades. Estes são os principais argumentos invocados.”

E ajunta Antônio José da Costa e Silva, elencando as razões dos que são favoráveis:

“Os escritores que sustentam a capacidade criminal das pessoas coletivas e a respectiva punibilidade alegam que essa capacidade não é diferente da que se reconhece às mesmas pessoas em outros domínios do direito público e privado. Que elas possuem bens jurídicos próprios, nos quais pode perfeitamente incidir pena. Que os atos praticados por uma coletividade têm um alcance especial. Que eles podem ser tentados ou executados em uma escala e com uma força que não guardam proporção com o número dos respectivos membros. Que é incompatível com o sentimento da justiça e com os princípios de uma sã política criminal deixar impune o verdadeiro culpado – a universitas – e lançar exclusivamente a responsabilidade sobre quem é o órgão da vontade alheia. Que a história demonstra de sobra a possibilidade do delito corporativo e da respectiva punição.” [Aqui o nosso autor refere-se a Liszt-Schmitd, na obra **Lehrbuch**, e Achilles Mestre, **Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale**].⁵

Paulo Silva Fernandes referindo-se ao princípio *societas delinquere potest* preconiza que este deve ser “entendido como responsabilidade (penal) da própria empresa”. E arrola as razões em que se baseiam os defensores da imputação penal de entes coletivos, naqueles países em que isso ainda não ocorre:

1. “Em primeiro lugar, as dificuldades penais decorrentes da persecução da justiça penal, em termos satisfatórios, em relação às pessoas físicas atuantes no seio da sociedade, resultante de princípios como o *in dubio pro reo*, da

5 SILVA, Antônio José da Costa e. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. 1, p. 155-157.

causalidade, da culpa, entre outros, dada a, *v.g.* diluição das responsabilidades em entrelaçados hierárquicos, a dificultar geralmente a prova necessária, em sede processual penal, para que se atinja uma condenação.

2. “Em segundo lugar, o reduzido efeito preventivo das sanções penais meramente pessoais que, pode dizer-se, dilui-se também ele no emaranhado das organizações e hierarquias empresariais – pune-se uma parte (nem sempre a ‘mais’ responsável) e não o todo, criando um efeito de ‘bode expiatório’. Ao contrário, requer uma vera punição da entidade, ‘no seu todo’ e enquanto tal, a fim de se poder afirmar ter sido a *entidade coletiva* a cometer um determinado crime, tornando-se ela mesma, objeto de censura jurídico-penal.” (Cf. FERNANDES, *op. cit.*, p. 104)

Carlos Fernando Mathias de Souza, desembargador federal, em artigo publicado na **Revista de Informação Legislativa** sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas, menciona o trabalho científico *La responsabilité pénale des personnes morales*, apresentado pela professora titular do Largo do São Francisco, Ivette Senise Ferreira, onde ela, referindo-se à Lei 9.605/1998, assevera: “Essa lei resultou de discussão acerca da necessidade de unificação e de harmonização de uma dúzia (de várias) leis que dispunham antes sobre as infrações ao meio ambiente no Brasil, de modo desordenado e contraditório, posto que o Código Penal, datado de 1940, não apresentava nenhuma solução dos conflitos nesse domínio.” E continua a eminente professora: “Uma lei penal mais completa sobre o meio ambiente era portanto reclamada pela comunidade jurídica desde a promulgação da nova constituição federal de 1988, onde foi proclamado que o meio ambiente de qualidade é um direito fundamental, tanto do indivíduo quanto da coletividade [...]”⁶

6 Cf. FERREIRA *apud* SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. “A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas”. *In: _*. **Revista de Informação Legislativa**, p. 27- 29.

A referida lei, com efeito, deriva do § 3.º do art. 225 da CF, que estabelece: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Por outro lado, Carlos Fernando Mathias de Souza chama a atenção para o § 5.º do art. 173, que se encontra no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, *verbis*: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Consoante Carlos Mathias, esse dispositivo de nossa constituição porventura recebeu influência do direito francês, cujo Código Penal de 1994 prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.⁷

E o que diz o art. 3.º e parágrafo da Lei 9.605/1998? Citamos *ipsis litteris*: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade. Parágrafo único – A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

O princípio da punibilidade das pessoas jurídicas é fortemente preconizado por um dos maiores penalistas portugueses, Figueiredo Dias, como forma de prevenção dos mega-riscos, subprodutos da sociedade pós-moderna em que vivemos, não só no aspecto da proteção ao meio ambiente, mas também na aplicação do Direito Penal Econômico. E aí insere-se a *criminalidade organizada*, ou o crime organizado, em que o Estado, em seus diferentes poderes, está infiltrado por delinqüen-

7 Cf. SOUZA, *op. cit.*, p. 29

tes, autores e partícipes de delitos que são objeto de abordagem do que agora se chama igualmente de “direito penal do risco”.⁸ Citamos como exemplo do enfrentamento dessa situação de risco, que põe em perigo a própria tessitura social e o próprio futuro da humanidade, a *Operação Mãos Limpas* na Itália. Em escala mundial, impõe-se urgentemente o combate sem tréguas ao narcotráfico, ao tráfico de armas e materiais de extinção em massa (como urânio, por exemplo), ao tráfico de pessoas, à lavagem de dinheiro, aos crimes econômicos, “de colarinho branco”, à corrupção sistêmica, ativa e passiva, às catástrofes ambientais, que, sabe-se, têm repercussão em escala planetária, a exemplo de Chernobyl; ao derramamento de petróleo nos mares e a transformação destes em uma grande lixeira do mundo, à poluição do subsolo, aos crimes eletrônicos (subtração de dados pessoais e financeiros, pornografia infantil e “vandalismo” na web); acrescentem-se ainda, em nível de Brasil, ao desmatamento predatório da Amazônia, à biopirataria, à contaminação dos recursos hídricos, como é o caso do Lençol Guarani, que atravessa grande parte do país; impõem-se o cuidado no tratamento dos dejetos nucleares, e coibir o processo de “crescimento” desordenado de nossas cidades que se faz de maneira urbanística e ecologicamente cruel, e colocar um fim à ausência do Estado em enclaves dominados por quadrilhas de narcotraficantes.

No Brasil, onde existe uma plethora de leis inúteis e ineficazes, leis ruins, pode-se contar, não obstante, com leis que, se devidamente aplicadas, podem contribuir em muito para a redução dos riscos, que têm como aliada a impunidade. Citemos algumas: Leis 8.002/1990 e 8.078/1990 (Defesa do Consumidor), Lei 8.429/1992 (Lei da Ação de Improbidade), Lei 11.343/2006 (Lei de Entorpecentes), Lei 9.605/1998 (Lei de Meio Ambiente), Lei Delegada 4/1962 (Lei de Intervenção no Domínio Econômico), Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos), Lei 1.521/1951 (Lei de Economia Popular), Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), Lei 7.492/1986 (Lei do Colarinho Bran-

8 DIAS *apud* FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 71.

co), Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). (Quanto à Lei 8.072/1990 – Lei da Delação Premiada – e Lei 9.807/1999 – Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas –, que suscitaram alguma oposição na comunidade jurídica – a primeira por ser considerada aética, a segunda, por eximir o Estado do dever de proporcionar segurança à população –, são medidas extremas em período de crise aguda, em que o Estado se encontra na iminência de perder o controle da situação). Outro avanço legislativo foi a introdução em nosso ordenamento do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, que surgiu louvado no “juízo de equidade” e com fundamento no princípio que nos foi legado pelo Direito Romano, que é o enriquecimento sem causa. Com efeito, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor afirma, *expressi verbis*: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

O art. 18 da Lei 8.884/1994, bem assim o Código Civil em seu art. 50 prevêm igualmente a desconsideração da personalidade jurídica.

Por outro lado, impõe-se urgentemente a reforma do nosso Código Penal e de Processo Penal, por inadequados, cujo sistema prescricional deita por terra o muitas vezes árduo trabalho de alguns membros do Ministério Público como órgão de defesa do patrimônio público e dos direitos sociais indisponíveis, e até mesmo da Controladoria-Geral da União, por exemplo.

O Prof. Mário Ferreira Monte, em seu “Apontamento Introdutório” ao livro de Paulo Silva Fernandes, baseando-se em Silva Sánchez, no livro **La Expansión del Derecho Penal**, escreve muito a propósito:

“Pode dizer-se que quer o direito penal clássico quer o direito penal secundário (Nebenstrafrechth) são uma vez

mais postos à prova. Mas não só. Também o direito administrativo sancionador, o direito de mera ordenação social e, porque não dizê-lo, todo o Direito, enquanto sistema de regulação da sociedade e em particular dos conflitos de interesses, é questionado. [...] Já se fala no direito penal do risco ou no direito penal da globalização.”

E busca a causa de tal fato:

“Trata-se de um fenômeno hodierno emergente da sociedade pós-moderna, pós-industrial, e que se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco ou, *rectius*, o aparecimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos-agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima, o predomínio do econômico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de proteção, a maior relevância do crime macro-social, etc.”⁹

É despidiendo afirmar-se que o risco decorrente de decisões humanas representa grave ameaça à própria sobrevivência da humanidade. Silva Dias, outro grande jurista lusitano, assevera que “A sociedade de risco começa onde termina a disposição das seguradoras privadas para cobrir certos domínios de risco”. E acrescenta: “As companhias de seguros, orientadas essencialmente pela razão calculadora, tendem a cobrir apenas os riscos calculáveis e não embalam, por isso, no discurso de segurança dos produtores de risco. Onde estes diagnosticam risco nulo, aquelas prevêem risco máximo.”¹⁰

As esperanças do homem comum freqüentemente recaem sobre o direito penal face aos novos desafios, o que aliás é compreensível;

9 MONTE, Mario Ferreira. “Apontamento Introdutório”. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**, p. 22.

10 DIAS *apud* FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 21.

quando não sobre o direito administrativo sancionador. Se no passado os riscos advinham sobretudo de fenômenos naturais, hoje têm origem na própria ação ou omissão humanas. E concluindo na esteira de Figueiredo Dias que “O bem jurídico individual, concreto, não faz aqui o menor sentido. A responsabilidade individual, muito menos. O perigo é uma categoria que ganha cada vez maior importância, associada porventura a uma ‘criminalização expansiva dos delitos de negligência ou omissão’”.¹¹ O aparecimento de novos bens jurídicos está a exigir uma tutela diferente. Daí ser legítimo afirmar-se que o direito penal clássico, se servira à sociedade industrial do final do século passado, já não responde satisfatoriamente a este novo estágio de desenvolvimento social e econômico da sociedade pós-moderna. Para os fenômenos naturais danosos, a experiência tem demonstrado que a tutela do direito penal não os alcança (quando na realidade, em alguns casos, poderia alcançar), resumindo-se a proteger os bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, o patrimônio... Fala-se em direito penal intermediário ou secundário (*Nebenstrafrecht*), que tutelaria os bens jurídicos de natureza social e a organização econômica, e utilizar-se-ia em grande medida de normas penais em branco, caracterizando-se como direito especial e constituído basicamente por leis extravagantes, o que para Mario Ferreira Monte seria de alguma utilidade, desde que feita “algumas alterações de ordem dogmática” para adequar suas respostas aos novos problemas. O que ele preconiza é “encontrar soluções que passam eventualmente por algumas alterações mesmo dogmáticas” dentro do próprio direito penal, ainda seguindo as reflexões do criminalista Figueiredo Dias, discutidas na obra **Algumas Reflexões**.¹² Aqui surge a importância dos interesses difusos dispostos no texto constitucional e incorporados nessa que é uma das melhores leis que já produzimos: o Código de Defesa do Consumidor. Se o antigo bem jurídico tutelado de cariz individual, liberal, pelo direito penal clássico, agora é questão da tutela dos “bens jurídicos sociais, supra-individuais, coletivos, difusos”, isso não implica

11 Cf. por todos Figueiredo Dias. **Algumas Reflexões**, p. 10.

12 MONTE, Mario Ferreira. “Apontamentos Introdutórios”, *op. cit.*, p.27.

o abandono da tutela subsidiária do bem jurídico individual, até porque o Código de Defesa do Consumidor surge no bojo da economia neoliberal como interface da lei sobre a livre concorrência.

Há que se admitir com Paulo Silva Fernandes que

“o crime por excelência da era global é o *crime econômico*. É o multiplicar, em termos inéditos, tanto da *criminalidade econômica* como da *delinqüência de colarinho branco*, como ainda e por último, *dos crimes of the powerful*, em larga escala, de circuitos criminosos que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações, frequentemente à escala internacional ou global, em prol de um fim comum, a obtenção de *lucros fabulosos* provenientes da prática criminosa, tudo isto a colocar novos e difíceis problemas ao direito penal de cunho ‘clássico’”.

A sociedade da *insegurança* é subproduto da sociedade de *risco*. A todos aflige, aumentando a aflição dos aflitos: a ela nada escapa, o indivíduo, a família, o direito, o Estado. E não só: o risco, hoje, mais do que nunca, é um risco globalizado. Assevera Paulo Silva Fernandes a esse propósito:

“Decisões de peso, em matéria de ambiente, economia ou armamento, para só citar alguns dos mais flagrantes contextos, são hoje tomadas à escala internacional, se não mesmo mundial, dada a capacidade das conseqüências de tais decisões poder vir a afetar se não todos os estados envolvidos, pelo menos uma significativa parte deles.”

Nas pegadas de Beck, Fernandes afirma que a produção ou potencialização “destes novos riscos *decorre sempre de decisões humanas*, ou ainda, citando Beck, ‘*como danos que a coletividade se inflige a si mesma*’, embora como algo que é *independente* da intenção humana.”

Beck faz a distinção entre os riscos antigos (fome, epidemia, catástrofes...) e os novos riscos, posto serem estes decorrentes de decisões “que se baseiam em vantagens e oportunidades tecno-eco-

nômicas e que aceitam os desastres [*hazzards*] como simplesmente o lado obscuro do progresso.”¹³ Os riscos tecno-científicos, uma nova categoria de riscos, que nasce com o *homo oeconomicus* surgido com o capitalismo e detentor dessa nova forma de poder: a ciência e a tecnologia. Tais riscos fizeram surgir uma nova área de especialização: a de gestão de riscos tecnológicos, e uma nova profissão – a de segurança da informação.

O Brasil, é escusado dizê-lo, é um país vulnerável a ambas as formas.

Diante de tal quadro de aumento de criminalidade de todos os matizes, a população, como já foi assinalado, deposita suas esperanças no direito penal. E não só. No endurecimento das cominações (veja-se a esse propósito a lei dos crimes hediondos). É uma quimera. Maquiavel afirmara em um de seus escritos que são as leis que fazem os homens bons. Nesse ponto aquele que fora o pai da ciência política e da proposta da ética do Estado separada da ética individual, se equivocara. Sabe-se sobejamente que o direito penal não é remédio para os problemas sociais nem para a deformação moral das elites que se criaram no caldo da cultura da ilicitude. A essa tendência, Paulo Silva Fernandes denomina de Direito Penal *simbólico*. Para ele, acertadamente, não são as sanções rigorosas que vão proteger de modo eficaz o bem jurídico “uma vez que se criminaliza a conduta, mas sabe-se que será muito difícil, ou mesmo impossível, punir os infratores –, cria a imagem de um direito penal por um lado *incapaz* e, por outro lado, de *pura intimidação*, que acaba por punir, de quando em vez, alguns infratores, que não passarão de ‘bode expiatório’”.

Heleno Fragoso, do alto de sua experiência e sabedoria, já afirmara: “Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão nos crimes pouco graves, evitar o encarceramento

13 BECK *apud*. FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 48-49.

demasiadamente longo.”¹⁴ Essa criminalização, consoante Paulo Silva Fernandes, por ser simbólica, resulta no *descrético geral do direito penal*. E há várias conseqüências decorrentes desse fenômeno: os cálculos da taxa de segurança, a dificuldade de identificar os agressores e a diluição à *outrance* da responsabilidade civil e penal dos autores, como se dá, por exemplo, na modificação do estado do ecossistema, muitas vezes por ação ou omissão criminosa, outras vezes por abuso de direito. Essas leis penais simbólicas apenas redundariam, no “recurso freqüente à criminalização de condutas de perigo abstrato em detrimento dos crimes de dano e mesmo de perigo concreto, o que – afirma Fernandes, agora citando Costa Andrade – aliado à ‘eleição de bens jurídicos vagos ou de amplo espectro’ resulta numa excessiva antecipação da tutela, um determinado *efeito analgésico ou tranqüilizante* do direito penal.”¹⁵ Outra questão que transcende o âmbito nacional: os desastres ambientais (vazamento de óleo, destruição da camada de ozônio, desmatamento, poluição dos recursos hídricos...) não têm fronteira, e está a exigir uma ação em nível transnacional. Não de ocupação ou de guerra, mas de prevenção e a incorporação aos ordenamentos jurídicos de cada país dos tratados internacionais ou multilaterais que visam a medidas protetivas.

Como já foi dito – e insistimos – a agressão ao meio ambiente, o crime organizado (a infiltração do aparelho de Estado por delinqüentes), a lavagem de dinheiro, a corrupção de agentes públicos, o crime do colarinho branco, o narcotráfico que estabelece uma relação promíscua com detentores de poder político, os crimes eletrônicos, os mega-riscos, todos a comprometer a saúde mental da população, que perde as certezas e até as ilusões, e coloca em xeque o próprio futuro da humanidade como um todo.

Creemos ser consenso entre especialistas que não se trata de abolir o direito penal clássico que, bem ou mal, serve para tutelar determinados bens jurídicos. Mas nem todos os bens jurídicos são protegidos,

14 FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal** – A Nova Parte Geral, p. 288.

15 ANDRADE *apud* FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 72.

devendo-se reconhecer-lhes o status de bens jurídicos penalmente relevantes; há que se aprofundar o debate sobre o que hoje se designa como Direito Penal Econômico, que diz respeito ao intervencionismo do Estado, ao direito à livre concorrência e aos direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Silva Sánchez escreve que a “combinação da introdução de novos objetos de proteção com a antecipação das fronteiras da proteção penal propiciou uma transição rápida do modelo ‘*delito de lesão de bens individuais*’ para o modelo ‘*delito de perigo de bens supra-individuais*.’”¹⁶ Deve-se refutar a falácia do chamado “crime sem vítima”, já que todo crime possui vítimas potenciais ou difusas. Afetam interesses não só subjetivos, mas igualmente supra-individuais, a de grupos de indivíduos. Geralmente trata-se dos *crimes de perigo*, perigo abstrato, para o qual há também as normas extra-penais, de natureza administrativa, ou as normas penais em branco, já referidas. É óbvio que não se deve abusar do Direito Penal – cuja natureza é de *ultima ratio*, que só deve ser operado onde os outros meios de tutela jurídica se mostrarem ineficazes. A questão do crime de perigo abstrato é um assunto controverso. Herzog e Hassemer a ele se opõem. Os argumentos a favor desse tipo de imputação podem assim ser resumidos, citando Paulo Silva Fernandes:

“*A contrario sensu*, em favor deste tipo de incriminação tem-se dito nomeadamente que facilita a aplicação da norma pelo julgador, ao mesmo tempo que se reduz a arbitrariedade judicial na determinação de uma situação de risco, facilitando igualmente a questão da punição objetiva; também que elimina as situações de azar, uma vez que não é necessário esperar pela concreta colocação em perigo do objeto de tutela, para desencadear a atuação do aparato sancionatório, o que, em sociedades de risco como as hodiernas, constitui um expediente inarredável se se quiser obter algum sucesso, não tanto na debelação mas sim na prevenção da ocorrência de danos gravíssimos, em escala e portanto inoportáveis para o emaranhado societário.”

16 SILVA SÁNCHEZ *apud* FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 85.

E continua o nosso autor:

“De fato, este gênero de crimes – de perigo abstrato – distinguem-se, desde logo, dos crimes de *dano*, desde logo porque estes pressupõem uma efetiva lesão, real, objetivável, ao bem jurídico protegido pela norma, como também se afastam dos crimes de perigo concreto, uma vez que estes exigem a criação de condições tais que se possa afirmar ter estado o referido bem jurídico próximo da lesão, daí ser um perigo concreto.”

E conclui:

“Já os crimes de *perigo abstrato* supõem, em comum com os delitos qualificados como de perigo concreto, uma antecipação da tutela a um ponto anterior à lesão, bastando-se com a probabilidade da mesma, mas diferenciando-se daqueles na medida em que bastam-se com a mera ação, genericamente perigosa do agente, adequada a, *abstratamente* e mercê de um juízo *ex ante* de perigosidade (ao contrário dos delitos de perigo concreto, baseados em uma racionalidade *ex post*), provocar uma possível lesão do bem protegido pela norma. Daí que, por não se exigir qualquer resultado material, se diga frequentemente serem *delitos de mera atividade* ou de *infração de um dever objetivo de cuidado*”.

Em suma: os crimes de perigo abstrato devem estar em relação direta com um bem jurídico concreto.

Kindhäuser desenvolve uma argumentação que leva a ampliar o conceito de dano. Senão, vejamos, na síntese feita por Paulo Silva Fernandes:

“Para Kindhäuser, o dano que uma pessoa pode sofrer consiste não só na efetiva violação ou ofensa, ou lesão concreta de um determinado bem, mas também na *privação da possibilidade de dispor de forma segura* desse mesmo bem. O perigo abstrato surge ‘quando se vêem afetadas condições de segurança que são imprescindíveis para um desfrute despre-

ocupado dos bens', idéia que decorre da observação de que a impossibilidade de desfrutar, de forma despreocupada, de um bem, implica a impossibilidade de retirar dele todas as utilidades potenciais de desfrute e, por isso, há lesão."

E ajunta Paulo Silva Fernandes na síntese da tese do autor em questão:

"A preocupação de Kindhäuser parece ser, portanto, a da *segurança geral na disposição dos bens jurídicos*, havendo, por palavras outras, uma situação de ingerência na esfera de liberdade alheia sempre que seja criada, por um determinado agente, uma situação de perigo abstrato para um determinado bem. Aqui pode, com propriedade, surpreender-se (e defender-se) *um conceito amplo de dano*, a servir de esteio à defesa da utilização dos delitos de perigo abstrato."¹⁷

Aqui o círculo se fecha. Ultrapassado o dogma da responsabilidade meramente individual em matéria penal, podendo ser imputáveis criminalmente as pessoas jurídicas, os entes coletivos, pode-se então falar em direito penal do risco, atingindo este sobretudo bens jurídicos de natureza econômica e do meio ambiente, o que não significa tutelar perigos indeterminados, pela diluição do bem jurídico individual, abolindo-se *in totum* o direito penal "clássico". Cremos que o direito já tenha resolvido esta questão ao estabelecer os interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, no que diz respeito à titularidade do bem a ser tutelado pela ordem jurídica.

É válido, portanto, o princípio *societas delinquere potest*. É despiciendo afirmar-se que hoje, mais do que nunca, o delinqüente econômico utiliza-se de pessoas jurídicas, tanto no Brasil quanto no exterior (neste caso, muitas das vezes *offshore*, desvirtuando-lhe a finalidade

17 KINDHÄUSER *apud* BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopez. "El Moderno Derecho Penal para una Sociedad de Riesgos." *In: . Revista del Poder Judicial*, Madrid, v. 48, p. 301, 1997. Resumo feito por FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 95.

original) para evadir divisas, praticar sonegação fiscal, ou lavar dinheiro advindo da corrupção.

É necessária uma atuação em concerto entre os diferentes países, com envolvimento de instituições especializadas, como Ministério Público, Poder Judiciário, Polícia Federal, Interpol, Receita Federal, Banco Central, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Ministério da Fazenda), Departamento de Recuperação de Ativos (Ministério da Justiça), a fim de dar-se combate ao mega-crime econômico, que tantos danos causa à sociedade, corroendo-lhe os princípios morais, não só ao fortalecer a “cultura da ilicitude”, mas ao punir a população com o mais cruel dos impostos, que é a corrupção.

É imprescindível, igualmente, a indignação ética da sociedade contra tais crimes. Mas é bom lembrar que somos vítimas e algozes de tais condutas, quando nos equivocamos ou nos iludimos no momento da escolha de nossos mandatários. Princípios éticos devem presidir nossas escolhas, e a sociedade civil organizada deve aperfeiçoar seus mecanismos de vigilância e prevenção.

Não há que, como bem asseverou em sua autobiografia o monge francês da Igreja Ortodoxa Grega, Jean-Yves Leloup, “viver alegremente no meio da catástrofe”.¹⁸ Ou ainda, jamais olvidar a homília de John Donne, poeta e clérigo anglicano, do século XVII, onde ele afirmara que “Nenhum homem é uma ilha em si mesmo. Todo homem é parte do continente. Se um pedaço for levado pelo mar, a Europa fica menor, como se um promontório fosse, ou como se fosse a casa de teus amigos, ou a tua própria. A morte de qualquer pessoa me diminui, porque faço parte da espécie humana; portanto, nunca perguntes por quem o sino dobra: ele dobra por ti.”¹⁹

18 LELOUP, Jean-Yves. **O Absurdo e a Graça**, p 9.

19 Excerto de “Devotions Upon Emergent Occasions” (Meditation XVII): “No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be wached away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as if a manor of thy friends’s or of thine own were; any man’s death dimininishes me, because I am involved in mankind, and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee.” – DONNE, John. **The Works of John Donne**. Henry Alford, ed. London: John W. Parker, 1839, p. 574-575, vol. III.

Bibliografia

BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopez. “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”. *In:_. Revista del Poder Judicial*, [S. I.], n. 48, 1997.

DONNE, John. **The works of John Donne**. Henry Alford, ed. London: John W. Parker, 1839. 3 vol.

DROIT ROMAN. Université de Liège, Liège. Disponível em: <<http://vinitor.egss.ulg.ac.be/index.html>>. Acesso em: 11 out. 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**; panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. 127 p.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal – A Nova Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 13. ed., 1991.

LELOUP, Jean-Yves. **O absurdo e a graça**. Campinas: Verus Editora, 2003. 337 p.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. 2 vol.

MONTE, Mario Ferreira. “Apontamento Introdutório”. *In:_. FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*; panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

ROXIM, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. 361 p. (Coleção Vega Universidade).

SILVA, Antônio José da Costa e. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Brasília: Senado Federal, 2004, v. 1, p. 155-157.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. “A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas”. *In:_. **Revista de Informação Legislativa***, Brasília, 41, n. 162, abril/junho 2004.

O CRISTIANISMO E O DIREITO:
A REVOLUÇÃO CRISTÃ NO
CAMPO JURÍDICO

.....

Introdução

O cristianismo representou uma grande revolução no sentido exato e extenso dessa palavra. Sua mensagem irradiou-se para a humanidade toda, seus princípios éticos tornaram as pessoas melhores, mais solidárias, mais pacíficas. O cristianismo contribuiu para tornar as pessoas mais felizes, introduzindo o princípio da esperança na cultura de milhões e milhões de seres humanos. Em nome dele têm sido feitas obras sociais e humanitárias que mitigam dores e sofrimentos, levam a educação às crianças e adultos, ensinam o reto caminho. Os ensinamentos cristãos irradiaram-se não só no campo da moral, mas igualmente no campo do direito. E esse é o nosso objetivo no presente ensaio: o de demonstrar, em linhas gerais e de maneira sucinta, essa influência benfazeja no Direito Romano e no Direito Internacional.

Um exemplo da utilidade dessa abordagem e desse espírito nos é dado por Hugo Grotius e Selden, jusnaturalistas cristãos da Renascença, que, numa perspectiva do direito comparado, cotejaram as instituições do Direito Talmúdico com o Direito Romano e o Internacional.

Creemos ser importante esse “diálogo” entre os diferentes direitos, perquirir suas fontes, as origens de muitos institutos, e indagar como as diversas culturas e sociedades engendram suas formas legais.

Na seção versando sobre cristianismo, devo assinalar, entre outras, as obras clássicas de Chateaubriand, **O Gênio do Cristianismo**, a de Raymond Theodore Troplong, intitulada **Da Influência do Cristianismo sobre o Direito Civil dos Romanos** (utilizamos aqui

a tradução em castelhano), bem como **La Cité Antique**, de Fustel de Coulanges, e, é escusado dizer, das **Institutas de Justiniano**, elaboradas entre 528 e 534 da nossa era.

Na parte referente ao direito talmúdico, serei igualmente tributário do aporte de Ze'e W. Falk, professor de Direito da Universidade Hebraica de Jerusalém, exposto nas conferências proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e publicadas sob o título **O Direito Talmúdico, uma introdução**, pela Editora Perspectiva em co-edição com a Associação Universitária de Cultura Judaica.

Vali-me igualmente, como não poderia deixar de ser, de textos do Pentateuco (Torá), que integram o Antigo Testamento, na edição da **Bíblia de Estudo de Genebra**, na tradução revista e atualizada de Almeida. Assinalo de passagem a obra **A Ética do Sinai**, de Irving M. Bunim, que encerra a interpretação rabínica das normas talmúdicas através dos tempos, embora não a tenha utilizado neste ensaio por fugir aos seus propósitos. Lamentavelmente, não tive acesso ao livro **O Direito Penal na Legislação Hebraica**, de David José Perez, de que tomei conhecimento através de palestra da professora Ester Kosovski, proferida na Academia Brasileira de Letras, no Ciclo de Painéis sobre a “Contribuição dos Judeus ao Desenvolvimento Brasileiro”. Reporto-me, não obstante, aos temas tratados por ele e resumidos pela Professora Ester Kosovski, na referida palestra.

1. O Direito Talmúdico

Talmude significa estudo, conhecimento. Ele compreende o estudo da lei, ou normas práticas, *Halakhá*, e o estudo da ética, ou seja, os valores, as emoções e os ideais que se devem cultivar, *Agadá*. O estudo diário dos textos sagrados tem grande importância na cultura judaica. Esse é, inclusive, um modo de manter a mente ativa.

Conflitos entre indivíduos ou entre a comunidade e um indivíduo eram submetidos a um rabino ou a um conselho de rabinos, que arbitravam sobre a desavença aplicando o Direito Talmúdico.

Consoante Falk, “a legislação israelense substituiu a lei pessoal por uma norma territorial, abrangendo tópicos como adoção, tutela, capacidade legal, sucessão, etc. Entretanto, o casamento e o divórcio ainda estão sob jurisdição religiosa e sujeitos à lei pessoal. Para os judeus, esta é a Lei Talmúdica.” Quando há lacunas no ordenamento jurídico do Estado de Israel, o juiz laico recorre ao Talmude para proceder à integração do direito, ou então à analogia, ao costume ou às leis de outro país.

O Direito Talmúdico recepcionou normas do Direito Canônico, como, por exemplo, o culto aos mortos; em contrapartida, este recepcionou daquele a fundamentação para a anulação de casamentos não consumados. Casamentos e divórcios estão sob a jurisdição religiosa.

Neemias (9.38, 10. 1-39) reproduz um documento, espécie de “contrato social”, firmado pelos chefes das famílias que retornaram da Babilônia, declarando-se todos submissos à Lei da Torá. Este foi o início do desenvolvimento do Direito Talmúdico.

Outro fato importante para o desenvolvimento do Direito Talmúdico foi a atribuição concedida a Esdras pelo Rei Artaxerxes para que “nomeasse juízes locais para a administração da justiça e a publicação da Lei de Deus e da Lei do Rei”. Havia, além da Lei Escrita (o Pentateuto), a Lei Oral, que tinha precedência sobre aquela. Leis essas consideradas reveladas no Monte Sinai.¹

Segundo Falk, existem três modelos literários do direito hebraico: a *Mishná*, um livro de leis, a bem da verdade uma coletânea de opiniões legais; o *Midrash*, ou interpretação das Escrituras. “Enquanto que a *Mishná* era tida como a formulação da lei abstrata, seguindo certo método de redação, o *Midrash* foi sempre um comentário do texto bíblico” – afirma Falk. O terceiro modelo são as coleções de *Midrashim* (plural de *Midrash*), consistindo em uma interpretação ampla em que não só as palavras, mas igualmente cada letra, cada vogal e cada ornamento posto em alguma letra possuem significado.

1 Cf. FALK, Ze'ev W. **O Direito Talmúdico**, p. 17 *et passim*.

A seguir uma resenha do direito penal hebreu, consoante a exposição da professora Ester Kosovski sobre a obra do professor David José Perez: Na doutrina de Moisés as punições pelas transgressões são sensíveis à vida. São aplicadas neste mundo, e não em outra vida ou no inferno. Determina “olho por olho, dente por dente”, inspirado na pena de talião, já presente no Código de Hamurabi.

O pai tem direito de vida e morte sobre o filho, mas só com o consentimento da mãe e ouvida a Justiça. A amputação transforma-se em multa. No caso de homicídio, a responsabilidade é individual e não mais coletiva, como nos tempos primitivos das antigas tribos nômades hebréias. No homicídio culposo, o autor era exilado pelos anciãos da cidade onde ocorrera o delito para outra, a fim de escapar da vindita dos parentes da vítima.

O canto dos campos cultivados, os frutos caídos durante a colheita e a produção agrícola do sétimo ano eram doados para os órfãos, as viúvas, os mendigos e os estrangeiros.

Para a doutrina mosaica, todos são iguais perante a lei.

A pena de morte era executada por lapidação (apedrejamento), causticação (execução pelo fogo), decapitação ou estrangulamento, mas na época talmúdica quase não era aplicada.

Relativamente ao processo penal, eram impedidos de serem testemunhas os usurários, os vendedores de frutas no sétimo ano, os jogadores, as mulheres, os escravos, os adestradores de pombos para praticarem roubo e de animais para combate, os impúberes, os fátuos, os cegos, os surdos, os ímpios, os infames, os estrangeiros e os parentes. Havia exceção, quando o fim era altruístico.

Existindo flagrante erro judiciário, o processo era anulado, no caso de haver condenação. Se houvesse mais de um acusado, e pairando dúvida sobre a autoria do crime, todos eram absolvidos.

As outras apenações previstas na legislação hebréia eram a flagelação, prisão e multa, além daquelas sanções de ordem moral, como *carét* (morte civil aplicável em caso de delito contra a moral do patrimônio, perturbação de algumas cerimônias religiosas e desrespeito à regras de higiene), *hérem* (anátima, exclusão social e religiosa

do réu, aplicável em casos de ofensas graves aos dogmas da religião), talião e exílio.

Moisés limitou a pena de flagelação a quarenta chibatadas, pena essa aplicada aos autores de certo tipo de incesto, adultério, casamento interdito, uso de alimentos proibidos, infração a certas leis religiosas. Desesperar-se durante a morte de alguém, lesionar-se propositalmente, assim como incisões e tatuagens – tudo isso era igualmente punível com a mesma pena.

Nos atentados à propriedade, nas lesões corporais e nos danos materiais, a antiga pena de talião foi substituída por sanções pecuniárias.²

Pode-se admitir que os primeiros cristãos “praticavam a Lei Talmúdica, sujeita a uma nova interpretação”, conforme informação de Falk.

2. Direito e Cristianismo

Jesus reivindicou, na prática, o estatuto de profeta, o que lhe conferia a competência para reformular a lei e até revogá-la. As novas proposições cristãs no campo do direito foram afastando o cristianismo do judaísmo, seguindo-se, em consequência, da rejeição por parte das autoridades judaicas da profecia enquanto instituição reconhecida pela tradição e capaz de renovar a lei pela nova revelação.

Quando o Império Romano foi cristianizado sob Constantino, a *vulgata*, versão da Bíblia para o latim feita por Jerônimo, influenciou o Direito Romano. A influência cristã fez-se sentir igualmente na Alemanha, onde algumas reformas na área do direito de família foram introduzidas no século XI, como a proibição da poligamia, e o divórcio condicionado à aquiescência da mulher, por exemplo.

Os primeiros cristãos, que viviam em círculo fechado, praticavam a Lei Talmúdica interpretada segundo a óptica cristã. De modo

2 Cf. KOSOVSKI, Ester. “Um Mestre de Gerações”. *In:...* **Contribuição dos Judeus ao Desenvolvimento Brasileiro**, p.49-55.

similar à Comunidade do Mar Morto e aos essênios, opunham-se ao mundanismo e praticavam a monogamia e eram contrários ao divórcio. Defendiam a igualdade das mulheres, dos gentios (estrangeiros) e dos escravos. Asseguravam direito de sucessão tanto aos homens quanto às mulheres. Relativamente aos estrangeiros, o cristianismo exerceu decisiva influência no reconhecimento do estatuto dos estrangeiros, que deveria equiparar-se ao dos nacionais, contribuindo, assim, para a formação de uma *comunidade de Direito*, e para o surgimento do princípio da extraterritorialidade da lei. Na Roma antiga, no período conhecido na história do direito como Formulário ou *Per Formulas*, que vai de 149 a. C. ao século III da era cristã, o *ius civile* só era aplicado aos cidadãos romanos, e só estes podiam compulsar as *legis actiones*. Depois, com a elaboração do *ius gentium*, aplicável aos peregrinos, o pretor concedia-lhes ação para que, assim, seus direitos fossem tutelados.

O vocábulo gentio é de uso corrente na Bíblia. É empregado tanto como “povo” ou “nação”, quanto para designar os não israelitas, os adventícios. No Novo Testamento, gentio é utilizado também para indicar alguém que não pertencia à Igreja (Mt 18.17).

A proposta de Cristo, ao não fazer acepção de pessoas, incluía todas as nações em seu ministério e no de seus seguidores. Os estrangeiros não seriam mais vistos como tais, mas como irmãos em Cristo. O encontro de Jesus com a Samaritana, bem como a figura do centurião Cornélio são emblemáticos da superação de barreiras étnicas e de que todas as nações merecem igualmente as bênçãos de Deus.

Assim, em At 15. 7-12, lemos: “Havendo grande debate, Pedro tomou a palavra e lhes disse: Irmãos, vós sabeis que, desde há muito, Deus me escolheu dentre vós para que, por meu intermédio, ouvissem os gentios a palavra do evangelho e cressem. Ora, Deus, que conhece os corações, lhes deu testemunho, concedendo o Espírito Santo a eles, como também a nós nos concedera. E não estabeleceu distinção alguma entre nós e eles, purificando-lhes pela fé o coração. Agora, pois, por que tentais a Deus, pondo sobre a cerviz dos discípulos um jugo que nem nossos pais puderam suportar, nem nós? Mas cremos que fomos salvos pela graça do Senhor Jesus, como também aqueles o foram.

“E toda a multidão silenciou, passando a ouvir a Barnabé e a Paulo, que contavam quantos sinais e prodígios Deus fizera por meio deles entre os gentios.”

A formação de uma só comunidade de pessoas em Cristo está expressa igualmente em Efésios 2. 11-22: “Portanto, lembrai-vos de que, outrora, vós, gentios na carne, chamados incircuncisos por aqueles que se intitulam circuncisos, na carne, por mãos humanas, naquele tempo, estáveis sem Cristo, separados da comunidade de Israel e estranhos às alianças da promessa, não tendo esperança e sem Deus no mundo. Mas, agora, em Cristo Jesus, vós, que antes estáveis longe, fostes aproximados pelo sangue de Cristo. Porque ele é a nossa paz, o qual de ambos fez um; e, tendo derribado a parede da separação que estava no meio a inimizade, aboliu, na sua carne, a lei dos mandamentos na forma de ordenanças, para que dos dois criasse, em si mesmo, um novo homem, fazendo a paz, e reconciliasse ambos em um só corpo com Deus, por intermédio da cruz, destruindo por ela a inimizade. E, vindo, evangelizou paz a vós outros que estáveis longe e paz também aos que estavam perto; porque, por ele, ambos temos acesso ao Pai em um Espírito. Assim, já não sois estrangeiros e peregrinos, mas concidadãos dos santos e sois a família de Deus, edificados sobre o fundamentos dos apóstolos e profetas, sendo ele mesmo, Cristo Jesus, a pedra angular; no qual o todo edifício, bem ajustado, cresce para santuário dedicado ao Senhor, no qual também vós juntamente estais sendo edificados para habitação de Deus no Espírito.”

Nesse mesmo sentido, podemos encontrar referências a essa questão em Mateus 28. 19; At 10. 35,45; 13. 46-48; 18. 6; 22. 21; 26. 23; 28.28; Romanos 1. 5,13; 3. 29; 4. 18; 11. 11-32; 15. 11,12; Gálatas 1. 16; 1 Timóteo 2. 7; 4. 17; Colossenses 1. 27; Efésios 3. 6; At 10 e 11; 13. 47.³

Com efeito, a idéia de uma comunidade de nações remonta ao cristianismo. No que concerne à extraterritorialidade da lei, Paulo Na-

3 Cf. GARDNER, Paulo *et al.* **Quem é Quem na Bíblia Sagrada**, p. 240-241.

der informa-nos que “Savigny, em sua famosa obra **Sistema de Direito Romano** (1840-1849), sustentou a tese de que o princípio da *extraterritorialidade* não decorria da simples cortesia internacional, mas fundava-se no surgimento de uma *comunidade de Direito*, criação moderna que unia os povos em torno de interesses comuns e pela necessidade, sob o influxo do cristianismo, de se dispensar ao estrangeiro o mesmo tratamento que aos nacionais.”⁴ No Antigo Testamento já existia a exortação: “Se o estrangeiro peregrinar na vossa terra, não o oprimeis. Como o natural, será entre vós o estrangeiro que peregrina convosco; ama-lo-eis como a vós mesmos, pois estrangeiros fostes na terra do Egito.” (Levítico 19. 33-34) Fazendo eco dessa tradição, Jesus ensinou, sem estabelecer distinção de nacionalidade: “Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles; porque esta é a Lei e os Profetas.” (Mateus 7. 12) E “Amarás o teu próximo como a ti mesmo.” (Mateus 22. 39). E ainda: “Reconheço por verdade que Deus não faz acepção de pessoa; pelo contrário, em qualquer nação, aquele que o teme e faz o que é justo lhe é aceitável.” (Atos 10. 34, 35). Esses princípios irradiaram-se para outros campos do direito, como o do Direito Internacional Privado. Para muitos doutrinadores, a nacionalidade como regra de conexão resulta antifuncional. Consoante Jacob Dolinger, tal raciocínio “decorre da filosofia savigniana do direito internacional privado, erigida sobre a teoria da ‘comunidade jurídica entre as nações’, que resultou na noção da ‘sociedade internacional’, segundo a qual nas relações internacionais de caráter privado deve-se olhar acima do divisor das nacionalidades e descortinar o universalismo imanente nas relações jurídicas humanas que extravasam os limites do território de um país”.⁵

Esses princípios enunciados por Jesus vão além do estatuto do estrangeiro: ele visava igualmente a outros elos frágeis da sociedade, como as crianças, as mulheres, os idosos, os pobres e os escravos. O cristianismo defende fortemente o princípio da igualdade, da isonomia

4 Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, p. 249-250.

5 Cf. DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (Parte Geral)**, p. 299.

entre as pessoas. Com efeito, na Epístola aos Gálatas, lemos: “Dessarte, não pode haver judeu nem grego; nem escravo nem liberto; nem homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus.” (Gl 3. 28)

Os manuscritos de Nag Hammadi e os do Mar Morto lançam nova luz sobre o judaísmo à época de Jesus, e sobre o cristianismo primitivo. O reconhecimento da igualdade das mulheres por Jesus abriu caminho para que elas assumissem uma posição de liderança na Igreja primitiva. As Epístolas de Paulo e os Atos dos Apóstolos são prova disso. O patriarcalismo do mundo greco-romano constituiu, no entanto, um óbice para a afirmação da liderança feminina na Igreja cristã primitiva. Nos dois mil anos seguintes, o ideal de Jesus de incluir as mulheres foi postergado.

Se fizermos *un tour d’horizon* por diferentes culturas mediterrâneas ao tempo de Jesus, constataremos que a situação da mulher, na sua esmagadora maioria, era muito semelhante. Nessas culturas patriarcais, elas eram subordinadas ao pai e depois ao marido. Na Grécia, o filósofo Demóstenes expressou bem essa visão, em 340 a.C., ao escrever: “Conservemos as amantes para a busca do prazer; as concubinas para os cuidados cotidianos de nossa pessoa; as esposas para carregar os filhos legítimos e serem as fiéis guardiãs da casa.”⁶ As mulheres casada eram consideradas cidadãs e podiam votar, gozando de um direito restrito de propriedade, e ao dote, bem entendido. Quanto às amantes e concubinas, estas não eram amparadas pelo direito civil.

Na Macedônia, por outro lado, as mulheres tinham direito à herança, assegurado por lei. Participavam da construção de templos, entravam no exército, podiam ser regentes e soberanas. A cidade de Tessalônica foi assim denominada em homenagem a uma mulher. A Igreja em Filipe foi criada por uma comerciante chamada Lídia, após sua conversão por Paulo.

No Egito, havia igualdade jurídica entre homens e mulheres. Era-lhes facultado exercer qualquer atividade. Pagavam impostos e podiam pedir o divórcio. A primogênita era herdeira legítima.

6 DEMÓSTENES *apud* SCHENK, Christine. **Jesus et les Femmes**, p. 2.

Em Roma, a situação era diferente. Enquanto os meninos seguiam uma escolaridade até os 17 anos, as meninas só eram escolarizadas até os 13, devendo, a partir dessa idade, casar-se por indicação de seu pai. Não possuíam direito de voto nem podiam exercer cargo público. Não eram autorizadas a realizar negócio em seu próprio nome, devendo para isso ser representadas por um homem. As crianças de sexo feminino, não desejadas, podiam ser abandonadas pelos pais à beira de um abismo. Não obstante isso, as mulheres tinham direito à sucessão e ao divórcio. As matronas romanas detinham, não de direito, mas de fato, um certo poder, já que elas é que administravam a família e os negócios, enquanto os homens se encontravam em missão militar em outras regiões do Império Romano. Essas matronas, aliás, representaram papel importante na difusão do cristianismo primitivo.

As mulheres judias da Palestina ao tempo de Jesus viviam em uma situação de grande penúria. Elas não tinham nenhum direito à propriedade nem podiam tomar a iniciativa de divorciar-se; os maridos, sim, podiam fazê-lo até por motivos banais, como o da esposa deixar queimar a refeição, por exemplo. Gozavam do direito à sucessão, mas os herdeiros masculinos tinham a precedência. Os bens herdados pela mulher passavam a ser de usufruto do marido. Ao tempo de Jesus, a mulher hebraica não podia proclamar a Torá em razão de suas regras periódicas, assimiladas à impureza, nem ser testemunha.

Em tal quadro social de patriarcalismo exacerbado, quando Jesus reivindicava a proscrição do divórcio (que era exclusivamente um direito masculino) visava à proteção da mulher, considerando que para a sua sobrevivência era crucial estar ligada a uma casa patriarcal.

Se um homem tocasse inopinadamente em uma mulher menstruada, ele deveria submeter-se durante uma semana a um ritual de purificação, para enfim poder participar dos cultos no templo. Marcos relata no evangelho o fato segundo o qual se a mulher sofresse de hemorragia durante doze anos consecutivos era banida do convívio social. Jesus “revoga” na prática esse costume atrasado e discriminatório ao não se submeter a nenhum ritual purificador ao ser tocado por aquela mulher que padecia de hemorragia, e que pedia sua ajuda, de maneira

corajosa, e curada em seguida por ele, segundo o relato do evangelista. (Mc 25)

Ademais, Jesus, ao impedir a execução por lapidação daquela mulher a que se referem os Evangelhos (João 8.2-11), “revoga” igualmente uma lei que vinha de um tempo até mesmo anterior a Moisés, que previa pena de morte por crime de adultério e outros crimes.

O acolhimento de mulheres em seu grupo de discípulos, como Maria, chamada Madalena, Joana, Suzana, e muitas outras (Lc 8. 1-3), e a história de Marta e Maria (Lc 10. 38-42) ilustram muito bem o menoscabo de Jesus relativamente ao costume patriarcal vigente em seu tempo.

A instituição do casamento foi, com efeito, alterada a partir dos ensinamentos de Jesus. O casamento em Roma, em sua forma primitiva, fazia-se mediante rapto, com ou sem consentimento da mulher, costume muito difundido igualmente entre os gregos. Após um ano de coabitação, aquela união era considerada válida, só rompida se a mulher dormisse fora três vezes consecutivas. Depois, surgiu outra forma de contrair-se núpcias: por decisão do pai, ficando a filha sob sua autoridade ou sendo esta transferida ao marido, que assumia assim a função de tutor. Dessa forma estavam excluídos os escravos e os estrangeiros, que constituíam relações de concubinato.

Entre os germânicos, o casamento só se oficializava quando o esposo dava presentes ao pai da esposa. Os normandos raptavam simplesmente a mulher sem nada oferecer em troca a seu pai.

O casamento possuía um caráter de utilidade, com vistas à reprodução e a constituição de mão de obra, formada pela descendência, e à criação de um patrimônio.

Com o advento do cristianismo, vários princípios são introduzidos no casamento: a liberdade de escolha dos cônjuges, seu consentimento pessoal, a monogamia, a indissolubilidade, e o casamento como o único local de exercício da sexualidade lícita. Consoante Max Kaser, “A doutrina cristã, pelo contrário, vê no matrimônio uma instituição da vida religiosa, um vínculo sagrado de força indestrutível; isto são os preliminares do reconhecimento, no séc. X, do matrimônio

como sacramento. Sob esta influência, a concepção pós-clássica do matrimônio mudou, ao considerá-lo em vários aspectos (sobretudo quanto à dissolução) como uma relação jurídica; mas mantém-se o caráter fundamental do matrimônio, ‘com efetiva comunidade de vida’ baseada no consentimento contínuo dos cônjuges.”⁷

O casamento assim definido trazia em seu bojo uma nova concepção de família, fundada, agora, em bases morais, e não mais econômica. Planiol escreve que o cristianismo “considerou o agrupamento familiar unicamente do ponto de vista moral e essa concepção terminou por triunfar”.⁸

Outra contribuição importante do cristianismo ao direito foi o conceito de pessoa, que dá realce à dignidade humana. Na Antiguidade, havia a distinção entre cidadãos e escravos, e o conceito de pessoa, conceito moral e depois jurídico, era o reconhecimento “do caráter de ser humano a todos os homens considerados iguais perante Deus”, como escreve Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁹

É irrefragável a condição do cristianismo como uma das fontes principais para a elaboração do que hoje se conhece como direitos humanos. José Afonso da Silva menciona o pensamento cristão como fonte remota –, consoante o qual o homem, por ser criado à imagem e semelhança de Deus, deve ter sua dignidade respeitada, dignidade própria de todos os homens indistintamente, “o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles.” Com efeito, segundo José Afonso da Silva, “A doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações de direito.”¹⁰ Um exemplo disso, entre outros, é a carta enviada por Paulo, em 60 d.C., que se encontrava, juntamente com

7 KASER, Max. **Direito Privado Romano**, p. 318.

8 PLANIOL *apud* MACHADO, Manuel Cabral. “Singularidade do direito de família”. In: . **Revista de Direito Civil**, p.46.

9 Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, p. 156.

10 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 177-178.

outros cristãos, no cárcere em Roma, a Filemom. Nessa epístola, Paulo intercede a favor de Onésimo, escravo de Filemom, igualmente cristão que residia em Colossos. Onésimo havia fugido e se encontrado com Paulo em Roma. Lemos na Epístola de Paulo a Filemom: “... acredito que ele veio a ser afastado de ti temporariamente, a fim de que o recebas para sempre, não como escravo; antes, muito acima de escravo, como irmão caríssimo, especialmente de mim e, com maior razão, de ti, quer na carne, quer no Senhor.” (Filemom, 15-16)

Ainda no tocante ao cativo, Max Kaser escreve que “Na época pós-clássica, a doutrina cristã leva a outras atenuações, mas sem pôr em causa a existência da escravatura.” E adiante: “Na época imperial há manumissão para proteção do escravo por motivos humanitários, p. ex., em caso de abandono de escravos inválidos (Cláudio); quando o dono, contrariando uma cláusula contratual ou testamentária, não manumitiu o escravo (Marco Aurélio e L. Vero). Na época pós-clássica acrescentam-se outros casos, inclusive para proteger a fé cristã do escravo.” E continua Kaser: “A partir de Constantino, o dono pode declarar a manumissão perante o bispo e a comunidade cristã (**manumissio in sacrosantis ecclesiis**).” Consoante Kaser “esta forma é provavelmente influenciada por modelos helenísticos e também por formas pretórias de manumissão.”¹¹ Mas é lícito perguntar: por que então diante do bispo e da comunidade cristã?

A noção de livre arbítrio também deve-se ao cristianismo. É ainda Ferraz Jr. quem escreve: “O cristianismo trouxe uma outra noção, a do livre arbítrio, algo interno, uma qualidade da vontade que se expressa num *velle et nolle*, querer e não querer, do que partilham todos os homens, independentemente do seu status. A noção de livre arbítrio, cerne de intensas disputas no Renascimento, serviu à generalização da pessoa como elemento identificador do ser humano: o homem como pessoa ou como ser livre. Trouxe, porém, uma outra consequência. O

11 KASER, Max, *op. cit.*, p. 107-112.

caráter íntimo da liberdade cristã permite que o indivíduo se torne um centro isolado. O livre arbítrio se exerce não importa se o exercício é possível ou não. Ou seja, é admissível querer e não querer (mesmo numa prisão, o homem conserva a sua vontade livre).¹² Fustel de Coulanges assinala que o cristianismo ensina que o homem pertence à sociedade somente por uma parte de si, pelo seu corpo, e que sua alma estava comprometida com Deus, e que, afirma ainda, que tal posição era defendida pelo estoicismo ao reconhecer a liberdade individual. “Mas, do que não era senão o esforço de energia de uma seita corajosa, o cristianismo fez a regra universal e inquebrantável das gerações seguintes; do que era apenas a consolação de alguns, o cristianismo transformou em bem comum da humanidade.”¹³

Acrescenta-se, portanto, uma outra dimensão ao conceito de liberdade: a liberdade de consciência, e uma questão que lhe é correlata, e que viria a ser desenvolvida por Thomasius: a do foro íntimo. Com efeito, Cristiano Thomasius, em 1705, na obra **Fundamenta Juris Naturae et Gentium** propôs a distinção entre *forum externum*, que seria domínio do Direito, e *forum internum*, domínio da Moral. Thomasius utilizou-se dessa distinção para denegar ao Estado o direito de intentar processos de intenção, assegurando, desse modo, a liberdade de consciência, de pensamento, de crença, opondo-se à corriqueira prática, à época, de tortura para arrancar confissões sobre convicções íntimas de pessoas consideradas hereges. Essa linha de raciocínio porventura louva-se igualmente na separação da jurisdição temporal da espiritual procedida por Jesus ao afirmar “Daí pois a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus”. (Mateus 22. 21, Marcos 12. 17)

Thomasius é considerado um dos maiores representantes do jusnaturalismo e iluminismo alemães, tendo influenciado, inclusive, Kant.¹⁴ É lícito supor-se que a tese de Thomasius deita raízes na con-

12 FERRAZ JR, Tercio Sampaio, *op. cit.*, p. 147.

13 Cf. COULANGES, Fustel de. **La Cité Antique**, p. 462.

14 Cf. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**, p 57.

cepção cristã de liberdade, as matrizes primeiras que apontam nesse sentido.

Robert Joseph Pothier faria tempos depois essa mesma distinção, seguindo a trilha de Thomasius, ao referir-se ao instituto da boa-fé nos contratos. Destarte, escreve ele: “No foro interno, deve-se considerar como contrário a esta fé tudo o que se afaste, por pouco que seja, da sinceridade mais exata e mais escrupulosa: a mera dissimulação do que respeite à coisa objeto do negócio e que a parte com quem vou tratar teria interesse em saber, é contrária a essa boa-fé; pois uma vez que se nos manda amar o próximo como a nós mesmos, não nos pode ser permitido escondermos-lhes nada do que não teríamos querido que nos escondessem, se tivéssemos estado no seu lugar.

“No foro externo [...] apenas o que fira abertamente a boa-fé é, nesse foro, considerado como dolo verdadeiro, bastante para dar lugar à rescisão do contrato.”¹⁵

No capítulo do que chamamos hoje, a partir do Direito Romano, de Direito das Obrigações, socorrer o próximo com empréstimo em caso de necessidade era costume entre os hebreus, e a cobrança de juros só era admitida aos estrangeiros (Deuteronomio 23. 19-20). Em Levítico 25. 35-37, podemos ler: “Se teu irmão empobrecer, e as suas forças decaírem, então, sustentá-lo-ás. Como estrangeiro e peregrino ele viverá contigo. Não receberás dele juros nem ganho; teme, porém, ao teu Deus, para que teu irmão viva contigo. Não lhe darás teu dinheiro com juros, nem lhe darás o teu mantimento por causa de lucro.” Assim, tanto a tradição judaica quanto Jesus condenaram a usura, no espírito de que deveria prevalecer a ajuda mútua, a solidariedade. No Sermão da Montanha, síntese da ética cristã, pode-se ler: “E, se emprestais àqueles de quem esperais receber, qual a vossa recompensa? Também os pecadores emprestam aos pecadores para receberem outro tanto. Amai, porém, vossos inimigos, fazei o bem e emprestai, sem esperar nenhuma paga.”

15 POTHIER *apud* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**, p. 244.

(Lucas 6. 34-35). Exortações semelhantes encontramos em Êxodo 22. 25; Salmos 37. 26; Mateus 5. 42.

Sobre esse tema, já Lacerda de Almeida escrevera que “O egoísmo feroz em suas manifestações máximas disfarçadas sob a capa de liberdade de contratar e abusando da liberdade de contratar, sofre agora a contraste da lei, perante a qual já valem alguma coisa as considerações de equidade, e da caridade cristã.

“Reconheceu-se afinal que tinha razão a Igreja, que tinham razão as leis antigas inspiradas nas doutrinas da Igreja, em proibir a usura e as variadíssimas figuras com que se disfarça a usura.”¹⁶

A influência do cristianismo se faz sentir de maneira mais vigorosa na sociedade e nas instituições a partir do século XII. A moralidade passa a ter um papel até então desconhecido nas relações sociais. Vários canonistas da época enfatizam a importância da palavra dada, cuja consequência jurídica é que o simples consentimento obriga sem que haja para isso qualquer formalidade. E que as convenções devem ser interpretadas segundo a boa-fé, buscando-se a intenção das partes.

Já no século II d. C., Gaius, jurisconsulto romano em suas *Institutas*, 3, 136, afirmara acerca do consensualismo: “Diz-se que as obrigações desse gênero contraem-se por consentimento mútuo, porque elas não exigem nem palavras nem escritos especiais, e que é suficiente que aqueles que as concluem estejam de acordo. Resulta daí que tais negócios tratam-se mesmo entre ausentes, por carta por exemplo [...], enquanto uma obrigação verbal não pode se formar entre ausentes.”

Cristo que ensinou a honestidade e a franqueza deve ser seguido em seu exemplo pelos cristãos, respeitando, portanto, a palavra dada, inclusive quando ela não reveste as formalidades requeridas pelo Direito positivo. Esse dispositivo moral nos vem do Sermão da Montanha (Mateus 5.37). A obrigação decorrente da palavra dada colide com as regras do Direito Romano, exigente em matéria de for-

16 LACERDA DE ALMEIRA *apud* LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**; obrigações em geral, v. II, p. 35.

malidades, além de que os romanos não raciocinavam louvados em considerações morais. Daí a necessidade de os canonistas introduzirem modificações no Direito Romano. Assim, surgiram a *teoria do livre arbítrio* aplicada às relações obrigacionais, a teoria da causa, bem como as diferentes medidas protetoras do devedor.

Os teólogos dos séculos XII e XIII defendiam que o livre arbítrio resulta da liberdade associada à razão. Por outro lado, os teólogos colocam em oposição *necessidade e vontade*, ou seja, pode-se até obrigar o indivíduo a fazer alguma coisa, mas não se pode obrigá-lo a querer fazer. Dessa forma, o constrangimento ou a violência são fatores impeditivos de que a vontade se forme; e a liberdade contratual deixa de existir quando há coação ou vício de consentimento (*error, metus, dolus malus*). Tais princípios informam as regras do Direito Canônico aplicáveis ao contrato.

A moral cristã intervém igualmente no fato de que o contrato não pode comportar uma relação de iniquidade, prejudicando uma das partes. Ademais, a vontade, sendo orientada para uma finalidade, jamais poderá ser contrariada por mudanças imprevisíveis. Por conseguinte, o adimplemento de uma obrigação não poderá ser exigido se tal obrigação torna-se onerosa em demasia para o devedor (é a cláusula *si facile est*), e nisso reside o fundamento da teoria da imprevisão, tão difundida no mundo dos negócios jurídicos após a guerra de 1914-1918, em virtude dos grandes desequilíbrios contratuais provocados pela depreciação monetária.

Na teoria da causa, o devedor que faltar com sua obrigação torna-se culpado. Há que verificar, porém, se a obrigação tem fundamento, surgindo aí o ideal da justiça comutativa, compreendida como equivalência de direitos e deveres baseada na igualdade, autorizando a apreciação do valor moral da obrigação. Se o objeto é ilícito, a promessa não deve ser cumprida.

O Direito Romano faz distinção entre contratos e pactos, ou pactos nus (*pactum nudum*). Estes últimos não garantem nenhuma proteção ao credor, que não dispõe, destarte, de direito de ação. Mas os ensinamentos cristãos preconizam a equidade, daí porque os canonis-

tas defendem que os acordos, para serem perfeitos e acabados, devem ater-se a um objeto suscetível de merecer proteção jurídica. Ainda segundo os canonistas, toda obrigação visa a uma vantagem material ou pecuniária. Se não existe vantagem, a obrigação é inócua, *sine causa*. O objetivo de alguém ao obrigar-se segundo sua vontade em um contrato sinalagmático é a obrigação correlata da outra parte de fornecer uma contraprestação. Se por acaso um dos contraentes faltar com o cumprimento da obrigação, o outro estará isento de seu dever de consciência.

O Direito Canônico contempla, no plano da proteção ao devedor, um *prazo de graça* que deve ser consentido para os devedores inadimplentes em razão de circunstâncias particulares. Esse princípio já se encontrava em fase embrionária no Direito de Justiniano. Tal instituto não se refere à graça plena, a fim de tampouco expropriar o credor. É o *favor debitoris* que remanesce em nosso ordenamento, e que prevê a execução que cause o menor gravame para o devedor, capitulado no artigo 620 de nosso Código de Processo Civil, que estipula: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

A separação do Direito Canônico do Direito Romano resulta do fortalecimento do poder Papal, que tem início com o pontificado de Gregório VII, entre 1073 e 1085. O Papa não admitia ficar sob a tutela do imperador germânico, cuja autoridade assentava-se no Direito Romano. O fato é que, com o decorrer do tempo, a crescente influência do Papado repercutiu no plano jurídico. O Direito Canônico torna-se autônomo.

Já no início do século XIII, os canonistas pretendem sobrepor o Direito Canônico à lei civil, sem excluir o Direito Romano, bem entendido, mas retirando-lhe algumas normas que não servem aos interesses da Igreja. E a predominância do Direito Canônico abrirá caminho para o desenvolvimento do consensualismo. Destarte, a vontade dos contraentes aperfeiçoa de pronto o contrato, abandonando-se qualquer formalismo. Consoante o teólogo Huguccio, o promitente obriga-se pela simples promessa (*fides*) à condição de não possuir objeto ilícito nem resultar de violência (daí a expressão utilizada entre nós de

que “promessa é dívida”). Os canonistas, embora não achem necessário o juramento como forma de validação de uma promessa, tampouco o proibem, ao contrário de Jesus, que o torna defeso expressamente no Sermão da Montanha (Mateus, 5. 34-37).

A influência do Direito Canônico começa a declinar a partir do século XIV. A primeira manifestação é o conflito entre o Rei Filipe, o Belo, e o Papa Bonifácio VIII. A jurisdição temporal tomara a dianteira a partir de 1380, e matérias até então reservadas à jurisdição eclesiástica – como casamento, crimes contra a fé, cobranças de juros –, passaram às jurisdições reais. Nesse processo, surgem os escolásticos no âmbito das universidades, suplantando o método dos glosadores, que comentavam os textos romanos. Os escolásticos, que aplicavam o método dialético, buscavam extrair os princípios gerais do Direito e aplicá-los na prática. Segundo Yves Lassard, vários escolásticos franceses “se interessam particularmente à questão dos vícios de consentimento e ao erro de direito, a fim de proteger as pessoas cuja ignorância era presumida (mulheres, menores, soldados, aldeões), aos quais eles consentiam o benefício da restituição.”

A partir do século XVI, no entanto, a escolástica não corresponde mais ao espírito do tempo. É Lassard quem conclui: “O sentido social da escolástica medieval, que tendia a adaptar as técnicas jurídicas aos sentimentos morais (respeito às promessas, lealdade, proteção dos fracos, etc.), foi progressivamente abandonado. A Reforma protestante, contribuindo para a defesa da liberdade intelectual, conduziu à racionalização do Direito das Obrigações.” Têm início as grandes descobertas geográficas, com um novo impulso ao comércio, e a circulação em maior escala de especiarias e outros produtos. Nesse novo cenário, os escrúpulos morais dos canonistas constituem um óbice para a mercancia. É óbvio que os negociantes não apreciam a proibição do empréstimo a juros nem a teoria do justo preço defendida pela Igreja. Os jurisconsultos adeptos da racionalização, que se desvincilharam das regras morais preconizadas pelos canonistas, conservaram no entanto a formação do liame fundado tão-somente no consentimento, e que a boa-fé regulava os contratos.

Havia em Alexandria uma escola de teologia cristã que mantinha um grande diálogo com o helenismo, a tal ponto que muitos

filósofos gregos demonstraram interesse pelo pensamento cristão e sua maneira de viver. É natural, portanto, que o cristianismo tenha influenciado a filosofia pagã.¹⁷ Assim, os estóicos, tais como Cícero, Panécio e Sêneca, cuja doutrina pregava que as ações devem observar a tendência de autoconservação, à sociabilidade, entre outras coisas. Há, para os estóicos, uma edificação gradual, o amor a si expande-se para o amor familiar, da pátria e da humanidade inteira. A retidão da vontade é o único bem; o vício, o único mal. Segundo Yves Lassard, “Os filósofos estóicos exerceram uma influência moralizadora no Direito Romano.” E acrescenta: “É adotando sua filosofia moral que os juristas desenvolveram a noção de *jus gentium*; a idéia de uma sociedade existindo entre todos os homens e de uma igualdade física entre seus membros. A partir dessas idéias, eles fizeram prevalecer a noção de uma vontade livre e consciente à base dos contratos; eles colocaram como princípio o respeito da palavra dada; eles definiram com precisão a noção do enriquecimento justo ou injusto; eles explicitaram a noção de boa-fé, e por via de consequência a de *dolus malus*, introduzida pelo pretor Aquilius Gallus por volta de 68 antes de Jesus Cristo”.¹⁸

O Império Bizantino conheceu seu apogeu durante o reinado de Justiniano, de 527 a 565 de nossa era. Ele pretendeu resgatar o Império Romano da época clássica, daí sua obra no sentido de reunificar o Império do ponto de vista jurídico, fazendo coligir numa síntese completa o Direito Romano, obra essa muito influenciada pelo cristianismo. Divulgadas na Idade Média com a designação de **Corpus Juris Civilis**, as compilações de Justiniano em grande parte se devem aos Pais da Igreja, que participaram de maneira importante em sua reda-

17 PÉPIN *apud* LASSARD, Yves. **Histoire du droit des obligations** (Introduction: généralités, notions préliminaires), p. 22.

18 Cf. LASSARD, Yves, *op. cit.* (Introduction: généralités, notions préliminaires), p.21-22; (Progrès de l'idée d'obligation), p. 38-52.

19 Os Padres da Igreja ou Santos Padres, assim chamados porque são considerados os “pais” da Igreja pelo fato de darem fundamentação teológica à doutrina cristã. No Ocidente são eles: Santo Atanásio, São Cipriano, Santo Ambrósio, Santo Agostinho, São Jerônimo, Santo Hilário, São Gregório Magno. No Oriente:

ção.¹⁹ Acerca dessa influência, escreve Yves Lassard: “A influência cristã na obra de Justiniano é incontestada, talvez mesmo preponderante sobre todas as outras. Isso coincide com a idéia que para Justiniano a ordem jurídica deriva da Teologia. Ele invoca constantemente o poder divino em sua obra, e introduz passagens bíblicas nos textos legislativos. Igualmente, certos institutos são interpretados sob o aspecto religioso: o casamento por exemplo torna-se um *nexum divinum*.”

“Tratando-se da concepção mesma do Direito, Justiniano estabelece uma equivalência entre *jus* (Direito Civil), e *justicia* (respeito dos direitos). Todavia, não se trata de qualquer *justicia*, mas da *justicia* cristã. Reencontramos essa identificação na concepção de Direito natural. O Direito natural ao qual se refere Justiniano não tem mais nada a ver com aquele dos jurisconsultos do século III.º (Direito ideal fundado na equidade, comum a todos os homens). Ele refere-se a um Direito criado pela Providência, inscrito por Deus no espírito e coração dos homens. Esse Direito possui um caráter ético, expressão jurídica da moral cristã. Ele tem igualmente um caráter racional, porque Deus Ele próprio representa a razão suprema (*Summa ratio*).”

E continua Lassard: “A legislação positiva tende essencialmente a criar o Direito natural; a esse fim, numerosos textos clássicos foram modificados com o fito de permitir a introdução dos conceitos da moral cristã no raciocínio jurídico: a manumissão, as emancipações e as doações implicando sempre a obrigação de reconhecimento (a ingratidão do beneficiário pode levar à revogação do ato); o mestre não dispõe mais de poder absoluto sobre o escravo (a escravidão representa uma situação *contra naturam*); esse último beneficia-se do direito de asilo; não se pode mais prendê-lo por dívida; os devedores não devem mais ser submetidos ao açoite; o jogo e a prostituição são reprimidos; o adultério torna-se um *Sacrilegium*; etc. Enfim, o homem sendo filho de Deus, deve-se defendê-lo contra o poder excessivo e arbitrário. O

São Basílio Magno, São Gregório Nazianzeno, São Gregório de Nissa, São João Crisóstomo, além de Orígenes, Tertuliano e Clemente de Alexandria, que não constam do catálogo dos santos da Igreja Católica.

direito das pessoas constitui doravante uma proteção do homem contra a sociedade. Isso representa uma orientação exatamente inversa daquela da época clássica.”²⁰

Durante o Baixo-Império (284-476), o Direito imperial cominava pena de morte para vários tipos de delito. Conduziam o condenado a um anfiteatro ou circo, onde dava uma volta com uma placa indicando o motivo da condenação, em torno do pescoço. Em seguida era atado em um poste ou em um pórtico sobre o qual afixavam o cartaz. Soltavam finalmente animais ferozes, famintos e enraivecidos. Trata-se de um costume cartaginês que os romanos aplicavam inicialmente em casos de deserção de seus exércitos. Tal punição foi abolida no século IV da era cristã em virtude da posição contrária da Igreja.²¹

O jusnaturalismo cristão possui duas tendências fundamentais: uma ligada à tradição das Tábuas da Lei, comunicadas por Deus no monte Sinai, chamada de voluntarista, à qual, posteriormente, como recuperação do idealismo platônico como “pertença ao espírito divino”, estaria associada a Santo Agostinho; a outra, decorrente do pensamento aristotélico, “retribui à razão do homem a possibilidade de, a partir da natureza humana e da sua inserção no Mundo, inferir o Direito natural.” O Direito natural seria assim parte da lei eterna que se coloca ao alcance da razão humana.²²

No que concerne ao Talmude, Falk afirma poder-se distinguir três idéias que correspondem a três fases da posição de Jesus relativamente à Lei Talmúdica.

A primeira fase “foi a afirmação de que Jesus não veio para menosprezar a lei, mas para acrescentar a ela certas normas morais.”

Na segunda, a constatação de que “certos regulamentos da lei eram concessões às fraquezas humanas (*sklerorkardia*), mas que uma pessoa deveria tentar superá-las e buscar um padrão mais elevado”.

20 LASSARD, Yves, *op. cit.*, p.28-29.

21 Cf. LASSARD, *op. cit.* (Progrès de l'idée d'obligations), p. 6.

22 Cf. CORDEIRO, *op. cit.*, p. 209.

A terceira fase, “expressa no Sermão da Montanha, não poderia ser compreendida de acordo com o Direito Talmúdico normal”.

Dado o caráter inovador das novas normas ensinadas por Jesus, dele foi dito tratar-se de um novo Moisés (Atos 3.22, João 6.14, 7.40), o que provocou rejeição por parte dos rabinos, que achavam que ele estava criando um novo sistema ético e de lei, e uma nova religião. Em razão disso, os rabinos proibiram qualquer mudança legal realizada através da profecia, a não ser aquelas propostas pelos próprios rabinos, a partir da interpretação do espírito (da intenção) da Torá.

Em seu livro **Da Influência do Cristianismo sobre o Direito Civil dos Romanos**, Troplong limita-se às influências pelas quais o cristianismo modificou as relações civis, o Direito Privado. Ocupa-se unicamente do Direito Civil, situando o contributo do cristianismo na história do Direito Romano.

Sua obra pretende iluminar mais ainda a seguinte questão: “... se o cristianismo imprimiu ao Direito um forte impulso civilizador, o movimento não alcançou, no entanto, sua finalidade senão depois de haver recebido de Idade Média o contragolpe que o impeliu até o Código Civil.” [Refere-se aqui ao Código Napoleão].²³ A conclusão de seu trabalho é que “o Direito Romano foi melhor na época cristã do que nas idades anteriores mais brilhantes; o quanto de contrários se disse não é mais do que um paradoxo ou um equívoco. Porém foi inferior às legislações modernas, nascidas à sombra do cristianismo e melhor penetradas de seu espírito.”

Para esse autor, o Direito Romano passou por três grandes períodos: o aristocrático, o filosófico, e o período cristão.

Para ele a civilização romana desenvolveu-se sob um dualismo: “No Direito Privado, que refletiu tão vivamente as idéias religiosas e políticas de Roma, preside quase todas as relações. Sua fórmula mais ampla e mais elevada é o *jus civile*, e a *aequitas*, oposto sem cessar um ao outro, como dois princípios distintos e desiguais. Daí um direito duplo

23 Cf. TROPLONG, *op. cit.*, p. 10 *et passim*.

quase em todas as coisas; um parentesco civil (*agnatio*) e um parentesco natural (*cognatio*); o matrimônio civil (*justae nuptiae*), e a união natural do concubinato (*concubinatus*); a propriedade romana (*dominium ex jure Quiritum*) e a propriedade natural (*in bonis*); o testamento e os concílios; os contratos de direito estrito (*stricti juris*) e os contratos de boa-fé (*bonae fidei*) etc.

Todo o segredo da história do Direito Romano reside nas palavras equidade e Direito Civil. “A equidade é o que outros chamaram de Direito natural. [...] A equidade dá como base aos códigos que formula, a liberdade e a igualdade, os sentimentos da natureza, os afetos espontâneos no homem, as inspirações da reta razão. Porém a preponderância da equidade é tardia na marcha da civilização.” E acrescenta: “Ao contrário, o Direito Civil, quando se move em esfera distinta da equidade e quando se adorna com o título de *direito estrito*, não é senão um conjunto de criações artificiais e arbitrárias, cuja finalidade consiste em governar por representações materiais o espírito do homem, incapaz ainda de deixar-se governar pela razão.”

Com efeito, para Troplong, “o Direito Civil romano caracterizou-se em sua origem por aquela rudeza teocrática e aristocrática”. “Saiu do seio de um patriciado religioso, militar e político, que gravou nele suas recordações de conquista, seus instintos de imobilidade, o gênio formalista, cioso, dominador, alimentado na escola sombria e forte da teocracia etrusca.” Mais adiante, afirma: “Não busquemos nesse Direito primitivo a ação eficaz da equidade natural, nem a voz da humanidade que fala tão alto nos povos civilizados. A noção simples e ingênua do justo e do injusto está desfigurada nele, pela feroz envoltura de instituições que sacrificam a natureza à necessidade política, a verdade inata aos artifícios legais, a liberdade à fórmulas sacramentais.”

Troplong ensina igualmente que “Segundo a lei das Doze Tábuas (expressão própria de um Direito comum a todos os povos heróicos), o que obriga o homem não é a consciência, não é a noção do justo e do injusto: é a palavra, é a religião da letra: *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Tudo o que está fora da fórmula empregada considera-se como não prometido. Por exemplo, o vendedor dissimula um vício oculto da

coisa que vende, sem que esteja obrigado a garantir por ele diante do comprador, porque não se comprometeu em nada sobre o particular pela palavra.”

Mas houve uma mudança no enfoque mesmo da justiça, com conseqüências na questão referente à boa-fé. Assim, escreve: “Os jurisconsultos compreenderam, no entanto, que era impossível estar mais tempo cativo naquele círculo completamente material, e seu gênio filosófico elevou-se à idéia de uma justiça abstrata, superior às palavras. Aquílio, colega de Cícero, publicou suas fórmulas contra o dolo. Desde então a boa-fé começou a ser levada em conta na interpretação das convenções. Aqui, pois, como na família, como na propriedade, a equidade tomou seu posto ao lado do Direito Civil.”

O período aristocrático cede, então, lugar ao período filosófico: “A filosofia entrou no Direito Romano; rompeu o círculo inflexível traçado pelo patriciado. A idade filosófica começa; seu ponto inicial está no século de Cícero. Veremo-la crescer pouco a pouco, particularmente sob os auspícios do estoicismo. Provaremos, todavia, que o estoicismo está longe de tê-lo feito tudo, e que desde Nero até Constantino, o Direito Civil sofreu a ação indireta do cristianismo, que influía sobre todas as coisas.”

Ainda referindo-se a Cícero, escreve ele: “Filósofo e homem de Estado, declara que não é nas Doze Tábuas aonde se deve buscar a fonte e a regra do Direito, senão nas profundezas da razão; que a lei é a equidade, a razão suprema gravada em nossa natureza, inscrita em todos os corações, imutável, eterna [...]”

O cristianismo surge, portanto, durante o período filosófico do Direito Romano. “Tudo o que de princípios civilizadores havia disseminado nas diversas escolas filosóficas que compartilhavam as altas inteligências da sociedade pagã, possuía-o o cristianismo com maior clareza, e sobretudo com a vantagem de um sistema homogêneo em que todas as grandes verdades estavam coordenadas com admirável união, e colocadas sob a salvaguarda de uma fé ardente. Ademais, daquele vaso de terra que, como dizia S. Paulo, encerrava os tesouros de Jesus Cristo, escapavam as noções de moral que iriam ao encontro das massas desam-

paradas pela filosofia, e revelava-lhes o verdadeiro destino da humanidade nesta Terra e depois da vida.

“O cristianismo, com efeito, não foi somente um progresso com relação às verdades admitidas antes dele, que ampliou, completado e revestido de caráter mais sublime, e de força mais simpática; senão foi também (e isso ao pé da letra, ainda para os mais incrédulos) uma descida do espírito do alto sobre as classes deserdadas da ciência e engolfadas nas trevas do politeísmo.” E acrescenta: “A filosofia antiga, além de seus méritos, incorreu no equívoco imperdoável de permanecer fria ante os males da humanidade. Fechada no campo da especulação, em benefício de alguns homens notáveis, foi ocupação ou diversão da inteligência, jamais tentativa enérgica e valente para reformar amplamente a sociedade e tirá-la de seus costumes de corrupção e de desumanidade.” E conclui: “Foi ela que careceu da virtude que inspirou particularmente o cristianismo, a caridade.”

O cristianismo supera as idéias de fraternidade humana não desconhecidas por Platão, indo além dos ideais de cidadania de Cícero e os de sermos membros de uma mesma família, pregados por Sêneca. O cristianismo os superou, “porque proclamou não somente o parentesco, mas também a fraternidade e a solidariedade universais; porque assentou sobre esta base sua moral afetuosa de caridade, de igualdade, e sua prática infatigável de abnegação, de sacrifício, de assistência desinteressada ao próximo”. E acrescenta Troplong: “Assim, pois, enquanto a filosofia articulava nos cumes intelectuais os rudimentos fragmentários do perfeccionismo humano, o cristianismo levava às nações os princípios desenvolvidos e a imediata aplicação desses rudimentos fragmentários do aperfeiçoamento humano, e sua imediata aplicação em todas as categorias da sociedade. Só o valor que demonstrou nessa empreitada bastaria para que pudesse anunciar-se como uma sabedoria nova, distinta da filosofia pagã.” Desse modo, “a lei nova recomenda aos homens que permaneçam unidos pela comunidade do afeto; que haja entre eles ternura fraternal, por considerar-se uns como membros dos outros; que se ajudem com sincera caridade; que não devolvam o mal com o mal, mas que amem o próximo como a si mesmos, e que saibam que quando

um homem sofre, todos sofrem com ele.” Essa era a nova moral. Nova moral bem expressa por John Donne,²⁴ poeta e clérigo anglicano do século XVII, quando proclama em seu sermão “Devoções Sobre Ocorrências Emergentes”: “Nenhum homem é uma ilha em si mesmo. Todo homem é parte do continente. Se um pedaço for levado pelo mar, a Europa fica menor, como se um promontório fosse, ou como se fosse a casa de teus amigos, ou a tua própria. A morte de qualquer pessoa me diminui, porque faço parte da espécie humana; portanto, nunca perguntes por quem o sino dobra: ele dobra por ti.”

Depois do cristianismo, a filosofia do Direito não foi mais a mesma. Com efeito, assinala Troplong: “... quando chegamos aos juriconsultos romanos que floresciam depois da era cristã e Sêneca, a linguagem da filosofia do Direito é muito diferente. ‘A servidão, disse Florentino, é uma prescrição do Direito das gentes pelo qual alguém está submetido ao domínio de outro contra a natureza: *contra naturam*’. ‘A natureza estabeleceu entre os homens certo parentesco’, disse o mesmo juriconsulto: *inter nos cognitionem quamdam natura constituit*. Estas palavras são de Sêneca, a quem, a seguir, podemos chamar, com os Padres da primitiva Igreja, *Seneca noster*.”

Ele cita igualmente, a esse propósito, o grande juriconsulto Ulpiano, quando este afirma: “No que concerne ao Direito natural, todos os homens são iguais” (*Quia quod ad jus naturale attinet, omnes aequales sunt*). “Para o Direito natural todos os homens nascem livres.” (*Jure naturali omnes liberi nascerentur*). Continua Troplong: “Não é, pois, a natureza que faz os escravos; a teoria de Aristóteles tornou-se antiga.” E conclui: “Assim, aí está a filosofia do Direito em posseção

24 Excerto de “Devotions Upon Emergent Occasions” (Meditation XVII): “No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be wached away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as if a manor of thy friends’s or of thine own were; any man’s death diminishes me, because I am involved in mankind, and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee.” – DONNE, John. **The Works of John Donne**. Henry Alford, ed. London: John W. Parker, 1839, p. 574-575, vol. III.

dos grandes princípios de igualdade e liberdade que formam a base do cristianismo; é aí que protesta, em nome da natureza, contra a mais terrível das desigualdades sociais e que faz eco das máximas evangélicas. [...] Estas grandes verdades que admiramos em Florentino e Ulpiano, as professava o cristianismo abertamente fazia século e meio, com todo valor, ao preço do sangue de seus mártires.”

A equidade faz, dessa maneira, sua entrada no mundo do Direito. Tertuliano declara que se deve buscar nela o critério de uma boa lei.

Fazendo um balanço dos avanços no campo do contributo do cristianismo no campo do Direito, Troplong enumera: “a igualdade apoderou-se das pessoas e das coisas, acaba a diferença entre os libertos e nivela a categoria dos homens livres, melhora a condição dos escravos; não mais se faz distinção entre parentesco masculino (*agnatio*) e feminino (*cognatio*); equipara as coisas *mancipi* e as coisas *nec mancipi*; cessam a diferença entre a propriedade civil e a propriedade natural; entre a usucapião e a prescrição. Generalizam-se as idéias de Constantino sobre os pecúlios, aumentando assim os direitos dos filhos de família. Filhas e netos são considerados iguais para as condições de deserdação. O pátrio poder cede lugar aos laços de sangue e de afeto. Desaparecem as ficções. A emancipação não rompe o vínculo com a família; a família civil confunde-se com a família natural, a equidade arrebatada à adoção os direitos exagerados que havia tomado do Direito Civil. As formas minuciosas e sacramentais ficam completamente proscritas nos testamentos, as estipulações, o procedimento, etc. A ação de inoficiosidade que por um excessivo amor à lógica atacava o testamento em sua essência mesma, não faz outra coisa que converter suas disposições em redutíveis. A diferenças entre os legados *per damnationem*, *per vindicationem*, *per praeceptionem et sinendi modo*, são suprimidas; todos os legados confundem-se em certa assimilação que a razão impõe. Ademais, os fideicomissos são igualados e operam diretamente. O privilégio dos soldados de aceitar sucessão sob benefício de inventário fica estendido a todo o mundo. Justiniano aboliu o andaime das leis caducas, já desmantelado por Constantino. Concede às mulheres fortes garantias para a conservação

de seus dotes, e cria em seu favor uma hipoteca geral tácita. Abaixa a 6 por cento os juros do dinheiro, que antes dele elevava-se em torno de 12 por cento.” Sem se falar na teoria das sucessões devida a Justiniano, que ostenta um caráter novo e original.

Kaser assevera que “No período pós-clássico, acentua-se com a influência cristã a autonomia dos filhos, embora subsistam, ainda na época tardia, certos vestígios do poder paterno.”²⁵

Troplong, no final de sua obra, conclui: “... a filosofia cristã tão clara, tão simples, tão atraente, foi, sem embargo, menos conhecida das pessoas de letras e das pessoas mundanas do que dos muitos sonhadores da Antiguidade. Essa filosofia cristã é, no entanto, a base de nossa existência social; alimenta a raiz de nosso Direito, e vivemos mais ainda por ela do que pelas idéias escapadas da ruína do mundo grego e do mundo romano.”

Coulanges, por seu turno, na conclusão de **La Cité Antique**, afirma que “A obra de regeneração do Direito, anunciada pela filosofia estoíca, continuada pelos nobres esforços dos juristas romanos, esboçada pelos artifícios e astúcias do pretor, só teve sucesso completamente graças à independência que a nova religião concedia ao Direito. Pôde-se ver, à medida que o cristianismo conquistava a sociedade, os códigos romanos admitirem as novas regras, não mais com subterfúgios, mas abertamente e sem hesitação.”²⁶

25 KASER, Max, *op. cit.*, p. 98.

26 Cf. COULANGES, Fustel de, *op. cit.*, p. 464.

.....

Apêndice

Direito Canônico

O Direito Canônico funda-se em princípios cristãos e em institutos do Direito Romano clássico. O Direito Canônico surgiu da necessidade da Igreja dotar-se de normas para regular o culto, o recrutamento e formação dos sacerdotes, o estatuto daqueles que exercem o ministério, direitos e obrigações de seus membros, patrimônio etc. Os legisladores da Igreja inspiraram-se nos Evangelhos e nas Epístolas para construir seu Direito no que tange a forma de conduta individual, familiar e social. O Direito Canônico tem como base costumes oriundos da tradição judaica e do mundo greco-romano, onde a Igreja efetivamente nasceu. O Direito Romano exerceu influência notória no Direito Canônico, fazendo-se sentir mais a partir do século XI até o século XIII, no período do chamado “renascimento do Direito Romano”, movimento que influencia todo o mundo ocidental. O Direito Romano deu-lhe a forma e a moldura necessárias, tais como conceitos e institutos relativos a pessoa, contrato, obrigações, provas, mandato e representação, matrimônio, processo etc.

O conceito romanista da boa-fé é basicamente objetivo e se funda na honradez, na fidelidade e na lealdade no comércio jurídico, e não na ignorância ou na convicção, dados subjetivos, dos contraentes. O Direito Canônico considera a não observância ao princípio da boa-fé nas relações jurídicas como uma transgressão pecaminosa. Com uma

visão axiológica, transforma-o em valor subjetivado, interno, mas capaz de produzir efeitos no campo jurídico .

A grande quantidade de documentos jurídicos da Igreja foi coligida, do século VI ao XII, sob o título de Coleções Canônicas; quanto às decretais (respostas dos papas às consultas dos bispos), vieram a lume em coleções organizadas por ordem dos papas no século XIII e início do seguinte. Com a fragmentação do Estado Romano e a conseqüente divisão dos territórios em feudos, com senhores e vassallos, prevaleceu o Direito Canônico, sendo a Igreja Católica a única instituição capaz, mesmo abstratamente, de ocupar o “poder temporal”.

Em 1917, a Igreja Romana reuniu sua legislação em um código e, em 1983, o Papa João Paulo II promulgou um novo código.

Por extensão, pode dizer que Direito Canônico são normas jurídicas criadas pelas Igrejas cristãs, através de seus órgãos competentes, para regulamentar o funcionamento interno da instituição; regulamento interno; conjunto de regras internas das Igrejas que definem sua forma de organização e funcionamento. As Igrejas reformadas (calvinistas) atribuem mais importância ao Direito Canônico do que as Igrejas Luteranas.

Por outro lado, o conjunto de normas legais emanadas do Estado para regulamentar a existência das Igrejas como pessoas jurídicas é denominado em alguns países de Direito Eclesiástico. Trata-se de uma regulamentação externa às Igrejas. O Direito Eclesiástico é mais importante nos países majoritariamente luteranos do que nos outros onde a Igreja numericamente mais importante seja reformada (calvinista). No Direito brasileiro, as igrejas, que eram consideradas associações sem fins lucrativos pelo Código Civil de 1916, hoje, pelo novo Código, devem constituir-se como fundações (art. 62, parágrafo único).

Direito e Protestantismo

Lutero publica, em 1522, **De regno Dei et potestate saeculari**, onde divulga suas concepções do Direito, analisando com rigor,

sob o aspecto jurídico, os príncipes alemães. Entre 1522 e 1526, Lutero constrói sua teoria sobre os dois reinados e sua separação. Assim, na obra **Da autoridade temporal e em que medida se lhe deve obediência**, de 1523, ele defende a separação das duas esferas de poder, o temporal e o espiritual, entre a Igreja e o Estado. A jurisdição da Igreja não deve imiscuir-se na área civil, assim como um príncipe, embora cristão, não tem poderes na esfera espiritual. Lutero defende, igualmente, o direito de desobediência do povo se a conduta do príncipe não estiver pautada pelo senso de justiça, posto que ninguém pode ir contra o Direito. Para Lutero, direito e justiça se confundem, embora se saiba que nem sempre isso aconteça. Para ele, justiça seria a vontade de Deus.

Quanto a Calvino, o Direito deve estar ligado à legitimidade do príncipe (que seria o magistrado), com o intuito de controlar as paixões humanas. Ele louva-se, nessa tese, em Romanos 13. As concepções calvinistas correspondem ao Direito natural, que antecede ao Estado. Essa lei natural chegou até nós pela Lei de Deus revelada a Moisés, que é um exemplo da equidade, reflexo do Direito natural inspirado pelo Senhor. Toda norma legal que contrarie esse princípio não é efetivamente lei. Portanto, além da legitimidade do legislador, é preciso que o conteúdo da norma jurídica seja examinada e aceita como lei. As “leis bárbaras e bestiais”, como ele próprio escreveu, não devem ser reconhecidas como leis. As leis, dessarte, não devem ir contra os Mandamentos nem contra a moral. A Igreja, separada do Estado, deve estar vigilante para adverti-lo, se for o caso, quando uma lei for inaceitável, opondo-se a ela. Os cristãos devem obediência, na esfera civil, às leis justas editadas por um Magistrado legítimo, pelo fato de a Igreja não estar fora da sociedade. No entanto, tudo o que se refira à sua organização interna, a seu Direito Canônico, é da competência da Igreja.

Com a Reforma, as Igrejas reformadas não aceitaram o Direito estatal, marcado pelo absolutismo de “direito divino”, sendo o catolicismo uma religião de Estado. Elas exigiam, portanto, um Estado neutro, laico. Ao Estado caberia tão-somente regular o Direito Civil. Por essa via, a posição dos protestantes foi determinante na laicização do Direito e do Estado.

O teólogo K. Barth ocupou-se com temas concernentes ao Direito e à justiça. Para ele, o Direito, embora provisório e precário, é imprescindível para assegurar a ordem e a paz na sociedade, ordem e paz mais duradouras. No âmbito da Igreja, o Direito é um *jus humanum* e não um *jus divinum*. Para Barth, a perfeição da sociedade e do Estado é sempre um vir-a-ser, uma permanente busca. À Igreja cabe, através do exemplo, incentivar o Estado a melhorar o seu sistema legal no sentido de haver mais justiça, baseado na confiança de todos em cada um, demonstrando, para o Estado, que isso é possível. O Estado deve reconhecer a liberdade da Igreja de anunciar a justificação pelo sacrifício de Jesus. O reconhecimento desse direito significa o reconhecimento de todo direito humano.

Bibliografia

ARNAUD, André-Jean (Coordenador). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999. 953 p. (Org. da edição brasileira Vicente de Paulo Barreto).

BÍBLIA. Português. **Bíblia de estudo de Genebra**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo e Barueri: Editora Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. 1.728 p.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1997. 168 p.

CARBASSE, Jean-Marie. **Introduction historique au droit pénal**. Paris: PUF, 1990. (Coll. Droit fondamental, n.º 27).

CHATEAUBRIAND, François René, Vicomte de. **O gênio do cristianismo** (tradução de Camilo Castelo Branco). Rio de Janeiro: Jackson, 1964. 2 v. (Clássicos Jackson).

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 1.406 p.

COULANGES, Fustel de. **La cité antique**. Paris: Librairie Hachette, 1895. 478 p.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado (Parte Geral)**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 550 p.

FALK, Ze'ev W. **O direito talmúdico**. São Paulo: Ed. Perspectiva/ Associação Universitária de Cultura Judaica, 1988. 91 p.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito; técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

GARDNER, Paul. **Quem é quem na bíblia sagrada**. São Paulo: Ed. Vida, 1999. 674 p.

KASER Mas. **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. 522 p.

LASSARD, Yves. **Histoire du droit des obligations**. Disponível em: <<http://www.upmf-grenoble.fr/Haiti/cours/intro.html>>. Acesso em: 10 out. 2001

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 7. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 460 p.

MACHADO, Manuel Cabral. “Singularidade do direito de família”. *In: _Revista de Direito Civil* (5), 1978.

MONESTIER, Martin. **Peines de mort**. Paris: Le cherche midi, 1997.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 412 p.

NISKIER, Arnaldo (Coord.). **Contribuição dos judeus ao desenvolvimento brasileiro**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras/Universidade Gama Filho, 1999. 224 p.

PÉPIN, Jean. “Hellénisme et christianisme”. *In: _La philosophie de François Châtelet*. Marabout, 1979, t. 1, p. 175 e s.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998. Vol II (Teoria Geral das Obrigações).

POTHIER, Robert Joseph. **Traité des obligations I** – Oeuvres de Pothier publi. por M. Siffrein – 1821.

SCHENK, Christine. **Jésus et les femmes**. Disponível em: <<http://www.futurechurch.org/french/Jesus.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2001

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

TROPLONG, Raymond Theodore. **La influencia del cristianismo en el derecho civil** romano (tradução de Santiago Cunchillos Mantrola). Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947. 210 p.

O DIREITO DE ASILO NA
LEGISLAÇÃO ECLESIASTICA

Impõem-se, inicialmente, algumas considerações de natureza geral acerca da formação do Direito Público da Igreja.

No governo de Constantino, o cristianismo foi reconhecido oficialmente pelo Édito de Milão. A Igreja, destarte, “assentou definitivamente no mundo profano as suas bases e ao lado do Estado *uno*, se foi formando e consolidando a sua *unidade*, com uma legislação que provinha de várias fontes, tendo grande número de suas relações com o Estado reguladas por leis seculares.”¹

Cândido Mendes de Almeida, no **Código Filipino** por ele organizado e comentado, edição de 1870, assinala: “A par do Fuero Jusgo, e do Direito Consuetudinário, existia o Direito Canônico, que se infiltrava, e justapunha a [ou à] legislação civil, em vista da organização peculiar dos Estados organizados depois da dissolução do Império Romano.”² O Direito Canônico adquire, assim, grande importância pelo fato mesmo de ser a Igreja a instituição que mantém a ponte entre a Antiguidade e a Idade Média, por ocasião da decadência do Império Romano, provocada pelas invasões bárbaras.

Por imperativo de seu próprio crescimento, a Igreja criou leis próprias de governo e de administração. Em torno dos monumentos fundamentais, dos atos e leis foi se formando o Direito Eclesiástico, que revestia tanto caráter público (Constitucional, Administrativo, Penal, Internacional Público, Judiciário) quanto privado (Civil e Internacional Privado). Embora os dois ramos sejam designados de Direito Eclesiástico, o primeiro é denominado frequentemente de Direito Público Eclesiástico e, o segundo, de Direito Privado Eclesiástico ou Canônico, conforme ensina Abelardo Lobo.³

1 LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**, p. 520.

2 ALMEIDA, Cândido Mendes de. “Ao Leitor”. *In*: **Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**, XV.

3 Cf. LOBO, *op. cit.*, p. 519.

Ainda consoante Lobo, os canonistas dividem o Direito Canônico em três partes: *jus antiquum*, *jus novum* e *jus novissimum*. Dissertando sobre esses períodos, escreve o nosso insigne romanista: “O primeiro se compõe de todas as leis, desde os Evangelhos até aos trabalhos de Graciano, – o segundo, desde Graciano até ao *Concilium Tridentinum*, e, finalmente, o terceiro, desde o *Concilium Tridentinum* até ao presente, ou seja, até a promulgação do **Codex Juris Canonici** (1917) e atos posteriores. Assim, o *jus antiquum* abrange um período de 1150 anos, mais ou menos (do ano 1.º a 1150), o *jus novum* um período de 413 anos (de 1150 a 1563) e o *jus novissimum* um período de 354 anos (de 1563 a 1917).”⁴

Assim, o *jus antiquum* compreende os Evangelhos, os Cânones dos Concílios, as Constituições dos papas, as concordatas do Vaticano e as leis seculares dos imperadores recepcionadas pela legislação canônica até o **Decretum Gratiani**.⁵

O *jus novum*, por seu turno, engloba as **Decretais de Gregório IX** (ou **Coleção Raimundina** ou simplesmente **Decretais**), o **Liber Sextus**, as **Clementinas** e as **Extravagantes**.

As **Decretais** são divididas em cinco livros: *Judex*, *Judicium*, *Clerus*, *Sponsalia* e *Crimen*. O **Liber Sextus** foi elaborado, por determinação do Papa Bonifácio VIII, para suprir as lacunas das **Decretais** e do **Decretum Gratiani**. É o sexto livro da coleção de Gregório IX, seguindo-se ao *Crimen*, daí sua denominação. As **Clementinas** consistem na reunião dos cânones do Concílio de Viena, de 1311, além das duas **Decretais** organizadas por determinação do Papa Clemente V, cujo ponti-

4 *Ibidem*, p. 522.

5 Elaborado em 1140 a 1150 por Graciano, monge e teólogo da cidade de Bolonha, a partir de fontes diversas, contendo: *Textos da Escritura Sagrada*; *Cinquenta Cânones dos Apóstolos*; *Decisões de dez Concílios Gerais e noventa e seis Particulares*; *Setenta e oito decretos dos Papas*; *Subsídios de autores eclesiásticos*; os livros *Penitenciais*; *Excertos dos Códigos Teodosianos e Repetitae Prelectiones e das obras de Paulo e Ulpiano*; *Capitulares dos reis de França e Rescritos imperiais*; *Ordo Romanus*; *Librer diurnus*; *Pontificales et Festae*; *Dicta Gratiani*.

ficado vai de 1305 a 1314. As **Clementinas** só foram promulgadas em 1317, já sob o pontificado de João XXII. À semelhança das **Decretais Gregorianas** e do **Liber Sextus**, as **Clementinas** compreendem cinco livros. Como algumas **Decretais** deste último pontífice ficaram de fora da coleção, passaram por isso a ser chamadas de **Extravagantes**. Só foram incluídas no **Corpus Juris Canonici** por força da Bula de 1.º de julho de 1580. O *jus novum* compreende igualmente as *extravagantes* de Papas posteriores a João XXII até Sisto V. O **Corpus Juris Canonici** incorporou a seu texto, em 1582, **Decretais** de Sisto IV e V, cânones dos Concílios de Latrão e Leão, os cânones do Concílio de Trento e as **Institutas de Direito Canônico**, de Lancelot, aprovadas por Paulo V.

Constituem o *jus novissimum* as decisões do Concílio do Vaticano, em 1870, as constituições de Leão XIII, de 24 de maio de 1882, as de Pio X, de 25 de dezembro de 1904, e outras ainda, além do **Codex Juris Canonici**, promulgado em 15 de setembro de 1917. Este Código de Direito Canônico divide-se em cinco livros: *Normae generales, de personis, de rebus, de processibus, de delictis et poenis*, compreendendo ao todo 2.414 cânones.

Com o aumento do poder pontifical, sob Gregório VII, a Igreja Católica toma suas distâncias relativamente ao Direito Romano. Dessa forma, o Sumo Pontífice pretendia sair da tutela do imperador germânico, cuja autoridade fundava-se naquele Direito.

Durante o pontificado de Bonifácio VIII, entre 1294 e 1303, a grandeza do Papado chega a seu apogeu. A bula **Ausculda Fii**, de 5 de dezembro de 1301, afirma a supremacia da Igreja com relação ao poder temporal. Isso deu-se em razão do desentendimento entre o Papa Bonifácio VIII e o rei da França, Filipe, O Belo, desavença essa motivada pelo fato de os oficiais do rei haverem maltratado o bispo de Pamiers.

O conflito recrudescer em 1302, e Bonifácio VIII promulga então a bula **Unam Santam**, em 18 de novembro daquele ano. O papa expunha nessa bula a doutrina católica do direito de controle do espiritual sobre o temporal. Pretendia ele, louvando-se nessa doutrina, poder depor reis e imperadores. Com efeito, a crescente influência do poder pontifical repercutiu tanto no plano legislativo quanto jurídico. Assim,

no século XIII, os canonistas queriam conferir ao Direito Canônico importância maior do que a da lei civil, como demonstra, aliás, a obra de Santo Tomás de Aquino. A Igreja aceita o Direito Romano, mas exclui os dispositivos que não atendem a seus interesses. O Direito Canônico passa a exercer mais influência do que o Direito Romano; é quando a jurisdição eclesiástica afirma sua preponderância. Só a partir de 1380 que o progresso da jurisdição temporal adquire maior força. Pese embora a jurisdição real aplicar em várias matérias o Direito Canônico (casamento, cobrança de juros, crimes contra a fé etc.), o poder secular freqüentemente recorria ao Parlamento, corte soberana, contra abusos de juízes eclesiásticos.

As primeiras constituições da Igreja católica no Brasil foram aprovadas no Sínodo Diocesano celebrado na Bahia, em 1707, por iniciativa de D. Sebastião Monteiro da Vide, 5.º arcebispo daquela diocese. A rigor, são adaptações das constituições então em vigor em Lisboa, que precisavam adequar-se à realidade do Brasil Colônia. D. Ildefonso Xavier Ferreira, Cônego Prebendado e Lente de Teologia Dogmática, no Prólogo da edição de 1853 das **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**, escreveu, situando tal monumento em seu contexto histórico:

“Eis o que encontramos nas presentes constituições. Elas foram feitas em tempo, que um governo absolutista reinava em Portugal; o privilégio do Canon existia em toda a sua extensão; o foro misto era uma regalia dos Prelados; o poder de impor multas, de enviar ao aljube os sacerdotes, e mesmo aos fiéis seculares, de degradar ou desterrar a qualquer para a África, ou para fora do país estava ao arbítrio do Ordinário Eclesiástico; finalmente o horrível Tribunal da Inquisição trabalhava com eficácia no Reino Português. Debaixo deste ponto de vista foram feitas as constituições do Arcebispado da Bahia.”

E mais adiante, acrescenta D. Ildefonso:

“Embora as Constituições do Arcebispado da Bahia fossem adotadas pelos Srs. Bispos do Brasil com as alterações

necessárias, acomodadas aos usos e costumes das Dioceses, já na época da Independência brasileira, inumeráveis de suas disposições tinham caído em desuso. Apenas porém apareceu a Constituição Política do Império muitas caducaram, não obstante serem fundadas em Direito Canônico: ninguém ignora que as imunidades da Igreja e do Clero eram fundadas naquele Direito; e como poderão subsistir à vista da Constituição do Império? Todos sabem o privilégio de foro: mas duas linhas do Código de Processo abolirão semelhante privilégio; e por isso cessam todas as regalias que aquele concedia.”⁶

Na introdução das **Constituições Primeiras**, D. Sebastião Monteiro da Vide, Arcebispo da Bahia, que as fez e ordenou, assinala:

“E considerando nós, que as ditas Constituições de Lisboa se não podiam em muitas cousas acomodar a esta tão diversa região, resultando daí alguns abusos no culto divino, administração da Justiça, vida, e costumes de nossos súditos: e querendo satisfazer ao nosso pastoral ofício, e como oportunos remédios evitar tão grandes danos, quisemos, e ordenamos nossas Constituições, e Regimento do nosso Auditório, e dos oficiais de nossa Justiça, por ser muito necessário para boa expedição dos negócios, e decisão das causas, que nele se houverem de tratar, conferindo-as com pessoas doutas em ciência, e versadas na prática do foro, e governo eclesiástico: e foram propostas no Sínodo Diocesano, que celebramos na nossa Sé Metropolitana, dando-lhe princípio em dia do Espírito Santo doze de junho de 1707, e foram lidas aos

6 FERREIRA, Ildefonso Xavier. “Prólogo”. *In:_. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia***, p. V-VI.

O inciso XVII do art. 179 da Constituição do Império assim reza: “À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.”

Procuradores do nosso Reverendo Cabido, e clero para isso eleitos no dito Sínodo, e por todos aceitas. E parecendo-nos em tudo conformes aos Sagrados Cânones, Decretos do Sagrado Concílio Tridentino, Constituições Apostólicas, e as que convém ao serviço de Deus Nosso Senhor, salvação das almas de nossos diocesanos, bom governo espiritual da Igreja, e observância da Justiça, resolvemos mandá-las imprimir, e publicar. Portanto, *auctoritate ordinaria* mandamos em virtude de santa obediência a todas, e a cada uma das sobreditas pessoas, que ora são, e ao diante forem, as cumpram, e guardem: e ao nosso Provisor, Vigário Geral, Desembargadores, Visitadores, e Vigários da Comarca, e da Vara, e a todos os mais Ministros de nossa Justiça Eclesiástica, as façam inteiramente cumprir, e guardar, como nelas se contém, e por elas julguem, e determinem as causas, e se governem em todas a administração da Justiça.”⁷

As Constituições Primeiras, seguindo a tradição dos códigos anteriores, estão organizadas em cinco livros. *Grosso modo*, o Livro Primeiro diz respeito ao ministério da Igreja e sacramentos. O Livro Segundo, à liturgia, dízimos, primícias e oblações; Livro Terceiro, aos preceitos acerca da conduta dos clérigos; Livro Quarto, à legislação e jurisdição eclesiástica, privilégio de foro para os clérigos e imunidades; Livro Quinto, ao crime.

As imunidades previstas na legislação da Igreja abrangem as imunidades reais, pessoais e locais. O direito de asilo, que constitui um privilégio, diz respeito à imunidade do local. Para a legislação canônica, ao criminoso é facultado refugiar-se em locais sagrados, não podendo ser presos sem a prévia autorização da autoridade eclesiástica. O Direito Canônico estende a imunidade local às igrejas, oratórios, capelas, mesmo que não tenham ainda sido consagrados; seminários, palácios episcopais e das comunidades, bem assim aos cemitérios cristãos, uma

7 VIDE, D. Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**, XXI-XXII.

vez bentos, e até locais pertencentes às igrejas, como hospitais. O pressuposto dessa imunidade reside no fato de que os locais sagrados não são abrangidos pela jurisdição civil, mas pela eclesiástica, em razão da soberania da Igreja, que goza de liberdade e independência.⁸

Os cânones respeitantes às imunidades reais, pessoais e locais relativamente aos clérigos e leigos encontram-se no Livro Quarto. Os relativos aos leigos são os de números 747 ao 773. Vejamos alguns, em substância:

“747 Se naqueles tempos, em que se dava culto aos deuses falsos e aos ídolos, aqueles que se valiam do couto de seus templos ficavam sem castigo em seus delitos, com quanto mais razão hoje entre os católicos devem gozar de imunidade os que se acoutam nos sagrados templos do verdadeiro Deus? Portanto, conforme os Sagrados Cânones, e leis seculares, a Igreja por sua religião e santidade vale, e defende a todos os que a ela, e seu adro se recolhem, donde não podem ser presos, nem tirados pela justiça secular, e seus Ministros por casos crimes, em que possam ser condenados em pena de morte natural, ou cível, cortamento de membro, ou outra pena de sangue, salvo nos casos exceptuados por direito. [...]”

Os casos exceptuados a que se refere o texto são: o herege, o apóstata ou sismático, o blasfemo, o feiticeiro, benzedeiro, agoureiro e sortilégio (cânone 755).

Para os delinquentes gozarem da imunidade, bastava que se pegassem aos ferrolhos das portas das Igrejas, capelas ou ermidas ou se encostassem a elas ou às suas paredes, ou se recolhessem debaixo dos

8 **Decretais**, liv. III, tit 49, c. 9, *De Immunitate ecclesiarum, coemeterii et rerum ad eas pertinentium*: “Ecclesiae in qua divina mysteria celebrantur licet adhuc non exstiterit consecrata, nullo jure privilegium immunitatis adimitur: quia obsequiis divinis dedicata nullius est temerariis ausibus profananda.”

Decretais, liv. III, tit. 49, c. I, *De Immunitate ecclesiarum, coemeterii et rerum ad eas pertinentium*: “Ut in domibus ecclesiarum neque missus neque comes vel judex publicus, vel minister quase pro consuetudine placitum vel hospitium vindicent, sed in publicis locis domos constituent, in quibus placitum teneant, et etiam secundum antiquam consuetudinem hospitantur.”

alpendres contíguos com as ditas igrejas, capelas ou ermidas, posto que não tenham adro (cânone 751); também bastava acoutar-se ao Santíssimo Sacramento, que é levado em alguma procissão, ou aos enfermos, pegando-se, ou chegando o delinqüente ao padre que o leva (cânone 753). Além dos lugares de imunidade já mencionados, encontravam-se também os hospitais fundados por autoridade de prelado.

O direito de asilo é um instituto antigo, não devendo ser confundido com o *exilio* (*aquae et ignis interdictio*), que significa uma sanção penal já prevista pelo Direito Romano, consistindo na expulsão do delinqüente da cidade em que havia cometido o delito. As **Ordenações do Reino** mantiveram essa pena com a denominação de degredo.

Templos religiosos na Síria, Fenícia, Grécia e Roma eram lugares de asilo, santuários que não poderiam ser violados para a apreensão de delinqüentes, sob pena de severa punição.

Com o intuito de proteger aqueles que cometessem crimes culposos de possível vingança privada por parte dos parentes da vítima, a lei hebraica afetara seis cidades de refúgio. Eram elas: Hebron, Sichem, Kadesh, Bezer, Ramoth e Golan. Se eles saíssem antes do julgamento, poderiam ser legalmente mortos por qualquer familiar da vítima. Uma vez considerados inocentes, deveriam retornar à cidade que lhes havia concedido asilo e aí permanecer até o falecimento da principal autoridade religiosa em exercício naquele lugar.⁹

Em Roma, após a conversão de Constantino, o direito de refúgio, que já existia nos templos pagãos, foi estendido às igrejas edificadas pelos cristãos, onde os delinqüentes buscavam asilo perto dos altares. Essa imunidade foi adotada pelos príncipes de vários países. Tal direito sofreu, no entanto, algumas restrições. Com efeito, a Constituição de Teodósio, de 392, excluiu desse privilégio os devedores do Estado.¹⁰ Igualmente, as leis 2 e 3 de Arcadius e de Honorius, título

9 Números 35:6 e ss.; Josué 20:7 e ss.; Êxodo, 221:12-14; I Reis 1:50.

10 **Código Teodosiano**, liv. IX, tit. 25, lei I: “Publicus debitores, si confugiendum ad ecclesias crediderint, aut illico extrahi de latebris oportebit, aut pro his ipsis qui eos occultare probantur episcopos exigi.”

XXV, em 397 e 398, excluem os israelitas que se faziam passar por convertidos. O direito de refúgio foi inteiramente suprimido no ano de 398, sendo, no entretanto, restabelecido como lei por Teodósio, O Jovem, no ano de 414. Justiniano restringe esse direito, deixando de fora os homicidas, os adúlteros e os raptos de virgens.¹¹ No Concílio de Arles, a Igreja reitera a interdição de entregar as pessoas que se asilavam nos lugares sagrados, e proíbe aqueles que desrespeitavam tal preceito de entrarem nos templos. Em seguida, no Concílio de Tribur, a Igreja comina pena pecuniária e penitência pública a quantos violassem esse direito. O 12.º Concílio de Toledo, realizado em 681, amplia a proteção sobre um espaço de trinta passos ao redor dos lugares de refúgio, em que ninguém poderia ser preso.¹² O Papa Nicolau I amplia ainda mais a área de proteção: trinta passos nas pequenas igrejas e capelas e quarenta nas grandes, e comina a pena de excomunhão para quem violar o direito de asilo. A partir do Concílio de Latrão, em 1139, essa sanção passa a ser universal.

Inocêncio III restringe, em 1200, em carta dirigida ao rei da Escócia, o direito de asilo, com a justificativa de prevenir abusos. Ele faz a distinção entre homens livres e servos. Os primeiros jamais devem ser retirados dos lugares sagrados pela força, qualquer que tenha sido o crime praticado, a fim de puni-los com a pena capi-

11 **Novela XXVII**, c 7, em 535.

12 **Causa XVII**, q. 4, c. 35: “Diffinivit sanctum concilium ut nullus audeat confugientes ad eccelsiam vel residentes inde abstrahere, aut quod cunque nibilitatis, vel damni seu spoli, residentibus in loco sancto inferre, sed esse potius his ipsis qui ecclesias petunt per omnia licitum, in triginta passus ab ecclesiae januis profredi, in quibus triginta passibus uniuscujusque ecclesiae in toto circuitu reverentia defendatur sic tamen, ut hi, qui ad eam, confugiunt, in extraneis vel onge separatis ab ecclesia dominus nullo modo abscedant, sed in hoc triginta passuum numero absque domorum extraneorum receptáculo progrediendi aditum obtinebunt; qualiter ad requisitae naturae usum debitis exeant locis, et nullo teneantur eventu necessitudinis qui dominicis se defendendos commiserint claustris. § I. Si quis autem hoc decretum tentaverit violare, et ecclesiasticae excommunicationi subiaceat, et severitatis regiae feriatur sententia.”

tal ou outra sanção corporal; serão entregues às autoridades civis, se considerados culpados, após julgamento, recebendo punição prevista em lei. Se se tratar de bandidos ou assaltantes noturnos, não são protegidos pelo privilégio, podendo ser expulsos dos lugares sagrados. Os servos deverão ser entregues a seus mestres, à condição destes comprometerem-se, por juramento, a não submeterem o infrator a penas corporais.

Gregório IX decreta outra exceção ao direito de asilo, em carta endereçada aos arcebispos de Toledo e de Compostela: os culpados por homicídio ou mutilação nas igrejas e cemitérios não se beneficiarão desse direito.

Gregório XIV, na constituição **Cum alias**, de 24 de maio de 1591, confirma as anteriores restrições, acrescentando ainda outras: o direito de asilo não beneficia mais os assaltantes, os bandidos públicos, os destruidores de culturas agrícolas; os homicidas e os mutiladores que cometem seus crimes em lugares sagrados; os assassinos e os culpados de lesa-majestade na pessoa do príncipe. Ainda, este Pontífice, na mesma constituição, prescreve que, para assegurar-se o direito de asilo, deve haver permissão expressa do bispo ou de seu oficial e os criminosos leigos capturados nos locais sagrados deviam ser levados para as prisões da Cúria episcopal, permanecendo sob a custódia da Igreja.

O Papa Bento XIII, na constituição **Ex quo**, de 8 de junho de 1725, referindo-se à bula **Cum alias**, no respeitante aos crimes daquele que perdeu o prazo de recurso em juízo e ao procedimento para retirar os refugiados dos lugares sagrados, coloca um fim às diferentes interpretações das exceções trazidas pelos textos versando sobre direito de asilo, pedindo que as imunidades sejam restabelecidas onde for possível. Nada obstante, faz o Papa Bento XIII uma ressalva. A esse propósito, escreve Nicola Iung, comentando tal decisão:

“No entanto, observa ele [o papa] no parágrafo 3, a malícia dos homens perversos é tal que os crimes aumentam a cada dia e perturbam a ordem pública. Para diminuir a frequência desses crimes, ele vê-se na necessidade de reduzir ainda o direito de asilo. É porque, doravante, continua ele no

parágrafo 4, para ser *publicus latro*, será suficiente o cometimento de um único crime na via pública, à condição, todavia, que aquele que fora assaltado tenha membros mutilados ou que tenha morrido.”¹³

Igualmente, não se beneficiavam do direito de asilo aqueles que estupravam os que se refugiavam nos lugares sagrados ou dali os retiravam à força. Tampouco gozavam desse privilégio os mandantes que prometiam recompensa, os que praticavam crimes com premeditação, os falsários de cartas apostólicas, os ministros do montepio ou similar, os empregados de bancos considerados culpados de furto, de falsificação ou de abuso de confiança no exercício de suas funções, ou que falsificavam moeda em seu benefício.

Nicolas Iung informa ainda:

“Aqueles, enfim, que, em nome da Cúria, entram nas casas dos outros com a intenção de aí cometer rapina e matam ou mutilam os que se opõem à sua má ação, não gozam do direito de recurso em juízo.

“No parágrafo 6, Bento XIII declara que quando o braço secular pede que lhe seja entregue um malfeitor que se refugiou em um lugar sagrado, é necessário, em todas as hipóteses, antes de atender a esse pedido, que a autoridade eclesiástica faça uma investigação.”¹⁴

Cabia, portanto, aos bispos, e não ao baixo clero, decidir se o crime encontrava-se entre as exceções ao direito de asilo.

Bento XIV, na constituição **Officii nostri**, de 15 de março de 1750, determina que os culpados que buscam refúgio em locais sagrados não sejam entregues às autoridades seculares, mesmo que o crime perpetrado não seja protegido pelo direito de asilo, antes que o bispo proceda a um inquérito ou dê sua permissão. Clemente XIII, na

13 IUNG, Nicola. **Le Droit Publicque de l'Église**, p. 275-276.

14 *Ibidem*, p. 276-277.

constituição **Inter graviores**, datada de 30 de setembro de 1758, confirma essa decisão.

O direito de asilo só era reservado aos leigos, posto que os clérigos gozavam do privilégio de foro, só devendo ser julgados por tribunal eclesiástico.

Sisto V determina, em fins do século XVI, que tudo que diga respeito às imunidades era da competência da Congregação dos bispos. Urbano VIII, pela bula **Inscrutabili**, de 22 de junho de 1626, cria a Congregação da imunidade.

Pio IX, na alocução **In consistoriali**, de 1.º de novembro de 1850, protesta contra as tentativas que as autoridades seculares faziam para tornarem inócuo o direito de asilo, e em sua constituição **Apostolicae sedis**, de 12 de outubro de 1869, comina excomunhão *latae sententiae* a quantos desrespeitassem ou autorizassem o desrespeito a esse direito.

O fato é que em vários países, o direito de asilo foi desrespeitado ao longo da história. Nicolas Lung enumera alguns exemplos:

“Praticamente, há muito tempo, o direito de asilo é letra morta em vários países. Na França, Francisco I, pela sua lei de Villiers-Cotterets, de 1539, no artigo 166, permite aos juízes seculares apreender os criminosos refugiados nas igrejas. [...]

“Após a Revolução, o direito de asilo deixou de existir quase em toda a parte, exceto nos Estados Pontificais. Na realidade, o poder leigo não o aceita mais.”

Em 1908, a atividade da Congregação foi combatida por diversos Estados, sendo suprimida por Pio X por ocasião da reorganização das congregações romanas. Depois, as questões respeitantes à imunidade foram atribuídas à Sagrada Congregação do Concílio.

Este um pequeno bosquejo do direito de asilo na legislação eclesiástica, que se inscreve no capítulo dos Direitos Humanos. Essa espécie de imunidade assegurada pela Igreja constituiu igualmente uma contribuição importante para o reconhecimento pelos Estados modernos do direito de asilo que beneficia os perseguidos em razão dos chamados “delitos de opinião”: os refugiados políticos.

Bibliografia

LOBO, Aberlardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2006. 724 p.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2005. 3 v.

BRAGA, Pedro. **Ética, Direito e Administração Pública**. Brasília: Senado Federal/Edições Técnicas, 2006. 211 p.

IUNG, Nicola. **Le Droit Public de l'Église**. Paris: Procure Générale du Clergé, 1948. 341 p.

VIDE, D. Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2007. 526 p.

KELSEN, BOBBIO E BAKHTIN:
UM DIÁLOGO

.....

Introdução

Construímos um cenário para um hipotético diálogo teórico entre Kelsen, Bobbio e Bakhtin em torno da norma fundamental. Os dois primeiros são da área do Direito, enquanto o último, da área da filosofia da linguagem e da sociologia. Bakhtin, aliás, em todas as suas obras deixa claro seu intuito de criar os postulados básicos de uma ciência da ideologia. Propiciamos um encontro dos três, em *petit comité*, com a nossa participação, é claro. Coube-nos apenas fazer a aproximação, e organizar a conversa, orientada para a norma fundamental. Esse o ponto de partida. Tentamos investigar a verdadeira natureza da norma fundamental, partindo do pressuposto de que ela existe efetivamente. Teria ela um estatuto de ser *absoluto* a pairar acima das contingências da vida social? De *ente sobrenatural*? De entidade metafísica? De uma convenção? Mas convenção realizada por quem e com que propósito?

Ora, a norma fundamental, mesmo sendo pressuposição do pensamento jurídico, remete-nos para a questão da legitimidade e da Constituição enquanto pacto. Sua natureza de pacto não dissimularia sua essência política e sociológica.

Passemos ao diálogo.

1. Norma Fundamental: a teoria de Kelsen

É o sistema de normas que constitui a ordem jurídica. O que faz uma pletera de normas pertencer a um sistema tem a ver com a validade da norma. Qual o critério para atribuir-se validade à norma?

A norma “não é um enunciado sobre a realidade, e, portanto, não tem como ser ‘verdadeira’ ou ‘falsa. [...] Uma norma é válida ou não é válida.” É Kelsen ainda quem assevera: “... o fato de Deus ter proferido um mandamento, ou de o pai ter dado uma ordem ao filho, é apenas aparentemente o fundamento para a validade da norma em questão. O verdadeiro fundamento são normas pressupostas, pressupostas porque tidas como certas.” Assim, a norma fundamental é o fundamento da validade das outras normas. “O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável”. E Kelsen prossegue com outro exemplo: “Aceitamos como norma válida o enunciado ‘assistirás o semelhante que estiver necessitado’ porque ele resulta do enunciado ‘amarás teu semelhante’. Aceitamos esse enunciado como uma norma válida seja porque ele nos parece uma norma definitiva cuja validade é auto-evidente, seja porque – por exemplo – Cristo ordenou que se amasse o semelhante, e nós postulamos como norma válida, definitiva, o enunciado ‘obedecerás ao mandamento de Cristo’. Não aceitamos como norma válida o enunciado ‘mentirás sempre que julgares proveitoso’, porque ele não é nem derivável de outra norma válida, nem é, em si mesmo, uma norma definitiva, válida de modo auto-evidente.”

Kelsen chama de norma fundamental aquela cuja validade não deriva de uma norma superior. As normas cuja validade podem ser remontadas a uma mesma norma fundamental constituem um sistema de normas. É essa norma fundamental que vincula todas as outras. Uma norma pertence a um mesmo sistema normativo se sua validade deriva de uma norma fundamental pressuposta como válida. Kelsen afirma: “O fundamento de verdade de um enunciado de “ser” é a sua conformidade à realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental.” E continua: “A procura do fundamento de validade de uma norma não é – como a procura da causa de um efeito – um *regressus ad infinitum*; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de

uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural.” Assim, esse *regressus* termina na norma fundamental, que é a mais superior de todas.

Kelsen faz a distinção entre sistema estático e sistema dinâmico de normas, consoante a natureza da norma fundamental. Na óptica do primeiro sistema, os indivíduos devem conduzir-se em conformidade ao modo prescrito pelas normas em razão de seu conteúdo. Neste caso, as normas são válidas em virtude de um atrativo inerente a elas. “A força de obrigatoriedade da norma fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou, pelo menos, presume-se que seja.” Para Kelsen, no sistema estático, “É essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral”.

O outro sistema, o dinâmico, baseia-se no princípio da autoridade. E Kelsen dá o exemplo da criança que perguntando por que não deve mentir, poderia ter como resposta que seu pai a proibira de fazê-lo. E se indagasse por que teria de obedecer ao pai, porventura receberia como resposta de que deverá observar os mandamentos de Deus. Ou seja, essa norma é a única além da qual não há outra norma. Essa seria a norma fundamental do sistema dinâmico. Nesse sistema, a obtenção da norma não se faz através de operações intelectuais, como a dedução no sistema estático. É Kelsen quem diz: “A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades.” E continua: “As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. Essa autorização é uma delegação. O poder de criar normas é delegado de uma autoridade para outra autoridade; a primeira é a autoridade superior, a segunda é a inferior”. E conclui: “A norma fundamental de um sistema dinâmico é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema.” A ordem jurídica é um sistema de normas de tipo dinâmico. Assim, uma norma só faz parte do sistema se ela tiver sido criada de maneira determinada pela norma fundamental.

Em resumo:

1. “A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato”;

2. “A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico.”

Pouco importa o conteúdo da norma jurídica, portanto. O que importa é se as normas de determinada ordem jurídica são postuladas em consonância com a norma fundamental, de quem recebem e perdem sua validade. “Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, – escreve Kelsen – ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico.” E ainda: “A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político.” Isso para concluir: “Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso. A norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva”.

No caso específico dos ordenamentos positivos, essa norma fundamental seria então a constituição. Quando um homem é privado da liberdade, ele o é em razão de uma norma criada em conformidade com um estatuto criminal que assim estabelece. Esse estatuto, por sua vez, é validado pela constituição: “Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração.” E mais adiante: “Pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica.”

A validade de uma norma é determinada pela ordem ao qual ela pertence. Esse é o princípio da legitimidade e consiste exatamente em que a norma só seja invalidada pelo modo determinado pela própria ordem jurídica. Kelsen recorre ao exemplo da revolução ou do *coup d'État* para demonstrar que tal princípio só é válido sob certas condições. A nova ordem jurídica advinda com a revolução invalida a ordem anterior. “Uma revolução, nesse sentido lato, ocorre sempre que a ordem jurídica de uma comunidade é anulada e substituída, de maneira ilegítima, ou seja, de uma maneira não prescrita pela primeira ordem por uma nova ordem.” Ou dito de outra maneira: “De um ponto de vista jurídico, o critério decisivo de revolução é o de que a ordem em vigor foi derrubada e substituída por uma nova ordem de um modo que a primeira não havia previsto.” A validade de uma norma jurídica decorre de sua concordância com a realidade, com a sua eficácia.

Segundo ele, o fenômeno revolucionário “demonstra de modo claro a significação da norma fundamental”. Com a nova ordem imposta pela revolução, é que se julgará se a conduta dos indivíduos é lícita ou não. Para tanto é necessário que se pressuponha uma nova norma fundamental. “... as normas da velha ordem são consideradas como destituídas de validade porque a velha constituição, a velha ordem jurídica como um todo, perdeu sua eficácia; porque a conduta efetiva dos homens não mais se conforma a essa velha ordem jurídica. Cada norma individual perde sua validade quando a ordem jurídica total perde sua eficácia como um todo.”

A norma fundamental não seria “produto arbitrário da imaginação jurídica”. O seu conteúdo é determinado pelos fatos. “A norma fundamental de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade jurídica apenas aos fatos pelos quais uma ordem eficiente como um todo é criada e aplicada.”

A norma fundamental tem a ver com a hierarquia das normas, sendo a norma inferior autorizada pela superior, esta por sua vez autorizada por outra mais superior ainda, até chegar-se à norma fundamental, que confere unidade ao ordenamento jurídico por ser o “fundamento supremo de validade da ordem jurídica.”

E Kelsen não dissimula: “O Direito é, segundo a teoria aqui desenvolvida, uma ordem ou organização específica de poder.” (Kelsen: 2000, 161 *et passim*)

José Afonso da Silva extrai a implicação política da teoria de Kelsen no que se refere à conceituação do Estado de Direito. Escreve ele: “A concepção política de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele, Estado e Direito são conceitos idênticos. [...] Como, na sua concepção, só é Direito o Direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos. Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que ditatorial.” E conclui: “Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito.” (Silva: 2001, 118-119)

2. Norma Fundamental: a explanação de Bobbio

Sabe-se que o ordenamento jurídico pode ser simples ou complexo, segundo as normas nasçam de uma única ou de várias fontes. A teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico serve para explicar a unidade do ordenamento jurídico complexo. O cerne dessa teoria é que as normas de um ordenamento não se situam todas em um mesmo plano. Há, portanto, normas superiores e normas inferiores, mantendo entre si relação de interdependência. À medida que se sobe na hierarquia das normas, aproxima-se da norma suprema, da *norma fundamental*, que confere unidade ao sistema jurídico. É ela que estabelece o nexó entre as normas de várias origens e que se encontram dispersas, dando forma ao que se chama de ordenamento. É em razão dessa norma fundamental que, como escreve Bobbio, “todas as fontes do Direito podem ser remontadas a uma única norma.” As normas constitucionais seriam, portanto, *produtoras* das normas inferiores. Ain-

da Bobbio, de maneira didática, expõe: “Normalmente representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento através de uma pirâmide, donde se falar também de construção em *pirâmide* do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos.” (Entenda-se por *ato executivo* a conduta resultante em cumprimento de uma regra contratual, o adimplemento de uma obrigação).

Percorrendo de cima para baixo da pirâmide, temos o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder negocial. Tudo isso encimado pela norma fundamental.

As normas inferiores que extrapolem os limites materiais, regulando uma matéria cuja competência não lhe cabe ou de maneira diversa do que lhe é permitido, ou ainda que exorbitem os limites formais, não seguindo o processo que lhe asseguraria a boa e devida forma, pode ser expurgada do sistema, por carecer de legitimidade.

Seriam as normas constitucionais a *norma fundamental*? É essa última que atribui ao constituinte o poder de produzir normas. Impõe a alguns o poder de fazê-las e aos outros o dever de obedecê-las.

É a norma fundamental que unifica todas as outras. “Essa *reduction ad unum* – escreve Bobbio – não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem.” Em outro passo, acrescenta: “Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro.”

A norma fundamental não é expressa; ela é o “fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema”, como afirma Bobbio. Mesmo não expressa, ela “é o pressuposto da nossa obediência às leis que derivam da Constituição, e à própria Constituição.”

A validade das normas têm tudo a ver com a norma fundamental. Ela é que confere essa validade em última instância. A norma válida deve pertencer ao sistema e emanar de autoridade com legitimidade para produzir normas jurídicas. Essa legitimidade é conferida igualmente pela norma fundamental. “Mais uma vez, de grau em grau,

chegamos ao poder supremo, cuja legitimidade é dada por uma norma além da qual não existe outra, e é portanto a norma fundamental.” – assevera Bobbio. E conclui: “Assim podemos responder como se pode estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento: remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental.”

Destarte, a norma fundamental é a um só tempo o princípio unificador do ordenamento e a pedra de toque da validade das normas. Ela é que dirá se as partes pertencem ao todo, por isso ela é imprescindível.

Bobbio nos dá uma definição com muita clareza: “A norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua vez, não são deduzíveis.” E mais adiante: “Ela é uma convenção, ou, se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas.”

Que todo sistema tenha um início nos parece óbvio. Para Bobbio, “perguntar o que estaria atrás desse início é problema estéril.”¹

1 O filósofo italiano Remo Bodei chegou a esse mesmo impasse no que concerne à ética. Falando aos alunos do Liceu clássico *Plauto*, de Roma, e indagado sobre “se é forte no homem a exigência para encontrar os fundamentos da ética”, ele respondeu: “Sì, non dobbiamo mai rinunciare a trovare i fondamenti dell’etica. Certamente non dobbiamo pensare ai fondamenti ultimi, a quello ‘strato roccioso’ di cui parla Walzer, perché là è difficile che ci si arrivi.” (Bodei: 2001) António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro em seu livro **Da Boa Fé no Direito Civil**, analisando o pensamento de Kant, escreve que para este “O fundamento da vinculação moral não pode ser procurado na natureza humana ou nas circunstâncias do Mundo, mas apenas *a priori* nos conceitos da razão pura. As leis absolutas radicam no imperativo categórico.” (Cordeiro: 1997, 287). Com efeito, Kant em **Grundlegung zur Metaphysik Sitten** afirma que o empírico, além de não se prestar para explicar a lei moral, pode estragar a sua pureza. Cordeiro escreve ainda que “Kant vem definir Direito como ‘conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outro segundo uma lei universal de liberdade’. Atribui-se, desse modo – continua Cordeiro –, uma autonomia total aos fundamentos jurídicos, derivados de puro *a priori*”. (*Ibidem*, p. 287).

Acreditamos que não. Não é tão estéril quanto aparenta. Se não desvendar o mistério, pelo menos tentar solucionar o problema. Quanto a mistérios, rememoremos uma das muitas formulações de Oscar Wilde, que não era jurista nem filósofo, um escritor simplesmente: *The true mystery of the world is the visible, not the invisible* (“O verdadeiro mistério do mundo é o visível, não o invisível”).

Para Bobbio, portanto, para conhecer-se o fundamento do fundamento teríamos que sair do sistema, a solução desse problema deve ser buscada fora dos sistema jurídico.

Certo, fora do sistema jurídico. E Bobbio sugere que se tome um ordenamento mais amplo, o ordenamento cósmico, por exemplo, ou ordenamento humano, do qual o sistema jurídico faz parte. A nosso ver a resposta deve ser buscada em outro sistema, menos amplo do que o cósmico ou o humano, e dentro do qual se insere o sistema jurídico, já que ele não é uma esfera autônoma a pairar como uma constelação isolada no firmamento das representações, dos símbolos, dos signos, dos significantes.

Qual seria então o fundamento do fundamento?

Bobbio alinha algumas explicações. São “respostas famosas dadas ao fundamento último do poder”, cada uma representando uma possível norma superior à norma fundamental, poder esse superior ao poder constituinte. São estas as explicações:

a) “Todo poder vem de Deus (*omnis potestas nisi a Deo*). Essa doutrina integra a norma fundamental de um ordenamento afirmando que o dever da obediência ao poder constituinte deriva do fato de que tal poder (como todo poder soberano) deriva de Deus, isto é, foi autorizado por Deus a formular normas jurídicas válidas. O que significa que na pirâmide do ordenamento é preciso acrescentar um grau superior ao representado pelo poder normativo dos órgãos constitucionais. Esse grau superior é o poder normativo divino.”

b) “O dever de obedecer ao poder constituinte deriva da *lei natural*. Por lei natural se entende uma lei que não foi estabelecida por uma autoridade histórica, mas é revelada ao homem através da razão. A definição mais freqüente do Direito natural é: *dictamem rectae rationis*

(ditame da reta razão). [...] Para quem sustenta essa teoria, a norma fundamental de um ordenamento positivo é fundada sobre uma lei natural que manda obedecer à razão, a qual por sua vez manda obedecer aos governantes.”

c) “O dever de obedecer ao poder constituinte deriva de uma convenção originária, da qual o poder tira a própria justificação.” Ou seja, ao *contrato social*, “esse acordo originário entre aqueles que se reúnem em sociedade, ou entre os membros de uma sociedade e aqueles aos quais é confiado o poder.”

E Bobbio acrescenta, à guisa de crítica a todas essas concepções: “Aqui a vontade coletiva tem a mesma função de Deus nas doutrinas teológicas e da razão nas doutrinas jusnaturalistas: isto é, a função de representar um grau superior além da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo, aquele grau supremo que permita dar uma resposta à pergunta sobre o fundamento do fundamento. Mas essa resposta, apesar das aparências, não é mais realista que as anteriores, e, como elas, desloca o problema da existência de um ordenamento jurídico para a sua justificação.” (Bobbio: 1999, 49 *et passim*)

Bobbio, aparentemente, não está muito interessado em aprofundar essa questão do fundamento do fundamento, porque isso talvez conduza a uma negação da teoria kelsiana, e ela satisfaz até certo ponto a compreensão da ordem jurídica. Daí ele afirmar ser uma discussão estéril. Creio que não, pois a investigação do fundamento da norma fundamental pode revelar a verdadeira natureza do ordenamento jurídico, a quem ele serve prioritariamente, quais os interesses que tenta dissimular, qual a essência do Estado do qual ele dimana. Concordo que a resposta deva ser buscada fora do sistema jurídico, embora ele agregue em tom algo irônico que esse sistema deva ser bem mais amplo, como o cósmico ou o humano, por exemplo. Devemos buscar, sim, fora do sistema, mas num sistema menos amplo do que o cósmico ou o humano. Devemos buscá-lo simplesmente no *sistema ideológico*. É no sistema ideológico, fruto das relações sociais em presença, das tensões dos interesses de classe, que essa famosa norma fundamental deve ser buscada, confirmada ou negada. Veremos isso em detalhe mais adiante.

3. Alguns Comentários

A norma fundamental confere validade à norma e unidade ao sistema jurídico. A norma não é um enunciado sobre a realidade. O fundamento de validade de uma norma é outra norma, não um fato. Outra norma da qual ela deriva.

No sistema estático, a norma é aceita como válida pelo fato de parecer definitiva, cuja validade é auto-evidente (“Amarás teu semelhante” vs “Mentirás sempre que julgares proveitoso”). Nesse sistema as normas são deduzíveis da norma fundamental, igualmente como o particular é deduzível do geral.

No sistema dinâmico, o do Direito, a norma fundamental é *presuposta* como válida. A procura do fundamento de validade de uma norma é limitada pela norma fundamental, fundamento último das normas de uma mesma ordem jurídica. O sistema dinâmico baseia-se no princípio da *autoridade*. Além da norma fundamental não existe mais norma.

Em ambos os sistemas, a norma fundamental não deriva de nenhuma norma superior, e a ela vinculam-se todas as outras.

Passemos aos problemas. No que se refere à constituição, Kelsen afirma que devemos remontar às constituições anteriores dentro, evidentemente, de um mesmo espaço nacional, do mesmo Direito positivo, até chegarmos à primeira delas, que seria assim a pressuposição última de validade de todas as normas da ordem jurídica.

Ora, nessa passagem, a ordem fundamental é a primeira constituição. Essa concepção supõe uma evolução linear da ordem jurídica, sem nenhum reflexo da ordem social. A norma é sempre herdeira de outra norma, daí deriva sua legitimidade.

Nas mudanças de regime político, nas revoluções ou *coup d'État*, há uma ruptura da ordem político-social, e por via de consequência, da ordem jurídica. A evolução linear sofre então uma solução de continuidade. A norma fundamental é substituída. De onde advém essa nova norma fundamental, a dar origem a outra ordem jurídica? Ela é também um pressuposto de validade e de unidade. Mas de onde ela

surge? De que esfera? Da jurídica? Mas se a anterior foi abolida... Esse representa a meu ver outro problema teórico colocado pelo normativismo. A norma fundamental seria assim uma entidade sobrenatural?

Bobbio afirma que o fundamento da norma fundamental deveria ser buscado fora do sistema jurídico. O renomado historiador judeu Flávio Josefo, que viveu entre 37 e 103 d. C., já havia ido buscá-lo na ordem divina. Em seu Livro Segundo de **Resposta de Flávio Josefo a Ápio** escreveu ele que “Meu único fim é sustentar a honra de nosso legislador e do que ele nos alegou, por ordem de Deus.” (Josefo: 1990, 741)

É escusado dizer que a teoria kelsiana é consistente e exerce grande poder de sedução. Constitui uma resposta plausível sobre a questão da validade, da legitimidade, da fundamentação. Kelsen era um neokantiano,² e a marca do idealismo filosófico, corrente à qual se filia, preside a elaboração de sua teoria. Seria possível, em definitivo, sair-se do “sistema” para buscar-se o fundamento fora dele sem, de alguma maneira, “trincar” toda a construção teórica kelsiana? Ou tal construção teórica admitiria “reparos”, ampliações de sua área explicativa? Daria para seja “remendar”, seja aprofundar a teoria kelsiana sobre a norma e o ordenamento sem descaracterizá-la?

A busca da norma fundamental fora do “sistema” construído por Kelsen, isto é, sua identificação no *sistema ideológico* poderá colocar em xeque mate toda a teoria kelsiana, o que teria que começar pela crítica de seus fundamentos filosóficos. Neste passo, deixemos a palavra a Bakhtin.

2 Referindo-se à influência de Kant na Ciência do Direito, Cordeiro sublinha alguns traços: “a separação entre o ser e o dever ser, base de um isolamento metodológico persistente do Direito, a contraposição entre o Direito e a Ética, a desconsideração do escopo das proposições jurídicas, fruto do apriorismo auto-suficiente dos juízos, o que, conjuntamente com o recurso intensivo ao método dedutivo, conduz, com facilidade, a um formalismo incapaz de propugnar soluções materiais diferentes das – escassas, naturalmente – presentes nos pressupostos incluídos na estrutura de origem.” (*Ibidem*, p. 288).

4. Bakhtin Tem a Palavra

A criação ideológica, segundo Bakhtin, como a literatura, o conhecimento científico, a religião, a moral etc., ligam-se estreitamente à filosofia da linguagem. Isso porque “Um produto ideológico pertence a uma realidade (natural ou social), como qualquer corpo físico, instrumento de produção ou produto de consumo, e além do mais, e contrariamente a eles, o produto ideológico reflete e refrata uma outra realidade que lhe é exterior.” E acrescenta: “Tudo que é ideológico possui um *referente* e remete a alguma coisa que se situa fora dele. Em outras palavras, tudo o que é ideológico é um *signo*. Sem signo, não existe ideologia.” Para Bakhtin, um signo não é somente parte da realidade, ele reflete e refrata uma outra. Fiel ou não a ela, pode ainda ser percebido de um ponto de vista especial. Para ele, todo signo não é imune aos critérios de avaliação valorativa: verdadeiro, falso, correto, justificado, bom etc. “*Tudo que é ideológico possui um valor semiótico*”. E prossegue: “No domínio dos signos, isto é, na esfera ideológica, reina profundas diferenças, já que esse domínio é ao mesmo tempo o da representação, do símbolo religioso, da fórmula científica e da forma jurídica etc.”

Sombra da realidade, o signo ideológico é igualmente um fragmento dessa mesma realidade. O signo e seus efeitos aparecem na experiência exterior, assim como as ações, reações e novos signos que ele origina no meio social. Portanto, sua realidade é objetiva.

Nesse ponto, Bakhtin faz a crítica tanto da filosofia idealista quanto da visão psicologista, que colocam ambas a ideologia na consciência. Para essas correntes, portanto, a ideologia é um fato de consciência. O aspecto exterior do signo “é simplesmente um revestimento, um meio técnico de realização do efeito interior, isto é, da compreensão.” E continua: “O idealismo e o psicologismo esquecem que a compreensão ela mesma não pode manifestar-se senão por intermédio de um material semiótico (por exemplo, o discurso interior)”.

Nessa linha, ele afirma que a compreensão de um signo consiste “na aproximação entre o signo apreendido e outros signos já conhecidos”. Cria-se então uma cadeia de criatividade e compreensão

ideológicas única e contínua, “deslocando-se de signo em signo rumo a um novo signo”. “Essa cadeia – afirma ele – estende-se de consciência individual em consciência individual, religando uns aos outros. Os signos não emergem em definitivo senão do processo de interação entre uma consciência individual e outra. [...] A consciência só se torna consciência uma vez cheia de conteúdo ideológico (semiótico) e, por conseguinte, somente no processo de interação social.”

Bakhtin constata uma certa mudança de perspectiva no neokantismo moderno (principalmente Ernst Cassirer) que, embora situando sempre a ideologia no terreno da consciência, considera, no entanto, a representação o seu traço dominante.

A filosofia idealista comete, segundo ele, um erro fundamental. Pelo fato de situar a ideologia na consciência, o estudo da ideologia transforma-se *ipso facto* no estudo da consciência e das leis que a regem.

Com efeito, a ideologia, que constitui fato material e social, “é forçosamente introduzida no quadro da consciência individual que, por sua vez é privada de qualquer suporte na realidade. Ela torna-se tudo ou nada.”

E conclui: “Para o idealismo, ela tornou-se tudo: situada em algum lugar acima do ser e o determinando. De fato, essa soberana da existência não é jamais, na teoria idealista, senão a hipótese de um liame abstrato entre as formas e as categorias mais gerais da criação ideológica.”

Assim a norma fundamental de Kelsen, esse idealista de cariz neokantiano, norma essa situada no âmbito da consciência como pressuposto, e não na realidade material e social.

A ideologia não pode ser explicada em termos de raízes supra ou infra-humanas, posto que seu lugar real está nesse material social específico. “Sua especificidade está precisamente no fato de que ela situa-se entre indivíduos organizados, que ela é seu meio de comunicação.”

Por outro lado, embora a sociedade seja uma parte da natureza, dela se distingue, já que dela separa-se pela qualidade, obedecendo a leis próprias. E pelo fato de a sociedade distinguir-se da natureza em

qualidade e ser regida por leis próprias, o dever de obedecer ao poder constituinte, como queriam alguns, jamais derivaria de lei natural.

Destarte, “os signos não podem aparecer senão sobre um *terreno* interindividual. De resto, é um terreno que não pode ser batizado de ‘natural’ no sentido corrente da palavra: não é suficiente colocar em presença um do outro dois *homo sapiens* para que nasçam signos. É essencial que esses dois indivíduos sejam socialmente organizados, que formem um grupo (uma unidade social): é unicamente nessa condição que se pode constituir um sistema de signos. Não somente a consciência individual não pode explicar nada, mas, ao contrário, ela própria deve ser explicada a partir do meio ideológico e social.” Desse modo, a consciência individual constitui um fato sócio-ideológico.

Com efeito, os signos são criação de grupos organizados ao longo de suas relações sociais. A consciência individual desenvolve-se alimentada por signos. “Ela reflete sua lógica e suas leis.” A realidade objetiva dos signos sociais é que constitui a realidade dos fenômenos ideológicos. “As leis dessa realidade são as leis da comunicação semiótica e são diretamente determinadas pelo conjunto das leis sociais e econômicas.”

É na materialização da comunicação que reside, portanto, a natureza dos signos ideológicos. A comunicação social aparece mais completamente na linguagem. “A *palavra é o fenômeno ideológico por excelência*. [...] É o mais puro e o mais sensível modo de relação social. [...] É precisamente na palavra que se revela melhor as formas de base, as formas ideológicas gerais da comunicação semiótica.”

Assim, a palavra é o signo mais puro e mais demonstrativo, e é um signo *neutro*. Enquanto os outros “sistemas de signos são específicos de tal ou qual esfera da criação ideológica”, “a palavra, ao contrário, é neutra em face de qualquer função ideológica de todo tipo: estética, científica, moral, religiosa.” E também jurídica, diríamos nós.

Aqui se coloca a questão do sentido. A palavra seria o “primeiro meio da consciência individual”. A palavra, como aliás todo e qualquer signo, resulta do consenso entre as pessoas, mas é produzido por um organismo individual. Ela é como que “*material semiótico da*

vida interior da consciência (discurso interior), ou seja *palavra interior*.” Bakhtin acrescenta: “É graça a esse papel excepcional de instrumento da consciência que *a palavra funciona como elemento essencial acompanhando toda criação ideológica, qualquer que seja*.” E conclui: “A palavra acompanha e comenta todo ato ideológico. Os processos de compreensão de todos os fenômenos ideológicos (um quadro, um excerto de música, um ritual ou um comportamento humano) não podem operar sem a participação do discurso interior.” E mais adiante: “A palavra está presente em todos os atos de compreensão e em todos os atos de *interpretação*” [grifo meu]

Isto demonstra claramente que o sentido da palavra não é “imaneente”, devendo ser buscado no repertório de sentidos existentes na consciência individual. Enquanto signos ideológicos, são sentidos criados por um dado grupo organizado no curso de suas relações sociais. Dito de outra maneira: os signos ideológicos não têm seu berço na consciência, mas na realidade material e no processo das relações sociais. Os signos nascem, em definitivo, do consenso e também da tensão.

A norma jurídica, enquanto signo ideológico, encontra aí a sua raiz e o seu significado.

Vimos nessa primeira seção que a palavra constitui um signo ideológico. Veremos a seguir a relação entre infra-estrutura e superestrutura.

Afirmar-se que a infra-estrutura determina a ideologia numa relação de causalidade é até correto, mas muito genérico. Correto se o termo “causalidade” não for utilizado no sentido mecanicista que lhe empresta a corrente positivista da escola naturalista. “Causalidade”, numa visão mecanicista, não dialética, constitui uma categoria inerte, não se aplicando à ciência das ideologias.

A relação entre infra-estrutura e qualquer fenômeno, para que tenha valor cognitivo, esse mesmo fenômeno deve ser considerado, não isolado, mas em seu contexto ideológico completo e único.

Aqui uma reflexão fundamental para explicar do ponto de vista da filosofia da linguagem em um enfoque sociológico a questão da unidade e coerência da ordem jurídica, bem como da descontinuidade

da ordem jurídica provocada por revolução ou *coup d'État*. É o que se pode inferir a partir da afirmação de Bakhtin: “Antes de mais nada, é indispensável estabelecer *o sentido de uma transformação ideológica dada em um contexto da ideologia correspondente*, considerando que toda esfera ideológica apresenta-se como um conjunto único e indivisível cujos elementos reagem a uma transformação da infra-estrutura.”

Uma pergunta essencial: como a realidade (infra-estrutura) determina o signo, e como este reflete e refrata a realidade em devir?

A palavra no dizer de Bakhtin é socialmente onipresente. A palavra infiltra-se em todas as relações entre os indivíduos. “As palavras – diz ele – são tecidas em uma multidão de fios ideológicos e que servem de trama a todas as relações sociais em todos os domínios.” Aí compreendido, obviamente, o domínio jurídico. A palavra é portanto o indicador mais sensível das transformações sociais, mesmo quando elas ainda não tomaram forma, quando o caminho ainda não foi aberto para novos sistemas ideológicos estruturados. Na palavra produzem-se lentas acumulações quantitativas de mudanças “que ainda não tiveram tempo de adquirir uma nova qualidade ideológica, que não tiveram ainda tempo de engendrar uma forma ideológica nova e acabada. A palavra é capaz de registrar as mais ínfimas fases transitórias, as mais efêmeras, das mudanças sociais.”

Bakhtin remete também sua análise para a chamada psicologia do corpo social, que se materializa igualmente sob a forma de interação verbal. Nesse sentido, assevera: “Se consideramo-la fora desse processo real de comunicação e de interação verbal (ou, mais genericamente, semiótico), a psicologia do corpo social transforma-se em um conceito metafísico ou mítico (‘alma coletiva’, ‘inconsciente coletivo’, ‘espírito do povo’ etc).” E poderíamos acrescentar a essa lista a “norma fundamental”.³

3 *Savigny* em **System des heutigen romischen Rechts** faz a distinção entre lei e seu sentido, ou seja, seu *espírito*, que emanaria, segundo ele, do “espírito do povo” (*Völkgeist*). O “espírito do povo” seriam as convicções comuns de uma dada população, e que constituiriam, e não o costume, fonte do direito.

A psicologia do corpo social é, em primeiro lugar, a ambiência dos atos de palavras em suas diferentes modalidades. Ela manifesta-se nos mais diferentes aspectos do enunciado na forma de diferentes modos de discursos, sejam eles interiores ou exteriores. A psicologia do corpo social deve ser considerada sob a óptica de seu conteúdo, ou seja, de seus temas sempre atualizados em momentos determinados, e sob a óptica dos tipos e formas do discurso, que dão forma aos temas, ou seja, como são comentados, realizam-se, são sentidos, são pensados.

“Cada época e cada grupo social tem seu repertório de formas de discurso na comunicação sócio-ideológica. A cada grupo de formas pertencente ao mesmo registro, isto é, a cada forma de discurso social, corresponde um grupo de temas.” Entre a forma de comunicação (relação entre juízes, advogados e promotores), a forma do enunciado (linguagem forense) e o tema “existe uma unidade orgânica que nada poderia destruir.” E Bakhtin acrescenta: “É por isso que a classificação das formas do enunciado deve-se apoiar em uma classificação das formas da comunicação verbal. Essas últimas formas são inteiramente determinadas pelas relações de produção e a estrutura sociopolítica. Uma análise mais fina revelaria a importância incomensurável do *componente hierárquico* no processo de interação verbal, qual potente influência exerce a organização hierarquizada das relações sociais sobre as formas do enunciado.” E dá como exemplo o respeito das regras de etiqueta, do bem falar e “outras formas de adaptação do enunciado à organização

Tercio Sampaio Ferraz Jr., referindo-se ao costume como fonte do direito, pertencente a um segundo grupo de fontes, “de objetividade menor”, já que, ato difuso, não é promulgado, – recorre à noção de *institucionalização*, que teria a ver com o consenso social. Escreve ele: “... a institucionalização é um mecanismo social que nos permite avaliar com sucesso a expectativa geral. Nesse aspecto, porém, a institucionalização é um processo cujo resultado é visivelmente *fictício* e, por isso, muito sensível à comunicação dos fatos. Instituições, assim, não são idéias puras, que pairam sobre a realidade, como o “espírito do povo”, nem são substâncias reais, algo que subsiste como coisa, mas processos que se verificam enquanto atuam e não deixam rastro quando param de funcionar.” (Ferraz Jr. : 1994, 241-2).

hierarquizada da sociedade”, tendo todas um “imenso alcance no processo de evidenciação dos principais modos de comportamento.”

A potente influência da organização hierarquizada das relações sociais remete para uma questão de poder. Quem dita, em definitivo, as regras de etiqueta e do bem falar? E as normas jurídicas quem as dita senão o Estado, organização onde há a supremacia de uma ou a aliança de algumas classes sociais no seu controle, portanto na produção das normas jurídicas legisladas?

A norma jurídica, considerada como signo ideológico, realiza-se no processo de relação social, e leva a marca do *horizonte social* de uma época e de um dado grupo social. Seu fundamento tem aí o seu asilo, e não em um pressuposto hipotético, de natureza mítica ou metafísica, fechando o círculo da norma pura, ou de normativismo em estado puro. Ela é dinâmica e deriva da vida social em ebulição, ela é consenso e é tensão. Poderíamos nos perguntar por que não passaram no projeto do novo Código Civil questões sensíveis que ainda não estão amadurecidas na sociedade brasileira? É o relator do projeto, Senador Josaphat Marinho, quem responde: “... as leis não podem ser expressão de escolas ou de concepções individuais, mas a tradução da média do pensamento científico e das reivindicações coletivas [...] as leis são tanto mais úteis quanto maior seu equilíbrio com o juízo geral. O projeto de Código Civil foi atualizado no Senado, atendendo a essa exigência de compatibilidade com o sentimento coletivo e com as tendências doutrinárias realmente predominantes. É inovador sem ser revolucionário. A experiência e a história mostram que leis revolucionárias são as que resultam de movimentos sociais e políticos de profundidade, como a Revolução Francesa ou a Revolução Soviética.” Ainda referindo-se ao novo Código Civil, Josaphat Marinho acrescenta: “Não se podia, porém, ir além da Constituição, no que ela regula expressa ou implicitamente. Nela, por exemplo, em matéria de família, só se cogita de relação entre homem e mulher.”

Entre as questões sensíveis estão a “barriga de aluguel” e a clonagem, por exemplo. É ainda Josaphat Marinho quem afirma: “O que representa controvérsia, sem solução já preponderante na doutrina,

como o problema da ‘barriga de aluguel’, não deve constituir objeto de norma num Código. O certo é aguardar a pacificação das idéias. [...] A lei não deve ser sede de regras sobre matérias que envolvem intensa controvérsia. Daí, também, não se ter tratado do fenômeno da ‘clonagem’”. (Marinho: 2001)

Uma das tarefas que incumbe à ciência das ideologias é o estudo da evolução social do signo lingüístico. Para esse estudo, é necessário, segundo Bakhtin, observar as seguintes regras metodológicas:

1. “Não separar a ideologia da realidade material do signo (ao colocá-lo no campo da ‘consciência’ ou qualquer outra esfera fugidia e indefinível).”

2. “Não isolar o signo das formas concretas da comunicação social (estando entendido que o signo faz parte de um sistema de comunicação social organizada e não tem existência fora desse sistema, senão como objeto físico).”

3. “Não isolar a comunicação e suas formas de sua base material (infra-estrutura)”

Por outro lado, o conteúdo do signo é afetado pelo *índice de valor*: “Não pode entrar no domínio da ideologia, aí tomar forma e aí enraizar-se senão o que adquiriu um valor social.” (É a isso que Josaphat Marinho referia-se linhas acima). Esse índice de valor de caráter ideológico “constituem índices sociais de valor, com pretensão ao consenso social, e é somente em nome desse consenso que eles se exteriorizam no material ideológico.”

O signo ideológico não poderia deixar de refletir os interesses muitas vezes contraditórios das diferentes classes sociais. “Classes sociais diferentes usam uma só língua. Por conseguinte, em todo signo ideológico afrontam-se índices de valor contraditórios. O signo torna-se a arena onde se desenrola a luta de classes. Essa *pluriacentuação* social do signo ideológico é um traço da maior importância. De fato, é esse entrecruzamento dos índices de valor que torna o signo vivo e móvel, capaz de evoluir. [...] A classe dominante tende a conferir ao signo ideológico um caráter intangível e acima das classes, a fim de sufocar ou de

expulsar para o interior a luta dos índices sociais de valor que aí ocorre, com o fito de tornar o signo *monoacentuado*.”

É a realidade social que cria os signos e é refletida por eles. Nos momentos de crise, críticas tornam-se elogios, e verdades podem parecer mentiras. Em condições normais, a contradição se dissimula em todo signo ideológico, “porque, na ideologia dominante estabelecida, o signo ideológico é sempre algo reacionário e esforça-se, por assim dizer, para estabilizar o estágio anterior da corrente dialética da evolução social, para acentuar a verdade de ontem como sendo válida hoje. Donde o caráter refratante e deformante do signo ideológico nos limites da ideologia dominante.” (Bakhtine: 1977, 25 *et passim*)

Conclusão

A norma fundamental só existe em um sistema normativista puro, no sistema teórico de Hans Kelsen, que é um sistema fechado e inerte. Acreditamos ser ocioso buscar-se seu fundamento, o fundamento do fundamento, fora do sistema. Nisso concordamos com Bobbio. Como ente metafísico, ela não possui fundamento senão em uma suposição que decorre mais da crença do que da constatação científica. Sair do sistema significa sua própria negação. A norma fundamental é, em definitivo, uma entidade mítica, metafísica, fruto de uma concepção idealista de cariz neokantiano. Trata-se de um pressuposto hipotético que encontra refúgio apenas na consciência. Não corresponde à realidade material, objetiva, do signo ideológico (e a norma jurídica é um, pertencente a uma esfera específica, aquela da ordem jurídica), que nasce do consenso e da tensão no meio social, das relações sociais, das relações interindividuais.

Definitivamente, a norma fundamental não passa de uma hipótese.

Bibliografia

BAKHTINE, Mikhail. **Le marxisme et la philosophie du langage; essai d'application de la méthode sociologique en linguistique**. Paris: Les Editions de Minuit, 1977. 233 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. 184 p.

BODEI, Remo. **A che serve l'etica?** Disponível em: <<http://www.emsf.rai.it/menu/>>. Acesso em: 14 fev. 2001.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**; dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 1.406 p.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994. 368 p.

JOSEFO, Flávio. **História dos hebreus**. Tradução de Vicente Pedroso. 4. ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2000. 782 p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637 p.

MARINHO, Josaphat. **Novo Código Civil atende sentimento coletivo**. Disponível em: <http://www.trtos.gov.br//ass_comunicacao/noticia.asp?id=-1502181657>. Acesso em: 21 fev. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 878 p.

CRIME, PENA E SOCIEDADE NO
BRASIL PRÉ-REPUBLICANO

.....

Introdução

*F*azemos neste ensaio um esboço sucinto da sociedade brasileira no período que vai da Colônia ao Império, os tipos de crimes aí praticados, as penas infligidas. Valemo-nos em grande medida, para isso, da literatura dos viajantes. Eles possuíam o distanciamento cultural necessário para perceberem as peculiaridades da sociedade que estava sendo gestada no Brasil pré-republicano, e que escapavam aos residentes do novo país, em sua maioria portugueses, que as consideravam naturais e justificáveis. Paralelamente, discutimos a legislação vigente à época, principalmente a penal.

Com efeito, este é apenas um bosquejo de fatos que interessam para uma possível história da criminalidade e das penas no Brasil, com a constatação de que as sanções eram aplicadas como suplício, vingança física, moral e psicológica, e não como forma de reabilitação do indivíduo; e de como o sistema penal, já àquela época, era profundamente desumano.

1. O Brasil Colônia

Vigorava em Portugal ao tempo do descobrimento do Brasil as **Ordenações Afonsinas**, o mais antigo código da Europa, impresso somente em 1792, embora publicado no ano de 1446 ou 1447. Influenciado do ponto de vista doutrinário pelo **Corpus Juris Civilis**, obedeceu, na organização das matérias, o modelo das **Decretais** do Papa Gregório IX. As **Ordenações Afonsinas** davam supremacia ao Direito

Romano relativamente ao Canônico. Substituídas, a partir de 1521, pelas **Ordenações Manuelinas** (editadas por D. Manuel I, o Venturoso), que eram o Código anterior revisado, e seguindo-lhe o mesmo sistema, com a prevalência do Direito Romano e, agora, com o absolutismo real revigorado. A partir de 1603 passam a vigor as **Ordenações Filipinas**. Esse Código continha todos os institutos do manuelino acrescidos daqueles decorrentes das reformas por que passou ao longo do século XVI. As **Ordenações Filipinas** eram compostas de cinco livros: “o 1.º define as atribuições, direitos e deveres dos magistrados e funcionários da Justiça; o 2.º legisla sobre as relações entre a Igreja e o Estado, os direitos do fisco, os privilégios da nobreza; o 3.º trata do processo civil e criminal; o 4.º versa sobre direitos de família, das coisas, das obrigações e das sucessões; e, finalmente, o 5.º expõe a matéria penal.” (Portugal: 1998, 157-158). A legislação penal era draconiana, mas, segundo Cândido Mendes de Almeida, nada deixava a desejar com relação a de outros países, notadamente a inglesa. (Almeida: 1870, XXV) As penas para os mesmos crimes eram cominadas levando-se em conta a condição social do réu; passavam da pessoa do delinqüente para a de seus descendentes, sendo estes considerados infames até várias gerações.

Esse conjunto de **Ordenações** são conhecidas como as **Ordenações do Reino**.

Escreve Sérgio Habib que “Não há dúvida de que, comparadas com as legislações modernas, as ordenações eram muitas vezes mais severas e até mesmo cruéis. As penas, na sua quase totalidade, quando não se apresentavam fatais ao delinqüente, impunham a este pesados sofrimentos físicos e, outras tantas vezes, morais, aviltando-o e atingindo-o em sua dignidade. Eram comuns nessa época os castigos corporais, tais como o açoite, as mutilações, freqüentes as penas infamantes, o banimento, o desterro, as galés, e até mesmo a pena máxima, que consistia na morte do condenado, representava um verdadeiro ritual de dor e de sofrimento a que era submetido aquele, antes de expirar.” (Habib: 1989, 147-148)

O Conselheiro Batista Pereira nos dá uma síntese crítica do Direito Penal das **Ordenações Filipinas**: “...espelho onde se refletia, com

inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas idéias religiosas e políticas, que, invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado, fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rei e dos prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua infligção; certos criminosos, como os bígamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória.” E prossegue o Conselheiro Batista Pereira: “Com a volúpia pelo sangue, negação completa do senso moral, dessa lei que, na frase de Cícero, é *in omnibus diffusa, naturae, congruens, constans*, eram supliciados os réus de lesa-mejstade, crime tão grave e abominável, e os antigos sabedores tanto o estranharam que o compararam à lepra, porque, assim, como esta enfermidade enche o corpo sem nunca mais se poder curar, assim o erro da traição condena o que a comete, e impece e infama os que da sua linha descem, posto que não tenham culpa. A este acervo de monstruosidade outras se cumulavam: a aberrância da pena, o confisco dos bens, a transmissibilidade da infâmia do crime.” (Batista Pereira *apud* Piragibe: 1932, 14-15)

Martim Afonso de Sousa, nomeado governador do Brasil, em 1531, foi investido de poderes extraordinários, no cível e no criminal. A ele incumbia “tomar posse do território, fazer lavrar autos, pôr marcos, dar terra de sesmaria, criar cargos de tabeliães, oficiais de justiça e outros.” Já os donatários de capitâneas hereditárias, instituídas a partir de 1534, “com os títulos de capitães e governadores, dispunham do poder de criar vilas, conceder sesmarias, auferir rendas não reservadas à metrópole e exercer, com amplitude, funções administrativas e judiciárias. Em

todos os pontos não especificados, consideravam-se vigentes na colônia as leis gerais do reino.” (Portugal: 1998: 159-160) Assim, os donatários das capitanias possuíam atribuições judiciárias, bem como o governador-geral, os ouvidores e provedores, em casos específicos, no resguardo do interesse do Estado e na distribuição de justiça aos particulares.

Foi criado em Lisboa, em 1604, o Conselho da Índia, que conhecia as questões atinentes ao Brasil. Uma vez extinto, suas atribuições foram transferidas para o Conselho Ultramarino (negócios da fazenda), Mesa de Consciência e Ordens (Igreja, defuntos e ausentes) e Desembargo do Paço (magistratura). Só em 1609 foi criado o Tribunal de Relação da Bahia, extinto em 1629, e reativado em 1652. O do Rio de Janeiro data de 1751. O ouvidor-geral do Estado do Maranhão ligava-se diretamente à metrópole. Pequenos tribunais denominados Juntas de Justiça foram criados em 1765 nas capitanias, e eram integrados pelo ouvidor e dois letrados adjuntos.

É interessante a esse propósito o quadro esboçado acerca da justiça e das **Ordenações do Reino no Brasil Colônia**, por Luís Edmundo em sua obra **O Rio de Janeiro no tempo dos Vice-Reis**. Para ele, no período colonial, a justiça d’el-Rei é “mais inspiração arbitrária de conveniências e instintos do que propriamente justiça.” Em 1549, ainda segundo esse autor, chega Tomé de Sousa para pôr um freio aos desmandos dos donatários das Capitanias. “Traz, além de novas ordens, nova carta régia, um ouvidor-geral e mais um código manuelino.” E prossegue: “Cria-se, anos depois, a Casa da Relação da Bahia. Com mais Relação, porém, ou menos Relação, na Bahia ou no Rio de Janeiro, a justiça continua irregular e falha, pessoal e feroz, cera que se amolda à vontade pessoal do Juiz, que, quando não é arbitrária, é ignorante, e, quando não é ignorante, é venal. Há exceções, claro. Essas, porém, são bem raras.” (Edmundo: 2000, 433 *et passim*)

Predominava o arbítrio dos poderosos. “Ao fraco valia sempre suportar os agravos dos portentosos, perdoando, esquecendo-os, a articular qualquer protesto”, informa Luís Edmundo.

O abuso era tal que houve a necessidade de uma carta régia, datada de 10 de março de 1646, dirigida aos ouvidores ordenando-os

proibirem os bispos ou qualquer clérigo de prenderem pessoas seculares.

O Padre Antônio Vieira, em seu célebre “Sermão de Santo Antônio”, conhecido como “Sermão aos Peixes”, já que aos homens não adiantava exortar, pronunciado em 1654 em São Luís do Maranhão, denunciava a voracidade dos fortes em relações aos fracos, aos pequenos, à plebe. E ele usou exatamente um exemplo retirado dos tribunais, utilizando figurativamente o verbo *comer*: “Vede um homem, desses que andam perseguidos de pleitos ou acusados de crimes, e olhai quantos o estão comendo. Comeu o meirinho, comeu o carcereiro, comeu o escrivão, comeu o solicitador, comeu o advogado, comeu o inquiridor, comeu a testemunha, comeu o julgador, e ainda não está sentenciado, e já está comido. São piores os homens que os corvos. O triste que foi à forca, não o comem os corvos, senão depois de executado e morto; e o que anda em juízo, ainda não está executado nem sentenciado, e já está comido.” (Vieira:1997, 138-139)

Para o Brasil a Metrópole enviava os grandes criminosos: “O código lusitano, quando o crime requintava e mais dura se devia tornar a pena, estabelecia imediatamente: degredo para o Brasil.” E acrescenta Luís Edmundo: “Na Metrópole, só ficavam os réus de pequenos delitos: os hereges, os que levavam barregãs à corte, os que vestiam roupas de mulher, os que nos arruídos chamavam por outro nome que não fosse o *d’el-Rei*, os que compravam colméias para matar as abelhas, os que davam música à noite, o cristão que dormia com infiel, ou o infiel que dormia com cristão, os que faziam mexericos...”

Mas segundo Pedro Calmon, tanto os delitos leves quanto os graves podiam ser punidos com o degredo. Não há documentos referentes aos degredados que vieram com a armada de Tomé de Sousa, em 1549, todavia os delitos previstos nas **Ordenações**, segundo aquele autor, estaria ali representados. Geraldo Pieroni, citando Calmon, enumera alguns: “o espadachim vadio, o homicida por paixão, o desprezador dos bons costumes, o pecador renitente, o cristão-novo, o criado fugido, o devedor perseguido pelo meirinho, o clérigo egresso do convento, o jogador, o perjuro, o rufião...” (Calmon *apud* Pieroni: 2000,

33). Aos que se podem acrescentar: o homicida, o adúltero, o bígamo, o sodomita, o ladrão, o falsário... Num primeiro momento, não eram bem quistos pelos donatários de capitânias, depois passaram a ser solicitados para engajarem-se como soldados a serviço do Rei, para servirem como mão-de-obra, ou para povoarem regiões vazias.

Já àquela época a vida valia pouco. Temos igualmente testemunhos da impunidade, da falta de jurisdição do Estado relativamente a certas condutas delituosas. Bulkeley, referindo-se ao Rio de Janeiro, consoante anotação de Afonso de Taunay, observou: “Isto aqui é um lugar onde um homem tem que se sujeitar a ser às vezes maltratado, pois se repele as afrontas corre risco grave de perder a vida. O que não falta cá são malfeitores que se alugam para matar o próximo por preços de espantar.” (Taunay *apud* Edmundo: 2000, 449)

Alvarás proibiam os capuzes, o porte de facas, punhais, choupas, sovelas. Ninguém, no entanto, fazia caso. Os delitos eram feitos às claras. “Não se esperava sequer pela cumplicidade da treva para arrancar a vida ao próximo: à luz do dia, sob as janelas do palácio do Vice-Rei, mata-se o capelão do Etoile. Duclerc é assassinado na casa da Rua General Câmara por quatro embuçados, apesar da guarda numerosa que o cerca. [...] Os próprios filhos da Igreja são rixentos, irrequietos, amigos de disputas e banzés.”

E o autor de **O Rio de Janeiro no tempo dos Vice-Reis** denuncia o manifesto favoritismo da legislação conforme a condição social do destinatário: “Padres e frades, entretanto, gozavam de privilégios especiais, concedidos pelas leis. Havia uma justiça, uma cadeia e uma impunidade para eles. [...] As **Ordenações do Reino** respeitavam, além de outros, os da Fidalguia, os da Cavalaria e os do Doutorado. Quer isso dizer que a lei se aplicava, às vezes, em se tratando do mesmo crime, de modo diferente, e sempre de acordo com as regalias de cada um.”

Há casos de sanções previstas no Livro V das **Ordenações Filipinas** contra as amancebadas de padres e frades, punições eventuais a clérigos que possuíam barregãs, eventuais porque só eram infligidas se houvesse um pedido de um superior hierárquico, o que nos faz lembrar das *lettres-de-cachet*, na França, de que nos fala Michel Foucault. (Fou-

cault: 1999, 95) O Livro V prescrevia igualmente a força para alcoviteiros de mulheres casadas. E há relatos jocosos como aquele mencionado por F. J. Martins na **História do descobrimento e povoação da cidade de S. João da Barra e Campos de Goitacases**, referindo-se a uma famosa janeirinha dos tempos do Senado da Câmara, acusando um certo Gregório da Silva “por ter feito mal à moça Páscoa, de peitos atacados, ao pé do brejo dos Tucuns, irmã de Alberto Pedro. A ofendida alegou que ia cortar uns gravatás e vira o réu embaixo do lucuparim abaixado, de quatro pés e lhe parecia o Demônio. Por isso fechou ela os olhos, rezando sempre o Magnificat e deixou ele fazer a estropelia.” (Martins *apud* Edmundo: 2000, 453)

As **Ordenações do Reino** concedia ao *pater familias* grandes poderes, até o de “castigar e emendar de más manhas”. Luís Edmundo cita casos de extrema crueldade paterna. Um certo Coronel Antônio de Oliveira Leitão mata a filha a facada, trespassando-lhe o coração pelo simples fato de supor que ela acenava com um lenço para um hipotético namorado, quando na realidade ela colocava roupas ao coradouro.

Uma senhora de nome Verônica Dias Leite assassina a filha porque lhe vieram fazer murmurações de que a moça havia sido vista à janela da casa. Afonso Taunay, que narra tão triste acontecimento, assinala que o crime ocorrera “sem que o fato causasse estranheza ou provocasse a ação da justiça”. (Taunay *apud* Edmundo: 2000, p. 288)

Havia muitos crimes contra a vida. Para dar um exemplo fora do Rio de Janeiro, o governador do Maranhão, Joaquim de Melo e Póvoas, solicitou, em 17 de outubro de 1775, a instalação naquela capitania de uma Junta de Justiça semelhante à que já existia no Pará, em razão do elevado número de presos que ali havia. Em 6 de dezembro do mesmo ano, reiterou o pedido, em virtude do crescimento de casos de homicídio, fato esse que ele atribuía à impunidade reinante, dando conta também de muitos assassinios cometidos por escravos contra seus senhores. (Marques: 1970, 425)

No Brasil Colônia, ademais, o Estado não arcava com a manutenção do preso; isso cabia à família, ao patrão, ao senhor ou a ami-

gos, ou então o preso tinha de esmolar à porta da cadeia, agrilhoadado a longas correntes, para não morrer de fome.

Existia ainda o pelourinho, *moenia* dos tempos de Roma antiga, que chegou a Portugal através da França. Nele o condenado era atado para receber açoites, ou então para aguardar a pena de morte por enforcamento. Os açoites eram reservados a pessoas de baixa extração social. O pelourinho aliava o suplício à execração pública. A punição era dada em espetáculo a uma turba que se divertia como em uma arena. O pelourinho, coluna feita de pedra de cantaria, com uma esfera armilar ornando o capitel e simbolizando a monarquia portuguesa, ou de madeira (também chamado de picota ou tronco a picota ou ainda vira-mundo), ficava no espaço público à vista de todos; os açoites ali ministrados tinham o objetivo de exemplaridade, de atemorização pela violência, mas era também espetáculo. O condenado era, assim, atingido em sua dignidade de ser humano. A disciplinização era dada pelo verdugo que ministrava os açoites, mas também pelos circundantes que acorriam para divertir-se. A pena era meramente punitiva e destrutiva, e não corretiva e edificante. A dor física era um fim em si mesmo. Era apenas vingança e retaliação sem outra forma de processo. Punir para vingar e não para corrigir. Era um tipo de sociedade punitiva, meramente penal. Aliás, o pelourinho era símbolo do poder. Quando fundavam uma vila, logo com a nomeação do capitão-mor e da vereação, erguia-se um pelourinho. Nele eram afixados, sob o rufar dos tambores, proclamas e editos da governança.

O próprio rei de Portugal mostrava-se preocupado com os excessos. A fim de coibi-los, envia carta régia com data de 20 de março de 1688 para que fossem feitas devassas anuais sobre os senhores que infligissem castigos cruéis a seus escravos, obrigando-os a vendê-los a quem lhes dispensasse melhor tratamento.

Preocupação essa não sem razão. Em 1653, no “Sermão da Primeira Dominga da Quaresma”, o Padre Antônio Vieira, admoestando os senhores de escravos, ao clamar contra a escravização de indígenas, exclamou do alto do púlpito: “Ah fazendas do Maranhão, que se esses mantos e essas capas se torceram, haviam de lançar sangue!” (Vieira: 1998, 112)

O estatuto dos indígenas sempre foi algo confuso no período colonial. Em 1611, houve uma lei de Felipe III que reconhecia a liberdade dos índios, não obstante permitir a sua escravização quando aprisionados em “guerras justas” ou resgatados de tribos inimigas que praticavam a antropofagia. Uma lei de 6 de junho de 1755 aboliu o cativo dos indígenas, mas as cartas régias de 13 de maio, 5 de novembro e 2 de dezembro de 1808, que autorizaram a guerra contra os silvícolas de São Paulo e Minas, determinavam “que os prisioneiros ficassem em servidão por 15 anos”.

Já no Brasil Império, a lei de 27 de outubro de 1831 “revogou estas cartas régias, libertou todos os índios que ainda deviam prestar serviços e colocou-os sob a proteção dos juizes de órfãos.” (Rio Branco: 2000, 419)

2. O Brasil Reinado

Com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil, o príncipe regente D. João edita, em 10 de maio de 1808, alvará com força de lei transformando a Relação da cidade do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil, a fim de que “a administração da justiça não tenha embaraços, que a retardem ou estorvem, e se faça com a prontidão e exatidão que convém”, com a função de Superior Tribunal de Justiça, “para se findarem ali todos os pleitos de última instância.” Para cá vieram os tribunais, erário e polícia, as repartições públicas necessárias ao funcionamento de um Estado ainda sem nação. Em 1815, o Brasil foi elevado à categoria de reino.

À Casa da Suplicação incumbia igualmente “tomar assentos”, reunindo a jurisprudência produzida no mundo português.

Temos registros de alguns tipos de delinquência praticados no Brasil ao tempo de D. João VI nas cartas do bibliotecário português Luís Joaquim dos Santos Marrocos, dirigidas ao pai e à irmã que haviam ficado em Portugal. Em uma delas, lê-se em certa passagem: “Têm havido grandes recrutamentos, não só a fim de aumentar os Regimentos... e socorrer os que foram para as fronteiras, mas para desbatar

os muitos ladrões e matadores que atacam sem medo algum de Minas Gerais e outras terras, tem vindo aos 200 e mais facinorosos. Destes foi há tempo enforcado em patíbulo um preto que matara seu senhor, senhora, um filho e violentara uma sobrinha, a quem matou depois. Destes casos acontece freqüentemente, assim como pretas matarem seus senhores com veneno”. (Marrocos *apud* Leite: 2000, 102)

As **Ordenações** previam a pena de degredo, e o mais comum era mandarem o condenado para Angola, Rio Grande ou para fora da comarca. Marrocos, em uma de suas cartas, citado por Maria Beatriz Nizza da Silva, faz menção a um caso de degredo “honroso”, aplicado a pessoas de alta extração social, como foi o de D. Francisco de Melo, degredado para a Ilha Terceira, nos Açores, “pelo vício público de suas bebedeiras, até na presença de S.A.R., tendo sido aqui várias vezes re-preendido.” Referindo-se a outro degredado, é ainda Marrocos quem escreve em sua correspondência, desta feita tipo diverso de degredo – o “encoberto”: “O filho do cozinheiro, Patrício Alvarenga, que era sacristão da Capela Real, foi dali despedido por vários roubos, que ali fizera, em peças de prata e em dinheiro; e lá foi com degredo encoberto a assentar praça no Regimento de Dragões do Rio Grande.”

O adultério era visto com grande desvalor pela sociedade. A tal ponto que – se provado – o marido que lavasse sua honra matando a esposa não era punido, e se apenas não provado, tão-somente suspeitado, o cônjuge varão gozava do beneplácito das autoridades, como revela esta consulta da Mesa do Desembargo do Paço transcrito por Maria Beatriz Nizza da Silva: “José Galvão Freire confessa ter morto sua mulher Dona Maria Eufrásia de Loiola por achá-la em adultério com Manuel de Moura e pede seguro real para solto tratar do seu livramento. Parece à Mesa que o suplicante está em termos de merecer a graça que pede, vista a natureza e circunstâncias do delito que cometeu, que admite defesa segundo as leis de V.A.R., até o ponto de não poder sofrer castigo algum provando-se que havia adultério. E suposto pela informação a que se procedeu pelo corregedor do Crime da Corte e Casa, constou que da devassa não se provava que havia adultério entre a mulher do suplicante e o que fugiu na ocasião em que a matou, e que nem ela foi

morta sendo apanhada em adultério, contudo a mesma devassa não exclui a defesa do réu: antes dela se vê que na ocasião em que este entrou em casa, os achou ambos deitados em uma rede, o que era bastante para suspeitar a perfídia e adultério e acender a cólera do suplicante que, levado de honra e brio, cometeu aquela morte em desafronta sua julgando-se ofendido. Pelo que a natureza do delito é desculpável pela paixão e arrebatamento com que foi cometido e pelo favor que merecem na sociedade os matrimônios e o poder ainda o réu alegar e provar defesa que o releve o fazem digno da graça que implora.” (Cód. 149, vol. 1, fls 46 e 47).

Esse mesmo espírito informou o indeferimento da petição de outro suplicante, relatado por Maria Beatriz Nizza da Silva: “Antônio José Pimentel pede perdão do degredo de 10 anos para Angola, em que foi condenado pelo crime de adultério que cometeu com Genoveva Maria da Conceição, mulher de Bernardo Francisco de Brito, o qual faleceu, ficando o suplicante sem mais parte que a justiça, e andando há mais de seis meses oculto, sendo casado, com filhos, e com grave prejuízo da sua casa de comércio.” (Cód. 149, vol. 1, fols 46v e 47).

No códice da Polícia acerca das devassas, no período de 1808 a 1821, constata-se a prisão de um pardo forro e um escravo por “arrombamento feito na caixinha de esmolas da Senhora dos Prazeres”, prisão de um indivíduo “pelo furto de um par de botas”, um escravo forro “pela achada de uma faca de ponta, outro escravo forro “pela achada de uma gazua”, outro ainda “pelos furtos de lenha”, e um “pelo furto que pretendia fazer de um relógio.” (Cód. 401, vol. 1)

Marrocos, citado por Nizza da Silva, dá conta em uma de suas cartas dos muitos roubos e latrocínios e estupros cometidos no Rio de Janeiro daquele tempo: “Nesta cidade e seus subúrbios temos sido muito insultados de ladrões, acometendo estes e roubando sem vergonha, e logo ao princípio da noite; de sorte que têm horrorizado as muitas e bárbaras mortes, que têm feito; em 5 dias contaram-se em pequeno circuito 22 assassinios, e em uma noite mesmo defronte da minha porta fez um ladrão duas mortes e feriu terceiro gravemente. Tem sido tal o seu descaramento, que até avançam a pessoas mais distintas e conheci-

das, como foi o próprio chefe de Polícia; o chefe de divisão José Maria Dantas recebeu por grande favor duas tremendíssimas bofetadas, por cair no erro de trazer pouco dinheiro, depois de lhe roubarem o relógio, etc. Além disto têm degolado várias mulheres depois de sofrerem outros insultos; o que tudo tem dado que fazer ao Corpo da Polícia, e não sendo este suficiente para as rondas e patrulhas multiplicadas em todas as suas ruas, o intendente mandou armar e aprontar todas as Justiças de paisanos para ajudarem os da Polícia; mas os pobres aguazis até já foram acometidos e insultados pelas grandes quadrilhas de ladrões, que lhes têm dado coças. Com efeito, grande número deles foram já presos, e estão bastantes sentenciados e pena última, dos quais vão amanhã 3 para o Oratório. Faz-se agora um novo recrutamento mui rigoroso em consequência daqueles sucessos, e para se aumentar o Corpo da Polícia e outros regimentos; pois o caso está muito sério, por não poder-se andar na rua mais tarde. Eu recolho às 8 horas da noite, e nunca as minhas digressões se estendem para longe” (Carta 56).

A partir do assalto à sege do desembargador do Paço, Luís José de Carvalho, o intendente geral da Polícia tomou decisões drásticas, oficiando aos juízes do crime de alguns bairros do Rio de Janeiro para que as rondas detivessem todo aquele que não fosse “pessoa conhecida” (Cód. 323, vol 1, fl. 1). Dizia também em outro expediente: “V. M.cê logo que receber esta mandará formalizar uma relação dos médicos, boticários, cirurgiões, casas de pasto, botequins, e casas de jogos, e estalagens que tem no seu bairro, acusando o nome, rua, endereço da propriedade, e ma remeterá com a maior possível brevidade. Recomendando-lhe que vigie com o maior exato cuidado em saber as ocupações de todos os que moram no seu bairro para descobrir as pessoas sem ofício e suspeitosas, e sobre estas mande proceder a prisão, pondo-as na cadeia a minha ordem, enviando-me a relação dos seus nomes e o conceito em que os tem. Deve na conformidade da lei da Polícia proceder contra todos os que dão estalagem, ou agasalho por dinheiro, que lhe não derem parte imediatamente da gente que recebem, para deste modo ser mais fácil estar V. M.cê em dia no conhecimento individual que de e ter de todos e poder melhor ter o seu bairro limpo de vadios e pessoas

de suspeita, o que importando muito ao sossego público lhe hei desde já por muito recomendado” (Cód. 323, vol. 1. fls. 1v e 2) (Silva: 1978, 104-8).

Era grande a violência dos senhores contra os escravos. Mary C. Karasch em seu livro **A Vida dos Escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)** refere-se às sevícias que eram praticadas contra o elemento servil: “Havia ameaças mais terríveis que a palmatória para controlar escravos. Os senhores podiam ameaçá-los com chibatadas em praça pública ou no temível Calabouço; abandono numa masmorra; uma visita ao domador de ‘escravos refratários’, que se especializava em torturas mais exóticas; aprisionamento com ferros nas pernas, máscara de ferro ou tronco; diversas formas de humilhação e tortura públicas; castração, desmembração, enforcamento; venda fora da cidade ou para a África.” Essa situação levava amiúde o escravo ao suicídio. Muitos deles faleciam em decorrência dos suplícios, ou eram simplesmente assassinados. Karasch escreve ainda: “ O artigo 179 da Constituição de 1824 proibia a tortura e o açoite de escravos por cidadãos particulares. Onze anos¹ depois, o código criminal dava aos senhores o direito de punir seus escravos com moderação – como o pai a seus filhos, ou o professor, seus alunos –, mas não podiam queimar, ferir, afogar ou matar. Que muitos senhores não obedeciam à lei fica óbvio a partir dos registros policiais, mas outros se ajustavam e pagavam à cidade para castigar seus escravos. [...] Basicamente, as autoridades realizavam cinco serviços para os senhores de escravos do Rio: pena de morte, em geral por enforcamento; degredo para Angola, Moçambique ou outras províncias brasileiras; prisão com trabalhos forçados nas galés; prisão simples; e chibatadas no Calabouço ou nas praças públicas da cidade.” (Karasch: 2000, 174-6 et passim). Essa autora nos informa igualmente a estatística da violência praticada pelos escravos no período que vai de 1810 a 1844, de forma detalhada, que reproduzimos aqui de forma genérica: de 1810 a 1815

1 A bem da verdade, 6 anos depois, já que o Código Criminal foi promulgado em 1830.

foram registrados no Rio de Janeiro 40 crimes compreendendo assassinios, lesões corporais e ataques quilombolas. De 1818 a 1844, 17 delitos, a maioria homicídios (16) e uma insurreição. A quase totalidade dos assassinios era cometida contra amos ou seus familiares. Quando era o senhor que retirava a vida ao escravo, reinava a impunidade quase absoluta. O senhor só era punido quando matava escravo pertencente a outrem.

O arbítrio e a corrupção de funcionários do Judiciário já era objeto de denúncias. Com efeito, o governador do Maranhão, Paulo José da Silva Gama, oficiou ao Conde de Aguiar, em 2 de janeiro de 1812, informando-lhe “que encontrou muitos abusos e defeitos na administração da Justiça, chegando todos os dias aos seu conhecimento muitos requerimentos de pessoas que se queixavam dos seus procedimentos arbitrários, chamando muito o povo contra as violências do Ouvidor interino, Bernardo José da Gama, a quem descrevem como um homem incendiário, e até usando de dinheiro que lhe não pertenciam, e estava arrecadado nos cofres da Junta”. (Marques: 1970, 426-7)

Já na Província do Rio Grande do Sul o aparelho judiciário era quase inexistente. Saint-Hilaire, em seu livro **Viagem ao Rio Grande do Sul**, deixa-nos este relato que remonta ao ano de 1820: “Antes do governo do Marquês de Alegrete, predecessor do Conde de Figueira, os criminosos desta capitania eram enviados ao Rio de Janeiro para aí serem julgados. Mas, como nessa distante cidade se tornava difícil reunir provas suficientes para condená-los, e como ninguém agisse contra eles, era costume deixá-los padecer durante vários anos nas prisões, terminando por libertá-los sem julgamento. O Marquês de Alegrete solicitou e obteve do rei a criação de uma junta criminal, que deve reunir-se anualmente, composta do general, do ouvidor e do juiz-de-fora de Porto Alegre, do juiz-de-fora do Rio Grande e o de Rio Pardo, e de dois desembargadores, que moram atualmente em Porto Alegre. A composição dessa junta apresenta um grande inconveniente de obrigar os juizes-de-fora do Rio Grande e de Rio Pardo a abandonar suas funções ordinárias e a se distanciar, um, sessenta, e outro, trinta léguas de suas residências habituais.” E continua o sábio francês: “Em consequência dessa moro-

sidade que há em tudo o que diz respeito à administração, a junta deixou, durante vários anos, de se reunir e, quando o fazia, era sempre por pouco tempo. Este ano, ela se dissolveu depois de haver julgado quatro indivíduos, entre os duzentos acusados que estão encarcerados em Porto Alegre”. E conclui: “Segundo o depoimento de um dos membros da junta, os crimes são muito freqüentes nesta capitania, principalmente entre os negros, o que não é de se admirar, devido ao costume, no Rio de Janeiro, de mandar vender aqui todos os escravos de que se querem livrar.” (Saint-Hilaire: 2002, 57-8).

3. O Brasil Império

Em 22 de agosto de 1822, João Ignácio da Cunha foi incumbido de realizar um censo no Rio de Janeiro. Para isso, recebeu as “Instruções para a fatura de Recenseamento e Mapa dos Habitantes da Província do Rio de Janeiro e Conhecimento dos Vadios e Ociosos”. Segundo essas instruções (em número de nove), ele seria ajudado por quadrilheiros e milicianos, devendo estes “coibir qualquer bulha, motim, ou algazarra”. Deveriam informar-se, através dos vendeiros e rancheiros, sobre os videntes, sua cor e figura, bem como efetuar prisões em flagrante delito dos jogadores, vadios e escravos fugidos, ou que estivessem sem autorização escrita de seus amos. Consoante as Instruções, “muito dos ditos escravos costumam acoitar-se em quilombos, donde saem a fazer roubos, e muitos outros crimes”. Os quadrilheiros estavam obrigados a dar parte desses fatos aos Juizes Territoriais, estando os Comandantes dos Distritos também na obrigação de convocar os Capitães do Mato, espécie de sicários, para efetuarem a captura. (Ribeiro: 2000, 267).

Do ponto de vista dos delitos praticados, já após a Independência, C. Schlichthorst, em seu livro **O Rio de Janeiro Como É (1824-1826)**, refere-se a crimes no Brasil Império tendo a defesa da honra como motivação: “O selvagem vingam-se imediatamente de qualquer ofensa. O meridional educado engole insultos e até pancadas; mas sabe admiravelmente empregar no silêncio da noite suas armas prediletas: o veneno e o punhal. Ri-se dum desafio ou dele se serve para perdição de seu inimigo.

“Duelos e facadas, que é como se chama um crime muito comum no Brasil, às vezes ignominiosamente praticado por assassinos assalariados, têm sua utilidade social. Evitam grosserias e chalaças ofensivas em todas as rodas, tornam os homens discretos e respeitosos para com o belo-sexo, e fazem as mulheres mais amáveis e cautelosas do que lhes permitiria a inata vaidade aumentada pela lisonja, se esta livremente se pudesse externar. Numa palavra, o medo de ofender e a certeza do castigo a toda afronta permitem a agradável conversa, em que o sarcasmo não chega a doer, porque grande dose de lisonja lhe tira o amargor.” E continua: “Mesmo que o revide nasça de exagerada compreensão da honra e dos restos dum sentimento cavalheiresco já fora do nosso tempo, como acontece na Europa, ou duma paixão mais negra que fere sua vítima com covarde segurança, malgrado a condenação de ambos esses motivos pela moral, é inegável que a estrutura da alta sociedade seria abalada em seus alicerces, se a brutalidade e a inclinação para a sátira não encontrassem corretivo.” (Shclichthorst: 2000, p. 31)

Luís Edmundo relata ainda, no livro já citado, um crime ocorrido pelos idos de 1829, narrado por Tristão Araripe em uma memória que se encontra no Instituto Histórico do Rio de Janeiro. Um certo Pedro Vieira ordena que o filho mais velho matasse outro filho, porque o velho pai descobrira que ele havia se relacionado sexualmente com a jovem amante, dele pai. Apesar dos apelos dos dois irmãos, assim foi feito.

O missionário protestante americano Daniel P. Kidder, que veio para o Brasil em 1837, em seu livro **Reminiscências de Viagens e Permanência no Brasil**, informa que em 1838 havia muitos vagabundos perambulando pelas ruas e esmolando. O número era tal que o chefe de polícia oferecia 10\$000 a título de gratificação ao guarda que levasse um vadio a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Desse modo, em pouco tempo, cerca de cento e setenta e um vagabundos foram detidos, sendo que mais de quarenta foram contratados pelo Arsenal da Marinha. Os outros tiveram que trabalhar na Penitenciária para pagar a carceragem. Na rua, segundo nos relata aquele missionário, só ficaram os verdadeiros mendigos, os indigentes que precisavam da caridade pública.

Por essa época, os sentenciados trabalhavam na obra de melhoramento da Casa de Correção. “Os criminosos mais insubordinados – acrescenta – são acorrentados geralmente aos pares, mas, outras vezes, caminham quatro ou cinco jungidos à mesma corrente que vai presa à perna de cada um”. E acrescenta: “É para aí que se mandam os escravos desobedientes ou insubordinados. Os negros são recebidos a qualquer hora do dia ou da noite e aí ficam até que os seus senhores os venham reclamar. Seria realmente de admirar se de vez em quando não se dessem aí cenas de requintada crueldade.” E continua Daniel P. Kidder o seu relato sobre os presos: “Quadro triste esse que contemplávamos de passagem, destacando-se de quando em vez, várias dezenas de sentenciados acorrentados, em pelotões e marchando sob a guarda de soldados, desde os muros da Casa de Correção até as barracas, em Mata-Porcos, onde pernoitavam depois de um dia de penoso trabalho. Alguns desses infelizes – como outros que se encontravam diariamente nas ruas – usavam enorme colarinho de ferro com uma extremidade que se projetava para cima, do lado da cabeça.” E finaliza: “Esse cruel distintivo geralmente indicava um escravo egresso que havia sido recapturado.”

O missionário Kidder refere-se igualmente aos estabelecimentos penitenciários e à estatística dos crimes: “As principais prisões do Rio de Janeiro são a do Aljube, na cidade, e a de Santa Bárbara numa ilhota a pequena distância da Ponta da Saúde, na parte Norte da urbe. De acordo com as últimas informações de que dispomos, existiam nessas duas cadeias trezentos e sessenta e seis prisioneiros sentenciados, pelos seguintes crimes: 62 de homicídios, 4 por tentativa de morte, 50 por latrocínio, 9 por “conto do vigário”, 3 por perjúrio, 79 por furto, 27 por assalto e espancamento, 11 por tentativa de roubo, 6 por porte de armas, 3 por calúnia, 2 por prática de jogos proibidos, 23 por falsificação, 39 condenados no estrangeiro, por crimes ignorados, 3 por escravizarem pessoas livres, 2 por terem auxiliado a fuga de outros prisioneiros, 6 por desacato às autoridades, 3 suspeitos de serem escravos fugitivos, 2 por crime de rapto, 2 por sonegação de impostos e 21 sentenciados para correção.” Daniel P. Kidder informa ainda que “Apenas cento e cinqüenta e nove desses indivíduos foram submetidos a julgamento.

Cinco deveriam sofrer a pena capital. Onze dos sentenciados foram transferidos para o Calabouço. Trata-se de masmorra construída numa ponta de terra que se projeta para a baía, mesmo em frente à cidade, onde os escravos fugitivos são encarcerados até que sejam procurados pelos respectivos donos.”

As fortalezas, como o Forte da Laje, por exemplo, também possuíam dependências para prisioneiros comuns.

Kidder reporta-se a um pequeno “Carandiru” no Brasil Império. Na Ilha da Caqueirada morava um soldado que fizera parte da guarda de honra imperial, e que estava na reserva. Certa noite fora vítima de um assalto por parte de vários ladrões, e reagiu. Matou um deles com um tiro de mosquetão. Os outros quatro, logrando dominar o velho soldado, o assassinaram em seguida. Entretanto, ao cabo de alguns meses, todos foram presos ao mesmo tempo. Passaram por três julgamentos e em todos foram condenados por um júri de quarenta e sete pessoas, por unanimidade, e sentenciados à pena de morte. No trajeto para o Forte de Laje, de onde seriam conduzidos para a Capela de Aljube para fazerem a última confissão, os condenados, que haviam serrado as grilhetas, usaram-nas como armas contra os guardas, provocando-os, desse modo, em seu desespero, a abrir fogo e matá-los ali mesmo. O oficial todavia decidiu que eles seriam executados como mandava a lei. No entanto, primeiro os submeteu ao castigo de fome e sede. Na manhã seguinte, na seqüência dos suplícios, os guardas jogaram para dentro da masmorra “uma bola de enxofre em chamas para sufocá-los”. Desse episódio Kidder nos legou uma narrativa dramática: “Somente uma voz se fez ouvir, suplicando misericórdia. Três dos assassinos se haviam suicidado, seccionando a garganta com uma navalha, cada um por sua vez. O quarto criminoso foi tomado de horror ao contemplar a pavorosa cena e a agonia de seus companheiros banhados no sangue que cobria todo o piso da cela.” (Kidder: 2001, 89-95)

O diplomata e viajante inglês Richard Burton, em um relato de viagem publicado originalmente em 1869, e que recebeu o título na tradução brasileira de **Viagem do Rio de Janeiro a Morro Velho**, traz um rol de crimes julgados na Província de Minas Gerais, no período

compreendido entre 1855 a 1864. Escreve ele, louvando-se em um relatório da Secretaria da Polícia de Minas, com data de 1.º de agosto de 1866: “Limitar-me-ei a observar que os crimes contra a propriedade são 204, em comparação com 3.299 contra pessoas, de um total de 4.705, e que, para três casos de furto, ocorreram 1.186 homicídios. No entanto, as leis brasileiras, ao contrário das nossas, protegem muito mais a vida e a integridade física do que a propriedade. Aqui, levantar uma bengala, ou mesmo usar linguagem insultuosa, é considerado crime, e o crime é severamente punido. Os estrangeiros costumam dizer que, no Brasil, é melhor matar um homem do que feri-lo. É um crime atirar em um ladrão que está assaltando nossa casa.” E Burton se pergunta: “Por que motivo, então, em Minas – posso dizer, no Brasil em geral – há tão pouca segurança pela vida, que é tão zelosamente protegida?” Segundo ele, estas são as razões: “Entre os ricos, os homicídios derivam de três causas: terras, questões políticas e ‘negócio do coração’ – um motivo apenas secundariamente mencionado – especialmente quando está em jogo a honra da família, e somente um tiro ou uma facada poderão resolver o caso. Os pobres matam uns aos outros por causa de brigas por questões de terra, perdas no jogo, amor e bebida; a cachaçada termina sempre em derramamento de sangue.” E prossegue o relato: “Via de regra, todos os homens andam armados: com revólveres e punhais, que são usados ocultamente nas cidades; no interior, ninguém anda, a pé ou a cavalo, sem uma garrucha e todos trazem uma faca na cintura. O derramamento de sangue é encarado sem muito horror; praticamente, não há aquela preocupação e aquele respeito pela vida humana que caracterizam os antigos países da Europa. O afetuoso diminutivo ‘facadinha’ significa um esfaqueamento e uma ‘mortezinha’ é um assassinato, geralmente à traição.” Segundo Burton, a inexistência da pena capital, a facilidade de fuga das cadeias e a ineficácia dos trabalhos forçados, como sanção penal, para os escravos, são fatores de estímulo à vingança. Observa ainda que a maioria das pessoas que cometem delitos nesse terceiro quartel do século XIX são pessoas sem instrução.

Richard Burton refere-se também a alguns “assassínios escandalosos”: “... na cidade de Lavras, tendo A. B. brigado com C. D.,

feriu-o cinco vezes, assassinou o guarda municipal E. F., matou G. H. e feriu gravemente I. K., que estava em companhia da autoridade policial. Em 1866, um certo M. D., casado com a neta do Barão de R. V., um homem inofensivo, muito considerado, matou-o em praça pública da Freguesia de São Gonçalo da Campanha. No mesmo ano, o Dr. A. B., viajando a cavalo, com três amigos, nas vizinhanças de Filadélfia, foi assassinado a tiros, de emboscada, por C. B., que imediatamente montou a cavalo e fugiu. Quando cheguei à Cachoeira de Paulo Afonso, os moradores comentavam um assassinato que ocorrera um mês e meio antes. Nesse caso, havia o habitual negro e mais de uma mulher. A Senhora Isidora Maria da Conceição preferia o Senhor Ferino (Zeferino) da Cruz a seu esposo legal, Senhor José Teles de Menezes, e os dois resolveram afastá-lo do caminho.” E continua Burton: “Ferino conseguiu o apoio e a ajuda de sua própria esposa, Senhora Mariana Teles de Barros, dizendo-lhe que a futura vítima a caluniara. ‘Ele tem que morrer!’ exclamou a dama ludibriada. A Clitenebra brasileira escondeu as armas do marido, e o grupo matou a vítima com muitas facadas, cortou-lhe a língua e as orelhas, escalpelou-a tão bem como os moicanos o fariam e jogou o corpo no Rio São Francisco.” (Burton: 1976, 327-331)

Burton refere-se igualmente a uma prática criminosa ainda hoje comum no Brasil, a do matador de aluguel: “Passamos por um rancho, cujo dono, alto e barbado, com um chapéu de abas largas caído sobre os olhos, olhou-nos grosseiramente, e não respondeu às perguntas que lhe fizemos sobre a possibilidade de nos conceder hospedagem durante a noite. Esse indivíduo, chamado João Militão, tem fama de ser ‘valentão’, ou, pior ainda, ‘capanga’, assassino profissional. Esses capangas, relíquia dos tempos bárbaros, infelizmente ainda não desapareceram no interior das províncias brasileiras. Como a Honra continua a ser uma inspiradora de ação, e o duelo é desconhecido, os ofendidos recorrem aos serviços de facínoras mercenários, e o inimigo é alvejado de trás de uma árvore, como o proprietário rural irlandês da geração passada.” (Burton: 1976, 161)

Em seu diário **Viagem pelo Brasil**, Dom Pedro II reporta-se a um crime passional ocorrido na Bahia, crime esse objeto de um livro

do historiador Pedro Calmon, onde lemos: “Em 1847, na Bahia, um moço de notáveis méritos – já aos 23 anos, professor do Liceu, – matou inexplicavelmente, com um tiro de pistola, a mulher com quem queria casar, Júlia Fetal, uma das mais belas raparigas do seu tempo. Tal desvario de paixão sombria alarmou, comoveu, dividiu aquela austera sociedade, e só escapou o assassino à pena de morte porque se alçou em sua defesa, nos debates do júri, a eloqüência ponderada de advogados e médicos, que lhe negaram o livre arbítrio. Condenado a 14 [12?] anos de prisão, sofreu-os com imperturbável serenidade.”²

Atento à criminalidade em seu vasto Império, bem como aos negócios da Justiça, o Imperador assinala ainda: “O delegado contou-me que respondeu no júri na última sessão um rapaz, que alegou menos de vinte anos por ter morto três pobres, pais de numerosa família, para roubá-los na estrada que percorríamos; é covarde mas atira muito bem, foi condenado ao máximo da pena que permite a idade.” (*Ibidem*, 195).

E mais adiante: “A justiça parece ir boa, ainda que se queixaram de Japiaçu [*juiz municipal*] a respeito dos negócios do Camisão, quando ele era Juiz de Direito interino, parecendo o Frando [*Juiz de Direito da comarca de Feira de Santana*] concordar com a razão da queixa, mas cumpre ainda examiná-lo, e no último júri, que foi em julho, parece que não houve bonomia, passando os da Feira e de Nazaré, segundo ouvi pelos melhores dos lugares de minha visita.

“Existem aqui dez praças de polícia tornando-se necessário às vezes destacar guardas nacionais, mormente quando há que conduzir presos de importância para a Bahia, pois a cadeia não é segura.” (*Ibidem*, 197).

Sobre um sentenciado, registra o Imperador: “O delegado contou-me que respondeu no júri na última sessão um rapaz, que ale-

2 CALMON. **A Bala de Ouro – história de um crime romântico**. Rio de Janeiro, 1947. *Apud* Lourenço Luiz Lacombe. *In: _*. Nota 77 ao diário de Dom Pedro II, **Viagens pelo Brasil**; Bahia, Sergipe e Alagoas – 1859, p. 66.

O Imperador menciona igualmente a informação de que teria havido tentativa de homicídio contra a mãe da moça, na mesma ocasião.

gou menos de vinte anos por ter morto três pobres, pais de numerosa família, para roubá-los na estrada que percorríamos; é covarde mas atira muito bem, foi condenado ao máximo da pena que permite a idade.” (*Ibidem*, 195).

Oscar Canstatt, outro viajante, em **Brasil: Terra e Gente (1871)**, menciona cenas com sentenciados na cidade de Desterro, capital da Província de Santa Catarina. Escreve ele: “... sem levar em conta a hora abrasadora do meio-dia, passam sentenciados carregados de ferros e escoltados, porque Desterro serve também ao governo como lugar de degredo para crimes mais graves. São figuras de aspecto tenebroso, cujos uniformes azuis, com guarnições encarnadas, se reconhecem de longe. Conquanto esses homens estejam, quase como os galês franceses, presos dois a dois, por pesadas argolas de ferro, seria errôneo julgá-los todos criminosos merecedores de pena capital. A escolha dos sentenciados acorrentados não é sempre feita com o necessário cuidado, parecendo só ter em vista a duração da sentença. Acontece, por isso, que ficam cada vez mais calejados moralmente.” Sobre as prisões, ele anota: “Em geral as prisões são, antes de tudo, um lado fraco da administração no Brasil. Faltam-lhes não só edifícios adequados aos seus fins, como a atenção e direção necessárias à regeneração moral dos delinqüentes. Neste sentido é ainda a capital, Rio de Janeiro, que está melhor aparelhada. Nas províncias contentam-se com edifícios destinados a outros fins ou com a detenção dos condenados em ilhas e fortalezas na costa. Os sentenciados não têm que se queixar duma vigilância por demais rigorosa, circunstância de que freqüentemente se aproveitam, fugindo e desaparecendo para nunca mais serem vistos.” E acrescenta: “Mas, se se submetem razoavelmente às ordens das autoridades da prisão, é-lhes permitido, sob a vigilância dum soldado, irem de dois em dois procurar, na cidade ou povoação onde estão, qualquer serviço, seja como artífice, como carregador ou qualquer outro trabalho, de cuja remuneração terão uma parte. Legalmente se distinguem Casas de Detenção, Casas de Correção e Degredos, em todos os quais o número de condenados por atentados contra pessoas constitui a maioria.” (Canstatt: 2002, 386-387)

Sobre as prisões da Bahia [*Salvador*], o próprio Imperador, Dom Pedro II, em seu diário **Viagens pelo Brasil**; Bahia, Sergipe e Alagoas – 1859, registra: “Fui ver as prisões. A do Aljube é péssima e as inferiores, verdadeiras espeluncas, servindo de prisão e *depósito judicial* de escravos e escravas. Comunicando com o Aljube está o júri, miseravelmente acomodado. A *chamada* Casa de Correção, que existe no forte de Santo Antônio, é sofrível e para uma das prisões desocupadas se mudaram proximamente, como lembrei, os presos das enxovias inferiores do Aljube. O registro está atrasado, mas o carcereiro desculpa-se com a doença do pai, a quem sucedeu e muito trabalho [*sic*], parecendo-me vivo. A prisão de Barbalho é sofrível. O carcereiro é surdo e parece algum tanto lerdo [...] As prisões do forte são quase todas abobadadas, e no vão ou encostadas à muralha, com pouca luz e mal arejadas, encontrado em todas as prisões, tanto no Aljube como nos fortes, seu fogão que ainda mais concorre para viciar o ar. O chefe de polícia já proibiu este luso, mas a ordem não fora cumprida ainda e ele me disse que os alimentos fornecidos aos presos, uma só vez por dia pela Misericórdia, em virtude de contrato, eram maus e em pequenas quantidades. Dos registros das prisões coligi que há muita irregularidade em tal serviço, havendo presos de muito tempo sem culpa formada, outros sem guia e sem se conhecer o delito, e demora ilegal na entrega da nota constitucional; o chefe de polícia ficou de cuidar no remédio desses abusos.” (Dom Pedro II: 2003,170-171)

E em outra passagem, já em Feira de Santana: “A cadeia é péssima e tinha nove presos e uma doida reenviada pelo Hospital de Caridade da Bahia depois de lá ter estado algum tempo; todos os presos propriamente ditos estão processados.” (*Ibidem*, 199)

Não obstante serem as leis rigorosas na proteção à vida e à integridade física, como observam os viajantes acima citados, havia, paradoxalmente, muita ocorrência de crimes contra a vida e de lesão corporal no período referido. Isso demonstraria, a rigor, o equívoco de Maquiavel ao afirmar que são as leis que fazem os homens bons...

Melo Morais Filho, em páginas antológicas, nos lega uma descrição do “espetáculo” que constituía um enforcamento, os momen-

tos que o antecediam, e refere-se a alguns sentenciados no Brasil Império. Sobre os criminosos, escreve ele: “Dentre as execuções célebres dos anos mais chegados, estão no primeiro plano a de Guimarães sapateiro, a do escravo que assassinou a Filipe Néri, a dos três marinheiros do patacho *Santa Clara*, que viajava para Santos, e a do preto cego Domingos Moçambique, que foi expiar no patíbulo o assassinato de seu senhor, perpetrado por um indivíduo que confessou o seu crime em artigo de morte.” E retraça-lhes o perfil: “O Guimarães era uma natureza refratária a todo o bem. Era um facínora como o Lucas da Feira e Pedro Espanhol, mas sem as qualidades boas que distinguiam-se nos dois saltadores. Feroz até à crueldade, o sangue tinha para ele as excitações das orgias brutais. [...] O escravo de Filipe Néri foi um louco. O seu crime teve naturalmente origem na noite das senzalas e da escravidão. Dos marinheiros do patacho, que assassinaram na travessia os negociantes de Santos, o móvel foi o roubo em pleno mar, e a certeza de que o rugido da vaga abafaria o grito das vítimas. Se quisésseis saber, porém, quais foram os jurados que votaram pela pena de morte do preto cego da Rua do Rosário, ninguém vos responderia, porque Deus, para poupar à inocência mais uma súplica de perdão, de há muito que os fez esquecer!”

Melo Morais Filho prossegue, descrevendo com minudências o cenário no Largo de Santa Rita e da embocadura da Rua dos Ourives, onde o povo apinhava-se para assistir ao lúgubre espetáculo. Após o pão-de-ló com vinho servido ao penitente, ainda na cadeia, e a confissão e o sacramento feito a um frade, ele era conduzido em préstito pelas ruas da cidade até o patíbulo. O ritual fazia-se na presença do juiz das execuções, do escrivão do júri, que lia a sentença, do porteiro dos auditórios, do carrasco e de seu ajudante, do meirinho, incluindo desembainhar de espadas. O juiz das execuções “de casaca e chapéu armado, montado a cavalo, marchava, tendo a seu lado o escrivão do júri e o pregoeiro. No final do cortejo, era lida a sentença pelo pregoeiro”. E continua Melo Morais Filho: “O padecente, de baraço ao pescoço, trajando geralmente jaqueta, calça de cor e com os pés descalços, vinha logo após, com os pulsos ligados por uma corda fina, descansando-lhe nos antebraços, como dissemos, a imagem de Cristo. Junto ao *enforcado*

achavam-se os dois franciscanos; e os carrascos – réus de morte com comutação de pena – seguiam com os meirinhos, formando a retaguarda desse grupo sinistro. [...] ...o carrasco empurrava o desgraçado, cavalgando-lhe os ombros, estribando-se fortemente nos pulsos ligados, tapando-lhe a boca... E, balançando-se no vácuo, de língua para fora, de olhos saltando-lhe das órbitas, aquela figura medonha esperneava-se, debatia-se, até a quietação. Em seguida a corda era cortada, ouvindo-se o baque do corpo morto.” (Morais Filho: 2002, 272-276)

O Livro V das **Ordenações Filipinas** vigeu no Brasil até 1831, quando foi substituído pelo Código Criminal do Império. (Já o Livro IV, que regia as relações de ordem privada, vigeu até ser revogado pelo novo Código Civil, em 1917). Com efeito, através da Lei de 20 de outubro de 1823, D. Pedro I manda executar o decreto da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, que estabelecia, em seu art. 1.º – “As ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código ou não forem especialmente alteradas.”

No período imperial, o quadro modifica-se em razão dos novos ventos do liberalismo. O aparelho judiciário precisava igualmente ser modernizado. A Carta de 1824 estipulava no Título 6.º, Capítulo Único – Dos Juízes e Tribunais de Justiça: art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem. Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o fato, e os Juízes aplicam a Lei. Art. 153. Os Juízes de Direito serão perpétuos, o que todavia se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares, pelo tempo e maneira que a Lei determinar. Art. 154.

O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juizes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis, que lhes são concernentes, serão remetidos à Relação do respectivo Distrito, para proceder na forma da Lei. Art. 155. Só por sentença poderão estes Juizes perder o lugar. Art. 156. Todos os Juizes de Direito e os Officiais de Justiça são responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações que cometerem no exercício de seus Empregos; esta responsabilidade se fará efetiva por Lei regulamentar. Art. 157. Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na Lei. Art. 158. Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos povos. Art. 159. Nas causas crimes, a inquirição das testemunhas e todos os mais atos do processo, depois da pronúncia, serão públicos desde já. Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente, intentadas, poderão as partes nomear Juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes. Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Art. 162. Para este fim haverá Juizes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os vereadores das Câmaras. Suas atribuições e Distritos serão regulados por Lei. Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas Antiguidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir. Art. 164. A este Tribunal compete: I- Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a Lei determinar. II- Conhecer dos delitos e erros de Offício que cometerem os seus ministros, os das Relações, os empregados no Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias. III- Conhecer e decidir sobre os conflitos de Jurisdição e competência das relações provinciais.

Destarte, D. Pedro sanciona, pela Lei de 18 de setembro de 1828, decreto da Assembléia Geral criando o Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 juízes. Entre outras funções, o novo tribunal poderá “conceder ou denegar revistas nas causas”. Estipula ainda que “as revistas somente serão concedidas nas causas cíveis e criminais, quando se verificar um dos dois casos manifesta nulidade, ou injustiça notória nas sentenças proferidas em todos os júzcos em última instância.” Em seu art. 7.º estatui: “As revistas não suspendem a execução das sentenças, exceto nas causas crimes, quando é imposta a pena de morte natural, degredo ou galés, sendo os réus os recorrentes.”

Há que se observar que os juízes gozavam de uma vitaliciedade precária, e não se beneficiavam do princípio hoje assente da inamovibilidade.

Aprovada a Lei de 23 de outubro de 1875, de autoria de Lopes Gama, o Supremo Tribunal de Justiça passou a tomar assento da jurisprudência produzida, pondo um termo, no dizer de Nabuco, à “anomalia que os Tribunais inferiores possam julgar em matéria de direito, o contrário do que decidiu o primeiro Tribunal do Império”. E mais: “Sobreleva a subversão das idéias de hierarquia, infringidas por esse pressuposto, a desordem da jurisprudência que não pode existir sem uniformidade e onde se acham arestos para tudo.” (Nabuco *apud* Nogueira: 1999, 40)

A organização judiciária é completada ou disciplinada por outras normas legais. A Lei de 15 de outubro de 1827 cria os juízes de paz; a de 1.º de outubro de 1828, as Câmaras Municipais em cada cidade e vila; a de 3 de dezembro de 1841 dispõe sobre juízes municipais e de Direito; o decreto de 15 de março regula a execução na área civil; a Lei de 20 de setembro de 1871 altera a legislação judiciária e o decreto que a regulamentava.

No Império, as Câmaras Municipais conservam as “atribuições administrativas, mas perdem a jurisdição contenciosa que tiveram durante o período colonial”, conforme assinala Octaciano Nogueira. Ainda é este autor quem observa: “Durante todo o regime colonial, as Câmaras Municipais não eram instituições políticas, mas simples ór-

gãos administrativos e judiciários, funções herdadas da tradição portuguesa que, por sua vez, as adaptara do Direito Romano. Tanto que as funções dos Vereadores estavam prescritas nas **Ordenações do Reino**, entre as dos demais magistrados.” Com efeito, a Lei de 1.º de outubro de 1828, conhecida também como “Regimento das Câmaras Municipais”, trata, em seu segundo título (Arts. 66-73), das posturas policiais, compreendendo a economia, medidas sanitárias, edificações, e medidas visando à ordem e à segurança públicas das povoações e seus termos. Essa lei revoga implicitamente os Livros 66 e 67 das **Ordenações Filipinas** que dispunham sobre o funcionamento das Câmaras Municipais, anota igualmente Nogueira. (Nogueira: 1999, 18 *et passim*).

Ainda no plano do sistema normativo, em 16 de dezembro de 1830 o Visconde de Alcântara, então ministro da Justiça, assina a lei promulgando o Código Criminal do Império. Esse Código, elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, era portanto de cariz liberal, em consonância com a Carta de 1824 que, em seu art. 179, assegurava: I- Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. III- A sua disposição não terá efeito retroativo. VII- Todo o cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos e pela maneira que a Lei determinar. VIII- Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma nota, por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as. IX- Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a Lei a admite; e em geral nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão, ou desterro fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto. X- À exceção de flagrante delito – a prisão não pode ser executada, senão por ordem

escrita da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a Lei determinar. XI- Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de Lei anterior e na forma por ela prescrita. XIII- A Lei será igual para todos, que proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XVIII- Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. XIX- Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis. XX- Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.

Sepultava-se desse modo todo e qualquer laivo, no plano constitucional pelo menos, das fatídicas **Ordenações do Reino**, embora, consoante Sérgio Habib, “o Código Criminal do Império insistia nas chamadas penas infamantes, nos castigos corporais e na desproporção entre aquelas e a conduta do agente do delito, utilizando muito pouco a pena de prisão, a exemplo do que faziam as várias legislações em toda a Europa.” (Habib: 1989, 148)

As fontes doutrinárias dessa primeira Constituição proviham do liberalismo e do constitucionalismo vigentes, de Locke a Chateaubriand. Nessa ocasião, os autores mais lidos eram também Rousseau, Montesquieu, Filangieri e Benjamin Constant. Por outro lado, já a **Magna Charta**, de 1215, do Rei João Sem-Terra, que impunha um limite legal ao poder do rei, determinava que “Nenhum homem poderá ser preso, detido, privado de seus bens, posto fora da lei ou exilado sem julgamento de seus pares ou por disposição da lei.”

Norberto Bobbio menciona **O Pacto do Povo** de 1649, não muito lembrado, constituição elaborada pelos chefes dos *Niveladores*, movimento democrático da Revolução Inglesa, e composto pela pequena burguesia. O cerne dessa constituição, que nunca foi aplicada, é a limitação do poder do Estado. Ela seria para Bobbio um antecedente histórico importante das grandes constituições dos estados americanos e da constituição francesa saída da Revolução em fins do século XVIII.

No Preâmbulo d'O **Pacto do Povo** lê-se: "Nós, povo livre da Inglaterra... concordamos em oferecer segurança ao nosso governo, abolir qualquer poder arbitrário e colocar limites e impedimentos a qualquer autoridade." (Bobbio: 1997, 35)

A **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789, estatua que "nenhum homem pode ser acusado, detido ou preso, senão em caso determinado por lei e segundo as formas por ela prescritas." "Ninguém pode ser detido senão em virtude da decisão de um juiz". "A lei não deve estabelecer senão penas estritamente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada ao delito e legalmente aplicada." "Todo homem é tido como inocente até o momento em que seja declarado culpado."

Estavam firmados assim os princípios da legalidade, que limita o poder discricionário do príncipe ou do Estado, preservando o direito do cidadão, bem como o da presunção de inocência. Alguns anos antes, em 1776, a **Declaração de Direitos de Virgínia** já desaconselhava a irretroatividade das leis punitivas, e que ninguém fosse privado de liberdade, "a não ser por julgamento de seus pares, em virtude da lei do país", assegurando, destarte, o princípio da legalidade; afirmava a imperatividade de julgamentos justos e o direito a ampla defesa, ninguém podendo ser "forçado a produzir provas contra si próprio", bem como interditava penas cruéis e desusadas; as ordens de prisão deviam ter fundamentos convincentes; e, finalmente, dava preferência a forma de processo por jurados, considerando-a sagrada. Em seu art. 10 está estatuído o direito a ampla defesa: "Em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido por um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país."

A propósito da Carta de 1824, Oliveira Lima, em sua obra **O Império Brasileiro**, assinala que ela “devia tornar definitivas todas as conquistas teóricas ou concretas do espírito revolucionário liberal”. (Oliveira Lima: 1972, 74)

Após a Independência, o Brasil adotou uma Carta inspirada principalmente na Constituição francesa vigente de 1814 a 1830, sob a Monarquia Constitucional.³ Incorporou em seu texto direitos e garantias individuais, o *Bill of Rights*. O *Bill of Rights* foi um legado da Inglaterra tanto aos Estados Unidos da América quanto à França. A Inglaterra assegurava aos súditos do rei garantias como a *Petition of Rights*, de 1628, bem assim o *Habeas corpus Act*, de 1679. Com efeito, o direito de petição e o *habeas corpus*, incorporados às constituições modernas, já eram garantias na Inglaterra do século XVII.

Destarte, a Carta de 1824 assegurava a liberdade de expressão, religiosa, de reunião pacífica, de inviolabilidade de domicílio, liberdade individual, o direito a um *due process*, o julgamento por júri, e assim por diante. Tal como a Constituição francesa de 1791 que, como a americana, inspirou a maioria das constituições do século XIX relativamente à adoção da declaração de direitos do homem. (Gilissen: 1988, 425-426).

Assim, não fugíamos ao padrão implantado em todas as nações de nosso continente: liberalismo jusnaturalista, que se afigurava

3 Na Constituição francesa desse período, a pessoa do monarca é inviolável e sagrada; a ele não se imputa nenhuma responsabilidade política; o monarca goza do direito de dissolução da Câmara dos Deputados; o rei é comandante supremo das forças armadas, com poderes para declarar guerra, negociar e assinar tratados; nomeia todos os funcionários da administração pública; dispõe de poder regulamentar as leis; é-lhe reservada a iniciativa das leis, o que lhe assegura participação legislativa; pode aceitar ou não emendas propostas pelos parlamentares; deve estar de acordo com as propostas de leis e promulgá-las; os ministros são penalmente responsáveis; é estabelecido o sufrágio restrito ou voto censitário (de *cens*, imposto) e a elegibilidade reservada àqueles que possuem condições financeiras; os membros da Câmara dos Pares – Câmara Alta – são nomeados pelo rei; é instituída a predominância do monarca.

do ponto de vista jurídico constitucionalismo, crença no poder do texto político maior, a Carta Magna, como garantidora da estabilidade, justiça e felicidade social. Conforme Nelson Nogueira Saldanha, em sua **História das Idéias Políticas no Brasil**, esse liberalismo jusnaturalista, “como no constitucionalismo daquelas nações, provinha doutrinariamente da idéia de uma ordem *natural* a ser captada pela *razão* e consolidada em *lei*.” Nesse sentido, uma “Proclamação” de D. Pedro, datada de 15 de julho de 1823, ainda durante a vigência da Constituinte, afirmava que “o governo constitucional que não se guia pela opinião pública, ou que a ignora, torna-se o flagelo da humanidade”. E mais adiante, que se não tinha o país ainda uma Constituição, tinha já “aquelas bases estabelecidas pela razão, as quais devem ser invioláveis”, bases essas representadas pelo respeito à segurança individual, propriedade e domicílio.

A Constituição refletia um ânimo equilibrador, com uma estrutura bem construída, seguro senso jurídico e estilo sintético. O título I tratava “Do Império do Brasil, seu território, governo, dinastia e religião”. O título II, “Dos cidadãos brasileiros”. O III, “Dos poderes e representação nacional”. O IV, tratava “Do poder legislativo”. O V, “Do Imperador”. O VI, “Do poder judicial”. O VII, “Da administração e economia das províncias”, e o VIII, “Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”.

Segundo ainda Nelson Nogueira Saldanha, na obra citada, “Do ponto de vista político o que se espelhava naquele arcabouço era a combinação dos cânones constitucionais liberais (incluindo-se já a tendência ao parlamentarismo) com o ‘princípio’ monárquico”. E mais adiante, conclui ele: “Nossa Constituição inicial já refletia a concepção de que o Estado constitucional é aquele onde há garantias assentes, e prerrogativas protegidas por uma ordenação legal de poderes.” (Saldanha: 1968, 95-99)

O Código Criminal representa o segundo componente importante do ordenamento jurídico do Brasil Império, após a Carta de 1824. Além de elaborado dentro do espírito liberal, fora “redigido segundo a melhor doutrina clássica penal” (Wolkmer: 1998, 85), “ado-

tando critérios utilitaristas, tão caros a Jeremias Bentham”, como diria Sérgio Habib (Habib: 1989, 148). Ele incorporara o princípio da reserva legal e o da pessoalidade da pena, não devendo esta estender-se além da pessoa do condenado.

O Código Criminal teve a influência do Código de Napoleão, de 1810, das formulações de Feuerbach, e do Código da Baviera, de 1813, do Código Penal Napolitano, de 1819, influenciando por sua vez o Código Espanhol de 1870 e, indiretamente, a legislação penal dos países latino-americanos de expressão espanhola. (Barbosa: 1996, 29 e Habib: 1989, 149).

O Código Criminal previa a pena de morte, mas diante de um erro judicial flagrante e tristemente famoso, o caso Motta Coqueiro, o Imperador, em 1870, passou a converter a condenação capital em galés perpétuas.

O liberalismo da sociedade patrimonialista e escravocrata possuía uma faceta pragmática. Assim, relativamente aos escravos, a fim de evitar prejuízos para seus proprietários, ao invés da pena de morte ou trabalhos forçados, o Código Criminal substituía essas sanções pela de açoite. Aliviava a pena, não por questões puramente humanitárias, mas por considerações de ordem sobretudo econômicas. O Código Criminal, assim, em seu art. 14, § 6.º, estatuíu que os senhores não podiam castigar seus escravos imoderadamente, sob pena de responderem criminalmente, podendo ser obrigados a vendê-los para quem lhes pudesse dispensar melhor tratamento.

São como que idéias fora de lugar: uma legislação que se pretendia liberal, em uma sociedade escravocrata, onde havia necessariamente um descompasso entre o ordenamento jurídico e as estruturas socioeconômicas, a base estrutural da sociedade. Ou, para usar uma linguagem ao agrado dos marxistas, uma defasagem entre a superestrutura jurídica e a infra-estrutura social e econômica.

Em 1831, no entanto, houve uma reação a esse liberalismo imperial. Foi votada a Lei de 10 de junho de 1835, proibindo o benefício da graça aos escravos condenados à morte e impondo a execução imediata da sentença.

Por outro lado, o Código de Processo Criminal, cujo relator foi Manuel Alves Branco, 2.º Visconde de Caravelas, entrou em vigor por força de lei datada de 29 de novembro de 1832, assinada pelo ministro da Justiça, Honório Hermeto Carneiro Leão, que viria a ser ulteriormente Marquês de Paraná. O Código de Processo, também de feição liberal, teria tido influência do “procedimento misto ou eclético” “meio termo entre o procedimento acusatório inglês e o misto seguido pela França”. (Habib: 1989, 149)

No entanto, a Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, e o Regulamento n.º 120, de 1842, introduziram modificações no Código de Processo, de natureza conservadora e centralizadora, concernente à instrução processual, transferindo-a dos juízes para a polícia, tentando instaurar um “absoluto policialismo judiciário”, no dizer de Sérgio Adorno. (Adorno *apud* Wolkmer: 1998, 88) Essa modificação foi, no entanto, revertida para a situação anterior com a Lei n.º 2.033, de 1871, restituindo-se aos juízes a formação da culpa. Segundo Marcelo Fortes Barbosa, essa lei foi que estabeleceu, pela primeira vez em nossa legislação penal, “a punição do homicídio culposo e das lesões corporais culposas” (Barbosa: 1996, 30), posto que o Código Criminal não se referia a crime culposos.

Em 10 de outubro de 1886, passa a vigorar a Lei n.º 3.310, que revoga o júri específico de escravos, completando, segundo Barbosa, o “quadro legislativo penal do Império, que teve o brilho do Iluminismo”.

É com a entrada em vigor do Código de Processo Criminal, em 1832, que se completa o ordenamento jurídico penal do Brasil Império, dando uma nova moldura ao sistema judiciário. Ele incorpora a figura do juiz de paz com “poderes para atuar na formação da culpa dos acusados, antes do julgamento, e também de julgar certas infrações menores, dando termos de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por vício, meretrizes escandalosas e baderneiros. Além desses crimes, as demais infrações deveriam ser julgadas pelos juízes criminais. As infrações da alçada dos juízes de paz eram chamadas crimes de polícia.” (Lima *apud* Wolkmer: 1998, 87).

O Código de Processo sepultara métodos inquisitoriais das **Ordenações Filipinas**, adotando alguns procedimentos oriundos do sistema francês e inglês, de fundo liberal. Incorporara o instituto do *habeas corpus* e do sistema de jurados; abolira os ouvidores e os juízes de fora. Ainda, segundo Roberto Kant de Lima, ele “acabou com as devassas, transformou as querelas em queixas, tornando-se a denúncia o meio de ação do Ministério Público. A iniciativa do processo – *ex officio* – era mantida para todos os casos em que era cabível a denúncia”. (Lima *apud* Wolkmer: 1998, 87).

Para completar o aparato repressivo do Estado no Brasil Império em todo o quadrante do país, foi criada por lei, em 1831, a Guarda Nacional, e extintos os corpos de milícias e ordenanças e as recém criadas guardas municipais.

Tudo indica, no entanto, que havia uma certa dissonância entre o arcabouço jurídico liberal e a prática da vida cotidiana. Em que pese o espírito liberal das leis, continuava a prevalecer o arbítrio, e o abuso de autoridade por parte da polícia. Elizabeth Cury Agassiz, de nacionalidade americana, esposa de Luís Agassiz, que estiveram em nosso país entre 1865 e 1866, no livro **Viagem ao Brasil**, anota: “A Constituição, eminentemente liberal, calcada em parte sobre a nossa, faz supor a quem vem de fora encontrar no Brasil a mais completa liberdade prática. Até um certo ponto essa suposição não é desmentida; a imprensa não está submetida ao menor entrave; nenhuma religião é perturbada no exercício do seu culto; há uma liberdade nominal absoluta. Mas quando, da teoria, passa-se à aplicação das leis, um novo elemento se interpõe: o arbítrio, a tirania mesquinha e miserável da polícia contra a qual parece não haver recurso. Para bem dizer, existe uma falta de harmonia entre as instituições e o estado da nação.” (Agassiz, 2000: 281). Sem se falar no emperramento da máquina da Justiça e na complicação do processo judicial, o que persiste ainda hoje entre nós.

Essa constatação coincide com a do alemão Carl Seidler, que foi oficial do Império brasileiro. Com efeito, em seu livro **Dez Anos no Brasil**, escrito entre 1833 e 1834, assevera: “A polícia no Brasil acha-se em más condições por toda a parte. Reina um vasto sistema de su-

borno; tudo é venal; alguns poucos cruzados contrabalançam muitas vezes a consciência dos juízes, e a justiça, qual propriedade particular, é publicamente vendida a quem mais dá. Antigamente existia no Rio de Janeiro uma ‘polícia armada’, de cerca de mil homens, que patrulhava dia e noite as ruas e assim peiava a ladroagem; após a revolta de 7 de abril, ou porque fosse de lembrança odiosa para o povo, ou porque pelo menos aparentemente se quisessem fazer reformas em todos os ramos da administração pública, ela foi subitamente dissolvida, e em seu lugar criou-se uma *Guarda Permanente*.” E continua Seidler: “Esse corpo compreende cerca de 600 homens, recrutados na ralé do povo: caixeiros do comércio infieis, escreventes imprestáveis, operários miseráveis, jogadores infelizes, filhos degenerados, aleijados e mandriões de toda espécie constituem esse bando autorizado de ladrões, que parecem recrutados por um moderno Falstaff, embora se destinem a proteger a segurança pública e a propriedade dos cidadãos.”

Seidler, não obstante, tem palavras elogiosas para outra instituição brasileira da época: “Só os juízes de paz, que são eleitos pelo povo e desempenham suas funções sem qualquer remuneração, gozam de estima pública e quase cega obediência. Seus plenos poderes são amplos, se bem que não possam decidir dos processos desde que a causa exceda ao valor de dezesseis talers, a sua palavra é quase sempre acatada e confirmada pelas instâncias superiores; uma recomendação deles vale por uma sentença.” E prossegue: “Em caso de desordem, todas as forças militares ficam às suas ordens, assim como dispõem integralmente da polícia. Seu distintivo é uma faixa verde-amarela, com a largura da mão, que passa do ombro direito ao quadril esquerdo e atesta sua dignidade judicial.” E conclui: “Mostrando essa faixa num motim ou no mais louco ajuntamento popular, instantaneamente se restabelece a ordem; até o aparecimento de um juiz de paz, com suas palavras severas, amigáveis, tem muito mais influência sobre a massa do que toda a ostentação da força militar. Tenho prazer em poder finalmente assumir o papel de panegirista duma instituição pública brasileira.” (Seidler, 1980: 69 e 71-72).

Havia igualmente expedientes francamente desonestos, como aquele denunciado, através de renhida polêmica na imprensa de São

Luís do Maranhão, pelo advogado Luís Antônio Vieira da Silva, formado em Leis e Cânones pela Universidade de Heidelberg, e autor da **História Interna do Direito Romano até Justiniano**, contra o desembargador Pontes Visgueiro (que viria a ser autor de célebre crime passionnal que comovera a sociedade do Império, analisado posteriormente em livro por Evaristo de Moraes). Nessa denúncia, era questão o fato do magistrado ser procurador extrajudicial de uma das partes em uma demanda envolvendo a herança de um cura, e de usar sua influência para fazer dormir o testamento “na poeira do cartório do escrivão de apelações do Sr. Moraes Martins, em vez de estar no de resíduos”. O ano era o de 1868, e em que pese haver normas constitucionais disciplinando a conduta de juízes, Vieira da Silva concede a seu contendor: “Sei que não há responsabilidade neste país para os juízes prevaricadores, mas se não há responsabilidade criminal, há responsabilidade moral”. (Leandro: 2000, 24 e 29).

Por outro lado, Thomas P. Bigg-Wither, viajante inglês que aqui se fixou por alguns anos, constata a cultura da ilicitude já presente no Brasil Império no que se refere ao trato do dinheiro público concedido à guisa de incentivo a particulares e a mentalidade de empresários de auferir o maior lucro possível em curto espaço de tempo, o que existe até hoje em nosso país. Assim, em seu livro **Novo Caminho no Brasil Meridional**: a Província do Paraná, que reúne observações de 1872 a 1875, lemos: “Os brasileiros, em geral, não se interessam em empregar dinheiro em coisa que não lhes dê grande lucro. Sua educação os torna incapazes de aplicar uma libra para ganhar vinte e um *shilling*, mormente se houver preocupações. Há muitas maneiras mais simples e mais rápidas de se ter lucro. Assim, eles não empregam o dinheiro quando se lhes oferece um negócio de pouca vantagem. A criação de gado requer muito pouco tirocínio e capital moderado, rendendo, pelo menos, cinqüenta por cento ao ano. O comércio, quando o negociante consegue fazer aliança com uma casa do Rio, que lhe dá crédito, é ainda a maneira mais fácil de fazer dinheiro. Seu único trabalho é comprar mercadorias por cem libras e revendê-las, a varejo, aos seus iludidos patrícios, por trezentas.”

No que concerne ao malbaratamento dos incentivos dados pelo governo, Bigg-Wither observa: “Há ainda outra razão (que, a princípio, pode parecer paradoxal) para explicar por que a criação de carneiro não teve êxito. E esta baseia-se no fato de que o Governo ter-se mostrado interessado em iniciá-la, chegando mesmo a fazer diversas experiências, em pequena escala, as quais, infelizmente, redundaram em perda total, o que só serviu para desencorajar a iniciativa privada.” E prossegue ele, com um exemplo, não sem uma ponta de ironia: “Certo cavalheiro (brasileiro, naturalmente) ofereceu as suas terras de graça ao Governo para a experiência. O Governo recebeu uma leva de carneiros vindos do sul, pagou todas as despesas de transporte, desembarcando-os sem ônus na propriedade do cavalheiro patriota. Depois de algum tempo, este cavalheiro, muito interessado no bem-estar da manada a seu cuidado, descobriu, ou imaginou ter descoberto, que uma das reses estava doente. Deu ordem imediatamente para que a matassem, a fim de não contaminar as outras. Tempos depois, seu olhar de lince descobre a aproximação insidiosa da doença em outro animal do rebanho. As mesmas medidas são repetidas e sua mesa, mais uma vez, fica provida da apetitosa carne.” E conclui Bigg Withers, após estender-se um pouco mais sobre a conduta fraudulenta do cavalheiro em questão: “O Governo perdeu alguns contos de réis e o cavalheiro ‘patriota’ e seus amigos ficaram familiarizados com o paladar da carne de carneiro, mas a sua criação na província do Paraná foi considerada impossível.” (Bigg-Wither: 2001, 79-80)

É essa mentalidade de nossas elites de outrora que, por outro lado, levaram ao fracasso da política econômica denominada de “encilhamento”, colocada em prática por Rui Barbosa, então ministro da Fazenda, no início da República. Para incrementar a economia, o governo emitiu papel moeda lastreado na dívida federal no intuito de aumentar a concessão de crédito para a indústria. Mas lamentavelmente os recursos assim concedidos foram desviados para a especulação financeira, com conseqüências catastróficas para a economia do país.

Bibliografia

AGASSIZ, Luís; AGASSIZ, Elisabeth Cary. **Viagem ao Brasil (1865-1866)**. Brasília: Senado Federal, 2000. 516 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código filipino ou ordenações e leis do reino de Portugal recompiladas por mandato d'El-Rei D. Felipe I**. 14 ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1870.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Direito penal atual**. São Paulo: Malheiros, 1996. 125 p.

BIGG-WITHER, Thomas P. **Novo caminho no Brasil meridional: a província do Paraná: três anos em suas florestas e campos 1872/1875**. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2001. 457 p.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 168 p.

BURTON, Richard. **Viagem do Rio de Janeiro a Morro Velho**. São Paulo: Itatiaia: Universidade de São Paulo, 1976. 366 p.

CANSTATT, Oscar. **Brasil: terra e gente (1871)**. Brasília: Senado Federal, 2002. 446 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).

Dom Pedro II. **Viagens pelo Brasil**; Bahia, Sergipe e Alagoas – 1859. 2. ed. Rio de Janeiro: Bom Texto/Letras & Expressões, 2003. 340p.

EDMUNDO, Luís. **O Rio de Janeiro no tempo dos vice-reis: 1763-1808**. Brasília: Senado Federal, 2000. 480 p. (Brasil 500 Anos).

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. 803 p.

HABIB, Sérgio. “A relação direito penal processo penal na república.” *In:_. O Direito na República*. Brasília: Senado Federal, 1989. p. 147-169.

KARASCH, Mary C. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 643 p.

KIDDER, Daniel P. **Reminiscências de viagens e permanência no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001. 321 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).

LEANDRO, Eulálio de Oliveira. (Org.). **Por trás da toga: crime, violência e corrupção do desembargador Pontes Visguego**. Imperatriz: Ética, 2000. 129 p.

LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. “A condição feminina no início do século XIX.” *In:_. SEMINÁRIO INTERNACIONAL D. JOÃO VI: UM REI ACLAMADO NA AMÉRICA*, 1999, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Museu Histórico Nacional, 2000. 384 p.

LIMA, Manuel de Oliveira. **O movimento da independência: o império brasileiro (1821-1889)**. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1972. 321 p.

MARQUES, César Augusto. **Dicionário histórico-geográfico da província do Maranhão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fon-Fon, 1970. 634 p.

MORAIS FILHO, Melo. **Festas e tradições populares do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002. 384 p. (Biblioteca Básica Brasileira).

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituição de 1824**. Brasília: Senado Federal/CEE-MCT/ESAF/ME, 1999. 121 p. (Constituições Brasileiras, v. 1).

PIERONI, Geraldo. **Os excluídos dos reinos**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 308 p.

PIRAGIBE, Vicente. **Legislação penal do Brasil e do estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1932. 2 v.

PORTUGAL, Sílvio. Direito (1500-1947). *In*: _MORAIS, R. B. de; BERRIEN, W. (Org.). **Manual bibliográfico de estudos brasileiros**. Brasília: Senado Federal, 1998. v. 1. 659 p. (Brasil 500 Anos).

RIBEIRO, Gladys Sabina. “A cidade em branco e preto: trabalhadores portugueses na corte do Rio de Janeiro no início do século XIX.” *In*: _SEMINÁRIO INTERNACIONAL D. JOÃO: UM REI ACLAMADO NA AMÉRICA, 1999, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Museu Histórico Nacional, 2000. 384 p.

RIO BRANCO. **Efemérides brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. 734 p. (Brasil 500 Anos).

SAINT-HILAIRE, Auguste de. **Viagem ao Rio Grande do Sul**. Brasília: Senado Federal/ Conselho Editorial, 2002. 575 p. (Coleção O Brasil Visto por Estrangeiros)

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das idéias políticas no Brasil**. Recife: UFP: Imprensa Universitária, 1968. 342 p.

SCHLICHTHORST, C. **O Rio de Janeiro como é (1824-1826)**. Brasília: Senado Federal, 2000. 326 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).

SEIDLER, Carl. **Dez anos no Brasil**. Belo Horizonte: Itatiaia: Universidade de São Paulo, 1980. 335 p. (Reconquista do Brasil, v. 24).

SILVA, Maria Beatriz Nizza. **Cultura e Sociedade no Rio de Janeiro (1808-1821)**. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1978. 246 p. (Coleção Brasileira, v. 363)

VIEIRA, Antônio. Santo Antônio luz do mundo: nove sermões. Petrópolis: Vozes, 1997. 348 p. Sermão da primeira domingo da quaresma. *In: _*. **Sermões**. Erechim: EDELBRA, 1998. v. 12.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 170 p.

O SISTEMA JURÍDICO NO BRASIL
IMPÉRIO: ALGUNS PROBLEMAS
TEÓRICOS

.....

Introdução

Discutimos no presente ensaio a legislação vigente no Brasil Império, principalmente a penal. Na parte final, enfocamos um problema teórico que nos pareceu relevante: como conciliar uma legislação de cunho liberal em uma sociedade escravocrata, patrimonialista e atrasada? Como se deu a operacionalidade, do ponto de vista da dogmática jurídica, das leis penais do Brasil Império, no contexto social e econômico da época? Num contexto dito liberal, a existência mesma de normas aplicáveis consoante a classe social do destinatário, normas flagrantemente destoando das normas constitucionais vigentes, colocava, a nosso ver, problemas teóricos referentes a antinomias, inclusive em nível constitucional, bem como problemas relacionados a sua validade e à eficácia delas decorrentes.

Ao analisar o ordenamento jurídico do Brasil Império, deparamo-nos com um caso *sui generis* da perda de eficácia de norma hierarquicamente superior que cede a primazia para norma hierarquicamente inferior. Referimo-nos à Carta de 1824 e ao Código Criminal e a leis extravagantes. Propomos três linhas de investigação, ou três hipóteses: 1) A existência de dois ordenamentos jurídicos (excluído o canônico), um principal e outro em relação de subordinação; 2) A existência de falsas antinomias (não havendo portanto coincidência sobre os diferentes âmbitos de validade); e 3) Havia antinomias, mas solucionadas pelo Judiciário que, contrário a toda lógica jurídica, afastava a norma constitucional para aplicar uma hierarquicamente inferior.

Analizamos também, embora não exaustivamente, a posição doutrinária em face dessa dubiedade do ordenamento jurídico.

Da sociedade para a lei, e desta para o problema. Eis a nossa *démarche*.

1. Alguns Problemas Teóricos

A sociedade da época imperial possuía, é escusado dizer-se, um baixo nível de consciência jurídica, e a natureza liberal das leis era pouco mais ou menos como as idéias fora de lugar em uma sociedade patrimonialista e escravocrata. Isso constituía um flagrante descompasso. As leis eram liberais, mas poderia o escravo clamar por seus direitos (a bem da verdade direitos naturais constitucionalizados), evocar os princípios da igualdade assegurados pela Carta Magna? De Legalidade? Seguramente as leis liberais não eram feitas para os escravos, mas tão-somente para os senhores, os homens livres. A legislação civil do Brasil Império quase não menciona o elemento servil, não lhe reservando nenhum estatuto jurídico. Ele, todavia, tem um lugar de “destaque” na legislação penal. A sociedade, sem embargo, não era constituída somente por homens livres. Os índios eram considerados “órfãos”, e os africanos, sem personalidade jurídica, considerados coisas, objetos, patrimônio, embora o Código Criminal do Império lhe reservasse, como já vimos, alguma proteção: a de apanhar com moderação.

O liberalismo enquanto doutrina apresenta uma tríplice dimensão. A primeira, “ético-filosófica” defende a liberdade individual, o individualismo, a dignidade, a crença na vida, a tolerância. A segunda, de natureza econômica, reivindica a economia de mercado, a livre iniciativa, respeito à propriedade privada, intervenção mínima do poder estatal na sociedade. E, enfim, a terceira dimensão, a “político-jurídica”, baseia-se na divisão dos poderes, na representação política, na soberania popular, no direito e garantias individuais, no Estado de Direito. (Macridis *apud* Wolkmer: 1998, 74)

Francisco Weffort assinala a ambigüidade do liberalismo brasileiro quando se refere a “formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico”. (Weffort: 1980, 108-112)

Para Viotti da Costa, esse liberalismo era apenas uma trincheira que as elites brasileiras usaram para romper com os vínculos co-

loniais. Essas elites não tinham interesse em levá-lo às últimas conseqüências, reformando a estrutura de produção e conseqüentemente a sociedade. (Viotti da Costa: 1985, 33)

Roberto Schwarz refere-se a “idéias fora do lugar” em seu ensaio homônimo, para caracterizar a discrepância entre as concepções liberais importadas da Europa e a realidade socioeconômica do Brasil imperial, onde o liberalismo tinha, paradoxalmente, que conviver com a escravidão. (Schwarz: 1993, 153-159)

O Estado brasileiro organizou-se, então, em bases liberais sobre uma sociedade de estrutura patrimonialista e escravocrata. A liberdade e outros direitos incorporados pela Carta de 1824 eram, no dizer de Sérgio Adorno, “passíveis de serem suspensos; e a igualdade suscitada era freqüentemente remetida à existência de desigualdades naturais entre os indivíduos.” (Adorno *apud* Wolkmer: 1998, 85)

Machado de Assis, na crônica publicada em 15 de agosto de 1876, em “História de 15 Dias”, escreve: “As instituições existem, mas por e para 30 por cento dos cidadãos. Proponho uma reforma no estilo político. Não se deve dizer: ‘consultar a nação, representantes da nação, os poderes da nação’; mas ‘consultar os 30 por cento, representantes dos 30 por cento, poderes dos 30 por cento’. A opinião pública é uma metáfora sem base; há só a opinião dos 30 por cento.” (Machado de Assis: 1997, 343-346)

Como se dava a decidibilidade num quadro de flagrantes contradições? Trabalharemos primeiramente com a solução que Tercio Sampaio Ferraz Jr. chamou, por analogia com a cibernética, de “regra de calibração”, em sua obra **Introdução ao Estudo do Direito**. Em seguida, analisaremos a coexistência de normas jurídicas antagônicas: normas liberais para os homens livre, e outras feitas para o elemento servil. A questão é de se saber como se dava essa coexistência, e como os operadores do Direito resolviam problemas relacionados com anti-nomias, validade e eficácia da norma jurídica, por exemplo, e com os princípios gerais do Direito e princípios axiológicos então aceitos pelo mundo jurídico, no conjunto do sistema liberal.

As regras de calibração regulam ou ajustam um sistema, com função de retroalimentação (*feedback*) para usar-se uma expressão daquela

ciência. É como o termostato que liga e desliga um aparelho, a fim de manter a temperatura em determinado patamar. O valor nominal desejado é o *valor de dever-ser*, e o valor real, acima ou abaixo do desejado e programado, é o *valor de ser*. Esses valores constituem as regras de regulação ou calibração, regras estruturais do sistema. Para Ferraz Jr. os ordenamentos jurídicos “são constituídos primariamente por normas (repertórios do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para esta atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu *padrão* de funcionamento, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e, em conseqüência, de nova série hierárquica.” Essa foi a saída para os juízes do Tribunal de Nuremberg. Como não havia lei contra genocídio, mas tampouco os criminosos nazistas não devendo ficar impunes, os juízes mudaram o padrão de funcionamento do ordenamento penal internacional fundado no princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*) para o padrão de legitimidade, fundado no princípio fundamental de respeito à vida e convivência da comunidade internacional. Isso teve igualmente o intuito de impedir uma represália do gênero autotutela relativamente aos nazistas.

As regras de calibração dizem respeito igualmente às lacunas da lei e à forma de integração do Direito. Ao surgir um fato relevante para o mundo jurídico, e para o qual não existe uma norma apropriada, intervém a norma de regulação “segundo a qual é defeso ao juiz deixar de julgar sob o argumento de falta ou obscuridade da lei.”

As regras de calibração são dinâmicas. Não só elas “estatuem relações dinâmicas de imperatividade, mas também surgem e desaparecem na História”. As fontes dessas regras são a jurisprudência dos tribunais (“regras jurisprudenciais: a prova cabe a quem alega”), a doutrina (“regras doutrinárias: normas jurídicas constituem uma ordem escalonada”), a política (“regras políticas: o princípio da maioria”), a moral

(“regras morais: o princípio da boa fé”), a religião (“regras religiosas: o princípio cristão da dignidade da pessoa humana”) etc. Em razão delas, o sistema, ao mudar de padrão, não se desintrega. Como vimos, uma vez usadas, elas tendem a desaparecer ou perdem força. Ferraz Jr. dá como exemplo, no plano da hermenêutica, a regra *In claris cessat interpretatio*. Uma dessas regras de regulação do sistema surgidas recentemente é o da desconsideração da pessoa jurídica para chegar-se à responsabilidade da pessoa física (princípio do *Disregard*).

É extensa e complexa a demonstração de Ferraz Jr. Ficaremos adstritos ao que interessa diretamente à finalidade deste ensaio, ou seja, a questão da calibração do ordenamento com vários padrões de funcionamento, ou seja, a mudança possível no padrão de regulação considerando o valor de dever-ser e o valor de ser. Os ordenamentos não são totalidades homogêneas, embora haja coesão interna no sistema. Sua unidade não é garantida por uma norma; eles possuem séries normativas plurais. Quando as séries hierárquica de validade não dão conta das demandas, ocorre uma mudança no padrão de funcionamento do sistema, culminando com a criação de uma nova norma-origem. Assim, escreve Ferraz Jr., “A hierarquia legal, portanto, é *uma* das estruturas *possíveis* do sistema dinâmico, que pode, de momento para momento, assumir outros padrões (padrão-efetividade, padrão-legitimidade, padrão dos regimes de exceção etc.)”. E conclui ele: “Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, ele necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam indecidíveis. Embora dinâmicos, estes conceitos têm de possibilitar alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança).” (Ferraz Jr.: 1994, 190-196)

Do ponto de vista das normas constitucionais no Brasil Império, há pelo menos dois exemplos de mudanças de padrão de regulação. O primeiro diz respeito ao fato de que a Carta de 1824 não estabelecia a forma parlamentarista de governo, muito embora ela existisse, em certo sentido, na prática – parlamentarismo atípico, convenhamos, mas parlamentarismo assim mesmo – tendo havido, inclusive, um decreto imperial criando a figura de Presidente do Conselho de Ministros (Decreto n.º

523, de 20 de julho de 1847), cabendo a este a faculdade de nomear e demitir os integrantes do Ministério. Poder-se-ia chamar esse procedimento de mudança do padrão-legalidade para o do padrão-efetividade.

O segundo exemplo refere-se às aposentadorias compulsórias de magistrados. Pela Carta, magistrados só perderiam o lugar por sentença. No entanto, ministros aposentaram compulsoriamente magistrados, em flagrante ilegalidade. O Marquês de Paraná o fez com a aprovação da Câmara. O Visconde de Sinimbu *idem*, relativamente a vários ministros do Supremo Tribunal de Justiça. Nabuco de Araújo já havia, anos antes, quando Ministro da Justiça, referendado a violação do princípio da vitaliciedade praticada pelo próprio Imperador. O Marquês de Paraná tentou louvar-se nas antigas **Ordenações do Reino**; Nabuco opera às claras a mudança do padrão-legalidade para o padrão-político. Tentando justificar sua atitude, ele afirma: “A independência do Poder não é o mesmo que a independência dos seus membros; todos os poderes políticos são independentes, mas há poderes políticos cujos membros são amovíveis, assim o Executivo.” E é Nogueira quem nos informa que a Câmara acolheu o parecer da Comissão que examinou a acusação contra Nabuco, que reconhecia a ilegalidade do ato, mas o justificava politicamente. Era este o parecer: “A Câmara, julgando que o decreto não é autorizado pela Constituição e pelas leis, contudo, à vista das razões expendidas pelo ex-Ministro da Justiça que o referendou, e certa da sinceridade de sua convicção de que bem servia o país, não julga conveniente decretar sua acusação.” (Nabuco *apud* Nogueira: 1999, 38)¹

1 Rememoramos o fato de que durante o Estado Novo, quando os direitos fundamentais da pessoa humana não eram respeitados, Heleno Fragoso, atuando na defesa de Luís Carlos Prestes, dirigente do Partido Comunista, evocou a lei de proteção dos animais em benefício de seu cliente, já que lhe eram negados legalmente os direitos fundamentais (que são direitos naturais constitucionalizados), numa atitude de hiperbolização da ironia. Num sistema jurídico autoritário como era o do Estado Novo, o grande criminalista tentou operar uma mudança de padrão de regulagem, para suprir uma lacuna, fazendo apelo ao sarcasmo, quando o sistema lhe negava outra saída com vistas à decidibilidade. Na intuição do advogado porventura o novo padrão estaria baseado no princípio do respeito à vida animal...

Do ponto de vista de aplicação de norma infraconstitucional, outro exemplo de mudança de padrão de regulamentação ainda nos é dado por Nabuco de Araújo, operando uma vez mais a substituição do padrão-legalidade pelo padrão-político. Com efeito, Nabuco de Araújo, ministro da Justiça do gabinete de Paraná concordara com a não eficácia da lei de 7 de novembro de 1831, que declarava livres os africanos desembarcados no Brasil após essa data. É Alfredo Bosi que informa: “O ministro Nabuco não só aceitara aquela aberta violação da lei de 1831 como a defendera em termos de *razão de Estado*, aconselhando o presidente da província de São Paulo a lançar mão dela no caso particular de um africano, de nome Bento, trazido clandestinamente ao Brasil após a cessação legal do tráfico.” E continua Bosi: “O escravo tinha fugido e, ao ser apreendido pela polícia, foi liberado pelo Juiz de Direito que conseguira apurar a data de sua entrada. Nabuco de Araújo, porém, justifica os *direitos do senhor* que o reclamava, alegando ‘o bem dos interesses coletivos da sociedade, cuja defesa incumbe ao governo’, e remata: ‘Não convém que se profira um julgamento contra a lei, mas convém evitar um julgamento em prejuízo desses interesses, um julgamento que causaria alarma e exasperação aos proprietários.’” E Bosi conclui: “Em 1854, o legítimo era, para o ministro Nabuco, o interesse dos fazendeiros; e legal, mas infringível, a lei que protegia a liberdade dos africanos.” (Bosi: 2001, 232) Constata-se com esses exemplos a prevalência dos interesses dominantes, mesmo *contra legem*, sob a escusa de *razão de Estado* que mal saberia dissimular o puro arbítrio.

Por outro lado, quando se trata de fazer justiça efetivamente, os magistrados podem recorrer ao procedimento a que Norberto Bobbio refere-se como “juízos de equidade”: “Chamam-se ‘juízos de equidade’ aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida.” E ainda: “O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores.” E conclui que tal juízo é “sempre excepcional”. O juízo de equidade (também chamado de *Direito judiciário*) seria, em definitivo, uma forma de heterointegração, ao lado do costume e da doutrina. Essa maneira de

operar o Direito torna-se mais fácil em países onde o sistema seja o da *Common Law*, em que o poder criativo do juiz é mais amplo, derivando esse poder de outras fontes, além da lei escrita, como o costume ou o precedente jurisprudencial. Operando o Direito segundo tal procedimento é que um juiz americano, em 1899, no caso “Riggs vs Palmer”, desconsiderou o direito (assegurado por lei) de um legatário que havia assassinado seu testador, louvado no princípio consoante o qual a “ninguém aproveita sua própria torpeza”.² (Bobbio: 1999, 56 e 149)

Quanto à questão da existência de vários ordenamentos jurídicos do Direito positivo em um mesmo espaço e tempo, Norberto Bobbio assinala que a sociedade medieval possuía um “caráter eminentemente pluralista”, quer isso dizer “que o Direito segundo o qual estava regulada originava-se de diferentes *fontes* de produção jurídica, e estava organizado em diversos *ordenamentos jurídicos*”. Relativamente à pluralidade de ordenamentos, “existiam ordenamentos jurídicos originários e autônomos seja acima do *regnum*, isto é, a Igreja e o Império, seja abaixo, como os feudos, as comunas, as corporações.” (Bobbio: 1977, 11-12)

No quadro da discussão teórica aqui suscitada, essa questão do ordenamento merece ser problematizada. Sabemos desde Kelsen que

2 Paulo José Leite Farias em sua **Apostila de direito civil**, parte geral refere-se ao caso “Riggs vs Palmer”, ocorrido em Nova York em 1899, dado como exemplo por Dworkin na obra **Taking rights seriously**: um legatário assassina seu testador; embora do ponto de vista legal ele devesse beneficiar-se do legado, o juiz decidiu de outro modo, operando uma mudança no padrão de regulagem. Ignora o padrão de funcionamento do sistema fundado na lei, e passa para o que poderíamos chamar de padrão de “justiça *contra legem*”. O juiz justificou essa mudança louvando-se no princípio segundo o qual a “ninguém aproveita sua própria torpeza”. Farias conclui: “Note-se que – e esta a hipótese sobre a qual estrutura Dworkin sua exposição – homicídio de quem deixa herança, praticado pelo herdeiro, **afasta**, em razão do princípio, a incidência da regra de sucessão que beneficiaria o homicida.” Cf. FARIAS, Paulo José Leite. *Apostila de direito civil*; parte geral. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, s/d. p. 22, e DWORKIN. **Taking rights seriously**. Londres, 1987, p. 24.

a norma fundamental confere unidade a todas as normas, ao ordenamento jurídico como um todo, enfim. Como se colocaria essa questão *vis à vis* do sistema jurídico do Brasil Império? As normas endereçadas exclusivamente aos escravos comporiam um ordenamento autônomo? Se positivo, de onde, de que norma fundamental derivaria esse ordenamento que poderíamos chamar “de exceção”? Ou haveria apenas o ordenamento liberal eivado de antinomias de princípios e regras? De duas uma: ou havia dois ordenamentos jurídicos no Brasil Império (sem se falar no canônico), ou o ordenamento dito liberal fundava-se sobre princípios antinômicos. Em ambos os casos seria a Carta de 1824 mera vitrine de um pseudoliberalismo. Nunca houve, nem mesmo como forma de protesto político, argüição de inconstitucionalidade relativamente às “leis de exceção”, na defesa dos interesses do elemento servil. A situação era bem mais complexa, já se vê.

Começemos com a norma fundamental. Para isso, vamos nos valer da exposição realizada por Norberto Bobbio em **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Segundo Bobbio, tal norma “é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento”. E mais adiante afirma: “Por mais numerosas que sejam as fontes do Direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do Direito podem ser remontadas a uma única norma.” Em todo ordenamento há portanto normas superiores e inferiores, dispostas em ordem hierárquica. Na pirâmide que representa o ordenamento jurídico, constata-se o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder de negociação.

Assim, o princípio unificador de um ordenamento advém da norma fundamental: “Não só a exigência de *unidade* do ordenamento nos induz a postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento. E como um ordenamento pressupõe a existência de um critério para estabelecer se as partes pertencem ao todo, e um princípio que as

unifique, não pode existir um ordenamento sem norma fundamental.” É portanto a norma fundamental que assegura a unidade do sistema.

Outra questão correlata é a da coerência do ordenamento. Com efeito, o ordenamento constitui um sistema, ou seja, é uma unidade sistemática. Um sistema pressupõe uma “totalidade ordenada”, um conjunto cujos elementos obedecem a uma ordem, “num relacionamento de coerência entre si.”

Bobbio cita Kelsen, que distingue dois tipos de sistema entre os ordenamentos normativos: um a que chama *estático* e outro *dinâmico*. E explicita: “Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico.” Nesse sistema, as normas relacionam-se entre si do ponto de vista de seu *conteúdo*.

Por outro lado, sistema dinâmico “é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da *autoridade* que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si.” Nesse tipo de ordenamento normativo, o relacionamento entre as normas é não mais material, mas *formal*. Para Kelsen, os ordenamentos jurídicos são do tipo dinâmico, enquanto os estáticos são os ordenamentos morais.

Por conseguinte, pelo fato de um ordenamento constituir um sistema, nele não pode haver normas incompatíveis. Se houver, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. As normas se enquadram no sistema quando derivam de uma das fontes autorizadas e quando não possuírem nenhuma incompatibilidade com outras normas. Só assim elas serão válidas. O Direito, portanto, não admite antinomias.

Ora, a Constituição de 1824 proibía sevícias contra os escravos e, seis anos depois, o Código Criminal autorizava. Antinomia? Os particulares continuavam a punir seus escravos segundo o Código, mas ao arpejo da Carta Maior. E a hierarquia das leis?

Lemos ainda Bobbio que para que haja antinomias são necessárias algumas condições: 1) “As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento.” Se as normas pertencem a ordenamentos diferentes, e há antinomia, é porque os ordenamentos não são independentes entre si; mantêm um relacionamento seja de coordenação, seja de subordinação. 2) “As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade”, que são: temporal, espacial, pessoal e material. (Bobbio: 1999, 58 *et passim*)

Há antinomia igualmente quando ocorrem conflitos entre os critérios para a sua solução. É a chamada antinomia de segundo grau. No exemplo acima referido é flagrante o conflito entre o critério hierárquico e o cronológico. A norma posterior-inferior tendo primazia sobre a anterior-superior, ou seja, o Código Criminal prevalecendo sobre a Constituição.

Do ponto de vista teórico, uma maneira de conceber esse problema sistêmico referente as normas do Brasil Império, e o modo como os operadores do Direito lidavam com a dogmática jurídica àquela época, é considerar que havia dois ordenamentos distintos, o liberal (numa relação de supremacia), e o “de exceção” (numa relação de subordinação).

O ordenamento “de exceção” era um sistema paralelo, feito sob medida para o elemento servil. A especificidade é que o primeiro e o último emanavam da mesma fonte: o Direito legislativo produzido pelo Estado. Assim, a Lei de 10 de junho de 1835 que, como já vimos linhas acima, proibia a concessão do benefício da graça aos escravos condenados à morte e determinava a execução imediata da sentença. Havia igualmente o júri específico de escravos, revogado pela Lei n.º 3.310, de 10 de outubro de 1886. No próprio Código Criminal havia normas “de exceção”. Portanto, havia o concurso dos dois procedimentos. O Direito português já nos havia dado o exemplo de legislação diferenciada segundo a origem racial. Nas **Ordenações Afonsinas** constava todo um conjunto de normas aplicáveis apenas aos judeus, normas essas que não foram incluídas nas **Ordenações Manuelinas**, código que lhe sucedeu, porque já não faziam sentido, haja vista a expulsão dos israelitas de Portugal em 1496.

Com efeito, tanto o ordenamento liberal quanto o “de exceção” emanavam da mesma fonte: o Direito legislativo produzido pelo Estado. O problema é que o primeiro era a negação formal do segundo, e também que o ordenamento liberal, embora sendo a sua antítese, acolhia, em seu seio, paradoxalmente, normas “de exceção”. Ou seja, a legislação “de exceção”, além de constituída por leis extravagantes, acontece também de estar embutida no ordenamento liberal, como no Código Criminal, como já vimos. Se trabalharmos com essa hipótese de constituírem dois ordenamentos distintos, não havia antinomias no interior do mesmo ordenamento, já que se tratava de sistemas diferentes, embora essas normas ligadas formal, mas não materialmente, coexistisse numa relação de evidente promiscuidade.³ As normas devem coincidir, como já vimos linhas acima, para haver antinomia, com respeito a vários itens, entre eles o da validade pessoal, isto é, a categoria do indivíduo cuja conduta elas pretendem disciplinar. Se as normas liberais e as endereçadas aos escravos eram incompatíveis, e mais que isso, antagônicas, e o eram efetivamente, não ocorria no entanto antinomia solúvel, mas sim real, insolúvel, posto que, em que pese algumas delas estarem alocadas no ordenamento liberal, dele não faziam parte materialmente, apenas formalmente, como já nos referimos, pertencendo a outro ordenamento com normas com âmbito de validade pessoal não coincidente. Essa seria uma astúcia e um artifício que poderiam ser utilizados pelos legisladores para viabilizar, do ponto de vista da dogmática jurídica, a decidibilidade. Ao aceitarmos essa hipótese, no exemplo referido haveria, portanto, antinomia insolúvel: a Carta de 1824 estabelece em seu art. 179, XIX- “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis.” Já o Código Criminal estatui, em seu art. 60, a pena de trazer ferros que, além de aviltante,

3 No Brasil Império houve um flagrante choque entre dois dos três ordenamentos existentes à época: o liberal (secular) e o canônico. Tratou-se de um conflito de jurisdição, a célebre “questão religiosa”, em que o primeiro ordenamento teve que se impor ao segundo de forma dramática. Cf. BONAVIDES, Paulo e AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**, v. 2.

mortifica, em flagrante dissonância com a Constituição: “Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites, e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cinqüenta.”

A Carta de 1824 aboliu a pena de açoite, salvo para os escravos. O Código Criminal a adotara, à semelhança de leis anteriores. Leis posteriores à vigência do código confirmam tal sanção.

O Desembargador Vicente Alves de Paula Pessoa, magistrado do Brasil imperial (operador do Direito do século XIX), comentando esse artigo do Código Criminal, escreve: “Na sentença em que for o escravo condenado a açoites deve o Juiz que a proferir também condená-lo a trazer um ferro, pelo tempo e maneira porque for designado, conforme o presente artigo; não competindo esta atribuição ao Juiz executor, ao qual só incumbe a fiel execução das sentenças não as podendo alterar para mais ou para menos (Aviso n.º 30, de 9 de março de 1850, § 3.º). **Não obsta a esta disposição o art. 179 § 19 da Constituição do Império, por isto que os escravos acham-se fora dela.**” (Grifo nosso) (Pessoa: 1877, 110 *et passim*)

Tal afirmação não excluía a norma, mas o sujeito, o que prova que efetivamente havia dois ordenamentos distintos, embora não independentes.

Com efeito, a lei civil não reconhecia ao escravo personalidade jurídica. Mas ele é contemplado pelo Código Criminal, e de modo diferente dos homens livres e dos libertos. Isso configura um contra-senso à vista da Carta Magna de matiz liberal. Já que lhe não era reconhecida a personalidade pela ordem jurídica vigente à época, qual então efetivamente a situação do cativo perante a lei? Não passara despercebida a Perdigão Malheiro essa ambigüidade. É ele quem escreve em seu livro fundamental: “Em relação à lei penal, o escravo, *sujeito* do delito ou agente dele, não é *coisa*, é pessoa na acepção lata do termo, é um ente humano, um homem enfim, igual pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes. Responde, portanto, pessoal e

diretamente pelos delitos que cometa; o que sempre foi sem questão. *Objeto* do delito, porém, ou paciente, cumpre distinguir. O mal de que ele pessoalmente possa ser vítima não constitui crime de *dano*, e sim *ofensa física*, para ser punido como tal, embora o ofensor fique sujeito a indenizar o senhor; nesta última parte, a questão é de *propriedade*, mas na outra é de *personalidade*.” (Malheiro: 1976, 49 *et passim*)

Teixeira de Freiras, na **Consolidação das Leis Civis**, escreve a esse propósito: “Cumprir advertir que não há um só lugar do nosso texto onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota; façamos também uma exceção, um capítulo avulso na reforma das nossas leis civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão classificadas à parte, e formarão nosso *Código Negro*.” (“Código Negro” era como era chamado o Edito de 1685 que dispunha sobre os escravos das colônias francesas). A própria “Comissão Incumbida de Rever a Consolidação das Leis Civis” registra em seu relatório que “É sensível a omissão que houve na **Consolidação** a respeito das disposições concernentes à escravidão; porquanto, posto deva ela constituir, por motivos políticos e de ordem pública, uma lei especial, contudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação a esse respeito.” Ao que Teixeira de Freitas assinala: “Vai indicado o pouco que temos de legislação civil relativa a escravos; e além disto um copioso subsídio que extraímos do Direito Romano, única norma na solução dos casos ocorrentes. Assim procedemos no intuito de prestar um serviço ao foro. São mui freqüentes, e delicadas, as questões que este assunto oferece.” (Freitas: 2003, XXXVII e s.)

A bem da verdade, nem a Carta de 1824, nem lei alguma, reconhecem ao escravo algum direito de cidadania, mesmo aos já nascidos no Brasil Império, para “qualquer efeito em relação à vida social, política ou pública.” É ainda Malheiro quem indaga: “... resta saber qual o direito que rege as relações dos escravos entre si, com seus senhores, e com terceiros, quanto aos direitos e obrigações civis e naturais,

verdadeiro Dédalo, em que a própria legislação Romana (fonte mais abundante e rica de disposições a respeito) tantas vezes flutuou contraditória e incerta, rompendo quase sempre contra as regras gerais. Por modo que se pode dizer que as leis que regem essas relações são todas de exceção ao Direito Civil Comum.”

Ademais, o Juiz estipulava na sentença o número de açoites a ser infligidos ao escravo faltoso (não podendo exceder 50), bem como a maneira de trazer o ferro e sua duração. Tribunais do Império chegaram a modificar sentenças de juízes inferiores, aconselhando moderação na aplicação de sanções. O Aviso n.º 140, de 1.º de junho de 1864, determinava, segundo anotou do Desembargador Vicente Alves de Paula Pessoa, que “A pena de prisão temporária, em que for comutada a de galés perpétuas, imposta a réus escravos, não pode ser convertida na de açoites.”

Por outro lado, o benefício previsto no art. 311 do Código Criminal, que previa a comutação de galés temporárias em prisão com trabalho, não se estendia ao elemento servil. E um réu escravo condenado a galés perpétuas não podia beneficiar-se de um segundo julgamento.

Perdigão Malheiro elenca as exceções do direito relativamente aos escravos: “1.º O escravo não é admitido a dar queixa por si; mas por intermédio de seu senhor, ou do Promotor Público, ou de qualquer do povo (se o senhor o não faz), como pessoa miserável; 2.º Não pode dar denúncia contra o senhor; 3.º Não pode ser *testemunha jurada*, e apenas informante; 4.º Quando réu ou acusado, deve-se-lhe nomear defensor ou curador pelo Juiz do processo, se o senhor senão presta a isso como seu curador nato; 5.º Que nos crimes da Lei de 10 de junho de 1835, assim como no de insurreição e quaisquer outros em que caiba a pena de morte, não há recurso algum, mesmo o de revista; 6.º Que em tais casos pode ser extraordinariamente convocada sessão do Júri para o julgamento; 7.º Que, todavia, se a condenação for em pena capital (morte), não se deve esta executar sem se decidir o recurso de graça ao Poder Moderador.”

Esta última disposição revoga o Decreto de 11 de abril de 1829 que, “mandado observar pelo Av. de 26 de fevereiro de 1834, or-

denava que se executasse logo a sentença, sem que fosse permitido nem mesmo o recurso de graça!”

Malheiro conclui que “Esta legislação excepcional contra o escravo, sobretudo em relação ao senhor, a aplicação da pena de açoites, o abuso da de morte, a interdição de recursos, carecem de reforma.” (Malheiro: 1976, 46-7)

A esse propósito, lemos em um *Recurso apresentado em 1874 na Relação do Maranhão*: “O escravo é um ente privado dos direitos civis; não tem o de propriedade, o de liberdade individual, o de honra e reputação; todo o seu direito como criatura humana reduz-se ao da conservação da vida e da integridade do seu corpo; e só quando o senhor atenta contra este direito é que incorre em crime punível. Não há crime sem violação de direito.”⁴ (Nequete *apud* Castro: 1999, 338)

Como justificar-se-ia então essa coexistência promíscua de ordenamentos no seio de um regime que se queria liberal? É Malheiro quem nos indica um caminho. Por uma ficção jurídica, o escravo equivalia a coisa, pertencente à esfera de domínio de um senhor. Não possuía personalidade, sendo, portanto, privado de toda e qualquer capacidade civil. O Direito Romano que, a princípio, reconhecia o direito de vida e morte sobre o escravo, aos poucos foi reconhecendo que o elemento servil não era rigorosamente uma coisa, mas uma pessoa. Malheiro acrescenta que, “em inúmeros casos se fazem exceções às regras e leis gerais da propriedade por inconciliáveis com os direitos ou deveres do *homem-escravo*, com os princípios de humanidade, e naturais. E assim veremos que é, de um lado, errônea a opinião daqueles que, *espíritos fortes*, ainda que poucos, pretendem entre nós aplicar cegamente e sem critério ao escravo todas as disposições gerais sobre a propriedade, bem como, de outro lado, não o é menos a daqueles que, levados pela extrema bondade do seu coração, deixam de aplicar as que devem sê-lo; apesar de que, em tal matéria, é menos censurável o procedimento dos últi-

4 Recurso apresentado por Raimundo José Lamagner Viana através de seu advogado Francisco de Melo Coutinho Vilhena.

mos.” E conclui : “Em todas as questões, sobretudo e com especialidade nas que se referem ao *estado* de livre ou escravo, deve-se temperar com a maior equidade possível o rigor das leis gerais, sem todavia ofender um direito certo, líquido, e incontestável de propriedade, resguardando-o tanto quanto seja compatível com a garantia e favor à liberdade. Nessa conciliação está toda a dificuldade.”

A operacionalidade dava-se, a nosso ver, pelo reconhecimento implícito da existência de dois ordenamentos. Temos assim a fórmula dada por um jurista da época que, embora abolicionista, possuía escravos, para se operar a calibragem do sistema sem romper nem o ordenamento principal, cuja norma maior era a própria Carta de 1824, de cariz liberal, nem o ordenamento “de exceção”. Desse modo, ficava resolvido igualmente o problema de possível antinomia das leis, de sua validade e eficácia.

Enquanto nas **Ordenações** as penas eram diferenciadas segundo a condição social do destinatário, no próprio corpo do código, no Brasil Império essas penas eram diferenciadas no sistema legal ambivalente: liberal, para os homens livres e libertos; “de exceção”, para o elemento servil.

Ainda em seus comentários ao Código Criminal, o Desembargador Pessoa informa: “A Relação da Corte em Acórdão n.º 137, de 15 de junho de 1875, reformando uma sentença contra escravo, impôs a pena do médio do art. 194 do Código Criminal e converteu em 200 açoites e a trazer ferro ao pescoço por 2 anos, unanimemente na forma deste artigo.” E conclui: “Dizemos, como sempre, que é bárbara uma tal pena, que deve ser revogada, sendo abolida de nossa legislação, e trazemos estas e outras decisões no mesmo sentido, para que os juízes uniformisem a decretação de açoites, sem esquecer os princípios de humanidade.” [*sic*]

Conclusão

Não se pode, com efeito, escamotear o caráter ideológico do Direito. O que seria a lei, em definitivo, senão projeção da ideologia do-

minante no plano normativo, no âmbito do ordenamento jurídico? No Brasil Império, o que se constata é a coabitação – coabitação promíscua, bem entendido – de uma infra-estrutura escravagista com uma ideologia pseudoliberal. As leis ditas liberais, a Carta de 1824 em primeiro lugar, não passavam de um véu a encobrir o *real verdadeiro*, fazendo avultar o *real simplesmente desejado*, o *real ideológico*. No plano teórico, fica intocada a clássica correlação infra-estrutura/superestrutura. O pseudoliberalismo é, aqui, apenas a articulação do contraditório, daí porque não se trata, de *facto*, de liberalismo, mas de pseudoliberalismo simplesmente.

Estava hipocritamente, assim, preservado o liberalismo de fachada das elites do Brasil imperial.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997. 168 p.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. 184 p.

BONAVIDES, Paulo e AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1996. 9 v.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização** 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. 420 p.

CASTRO, Hebe M. Mattos de. “Laços de família e direitos no final da escravidão”. In:_. **História da vida privada no Brasil** (Org. ALENCASTRO, Luiz Felipe de.) São Paulo: Companhia das Letras, 1999. v. 2.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito; técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

FARIAS, Paulo José Leite. **Apostila de direito civil; parte geral**. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, s/d. 119 p.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2003. 2 v. Edição fac-similar. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil).

MACHADO DE ASSIS. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1997, v. III.

MALHEIRO, Perdigão. **A escravidão no Brasil**; ensaio histórico, jurídico social. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976. 2 v.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituição de 1824**. Brasília: Senado Federal/CEE-MCT/ ESAF/MF, 1999. 121 p. (Constituições Brasileiras v. 1.)

PESSOA, Vicente Alves de Paula. **Código criminal do Império do Brazil anotado**. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877. 564 p.

SCHWARZ, Roberto. “As idéias fora do lugar”. **Cadernos Cebrap**. São Paulo, n. 3, 1993. p. 153-159.

VIOTTI DA COSTA, Emília. **Da monarquia à república**; momentos decisivos. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

WEFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980. 181 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 170 p.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988

.....

A Evolução de Um Conceito

No Século XIII, em Portugal, sob o reinado de D. Diniz, O Lavrador, diploma legal, datado de 14 de janeiro de 1289, cria a figura do Procurador do Rei, em caráter permanente.

Na França, a *Ordonnance*, de 25 de março de 1302 (ou 1303), editada pelo Rei Filipe, O Belo, institui o *Procureur du Roi* (ou *Les gens du Roi*). O rei falava através de seu Procurador, daí a denominação dada a este de *La bouche du Roi*.

Ao Procurador do Rei, em Portugal e França, incumbia chamar à casa do rei todos quantos tinham com ele alguma questão a resolver.¹

Em Roma antiga, havia o “*defensor civitatis* (advogado do povo), constituído para proteger a população contra abusos dos funcionários.”² O *defensor civitatis* assemelha-se, hoje, a nosso ver, muito mais ao ouvidor ou ao corregedor do que ao *Parquet*.

Houve tempos em Atenas, na Época Arcaica, que qualquer cidadão podia exigir justiça em favor das partes lesadas. Como na Sub-comissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, da Constituinte de 1987/1988, cogitou-se atribuir a qualquer pessoa a prerrogativa de oferecer denúncia na defesa de terceiro ofendido, seria útil relembrar a

1 Cf. CANTANHEDE, Washington Luiz Maciel (org.). **Ministério Público do Estado do Maranhão**; fontes para sua história, v. 1, p. 24 e 27.

2 Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**, p. 469.

legislação do estadista e legislador ateniense, Sólon, no século VI a. C. No fragmento selecionado por Eberhard Ruschenbusch e transcrito por Delfim Ferreira Leão (estando em itálico a citação do excerto da lei e em redondo o comentário), Plutarco escreve a propósito desta lei de Sólon:

“No entanto, convencido de que era mais urgente socorrer a fraqueza da turba, ele *concedeu a todo o cidadão o direito de mover um processo em favor do lesado*. Assim, se alguém fosse vítima de maus tratos, violência ou dano, era permitido, a quem pudesse e desejasse, acusar e perseguir o culpado. [...] Com esta lei está de acordo um dito seu de que se conserva a memória; na verdade, questionado, ao que parece, sobre qual seria a melhor cidade para se viver, ele respondeu: ‘Aquela onde mesmo os que não foram vítimas de injustiça perseguem e punem os culpados com não menor zelo do que os que sofreram a afronta.’”³

Assinale-se que no Brasil Império a denúncia podia ser oferecida pelo Promotor Público e por qualquer cidadão.

Consoante Sergio de Andréa Ferreira,

“No Brasil, as origens do MP encontram-se nas **Orde-nações Manuelinas**. O Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal de Relação da Bahia, com o nome de Relação do Brasil, é tido por muitos como ‘a primeira lei relativa ao Ministério Público neste País’. Aludia ao *Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco*, depois, também, *Promotor da Justiça*. Tais funções, com a criação da Relação do Rio de Janeiro – a partir de 1808, Casa de Suplicação do Brasil –, passaram a ser exercidas também junto a esta, bem assim perante as Relações do Maranhão e de Pernambuco, com a sua posterior instituição.”

3 LEÃO, Delfim Ferreira. **Sólon**; ética e política, p.362.

E continua Ferreira: “[...] segundo alguns, o primeiro diploma legal que, no Brasil, realmente tratou o Ministério Público como instituição foi o Decreto Federal n.º 1.030, de 14 de novembro de 1890.” Ressalva, entretanto, o autor mencionado, em nota de rodapé, que “Aponta-se o Decreto n.º 5.618, de 02-05-1874 (art. 18), como o diploma que empregou, pela primeira vez entre nós, a expressão *Ministério Público*.”⁴

No Brasil Império, a advocacia do Governo Imperial, a defesa da ordem jurídica e dos interesses do Estado, que não tinha, todavia, assento constitucional, era atribuição do Procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional, Promotor da Justiça da Corte, integrante do Conselho de Estado. Na Constituição republicana de 1891 é instituída a figura do Procurador-Geral da República, prevista no Capítulo V, Seção III – Do Poder Judiciário. A Constituição republicana não se refere à instituição Ministério Público, mas tão-somente à pessoa institucional do Procurador-Geral da República, escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal; suas atribuições foram definidas em lei, tal como estatua o § 2.º do art. 57 da referida Carta.

Na Constituição de 1934, em que o Ministério Público ganha dignidade constitucional, a instituição ministerial não foi inserida no Capítulo IV – Do Poder Judiciário, mas no Capítulo VI, que trata “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”, inserido na Seção I, seguido do Tribunal de Contas (Seção II) e dos Conselhos Técnicos (Seção III). São os artigos 95 a 98 que dispõem sobre o *Parquet*, mas que não explicitam sua competência, o que não é de boa técnica legislativa. Apenas uma atribuição do Procurador-Geral da República é mencionada: no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato governamental pela Corte Suprema, cabia ao Procurador-Geral da República comunicar a decisão ao Senado Federal, a fim de que este suspendesse a execução de tal norma, bem como a outra autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato. O texto

4 FERREIRA, Sergio de Andréa. **Princípios Institucionais do Ministério Público**, p. 14-15.

constitucional de 1934 não englobou o § 1.º do art. 63 do Anteprojeto da Constituição de 1934, “elaborado pela comissão nomeada pelo Chefe do Executivo do Governo Provisório”, que atribuía ao Ministério Público a condição de órgão da lei e da defesa social; nem o parágrafo 2.º, que confere ao Procurador-Geral a atribuição de defender pessoalmente a União perante o Supremo Tribunal.

A Constituição de 1937, que em muitos casos deixou de ser aplicada, refere-se ao Ministério Público no art. 99, sob o título “Do Supremo Tribunal Federal”, afirmando que a instituição ministerial terá como chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, sendo de livre nomeação do Presidente da República.

A Carta de 1946 traz no Capítulo IV – Do Poder Judiciário – o Título III, todo ele concernente ao Ministério Público. Determina que a lei organizará o Ministério Público da União junto à Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho. Tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e demissível *ad nutum*. E que a “União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local.” (Parágrafo único do art. 126).

A Constituição de 1967 alberga o Ministério Público no Capítulo VII, referente ao Poder Executivo. O *Parquet* sai, então, da esfera do Poder Judiciário, como era nas duas constituições imediatamente anteriores, sendo vinculado ao Executivo, aproximando-se mais da sistemática da Carta de 1934, que o considera órgão de cooperação nas atividades governamentais. Está na Seção VII e compreende três artigos. Repete basicamente o disposto na Constituição de 1946, e remete, no parágrafo único do art. 96, para lei complementar as normas gerais, de iniciativa do Presidente da República, para a organização do Ministério Público estadual.

A Emenda Constitucional de 1969 retoma tudo da Constituição de 1967 sobre a matéria, suprimindo, no entanto, o parágrafo único do art. 96, acerca das normas gerais de organização ministerial nos estados.

Todas as constituições republicanas até então atribuíam ao Ministério Público a defesa em juízo dos interesses da União.

O MP na Constituição de 1988

A Constituinte, de que resulta o texto de 1988, opera uma mudança qualitativa na natureza e, por conseguinte, nas atribuições do Ministério Público.

No processo de redemocratização pelo qual passava o país, o Presidente da República, José Sarney, enviou ao Congresso Nacional, em 28 de junho de 1985, mensagem propondo a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, de cuja mensagem resultou a Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de setembro de 1985. Havia alguns anteprojetos de constituição, a exemplo, entre outros, do Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, criada pelo Decreto n.º 91.450/1985; o de Fábio Konder Comparato; o de Henry Macksoud.⁵

O relator da Comissão de Sistematização, Deputado Bernardo Cabral, em palestra no *Seminário 15 Anos da Constituição de 1988*, organizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), por determinação do então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, discorreu sobre a organização da Constituinte, a metodologia de trabalho adotada, o seu *modus faciendi*.

A Assembléia Nacional Constituinte foi instalada em 1.º de fevereiro de 1987. Em 24 de março, foi aprovado seu Regimento Interno. As 24 Subcomissões funcionaram de 7 de abril a 25 de maio, e as Comissões Temáticas, de 26 de maio a 15 de junho daquele ano. A Comissão de Sistematização e o Plenário da Constituinte realizaram seus trabalhos no período de 17 de julho a 18 de novembro de 1987, onde discutiram-se as matérias e apresentaram-se emendas.

5 Cf. OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de Informações Sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**; quais são, onde buscá-las e como usá-las, p. 11-12.

“Em 7 de abril de 1987 – relata o Deputado Bernardo Cabral –, foram constituídas as Comissões e Subcomissões encarregadas de estudar os assuntos de interesse nacional e das matérias que constariam da futura Constituição. Foram criadas Comissões Temáticas: da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; da Organização do Estado, dos Poderes e Sistema de Governo; da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; da Ordem Econômica; da Ordem Social; da Família; da Educação, Cultura e Esporte; da Ciência e Tecnologia; e da Comunicação. Cada uma dessas Comissões foi subdivididas em três Subcomissões, em um total de 24.”⁶

A primeira fase começou em 12 e 13 de abril de 1987, quando as Subcomissões iniciaram suas reuniões, recebendo “sugestões do povo, de entidades de classe, associações comunitárias, sindicatos, além das sugestões dos próprios parlamentares, seus membros ou não. Cerca de 10 mil sugestões foram apresentadas, sendo 6 mil de parlamentares e mais de 3 mil de não parlamentares.”

Na segunda fase de trabalhos das Subcomissões, cada uma elaborou um Anteprojeto, submetido à discussão entre os seus membros. Ainda na segunda fase, após 15 de maio, foi redigido “o texto final de cada Subcomissão e encaminhado para a respectiva Comissão Temática”. De 22 a 25 de maio, os Anteprojetos remetidos às Comissões Temáticas, receberam cerca de 5 mil emendas, feitas por parlamentares e organizações da sociedade civil. As Comissões Temáticas, por seu turno, enviaram os textos para a Comissão de Sistematização. Esta última apresentou a primeira versão do texto do Projeto, em 26 de junho, já consistente, coerente, escoimado das contradições e preenchidas as lacunas.

O trabalho do relator da Comissão de Sistematização compreendeu duas fases: “a primeira foi a de organizar as propostas e as Comissões Temáticas, eliminando, na medida do possível, as contradições

6 CABRAL, Bernardo. *In: ... ANAIS. SEMINÁRIO 15 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*, p. 39 *et passim*.

lógicas.” O texto da Comissão de Sistematização possuía mais de 2 mil artigos! A segunda fase consistiu na apresentação de um substitutivo pelo relator.

A votação do Projeto em primeiro turno ocorreu em 27 de janeiro de 1988. O segundo turno, durante o período de 1.º de julho de 1988 a 2 de setembro daquele ano. Finalmente, a votação da Redação Final, no interregno de 13 a 22 de setembro de 1988. Em 5 de outubro, foi promulgada solenemente a nova Constituição.

O relator da Comissão de Sistematização, no referido Seminário, arrolando alguns reflexos e conseqüências do texto constitucional, afirma no item 15): “o combate sem trégua à corrupção, por meio do fortalecimento do Ministério Público, ou as pessoas pensam que o Ministério Público estaria chamando a atenção, instaurando inquéritos, procurando por iniciativa própria? Não. A Constituição lhe deu essa força. É do texto constitucional, que ninguém quer reconhecer.”

A tradição, desde a Constituição de 1924, era de os anteprojetos serem feitos ou por um jurista de nomeada ou por uma comissão de juristas. Os constituintes de 1987 optaram por outro caminho: o recolhimento dos anseios, das idéias, das necessidades e das convicções emanadas da sociedade. Ademais, “tratava-se de reordenar democraticamente o país após a ruptura da ordem constitucional.” Com efeito, o método adotado pelo Congresso Constituinte “privilegiou a espontaneidade das contribuições ao invés de adotar o texto inicial.” Há que se referir à emendas populares, “algumas com mais de um milhão de assinaturas”. Criou-se uma estrutura compreendida por Subcomissões e Comissões Temáticas, que recolhessem e refletissem a visão da realidade nacional. As Comissões trabalhavam sobre temas específicos, setoriais: havia discussões das matérias entre os constituintes, assembléias públicas, e os trabalhos resultantes vinham consubstanciados em pareceres, submetidos à votação no âmbito da Subcomissão.

O processo escolhido pelos constituintes membros da *Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público*, existente no âmbito da *Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*, consistiu em: 1) Recolher opiniões e análises de especialistas e de não

especialistas; 2) Elaboração do Anteprojeto (Relatório); 3) Discussão e emendas ao Anteprojeto; 4) Parecer do relator às emendas, apresentando para cada instituição (Poder Judiciário e Ministério Público) uma subemenda que deu origem a outro Anteprojeto levado à plenário da Subcomissão.

O Relatório está dividido em três partes: diagnóstico da situação da Justiça; objetivos e pressupostos do Anteprojeto de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; texto do Anteprojeto.

Entre os pressupostos básicos para a consecução do Anteprojeto, no que concerne ao Ministério Público, estão sua autonomia e independência, o monopólio e a obrigatoriedade da ação penal pública e seu exercício por órgão independente.

Em seu Parecer às emendas apresentadas ao Anteprojeto de organização dessas duas instituições, em 23 de maio de 1987, o relator, Deputado Plínio de Arruda Sampaio, escreve:

“O trabalho da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público iniciou-se com audiências públicas em que se fizeram ouvir não só representantes de diversos setores do sistema de distribuição de justiça como juristas de notório saber, líderes de diversos segmentos sociais e dirigentes de colégios profissionais e sindicatos.

“Das sessenta horas de depoimentos e das centenas de documentos, memórias e propostas enviadas à Comissão, tanto por juristas da maior nomeada quanto por associações de juízes, promotores, advogados, delegados, escrivães, juízes de paz e de cidadãos de todos os Estados, surgiu um diagnóstico bastante nítido da situação atual da prestação jurisdicional em nosso País.

“Esse diagnóstico foi resumido no Relatório que acompanhou o Anteprojeto de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público.”

E mais adiante, acrescenta:

“Acolhendo sugestões das associações de magistrados e de promotores públicos, o Relatório incluiu dispositivos que asseguram, como em nenhum outro período da nossa história, a autonomia e a independência dessas duas instituições básicas da prestação jurisdicional – autonomia política, financeira, administrativa.”

Na Primeira Reunião Extraordinária da Subcomissão, realizada em 13 de abril de 1987, foi ouvido em audiência pública para discutir projeto oferecido como sugestão pela Confederação Nacional do Ministério Público, o Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e Secretário-Geral daquela Confederação, Dr. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo. Em substância, disse ele naquele plenário:

“As sugestões que traz a Confederação Nacional do Ministério Público são o resultado de uma longa caminhada, encontros, seminários, pesquisas, congressos nacionais e até mesmo de um questionário distribuído, pesquisa entre todos os promotores do Brasil”. “A vida, a liberdade, o meio ambiente, são valores que, inegavelmente, contém um conteúdo social que configura o interesse de toda a sociedade, um interesse público, que é muito diferente, em sua natureza e conteúdo, daqueles outros interesses chamados meramente individuais. [...] E o Ministério Público se coloca justamente como uma das instituições que o ordenamento jurídico cria para a defesa e a preservação destes valores fundamentais.” “Portanto, o Ministério Público, ao agir, representa a sociedade e não o Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público.” “O Ministério Público atua, basicamente, de três formas diferentes: fora do processo, na investigação e dentro do processo. Fora do processo, o Ministério Público desenvolve uma atividade preventiva e conciliatória. [...] Os promotores de justiça vêm cumprindo, silenciosamente, há muitos anos, o papel do ouvidor do povo, do Ombudsman.” “Na atividade investigatória, porém, que é a segunda forma de atuação do Ministério Público, encontramos um descompasso terrí-

vel, porque na sua função tradicional, que é a de promotor criminal, encontra-se com pouquíssimos meios legais para proceder a uma investigação.” “A atuação dentro do processo é a mais conhecida do Ministério Público. Ele faz isso ora propondo ações, ora intervindo em processos iniciados por outras pessoas, como no crime, como no cível, em inúmeras situações.” “Apesar dessa variadíssima gama de atribuições, que dão à instituição a importância de elevá-la a nível de previsão constitucional, contraditoriamente, as Constituições brasileiras têm sido muito pobres ao discriminar as funções institucionais do Ministério Público, contrariando até mesmo uma regra elementar, de que a lei que cria o órgão deve estabelecer as suas funções básicas.” “Isto é o que pretendemos em nossa sugestão, que ela [a Constituição] consagre funções institucionais básicas, muitas das quais já exercemos, como a defesa da Constituição e da ordem jurídica, através das ações de representação por inconstitucionalidade. É necessário, também, que a constituição preveja a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública; a intervenção nos processos judiciais, em que haja interesse público; que consagre, de vez, a iniciativa do Ministério Público para promover o inquérito civil; que traga, no seu bojo, a previsão da ação civil pública, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis.” “... que o Ministério Público seja uma das instituições responsáveis pela defesa do regime democrático.” “Não basta conferir ao Ministério Público atribuições. É preciso que se lhe dê um sistema de garantias.” “... autonomia administrativa e financeira para a instituição e para os membros do Ministério Público vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e paridade de vencimentos com a magistratura.” “... a possibilidade de qualquer pessoa do povo provocar a atuação do Ministério Público, o ingresso na carreira através de concurso público, a colocação em disponibilidade de membro do Ministério Público e a aquisição

da vitaliciedade após dois anos de exercício.” “A defesa da sociedade tem sido o nosso norte, bem como a defesa da Constituição e da ordem jurídica”.⁷

No Parecer do relator, a subemenda do Ministério Público leva o n.º 9, sendo o Capítulo II, e contempla as emendas aprovadas integralmente, cujos números são os seguintes: 512, 556, 555, 554, 446, 346, 156, 131, 270, 275, 252, 257, 557, 243, 269 e 121; e as aprovadas parcialmente, de números: 010, 081, 210, 165, 320, 264, 545, 506, 347, 011, 012, 026, 027, 044, 065, 447, 161, 280, 279, 545, 019, 033, 043, 058, 205, 106, 310, 264, 545, 008, 015, 022, 045, 208, 162, 242, 307, 545, 117, 016, 028, 209, 496, 163, 314, 349, 128, 182, 009 e 403.

O Anteprojeto, aprovado em 25 de maio de 1987, é basicamente o mesmo da subemenda elaborada no Parecer do relator, contendo apenas um acréscimo no inciso I do art. 43 (que no Parecer leva o n.º 42). Eis o texto aprovado, estando o acréscimo em negrito:

Do Ministério Público

Art. 43. O Ministério Público compreende:

*I – Ministério Público Federal, que exercerá suas funções junto aos Tribunais Superiores, às Justiças Federal, Eleitoral, do Trabalho, Militar e Agrária, ao Tribunal de Contas da União e à **Justiça do Distrito Federal e Territórios.***

II – Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.

§ 1.º O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão organizados por leis complementares federais distintas e o Ministério Público dos Estados por leis complementares locais, de iniciativa de seus respectivos Promotores-Gerais.

7 **DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE.** Brasília, ano I, Suplemento ao n.º 53, 1.º de maio de 1987.

§ 2.º *A superior administração de cada Ministério Público será exercida pelo Promotor-Geral, pelo Colégio Superior, pelo Conselho Superior e pelo Corregedor-Geral.*

§ 3.º *O Promotor-Geral será eleito dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.*

Art. 44. *Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos Magistrados, bom como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.*

Art. 45. *As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:*

I – privativamente:

- a) promover a ação penal pública;*
- b) promover inquérito para instruir ação civil pública.*

II – sem exclusividade:

- a) conhecer de representações por violação de direitos humanos e sociais, por abusos do poder econômico e administrativo, apreciá-las e dar-lhes curso, como defensor do povo, junto ao poder competente;*
- b) promover ação civil pública e tomar medidas administrativas executórias, em defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, bem como de outros interesses públicos;*
- c) referendar acordos extrajudiciais;*
- d) representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;*
- e) requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial;*

f) defender, judicial e extrajudicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, incluída a preservação e restauração de direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores.

III – o exercício de outras funções que lhe forem atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.

§ 1.º Qualquer cidadão poderá interpor recurso ao Colégio Superior do ato do Promotor-Geral que arquivar ou mantiver o arquivamento de qualquer procedimento criminal ou de peças de informação.

§ 2.º A instauração de qualquer procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.

Art. 46. Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, criar, extinguir e prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos.

§ 1.º O Ministério Público proporá ao Poder Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e dos serviços auxiliares, bem como o seu orçamento, aplicando-se o disposto no art. 11 e seus parágrafos, do Capítulo do Poder Executivo.

No Capítulo IV – Das Disposições Transitórias do Anteprojeto, há ainda três artigos que dispõem sobre o Ministério Público:

Art. 53. Os membros do Ministério Público Federal que estiverem em exercício quando da promulgação desta Constituição poderão optar por integrar a carreira jurídica de representação judicial da União, no prazo de sessenta dias a contar daquela data.

Art. 54. Os membros de carreira dos Ministérios Públicos do Tribunal de Contas da União, do Trabalho e Militar integrar-se-ão no quadro de carreira do Ministério Público Federal, aplicando-se-lhes o disposto no artigo anterior.

Art. 55. Os atuais integrantes do Quadro Suplementar dos Ministérios Públicos do Trabalho e Militar, que tenham adquirido estabilidade nessas funções, serão aproveitados em cargo do quadro da carreira do Ministério Público Federal.

Os constituintes de 1988 operaram uma mudança essencial na competência do Ministério Público, como já dissemos. De advocacia da União, passa a ser *advocacia do povo*; a ter legitimidade para promover *ação civil pública e tomar medidas executórias, em defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, bem como de outros interesses públicos*; não lhe incumbe *a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público*, que passa a ser atribuição de uma nova instituição, a Advocacia-Geral da União; tem assegurada *autonomia funcional, administrativa e financeira*. Os constituintes de 1988 retiraram, destarte, o Ministério Público da esfera tanto do Judiciário quanto do Executivo.

O texto promulgado em 5 de outubro de 1988, mais aprimorado e de melhor técnica legislativa, levou a seguinte redação, acolhendo basicamente todo o conteúdo da subemenda do relator:

Título IV

Da Organização dos Poderes

Capítulo IV

Das Funções Essenciais à Justiça

Seção I

Do Ministério Público

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;*
- b) o Ministério Público do Trabalho;*
- c) o Ministério Público Militar;*
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;*

II – os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista triplíce dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

§ 4º Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I – as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

II – as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer a advocacia;

c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.

§ 3º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI.

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

QUADRO I

Anteprojeto Aprovado na Subcomissão	Texto Promulgado em 1988
<p>Art. 43. O Ministério Público compreende:</p> <p>I – Ministério Público Federal, que exercerá suas funções junto aos Tribunais Superiores, às Justiças Federal, Eleitoral, do Trabalho, Militar e Agrária, ao Tribunal de Contas da União e à Justiça do Distrito Federal e Territórios.</p> <p>II – Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.</p>	<p>Art. 128. O Ministério Público abrange:</p> <p>I – o Ministério Público da União, que compreende:</p> <p><i>a)</i> o Ministério Público Federal;</p> <p><i>b)</i> o Ministério Público do Trabalho;</p> <p><i>c)</i> o Ministério Público Militar;</p> <p><i>d)</i> o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;</p> <p>II – os Ministérios Públicos dos Estados.</p>
<p>Art. 44. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos Magistrados, bom como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.</p>	<p>§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:</p> <p>I – as seguintes garantias:</p> <p><i>a)</i> vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;</p> <p><i>b)</i> inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;</p> <p><i>c)</i> irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;</p> <p>II – as seguintes vedações:</p> <p><i>a)</i> receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;</p> <p><i>b)</i> exercer a advocacia;</p> <p><i>c)</i> participar de sociedade comercial, na forma da lei;</p> <p><i>d)</i> exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;</p> <p><i>e)</i> exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.</p>

<p>Art. 45. As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:</p>	<p>Art. 129. § 2º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.</p>
<p>II – sem exclusividade: [...] f) defender, judicial e extrajudicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, incluída a preservação e restauração de direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores.</p>	<p>Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; [...]</p>
<p>III – o exercício de outras funções que lhe forem atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.</p>	<p>Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.</p>
<p>Art. 46. Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, criar, extinguir e prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos.</p>	<p>Art. 127. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.</p>
<p>§ 1º O Ministério Público proporá ao Poder Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e dos serviços auxiliares, bem como o seu orçamento, aplicando-se o disposto no art. 11 e seus parágrafos, do Capítulo do Poder Executivo.</p>	<p>§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.</p>

No Quadro I, comparamos o resultado do início dos trabalhos dos constituintes (o Anteprojeto aprovado na Subcomissão) e o texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Para chegar ao texto promulgado, o Anteprojeto inicial passou pelo seguinte processo: discussão e votação na Comissão Temática; transforma-se no Primeiro Substitutivo na Comissão de Sistematização e, em seguida, no Segundo Substitutivo na mesma Comissão. Torna-se, ainda no âm-

bito desta Comissão, em Projeto Final (Projeto A). Levado a plenário da Assembléia Nacional Constituinte, em primeiro turno de votação, recebe emendas, dando origem ao Projeto B, que vai a segundo turno. Aprovado, vai à Comissão de Redação (Projeto C), transformando-se, finalmente, na Constituição Federal (Projeto D).

Conforme informações contidas na obra de Dilsson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro, em 24 de novembro de 1987, fez-se a “Entrega solene do Projeto de Constituição ao Presidente da ANC (Projeto “A”). Contém ele 1.800 dispositivos, entre artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Dos 335 artigos, 271 são disposições permanentes e 64, disposições transitórias.” Em 27 de janeiro de 1988, dá-se o “Início da votação em plenário, 1.º turno, do Projeto da Comissão de Sistematização e das respectivas emendas.” Em 20 de abril, “É instalada a Comissão de Redação, composta de 19 membros, destinada a depurar o texto já votado para deixá-lo jurídica e literariamente o mais perfeito possível. Foram designados dois assessores especiais para colaborar com a Comissão: o Professor Celso Ferreira Cunha, filólogo e gramático, para cuidar do texto; o Professor José Afonso da Silva, tributarista de renome, para auxiliar nas questões tributárias.” Em 25 de julho, “Início da votação, em 2.º turno, do Projeto B.” Em 1.º de novembro, “Encerra-se a votação do Projeto e respectivas emendas.” No dia 14 do mesmo mês, “É aberto prazo para a apresentação de propostas de redação, na Comissão de Redação. O texto é o Projeto “C”, constituído de 313 artigos, dos quais, 244 são disposições permanentes e 69, transitórias. São apresentadas 833 propostas.” Ainda em novembro, no dia 22, “É votada e aprovada em Plenário a Redação Final do Projeto “D”. Este texto contém 315 artigos, dos quais 245 são disposições permanentes e 70, transitórias.”¹ Finalmente, em 5 de outubro daquele ano é promulgada a Constituição que o saudoso Deputado Ulysses Guimarães chamaria de a Constituição Cidadã.

O Quadro seguinte espelha as mudanças pelas quais passaram o Anteprojeto aprovado na Subcomissão até sua transformação no Projeto Final, na Comissão de Sistematização:

1 BRUSCO, Dilsson Emílio e RIBEIRO, Ernani Valter, *op. cit.*, p. XXIX – XXX.

QUADRO II				
PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
Art.156. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.	Art.149. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.	Art. 178. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica da legalidade democrática, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.	Art. 134 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis .	
§ 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.	§ 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional .	§ 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.	§ 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional .	
§ 2.º Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional e administrativa, competendo-lhe dispor, na forma da lei, observado o parágrafo único do artigo 190, sobre a própria organização e funcionamento, provendo seus cargos, funções e serviços auxiliares por concurso público.	§ 2.º - Ao Ministério Público fica assegurada a autonomia funcional e administrativa , competendo-lhe dispor, na forma da lei, e obedecido o que dispõe o parágrafo único do artigo 190 sobre a organização e funcionamento, provendo seus cargos, funções e serviços auxiliares por concurso público.	§ 2.º - Ao Ministério Público fica assegurada a autonomia funcional e administrativa , competendo-lhe dispor, na forma da lei, e obedecido o que dispõe o parágrafo 1º do artigo 224 sobre a sua organização e funcionamento, provendo seus cargos, funções e serviços auxiliares por concurso público.	§ 2.º Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competendo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento , criar, extinguir e prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos.	Art. 46 - Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competendo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento , criar, extinguir e prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos.

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
§ 3.º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.	§ 3.º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.	§ 3.º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.	§ 3.º O Ministério Público proporá ao Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e servidores, a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares , bem como seu orçamento, aplicando-se o disposto nos §§ 1º e 5º do Art. 97.	§ 1.º O Ministério Público proporá ao Poder Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e dos servidores auxiliares, bem como o seu orçamento , aplicando-se o disposto no art. 11 e seus parágrafos, do Capítulo do Poder Judiciário.
Art.157. O Ministério Público compreende: I - o Ministério Público Federal;	Art. 150. O Ministério Público compreende: I - o Ministério Público Federal;	Art. 179. O Ministério Público compreende: I - o Ministério Público Federal;	Art. 135. O Ministério Público compreende: I – o Ministério Público Federal, que oficiará perante o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União e os Tribunais e Juízes federais comuns;	Art. 43. O Ministério Público compreende: I - Ministério Público Federal, que exercerá suas funções junto aos Tribunais Superiores, às Justiças Federal, Eleitoral, do Trabalho, Militar e Agrária, ao Tribunal de Contas da União e à Justiça do Distrito Federal e Territórios.
II - o Ministério Público Militar;	II - o Ministério Público Militar;	II - o Ministério Público Militar;	III - o Ministério Público Militar;	
III - o Ministério Público do Trabalho;	III - o Ministério Público do Trabalho;	III - o Ministério Público do Trabalho;	IV - o Ministério Público do Trabalho;	
IV - o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;	IV - o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;	IV - o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;	V - o Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios;	II - Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
<p>V - o Ministério Público dos Estados.</p> <p>§ 1.º O Ministério Público Federal formará lista tripartite para escolha do Procurador-Geral da República, e os demais Ministérios Públicos elegerão seu Procurador-Geral, em qualquer caso, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução .</p> <p>§ 2.º Os Procuradores-Gerais poderão ser destituídos por deliberação de dois terços do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa, conforme o caso, por abuso de poder ou grave omissão dos deveres do cargo, mediante representação da maioria dos integrantes daquelas Casas, do Presidente da República ou do órgão colegiado competente do respectivo Ministério Público.</p>	<p>V - o Ministério Público dos Estados.</p> <p>§ 1.º O Ministério Público Federal formará lista tripartite para escolha do Procurador-Geral da República e os demais Ministérios Públicos elegerão seu Procurador-Geral, em qualquer caso, dentre integrantes da carreira, dois anos, permitida uma recondução.</p> <p>§ 2.º Os Procuradores-Gerais poderão ser destituídos por deliberação de dois terços do Senado da República ou das Assembléias Legislativas, conforme o caso, por abuso de poder ou grave omissão dos deveres do cargo, mediante representação da maioria dos integrantes daquelas Casas, do Presidente ou dos Governadores ou do órgão colegiado competente do respectivo Ministério Público.</p>	<p>V - o Ministério Público dos Estados.</p> <p>§ 1.º Cada Ministério Público elegerá lista tripartite, na forma da lei, para escolha de seu Procurador-Geral, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.</p>	<p>V - O Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.</p> <p>§ 1.º Cada Ministério Público elegerá o seu Procurador-Geral, na forma da lei, dentre integrantes da carreira, para mandato de três (3) anos , permitindo-se uma recondução.</p>	<p>II - Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.</p> <p>§ 3.º O Promotor-Geral será eleito dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução .</p>

<p>PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO</p>	<p>§ 3.º Leis complementares distintas, de iniciativa dos respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Minis-tério Público, observadas, relativamente e seus integrantes;</p>	<p>SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO</p> <p>§ 4.º Leis complementares distintas, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Minis-tério Público, asseguradas:</p>	<p>PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO</p> <p>§ 4.º Leis complementares distintas, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Minis-tério Público, asseguradas:</p>	<p>PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO</p> <p>§1.º O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão organizados por leis complementares federais distintas e o Ministério Público dos Estados por leis complementares locais, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais.</p>
<p>I - as seguintes garantias:</p> <p>a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sen-tença judicial transitada em julgado;</p> <p>b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Minis-tério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegura-da ampla defesa;</p> <p>c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;</p>	<p>I - as seguintes garantias:</p> <p>a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sen-tença judicial, com eficácia de coisa julgada;</p> <p>b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Minis-tério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegura-da ampla defesa;</p> <p>c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;</p>	<p>I - as seguintes garantias:</p> <p>a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sen-tença judicial, com eficácia de coisa julgada;</p> <p>b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Minis-tério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegura-da ampla defesa;</p> <p>c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;</p>	<p>I - as seguintes garantias:</p> <p>a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sen-tença judicial, com eficácia de coisa julgada;</p> <p>b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Minis-tério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegura-da ampla defesa;</p> <p>c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;</p>	<p>I - as seguintes garantias:</p> <p>a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sen-tença judicial, com eficácia de coisa julgada;</p> <p>b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Minis-tério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegura-da ampla defesa;</p> <p>c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;</p>

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
II - as seguintes vedações: a) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; c) exercer a advocacia; d) participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista; e) exercer atividade político-partidária, salvo prévio afastamento, na forma da lei.	II - as seguintes vedações: a) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; c) exercer a advocacia; d) participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista; e) exercer atividade político-partidária, salvo prévio afastamento, na forma da lei.	II - as seguintes vedações: a) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; c) exercer a advocacia; d) participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista; e e) exercer atividade político-partidária..		
Art. 158. São funções ins-titucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 151. São funções ins-titucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 180. São funções ins-titucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 137 - São funções ins-titucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 45. As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:
I - promover, privativamente, a ação penal pública;	I - promover, privativamente, a ação penal pública;	I - promover, privativamente, a ação penal pública;	I - promover, privativamente, a ação penal pública;	I - promover, privativamente, a ação penal pública;

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços sociais de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e promovendo as medidas necessárias à sua correção e punição dos responsáveis;	II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços sociais de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e promovendo as medidas necessárias à sua correção e punição dos responsáveis;	II - promover ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente, inclusive o do trabalho, e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral, ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	II - promover ação civil pública, nos termos da lei, para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	I - privativamente: b) promover inquérito para instruir ação civil pública. II - sem exclusividade: b) promover ação civil pública e tomar medidas administrativas executórias, em defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, bem como de outros interesses públicos;
III - promover o inquérito civil e a ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente, o trabalho, e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral, ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	III - promover o inquérito civil e a ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente, inclusive o do trabalho, e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	III - representar por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios;	III - representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal quanto à Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;	d) representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;	IV - representar por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios;	III - representar por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios;	III - representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal quanto à Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;	d) representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
V - defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	V - defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	IV - defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	IV - defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	F) defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, incluída a preservação e restauração de direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores .
VI - expedir intimações nos procedimentos administrativos que instaurar, requisitar informações e documentos para instruí-los;	VI - expedir intimações nos procedimentos administrativos que instaurar, requisitar informações e documentos para instruí-los;	V - expedir intimações nos procedimentos administrativos que instaurar, requisitar informações e documentos para instruí-los e para instruir processo judicial em que ofício;	VIII - Expedir notificações e requisitar informações e documentos;	
VII- exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de pessoas jurídicas de direito público.	VIII- exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de pessoas jurídicas de direito público.	VII- exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de pessoas jurídicas de direito público.	X - exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de pessoas jurídicas de direito público.	III - o exercício de outras funções que lhe forem atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.
§ 1.º Ao Ministério Público compete exercer controle externo sobre a atividade policial.	§ 1.º Ao Ministério Público compete exercer controle externo sobre a atividade policial.	§ 1.º A instauração de procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.	§ 2.º A instauração de procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.	§ 2.º A instauração de procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
<p>§ 2.º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei..</p>	<p>§ 2.º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei.</p>	<p>§ 2.º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei.</p>	<p>§ 4.º A legitimação do Ministério Público para a ação civil prevista neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei.</p>	
<p>§ 3.º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.</p>	<p>§ 3.º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir nas Comarcas de suas respectivas lotações.</p>	<p>§ 3.º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir nas Comarcas de suas respectivas lotações.</p>	<p>§ 5.º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira.</p>	<p>Art. 45. As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:</p>
<p>§ 4.º Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.</p>	<p>§ 4.º Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.</p>	<p>§ 4.º As promoções e os despachos dos membros do Ministério Público serão sempre fundamentados.</p>	<p>Art. 138. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial de carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, re-moção, disponibilidade e apo-sentadoria com a dos órgãos correspondentes.</p>	<p>Art. 44. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos Magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, re-moção, disponibilidade e apo-sentadoria com a dos órgãos correspondentes.</p>

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
<p>§ 5.º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, exigindo-se do candidato o mínimo de dois anos de efetivo exercício da advocacia ou atividade que a lei especificar, observada na nomeação a ordem de classificação, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil na organização e realização do concurso, em todas as suas fases.</p>	<p>§ 5.º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, exigindo-se do candidato um mínimo de dois anos de efetivo exercício da advocacia ou atividade que a lei especificar, observada na nomeação a ordem de classificação, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil na organização e realização do concurso, em todas as suas fases.</p>	<p>§ 5.º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso de provas e títulos, exigindo-se do candidato um mínimo de dois anos de efetivo exercício da advocacia, observada na nomeação a ordem de classificação, assegurada a participação da magistratura e da Ordem dos Advogados do Brasil na organização e realização do concurso, em todas as suas fases.</p>		
<p>§ 6.º Aplica-se à função e à aposentadoria do Ministério Público, No que couber, o disposto no artigo 113, II e VI.</p>	<p>§ 6.º Aplica-se à função e à aposentadoria do Ministério Público, no que couber, o disposto no artigo 109, II e V e suas alíneas.</p>	<p>§ 6.º Aplica-se à função e à aposentadoria do Ministério público, no que couber, o disposto no artigo 188, II e suas alíneas.</p>	<p>Art. 138. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vantagens e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, re-promoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.</p>	<p>Art. 44. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vantagens e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos Magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, re-promoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.</p>

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
Art. 159. Quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções, o residente da República, por solicitação do Primeiro-Ministro e ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, poderá decretar o estado de defesa, submetendo-o ao Congresso Nacional.	Art. 152. O Presidente da República poderá decretar, por solicitação do Primeiro-Ministro e ouvido o Conselho de Defesa Nacional, o Estado de Defesa, submetendo-o ao Congresso Nacional, quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções.	Art. 102. O Presidente da República poderá decretar, por solicitação do Primeiro-Ministro e ouvido o Conselho de Defesa Nacional, o Estado de Defesa, submetendo-o ao Congresso Nacional, quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções.	Art. 13. Presidente da República poderá decretar, ou-vído o Conselho Constitucional, o Estado de Defesa, quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por perturbações cuja gravidade não exija a decretação do Estado de Sítio.	Art. 1.º O Presidente da República decretará o Estado de Defesa, quando necessário para preservar ou prontamente resta-belecer, em locais determinados e res-tritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou perturba-ções cuja gravidade não exija a decretação do Estado de Sítio.

Fonte: **Projetos de Constituição (Quadro comparativo)**. Senado Federal

O texto aprovado em primeiro turno foi “renumerado e depurado” pelo seu relator, Deputado Bernardo Cabral, a fim de ser votado em segundo turno. A parte que se refere ao Ministério Público, levado à votação em segundo turno, segue de perto o aprovado em primeiro turno, com pouquíssimas emendas, sendo estas mais de redação, e melhor estruturação, para ficar na boa e devida forma.

Votado em segundo turno e uma vez promulgado, só viria a receber nova emenda quase dez anos depois. Com efeito, a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, introduz diminutos aperfeiçoamentos. Apenas o § 2.º do art.127 e a alínea *c* do inciso I do § 5.º do art. 128, como demonstra o quadro abaixo:

QUADRO III

Texto Promulgado em 1988	Alteração EC 19/1988
Art. 127.§ 2.º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.	Art. 127.§ 2.º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.
Art. 128.§ 5.º	Art. 128. § 5.º
I - [...] c) irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;	I - [...] c) irredutibilidade de subsídios, fixado na forma do art. 39, § 4.º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

Não é da época da Assembléia Nacional Constituinte, no entanto, a proposta de conferir-se nova natureza e atribuições ao Ministério Público. Novo conceito vinha amadurecendo há alguns anos. Com efeito, em reunião na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, no Rio de Janeiro, em 16 e 17 de junho de 1981, Procuradores e Promotores

de Justiça do Estado aprovaram a *Carta de Princípios* que reivindicava, entre outros tópicos, os seguintes:

“I) Reforma constitucional que assegure ao Ministério Público situação de autonomia, que lhe permita, em sua plenitude, o livre exercício de sua missão de promover e fiscalizar o respeito, pelos Poderes Públicos e pelos jurisdicionados, da Constituição e das leis.” [...] “V) Absoluta garantia de estabilidade e de irremovibilidade do Membro do Ministério Público em termos de lotação e exercício.” [...] “VII) Vedação do exercício, pelo Ministério Público, da representação judicial da Fazenda Pública.”

Ademais, grupo de juristas, cientistas políticos, sociólogos e psicólogos, em trabalho publicado no **Jornal do Brasil**, sob o título *Por uma transformação das instituições ligadas à Justiça e à Segurança*, edição de 6 setembro de 1981, escreveu, em certa passagem:

[...] “O Ministério Público é a instituição encarregada do promover e fiscalizar a execução da lei e da defesa da sociedade, por definição legal e pela natureza da instituição.” [...] “A função e o papel que se requerer sejam desempenhados pelo Ministério Público, de advogado da sociedade e fiscal da lei, que importam o controle das ações do Estado, mormente o Executivo, exigem, para a instituição, posição de independência e autonomia em relação aos demais aparelhos do Estado.”

E como área de atuação, arrola as seguintes: defesa de direitos públicos, individuais, políticos e sociais; denúncia de abuso de autoridade; defesa do patrimônio público e social, patrimônio histórico e paisagístico e meio ambiente; proteção ao consumidor, dando “sentido de proteção coletiva às relações jurídicas de interesse individual”, e às relações difusas.

Ainda, nas recomendações do V Encontro dos membros do Ministério Público do Rio de Janeiro, realizado em Nova Friburgo, no início de outubro de 1984, lê-se:

“Os Procuradores e Promotores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, participantes do V Encontro do Ministério Público fluminense, deliberam recomendar a todos os membros do *Parquet* a ampla atuação cada vez maior no campo do interesse social, com vistas a atenuar efeitos de leis que têm fomentado antagonismos sociais e com vistas a augurar o equilíbrio justo e democrático das relações sociais, velando pelos interesses dos ostensivamente inferiorizados.”²

Numa perspectiva de Direito Comparado, há de assinalar-se que, analisando o texto constitucional de Portugal, França, Itália e Espanha concernente ao Ministério Público, é o espanhol o que mais se aproxima do nosso. Senão, vejamos: Na Constituição portuguesa, lê-se no art. 219: “Ao Ministério Público compete representar o Estado [...]”. Na carta francesa (art. 61), os membros do Ministério Público são denominados Magistrados do *Parquet*, remetendo-se para lei orgânica suas atribuições; defendem igualmente o Estado. A Constituição italiana refere-se o Ministério Público no capítulo sobre a Magistratura, e assegura-lhe independência e garantias. Três artigos referem-se ao MP, remetendo um deles para lei orgânica de organização judiciária. São os seguintes os trechos: “Art. 107. [...] O Ministério Público goza de garantias estabelecidas a seu respeito por lei orgânica sobre organização judiciária. Art. 108. [...] A lei garante a independência dos juízes das jurisdições especiais, do Ministério Público atuando junto àquelas [...]”. Art. 112. O Ministério Público tem obrigação de exercer a ação penal.” A lei orgânica a que se refere o texto italiano é o Decreto n.º 12/1941, com alterações posteriores, que afirma em seu art. 73 – Atribuições Gerais do Ministério Público: “O Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, da pessoa jurídica e do incapaz, requerendo, em caso de urgência, as providências cautelares que estime necessárias”. A Constituição espanhola, no art. 124, item 1, estatui: “O Ministério Público,

2 Cf. FERREIRA, Sergio de Andréa, *op. cit.*, p. 23-27.

sem prejuízo das funções requeridas a outros órgãos, tem por missão promover a ação da justiça na defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público, tutelado pela lei, de ofício ou em virtude de petição dos interessados, assim como velar pela independência dos Tribunais e procurar diante destes a satisfação do interesse social.”

Atualmente, existe a controvérsia se o Ministério Público pode ou não proceder investigação criminal. Resumimos os argumentos a favor, os quais esposamos plenamente, de Roberto Livianu, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo e membro do Movimento do Ministério Público Democrático. Afirma ele:

“Em nenhuma parte de nossa Constituição Federal está escrito que o Ministério Público não pode fazer investigações criminais”. “É um contra-senso que possa investigar questões civis, mas seja impedido de colher provas criminais, uma vez que é o próprio destinatário do trabalho policial. Seu modelo é absolutamente compatível com o perfil de quem investiga [...]”. “Não é saudável que a investigação criminal seja monopólio da polícia civil.” “Até mesmo a Previdência Social e a Receita Federal investigam possíveis devedores e sonegadores. O próprio advogado precisa colher provas necessárias para defender uma causa.” “... há três anos, o Brasil subscreveu o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Entre várias cláusulas, estabelece que o MP se posicione como instituição investigadora na área criminal.”

Assinale-se, a respeito deste último argumento, que tratados ou convenções multilaterais firmados pelo Estado brasileiro ingressam em nosso ordenamento como leis ordinárias, exceto os relativos a direitos humanos que, após a EC 45 de 2004, passam a ter assento constitucional.³ Há, portanto, respaldo legal para que o Ministério Público proceda à investigação criminal.

3 LIVIANU, Roberto. *In: Visão Jurídica*, n.º 10, 2007, p. 7.

Este é um pequeno esboço da evolução não só de uma instituição, mas de um conceito, através da história, de nossa História. Tem como pano de fundo a luta pela democracia, a defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade. Aquele homem, aquela mulher simples da comarca do interior, perdida numa esquina solitária deste imenso país, ao trazerem seus problemas comezinhos, mas para eles importantes em suas vidas e em seus destinos, ao Promotor de Justiça, que não possuía máquina de escrever nem mesa de trabalho próprias, inquilino que era nos fóruns, não suspeitavam que estavam a contribuir para o desenho e engenharia de novas competências da instituição ministerial. O povo fez a sua parte, simplesmente, humildemente, inclusive na Constituinte, agora e sempre caberá ao Estado fazer a sua, sobretudo respeitar suas próprias leis.

Bibliografia

ANAIS. SEMINÁRIO 15 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Instituto Legislativo Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2004. 244 p.

BRUSCO, Dilsson Emílio e RIBEIRO, Ernani Valter. **O Processo Histórico da Elaboração do Texto Constitucional.** Brasília: Câmara dos Deputados, 1993. 3 v.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 1001.

CANTANHEDE, Washington Luiz Maciel (org.). **Ministério Público do Estado do Maranhão**; fontes para sua história. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2003. (vol.1).

DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Brasília, ano I, Suplemento ao n.º 53, 1.º de maio de 1987.

FERREIRA, Sergio de Andréa. **Princípios Institucionais do Ministério Público.** 3.ed. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1985.

KASER, Max. **Direito Privado Romano.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. 522 p.

LEÃO, Delfim Ferreira. **Sólon**; ética e política. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 522 p.

LIVIANU, Roberto. *In:* _.**Visão Jurídica**, n.º 10, 2007.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de Informações Sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**; quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1993. 104 p.

PROJETOS DE CONSTITUIÇÃO (QUADRO COMPARATIVO).
Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

QUADRO COMPARATIVO ENTRE O TEXTO APROVADO EM 1.º TURNO, O TEXTO RENUMERADO E REVISADO, E A RE-DAÇÃO PARA O 2.º TURNO, ORGANIZADO PELO RELATOR, CONSTITUINTE BERNARDO CABRAL. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, julho de 1988.

Os ensaios de Pedro Braga reunidos nesta coletânea foram publicados originalmente na *Revista de Informação Legislativa*, entre os anos de 2001 a 2008. A *Revista de Informação Legislativa* é um órgão de divulgação teórica e doutrinária no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, e das Ciências Humanas, de responsabilidade das Edições Técnicas do Senado Federal. Os presentes ensaios tratam de matérias relativas a Direito Público, Filosofia do Direito, sociedade de risco e o Direito Penal e Ambiental, História do Direito Brasileiro, contribuições para a história da criminalidade no Brasil Colônia e Império, problemas teóricos no campo da decidibilidade do magistrado, aporte do cristianismo para o Direito, Direitos Humanos, o Ministério Público na Constituição de 1988. São textos metajurídicos que muito enriquecem a nossa literatura especializada, seja por abordar temas de relevância, seja por oferecer novas reflexões e perspectivas para questões e problemas tanto antigos quanto atuais.

O autor, advogado, publicou, entre outros livros, **Ética, Direito e Administração Pública** e **Manual de Direito para Engenheiros e Arquitetos**, pelas Edições Técnicas do Senado Federal, e vários artigos acadêmicos tanto no Brasil quanto no exterior.