

ALEXANDRE RIBAS DE PAULO

**A INFORMALIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS
INTERSUBJETIVOS E NO PROCESSO PENAL: UM OLHAR HISTÓRICO SOBRE
OS MECANISMOS DE APROPRIAÇÃO DAS PESSOAS PELOS (ESTADOS)
SOBERANOS**

Florianópolis (SC), 2006

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALEXANDRE RIBAS DE PAULO

**A INFORMALIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS
INTERSUBJETIVOS E NO PROCESSO PENAL: UM OLHAR HISTÓRICO SOBRE
OS MECANISMOS DE APROPRIAÇÃO DAS PESSOAS PELOS (ESTADOS)
SOBERANOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Arno Dal Ri Júnior

Florianópolis (SC), março de 2006

ALEXANDRE RIBAS DE PAULO

**A INFORMALIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIIS
INTERSUBJETIVOS E NO PROCESSO PENAL: UM OLHAR HISTÓRICO SOBRE
OS MECANISMOS DE APROPRIAÇÃO DAS PESSOAS PELOS (ESTADOS)
SOBERANOS**

Esta Dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada, com distinção e louvor, em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área Direito, Estado e Sociedade.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Arno Dal Ri Júnior (CCJ/UFSC)

Membro: Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer (CCJ/UFSC)

Membro: Professor Doutor João Eduardo Pinto Basto Lupi (CFH/UFSC)

Membro: Professor Doutor José Luiz Borges Horta (UFMG)

Suplente: Professor Doutor Paulo Roney Ávila Fagúndez (CCJ/UFSC)

Coordenador do Curso: Professor Doutor Orides Mezzaroba

Florianópolis (SC), 09 de março de 2006

Para Cristine Görski Severo

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. Arno Dal Ri Júnior, por ter acreditado, investido e possibilitado meu mergulho nos estudos históricos na área do Direito Penal e Processual Penal. Seu entusiasmo, interesse e clareza me motivaram e encorajaram a optar pelo olhar histórico como ferramenta crítica de análise. Sua generosidade, paciência e dedicação tornaram possíveis a concretização deste trabalho.

Aos professores Dr. João Lupi, pelas orientações “informais” e maravilhosas dicas históricas; Dr. Antônio Carlos Wolkmer, pela receptividade e por suas aulas sempre instigadoras de um pensamento crítico; Dra. Thaís Luzia Colaço e Dr. Orides Mezzaroba pelos, sempre bem-vindos, orientações metodológicas, apoio administrativo nas mais diversas situações e abertura ao diálogo; ao Dr. Paulo Roney Ávila Fagúndez pelo incentivo de longa data e ao Dr. José Luiz Borges Horta pela atenta e paciente leitura desta dissertação.

Ao colega Ricardo Sontag, pelas conversas preciosas e pelas sugestões bibliográficas.

Aos amigos Eda Görski, pelos incentivo e incansável apoio sempre presentes, que deram leveza a minha caminhada; Elias Coutinho, pelo suporte moral e logístico tão fundamentais para a construção desta dissertação; e Dr. René Abreu Pacheco, pelas lições de vida e sempre sábias e experientes palavras.

Aos meus familiares, em especial minha mãe, Rosi Ribas, meu irmão, André Ribas e cunhada, Patrícia, pela compreensão de minha ausência nos mais diversos momentos, pelo respeito e pelo carinho.

À Cristine, minha esposa, agradeço pela presença constante em minha vida e pelos nossos diálogos incansáveis que, em alguns aspectos, repercutiram nas reflexões feitas nesta dissertação.

À Universidade Federal de Santa Catarina e à CAPES, pelo apoio financeiro sem o qual a dedicação e o empenho que tive não seriam possíveis.

RESUMO

A presente Dissertação consiste em uma investigação histórica sobre os mecanismos informais de resolução de conflitos penais intersubjetivos de menor gravidade e os métodos formais de efetivação do *ius puniendi* dos Estados soberanos por intermédio do Direito Penal e Processual Penal. A pesquisa está dividida em três capítulos: no primeiro são abordadas as características da cultura jurídico-penal no Mundo Romano e Alta Idade Média Ocidentais, buscando-se compreender as diferenças existentes entre o Direito Penal declarado pelos soberanos e os métodos (informais) de resolução de conflitos penais interpessoais; no segundo capítulo são destacadas as mudanças ocorridas na cultura jurídico-penal na Europa ocidental com a reativação do Direito Romano e o impacto causado pelas idéias iluministas no Direito Penal oficial e nos métodos não estatais de resolução de conflitos penais intersubjetivos; no terceiro capítulo são contempladas as características da cultura jurídico-penal no Brasil e as construções discursivas mitológicas pertinentes ao Direito Penal e Processual Penal da atualidade. Conclui-se que, ao contrário do que é afirmado pela Dogmática jurídico-penal brasileira, o Estado soberano não permite a informalidade no Processo Penal, mas tão somente flexibiliza suas próprias normas para efetivar de maneira mais vasta o seu monopólio da violência.

Palavras-chave: História do Direito Penal; Processo Penal; Estado soberano; monopólio da violência; informalidade; conflitos intersubjetivos.

ABSTRACT

This dissertation is about a historical investigation on the informal mechanisms of resolution of the interpersonal penal conflict of minor gravity and on the formal methods of application of the *ius puniendi*, which belonged to the sovereign States, by the use of the Criminal Law and the Criminal Law Process. This research is structured into three parts: first, it is considered the characteristics of the judicial-penal culture in the Roman World and in the Western High Middle Ages, intending to comprehend the differences between the Criminal Law declared by the sovereign and the (informal) method of interpersonal penal conflicts' resolution. Second, it is considered the changes that happened in the judicial-penal culture in the Western Europe with the reactivation of the Roman Law and with the impact of the enlightenment's ideas in the official Criminal Law and in the non official methods of resolution of the interpersonal penal conflicts. Third, it is considered the features of the judicial-penal culture in Brazil and the mythological discursive constructions related to the Criminal Law and the Criminal Law Process presented currently. It is concluded that, differently from what is defended by the Brazilian judicial-penal dogmatic, the sovereign State does not allow the informality in the Criminal Law Process, but makes its norms flexible with the intention to apply in a wide way its violence monopoly.

Key words: History of Criminal Law; sovereign State; violence monopoly; informality; interpersonal conflicts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I	19
1 O MUNDO ROMANO OCIDENTAL.....	19
1.1 O principado de Augusto	23
1.2 O sistema jurídico e o controle penal no Império	26
1.3 Direito romano pós-clássico e o <i>ius criminale</i>	31
1.4 Contexto político-religioso no cristianismo primitivo	35
2 A IDADE MÉDIA	37
2.1 A cultura política e sociedade na Alta Idade Média	43
2.2 A Cultura jurídica e a experiência penal na Alta Idade Média	47
2.2.1 A composição	56
2.2.2 As Autoridades judiciárias no período feudal	60
2.3 A Cultura penal e Direito Canônico	64
2.4 A Cultura penal no feudalismo	69
CAPÍTULO II	76
1 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS MODERNOS.....	76
1.1 A importância do Direito Romano no Medievo Tardio.....	76
1.2 A Justiça penal privada e o confisco dos conflitos penais intersubjetivos pelos soberanos na Península Itálica.....	83
1.3 Formalização da Justiça Penal na França.....	89
1.4 Direito Penal informal na Península Ibérica.....	98
2 ÉPOCA DO PREDOMÍNIO FILOSÓFICO E O SURGIMENTO DA CIÊNCIA PENAL.....	103
2.1 Período Humanitário do Direito Penal.....	106
2.2 Direito oficial e a (in)formalização das transações privadas no âmbito penal (século XVIII).....	113
2.3 Século XIX – surgimento da “Ciência Penal”	116
2.4 O Direito Penal como defesa da sociedade contra os degenerados: A Escola Positiva.....	120
2.4 Escola Técnico-Jurídica	124
CAPÍTULO III	128
1. O DIREITO PENAL NO BRASIL	128
1.1 O Direito Penal no Brasil Colônia.....	131
1.2 A cultura jurídica brasileira e Código Criminal do Império	133
1.3 A informalidade no Período Regencial e o Código de Processo Criminal do Império	141
1.4 Direito Penal e Processo Penal na República	146

2 A CULTURA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA A PARTIR DOS CÓDIGOS DA DÉCADA DE 40.....	155
2.1 Funções declaradas do Direito Penal e a prática jurisdicional brasileira.....	162
2.2 A Constituição Federal de 1988 e os métodos informais de resolução de conflitos penais	168
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	181
REFERÊNCIAS.....	192

INTRODUÇÃO

Por trás da história desordenada dos governos, das guerras e da fome, desenham-se histórias, quase imóveis ao olhar – histórias com um suave declive: história dos caminhos marítimos, história do trigo ou das minas de ouro, história da seca e da irrigação, história da rotação das culturas, história do equilíbrio obtido pela espécie humana entre a fome e a proliferação.¹

Como já afirmou Bertrand Russell² na introdução de sua obra intitulada *História da filosofia ocidental*, os conceitos de vida e de mundo, que são denominados filosóficos, são decorrentes de dois fatores: um deles é constituído por elementos religiosos; e o outro por uma espécie de investigação que ele denomina de “científica”. Para esse mesmo autor, a filosofia é algo intermediário entre a teologia e a ciência. Teologia seriam as especulações sobre os assuntos aos quais o conhecimento exato ainda não conseguiu chegar; e a ciência, aquela que apela mais à razão humana do que à autoridade – seja pela tradição ou pela revelação. Em síntese, Russell entende que todo o conhecimento definido pertence à ciência e todo dogma pertence à religião; o que está fora destas questões ele denomina filosofia.

Mas entre a teologia e a ciência existe uma Terra de Ninguém, exposta aos ataques de ambos os campos: essa Terra de Ninguém é a filosofia. Quase todas as questões do máximo interesse para os espíritos especulativos são de tal índole que a ciência não as pode responder, e as respostas confiantes dos teólogos já não nos parecem tão convincentes como o eram nos séculos passados.³

A presente pesquisa não se dedica à filosofia, mas sim ao Direito que é, hodiernamente, tido como uma Ciência⁴ vinculada exclusivamente ao Estado (de Direito); em outros momentos da História, porém, ele era constituído pela Religião e pelo programa político peculiar de cada sociedade. De fato, ainda não foram descobertos os fundamentos da

¹ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 03.

² RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: CODIL/Companhia Editora Nacional, 1967, v. 1, p. IX.

³ *Idem*.

⁴ Nesse sentido, consultar: CARRARA, Francesco. *Programa del corso di diritto criminale*. Bologna: Il Mulino, 2003; ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista di diritto e procedura penale*. s/l, vol. I, p. I, 497 ss. e 561 ss., 1910; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madri: Trotta, 2001; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987; GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996; SANTOS, Boaventura de Souza: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.

ordem jurídica⁵, mas parece que somente se consegue construir o Direito através de práticas e de dogmas; ou ainda, de aparentes certezas científicas, dando azo, assim, a uma verdadeira “Mitologia do Direito”⁶. Será que o Direito é, fazendo uma analogia às palavras de Russell, uma “vasta Terra de Ninguém”?

A resposta para tal pergunta pode ser considerada leviana ou atrevida, mas o certo é que não se sabe se existem, realmente, leis na natureza ou se simplesmente acreditamos nelas devido ao nosso amor inato pela ordem. Como a Humanidade ainda não conseguiu estabelecer normas de conduta universais e perpétuas no meio social, atualmente é o Estado de Direito – um “ente abstrato” consubstanciado em normas jurídicas – que acaba avocando para si, discursivamente, o poder de regular a sociedade e isto se manifesta, principalmente, no chamado *ius puniendi*, também denominado “monopólio da coação física”, elemento fundamental do Direito Penal e Processual Penal. Parece paradoxal; mas o Estado Contemporâneo – modelo europeu ocidental –, ao mesmo tempo em que impede que uma pessoa exercite uma violência contra outra – afirmando que isso é uma atitude irracional, vingativa e primitiva –, autoriza seus agentes (policiais, carcereiros etc.) a utilizar o mesmo tipo de violência física e psicológica contra as pessoas, sob o pretexto de “ordem”, “paz” e “segurança” públicas. Seja como for, essas características não são recentes na História da Humanidade, ao revés, parece que são milenares nas sociedades humanas.

Paralelamente à questão da “violência” (individual ou estatal) estão os métodos de resolução de conflitos intersubjetivos, isto é, de como que se resolvem, de fato, os conflitos penais de menor gravidade oriundos de condutas lesivas de uma pessoa a outra, de modo a satisfazer os interesses da “vítima” ou de seus representantes. Certamente há inúmeras maneiras de se resolver conflitos, não sendo objetivo da presente pesquisa enumerar à exaustão todos os métodos possíveis de resolução de controvérsias penais. Entrementes, pode-se reconstruir historicamente algumas noções fundamentais dos mecanismos de resolução de conflitos penais de menor gravidade ao longo dos séculos para tentar se compreender melhor as relações existentes entre o Direito Penal oficial, estruturado discursivamente pelo Estado soberano, e as práticas consuetudinárias (informais) de composição dos conflitos intersubjetivos. Através da comparação entre os mecanismos de estruturação do Direito Penal oficial e os métodos informais de resolução de conflitos penais intersubjetivos nos mais

⁵ Nesse sentido, consultar: GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

diferentes momentos da História da Europa ocidental, poder-se-á observar com melhor nitidez os mitos criados pelo discurso estatal em prol da centralização política e a realidade pertinente à resolução dos conflitos de maneira (in)formal nas instituições oficiais.

O problema de fundo que orienta a presente pesquisa decorre das questões da “informalidade” e do “consenso” inauguradas no Processo Penal brasileiro com a criação, a partir de 1995, dos chamados Juizados Especiais Criminais. Em primeiro lugar o Estado brasileiro, reprodutor de uma cultura jurídico-penal europeia ocidental, avocou para si, desde os tempos do Império (século XIX), a responsabilidade de controlar a sociedade com o exercício do “monopólio da violência” racionalizado nas normas jurídicas positivadas pelo próprio Estado soberano. Ora, se a positivação e formalização do Direito Penal e Processual Penal é a exigência básica para o exercício do *ius puniendi* (direito de punir) dos Estados Contemporâneos, como é que o próprio Estado pôde prever a “informalidade” em suas normas processuais penais no crepúsculo do século XX? Qual é o significado de “informalidade” no Processo Penal brasileiro atual? Ainda, se o exercício do *ius puniendi* com a aplicação da punição prevista na norma penal é considerado pelo Estado soberano como a própria resolução dos conflitos penais, até que ponto o Estado brasileiro pretende permitir o “consenso” entre as pessoas envolvidas em um conflito penal de menor gravidade como forma de se extinguir o Processo Penal? Há, de fato, uma redução na perspectiva punitiva (disciplinadora) do Estado Contemporâneo no que tange às infrações penais de menor gravidade ou, ao contrário, há uma potencialização na capacidade estatal de aplicar uma punição formal aos infratores?

As respostas para tais questões serão buscadas, nesta dissertação, utilizando-se o método de abordagem denominado “indutivo”⁷ juntamente com o método histórico, que permite uma comparação entre os métodos “informais” de resolução de conflitos penais intersubjetivos de menor gravidade e os institutos jurídicos estruturados pelos “soberanos” (Direito oficial) em diferentes momentos na História da Europa ocidental. Com isso intenta-se

⁶ Referência ao livro de Paolo Grossi intitulado: *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

⁷ Como informam Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro (*Manual de metodologia da pesquisa no direito*: São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62): “O método indutivo permite que possamos analisar nosso objeto para tirarmos conclusões gerais e universais. Assim, a partir, por exemplo, da observação de um ou de alguns fenômenos particulares, uma proposição mais geral é estabelecida para, por sua vez, ser aplicada a outros fenômenos. É, portanto, um procedimento generalizador.” Ainda, Rubem Alves (*Filosofia da ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 119) diz que: “A indução tem como programa construir o discurso da ciência a partir dos fatos observados. É uma forma de argumentar, de passar de certas proposições para outras.” E, concluindo, o mesmo autor afirma que: “A indução é uma forma de pensar que pretende efetuar, de forma segura, a *passagem do visível para o invisível*.”

compreender as relações existentes entre os procedimentos jurídicos penais “informais” e os “oficiais” no passado e em que medida eles estão representados no discurso Jurídico-Penal brasileiro contemporâneo. Sobre a utilização do método histórico em pesquisa do Direito, Antônio Manoel Hespanha explica:

A história funciona – já se sugeriu – como um instrumento de crítica e de heurística. Como um instrumento de crítica ela revela o carácter epocalmente situado dos paradigmas políticos e jurídicos atualmente dominantes, nomeadamente, do “estatismo” e o “legalismo”. Como instrumento de heurística, ela sugere modelos alternativos de viver o direito e de o relacionar com outras “tecnologias disciplinares”, patenteando, também, as condições sociais, culturais e políticas de que dependem.⁸

A visão historiográfica, segundo Paolo Grossi, constitui-se numa metodologia capaz de reconstruir as noções de Direito através do olhar histórico, sendo este entendido como uma investigação dos fundamentos mais sólidos dos fenômenos decorrentes das próprias comunidades, que permite a compreensão das experiências jurídicas em sua descontinuidade⁹ e não como se os institutos jurídicos fossem sendo modificados, de maneira linear, a partir de um Direito primitivo para um Direito mais evoluído, previsível e formalmente racionalizado. Finalmente, como assevera Antônio Carlos Wolkmer:

A obtenção de nova leitura histórica do fenômeno jurídico enquanto expressão cultural de idéias, pensamento e instituições implica a *reinterpretação das fontes do passado* sob o viés da interdisciplinaridade (social, econômico e político) e da *reordenação metodológica* em que o Direito seja descrito sob uma perspectiva desmitificadora. Para atingir “esta condição histórico-crítica sobre determinado tipo de sociedade e suas instituições jurídicas, impõe-se, obrigatoriamente, visualizar o Direito como reflexo de uma estrutura pulverizada não só por certo modo de produção da riqueza e por relações de força societárias, mas, sobretudo, por suas representações ideológicas, práticas discursivas hegemônicas, manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais.¹⁰

O espaço compreendido na presente pesquisa é pertinente à Europa ocidental (regiões da atual França, Penínsulas Ibérica e Itálica), desde o Mundo Romano até o início do século XX (primeiro e segundo capítulos); e ao Brasil, desde a fase colonial até os dias atuais (terceiro capítulo). Essa vasta delimitação espaço-temporal se justifica pelo fato de o Brasil ser tributário de uma cultura Jurídico-Penal européia ocidental desde o seu descobrimento, no crepúsculo do século XV, malgrado a existência de métodos peculiares de resolução de conflitos penais intersubjetivos nas populações marginalizadas (índios e escravos), que foram simplesmente desconsiderados no desenvolvimento do Ordenamento Jurídico-Penal

⁸ HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 07-08.

⁹ Cf. GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Opus cit., p. 33-4.

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 01.

positivado. Logicamente são vários os institutos jurídicos que surgiram no decorrer de dois mil anos na Europa ocidental, os quais, juntos, compõem um mosaico formado de micro-histórias que dificilmente poderiam ser isoladas e analisadas em todas as suas nuances na presente pesquisa; além de fugir do objetivo pretendido. Todavia, uma visualização ampla¹¹ das relações existentes entre os mecanismos de resolução de conflitos penais intersubjetivos (informais) e as funções assumidas (discursivamente) pelos representantes dos Poderes Públicos nas sociedades européias ocidentais – que forneceram as matrizes ideológicas e “científicas” para a cultura Jurídico-Penal brasileira – pode revelar algumas incoerências existentes entre o discurso oficial do Estado soberano e a realidade subjacente às instituições estatais encarregadas da aplicação das normas penais.

O objetivo geral da presente pesquisa é investigar se o discurso oficial do Estado brasileiro contemporâneo – que preconiza a possibilidade de resolução de conflitos penais intersubjetivos de menor gravidade de maneira informal e consensual – é condicente com a redução do *ius puniendi* do Estado soberano (estruturado teoricamente pela fórmula romana: *princeps legibus solutus*), possibilitando uma diminuição à repressão estatal nas condutas que constituem infrações penais ou, ao revés, representa uma potencialização à capacidade estatal de punir (inclusive) as condutas menos graves e mais freqüentes no dia-a-dia das pessoas, a despeito da famigerada deficiência estrutural das instituições responsáveis pela repressão à “delinqüência”. Para tanto, procura-se compreender a maneira como se deu a dinâmica dos representantes dos Poderes Públicos na Europa Ocidental, desde o Mundo romano, de se apropriarem discursivamente dos conflitos entre as pessoas, para, no exercício do Poder de julgar, “resolverem” os conflitos penais com a aplicação de uma punição formal ao invés de buscar uma reparação material aos ofendidos pelos danos sofridos – conforme a tradição de muitos povos germânicos. Nesse caso, fica evidente a presença de Michel Foucault no decorrer da pesquisa, pois é através da análise do discurso oficial dos Soberanos em comparação à realidade produzida por esse mesmo discurso que se poderá compreender melhor as mitologias criadas pelo Direito Penal (ocidental) que, a pretexto de prevenir e remediar os conflitos oriundos da sociedade em nome da “ordem” e “paz” públicas, acabam produzindo a delinqüência para legitimar o seqüestro (físico e/ou psicológico) de

¹¹ Como salienta Bertrand Russell no prefácio de sua obra intitulada *História da filosofia ocidental* (Op. cit., p. VII), escrever textos que abrangem um amplo campo tem as suas falhas, por faltar uma dedicação a vários autores importantes no período de tempo que se pretende verificar; mas “para que haja relação íntima entre o que aconteceu antes e o que vem depois, é necessário que, em tal exposição, os períodos anteriores e os que lhes sucedem sejam sintetizados em um único espírito.”

determinados sujeitos para estigmatizá-los e formar, de maneira geral e simbólica, uma população obediente e submissa aos dirigentes oficiais do “Poder Público”.

A investigação enceta-se pretendendo compreender a noção de Direito Penal na administração da Justiça no Império Romano e, para tanto, será feito um breve resgate das noções fundamentais entre “dano” (âmbito privado) e “delito” (âmbito público) que existiam já desde antes da República romana e que foram, de certa maneira, fundidos na pessoa do Imperador durante o Império. A questão que compõe o “pano de fundo” do primeiro capítulo é a noção de Público e Privado, justamente para que fique mais evidente a maneira pela qual o “Estado romano” – designação não aceita de forma unânime entre os teóricos –, representado pelo Imperador, constituía as relações existentes entre ele próprio e as pessoas, através de uma idéia de autoridade divina e militar. Durante o século IV, no governo do Imperador Constantino (312-337), consolidou-se uma noção político-jurídico-administrativa muito importante, que é o chamado *princeps legibus solutus* (o príncipe é o livre legislador), ou seja, é o “Estado”, por intermédio de seu “Soberano”, que declara as normas que devem ser respeitadas e obedecidas, sob pena de sanção (violência). Concomitante a essa característica, esse mesmo Imperador consolidou a preponderância da religião cristã na Europa Ocidental, permitindo, nessa perspectiva, uma aproximação fundamental entre o dogma cristão católico¹² e a administração do Estado romano.

Com a queda do Império Romano Ocidental no século V iniciou-se a chamada Idade Média¹³, momento em que tribos germânicas levaram para a Europa Ocidental seus próprios

¹² A designação de “Igreja Niceana” é mais precisa para se fazer referência à doutrina cristã estabelecida no Concílio de Nicéia em 325 que, entre várias outras controvérsias, fixou conceitos dogmáticos cristãos contrários à doutrina de Ário (280-336), sacerdote de Alexandria, que estabeleceu uma seita cristã conhecida como “Arianismo”. Na presente pesquisa – que não exige uma precisa designação de questões teológicas – será utilizada a designação de “Igreja Católica” como correspondente à instituição religiosa mantenedora do dogma niceno, isto é, o dogma cristão estabelecido pelo Concílio de Nicéia; e “católicos” como sendo as pessoas que seguiam esse dogma.

¹³ Período compreendido entre o ocaso do Império Romano do Ocidente, com a invasão de Roma por Odoacro (rei dos Érulos) em 476 – que depôs o último Imperador: Romulus Augustulus – até a tomada de Constantinopla (Império Romano do Oriente) em 29 de maio de 1453 por Maomé II, sultão do Império Otomano. A expressão “Idade Média”, como explica Jacques Le Goff (*A civilização do ocidente medieval*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995, p. 308-9): “aparece no século XV nos humanistas italianos para designar o período intermediário entre a Antigüidade e os tempos novos do Renascimento (= período de regressão bárbara). A sua primeira utilização conhecida é aquela que em 1469 fez Giovanni Andrea, bibliotecário pontifical e humanista de nomeada, que distinguia `os antigos da Idade Média (*media tempesta*) dos modernos do nosso tempo`. A expressão `Idade Média`, todavia, não parece ter sido de uso corrente antes de fins do século XVII; na Alemanha, surge pela primeira vez no filósofo historiador Christoph Keller (Cellarius), que estabelece a divisão da história humana em três partes: Antigüidade, Idade Média (*media tempora*) e Tempos Modernos. Reencontramo-la no historiador alemão Georg Horn, na sua *Arca noe* [sic] (1666): para ele, o *medium ævum* vai da grande invasão dos povos cíticos (300) até 1500. Esta distinção foi consagrada em França por Du Cange no seu *glossarium* de 1678. Passou para a linguagem vulgar no século XVIII, como o atesta o título de um livro de De Grace publicado em

institutos jurídicos pertinentes à resolução de conflitos intersubjetivos e que eram muito diferentes dos romanos. De maneira geral, como os germânicos não tinham uma noção de “Estado” como a desenvolvida em Roma, pode-se destacar com mais precisão as diferenças entre os métodos não estatais de resolução de conflitos (informais) e os métodos formais de jurisdição nos moldes romanos (normas positivadas). Entrementes, com a mescla de culturas jurídicas germânicas e romanas, surgiram vários “Códigos” durante a Alta Idade Média (séculos V ao X) e esse fenômeno de positivação dos institutos jurídicos, nos moldes da codificação romana, traduzem a inequívoca intenção dos reis germânicos de centralizar o poder político por intermédio da concentração dos poderes de declarar formalmente as infrações penais – especialmente as oriundas de seus opositores políticos – e, também, de julgá-las e executá-las.

Após um breve período de centralização política promovida pelo Imperador Carolíngio Carlos Magno (768-814), o feudalismo dominou grande parte da Europa Ocidental e parece ter ocorrido um “retorno” aos métodos tradicionais e informais de resolução de conflitos intersubjetivos orientados pelo Direito consuetudinário. Paralelamente aos poderes judiciários dos reis e senhores feudais de arbitrar as decisões aos seus súditos, existia a jurisdição eclesiástica católica, que era mantenedora do formalismo jurídico romano e competente para todas as causas jurídicas que envolvessem clérigos e, também, para as causas penais que envolvessem questões morais e religiosas.

No segundo capítulo será dado destaque ao fortalecimento da noção do *princeps legibus solutus* na figura dos monarcas na Baixa Idade Média (séculos XI ao XV) europeia Ocidental, pois os soberanos, agora legitimados pela ciência jurídica oriunda do Direito Romano Justinianeu reintroduzido na Europa Ocidental (França e Penínsulas Ibérica e Itálica) a partir do século XI pela Escola dos Glosadores, promoveram a centralização política

1789: *Tableaux historiques et chronologiques de l'histoire ancienne et du Moyen Age*. Posta na moda e honrada pelos românticos, a expressão “Idade Média” perdeu, pouco a pouco, no decurso do século XIX, o seu sentido pejorativo. Victor Cousin dá disso testemunho: “depois de termos blasfemado contra a idade Média – escreve ele por volta de 1840 –, pomonos hoje a estudá-la com ardor e com paixão”. Mas continua a haver algumas idéias feitas. Veja-se Renan: “A Idade Média é para os tempos modernos aquilo que a idade heróica era para a antigüidade.” Na periodização da história, os historiadores ocidentais situam, em geral, o fim da Idade Média no ano de 1453 (conquista de Constantinopla pelos Turcos) ou então em 1492 (descoberta da América). Os historiadores marxistas situam-no no século XVII. A data de seu início é muito controversa: a conversão de Constantino? As invasões bárbaras? O fim do Império do Ocidente? Ou a interrupção das relações marítimas entre Oriente e o Ocidente depois das conquistas Árabes? O marxismo dá uma definição original de Idade Média: para os Soviéticos, a Idade Média constitui: “a face do desenvolvimento histórico da humanidade durante a qual o modo de produção feudal dominou a maioria dos países da Ásia, da Europa e em certo número de países da África. A Idade Média é a época do aparecimento, desenvolvimento e decadência, à escala mundial, do modo de produção feudal e das relações sociais feudais” (Cf. Biriukovitch e Levitski: *História Universal*, 1957)”.

declarando-se responsáveis pela “ordem” e “paz” públicas; isso através da positivação de normas penais (Ordenações) e da apropriação formal dos conflitos penais intersubjetivos, que deveriam ser submetidos à jurisdição real. Devido à falta de estrutura estatal capaz de aplicar a punição prevista a todas as condutas proibidas pelos soberanos, os métodos informais de resolução de conflitos intersubjetivos não desapareceram, mas foram sendo marginalizados e tornados inoponíveis ao poder monárquico desde meados da Baixa Idade Média. Com a exposição de tal dinâmica, procurar-se-á destacar a função secular dos soberanos de conceder a “graça” e procurar compor os conflitos de seus súditos por intermédio do consenso, desde que ocorresse uma submissão formal do súdito infrator ao monarca.

Em seguida, serão comentadas as orientações teóricas advindas das Escolas Penais (Clássica, Positiva e Técnico-Jurídica), a partir do século XVIII, para se compreender como se deu a abstração do conceito de infração penal, que foi considerada um “ente jurídico” e passou a ser vista como objeto da “ciência jurídica” no século XIX. Ainda, serão abordadas as peculiaridades da Escola Positiva que criou a figura do “delinqüente nato”, que deveria ser tratado pela ciência, independentemente de sua conduta e, finalmente, a função do Estado em combater a criminalidade por intermédio de normas racionalmente elaboradas.

No terceiro e último capítulo serão comentadas as características do Direito Penal e Processual Penal no Brasil desde o período Colonial, justamente para tentar se compreender como ocorreu a dinâmica de imposição da cultura jurídico-penal européia ocidental no Brasil e, ainda, como os juristas brasileiros, desde antes da Independência de Portugal em 1822, reproduziram essa cultura em detrimento dos métodos informais de resolução de conflitos oriundos das camadas marginalizadas da população brasileira. Em seguida será abordado o fenômeno da elaboração das normas penais e processuais penais no Brasil Império como sendo um mecanismo valioso para a efetivação da centralização política nas mãos das elites governantes do período.

No contexto histórico pertinente à República do Brasil, será dado maior destaque ao discurso oficial do Estado em prol da “ordem” e combate à “criminalidade” por intermédio do “monopólio da violência”, impedindo as pessoas de resolverem seus conflitos penais de menor gravidade fora da instância formal do Processo Penal. Isso porque durante todo o século XX, o Brasil – principalmente por intermédio da Dogmática Jurídico-Penal –, além de reproduzir a cultura político-jurídica oriunda – sobretudo – da Europa Ocidental, consolidou a idéia de que os métodos informais de resolução de conflitos penais eram incivilizados e,

portanto, vedados pelas normas penais e processuais penais. Entrementes, diante da (tradicional) falta de estrutura estatal para a “repressão” à “criminalidade” de menor gravidade, a Assembléia Constituinte de 1988 permitiu a criação de Juizados Especiais Criminais, o que ocorreu com a edição da Lei nº 9.099/95, cujos princípios declarados prevêm a “informalidade” e o “consenso” para a resolução dos conflitos penais de menor potencial ofensivo.

Enfim, o que representa essa Lei no contexto jurídico-político atual? O que a História nos pode revelar a respeito? As respostas para tais perguntas serão buscadas nas páginas seguintes.

CAPÍTULO I

1 O MUNDO ROMANO OCIDENTAL

Uma das principais distinções existentes no Direito europeu ocidental, e que orienta a cultura jurídica brasileira inclusive nos dias de hoje, é a noção pertinente ao Poder Público e ao Poder Privado. O historiador Georges Duby considera que *público* é aquilo “que pertence a todo um povo, o que concerne todo um povo, o que emana do povo. Portanto, a autoridade, e as instituições que sustentam essa autoridade, o Estado”. Assim, as coisas e assuntos que são comuns, de uso de todos, e que não são passíveis de apropriação por um particular, são chamados de *públicos*. Ao revés, o que é oculto, secreto, reservado, subtraído, é o poder *privado*, e leva à idéia de propriedade: aquilo que é pessoal, destinado ao ambiente doméstico. Enfim, a *res publica* é o domínio da coletividade e é considerada (em Direito) *extra commercium*; e a *res privata* é a que pode ser colocada *in commercium* e está *in patrimonio*, na dependência, portanto, do *pater familias*, o dono da casa.¹⁴

No mesmo sentido dessa distinção entre os poderes público e privado, o historiador do Direito Penal romano, Teodoro Mommsen, explica que o *ius puniendi* (direito de punir) originou-se no ambiente doméstico e que este foi a origem de todo o sistema político do povo romano. O exercício do “direito de punir” cabia à autoridade moral do *pater familias*, e ele exercia um poder (*patria potestas*) material e moral sobre todos aqueles que compunham e cercavam a casa romana. Era o chefe da casa quem tinha o poder de punir as injustiças cometidas contra ele, ou de castigar, mediante petição do prejudicado, os delitos cometidos dentro do seu círculo familiar e, também, aqueles cometidos pelos membros de sua família a um estranho, enfim: “*El poder ilimitado del jefe de la casa sobre los individuos que formaban parte de esta era esencialmente igual al que tenia el Estado sobre los miembros de la comunidad política.*”¹⁵

Robert Nisbet ressalta que era a família, e não o indivíduo, que constituía a unidade de tradição e de lei na República romana e, por isso, era a própria família “quem carregava a

¹⁴ DUBY, Georges. Poder privado e poder público. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (org.). *História da vida privada: da europa feudal à renascença*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.2, p. 19-20.

¹⁵ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 11.

responsabilidade pela maioria das transgressões individuais, constituindo o principal órgão de revide pelos danos sofridos por um de seus membros.”¹⁶ Paul Veyne, por sua vez, revela as relações existentes entre o Poder Privado e o Poder Público ao mencionar que o poder exercido pelo dono¹⁷ da casa o qualificava também como membro da classe que governava cada cidade ou até o Império todo¹⁸; e tal característica pode ser percebida claramente na obra *De re publica*, do romano Marco Túlio Cícero (106–43 a.C.), que ressalta as virtudes pessoais como a honra e a glória (do pai de família) no sentido de se governar bem a República Romana, ou seja, a “pátria”.¹⁹ Nessa perspectiva, pode-se perceber que foi no ambiente privado, no interior da família romana, representado pelo poder autoritário do *pater familias* que teve origem o poder de punição (domesticação) em Roma; entretanto, como as virtudes pessoais dos *pater familias* (patrícios) se confundiam com a própria administração da *Res publica*, facilmente o *ius puniendi* passou da esfera privada para a esfera pública.

No que concerne ao sistema jurídico romano, já nos tempos da República²⁰, esse era dividido em duas metades: a) em Direito público, que era referente às relações da comunidade romana com seus deuses e com outros Estados; compreendendo também os organismos que regulavam a ordem pública e a própria organização do Estado; e b) em Direito privado, que compreendia os organismos e ordens tocantes às situações jurídicas dos indivíduos

¹⁶ NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Brasília: UNB, 1982, p. 48.

¹⁷ Interessante verificar que “dono”, no vernáculo latino, é denominado *domnus*. *Domus*, por sua vez, significa casa, domicílio, morada, pátria e, em sentido figurado, família. Praticamente na mesma série está a palavra *domo*, que significa domesticar, domar, amansar e, daí, o seu sentido figurado de vencer, subjugar. Cf. FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. Rio de Janeiro: Artes Gráficas Gomes de Souza, 1962, p. 327.

¹⁸ VEYNE, Paul. O império romano. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 100. A título de ilustração, este autor (Ibid. p. 103), indaga: “O que um romano possui? O que perde se é exilado? O patrimônio, a mulher e os filhos, os clientes e também as ‘honras’: Cícero e Sêneca o repetem; as ‘honras’ são os cargos públicos, geralmente anuais, dos quais estava revestido e cuja lembrança permanece como uma espécie de título de nobreza. Os nobres romanos tinham um senso agudo da autoridade e da majestade de seu Império, mas o que chamamos de senso de Estado ou serviço público era-lhes desconhecido. Distinguiam mal funções públicas e dignidade privada, finanças públicas e bolsa pessoal. A grandeza de Roma era propriedade coletiva da classe governante e do grupo senatorial dirigente; assim, também cada uma das milhares de cidades autônomas que formavam o tecido do império era coisa dos notáveis locais.”

¹⁹ CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. São Paulo: Escala, s/d. Pode-se verificar nessa obra que o pensador romano já possuía uma noção nítida de “Estado” – palavra que o autor repete inúmeras vezes –, mas que o governo desse “domicílio em comum” deveria atender os costumes do povo através de uma “constituição” e do “direito”. Nesse sentido, pode-se observar que a moral do Estado era a própria moral do virtuoso *pater familias* em relação à sua propriedade, pois aquele que sabe administrar com “virtude” a sua família (que é a propriedade do romano), bem saberá administrar o patrimônio comum (coisa pública). Assim, pode ser extraída da obra de Cícero que o Poder Público em sua época estava baseado nas virtudes do Poder Privado de alguns romanos que podiam ascender à magistratura, ou seja, vencer – conquistar e domesticar – parece ser o requisito romano para a glória.

²⁰ Período compreendido entre 510 a.C., quando houve a substituição do Rei por 2 Cônsules, e 27 a.C., quando Otávio torna-se Augusto e reorganiza o Império Romano. Nesse sentido, ver: CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 03-4.

particulares – que formavam parte da comunidade romana – e as relações entre uns e outros, ou seja, regulavam as relações de interesse particular.²¹

O Direito Penal público, para os romanos, foi constituído sob um conceito de moral e ordem pública, de cunho eminentemente religioso, de modo que as penas públicas eram aplicadas como forma de expiação sagrada e, assim, a violação individual de algum interesse tido como público – sagrado – exigia a restauração da ordem (moral) através de um sacrifício expiatório. O Direito Penal privado, por sua vez, tinha como fundamento a retribuição (*talis*), isto é, a compensação (patrimonial) como corolário de uma dívida proveniente de um dano causado por um indivíduo a outro, ou, ainda, de um *pater familias* a outro. Nesta perspectiva, pode-se observar que o Direito Penal romano incorporou duas realidades diferentes, sendo uma delas as questões pertinentes à moral do indivíduo frente à sociedade (público) e, a outra, as obrigações morais do indivíduo frente aos outros indivíduos (privado).²²

Teodoro Mommsen destaca que havia uma organização unitária do Direito Penal romano, embora as diferenças existentes entre as penas impostas aos ofensores representassem obrigações distintas: uma como a extinção de uma culpa (público) e a outra como o pagamento de uma dívida (privado). O elemento fundamental para essa distinção de penalidades era a própria lei moral violada, e era esta que indicava se a esfera jurídica a ser utilizada para a resolução de um conflito intersubjetivo seria a pública ou a privada. Assim, como o procedimento penal público pertencia à comunidade, era perante os Comícios e magistrados romanos que os cidadãos romanos buscavam a expiação do culpado pelo delito cometido contra a ordem moral coletiva romana. Por outro lado, havendo um delito contra a ordem moral individual (interesse particular), o procedimento penal passava a ser o privado; e este procedimento – quando não estivesse na competência do *pater familias* em seu domicílio – se dava, sobretudo, perante os jurados. Essa diferenciação de procedimentos, porém, serve apenas para destacar certas diferenças elementares entre o Direito Penal público e o Direito Penal privado, uma vez que, na realidade, ambos pertenciam ao chamado Direito de Estado, que tinha por característica essencial a organização das magistraturas romanas.²³

²¹ Cf. MOMMSEN, Teodoro. Op. Cit., p. 03; CRETILLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 25. Ainda, como informa Mário Curtis Giordani (*História de roma*. Petrópolis: Vozes, s/d. p. 255): “O primeiro (*publicum ius*) era aquele que tinha por fim a organização da República Romana (*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae pertinet*); o segundo (*privatum ius*) era aquele que tinha por fim a utilidade dos particulares (*privatum ius est quod ad singulorum utilitatem pertinet*).”

²² Nesse sentido, consultar: MOMMSEN, Teodoro. Op. cit., p. 03.

²³ Ibid., p. 04-05.

O autor mencionado ressalta que outra característica que auxilia a compreensão do Direito Penal romano é a nomenclatura jurídica correspondente às punições, isto é, em tempos primitivos (antes da República), a linguagem que os romanos utilizavam para a execução de um culpado por um delito contra a comunidade era *supplicium*. Referente à solução de um conflito privado, no tempo da Lei das Doze Tábuas (aproximadamente 450 a.C.), era previsto o pagamento pecuniário obrigatório à vítima como forma de penalidade, cuja linguagem jurídica antiga designava *damnum*, que etimologicamente significava entrega ou doação. Com o passar do tempo, esse sistema de pagamento obrigatório deixou de utilizar o termo *damnum*, até porque este não deixava claro o valor originário correspondente a tal prestação (*crimen*), e passou-se a utilizar a palavra *poena* como conceito de punição ou de pagamento em geral, sem que houvesse distinção entre os delitos públicos ou privados.²⁴

Sobre o termo *poena*, que passou a ter significado idêntico tanto no seu aspecto técnico quanto na conversação ordinária, informa Teodoro Mommsen:

*La adquisición de este sentido amplio por la palabra que nos ocupa es la prueba decisiva de que los delitos en general fueron incorporados en un solo sistema, y es el mejor signo de que el derecho penal romano vino a constituir realmente un todo unitario. No podemos determinar con precisión cuándo comenzó a adquirir la voz poena este amplio significado; lo que podemos asegurar es que en los siglos posteriores de la República ya se la empleaba conocidamente en tal sentido.*²⁵

Finalmente, cumpre destacar que o poder de punição doméstica, em período anterior à República, e em alguns casos durante esta, se exercia sem que fossem determinadas formalmente as condutas que haveriam de configurar como delitos, nem havia procedimentos fixos e penas previstas em lei. Assim, pode-se vislumbrar, de maneira geral, que foi a idéia do *ius puniendi* ilimitado (arbitrário) do chefe de família, em seu próprio ambiente doméstico, que inaugurou a idéia de um Direito Penal unitário em Roma, pois como os próprios *pater familias* (patrícios) constituíam o Poder Público na República romana e exerciam o *ius puniendi* legitimados pelas magistraturas – nos tempos da República –, eles próprios definiam

²⁴ MOMMSEN, Teodoro. Op. cit., p. 10. Esse mesmo autor (Ibid., p. 06-8) comenta que *nox* (ou *noxia*) foi a primeira designação de “delito” em geral utilizado nas esferas de Direito Penal público e privado em Roma, sem distinção. *Noxa*, nesse sentido, teria o significado de “dano” (aquilo que é nocivo), mas, em sentido técnico, era utilizado somente em relação ao terceiro que, para se livrar da responsabilidade, entregava sua propriedade – ou o próprio responsável – para a vítima do dano a título de ressarcimento (*noxam sarcire*). *Crimen*, por sua vez, teve origem grega (χρῖν) e tinha o significado de crivar e separar, ou seja, a injustiça em si não se chamava *crimen*, mas este representava a inculpação (através de um tribunal) de uma injustiça. Assim, o *crimen* era um momento processual, era o assunto que se apresentava perante um juiz para que o resolvesse. Finalmente, *delictum* era a palavra que indicava propriamente o ato de resvalar, incorrer, incidir, lançar em uma falta passível de pena.

²⁵ Ibid., p. 10.

as condutas atentatórias à moral pública romana (domicílio em comum – pátria) conforme as necessidades políticas em cada época.²⁶

1.1 O principado de Augusto

O Principado romano iniciou-se com um evento político ocorrido em (provavelmente) 13 de janeiro de 27 a. C., quando o Senado²⁷ concedeu a Otávio²⁸ todos os poderes como Imperador; e ele recebeu o acréscimo de “Augusto” em seu nome, que significa *sagrado* (título até então atribuído apenas aos Deuses). A importância de tal episódio foi que ocorreu a personificação oficial da amálgama de poderes morais e administrativos em uma só pessoa e, portanto, toda legitimação e autoridade do exercício do poder punitivo – público e sagrado – concentrou-se no soberano, que não deixou de uma pessoa humana e, portanto, possuidor de interesses privados. A partir de então, os Imperadores seguintes foram sendo cultuados como verdadeiros Deuses vivos²⁹ em um vasto Império onde os exércitos romanos, as estradas

²⁶ Importante destacar a explicação de Cláudio de Cicco (*Direito: tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 27) ao comentar sobre a influência da organização familiar da *Polis* (grega) e da *Civitas* romana: “A autoridade do pai, no seio da família, era de fato e de direito absoluta, [...], já a autoridade que hoje se chamaria de ‘pública’, do ‘Governo’, do rei ou do soberano limitada, mais moral do que militar ou policial. Entende-se então melhor porque a cidade nunca teve força para revogar o estabelecido na tradição, alterando de modo substancial a estrutura da família, regulando as relações entre os membros da mesma. Seu papel limitou-se sempre a reconhecer o que já existia e era consagrado pela religião doméstica e pela prática desde tempos imemoriais.”

²⁷ Antes do advento do Principado de Augusto, o Senado – um dos mais importantes órgãos da República Romana (510 a 27 a. C.) e símbolo da classe aristocrática, composto por trezentos membros – já tinha lutado contra as revoltas populares no século II e I a. C. (irmãos Graco e leis agrárias de Caio Mário) e contra os dois triunviratos (o primeiro sendo formado por Crasso, Pompeu e Júlio César, que foi proclamado Ditador Vitalício em 46 a. C; e o segundo formado Marco Antônio, Lépido e Otávio), mas, não obstante a vitória em tais disputas, esse órgão falhou em sua missão de restaurar a antiga ordem das coisas e recuperar sua autoridade após o assassinato de Júlio César (15 de março de 44 a.C.). Isso se deu porque o Senado perdeu o apoio militar no mesmo momento em que aumentavam (em Roma) as instabilidades políticas; além de as instituições da República mostrarem-se incapazes de governar o imenso território conquistado nas guerras dos últimos séculos anteriores a era cristã. Vide a respeito: ROSTOVTZEFF, Michael Ivanovitch. *História de roma*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 134-65; MERCADANTE, Antônio Alfredo. *História é vida: as sociedades antes da escrita, antigas e medievais*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1990, p. 124-7.

²⁸ No ano 28 a. C., Otávio – alguns autores mencionam “Otaviano” – iniciou sua tarefa de restaurar Roma das conseqüências das guerras civis, com o intuito de remontar os tempos mais reverenciados em Roma. Nesse período ele já era considerado *imperator* pelos exércitos e, como César havia sido divinizado depois de sua morte e Otávio havia herdado esse nome, sua designação habitual passou a ser: *Imperator Caesar Divi filius*. Em 31 a. C., Otávio foi eleito cônsul, governando o Estado em sua própria pessoa, mas agindo através do Senado e da assembléia popular. Em 27 a. C., considerando possível coroar seu trabalho e restaurar definitivamente a ordem em Roma, conseguiu que o Senado abrisse mão de seus poderes especiais, ao mesmo tempo que foi declarado Chefe do Senado e Primeiro Cidadão, ou *Princeps*, nascendo naquele dia um novo tipo de governo que os romanos chamaram de “Principado”. Na mesma ocasião, ganhou um título adicional, acrescentado “à sua antiga denominação de *Imperator Caesar Divi filius*, o título de ‘Augusto’, anteriormente aplicado somente a certos deuses para assinalar que eram ‘aumentadores’, criadores de algo diferente e melhor – a mesma idéia que está na raiz da crença romana da essência religiosa do gênio individual. O título foi conferido a Otaviano como restaurador e ‘aumentador’ do Estado e como homem investido da mais alta autoridade (*auctoritas*), palavra derivada da mesma raiz da palavra ‘Augusto’”. Cf. ROSTOVTZEFF, Michael Ivanovitch. *Op.cit.*, p. 163-5.

²⁹ Como *pontifex maximus* o Imperador era o chefe da religião estatal, sendo venerado pessoalmente em todo o Império. Cf. *Ibid.*, p. 234.

romanas³⁰ e os funcionários romanos primeiro criaram, e depois preservaram, um poderoso Estado centralizado³¹.

No mesmo ano de 27 a. C., Otávio Augusto deu início à criação de uma Constituição para seu Império. Como afirma Rostovtzeff, não havia nela nada de surpreendente ou revolucionário: “é impossível classificar o tipo de Constituição criado por Augusto dentro de uma simples e única fórmula”³². O fato é que o Imperador conseguiu influir o mínimo possível nas formas externas da administração pública no vasto Império; e isso incluía, certamente, os métodos tradicionais de resolução de conflitos penais oriundos do ambiente doméstico romano.

O regime inaugurado por Otávio Augusto constituiu, na realidade, apenas o enxerto de um príncipe – como órgão supremo e permanente – dentro do aparato tradicional da República romana, isto é, uma autoridade central divina, indivisível, incontestável, legiferante, judicante e proprietária da *manus militaris*. Como ressalta Pietro Cerami, o príncipe tinha como a principal tarefa (jurídica) compor eventuais conflitos constitucionais, coordenando e dirigindo os diversos poderes no sentido da *utilitas communis omnium*. Sob este ponto de vista, o novo regime inaugurado pelo Imperador foge a uma rigorosa classificação segundo os esquemas formais da experiência grega ou das concepções modernas de constituição.³³

A importância prática dessa centralização absoluta do poder foi, entretanto, constituída através de manobras sutis, uma vez que Otávio Augusto conseguiu que os exércitos romanos – força que ele tornou permanente – não interferissem diretamente nem atribuíssem a última palavra nas questões políticas, administrativas e jurídicas de Roma. Isso se explica porque os exércitos eram formados não apenas de cidadãos romanos, mas de habitantes do Império em geral, o que permitia que o poder pudesse ficar na mão de um não romano, fato em si perigoso.³⁴ Dessa forma, pode-se perceber que, a priori, Otávio Augusto não tinha interesse

³⁰ Os meios de comunicação, a construção e a manutenção das grandes estradas militares constituíam uma das principais preocupações do governo central (de Roma) e se tornaram, no Império, indispensáveis à segurança e prosperidade do Estado, mormente para manter sob observação as atividades das comunidades conquistadas. Cf. ROSTOVITZEFF, Michael Ivanovitch. Op.cit., p 236.

³¹ Nesse sentido vide: RUSSELL, Bertrand. Op. cit., p. XII.

³² Op. cit., p. 165-6.

³³ CERAMI, Pietro. Il principato. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 195.

³⁴ Como o posto de Centurião era direito dos melhores dentre os membros das legiões – e os que seguiam tal carreira podiam chegar ao senado –, o princípio de que as legiões fossem formadas por cidadãos romanos foi preservado por Augusto, justamente para que os habitantes das províncias não exercessem o poder em Roma, ao

em interferir na administração (jurídica) do ambiente doméstico romano e regular os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos privados pertinentes aos *pater familias*; mas procurou neutralizar e comandar o poder das legiões romanas, tendo em vista a administração do Império conforme sua vontade.

Entretantes, Robert Nisbert ressalta que a centralização do poder político em Roma acabou por destruir a autonomia da família romana, uma vez que a autoridade do Imperador sobre as legiões romanas era absoluta; e como a autoridade em Roma, no tempo da República, era representada pelo *pater familias*, com o advento do Império “uma pessoa não podia permanecer sob a autoridade de seu chefe de família e, ao mesmo tempo, sob a autoridade de seu comandante militar.”³⁵ Nessa perspectiva, a separação do indivíduo do seu ambiente doméstico e a sua submissão a um Império centralizado, burocratizado e comandado por um só sujeito foi a primeira invasão significativa à autoridade familiar e, diante disso, a moralidade pública passou a depender dos interesses do Imperador, cujo instrumento privilegiado de controle social era a racionalidade legal: “Agora, de repente, o poder público, representado por Augusto, arrogava-se esse direito tradicional de controlar a conduta individual.”³⁶

Diante de tais informações pode-se notar que, nos séculos que antecederam o Império, ocorreu a publicização do Poder privado em Roma, isto é, o *pater familias* – que era a autoridade suprema e ilimitada dentro de seu âmbito doméstico – assumiu, junto com seus

mesmo tempo em que podiam praticar os seus costumes – sob vigilância - dentro do Império. Outrossim, a vitória de Augusto foi a vitória dos cidadãos romanos sobre as províncias; e o Estado por ele governado deveria ser um Estado no qual a Itália e os cidadãos romanos fossem os senhores, e os habitantes das províncias apenas servos e súditos. Nesse sentido consultar: ROSTOVTZEFF, Michael Ivanovitch. Op. cit., p. 166-7. Cumpre salientar que uma das grandes inovações constitucionais de Otávio Augusto se assentava, certamente, no comando do exército, pois, através da centralização, em sua própria pessoa, do comando absoluto da força (*coertione*), ele conseguia governar todo o Império e garantir o seu projeto político, sem, contudo, alterar o próprio sistema interno dos exércitos. Como comenta o mesmo autor indicado (Ibid., p. 168-70), todos os oficiais pertenciam às classes privilegiadas de Roma, e os tribunos eram eleitos e outros nomeados pelo Imperador. “Acima destes (oficiais) estavam os comandantes das legiões, chamados *legati*, membros da classe senatorial que geralmente tinham o título de *questor* ou *pretor* e que, como os tribunos e por motivos políticos, não eram mantidos nos postos por muito tempo”. Otávio Augusto introduziu ainda outras inovações, como: a) o destacamento de soldados com o objetivo especial de proteger a pessoa do Imperador, criando uma força (pública) que foi denominada de *cohors praetoria* (guarda pretoriana), inclusive para fins privados; b) a formação de um segundo exército (inferiores e auxiliares), formado inteiramente de províncias, onde após 25 anos de serviço esses soldados tornavam-se cidadãos romanos; c) a criação de uma marinha permanente etc.. Mas uma grande inovação em relação ao sistema republicano foi a retirada dos assuntos militares da competência do Senado e da assembléia popular, isto é, esses assuntos ficavam reservados ao Imperador. Em suma, o Imperador Otávio Augusto conseguiu autoridade para estabelecer a centralização do poder do Estado romano em sua própria pessoa, e demonstrou competência para administrar a autoridade de seus poderes, principalmente no que concerne à disciplina da força (*manus militaris*).

³⁵ Op. cit., p. 50.

³⁶ Ibid., p. 52.

pares, a administração da “coisa comum” (pátria) por intermédio das magistraduras romanas. O efeito disso foi o desenvolvimento de uma idéia de “Estado”, que corresponderia à administração dos assuntos mais importantes de todos os cidadãos romanos. Em um segundo momento, com a consagração de Otávio Augusto como Imperador, parece ter ocorrido o oposto, ou seja: a privatização do Poder Público, de sorte que todos os benefícios hauridos com o desenvolvimento de uma administração pública foram centralizados nas mãos de um representante privado, proprietário da *manus militaris* e adorado como divindade. Dessa forma, todos os assuntos pertencentes ao Imperador tornaram-se públicos; do mesmo modo que todos os assuntos privados dos cidadãos romanos tornaram-se, a princípio, do Imperador; inclusive a moral, que, como visto, era o elemento orientador para a aplicação das penalidades no ambiente doméstico ou perante o público – dependendo da conduta.

1.2 O Sistema jurídico e o controle penal no Império

Como já exposto, o Direito Penal romano, em período anterior e durante a República, foi constituído sob um conceito de moral (religioso), onde as penas públicas eram executadas como forma de expiação sagrada (*supplicium*); enquanto as penas privadas visavam o ressarcimento do dano patrimonial causado. Dada a natureza da punição doméstica exercida pelo *pater familias*, comenta Teodoro Mommsen que muitas das vezes as piores ofensas ficavam sem castigo ou, ao revés, a mais insignificante falta levava consigo gravíssimas conseqüências, visto que nunca esteve prescrita (positivada) uma forma legal para o exercício desse tipo de punição, até porque qualquer prescrição era contrária à natureza de tal punição.³⁷

O mesmo autor informa que, já no tempo da Lei das XII tábuas – mais significativamente no tempo do Império –, foi sendo reduzido gradualmente o poder de punição doméstica. Isso significa que, paulatinamente, os conflitos originados na esfera privada do *pater familias* tinham que ser levados ao conhecimento de um Tribunal público, para que este se inteirasse do caso e, assim, permitisse (ou não) a aplicação do castigo ao acusado.³⁸

Tal publicização do poder doméstico, na época do Império, se explica porque o Imperador era considerado um ser sagrado e, portanto, responsável absoluto pelas questões morais (religiosas) que ocorriam no seu domínio. Assim, o *princeps* acabou, sutilmente, integrando o processo formativo do Direito Penal durante o Império Romano e, a partir do

³⁷ Op. cit., p. 16-7.

século II d. C., os atos normativos como *edicta, decreta, mandata, epistulae, rescripta*³⁹, já vinham individualizados por alguns juristas clássicos (como, *v.g.*, Gaio e Ulpiano) como tendo eficácia de lei (*lex vicem obtinent*) para todas as decisões adotadas pelos Imperadores no exercício de seus poderes.⁴⁰ Estes dados também mostram que o Direito Penal romano, que continuava a ser uma questão de ordem moral da comunidade romana, passou a estar sujeito à vontade reitora da moral do Imperador, que interferia diretamente sobre as questões públicas, sobretudo porque estas se confundiam com sua própria pessoa.⁴¹

Fazendo uma breve pontuação dos diversos tipos de institutos das constituições imperiais, Pietro Cerami explica que:

os decretos eram decisões judiciais (sentenças) com as quais o príncipe resolvia as controvérsias civis e penais submetidas à *cognitio* imperial, seja em primeira instância ou em grau de apelação. Tais decisões, também sendo conexas às ‘partes processuais’, foram consideradas ‘precedentes vinculantes’, suscetíveis, enquanto tais, de uma potencial normatividade extraprocessual.⁴²

No campo do Direito Penal e Processual Penal, o mesmo autor afirma que a autoridade do príncipe (*auctoritas principis*) operou em uma dupla direção: a) racionalizando, desenvolvendo e dirigindo o sistema das *quaestiones* e das relativas figuras criminosas; b) integrando a repressão criminal (material e processual) preexistente com as *cognitiones extra ordinem* e a conexas configuração de novas figuras criminosas.⁴³

³⁸ MOMMSEN, Teodoro. Op. cit., p. 17.

³⁹ José Cretella Júnior (Op. cit., p. 58) explica que *Edicta* eram as proclamações feitas pelo Imperador quando da sua consagração, da mesma forma como os pretores quando assumiam suas preturas. *Mandata* eram as instruções que o príncipe enviava para os funcionários imperiais. *Rescripta* eram as respostas jurídicas dadas pelo Imperador a consultas jurídicas que lhe eram feitas por particulares (*subscriptio*) ou por magistrados (*epistula*), onde estas eram respondidas com maior desenvolvimento.

⁴⁰ Cf. CERAMI, Pietro. Op. cit., p. 224-5.

⁴¹ Alguns crimes que formam submetidos à jurisdição direta do Senado e do Imperador eram: *crimen maiestatis* (ofensa ao Imperador, recusa ao seu culto e práticas mágicas contra ele); *crimen repetundarum* (abuso da função pública por parte dos funcionários); *crimen ambitus* (corrupção dos juizes); *crimen vis* (no âmbito público: recusa de dar curso ao apelo criminal; no privado: apropriação ilícita dos bens dos devedores); *crimen falsi* (falsa identidade e outras falsidades); *crimen homicidii*; *crimen calumniae*, etc.. Cf. CERAMI, Piero. Op. cit., p. 258.

⁴² Op. cit., p. 225-6. “*I decreti erano decisioni giudiziarie (sentenze) con le quali il principe risolveva le controversie civili e criminali sottoposte alla cognitio imperiale, sia in prima istanza che in grado di appello. Tali decisioni, pur essendo correlate alle ‘parti processuali’ furano considerate “precedenti vincolanti”, suscettibili, in quanto tali, di una potenziale normatività extraprocessuale.*” José Cretella Júnior (Op. cit., p. 58), por sua vez, informa que *Decreta* eram as decisões que o Imperador tomava, como juiz, nos processos que lhe eram submetidos, e essas sentenças eram *extra ordinem*, ou seja, fugiam aos princípios do *ordo iudiciorum*. Constituíam, essas decisões, o que hoje é chamado de acórdão e, na época de Justiniano (séc. VI), passou a ter força de lei.

⁴³ Op. cit., p. 257.

No tocante à ordenação processual, Otávio Augusto procurou, antes de tudo, racionalizar, desenvolver e dirigir o sistema das *quaestiones*⁴⁴ através da *lex Iulia iudiciorum* (17 a. C.). Tratava-se de uma unificação dos diversos procedimentos tendo por base vários princípios e critérios comuns. Esse sistema de *quaestiones* unificadas formou o *ordo iudiciorum publicorum*. Junto desse *ordo*, que perdurou até todo o século II, foram se desenvolvendo uma “série de outras *cognitiones* criminais *extra ordinem*: de um lado a *cognitio* senatorial, do tipo acusatório; do outro, as *cognitiones* imperiais [...], do tipo inquisitório”.⁴⁵

Com base nessas informações, pode-se observar que, apesar da apropriação gradual da jurisdição popular, primeiramente pelo Senado e posteriormente pelo Imperador (*quaestiones perpetuae*), com os mais diversos critérios de investigação e julgamento, os conflitos penais que eram levados a esses tribunais eram justamente os que eram pertinentes às causas entendidas como públicas, e não os interesses dos particulares em si, que eram insignificantes em relação ao Estado (patrimônio imperial). Os delitos que afetavam a moral pública e os interesses do Senado ou dos Imperadores – que constituíam seus interesses privados em públicos – eram resolvidos através do Direito Penal. Os métodos tradicionais de resolução de conflitos intersubjetivos pertinentes ao ambiente doméstico romano, ao que tudo indica, continuaram a ser de responsabilidade dos *pater familias* e os danos menos graves causados

⁴⁴ *Quaestiones* tem o sentido de busca, procura; problema, questão; inquérito, investigação, interrogatório; investigação judiciária, informação. Nesse sentido, consultar: FARIA, Ernesto (org.). Op. cit., p. 828. No período da República Romana, destaca-se o caráter privado dos crimes contra o patrimônio, assim, o crime de roubo, por exemplo, era punido com uma multa – que chegava ao quádruplo do dano causado –, obtido na forma do processo privado. Outra forma processual era a atuação do *Praetor*, que agia com seu poder de *coercitio*, mas que não tinha fixados os limites de suas decisões por uma norma cogente. Podiam as penas ser de encarceramento, açoite, multa etc., e dependiam do arbitramento do magistrado, que, enquanto político em carreira, estava submetido ao controle da opinião pública, com o risco de responder pela sua decisão se saísse do cargo. Havia também a *provocatio ad populum*, que era facultada aos cidadãos acusados de um crime que justificasse a pena capital pedir um julgamento perante a *comitia*. Pelos crimes menos graves, seria dispensável ao magistrado proceder diretamente a *coertio* ou enviar o acusado para um procedimento popular. Este era chamado de *iuditia populi* e se desenvolvia em três assembléias, destinadas, respectivamente: a expor as razões da acusação, a escutar a defesa e escutar as testemunhas. Concluída esta fase, esperava-se que o magistrado formulasse a acusação e pedisse a condenação. Decurso um *trinundinum*, havia uma quarta audiência na qual o povo se pronunciava. Antes que interviesse o último voto necessário para a condenação, era consentido aos *reus* de escolher o *exilium* – que se segue com uma pronúncia que o priva da cidadania, dos bens e o impede de reentrar em território urbano sob pena de morte. No primeiro decênio do II século a. C., foi introduzida a praxe do Senado – em relação a uma situação particular – de constituir *extra ordinem* do júri (*quaestiones*), presidida por um cônsul ou por um *Praetor*. Com tal procedimento se desenvolveu um novo procedimento chamado *quaestiones perpetuae* (porque não mais extraordinárias, mas estáveis) que suplantaram cada vez mais e com mais frequência as *iuditia populi*. Nesse sentido consultar: CORBINO, Alessandro. Istituzioni e ordinamenti di roma dalle origini all'egemonia mediterrânea. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 121-4.

⁴⁵ CERAMI, Pietro. Op. cit., p. 259-60. “[...] serie di cognitionis criminali extra ordinem: da um lato, la cognitio senatoria, di tipo accusatorio; dall'altro, le cognitiones imperiali (sia del tribunale imperiale, che dei vari funzionari), di tipo inquisitório.”

por particulares contra particulares eram resolvidos pelo *ius privatum* através dos processos legais privados⁴⁶, que constituíam procedimentos diversos em todo o Império.

Como o Direito Penal passou – em grande parte – a ser um sistema punitivo centralizado que visava dar sustentação aos interesses pessoais dos Imperadores e dos patrícios, era subsidiariamente no Direito Civil que os romanos – ao menos os cidadãos – buscavam a realização dos seus ideais de justiça.⁴⁷ Muitos dos institutos romanos do Direito Civil foram codificados no século VI por Justiniano (Império Romano Oriental) e, a partir do século XI, foram reativados na Itália setentrional e passaram a constituir uma das principais fontes leitimadoras do Direito moderno, como será visto no próximo capítulo.

O cargo dos magistrados que eram encarregados de cuidar da administração da justiça era, sobretudo, político. Por isso, interessava aos Imperadores manter esses funcionários sob vigilância, pois eram eles que ligavam os indivíduos aos interesses do Império. Entrementes, é relevante destacar que a responsabilidade do Imperador não era garantir o exercício da jurisdição para a proteção dos seus súditos, mas sua responsabilidade como governante

⁴⁶ A título de ilustração, é esclarecedora a hipótese de Paul Veyne (Op. cit., p. 166-7): “Suponhamos que um devedor não quer pagar o dinheiro que tomou emprestado; ou ainda que temos como única fortuna um pequeno sítio, ao qual nos apegamos porque os nossos ancestrais ali viveram, ou porque a região é agradável. Um poderoso vizinho cobiça nosso bem; a frente de seus escravos armados, invade a propriedade, mata nossos escravos que tentavam nos defender, nos mói de pancadas, os expulsa e se apodera do sítio como se lhe pertencesse, o que fazer? Um moderno diria: apresentar queixa ao juiz, (*litis denuntiatio*), obter justiça e recuperar nosso bem através da autoridade pública (*manu militari*). Sim, as coisas serão mais ou menos assim no final da antiguidade, quando os governantes de província terão finalmente feito triunfar em todas as coisas o seu ideal de coerção pública. Mas na Itália dos dois ou três primeiros séculos de nossa era, a situação era diferente. A agressão de nosso poderoso vizinho constitui um delito puramente civil e não implica coerção penal; cabe-nos, pois, garantir o comparecimento do adversário perante a justiça; para isso precisamos agarrar esse indivíduo no meio de sus homens, arrastá-lo e acorrentá-lo em nossa prisão privada até o dia do julgamento. Se não pudermos levá-lo à presença do juiz, não haverá processo (*litis contestatio*). Mas conseguimos e, graças à intervenção de um homem poderoso que nos aceitou como cliente, obtivemos justiça: a sentença diz que o direito está a nosso favor; nada mais nos resta senão executar pessoalmente a sentença, desde que tenhamos os meios [...]. Quem, pois, podia se dar ao trabalho de recorrer a uma justiça parecida tão pouco com um árbitro encarregado de sancionar as faltas cometidas na luta social? Provavelmente duas categorias de pessoas. [...] O direito não era, portanto, senão um dos golpes possíveis na luta social, e algumas pessoas podiam até suplicar que não o descarregassem contra elas.”

⁴⁷ Para ilustrar parte do exercício da jurisdição civil romana, era mediante a chamada *actio* que os cidadãos romanos procuravam concretizar a defesa de seus interesses, que eram tutelados, então, pelas instituições do Estado. Assim, como entende José Cretella Júnior (Op. cit. p. 406): “Direito e proteção judiciária são conceitos correlatos e inseparáveis. Quando se fala em direito, fala-se de proteção judiciária, porque sem esta o próprio conceito de direito não existe”. Tal afirmação traz a idéia de vinculação do Direito ao exercício efetivo da jurisdição, ou seja, a entrega de um conflito interpessoal a uma instituição do Estado para a resolução da questão através do arbítrio de um magistrado. O mesmo autor (Ibid., p. 408-9) informa ainda que havia duas fases da instância jurisdicional civil, que eram chamadas de *ius* e de *iudicium*. O primeiro significa que as questões civis eram apresentadas, primeiro, *in iure*, no Tribunal do magistrado (*praetor*), que depois encaminhava *apud iudicem*, isto é, entregava o caso para um particular, escolhido pelos litigantes, para julgar o processo. Esse sistema foi adotado até o fim da época clássica (do início do Império até a metade do século III), por apresentar duas características: a) apresentava uma solução dos litígios; b) aliviava o trabalho dos magistrados; além de restringir o poder de que eram investidos.

limitava-se à defesa das fronteiras, que era uma atividade eminentemente militar. A ordem pública dentro do Estado era obrigação do governo municipal das províncias, que, segundo a tradição política romana, não alterava os procedimentos judiciais já consolidados nas províncias. Dessa forma, os procedimentos de resolução de controvérsias entre os indivíduos, no Império Romano, abarcavam inúmeros ordenamentos jurídicos, que não devem ser confundidos com o *ius civile*, privilégio exclusivo dos cidadãos romanos.⁴⁸

No que concerne ao exercício da magistratura pretoriana, Pietro Cerami menciona que, com a afirmação e consolidação do principado, os *praetors* foram privados de todas as funções de governo, mas foram compensados, em parte, com novas atribuições de ordem jurisdicional. Mas mesmo assim, ficaram ressentidos com o regime imperial, porquanto havia uma concorrência sempre mais invasiva das *cognitiones extra ordinem* imperiais em suas funções jurisdicionais.⁴⁹ Destaca-se, ainda, que já havia um fenômeno muito importante na época do Direito Romano clássico e que foi incorporado pelo Direito moderno: o princípio *nulla poena sine lege*, que era também um limitador do poder de *coercitio* dos pretores. A aplicação da pena, porém, era feita sob o fundamento de uma prática jurisdicional ou sob analogia com outros casos, criando, assim, uma praxe que ia se consolidando com o tempo.⁵⁰

Dessa forma, pode-se observar que, com a instauração do Império Romano, houve uma centralização formal do poder de administração e, sutilmente, da jurisdição penal de interesse do *princeps*, em detrimento das carreiras da magistratura pretoriana que existiam no período da República romana. O poder dos Imperadores era, de fato, ilimitado, ao mesmo tempo que a eles cabia a regulação da sociedade romana nos aspectos administrativos e, também, morais, pois que eram eles os chamados *pontifex maximus*. Importante deixar patente sempre que a força dos Imperadores era a *manus militaris*, representada pelo exército, que atendia prontamente às suas ordens. Assim, a vontade administrativa do Imperador era executada, em último caso, através da coerção militar por ele comandada, e isso incluía, obviamente, o Direito Penal por ele exercido. Por fim, a vontade privada do soberano era

⁴⁸ Sobre cidadania no Império Romano, consultar: DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do direito internacional; comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 169-90.

⁴⁹ Op.cit., 211-2.

⁵⁰ Nesse sentido, vide: METRO, Antonino. Istituzioni e ordinamento di roma nell'età del dominio. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 320. Importante ressaltar que, ao tempo das *questiones perpetuae*, os magistrados estavam adstritos ao princípio da reserva legal no que tange aos *crimina publica*, onde os crimes estavam previstos nas *leges Corneliae e Juliae*, que constituíam o *ordo judiciorum publicorum*. Essa regra básica (no Direito Moderno) deixou de prevalecer com a instituição da *cognitio extra ordine*, permitindo um grande arbítrio judicial e a incriminação de fatos reprováveis por analogia. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 107.

executada como sendo de interesse público, por isso, na prática jurisdicional, muitas vezes, os delitos de ordem pública coincidiam com a ordem (privada) dele.⁵¹

1.3 Direito Romano pós-clássico e o *ius criminale*

O chamado Direito Romano pós-clássico tem como marco inicial o governo do Imperador Diocleciano (284-305), no período denominado “Baixo Império”, quando foi inaugurado o chamado Dominato⁵², que durou até o começo do período bizantino (565), com a morte do Imperador Romano do Oriente Justiniano.⁵³

Tal período do Direito Romano destaca-se por haver uma decadência acentuada da cidadania romana⁵⁴ e uma série de fatores degenerativos no Império, como, por exemplo, o

⁵¹ As decisões proferidas pelos Imperadores, tanto as judiciais como as administrativas, adquiriram a força de lei e, como tal, tornaram-se uma das principais fontes de Direito no Império Romano. Como informa Rostovtzeff (Op. cit., p. 235): “Em sua elaboração tomavam parte ativa não só os funcionários imperiais, mas também eminentes juristas. Assim, aos poucos formou-se a estrutura geral do Direito Romano sob o Império, e foi codificada mais tarde por dois imperadores sucessivamente, Teodósio e Justiniano, sendo preservada nessa forma até os dias atuais.” Salienta Pietro Cerami (Op. cit., p. 224-5) que a partir do século II, o poder normativo dos Imperadores foi sendo individualizado cada vez mais e possuindo eficácia de lei geral e territorialmente ilimitada em todo império, e não mais somente no local onde era aplicada e, outrossim, a lei imperial no tempo também não perdia a eficácia, salvo eventual abrogação. Esses eram os requisitos indispensáveis para que se efetivasse uma maior concentração do poder, uma vez que, havendo uma produção legislativa constante por parte do Imperador, vinculando todos os seus súditos às suas decisões – inclusive os interesses particulares –, o panorama institucional romano tornou-se cada vez mais dependente das leis de Roma.

⁵² Como ressalta Antônio Alfredo Mercadante (Op. Cit., p. 134), Diocleciano inaugurou o Dominato, onde o poder dos imperadores adquiriram uma fundamentação religiosa - *Dominus* é a designação de “Senhor”. No período de seu governo (284-305), este foi desmembrado em dois governantes e, posteriormente em quatro (Tetrarquia). O oriente continuou sendo administrado por Diocleciano, enquanto o Ocidente passou a ser governado pelo general Maximiliano. Os dois “Augustos” eram auxiliados por dois “Césares” (Galério e Constâncio Cloro). Nesse período houve o estrangulamento do comércio, o declínio da agricultura, do artesanato e a desvalorização da moeda obrigou pagamento dos impostos em produtos, para poder manter os exércitos. O homem foi fixado à terra e proibido de abandoná-la; e as atividades artesanais e comerciais passaram a ser hereditárias.: “Em 305, conforme havia sido estabelecido, os dois Augustos abdicam do poder, sendo substituídos pelos dois Césares. No entanto, com a morte de Constâncio Cloro, os exércitos proclamam Constantino, seu filho, como novo imperador, tendo fim a Tetrarquia”. Ainda, Antonino Metro (Op. cit., p. 268) destaca: “*Nonostante l'apparenza, dunque, com la tetrarchia non si realizzava una divisione dell'impero in due o in quattro parti, né si può parlare della correghenza di quattro imperatori; in realtà, l'impero era e restava unitario, subordinato alla grande autorità di Diocleziano, che diede un'impronta chiaramente assolutistica al suo governo, introducendo un cerimoniale di origine orientale, che, ad esempio, considerava l'imperatore oggetto di adorazione alla stregua di una divinità.*”

⁵³ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 11; SURGIK, Aloísio. *Gens gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático*. Curitiba: Livro e Cultura, 2003, p. 29. Sobre o Imperador Romano do Oriente, comenta José Cretella Júnior (Op. cit., p. 68-70) que Justiniano foi o homem que deu maior valor ao estudo e sistematização do Direito Romano e, ironicamente, não era culto, não nasceu em Roma e nem tinha nome latino; era natural de Taurésio e em 527, sucedendo o seu tio Justino, mudou seu nome eslavo “Upranda” para “Justiniano”. Este Imperador mandou reunir, em um só “corpo” numerosos textos de lei das épocas anteriores à sua própria época, que foi dado o nome de *Corpus Juris*. Este era composto do *Digesto* (533); *Institutas* (533); *Código* (o novo foi elaborado em 534 e o antigo em 529, mas este foi perdido) e as *Novelas*. No século XII recebeu a designação de *Corpus Juris Civilis* pela escola dos glosadores de Bolonha, que servia para diferenciar do *Corpus Juris Canonici*.

⁵⁴ Em 212, durante o reinado de Caracala, os direitos de cidadania foram estendidos a todos os indivíduos do vasto império através da *Constitutio Antoniana* (Edito de Caracala). Como afirma Arno dal Ri Júnior (Op. cit., p.

perigo das invasões bárbaras. O Império de Diocleciano foi caracterizado por importantes reformas, como a tentativa de organização administrativa central e periférica do Império, com o exaurimento dos poderes do Senado e dos outros magistrados.⁵⁵ Outrossim, havia um costume de que os Imperadores exercessem a jurisdição penal pessoalmente contra os seus funcionários subalternos, que eram, sobretudo, os libertos que eles colocavam na administração do palácio. Com as reformas de Diocleciano, acabou esse tipo de foro especial, sendo que somente os delitos praticados no exercício da função administrativa é que continuavam sob a competência do Tribunal doméstico do Imperador.⁵⁶

Com Constantino (306-337) – e outro *Augustus* chamado Licínio – a Constituição romana assumiu uma posição decididamente monárquica e, com esse Imperador, que foi o responsável pelo famoso Edito de Milão – de (provavelmente) 13 de junho 313⁵⁷ –, aboliu-se a antiga religião (pagã) e tornou-se lícito o culto dos cristãos; que antes era tido como um atentado repugnante à ordem moral romana e, por isso, *crimen maiestatis*.⁵⁸ Esta ligação do Imperador com a Igreja se manifestou através de vários procedimentos jurídicos a favor dos ideais cristãos, como, por exemplo: o melhoramento das condições dos escravos, a abolição das disposições contrárias ao celibato⁵⁹, a proibição ao concubinato, a criação da legitimação dos filhos naturais por subsequente matrimônio e, no Direito Penal, exasperação das penas em todos os delitos sexuais.⁶⁰

191), a concessão do *status* de cidadão, antes reservado às classes privilegiadas, a todos os indivíduos residentes no império, acabou por alterar as bases do próprio instituto. Essa vulgarização do instituto conduziu os cidadãos à condição de súditos do Imperador, já combalido diante das crises sucessivas no império e das incursões das primeiras tribos bárbaras contra o império. Ainda, Rostovtzeff (Op. cit., p. 263) pondera que tal medida não significou um progresso na situação legal das massas, mas a ruína do Estado romano, pois o Senado já não tinha voz nos assuntos públicos, e os senadores haviam perdido todos os privilégios políticos que outrora faziam parte de sua posição. Finalmente, era o *status* de cidadão romano que garantia o acesso dos indivíduos às instituições romanas, entre elas os Tribunais. Com a “vulgarização” de tal prerrogativa, obviamente o Estado romano já não possuía mais estrutura suficiente para garantir a aplicação de suas próprias leis para todos as pessoas do território romano, e isso foi determinante para que o Direito, enquanto proteção jurisdicional, praticamente desaparecesse; fortalecendo, ao revés, o poder local dos que possuíam condições de exercer a *coertio*, ou seja, o poder doméstico representado pelo *pater familias*.

⁵⁵ Cf. CERAMI, Pietro; *et alli*. Op. cit., p. 269.

⁵⁶ Cf. MOMMSEN, Teodoro. Op. cit. p. 196.

⁵⁷ Cf. *Ibid.*, p. 377.

⁵⁸ Sobre o *crimen laesae maiestatis* no Direito Penal Romano, consultar: DAL RI JÚNIOR, Arno. *O estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 65-82.

⁵⁹ Afirma Aluísio Surgik (Op. cit., p. 35) que: “Diante do novo ideal cristão de castidade, o vasto ordenamento introduzido ao tempo de Augusto pelas leis *Iulia de maritandis ordinibus* e *Papia Poppea* cai por terra: o estado de celibato passa a ser considerado mais perfeito e recomendável do que o estado matrimonial. As segundas núpcias são vistas desfavoravelmente.”

⁶⁰ Cf. METRO, Antonino. Op. cit., p. 270-1. Também interessante destacar as observações de Peter Brown (Antigüidade tardia. In: ARIËS, Philippe; DUBY, Georges (org.). *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.1, p. 243-257), que informa que a Igreja cristã se apossou da moral do Império romano, e a moral sexual austera, inicialmente, era uma forma de exprimir a diferença que

Importante destacar a afirmação de Teodoro Mommsen de que a Igreja cristã, nesse momento histórico, não possuía uma jurisdição sacerdotal e carecia de tudo o que era necessário para o exercício de seu poder penal, porquanto não tinha leis penais, autoridades penais e tampouco um procedimento penal: “*Pero esa Iglesia fue elaborando sucedáneos y sustitutivos de todo eso, y lo fue elaborando con la tolerancia y el reconocimiento del poder supremo de los emperadores*”.⁶¹ Começava, assim, uma aproximação importante entre o programa político-religioso cristão e o sistema punitivo romano, que viria a dar sustentação à Igreja Católica nos séculos seguintes na Europa ocidental. Nesse contexto, pode-se observar que como a Igreja se interessava pela moral das pessoas e se colocava como guardiã da moral da família, a resolução de conflitos penais que ocorriam tradicionalmente no interior do ambiente doméstico foi passando, cada vez mais, a ser uma questão de interesse da Igreja e, concomitantemente, do Estado.

O Imperador Constantino possuía uma visão unitária do poder e, para ele, a religião apresentava um dos aspectos desse poder. Um indício disso é que ele se utilizou de sua autoridade, como soberano do Estado, para resolver questões internas da Igreja cristã, quando convocou, em 325, o Concílio de Nicéia, onde foram fixados muitos dos fundamentos canônicos da Igreja Católica – entre eles a separação dos quatro Evangelhos Canônicos dos chamados Apócrifos e a fixação dos padrões da ortodoxia frente ao arianismo⁶². Afirma Antonino Metro que: “Com isto, se viria a estabelecer implicitamente, se não propriamente,

separava os cristãos dos pagãos. Outro aspecto da moral sexual seria o celibato, pois este significava a supressão das fontes mais íntimas do indivíduo, tornando-o mais contínuo, coeso e solidário com uma sociedade normal e elevada, representada pelo cristianismo em um momento de caos social causado pela decadência moral e material do Império romano.

⁶¹ Op. cit., p. 197. Esclarecedora é, nesse sentido, é a Epístola de São Paulo aos Romanos, Capítulo 13 (In *BÍBLIA SAGRADA*. Tradução: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Erechim: Edelbra, 1979, p. 1009): “Todo o homem esteja sujeito aos poderes superiores: porque não há poder que não venha de Deus; e os que há esses foram por Deus ordenados. 2 Aquele pois que reside à potestade, resiste à ordenação de Deus: e os que resistem, a si mesmos trazem a condenação: 3 porque os príncipes não são para temer quando se faz o que é bom, mas quando se faz o que é mau. Queres tu pois não temer a potestade? Obra bem! E Terás louvor dela mesma: 4 porque o príncipe é o ministro de Deus para bem teu. Mas se obras mal, teme: porque não é de balde que ele traz a espada. Porquanto ele é ministro de Deus, vingador em ira contra aquele que obra mal. 5 É logo necessário que lhe estejais sujeitos, não somente pelo temor do castigo, mas também por obrigação de consciência. 6 Porque por esta causa pagais também tributos: pois são ministros de Deus, servindo-os nisto mesmo. 7 Pagai pois a todos o que lhes é devido: A quem tributo, tributo: a quem imposto, imposto: a quem temor, temor: a quem honra, honra.”

⁶² A doutrina de Ário (280-336), sacerdote de Alexandria, que sustentava que Deus Pai tinha prioridade sobre o Filho e que ambos eram distintos. Assim, Cristo era uma Criatura intermediária entre a divindade e a humanidade. A visão ortodoxa (dogma niceno; que se tornou oficial) sustenta que Pai e Filho são idênticos em substância, porém diferentes como pessoas. Após Constantino, o arianismo foi favorecido pelos imperadores, à exceção de Juliano, o apóstata (360-364), que era pagão. Com o advento do imperador Teodósio, em 379, a ortodoxia veio a receber o apoio imperial e os arianos foram considerados hereges. Cf. RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a wittgenstein*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 178.

que o Imperador era também o chefe supremo da Igreja, ao menos como uma medida de seu alto tutorado, que reforçava ulteriormente o poder imperial.”⁶³

O mesmo autor pondera que: a “característica fundamental da monarquia absoluta é a concentração de todos os poderes nas mãos do Imperador. Ele não é mais um órgão da constituição, definido *princeps*, enquanto primeiro entre os cidadãos, mas se põe, em certo sentido, além e fora da constituição, sendo considerado *dominus et deus*”.⁶⁴ Isso colocava o Imperador como um enviado da providência divina e intérprete, na terra, da vontade de Deus. Isso não significa que os seus atos políticos, administrativos e jurídicos viessem diretamente de Deus, mas também não se negava que esses atos eram promanados Dele. Assim, o Imperador, agora também entre os cristãos, se tornou detentor exclusivo do poder legislativo, sendo considerado a única fonte viva de Direito, acabando com a produção normativa do Senado e dos Pretores; em suma, ele era o definidor único das leis, e estava colocado além e sobre elas: era o *princeps legibus solutus*.⁶⁵ O soberano, representante do Estado romano e “livre legislador”, estabeleceu a idéia de que o Direito é uma emanção divina inclusive entre os cristãos, por isso deveria ser observado por todos os fiéis submetidos ao poder imperial. Isso incluía, certamente, os regulamentos concernentes à resolução dos conflitos no ambiente doméstico romano.

O fato é que a estrutura burocrática – criada por Diocleciano e reformada por Constantino –, era disposta em uma hierarquia piramidal, onde o Imperador estava no vértice. Como supremo órgão consultivo, ele tinha ao seu lado um funcionário denominado *sacrum consistorium principis*, que era encarregado de resolver as questões políticas (nacionais e internacionais), de governo e religiosas, além das questões jurisdicionais imperiais⁶⁶; mas, registre-se, todos os funcionários do Império se tornaram efetivamente dependentes da vontade do Imperador, não mais tinham poder para decidir e administrar, mas apenas executavam ordens. Enfim, a concentração de todos os poderes estava nas mãos dos

⁶³ Op. cit., p. 271. “Com ciò, si veniva a stabilire implicitamente se non proprio che l'imperatore era anche capo supremo della Chiesa, quanto meno una sorta di suo alto tutorato, che refforzava ulteriormente il potere imperiale.”

⁶⁴ Ibid., p. 276. “Caratteristica fondamentale della monarchia assoluta è la concentrazione di tutti i poteri nelle mani dell'imperatore. Egli non è più un organo della costituzione, definito princeps, in quanto primo fra i cittadini, ma si pone in un certo senso al di fuori della costituzione, essendo considerato dominus et deus”.

⁶⁵ Ibid., p. 277. “È altresì detentore del potere legislativo: essendo venute meno tutte le altre fonti di produzione normativa (comizi, senato, pretore) l'unica fonte viva di diritto sono ormai le constitutiones principis, definite direttamente leges. Di tali leggi, l'imperatore dispone a piacimento, abrogandole, modificandole, sostituendole com altre; in una parola, egli è posto al di sopra delle leggi (princeps legibus solutus), anche se formalmente si dichiara ad esse sottoposto (come stabilito da una costituzione di Valentiniano III del 429, C. 1.14.4).”

⁶⁶ Ibid., p. 278-9.

Imperadores, e esta estratégia política foi praticamente o último esforço desses governantes para aplacar a fúria da crise que ocorria no Império naqueles tempos; entretanto essa estratégia de centralização burocrática dos poderes contribuiu para o esvaziamento ainda maior das antigas instituições romanas, que representavam a proteção dos cidadãos romanos em seus interesses privados.

1.4 Contexto político-religioso no cristianismo primitivo

Como já mencionado anteriormente, um dos principais centros do sentimento religioso era o exército romano – *manus militaris* do Imperador –, e os soldados executavam as ordens que necessitavam de coerção dimanadas de Roma pelo seu comandante divino, representante da moral e da ordem pública desejada pelos romanos.⁶⁷ Com as agitações geradas pela crise do século III, os Imperadores, como representantes do poder espiritual, procuravam exaltar a devoção do exército com a introdução de vários outros deuses pagãos em Roma⁶⁸, justamente para reativar uma ligação permanente entre o exército e o trono. Tal estratégia, contudo, não logrou o êxito esperado, pois a debilidade da administração dos imperadores da época e a decadência da moralidade entre os romanos acelerou o declínio do Império.⁶⁹

Enquanto a crise moral e administrativa se desenvolvia, uma seita se destacava cada vez mais entre as muitas sociedades religiosas do Oriente: era a Igreja Cristã, que começou humildemente com um grupo de discípulos que haviam conhecido e que se recordavam da

⁶⁷ Nesse contexto, Paul Veyne (Op. cit., p. 165) faz interessante ressalva quando menciona a vida privada dos romanos, pois alguns Imperadores – representantes do poder público – exerciam pressões de ordem moral na população e acreditavam que as cidades não eram uma construção natural, mas, antes, uma instituição nascida da Lei, e que se degradaria se o legislador não a mantivesse contra as forças inimigas: “o cidadão era um aluno preguiçoso que só respeita a disciplina sob palmatória do mestre”. O mesmo autor destaca, ainda, que as crises de ordem moral tinham como objetivo provar a todos os cidadãos que o imperador era um reinante, não somente da ordem pública – ao qual os vícios não eram uma ameaça absoluta –, mas pretendia governar a consciência moral de cada um; “depois que cada cidadão se compenetrava de tal idéia, a lei revolucionária deixava de ser aplicada e era esquecida no reinado seguinte”.

⁶⁸ Para exemplificar: Deus Midras (persa); Grande Deusa Mãe (celta); Heliogábalo (sacerdote do deus-sol sírio) e a deusa cartaginesa Tanit etc.. Nesse sentido, consultar: WELLS, Herbert Georges. *História universal: da ascensão e queda do império romano até o renascimento da civilização ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional/CODIL, 1970. v.4. p. 136. Ainda, sobre a moral dos romanos no século III, interessante o comentário de Peter Brown (Op. cit., p. 252): “De resto, independentemente das Igrejas cristãs, podemos detectar a lenta emersão, paralela aos códigos ‘cívicos’ dos notáveis, de uma moral de fato diferente, baseada num mundo diverso de experiência social. Já no começo do século III, muito antes do estabelecimento da Igreja cristã, aspectos da lei romana e da vida de família são afetados por uma sutil mudança das sensibilidades morais da maioria silenciosa dos provincianos do Império. Uma vida conjugal respeitável torna-se uma norma que inclui até as famílias de escravos. Os imperadores posam como guardiães da moral privada. Até o suicídio, essa orgulhosa asserção do direito do ‘bem-nascido’ de dispor da própria vida, se necessário, é aviltado como um distúrbio contra a natureza.”

⁶⁹ Cf. ROSTOVITZEFF, Michael Ivanovitch, Op. cit., p. 278

vida terrena de Jesus Cristo.⁷⁰ Como as comunidades cristãs recusavam-se a prestar culto aos Imperadores (que eram Augustos) em todo o Império, elas eram consideradas ilegais e, por isso, alvos de impiedosas perseguições nos primeiros séculos da era cristã.⁷¹ Mas à medida que a decadência do Império se acentuava no decorrer do séc. III, a força da Igreja dos Cristãos aumentava, mormente porque, enquanto a filiação das pessoas ao Estado (Imperador) trazia cada vez mais sofrimentos e contingências, a filiação à Igreja Cristã representava, de fato, um conforto material e moral. Dessa forma, no momento em que o Imperador perdia cada vez mais a autoridade moral juntamente com o poder civil, a Igreja cristã organizava e auxiliava seus crentes – sobretudo junto aos pobres e os empobrecidos pela crise – através de uma liga de sociedades bem organizadas, espalhadas por todo o Oriente Médio até a Itália.⁷²

Com a transformação do Cristianismo em religião oficial do Estado pelo Imperador Teodósio em 380 – através do Edito de Tessalônica –, ocorreu a substituição do Divino Imperador por dois poderes distintos: de um lado o Papa (representante de Deus) e de outro o Imperador (representante do Estado). Assim, a lealdade religiosa destacou-se e, em pouco tempo, passou a ter predomínio sobre a lealdade política; especialmente quando as invasões bárbaras puseram fim à civilização organizada da Europa ocidental, fragmentando o poder

^{70 70} Cf. ROSTOVTZEFF, Michael Ivanovitch, Op. cit., p. 279.

⁷¹ O *crimen maiestatis*; a negação de prestar culto ao imperador foi a fatispécie que justificou a repressão contra os cristãos nos primeiros séculos de nossa era. Cf. CERAMI, Pietro. Op. cit., p. 258.

⁷² Cf. ROSTOVTZEFF, Michael Ivanovitch, Op. cit., p. 282-83. Interessante observar que, com a crise institucional do século III em diante, a moral dos romanos, tranqüilamente arraigada no sentimento de proteção que o Império Romano provocava nos primeiros séculos, se transformou em aflição e medo nas comunidades em geral, gerando uma ansiedade coletiva entre todos os habitantes do Império. Os judeus e os primeiros cristãos, entretanto, já estavam mobilizados no seu “eu interior” a serviço de suas comunidades perseguidas e que se baseavam em uma lei religiosa forte o suficiente para criar e manter um laço de solidariedade permanente entre seus próprios membros. Nesse sentido, Peter Brown (Op. cit., p. 243-67) destaca o perigo que a vida privada representava para os membros de uma comunidade ameaçada, pois o insistente interesse na solidariedade das pessoas pertencentes aos grupos que perderam a sua liberdade e tranqüilidade foi um sentimento violentamente negativo da intimidade. Os sentimentos e motivações mais internos do indivíduo, os “pensamentos do coração”, permaneciam impenetráveis para o grupo e, como podiam gerar tensões e provocar fendas na solidariedade ideal, eram cuidadosamente examinados pelas comunidades religiosas. Com a ascensão dos cristãos ao poder – que foi um processo gradual –, a Igreja logrou êxito em formar um novo espaço público – a basílica – firmemente traçado no seio da federação de famílias que compunham a comunidade cristã; e os pecados, sobretudo os profundamente íntimos – como os sexuais – eram julgados pelos membros do clero em um ambiente inteiramente público, onde a excomunhão acarretava a exclusão pública da eucaristia; e seus efeitos só poderiam ser revogados através de um ato de reconciliação pública com o bispo. Certamente não eram somente os delitos sexuais que provocavam o interesse dos líderes católicos pela vida privada dos seus fiéis, mas todos aqueles pertinentes à vida privada, ao sentimento de pertencimento à comunidade cristã; e os detalhes dessa intimidade eram revelados através da confissão aos clérigos. Por fim, uma das evidências de que a Igreja cristã se interessava particularmente pela vida íntima dos seus fiéis pode ser encontrada na obra de Santo Agostinho intitulada “Confissões” (*Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 09-316.), onde o próprio Bispo publica seus pensamentos íntimos e atos pecaminosos antes de sua conversão. Provavelmente, tal atitude deveria servir de exemplo para o verdadeiro cristão revelar o que havia de mais íntimo em sua alma para os sacerdotes da Igreja e, assim, conseguir a sua purificação através da penitência.

central do Império Romano e enfraquecendo as instituições públicas tradicionais, transformando-as em relações pessoais de benefícios e em hierarquias de privilégios.

Sobre a ruína do velho “edifício romano” e o início da Idade Média, escreve Will Durant:

Tudo começou de novo quando a Igreja cicatrizou as feridas da luta com a mística autoridade da Palavra, e dos campos de guerra trouxe os homens para a vida laboriosa. Os imperadores passaram e os papas permaneceram; as legiões já não se moviam, mas os monges e missionários da fé nascente calmamente criavam a ordem nova em que de novo o pensamento iria funcionar.⁷³

Neste contexto histórico em que o Império Romano do ocidente foi sendo fragmentado e foram se formando os reinos bárbaros de origem teutônica - igualmente desorganizados -, é que a Igreja Católica colocou as suas crenças religiosas em relação mais estreita com as circunstâncias sociais e políticas da época, pois passou a ser a única instituição disciplinada e que manteve a mesma organização do Império, ou, como entende Bertrand Russell:

A unidade da Igreja era um reflexo da unidade do Império Romano; sua liturgia era latina, e os seus homens eram, em sua maior parte, italianos, espanhóis ou franceses do sul. [...] A Igreja representava, ao mesmo tempo, continuidade com o passado e com o que havia de mais civilizado no presente.⁷⁴

Dessa forma, diante da legitimação do poder religioso já dentro do contexto histórico que antecedeu a queda do Império Romano, é que a Igreja Católica se afirmou hegemonicamente como fonte exclusiva do poder espiritual de todos os homens estabelecidos na Europa ocidental; além de se impor como a única instituição formalizadora oficial do poder temporal nas diversas sociedades da Europa medieval. Certamente essa separação dos poderes não foi uma ruptura entre os representantes do Estado e da Igreja, tampouco foi evidenciada prontamente entre as pessoas uma distinção hierárquica entre os dois poderes; mas foi sendo gradualmente construída por uma teoria político-religiosa onde, em última instância, quem legitimava o poder temporal dos Imperadores era Deus, representado diretamente e exclusivamente pela própria Igreja Católica.

2 A IDADE MÉDIA

O século V foi o da invasão dos povos denominados “bárbaros” e a queda do Império Romano Ocidental. As instituições romanas – como o correio e as estradas – entraram em decadência e, em todo o “mundo ocidental”, os reinos germânicos sucederam à burocracia

⁷³ DURANT, Will. *Os grandes pensadores*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968, p. 18.

⁷⁴ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Op. cit., v.1, p. XIV.

centralizada – e centralizadora – do Império. As sucessivas invasões dos bárbaros acabaram com o comércio em longa escala e “a vida se tornou local, tanto política como economicamente. A autoridade centralizada foi conservada somente na Igreja, e isso com muita dificuldade.”⁷⁵ Michel Rouche comenta que os novos povos que se instalaram na Gália, no século V – visigodos, borgúndios, francos -, tentaram imitar, por vezes, o Império Romano no plano das instituições públicas e das estruturas sociais. Em toda a parte, pessoas privadas e os espaços privados apareciam em primeiro lugar; e o Estado, criado por Roma, exigia uma abstração que era alheia aos chamados bárbaros.⁷⁶

Os grupos germânicos que se instalaram na Europa ocidental a partir do século IV encontraram as instituições do Império Romano funcionando e a Igreja Católica se estruturando junto ao “Estado”. Em todos os territórios invadidos, como os das atuais Itália⁷⁷, Espanha⁷⁸, Portugal e França, ocorreram mesclas de culturas diferentes, possibilitando a particularização dos institutos sociais em cada região e modificando substancialmente os mecanismos de resolução de conflitos penais entre as pessoas, como será visto adiante.

⁷⁵ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968, v.2, p. 70.

⁷⁶ ROUCHE, Michel. Alta idade média ocidental. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (org.). *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.1, p. 405.

⁷⁷ Na Itália, as invasões foram mais constantes e vários grupos bárbaros ali passaram, como, por exemplo, os visigodos que, fugindo dos hunos (grupo de origem mongólica) e liderados por Alarico, saquearam Roma em 410. Em 455, os vândalos – escapando dos visigodos na Península Ibérica e se aventurando no norte da África – entraram na Itália e saquearam Roma; e em 476, os émulos, comandados por Odoacro, invadiram Roma e depuseram o último Imperador romano do Ocidente. Os Ostrogodos, a partir de 489, também se instalaram na Península Itálica e tentaram promover uma conciliação entre os germânicos e romanos; mas, no século VI (a partir de 533), Justiniano, Imperador Bizantino, iniciou a reconquista da Itália e conseguiu debilitar o poderio gótico. Finalmente, a partir de 568, os longobardos, aproveitando o enfraquecimento dos bizantinos e de uma grande peste que ocorreu na época, instalaram-se na Itália e, mais tarde, grupos eslavos também passaram na península. Nesse sentido, consultar: WELLS, Herbert Georges. *História universal: da ascensão e queda do império romano até o renascimento da civilização ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional/CODIL, 1970. v. 5, p. 228-34; e, para se visualizar o cenário das invasões: AS INVASÕES germânicas e eslavas na Europa. *Atlas da história do mundo*. São Paulo: Folha de São Paulo, 1995, p. 98-9. A Península Itálica, sofreu, ainda, as invasões sarracenas (islâmicas) no sul durante o século IX. Sobre alguns aspectos políticos e jurídicos da invasão dos sarracenos na Itália medieval, consultar: DAL RI JÚNIOR, Arno. O direito dos tratados e os *impus foedus* da alta idade média nas relações entre o mundo islâmico e o mundo latino. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; ORO, Ari Pedro. *Islamismo e humanismo latino*. Petrópolis: Vozes; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2004, p. 209-222. Sobre a invasão dos magiares (húngaros) no norte (século X), e dos *vikings* (normandos) e dos sarracenos na Itália nos séculos IX e X, consultar: WELLS, Herbert Georges. *História universal: da ascensão e queda do império romano até o renascimento da civilização ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional/CODIL, 1970, v.6, p. 391-408. Ainda, para se ter uma idéia do “medo do outro”, no caso os “invasores” da cristandade por volta do ano 1000, consultar: DUBY, Georges. *Ano 1000, ano 2000: na pista de nossos medos*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 50-63.

⁷⁸ Sobre os grupos germânicos que se instalaram na Península Ibérica no século V – alanos, suevos, vândalos e, posteriormente os visigodos – Nilo Batista (Op. cit., p. 50-60) informa que eles, apesar de trazerem seus próprios costumes do norte europeu, encontraram a Hispânia romana já civilizada, mas fragmentada em regiões devido também aos condicionamentos geográficos que dificultavam uma efetivação dos projetos de unificação ainda no tempo do Império. A importância dos visigodos na Hispânia é que, antes de invadirem a Península Ibérica,

Como mencionado anteriormente, a Igreja Católica conseguiu, após a fragmentação do Império Romano do Ocidente pelos grupos bárbaros, manter algumas das instituições da combalida civilização romana e desenvolver uma unidade centralizadora e monopolizadora do poder espiritual conforme o dogma niceno. O poder secular, por sua vez, restou nas mãos dos reis e nobres de origem teutônica, que procuraram manter as instituições próprias que haviam trazido das florestas da (atual) Alemanha. Sobre as instituições germânicas na Idade Média, destaca Bertrand Russell:

O poder absoluto era alheio a essas instituições, como também era estranho, a esses vigorosos conquistadores, tudo aquilo que tivesse aparência de uma legalidade monótona e sem espírito. O rei tinha que compartilhar seu poder com a aristocracia feudal, mas todos esperavam, do mesmo modo, que lhe fosse permitido, de vez em quando, uma explosão ocasional de suas paixões em forma de guerra, assassinio, pilhagem ou rapto. É possível que esses monarcas se arrependessem, pois eram sinceramente piedosos e, afinal de contas, o arrependimento era em si mesmo uma forma de paixão. A Igreja, porém, jamais conseguiu produzir neles a tranqüila regularidade de uma boa conduta, [...]. De que lhes valia conquistar o mundo, se não podiam beber, assassinar e amar como o espírito lhes exigia? E por que deveriam eles, com seus exércitos de altivos, submeter-se às ordens de homens letrados, dedicados ao celibato e destituídos de força armada?⁷⁹

Apesar de toda força armada estar nas mãos dos reis e guerreiros bárbaros, a Igreja saiu vitoriosa da disputa pelo poder supremo com os chefes bárbaros, porquanto possuía o monopólio do estudo (monastérios), além de que os reis viviam em constantes guerras entre si. Mas, acima de tudo, porque a Igreja Católica era quem decidia, através da excomunhão, se um rei, convertido ao catolicismo, iria passar a eternidade no céu ou no inferno, podendo, dessa forma, estimular rebeliões ao absolver os súditos (também católicos) do dever de fidelidade para com o poder temporal.⁸⁰ No tocante aos povos que não eram cristãos, a Igreja

conviveram com os romanos e com os cristãos, o que acabou por permitir uma mescla importante dos institutos jurídicos germânicos, romanos e cristãos entre os povos que habitavam a região.

⁷⁹ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Op. cit., v.1, p. XIV.

⁸⁰ Cf. Ibid., p. XV. Quanto à legitimação teórica do Poder Espiritual da Igreja Católica, importante destacar a figura de Santo Agostinho (354-430), o Bispo de Hipona, que criou a sua doutrina da predestinação, a partir das epístolas de Paulo, onde o homem, essencialmente pecador, é salvo pela mediação da Igreja, pois esta, enquanto instituição formada por Jesus Cristo – verdadeiro Filho de Deus –, não podia errar. Santo Agostinho acreditava que a mera observância das práticas religiosas, inclusive de uma vida virtuosa, não garantiria a salvação, porquanto, sendo Deus bom e o homem mau (visão maniqueísta), a concessão da salvação pela Igreja seria um favor, mas não a conceder não seria, de modo algum, censurável. A substituição do pecado comunal (judaísmo) pelo pecado individual (cristianismo) teve implicação direta no cenário político medieval, pois a teologia de Santo Agostinho fez da Igreja uma intermediária entre o alma do homem e Deus; e a crença de que ninguém seria salvo a menos que fosse batizado conseguiu tornar grande parte da população europeia ocidental, inclusive os chefes bárbaros, em cristãos. Assim, sendo a Igreja considerada infalível por ser uma instituição divina para a “repressão dos pecadores”, ela se tornou a grande fonte legitimadora e limitadora do poder temporal no ocidente medieval. Importante destacar, finalmente, que o Bispo de Hipona expôs uma ampla concepção de um contraste entre a Cidade deste mundo e a Cidade de Deus, obra que exerceu imensa influência durante toda Idade Média – e um dos mais fortes argumentos nos conflitos entre a Igreja e os príncipes seculares –, pois forneceu os elementos teóricos para a justificação política da Igreja Católica ao argumentar, em sua tese central, a independência da Igreja em relação ao Estado (a cidade de Deus e a cidade terrena). Embora sua obra manifeste

tinha por praxe absolver os guerreiros católicos de suas eventuais “culpas” cometidas contra os inimigos, de tal forma que muitas guerras e batalhas foram legitimadas pela Igreja para a punição dos ímpios e hereges, como ficou evidente, por exemplo, nas investidas contra os judeus instalados na Hispânia (século VI) e os muçulmanos que invadiram a Hispânia a partir de 711.

Em Roma, sede oficial da Igreja Católica, as estruturas social e política praticamente não sofreram alteração alguma em suas tradicionais instituições com a invasão dos bárbaros.⁸¹ Como salienta Bertrand Russell, a conquista da Itália pelos godos⁸² não pôs fim à civilização romana; inclusive durante a administração de Teodorico (rei ostrogodo da Itália até 526) houve a nomeação de cônsules, a preservação do Direito Romano e a manutenção do Senado.⁸³ Depois da reconquista de Justiniano (Imperador bizantino ou Império Romano do Oriente) – que a partir de 535 invadiu a Itália contra os bárbaros – foram dezoito anos de luta contra os godos, “durante os quais Roma e a Itália, de modo geral, sofreram muito mais do que durante a invasão dos bárbaros”⁸⁴.

Roma foi capturada cinco vezes, três pelos bizantinos e duas pelos gôdos, ficando reduzida a uma pequena cidade. A mesma coisa aconteceu na África, que Justiniano também, de certo modo, reconquistou. A princípio seus exércitos foram bem recebidos; depois, verificou-se que a administração bizantina era corrupta e seus impostos ruinosos. No fim, muita gente desejava a volta dos vândalos e dos gôdos. A Igreja, porém, até os seus últimos anos, manteve-se firmemente do lado do

o dualismo tipicamente maniqueísta entre o bem e o mal, Santo Agostinho fundamentou que o Estado, para compartilhar da salvação, deveria se submeter à Igreja (cidade de Deus) em todas as questões, e que aqueles que não pertencessem a esta sociedade seriam condenados e sofreriam o tormento eterno. Sobre o assunto, consultar: RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Op. cit., p. 182; RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Op. cit., v.2, p. 57-67; WOLKMER, Antônio Carlos. O pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Introdução à história do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003p. 45-50; GUNNEL, John G. *Teoria política*. Brasília: UnB, 1981, p. 111; COSTA, Marcos Roberto Nunes. *Maniqueísmo: história, filosofia e religião*. Petrópolis: Vozes, 2003.

⁸¹ Giovanni Tabacco (*Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*. Torino: Einaudi, s.d., p. 68-9) pondera que, durante a ditadura militar de Odoacro na Itália, todo o aparato burocrático tipicamente romano continuou existindo e, inclusive, havia a colaboração do Senado de Roma e da burocracia de Ravena na administração da península. O próprio regime empírico de Odoacro (rei dos Érulos), que demonstrava estar disposto a aceitar uma supremacia formal do Imperador Bizantino, parecia conciliar as oposições das forças internas e externas da Itália e, assim, por mais de um decênio o equilíbrio político foi sustentado sem nenhuma presença imperial em Ravena e nenhuma definição constitucional do poder político-territorial do ditador; isso é um fato que revela as forças efetivas das instituições burocratizadas romanas, que desde um século já exercitavam sobre a sociedade italiana uma notável hegemonia.

⁸² Nilo Batista (Op. cit., p. 61) informa que os “godos” vieram da região da atual Suécia, “onde a ilha báltica de Gotland e outros topônimos atestam sua origem; seu nome proviria, segundo pensava um monge saxônico na segunda metade do século X, ‘de seu duque chamado Gotha’. Tendo emigrado, pela costa polonesa, para a Europa oriental, dividiram-se afinal em dois grupos, fixando-se os visigodos em territórios da atual Romênia e os ostrogodos além do rio Dniester.”

⁸³ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Op. cit., v.2, p. 70-3.

⁸⁴ Ibid. p. 78.

imperador, devido à sua ortodoxia. Não tentou reconquistar a Gália, em parte porque se achava muito distante e, também, porque os francos eram ortodoxos.⁸⁵

Depois da morte de Justiniano (ano de 565), outros bárbaros germânicos conhecidos por longobardos (ou lombardos) travaram incessantes batalhas contra os bizantinos por praticamente duzentos anos na Península Itálica, durando até quase o tempo de Carlos Magno (século VIII).⁸⁶ Como a Igreja Católica apoiava os cristãos bizantinos e os Papas tratavam com deferência os Imperadores orientais, em muitas regiões da Itália os Pontífices tinham muito pouca ou nenhuma autoridade, aumentando consideravelmente a decadência geral da “civilização” no período da Alta Idade Média⁸⁷; além de permitir a particularização, cada vez maior, dos mecanismos de resolução de conflitos penais conforme os costumes de cada região.

Na Península Ibérica, os visigodos (outro grupo godo), depois de uma série de batalhas e alianças com os romanos durante o século V, investiram (a partir de 416) contra os vândalos, suevos e alanos e ali se estabeleceram, formando o Reino Visigótico, o qual se salvou da ferocidade dos francos – décadas depois – graças ao auxílio do rei da Itália Teodorico (ostrogodo), que era federado⁸⁸ romano. Os reis visigodos tornaram-se cristãos⁸⁹ e

⁸⁵ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Op. cit., v.2, p. 78.

⁸⁶ No que concerne à organização do poder na Itália, desde os émulos até os bizantinos ocorreram poucas mudanças nas instituições romanas, até porque havia certa deferência por parte dos germânicos para com os romanos “civilizados”. Entretanto, com a invasão dos longobardos, tais instituições foram marginalizadas e entrou em cena a administração longobarda, tipicamente germânica medieval, isto é, homens ligados por uma especial fidelidade pessoal. Quanto à deterioração da cidadania romana e o vínculo de vassalagem na Europa ocidental, consultar: DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do direito internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Op. cit., p. 191-200. Sobre os Longobardos, vide: JARNUT, Jörg. *Storia dei longobardi*. Torino: Einaudi, 2002; e, ainda, interessante observar a lenda sobre estes germânicos através das palavras do historiador longobardo do século VIII Paolo Giacono, em sua obra: *ORIGO GENTIS LANGOBARDORVM*. In: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Le leggi dei longobardi: storia, memoria e diritto di un popolo germanico*. Roma: Viella, 2005, p. 04-9.

⁸⁷ Cf. RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Op. cit., v.2, p. 78.

⁸⁸ Ernesto Sestan (*Stato e nazione nell'alto medioevo: ricerche sulle origine nazionali in francia, italia, germania*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994, p. 108) comenta que desde o século IV havia a esperança imperial (romana) de que os bárbaros fossem jogados uns contra os outros e, assim, Roma permaneceria preservada. Entretanto, não se esperava que as batalhas se transferissem para dentro do Império, o que acabou prejudicando, sobretudo, a população romana. Com a desilusão causada pelas vicissitudes militares dos romanos, estes acreditavam que seria razoável que os bárbaros fossem reconhecidos singularmente, não como um povo em si – militarmente e politicamente organizados –, mas ao menos absorvidos, como de hábito, pela supranacionalidade romana, que era essencialmente uma situação jurídica, isto é, o canal da “cidadania romana”. Todavia, se isto era atraente aos bárbaros durante o século III, já não era mais no século V, pois tornar-se um cidadão romano significava dissolver-se enquanto membro de um povo em si e colocar-se em uma situação mais inconveniente do que vantajosa: pagar impostos em vez de recebê-los. Muito melhor para os bárbaros era a situação de federados (*foederati*) excluídos da cidadania, pois teriam muitos direitos e poucos deveres. (“*Era, certamente, recondita speranza delle autorità imperiali romane che, opponendosi barbari a barbari, si eliminassero a vicenda; ma come questa speranza non si era realizzata quando quei barbari si erano opposti ad altri barbari fuori dai confini dell’Impero, così la speranza non era più fondata ora che questa lotta si trasferiva entro il corpo dell’impero, con la aggravante che quelle che più avevano a soffrirne erano le popolazione romane. Ne era da sperare che quei barbari si dissolvessero gradualmente nella romanità. Sperare ciò sarebbe stato*”

enfrentaram inúmeras vicissitudes entre eles próprios – os primeiros foram assassinados – e os grupos bárbaros remanescentes, tendo seus reis promulgado inúmeras leis, que deixaram claras as influências romana e cristã em relação à cultura tipicamente germânica trazida por eles para a península.

Na Gália, os francos inauguraram o Reino franco⁹⁰, que foi o que mais se destacou na Alta Idade Média, pois esses germânicos fundaram o primeiro reino a emergir com a queda do Império Romano⁹¹ e, desde o século V, realizaram uma sólida aliança com a Igreja Católica, criando condições para a unificação desse povo em torno da fé cristã (nicena) e da instituição social chamada *comitatus*⁹². No século VIII, com a ascensão ao poder do Reino franco por

ragionevole, forse, ancora si fossero presentati uti singuli, non come popoli a sè, militarmente e politicamente organizzati; se avessero seguito il canale consueto per essere assorbiti nella sovranazionalità romana che era essenzialmente una situazione giuridica: il canale della cittadinanza romana. Ma ciò che poteva essere appetibile – e come si è visto, con molte riserve, anche allora – nella situazione storica del III secolo, non era più in quella del secolo V: farsi cittadini romani avrebbe significato dissolversi come popolo a sé, e soprattutto sottoporsi, ora, più a inconvenienti che a vantaggi: pagare tributi invece di esigerne. Assai preferibile la loro situazione di federati esclusi dalla cittadinanza romana, ma temuti, accarezzati; con molti diritti e pochi doveri.”)

⁸⁹ Nesse contexto, importante destacar que o rei visigodo Recáredo converteu-se ao catolicismo em 589, decisão que foi oficializada pelo III Concílio de Toledo. Nilo Batista (Op. cit., p. 65-6) informa a sutil vantagem política de tal conversão pois que os antigos reis visigodos, apesar de cristãos, eram arianos, e dentro da tradição germânica, os reis eram eleitos pela nobreza, ou seja, os cargos não eram hereditários. O catolicismo ortodoxo, por sua vez, admite que há identidade substancial entre Pai e Filho (e Espírito Santo) e, dessa maneira, o filho (do rei) teria identidade substancial com seu pai, e possuiria, assim, o direito hereditário ao trono. Outrossim, a conversão de Recáredo possibilitou uma aproximação efetiva entre o Direito Canônico e o poder temporal, ou seja, uma intensa intervenção eclesiástica nos processos políticos na Península Ibérica; pelo menos até a conquista dos muçulmanos a partir de 711, que acabou por desintegrar o Reino Visigótico. Bertrand Russell (*História da filosofia ocidental*. Op. cit., v. 2, p. 89), por sua vez, ao descrever algumas peculiaridades do Papa Gregório Magno (final do século VI) que, segundo ele, foi o último dos romanos e que mantinha o orgulho aristocrático, além de fixar a autoridade papal entre os bispos da Igreja Católica e sob os reis bárbaros, informa que Ricardo, rei dos visigodos, tornou-se católico no ano de 587. “Devido a isso, o Papa o recompensa, enviando-lhe ‘uma pequena chave do santíssimo corpo do bendito apóstolo Pedro para dar-lhe sua bênção, contendo ferro de seus grilhões, para que aquilo que lhe cingiu o pescoço no martírio possa livrar-vos de todos os pecados’.”

⁹⁰ Explica Antônio Alfredo Mercadante (Op. cit., p. 150) que: “Em 481, Clóvis, da dinastia dos Merovíngios, torna-se rei da tribo dos francos sálios, e, em menos de vinte anos, conquista quase todo o território da Gália. A conversão dos francos ao catolicismo foi fundamental para essas conquistas, pois os mesmos passaram a receber apoio da Igreja e das populações católicas galo-romanas contra os borgúndios e os visigodos, arianos. É com a Dinastia dos Merovíngios que se acentua o processo de formação da estrutura feudal, com a ruralização da população, a consolidação das grandes propriedades rurais e a partilha do reino, considerado propriedade real, entre os sucessores do rei. Com a morte de Clóvis, em 511, o reino é dividido entre seus filhos, o que não chega a ameaçar a sua sobrevivência.” Entretanto, “A partir de 639, com a ascensão ao poder dos chamados *reis indolentes*, o governo passa a ser exercido na prática pelos *prefeitos do Palácio*, cargo administrativo tornado hereditário e concentrado com os *duques de Heristal*. Carlos Martel, da família de Heristal, em 714 torna-se prefeito do Palácio. Vencendo os muçulmanos, em expansão pela Europa ocidental, na *Batalha de Poitiers* (732), passa a ter grande prestígio. Com sua morte, seu filho Pepino, o Breve torna-se prefeito do palácio em 741. Com apoio do papa Zacarias, interessado em usar a força militar dos francos contra o avanço bizantino e lombardo na Itália, Pepino, o Breve com um golpe de Estado retira do poder o último rei merovíngio, Childerico III, e assume como novo rei franco, iniciando a dinastia Carolíngia.

⁹¹ Cf. WELLS, Herbert Georges. Op. cit., v. 6, p. 361.

⁹² *Comitatus* foi uma instituição social que unia os chefes militares a seus guerreiros pelo estabelecimento de laços de fidelidade. Cf. MOTA, Myriam Becho et BRAICK, Patrícia Ramos. *História: das cavernas ao terceiro*

Carlos Magno (771), este foi coroado, no natal de 800, pelo Papa Leão III, em Roma, tornando-se o Imperador do Império Carolíngio. Como explica Bertrand Russell, nasceu daí uma curiosa interdependência entre o Papa e o Imperador, pois “ninguém podia ser imperador a não ser que fosse coroado pelo Papa em Roma; por outro lado, durante séculos, todo imperador forte reivindicava para si o direito de nomear ou depor os Papas.”⁹³ Tal fenômeno eclodiu na chamada “Questão das Investiduras” (1075-1122) e delineou as disputas pelo poder político na Baixa Idade Média, como será visto no próximo capítulo.

De maneira panorâmica pode-se observar que, enquanto a Península Ibérica estava dominada pelos sarracenos já em 716 e a Península Itálica enfrentava suas vicissitudes políticas diante dos mesmos sarracenos (omíadas e abássidas) e também dos longobardos⁹⁴, durante o século VIII o reino dos francos acabou conseguindo consolidar um Império, sendo que as ampliações das fronteiras do reino quase reconstituíram os antigos limites do extinto Império Romano do Ocidente. Entretanto, a administração local dos carolíngios foi tão pouco sólida quanto o poder central, sendo composta por aproximadamente 250 condados, onde os condes gozavam de vantagens excepcionais e a própria política vassálica carolíngia permitia promover a fusão da honra com o benefício. Isso marcou mais uma etapa no processo de privatização das funções públicas no Império Carolíngio, que teria seu apogeu nos séculos X e XI.⁹⁵

2.1 A cultura política e sociedade na Alta Idade Média

Como explica Michel Rouche, o Império Romano distinguia os bens do Estado, o fisco, a fortuna – ou seja, os bens da Coroa – e, enfim, os bens do Imperador a título individual (ao menos de maneira formal), mas a administração dos francos merovíngios misturou essas categorias. Assim, primeiro os Prefeitos do Palácio se tornaram os maiores proprietários do

milênio. São Paulo: Moderna, 2000, p. 65. Ainda, como explica, Herbert Georges Wells (Op. cit., v. 6, p. 356-7), diante da civilização (romana) arruinada e devastada pelas invasões bárbaras, sem administração, atravessou-se um período de confusão, banditismo, de crimes e impunidades, ou seja, uma universal insegurança onde nenhum homem solitário se sentia seguro, dessa forma “os homens se viam, pois, forçados a se atrelar como outros, preferivelmente com outros mais fortes que êles próprios. Quem fôsse sôzinho escolhia pessoa mais poderosa e ativa de seu distrito e se tornava o *seu* homem. O homem livre ou fraco senhor de um pequeno território ligava-se a algum senhor poderoso. A proteção dêsse senhor (ou o perigo de sua hostilidade) tornava-se mais considerável a cada uma dessas acessões.” [sic]

⁹³ Op. cit., 1968, v.2, p. 100

⁹⁴ Como já observado, o estabelecimento dos longobardos no norte da Itália se deu por volta de 570. Comenta Georges Herbert Wells (Op. cit., v.6, p. 376-7) que eles “sempre constituíram um perigo e um receio para os papas, tendo-se feito ao tempo de Pepino uma aliança entre o papa e o rei dos francos para combatê-los. Sucede agora que Carlos Magno subjuga completamente a Lombardia (774), manda o seu sogro para um convento e leva as suas conquistas para além das atuais fronteiras nordestinas da Itália até a Dalmácia”.

⁹⁵ Cf. MENDONÇA, Sônia Regina. *O mundo carolíngio*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 76.

reino e, quando esses assumiram o poder inaugurando a dinastia carolíngia, estes reis não mudaram a administração do reino, ao revés, a “domesticidade” do governo causava uma confusão mental entre o público e o privado – inclusive a administração da justiça –, não havendo a noção de “bem comum” entre os governantes; exceto em alguns clérigos de cultura romana.⁹⁶

Pode-se observar, nessa perspectiva, que os interesses particulares dominavam o cenário político na Alta Idade Média, sendo que, não havendo uma distinção entre o interesse público e o patrimônio privado dos chefes guerreiros bárbaros, se desenvolveu uma forma eminentemente privada de administração das comunidades – e também no que concerne à resolução de conflitos penais –, baseada em contratos pessoais entre chefes guerreiros. Como destaca Herbert Georges Wells: “‘O estado feudal era aquele em que, como já se disse, a lei privada usurpara o lugar da lei pública.’ Mas talvez seja mais verdadeiro dizer-se que a lei pública falhara e desaparecera e a lei particular viera preencher o vácuo. O dever público tornara-se uma obrigação privada.”⁹⁷

O importante nesse contexto, como explica Jacques Le Goff, é que o homem comum medieval não possuía “liberdade”, no sentido moderno deste termo. Para ele a liberdade era um privilégio diante da concepção teocrática da sociedade feudal. O indivíduo estava preso numa rede de obediências, de submissões, e a liberdade, para ele, significava estar submisso a um protetor poderoso.⁹⁸ O caso mais típico desse fato era a relação de vassalagem (*Vassalaticum*), que se configurava como um rito de reconhecimento da capacidade jurídica do adolescente livre no momento em que a assembléia o declarava apto às armas e ele jurava fidelidade ao príncipe, dedicando-lhe todas as obras de paz e guerra, conservando a sua liberdade; o príncipe, por sua vez, assumia o compromisso de fornecer armas e de manter o novo súdito.⁹⁹

⁹⁶ Cf. Michel Rouche. Op. cit. p. 411-2.

⁹⁷ Op. cit., v. 6, p. 361.

⁹⁸ LE GOFF, Jacques. Op. cit., p. 34-6.

⁹⁹ Cf. DAL RI JÚNIOR. *História do direito internacional; comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Op. cit. p. 197. Ainda, Hilário Franco Júnior (*O feudalismo*: São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 18-9) afirma que: “A origem da vassalagem é difícil de ser determinada, mas sua importância data de meados do século VIII. Terminologicamente, foi então que *vassalus* suplantou outras palavras que também designavam um homem livre que se havia recomendado a outro. Como naquele momento as demais expressões que significavam ‘homem dependente’ ganhavam sentidos diversos, recorreu-se para tanto ao céltico *gwass* (‘rapaz’, ‘servidor’). Da latinização deste termo surgiu *vassus*, e da do desdobramento *gwassawls* (‘aquele que serve’), *vassalus*. Institucionalmente, foi então que à recomendação se acrescentou o juramento de fidelidade como reforço religioso, ou seja, da combinação dos dois nasciam as relações vassálicas. Concretamente, foi então que a vassalagem e benefício se uniram, com o primeiro destes elementos tornando-se condição indispensável para o

No ocidente medieval, o indivíduo pertencia, em primeiro lugar, à família. Família no sentido lato, patriarcal ou tribal. Sob a direção de um chefe de família, abafava o indivíduo impondo-lhe propriedade, responsabilidade e acção colectivas. [...] A linhagem é uma comunidade de sangue, composta de ‘parentes’ e ‘amigos carnis’.¹⁰⁰

No tocante à proteção ao indivíduo, esta era exercida pela sua comunidade de sangue (*Sippe*), através de normas consuetudinárias não escritas, trazidas por cada povo germânico que se instalou no território do antigo Império Romano Ocidental. Assim ocorreu, no poder temporal, a mistura dos institutos jurídicos germânicos primitivos¹⁰¹ com os institutos jurídicos romanos remanescentes em cada lugar da Europa; e, paralelamente, houve o desenvolvimento do Ordenamento Jurídico Canônico, que tinha a pretensão de manter a moral cristã (nicena) em todas as regiões onde imperava a vontade do poder espiritual representado pela Igreja Católica.

A organização do grupo familiar (primitivo) entre os germânicos (longobardos, godos, francos etc.) se fundamentava na *Sippe* e, nos casos em que ocorriam conflitos, se esperava a solidariedade dos parentes para a resolução dos mesmos. Como explica Jacques Le Goff, a originalidade da família feudal em relação à romana “reside em que a função militar e as relações pessoais, consistentes numa fidelidade superior, tem tanta importância para o grupo masculino da linhagem como o seu papel econômico.”¹⁰² Dessa forma, a autoridade em família – que no Império Romano era patriarcal – passou a ser assegurada àquele que tinha mais capacidade de comandar, e isso gerava inúmeras rivalidades entre os irmãos, que vieram demonstradas pelas intermináveis disputas de sucessão aos reinos germânicos, em especial entre os francos.¹⁰³

Ilustração dessas disputas entre membros de uma mesma família germânica entre os francos foi a sucessão do Imperador do Império Carolíngio, visto que, com a morte de Carlos Magno em 814, assumiu o poder seu filho, Luís, o Piedoso, que procurou manter a estrutura do Império montada por seu pai; mas, como observa Michel Rouche:

A pressão dos usos germânicos foi tal que, apesar dos conselheiros eclesiásticos que tentavam recolocar o Estado no domínio público, intitulado-o *Respublica christiana*, o círculo nobiliário do imperador – sem falar na insistência da imperatriz

segundo. Em outros termos, o benefício era a remuneração do vassalo (servidor fiel) e só um vassalo receberia um benefício (termo mais tarde substituído por ‘feudo’).”

¹⁰⁰ LE GOFF, Jacques. Op. cit., p. 36-7.

¹⁰¹ Heleno Cláudio Fragoso (Op. cit., p. 37) informa que o Direito Penal germânico se divide em duas partes, sendo eles: a) o primitivo, que foi anterior à invasão de Roma, que era tipicamente consuetudinário e não escrito; e b) o direito franco, que se iniciou com o estabelecimento da monarquia francesa, a partir do ano de 481.

¹⁰² Op. cit., p. 40.

¹⁰³ *Idem*.

Judite por seu querido Carlos, o Calvo – conseguiu obter, entre 817 e 840, pelo menos quatro projetos de divisão do Império. A partilha de Verdun em 843, que ainda hoje confere ao mapa da Europa seu aspecto de marchetaria barroca, é, pois, o resultado lógico do princípio da patrimonialidade do reino.¹⁰⁴

Ainda, para se ter uma idéia geral sobre a sociedade cristã alto-medieval na Europa ocidental, ela era formada, como denomina Jacques Le Goff, de um “povo triplo”, constituído dos sacerdotes (*oratores*); dos guerreiros (*bellatores*) e dos camponeses (*laboratores*). Segundo esse mesmo autor, esse esquema tripartido é um símbolo de harmonia social, ao mesmo tempo que demonstra um instrumento de luta de classes que tem por objetivo manter os trabalhadores em submissão às outras duas classes. Apesar desse esquema parecer estável, sendo – segundo alguns autores medievais – “objetivada por Deus para impossibilitar a revolução social”, ele informa que nessa sociedade tripartida o “terceiro estado” não era o conjunto de plebeus, nem representava toda a “burguesia”, mas compunha-se apenas das “camadas mais superiores”: a dos notáveis.¹⁰⁵

Em suma, nas regiões da Europa ocidental invadidas pelos germânicos a noção de “Estado”, como uma instituição voltada para a coesão social, praticamente desapareceu, mormente com o desenvolvimento da vassalagem, que, como esboçado, possibilitou o surgimento de um modelo de sociedade em que as relações pessoais de benefícios acabaram por criar inúmeras células administrativas por toda a Europa ocidental, inclusive enfraquecendo o poder central do Império Carolíngio – a partir do século IX – e forçando o isolamento político das diversas comunidades européias; além de permitir a privatização de inúmeras instituições que anteriormente eram públicas, notadamente a administração da justiça, a arrecadação dos impostos e a chamada às armas, poderes esses exercidos pelos Reis e Senhores Feudais.¹⁰⁶

A História da Europa ocidental, a partir do século IX, é marcada por lutas entre os representantes do combalido Império Carolíngio e a Igreja Católica; e ambos, em frágeis alianças, contra os normandos, os sarracenos e os magiares.¹⁰⁷ Não é objetivo da presente pesquisa acompanhar com minudência os acontecimentos sutis que influenciaram a dinâmica política e jurídica da época, mas cumpre salientar que foi no século X que se completou a fragmentação dos poderes na Europa ocidental, pois a feudalização do Império Carolíngio

¹⁰⁴ Op. cit. p. 406.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 09-15.

¹⁰⁶ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 34; MERCADANTE, Antônio Alfredo. Op. cit., p. 155-64; MENDONÇA, Sônia Regina. Op. cit., p. 75-81.

¹⁰⁷ Sobre o assunto, consultar: WELLS, Georges Herbert. Op. cit., v.6, p. 387-402.

transformou as atuais França e Alemanha em um mosaico de nobres, praticamente independentes: “foi a era da construção de castelos e fortificações e da chamada ‘guerra privada’ que se estende por tôda a Europa.”¹⁰⁸

Foi também no século X que surgiu o chamado “Sacro Império Romano-Germânico”, cujo Imperador foi um saxão chamado Oto, o Grande – filho de Henrique I (o passarinho) eleito rei da Saxônia (Alemanha) por uma assembléia de nobres germanos em 919 – e não mais um franco – inclusive o reino francês passou, em 987, dos últimos representantes Carolíngios para os Capetos –, que, em 962, a convite do papa João XII, foi convidado a ir a Roma para ser coroado Imperador. Como explica Herbert Georges Wells:

Houve, devemos notar aqui, três dinastias de imperadores na primeira parte da Idade Média – a Saxônia, de Oto I (962) a Henrique II, terminando em 1024; a Sálica, de Conrado II a Henrique V, encerrando-se por volta de 1235; e a Hohenstaufen, de Conrado III a Frederico II, extinguindo-se em 1250. Os Hohenstaufens foram de origem suábia. Vieram depois os Habsburgos, que iniciaram com Rodolfo I em 1273 e duraram até 1918. Falamos de dinastia, mas a cada ascensão ao trono repetia-se a cerimônia de eleição do imperador.¹⁰⁹

O século X foi marcado por uma série de conflitos internos na Europa ocidental, onde os normandos continuaram a saquear os outros reinos europeus, causando vários aborrecimentos ao Papado; os muçulmanos fragmentaram seu Império, mas avançaram extraordinariamente contra a Europa e contra o Império Bizantino; e os magiares avançavam do leste para o oeste europeu, mas foram derrotados por Oto I na batalha de Lechfeld (955), fato este que levou o Papa a coroá-lo Imperador do Sacro Império Romano-Germânico. No século XI, por sua vez, foi instaurado o conflito entre os imperadores do Sacro Império e os Papas, pela questão das investiduras (1075) e, finalmente, o apelo do Imperador de Constantinopla (Aleixo) ao Papa Urbano II propiciou o início dos movimentos religiosos-militares conhecidos como Cruzadas.¹¹⁰

2.2 A Cultura jurídica e a experiência penal na Alta Idade Média

No tocante ao Direito na Idade Média, Paolo Grossi diz que ele deve ser observado como um planeta jurídico separado, fechado e descontínuo do “clássico” e do moderno; e distinto por sua própria integridade, pois, apesar de a *media aetas* ter sido marcada – falsamente –, por uma retórica ideológica renascentista – como sendo uma idade transitória, não autônoma da produção de Direito – houve, em tal período, a criação de uma verdadeira

¹⁰⁸ WELLS, Georges Herbert. Op. cit., v.6, p. 388.

¹⁰⁹ Ibid., p. 390.

Ordem Jurídica, e isso demonstra a originalidade e a adequação das comunidades medievais às suas exigências cotidianas¹¹¹.

Entretanto, não se pode cair no equívoco de que não havia Leis – como ordens administrativas e jurídicas – na Alta Idade Média, ao revés, havia e eram atos autoritários gerais e rígidos destinados a todos os súditos no sentido de se obter uma determinada disciplina social. Tais legislações demonstram as influências romana e cristã nos costumes germânicos de cada povo bárbaro que se instalou nos territórios do antigo Império Romano. Na Itália, por exemplo, havia o *Edictum Longobardorum* (Rei Rotário - 643), onde eram previstas orientações ao Direito Penal e ao Direito de Família, mas sem nenhuma pretensão de encerrar a totalidade de um ordenamento.¹¹²

Na Península Ibérica (Reino Visigótico) houve uma reiterada atividade legislativa. Como destaca Nilo Batista, o primeiro código promulgado por um monarca germânico foi *Codex Euricianus* (aproximadamente 476); posteriormente surgiu a *Lex Romana Wisigothorum* (506), também conhecida por *Breviarum Alaricianum*; e, finalmente, em 654, o *Liber Iudiciorum*, também chamado de *Lex Wisigothorum*, *Codex Wisigothorum*, *Liber Iudicum* ou *Forum Iudicum*¹¹³. Da mesma forma, a *Lex Salica*, entre os francos, era destinada a todos os súditos, mas as suas disposições legais eram, em sua maioria, de caráter privado¹¹⁴; paradoxalmente, como informa John Gilissen: “A maior parte dos ‘títulos’, mais de três quartos, diz respeito à matéria penal. Na realidade, trata-se de uma tabela de composições: a *compositio* (ou *Wergeld*) era a soma necessária para pagar a *faida* ou direito à vingança privada.”¹¹⁵ Finalmente, ainda existiam outras leis de outros reinos bárbaros, como por exemplo: a *Lex Saxonum*; a *Lex Frisionum*; a *Lex Bavariorum*, a *Lex Gundobada*¹¹⁶ etc., que

¹¹⁰ Cf. Ibid. p. 403-24

¹¹¹ GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Op. cit., p. 31.

¹¹² Cf. Ibid., p. 74. Sobre as leis dos longobardos, vide: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). Op. cit..

¹¹³ Op. cit., p. 75-81.

¹¹⁴ Sobre a preponderância do Direito privado na Idade Média, Michel Rouche (Op. cit., p. 408) destaca que “a personalidade das leis reforçava o enclausuramento da sociedade e despojava a justiça de toda característica de universalidade – ponto fundamental para a lei romana, aplicável a todos os cidadãos do Império. Por isso foram escritas muito rapidamente: o Código de Eurico em 461, a lei dos burgúndios em 502 e a lei Sállica, numa primeira redação, em 511. Nem por isso deixou-se de decorá-las e aplicá-las durante toda a Alta Idade Média, até o século X e ainda depois. Elas perpetuaram assim uma concepção do direito radicalmente diversa daquela do direito romano. Com efeito, dos 105 artigos da lei dos burgúndios apenas seis constituem estipulações de direito público. Na Lei Sállica a produção é de oito para 78. Outros parágrafos estranhamente misturam os direitos do rei e do fisco com os das pessoas. [...] Por conseguinte, a generalização do direito privado às custas do direito público é bem uma inovação germânica.”

¹¹⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. p. 178.

¹¹⁶ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 31.

mostram a influência romana no Direito germânico, mormente porque o Direito Público romano reforçava, a *fortiori*, a autoridade dos reis bárbaros.¹¹⁷

Sobre a Ordem Jurídica dos reinos bárbaros, é fundamental a compreensão da idéia de que os povos germânicos não possuíam a noção de “Estado” como uma estrutura pública mantenedora das instituições protetoras dos indivíduos, mas, antes disso, as *Sippen* seguiam fielmente seus reis (guerreiros), que, segundo Michel Rouché, estavam condenados a vencer para poder manter sua autoridade. O fundamento das organizações bárbaras não foi como o de Roma no período do Império, que estava assentado na idéia de salvação pública e de bem comum, mas era uma “reunião de interesses privados numa associação provisória automaticamente reconstruída pela vitória.”¹¹⁸

O mesmo autor informa que as leis germânicas inconscientemente confundiam domínio público e domínio privado, e que elas foram elaboradas ao longo das peregrinações dos visogodos, borgúndios e francos, que eram povos desprovidos de escrita – apenas possuíam algumas runas religiosas – e que confiavam suas normas de Direito a alguns especialistas, que decoravam cada artigo e acrescentavam as últimas decisões tomadas, fazendo jurisprudência:

Espécie de bibliotecas ambulantes, eram a lei encarnada, imprevisível e terrível, pois bastava o juiz pronunciar em alto alemão antigo, por exemplo, *friofalto uaua buscho* – “homem livre mutilado na relva” -, para que se proferisse a sentença: “Cem soldos de ouro de multa”. O primado da oralidade na justiça tornava o ato judiciário eminentemente pessoal e subjetivo, pois, exceto os especialistas, ninguém conhecia a lei. Ademais, de acordo com sua origem, todos eram passíveis de comparecer perante a justiça.¹¹⁹

A generalização do Direito privado sobre o Direito público foi um fenômeno germânico, e o autor acima mencionado dimensiona a importância que os invasores da Gália davam ao seu patrimônio pessoal : “os juízes francos se preocupavam tanto com o roubo de um cão quanto seus colegas romanos com a responsabilidade fiscal dos conselheiros

¹¹⁷ Nesse sentido, consultar: GILISSEN, John. Op. cit., p. 167. Somente a título de ilustração, o mesmo autor (Ibid., p. 128-30), elenca, entre os séculos VI e XII na Europa: a) Direito Muçulmano (no Sudoeste); b) o Direito Bizantino (no Sudeste); c) O Direito Romano que sobreviveu durante os séculos VI a VIII; d) os Direitos dos povos germânicos tornados secundários: Visogodos, Francos, Lombardos, Anglos, Saxões, Normandos etc.; e) o Direito do Império Carolíngio (séculos VIII-IX); f) o Direito dos povos eslavos (no Leste); g) O Direito feudal; h) o Direito Canônico.

¹¹⁸ Op. cit., p. 406

¹¹⁹ Ibid., p. 407-8.

municipais, os curiais. [...]. Era uma conseqüência inevitável da preferência por uma sociedade guerreira pelos bens pessoais.”¹²⁰

Nilo Batista oferece uma visão dos costumes pertinentes aos reinos bárbaros, especialmente sobre a ordem jurídica dos visigodos, pois que levaram o Direito germânico para a Península Ibérica. Interessante destacar que o elemento mais importante para as comunidades germânicas, que promoviam a coesão grupal através da noção de “pertencimento” social, e que velavam pelo igualitarismo de seus membros – era a chamada *fridr*, que o autor traduz por paz:¹²¹

Todo acontecimento que violasse a paz instaurava procedimentos coletivos de instrução: ainda que o homem não possa modificar o seu destino, é mister decifrar os sinais e reafirmar a tradição, pois a tradição reafirmada, a repetição (sempre ilusória) de um dia no próximo é provavelmente a mais antiga utopia da paz. Quando aquele acontecimento fosse uma ação individual violenta ou predatória, intempestiva ou dissimulada (ou seja, não anunciada), esse procedimento ganhava ares judiciais. É claro que se trata aqui de uma jurisdição doméstica (*Hausherrschaft*), cujo fundamento e cujo horizonte se vinculam à convivencialidade familiar.¹²²

Nas sociedades germânicas da Alta Idade Média, o autor de uma ofensa poderia sujeitar-se a uma exclusão, banimento, da estirpe a qual pertencia (*Sippe*) e, naqueles tempos de guerra, isso realmente significava um futuro incerto e perigoso. Se a ofensa viesse de uma estirpe diversa, a ruptura da paz “conduzia a um estado de inimizade (*fehde* ou *faida*), que perduraria até a compensação, real ou simbólica, do grupo ofendido. E se a ofensa houvesse consistido na morte violenta de alguém, a solidariedade grupal [...] impunha a vingança do sangue (*Blutrache*)”¹²³. As características desse período são denominadas, pelos penalistas, como: “período da vingança privada”.¹²⁴

De maneira sucinta, Júlio Fabbrini Mirabete menciona algumas características do Direito Penal Germânico:

O Direito Penal germânico primitivo não era composto de leis escritas, mas constituído apenas pelo costume. Ditado por características acentuadamente de vingança privada, estava ele sujeito à reação indiscriminada e à composição. Só muito mais tarde foi aplicado o *talião* por influência do Direito Romano e do cristianismo. Outra característica do direito bárbaro foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo do seu ato. No processo, vigoravam as “ordálias” ou “juízos de Deus” (prova de água quente, de

¹²⁰ ROUCHE, Michel. Op. cit., p. 408-9.

¹²¹ Op. cit., p. 33.

¹²² *Idem*.

¹²³ *Ibid.*, 33-4.

¹²⁴ Cf. OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996, 22-5; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1995, v.1, p. 36.

ferro em brasa etc.) e os duelos judiciários, com os quais se decidiam os litígios, “pessoalmente ou através de lutadores profissionais”.¹²⁵

Sobre o procedimento penal dos germânicos, Nilo Batista comenta que, além de ser incompreensível para o jurista contemporâneo, era estruturalmente idêntico ao “processo civil”, e seu objetivo não era o esclarecimento do fato punível, “mas a interpretação de suas virtualidades ofensivas à paz e a superação do estágio de perturbação e temor por ele inaugurado”.¹²⁶ Jean-Marie Carbasse também ressalta a característica privatista do Direito entre os francos, informando que “contrariamente ao direito romano, o direito franco não [fazia] distinção entre o civil e o criminal: um único e mesmo procedimento se aplicava a todos os processos.”¹²⁷

Michel Foucault salienta que não havia a ação pública entre os germânicos e, para que ocorresse um processo de ordem penal, era fundamental que alguém tivesse sofrido um dano ou que se apresentasse como ofendido – a própria vítima ou um familiar – e este deveria designar seu adversário:

O que caracterizava uma ação penal era sempre uma espécie de duelo, de oposição entre indivíduos, entre famílias ou grupos. Não havia intervenção de nenhum representante da autoridade. Tratava-se de uma reclamação feita por um indivíduo a outro, só havendo a intervenção destes dois personagens: aquele que se defende e aquele que acusa.¹²⁸

As leis germânicas eram como se fossem regulamentações de como deveriam se desenvolver os rituais de guerra privada entre os envolvidos no conflito:

Uma espécie de guerra particular, individual se desenvolve e o procedimento penal será apenas, a ritualização dessa luta entre indivíduos [sic]. O Direito Germânico não opõe a guerra à justiça, não identifica justiça e paz. Mas, ao contrário, supõe que o direito não seja diferente de uma forma singular e regulamentada de conduzir uma guerra entre os indivíduos e de encadear os atos de vingança. O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra.¹²⁹

O sistema processual utilizado pelos tribunais seculares europeus – antes do século XIII – era o “acusatório”. Brian P. Levack explica que a ação penal era desencadeada e julgada por pessoas privadas, geralmente a própria pessoa prejudicada ou um de seus parentes. A acusação era uma declaração oral, formal, pública e sob juramento perante o acusado e um juiz. Este, por sua vez, decidia contra o acusado se este admitisse a sua culpa ou

¹²⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 36.

¹²⁶ Op. cit., p. 41.

¹²⁷ CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Universitaires de France: 2000, p. 83. “*Contrairement au droit romain, le droit franc ne distinguait pas entre le civil et le criminel: une seule et même procédure s’appliquait à tous les procès.*”

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 56.

se o acusador privado conseguisse reunir certas provas. No caso de dúvidas o julgador apelaria a Deus para que fornecesse algum sinal de culpa ou de inocência da pessoa acusada, isto é, era utilizado o ordálio ou, como alternativa, o acusado (ou seu padrinho) poderia ser convocado para o duelo judicial.¹³⁰

Sem adentrar em outras questões próprias do processo germânico, o qual apresenta suas peculiaridades no que tange, especialmente, às ordálias¹³¹ e ao duelo judiciário¹³², interessa destacar que, também entre os bárbaros, estava muito presente a questão da religiosidade com a presença de Deus no estabelecimento da justiça e, por isso, a execução da pena era o cumprimento da vingança, mas não como forma de responder à ofensa, e sim de recompor a paz na *Sippe*. Como pondera Nilo Batista: “diante de tal cenário, um direito de graça seria precisamente uma cumplicidade com a desgraça”.¹³³

O caráter privatista do Direito medieval mostrava-se, especialmente, na pena pecuniária, ou seja, a possibilidade de compensação material ao ofendido (ou seus familiares) pelo resultado ocasionado pela conduta tida como violadora da paz. Afirma o autor supramencionado que a composição era oferecida como uma alternativa à vingança e se aplicava a “qualquer tipo de delito (*Busse*) ou especificadamente do homicídio (*Wergeld*), e lograva transcender a ruptura da paz e encerrar a inimizade (*faida*).”¹³⁴ Havia uma questão honorífica nesse tipo de pena, pois, geralmente, o ofensor que dela se utilizava tinha mais

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 56-7.

¹³⁰ LEVACK, Brian P. *A caça às bruxas*. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 66-7.

¹³¹ Talvez a ordália seja o mecanismo jurídico-penal mais interessante que tenha surgido nas sociedades humanas, pois se pretendia entregar diretamente para o Deus a tarefa de julgar os homens, seja para libertá-los ou para condená-los. Como afirma Nilo Batista, Op. cit., p. 47-9: “O direito germânico praticou largamente a ordália, porque nenhum outro meio de prova se prestava tão completamente a extrair dos fatos incognoscíveis uma orientação sobre o futuro do acusado e do grupo, para transcender a ruptura que o crime provocara na paz. [...] a resistência das mãos humanas foi indubitavelmente experimentada muito mais por decisões judiciais e policiais que pelo juízo de Deus. Teriam as sociedades contemporâneas cristãs ocidentais renunciado à intervenção cotidiana da providência divina? Podemos ‘botar a mão no fogo’ pelo desaparecimento do costume de interpretar acontecimentos como manifestações superior de graça, ou de invocar auxílio e proteção de Deus diariamente, e pelos mais variados empreendimentos? [...] A ordália é o ponto de partida de toda paleografia da dúvida judicial, dúvida que começa pela (in)competência do juízo humano, prossegue na polissemia das condutas desviantes e culmina na frequência com que os fatos costumam esquivar-se à reconstrução probatória.”

¹³² Segundo Nilo Batista (Op. cit. p. 49-50), o duelo judiciário é uma criação do direito germânico e estava ligada à “concepção de que o litígio entre dois homens livres, que deixou a forma do desforço físico interindividual para apresentar-se à assembleia, converte-se num confronto de prestígio e honra, [...], sujeito a certas regras e gerando certas conseqüências jurídicas.”

¹³³ Ibid., p. 51

¹³⁴ Ibid., p. 53.

força ou poder do que a vítima ou sua família, e, assim, havia a exculpação por intermédio da composição pecuniária para as vítimas.¹³⁵

Michel Foucault também comenta a importância da transação penal no alto medievo e pondera que, como o Direito Germânico não fazia uma oposição entre Direito e guerra, a “liquidação judiciária” era feita como se fosse uma continuação da luta entre os indivíduos e, porquanto, havia a possibilidade dos contendores chegarem a um acordo, isto é, uma composição dos danos, interrompendo as “hostilidades regulamentadas”:

O antigo Direito Germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento, os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, mas unicamente dano e vingança. Nesse procedimento do Direito Germânico um dos dois adversários resgata o direito de ter paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra.¹³⁶

Para ilustrar algumas características do antigo Direito Germânico, Carlo Calisse, historiador do Direito italiano, ao escrever sobre a lei dos longobardos – que foi diferente das visigóticas e francas, uma vez que estas tiveram maior influência do dogma católico – informa que a *faida*¹³⁷ tinha por consequência uma pretensão de satisfação pela vítima ofendida (e

¹³⁵ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 54. Sobre a questão do poder e força na Alta Idade Média, que foi bastante diversa da romana, é interessante observar que, devido às sucessivas invasões dos grupos bárbaros, as velhas cidades romanas não desapareceram, mas houve uma considerável regressão urbana, visto que os centros urbanos sofriam constante ameaça em sua estabilidade e propriedade, e apenas o campo oferecia, ao mesmo tempo, abrigo contra as guerras e alimentos para se evitar a fome, mas, mesmo assim, a Idade Média foi caracterizada, também, por verdadeiras epidemias de fome e pestes, além das intermináveis guerras. Certamente, possuir alguma “coisa” já era uma forma de se obter *status* social, e somente os poderosos tinham algum bem, pois o povo vivia, certamente, na miséria e em situação servil, ou seja, um semi-escravo. Tais características indicam o porquê da terra ser o indício de riqueza e ter alta importância social, porquanto somente os chefes militares, vassalos dos reis, tinham a posse delas e eram denominados *dominus*, isto é, “Senhor”. Dessa forma, pode-se notar que a composição atendia muito mais aos interesses dos que possuíam algum bem de valor do que aos miseráveis que compunham a população medieval, os quais pagavam com seu próprio corpo suas condutas tidas como reprováveis (mutilações, açoites etc.). Ainda, importante frisar que uma das principais instituições utilizadas pelos *dominus* na Idade Média para “domesticar” o seu povo, veio do tempo do Império Romano e era chamado de *colonato*. Sobre este instituto, José Cretella Júnior (Op. cit., 97-8) informa que foi no império Romano que surgiu o instituto chamado *colonato*, – provavelmente no século IV –, que vinculava uma pessoa perpetuamente à terra para cultivá-la mediante dinheiro ou em espécie. O colono, por sua vez, era considerado um semilivre, e não podia abandonar a gleba. Se ele fugisse, então o *dominus* (senhor) podia persegui-lo, obrigando-o a voltar como escravo fugitivo; e se a terra fosse vendida pelo senhor, o colono era vendido junto, porquanto, em Direito Romano, o acessório segue o principal e o colono era o acessório da gleba. Tal instituto foi uma das principais características do modo de produção feudal, que caracterizou a Idade Média ocidental.

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 57.

¹³⁷ Carlo Calisse (*Diritto penale italiano: dal secolo VI al XIX*. Firenze: G. Barbèra, 1895, p. 67.) explica que, quando os compiladores do Edito de Rotário foram exprimir o conceito germânico de *faida*, não encontraram uma palavra correspondente à língua latina, porque representava um conceito estranho. “Escreveram portanto, como diziam falando, *faida*, e junto colocaram a tradução que a eles parecia mais próxima, chamando de inimizade: *faida, id est inimicitia*.” (“Quando i compilatori dell’editto furono ad esprimere il concetto

auxiliada por sua *Sippe*).¹³⁸ No tempo de Rotário (século VII), porém, ocorreu uma mescla de institutos penais germânicos com as características de um Direito Penal Romano (administrativo, fiscal e centralizador) e o *Edictum Rothari* (de 643) proibia que houvesse a *faida* antes de ocorrer a possibilidade do ressarcimento do dano, ou seja, estava sendo deslegitimado o estado de inimizade, e se obrigava a resolução dos conflitos intersubjetivos através da composição dos danos, como forma de se extinguir a ruptura da paz.¹³⁹

Na visão de Michel Foucault, um dos principais meios de circulação de bens no alto medievo era a guerra, a pilhagem, a rapina, a ocupação de terras, a tomada de um castelo ou de uma cidade e, assim, o Direito Germânico que previa a composição era uma certa maneira de continuar a guerra¹⁴⁰, isto é, de enriquecer:

Na Alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse a justiça, mas que constatasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político. Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e poderosos.¹⁴¹

Carlo Calisse informa que o crime era juridicamente extinto quando executada a pena, e esta, no direito antigo, servia para dar uma satisfação moral e material ao ofendido. Nessa perspectiva, quando este se declarava satisfeito, mesmo com pouca ou nenhuma compensação, se entendia que o crime não existia mais, pois a pena estava paga e, nesse momento, se teria a paz restaurada: “A paz, portanto, que o ofendido concede ao ofensor, é causa de extinção do crime: assim era no mais antigo direito romano, e assim era no bárbaro.”¹⁴²

germanico della faida, non trovarono, come era loro parechie altre volte accaduto, una espressione a pieno rispondente nella lingua latina, perchè a questa quel concetto era estraneo. Scrissero dunque, come dicevan parlando, faida, e accanto le posero quella traduzione che loro sembro che più le si avvicinasse, chiamandola inimitizia faida, id est inimicitia.” Especificadamente, encontra-se no capítulo 45 do *EDICTVM ROTHARI* (In: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano. Op. cit., p. 26): “*De feritas et conpositionis plagarum, quae inter hominis liveros eveniunt, per hoc tinorem, sicut subter adnexum est, conponantur, cessantem faida, hoc est inimicitia.*”. (Para a composição de feridas ou lesões que ocorrerem entre homens livres, serão pagas as composições nesta medida, conforme prescrito abaixo, cessando a *faida*, isto é, a inimizade.)

¹³⁸ CALISSE, Carlo. Op. cit., p. 07-9.

¹³⁹ Nesse sentido, vide: PAULO, Alexandre Ribas de. A centralização política promovida por rotário, no século VII, por intermédio da codificação do direito penal dos longobardos. In: *Brathair* 5 (2), 2005: 83-95. Disponível em <<http://www.brathair.com/Revista/N10/longobardos.pdf>> acesso em 05 de fevereiro de 2006.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit. 63.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴² Op. cit., p. 56. “*Quando si è giunti alla conclusione che le parti si sono poste d'accordo, non si guarda alla via per la quale vi si è giunti: sia che l'offeso abbia preteso largo compenso, sia che abbia creduto non pretenderne alcuno, il reato non è più, perchè la pena si ha come pagata, dal momento che l'effetto se ne vede*

Importante verificar que, no Direito Germânico primitivo, a concessão da paz era um direito exclusivo do ofendido, que era, por assim dizer, o único responsável pela oportunidade de “negociar” e até renunciar à compensação pelos danos oriundos de um delito. Dessa forma, o costume bárbaro que autorizava a vingança privada concedia a faculdade de punição ao ofendido, mas não o obrigava à execução. Entretanto, com a mescla dos institutos germânicos dos longobardos com os romanos (*Edictum Rothari*), o caráter privado da pena foi se ligando ao público, isto é, a lei não obrigava o ofendido a executar a pena, mas o seu abandono (pelo ofendido) não extinguiu mais o crime, apenas mudava de executor, ou seja, o rei, substituindo a ação privada pela pública.¹⁴³

Carlo Calisse ilustra a apropriação do conflito privado dos súditos pelo rei, representante do interesse público entre os longobardos:

Se os parentes não punem a mulher que fornicou, inspira o rei a puni-la, da mesma forma é com a mulher livre, que se casa com um servo; se um dono não resgata um servo ladrão, nem pune aquele que foi pego furtando, a pena deles é dada ao rei; este se faz vingador também do adultério, quando o marido não se vinga, se bem que as mais antigas leis sobre este ponto guardam silêncio. Com o ulterior desenvolvimento do direito penal, o interesse público prevalece sempre mais; aquele privado, ao contrário, sempre mais se reduz ao ressarcimento do dano; [...]¹⁴⁴

A apropriação do conflito penal pelo rei também ocorreu de maneira semelhante na Península Ibérica. Nilo Batista, comentando sobre a questão do ressarcimento pelos danos decorrentes de crimes entre os visigodos e a paulatina influência do poder público na esfera privada penal, informa:

Se originalmente o produto da composição se destinava inteiramente à vítima ou seus parentes, já ao tempo de Tácito uma parcela tinha destinação comunal (aos olhos romanos, e em linguagem romana, “*pars multae regi vel civitati*”), e mais tarde se distinguirá entre o *faidus*, que pertence aos parentes da vítima, e entre eles se dividirá de acordo com certas regras, e o *fredus*, que pertence ao fisco. A extraordinária generalização dos procedimentos composicionais, além dos confiscos, converteria a jurisdição penal, na Idade Média, em atividade lucrativa.¹⁴⁵

Esse mesmo autor explica que era o resultado, e não a conduta em si, que balizava a reação penal no reino visigótico. Diante dessa característica, não havia uma reação penal

nella pace compiuta. La pace dunque, che l'offeso concede all'offensore, è causa di estinzione del reato: così era nel più antico diritto romano, e così nel barbarico.”

¹⁴³ Cf. CALISSE, Carlo. Op. cit., p. 56-7.

¹⁴⁴ Ibid., p. 57. “*Se i parenti non puniscono la donna che ha fornicato, pensa il re a punirla; altrettanto è per la donna libera, che si marita con un servo; se il padrone non riscatta il servo ladro, nè lo punisce colui che lo há preso sul furto, la pena gli è data dal re; questi si fa vendicatore anche dell'adulterio, quando non faccia la vendetta il marito, sebbene le più antiche leggi su questo punto serbin silenzio. Coll'ulteriore svolgimento del diritto penale, l'interesse pubblico prevale sempre più; quello privato, invece, sempre più si reduce al risarcimento del danno; [...].”*

¹⁴⁵ BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 54.

àqueles que cometiam qualquer conduta contra o ban(d)ido e contra o estranho; sendo que uma das penas mais graves aplicadas àqueles condenados pelo processo germânico era justamente o banimento, a exclusão do grupo pela “perda da paz” (*friedlosigkeit*), tornando-o um estranho para a *Sippe* e, por isso, alvo fácil para a vingança privada.¹⁴⁶

Nilo Batista também salienta que, de maneira análoga aos francos, os reis visigóticos não possuíam poder ilimitado e sua vontade não se outorgava em força de lei¹⁴⁷; mas, com a promulgação das compilações visigóticas, mormente o *Liber Iudiciorum* (de 654), já se podia verificar o desmonte da solidariedade grupal e a sua substituição pela política, ou seja, a substituição da paz comunal por uma ordem política, de forma que as leis penais seriam o seu grande instrumento. Enquanto que na antiguidade germânica o delito era aquilo que causava o rompimento da paz, no reino dos visigodos do século VII a simples violação da norma proibitiva (infração) já fornecia a referência básica para a repressão.¹⁴⁸

Dessa forma, pode-se observar que os reis germânicos, ao mesmo tempo que começaram a proibir que a *faida* se instalasse antes de haver a submissão da causa sob sua apreciação, passaram a utilizar os conflitos intersubjetivos de seus súditos – interesses privados alheios –, para governar a todos através da lei penal proibitiva. Esta característica romana do soberano legislador (*princeps legibus solutus*) permitiu, assim, que os reis germânicos dispusessem de um instrumento legal que lhes assegurou o projeto político de centralização do poder real entre os súditos e, em última instância, a administração da justiça penal tornou-se uma atividade lucrativa, pois muitas vezes eram os próprios reis que recebiam os valores concernentes às composições e, ainda, foram eles quem passaram a determinar o pagamento de determinadas somas em dinheiro conforme a conduta do acusado.¹⁴⁹

2.2.1 A composição

¹⁴⁶ BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 40.

¹⁴⁷ Ibid., p. 70.

¹⁴⁸ Ibid., p. 125. Sobre a centralização do poder administrativo e judiciário nas mãos do rei, Nilo Batista (Ibid., p. 82) comenta que “a criação do estado territorial visigótico impunha aos reis-legisladores certas tendências que rompiam com algumas tradições jurídicas germânicas: tratava-se agora de substituir a *paz* comunal por uma *ordem* política, e as leis – inclusive e especialmente as penais – eram seu grande instrumento, cuja eficiência se media muito mais pela imperatividade do que pelo conteúdo. O que a lei faz [...] é governar a cidade pelo governo de todos, humildes e magnatas; é generalizar a obediência na desigualdade, ou igualar pela obediência, já que mesmo pessoas dotadas de dignidade e poder devem observá-la.”

¹⁴⁹ A título de ilustração, o *Edictum Rothari* (In: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano. Op. cit., p. 20) em seu Capítulo 20, prescreve: “*Si quis de exercitales ducem suum contempserit ad iustitiam, viginti solidus componat regi et duci suo.*” (Se um exercital rejeita a justiça de seu duque, pague uma composição de 20 sólidos ao rei e ao seu duque). Obs. *Exercitales* indica o homem livre longobardo em sua qualidade de *populus-exercitus* e, por isso, significa o sujeito político em seu pleno título. Cf. AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano. Op. cit., p. 117 (nota nº 27).

A composição foi uma das principais características do Direito Germânico, entretanto não se pode afirmar que isso era uma maneira mais humanitária de se resolver um conflito penal intersubjetivo, ao revés, era um método que servia aos poderosos para se redimirem de suas responsabilidades; enquanto os miseráveis eram punidos cruelmente pelas suas mais leves condutas, porquanto nada possuíam – a não ser a si mesmos – para poder entregar ao ofendido a título de composição. Exemplificando a composição pecuniária pelos crimes ocorridos e a desproporção entre as penas, Michel Rouche ilustra que o roubo, na Idade Média, atingia proporções dramáticas entre os francos, inclusive era passível de morte em algumas regiões da atual França, e isso causava muita estranheza aos homens da antiga civilização romana:

[...] Teotulfo, bispo de Orléans [...], durante uma viagem de *missus dominicus* [enviado real] que efetuou em Narbonnaise por volta de 798 queixou-se amargamente de ver o roubo punido com apenas de morte e o homicídio com o pagamento de uma soma em dinheiro. Era uma consequência inevitável da preferência de uma sociedade guerreira pelos bens pessoais.¹⁵⁰

Carlo Calisse, ao comentar o Direito Penal longobardo, salienta que a composição era o acordo celebrado entre as partes envolvidas em um estado de inimizade para a reconciliação entre os adversários, isto é: um mecanismo jurídico visando a extinção da *faida*. Mas a palavra “composição” tinha um sentido amplo, pois nela estava envolvida pelo menos quatro tipos de ressarcimento, para diferentes crimes: a) a *Guidrigildo* (*wehrgeld*; *wergild*; *wirgild*; *weregild*; *wirigild*; *widrigild*), que era o pagamento para a extinção do crime de homicídio; neste caso, aquele que destruía uma pessoa, deveria pagar o preço que esta valia, por isso era a pena natural para o homicida quando contra ele não se completava a vingança de sangue; b) a multa, destinada a satisfação de danos menos graves; c) o *fredio*, ou seja, o preço da paz devido ao fisco pelo turbamento da ordem pública; e d) o *banno*, que deveria ser pago ao soberano para recuperar a paz perdida por ter desobedecido a um comando dele.¹⁵¹

Interessa, na presente pesquisa, as três últimas formas de composição, especialmente a pena de multa, destinada aos casos de menor gravidade e que não eram punidos com a “vingança de sangue”. O valor a ser pago pelo acusado ao ofendido era diverso segundo o caso, e vinha determinado ou pelo acordo entre as partes, ou pelo árbitro designado para

¹⁵⁰ Op. cit., p. 409.

¹⁵¹ Op. cit., p. 80-1. Nilo Batista (Op. cit., p. 53-4), ao discorrer sobre os institutos do Direito Penal germânico, utiliza os termos *Wergeld* (pena de composição ao homicídio); *Busse* (que corresponde à multa que empreendia a composição de qualquer delito); *faidus* (multa destinada à família) e a *fredus* (composição devida ao fisco).

resolver a controvérsia; ou ainda pelo “magistrado que tivesse sido chamado para resolver o caso segundo o Direito.”¹⁵²

A pena de multa era aplicada com base nas regras consuetudinárias e devia atingir o escopo a que se propunha, que era substituir o dano por uma soma pecuniária (ou outro bem) compensatória, para se evitar o estado de inimizade. Carlo Calisse destaca que a confirmação da velha pena de multa por Rotário atendeu aos seus novos interesses, não tanto econômicos, mas políticos, pois foi uma das principais razões para que se escrevesse uma lei entre os longobardos; e, de maneira geral, tal pena foi majorada, visto que a sua maior parte era destinada à autoridade pública (o rei) e, também, retirava do povo os costumes antigos que eram reprovados e que ainda se mostravam resistentes. Ainda, “Rotário disse claramente que ele aumentou a composição, a fim de que o ofendido possa se sentir satisfeito, e não recorra à vingança.”¹⁵³

Interessante observar que o *fredio* – que era a multa destinada ao fisco – era devido quando ocorriam determinados delitos e o rei declarava o seu direito, como o ofendido, de receber uma prestação pecuniária, a título de compensação pelo dano causado. Carlo Calisse exemplifica que aquele que matava um ministro real, era obrigado a pagar a *guidrigildi* aos familiares da vítima, mas como a conduta do réu ofendia também o rei, este deveria ser indenizado com o pagamento da *fredio*. Entretanto, esse direito do rei não era limitado a determinados crimes, mas eram exigidos nos casos em que seus interesses privados eram violados. Nos tempos antigos, quando não ocorria um crime de ordem pública, o Estado não podia pretender uma parte da composição, a não ser quando se pleiteasse a constrição do réu para que ele cumprisse o seu débito, com o que se pretendia evitar a *faida*¹⁵⁴.

¹⁵² Cf. CALISSE, Carlo. Op. cit., p. 88. “*Fino dal tempi più antichi i reati minori, meno gravi cioè dell’omicidio e degli altri che chiedevano la vendetta di sangue, erano puniti com multe, che il reo pagava all’offeso. Il valore ne era diverso secondo i casi, e veniva determinato o d’accordo fra le parti, o da arbitri a cui queste avessero rimesso la controversia, o dal magistrato che avessero chiamato a risolverla secondo il diritto.*”

¹⁵³ Op. cit., p. 89. “*Il conformare le vecchie multe ai nuovi interessi, non soltanto economici, ma anche politici della società, fu una delle principali ragioni per cui si scrissero le leggi: e in generali furono esse aumentate, tanto perchè vi prendeva sempre maggior parte l’autorità pubblica, quanto per ritrarre il popolo da quei costumi antichi che venivano riprovati, e de quali tuttavia si mostrava tenace. Rotari dice chiaramente che egli há aumentato le composizioni, perchè l’offeso possa sentirsene soddisfatto, e non ricorra alla vendetta.*”

¹⁵⁴ Cf. CALISSE, Carlo. Op. cit., p. 99 “*la distinzione tra la doppia ragione per cui il fisco riscuote in tutto o in parte le multe, è chiaramente espressa in quella legge che, duplicando la loro somma ordinaria nei casi in cui alcun regio interesse è direttamente daneggiato, dice che in questi compositio expectatur aut culpa queritur; cioè il re há diritto, come ogni altra persona, a riscuotere la multa per danno ricevuto, ovvero può pretenderne un’altra particolare a cagione della colpa, che nell’altrui danno abbia arrecato offesa anche a lui. Chi uccide un regio ministro, per esempio, non reca soltanto il danno privato, di cui perciò deve pagare per composizione il guidrigildo ai parenti, ma offende colla colpa anche il re, a cui deve per questo pagare 80 soldi. Tale diritto del re non è però limitato a reati nei quali qualche suo interesse è implicato, ma si estende anche ad altri, i cui*

No tempo do Império Carolíngio – quando os reis francos dominaram considerável extensão territorial na Europa ocidental –, Carlos Magno subjuguou completamente o Reino da Lombardia em 774 e, a partir daí, as leis carolíngias (especialmente as Capitulares) foram aplicadas no norte da Península Itálica. O *fredio*, nesse período, correspondia a um terço do valor da *guidrigildo* e era destinado ao rei. Assim, o *fredio* tornou-se parte relevante da administração da justiça pelo rei e, posteriormente, tal direito passou facilmente para as mãos dos senhores feudais.¹⁵⁵

No que concerne ao *banno*, os comentadores das leis de Carlos Magno consideravam este idêntico ao *fredio* (*fredium id est bannum*). Entretanto, Carlo Calisse destaca as diferenças entre esses dois institutos compositivos informando que o *banno*, enquanto pena, ligava-se ao objeto do crime cometido, e consistia na violação do comando, da proibição promanada do rei. Assim, este tipo de composição se desenvolveu com o Direito régio (com a perturbação da ordem pública), enquanto que o *fredio* pertencia ao Direito popular.¹⁵⁶

A importância política do *banno* é que, enquanto o poder real aumentava durante o Império de Carlos Magno, mais se estendia a aplicação desse instituto, que foi um meio valioso para a consolidação do poder central, especialmente no que tange aos obstáculos que nasciam das antigas instituições germânicas e costumes populares. Um grande número de crimes foram sendo punidos com esse tipo de composição; da mesma forma, outros fatos que antes não eram punidos acabaram sendo considerados infrações penais. Havia também uma outra espécie de *banno*, que era utilizado para punir os crimes contra as instituições públicas e contra a administração da justiça. Dessa forma, aqueles que desobedeciam as ordens régias ficavam susceptíveis ao pagamento desse tipo de pena, justamente para que não violassem as proibições da autoridade real, como, por exemplo, a vingança exercida depois de jurada a paz; o tumulto com armas; o não pagamento do dízimo etc..¹⁵⁷ Enfim, Michel Foucault sintetiza os

effetti si restringerebbero per sè stessi ai rapporti privati. In tempo antico, quando, fatta eccezione dei reati pubblici, negli altri lo Stato non aveva interesse, non poteva esso pretendere una parte della composizione, se non in quanto gli si domandava che costringesse alla soddisfazione del suo debito il reo, col quale non si voleva o non si poteva esercitare la faida, e non si era nel tempo stesso venuti ad accordo.”

¹⁵⁵ Cf. CALISSE, Carlo. Op. cit, p. 102.

¹⁵⁶ Ibid., p. 103. “*Il banno, in quanto è pena, prende il nome dall’oggetto del reato che esse colpisce, e che consiste nella violazione del comando, del divieto, che su taluna cosa il re há emanato. Si sviluppa quindi col diritto regio, mentre la base del fredio è nel diritto popolare.*”

¹⁵⁷ Cf. Ibid., p. 103-4. “*Quanto più la potestà regia aumentava, tanto più si estendeva l’applicazione del banno. Per Carlomagno esso fu mezzo validissimo a consolidare il potere centrale, specialmente contro gli ostacoli che nascevano dalle antiche istituzioni e consuetudini popolari. Un grande numero di reati si trovano perciò puniti di banno nei capitolari dei carolingi, ed anzi non pochi fatti diventarono reati per tal guisa, essendo nel tempo anteriore immuni da pena. [...] Un’altra specie di banno può dirsi costituzionale, ed è quell col quale si punivano i reati contro le pubbliche istituzioni, e specialmente contro la buona amministrazione della giustizia e*

conflitos entre o Direito Germânico e o Direito Romano entre os séculos V e X: “Cada vez que, sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começa a nascer, então o Direito Romano, velho direito de estado, se revitaliza.”¹⁵⁸

2.2.2 As Autoridades judiciárias no período feudal

No tocante às autoridades responsáveis pela aplicação da justiça, Georges Duby ressalta que o feudalismo – estabelecido fortemente a partir de 843 com o tratado de Verdun, que dividiu o Império Carolíngio – “esfacelou” o poder público já frágil na Alta Idade Média, e que o caráter doméstico e privado dominava o cenário político medieval. Segundo esse mesmo autor, a amizade, os compromissos de serviços mútuos, ligavam os homens em um duplo devotamento, em relação ao protetor e em relação aos protegidos.¹⁵⁹ E isso determinava a hierarquia medieval, em que os reis julgavam os nobres e estes escolhiam seus subalternos para aplicar determinada disciplina às pessoas sob seu domínio.

Desse modo, a imagem se pôs no lugar de uma hierarquia de quatro graus: a casa real abarcando as dos príncipes; as casas principescas, envolvendo por sua vez os castelos; cada torre, enfim, mantendo sob seu jugo a fração do povo estabelecida ao seu redor.¹⁶⁰

Antônio Manoel Hespanha destaca que a origem de tal característica do Direito feudal se deu com deteriorização do poder público estatal, com a queda de Roma, o que gerou uma insegurança pessoal, acentuadas pelas invasões bárbaras e, perante isso, os mais fracos procuravam a proteção dos mais fortes, “entrando para a sua ‘família’, a sua ‘casa’ ou a sua clientela, situação que obtêm em troca de promessa de fidelidade e, normalmente, da entrega de seus bens.”¹⁶¹

Importante destacar que o feudalismo, segundo o autor mencionado, se situa no nível da estrutura “jurídico-político”, ou seja, os laços que uniam o senhor aos vassallos eram institutos de Direito, e isso determinou as instituições próprias da época. Nesse sentido, o feudalismo se caracterizava pela combinação de dois tipos de relações inter-pessoais: a) o pacto de submissão em que o vassallo promete fidelidade e serviços (sobretudo o militar) ao senhor; e b) a concessão de terras pelo senhor ao vassallo, acompanhada de uma ampla delegação de

la disciplina militare; il banno giudiziario infatti cadeva su chi sottraeva al magistrato i rei, o si faceva as sé stesso ragione, o com altro modo impediava il corso della giustizia; [...]”

¹⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 58.

¹⁵⁹ Op. cit., p. 34.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ HESPANHA, Antônio Manoel. *História das instituições*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 82.

poderes.¹⁶² Pode-se notar, assim, que a estrutura social medieval se caracterizava através de um jogo contratual entre senhor-vassalo (proprietários); e entre estes e os camponeses (servos – não livres, mas portadores de direitos de vida e cultivo da terra), onde o pacto celebrado entre os guerreiros garantia a propriedade entre eles; e o pacto celebrado entre os guerreiros e o camponeses garantia proteção para estes, com a obrigação de entregar parte da produção (tributos) para a aristocracia militar detentora das terras e, portanto, detentora do poder econômico e político-jurídico.

Esse tipo de estrutura social permitiu uma forte descentralização política, pois, apesar de o Imperador Carlos Magno conseguir uma centralização de poderes e desempenhar suas funções judiciais através de uma série de atos normativos e funcionários especializados – características do Direito Romano –, com a feudalização da maior parte da Europa ocidental (meados do século IX), as instituições jurídicas foram delegadas aos senhores feudais. Vale salientar, nos termos de Antônio Manoel Hespanha, que: “a funcionalização do direito e das instituições políticas à defesa dos interesses das classes feudais exige ainda um domínio do aparelho político pelo estrato nobiliárquico (incluindo o rei e seus funcionários) e uma exclusão do poder de todos os outros grupos”.¹⁶³

Sendo o laço de vassalagem uma manifestação jurídica do vínculo político, era este instituto que definia os titulares de direitos e deveres. Entrementes, como havia uma ausência de vinculação política geral e centralizada pelos reis (e pelo Imperador), desapareceu a noção de Estado como é entendido hoje: “um vínculo político único e geral, ligando a população de um território a um centro político.”¹⁶⁴ Dessa forma, fica fácil compreender que o feudalismo importava em uma “coisificação” do poder político, de tal forma que os reis e senhores incorporavam o poder em seu patrimônio pessoal e utilizavam seu poder político-jurídico pactuado para fazer valer o seus direitos de autoridade e propriedade, delegando os seus poderes jurídicos a quem eles desejassem, com o intuito de legitimar a imagem de hierarquização da sociedade feudal.

Hilário Franco Júnior comenta que, com a fraqueza do Estado (Carolíngio) e diante da necessidade de segurança, desenvolveram-se entre os indivíduos relações pessoais diretas e sem a intermediação do Estado, estreitando, assim, os laços de sangue e as relações dentro das famílias, das linhagens, dos grupos, com o intuito de melhor proteger os indivíduos em

¹⁶² HESPANHA, Antônio Manoel. *História das instituições*. Op. cit., p. 83-4.

¹⁶³ *Ibid.*, p.104.

relação ao exterior.¹⁶⁵ Tal fenômeno representa um retorno às características germânicas de solidariedade grupal, por isso, o período do feudalismo marca o retorno ao antigo Direito Germânico na Europa ocidental, restabelecendo-se, dessarte, características de resolução dos conflitos de maneira privada. A diferença entre a justiça do sistema feudal e a germânica primitiva está, porém, na relação de desigualdade entre os nobres e os camponeses, ou seja:

como os laços familiares não bastavam, criaram-se laços artificiais, uns ligando homens livres entre si, outros ligando homens livres e dependentes. Este último tipo, isto é, a relação nobre-camponês, baseada na desigualdade estabelecia, como já vimos, complexos vínculos econômicos, religiosos e políticos; o senhor era um misto de protetor e propiciador. Por sua vez, a relação entre nobres, baseada na igualdade, fundamentava-se no contrato feudo-vassálico. [...] Mais ainda, o contrato feudo-vassálico estava de acordo com dois elementos importantes da época, os laços familiares nas relações sociais e a complementariedade das funções sociais. De fato, quando pela homenagem alguém se tornava “moço” (*vassalus*) de um “ancião” (*senior*), estabelecia-se um pseudoparentesco entre filho e pai. Entre eles, como nas relações paternais-filiais biológicas, devia haver respeito e fidelidade, um devia servir, outro sustentar. O vassalo, filho simbólico, geralmente mais jovem e vigoroso, precisa de terras e camponeses; o senhor feudal, pai simbólico, geralmente mais rico e experiente, precisa de guerreiros.¹⁶⁶

Sobre as pessoas no regime feudal, Georges Duby comenta que a população foi dividida em duas partes: a) os *caballarius* (cavaleiros), que eram os militares que faziam a guarnição das fortalezas e estavam submetidos ao senhor deste local, que os tratava como se houvesse uma relação de parentesco, baseada na fidelidade recíproca; e b) a outra parte do povo, que era objeto de exploração.¹⁶⁷ Eram os cavaleiros como se fossem da família do dono do castelo e eram também os responsáveis por manter o povo sob vigilância. Eles formavam grupos de quase parentesco com o senhor, e conservavam alguns atributos maiores da liberdade, como a de se reunirem para julgar e combater, isto é, resolviam seus conflitos intesubjetivos por intermédio de suas próprias virtudes:

Todas as querelas que podiam nascer entre esses familiares eram apaziguadas privadamente, em “batalha”, por duelo judiciário, ou pela arbitragem de seu patrono, um patrono a quem eles serviam como um sobrinho serve a seu tio materno, pela ajuda ou pelo conselho, todos associados à gestão de um patrimônio em comum, o poder de “convocação dos vassalos” ligados à fortaleza.¹⁶⁸

Comentando especificadamente sobre as autoridades judiciárias medievais, o mesmo autor diz que a massa do povo também foi domesticada pelos senhores feudais, mas era uma

¹⁶⁴ HESPANHA, Antônio Manoel. *História das instituições*. Op. cit., p.108.

¹⁶⁵ FRANÇO JÚNIOR, Hilário. *O feudalismo*. Op. cit., p. 43.

¹⁶⁶ Ibid., p. 44-5.

¹⁶⁷ DUBY, Georges. Poder privado, poder público. Op. cit., p. 34-5.

¹⁶⁸ Ibid., p. 35.

domesticidade servil, isto é, uma relação muito diferente daquela que existia com os cavaleiros:

A seus cavaleiros, o “juiz público” (é assim que os autos do Concílio de Anse designam ainda em 994 o detentor do poder de regalia) tratava como a seus filhos, seus sobrinhos ou seus genros; ao passo que entendia tratar todos os outros habitantes do território submetidos à sua vassalagem como membro de sua *família* – tomemos o termo em seu sentido primeiro: de sua domesticidade servil.¹⁶⁹

Ainda, no tocante às autoridades judiciárias na Idade Média, Georges Duby continua mencionando as características da privatização do poder público na área do Direito:

Do mesmo modo que em torno do príncipe ou do conde o tribunal público superior se transformava em uma reunião familiar composta de parentes, de feudatários, de cavaleiros privados, assim também as assembleias reunidas nos campos para julgar os humildes de condição livre tornaram-se tribunais domésticos; os senhores dos castelos delegavam à sua presidência um de seus servidores, e as pessoas de baixa condição, qualquer que fosse seu estatuto, aí eram corrigidas como outrora os escravos dos domínios.¹⁷⁰

Como ressalta Michel Foucault, o feudalismo permitiu que o velho Direito Germânico triunfasse sobre o Direito Romano, visto que a descentralização do Estado (Carolíngio) permitiu o restabelecimento do confronto individual entre os contendores como se o processo penal fosse uma continuação ritualizada de guerra.¹⁷¹ Entrementes, não houve um retorno à simples solidariedade grupal germânica, mas havia uma estrutura de poder hierarquizada e comandada pelos guerreiros, isto é, aqueles que portavam armas. Como ressalta Jacques Le Goff, as comunidades medievais possuíam um senhor, o “Homem de poder”, o que significa precisamente que do outro lado havia pessoas sob esse poder. Nessa perspectiva, todos os súditos estavam submetidos a um senhor, “que em nenhum outro domínio como no judicial se manifesta tão nitidamente”.¹⁷²

Entre as funções acumuladas pelos feudais à custa do poder público, nenhuma há que seja tão pesada para os dependentes do senhor como a função judicial. Evidentemente que o vassalo é chamado com mais freqüência a sentar-se no bom lugar do tribunal – ou como juiz, ao lado do senhor, ou até em seu lugar – mas também ele está sujeito aos seus veredictos – para os delitos se o senhor só tem poderes de justiça restrita e para os crimes também se ele tem poderes mais altos. Neste caso, a prisão, a força e o pelourinho, prolongamentos sinistros da justiça senhorial, são os símbolos da opressão, mais que da justiça.¹⁷³

Nesse cenário medieval, não restam dúvidas de que a administração da justiça penal era uma prerrogativa dos soberanos (reis, senhores feudais e/ou de seus mandatários), onde,

¹⁶⁹ DUBY, Georges. Poder privado, poder público. Op. cit., p. 36.

¹⁷⁰ Ibid., p. 37.

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 60.

¹⁷² LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Op. cit. p. 45-6

de fato, o arbítrio das decisões era muito mais a característica de uma opressão desmedida do que a concretização de um direito. O fato era que os detentores de terras passaram a exercer o poder político e de disciplina sobre os camponeses. Nesse sentido, Hilário Franco Júnior explica que surgiram “desde princípios do século XI os chamados senhorios banais, nos quais os senhores tinham o poder de *bannum*, isto é, de mandar, tributar, julgar e punir seus habitantes”.¹⁷⁴ Aos homens livres, era possível usar da força para provar a “verdade”¹⁷⁵; mas um servo de gleba era somente um semi-livre e não tinha força, armas e tampouco patrimônio para provar a sua “verdade”, tornando-se, assim, um fracassado perante a Justiça, isto é: uma verdadeira “guerra privada”. Dessa forma, a única esperança que havia entre as pessoas sem privilégios era que Deus mandasse um representante (soberano) justo e capaz de estabelecer a paz e conceder a “graça” divina entre os súditos.¹⁷⁶

2.3 A Cultura Penal e Direito Canônico

Como informa Paolo Prodi, o cristianismo, ainda no período do Império Romano, moveu seus primeiros passos em um terreno que era o do Ordenamento Jurídico romano, e absorveu desse a estrutura administrativa; mas isso foi um fenômeno externo, porque na sua estrutura jurídica interna estava presente a idéia – estoíca¹⁷⁷ – sobre a *virtus* e sobre *fides*,

¹⁷³ LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Op. cit., p. 46.

¹⁷⁴ FRANCO JÚNIOR, Hilário. *O feudalismo*. Op. cit., p. 41.

¹⁷⁵ Nesse sentido, vide: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 58-62.

¹⁷⁶ Interessante mencionar que, apesar da descentralização política dos monarcas durante o regime feudal, o poder simbólico deles não desapareceu e, tampouco, foi usurpado pelos senhores feudais. Nesse sentido, Hilário Franco Júnior (*O feudalismo*. Op. cit., p. 42) comenta que “continuava a ser o soberano, a ter teoricamente poderes bastante extensos sobre seus súditos. A relação com estes era unilateral, pois o soberano tinha caráter sagrado que originário do Antigo Oriente passara para o Império Romano e fora reforçado pelo cristianismo. Ele era *Rex Dei Gratia*, ‘rei por graça de Deus’ Como ocorria no Antigo Testamento, sua sacralidade era confirmada pela unção, pelo rito de o bispo passar-lhe óleos santos. Assim, ele podia curar certas doenças apenas pelo contato de suas mãos. Sobretudo, ele era único: se os grandes senhores feudais imitaram o uso das insígnias reais, como anel, gládio e mesmo coroa, jamais algum deles teve a pretensão de ser ungido e de possuir caráter sagrado.”

¹⁷⁷ Um dos movimentos filosóficos que floresceu na Grécia antiga (entre os séculos III a.C. e o II da nossa era) e que teve considerável influência sobre o cristianismo nascente foi o estoicismo, cujo fundador foi um cipriota fenício chamado Zenão (ou Zeno), que acreditava que o acaso não existia e que o curso da natureza era rigidamente determinado por leis naturais. Sua principal contribuição à Patrística foi no período do chamado novo estoicismo, cujos representantes no Império Romano foram: Sêneca (3 a.C. a 65); Epíteto (60? a 100?) e Marco Aurélio (121 a 180). Os estoícos se singularizavam devido aos seus interesses pelos problemas morais. Para os estoícos, a matéria era um princípio passivo e Deus um princípio ativo. Tudo estava submetido a uma rigorosa necessidade (destino) que eles interpretavam de uma maneira fatalista (determinismo), onde o universo agia de acordo com leis fixas estabelecidas por Deus (ou Razão). Os estoícos construíram suas doutrinas pregando que, em certo sentido, todos os homens seriam iguais e enfatizaram a distinção entre a lei natural e a lei da nações. Neste caso, o Direito natural seria aquilo a que um homem tem direito precisamente devido à natureza humana. Essa doutrina dos direitos naturais exerceu influência na legislação romana, notadamente com a distinção entre o *jus naturale* e o *jus gentium*. Como princípio, eles pregavam o amor universal e a bondade para com os demais, pois a lei moral imporia esse princípio como a expressão de uma vida virtuosa. Cf: ROSENAL, M.; IUDIN, P. Op. cit., p. 189; RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Op. cit., p. 158; RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Op. cit., v. 1, p. 298)

como pressupostos da juridicidade que marcou desde o início o pensamento cristão. Isso parece indicar ser a noção cristã de Direito fundada em um direito natural, que era estranha à tradição jurídica romana. “É nesse quadro em particular que se desenvolveu nos Padres da Igreja, já no segundo século, a doutrina relativa a Cristo como sumo legislador e aquela relativa à existência de uma lei divina coincidente com a lei natural”.¹⁷⁸

O mesmo autor explica que, com a afirmação do cristianismo, se concretizou uma nova visão de mundo: de que a ordem cósmica e natural não coincidia mais automaticamente com a ordem política. Nesse sentido, abriu-se o problema de uma tensão que não pertencia somente à relação política, mas também ao ordenamento jurídico e à administração da justiça. O apelo por uma justiça superior à lei escrita não permaneceu abstrato, começando a se concretizar uma série de princípios, entre eles o da pessoa humana. Com o pensamento teológico de Santo Ambrósio e Santo Agostinho (entre outros) emergiu, pouco a pouco, um *ius coeli* que se contrapunha ao *ius fori*. “Em Cipriano encontramos o bispo indicado como *iudex a Deo datus* em clara comparação com o juiz civil como delegado do imperador.”¹⁷⁹

No tocante às noções de Direito Penal (Canônico¹⁸⁰), Paolo Prodi salienta que é interessante notar que, já nos primeiros séculos, emergia entre os cristãos o conceito de “pecado mortal”, muito similar as *delicta capitalia* ou *capitalia crimina* do Direito Romano; tanto que na disciplina canônica foram empregados esses mesmos conceitos romanos. Outrossim, nas obras de Santo Agostinho podem ser encontradas as distinções que são feitas

¹⁷⁸ PRODI, Paolo. *Uma storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2000, p. 29-30. “È in questo quadro in particolare che si sviluppa nei Patri della Chiesa sin dal secondo secolo la dottrina relativa a Cristo come sommo legislatore e quella relativa all’esistenza di una legge divina coincidente con la legge naturale.” Cumpre destacar que, com o surgimento do Cristianismo no Império Romano, desenvolveu-se uma doutrina que foi denominada “Patrística”, correspondente à teologia cristã do século I ao Século V e que expressava a apologética dos chamados “Padres da Igreja” ou “Santos Padres”, que eram conhecedores do pensamento antigo, mas eram voltados para uma maneira considerada “santa” de se viver – pois geralmente pregavam o ascetismo, que é caracterizado, basicamente, pelo voto de castidade, voto de pobreza e pela caridade. Eles defendiam as doutrinas da nova religião (Cristianismo) reinterprestando algumas idéias oriundas da filosofia pagã antiga, procurando criar novas verdades, além de adaptar as idéias desenvolvidas até então para a religião cristã, impondo e explicando os dogmas que regulamentaram e institucionalizaram a fé católica até o desenvolvimento da Escolástica na Baixa Idade Média. Nesse sentido, consultar: WOLKMER, Antônio Carlos. *O pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino*. Op. cit., p. 42; ROSENTAL, M.; IUDIN, P. Op.cit., p. 446.

¹⁷⁹ PRODI, Paolo. Op. cit., p. 30-1. “In Cipriano troviamo il vescovo indicato come ‘iudex a Deo datus’ in chiara comparazione con il giudice civile come delegato dell’imperatore.”

¹⁸⁰ Nilo Batista (Op.cit., p.169) comenta que a palavra “cânone” tem origem grega e representa “regra”, e, no mundo cristão, designava as decisões tomadas nos concílios da Igreja, desde os primeiros séculos e que havia a produção de um Direito Administrativo da Igreja, além de pormenores teológicos para que não houvesse opiniões divergentes entre os clérigos, que podiam levar às heresias. Com o tempo os Papas, adquirindo maior prestígio entre os bispos, utilizavam a decretal (rescritos dos imperadores romanos) para esclarecer os dogmas e regulamentar as decisões conciliares, além de execrar heresias e estabelecer procedimentos de investigação e criminalização de condutas.

“entre pecado em que todos os homens não podem não cair pela fragilidade humana, e os pecados graves ou crimes como o homicídio, o furto, a fraude, o sacrilégio e outras culpas similares: *Crimen est grave peccatum accusatione et damnatione dignissimum.*”¹⁸¹

Ressalta Paolo Prodi a dualidade existente entre as noções de Direito civil – que seria mutável – e um Direito divino, que seria mais geral e baseado em princípios absolutos:

As leis civis, como um direito próprio de um povo singular – especificamente dos romanos – são provisórias e mutáveis, e podem ser injustas quando estão em contradição com o *ius humanitatis* ou *ius fraternitatis* cuja (base) se concretiza a lei divina no interior da comunidade cristã. A Bíblia entra como fonte primária – do decálogo aos mandamentos evangélicos – no universo jurídico. Não se coloca em discussão a ordem estabelecida e não se autoriza a revolta mas se abre a possibilidade e a realidade de um conflito em que as *iura fori* devem ceder frente as *iura coeli*: se põe as premissas por um dualismo institucional.¹⁸²

Como já mencionado, com a queda progressiva do Império Romano Ocidental, a Igreja foi substituindo, pouco a pouco, o Estado; e foi se constituindo como um instrumento cultural para a o ingresso da população bárbara no mundo europeu ocidental. A justiça da Igreja foi aquela pertinente à confissão privada e à aplicação de penitência em prol da remissão dos pecados do homem, e não uma questão de ordem social. Entretanto, com a centralização do poder político nas mãos dos bispos, já no final do Império Romano, a Igreja, segundo Paolo Prodi, “já não mais poderia não se interessar pelas culpas públicas, mas também não podia pretender substituir a justiça de Deus e tampouco a justiça dos homens.”¹⁸³

Nesse momento histórico encontram-se algumas das grandes dificuldades teóricas para o exercício da jurisdição pela Igreja em toda a Idade Média ocidental, pois a função desta, como possuidora das “chaves do céu”¹⁸⁴, era a da condução do homem pecador – que estava

¹⁸¹ PRODI, Paolo. Op. cit., p. 32. “[...] tra i peccato in cui tutti gli uomini non possono non cadere per la fragilità umana, e i peccati gravi o crimini come l’omicidio, il furto, la frode, il sacrilegio e altre colpe simili: ‘*Crimen est grave peccatum accusatione et damnatione dignissimum.*’”

¹⁸² Ibid., p. 33. “Le leggi civili, come diritto proprio di un singolo popolo – specificamente di quello romano – sono provvisorie e mutevoli com o *ius humanitatis* o *ius fraternitatis* in cui si concretizza la legge divina all’interno della comunità cristiana. La Biblia entra come fonte prima – dal decalogo ai mandati evangelici – nell’universo giuridico. Non si mette in discussione l’ordine stabilito e non si autorizza la rivolta ma si apre la possibilità e la realtà di un conflitto in cui gli *iura fori* debbano cedere di fronte agli *iura coeli*: si pongono le premesse per un dualismo istituzionale”

¹⁸³ Ibid., p. 41-2. “Dall’insime dei suoi scritti mi pare si possa dedurre che per Gregorio la legge e il diritto sono quelli dell’impero; la Chiesa però non può non interessarsi dele colpe pubbliche, ma senza pretendere di sostituirsi né alla giustizia di Dio né alla giustizia degli uomini. In attesa del giudizio universale, dell’avvento di Dio vero giudice, la Chiesa cerca di condurre gli uomini (come un’aurora che preannuncia il giorno, ma non è il giorno) dalle tenebre del peccato alla luce della giustizia: ma in questa vita la giustizia divina e quella umana non possono coincidere, anzi sono molto spesso su vie opposte.”

¹⁸⁴ No Evangelho de São Mateus, Capítulo 19 (In: *BÍBLIA SAGRADA*. Op. cit., p. 883), está fundamentado o poder utilizado pela Igreja para incluir ou excluir os cristãos da Comunhão em Cristo: “18 Também eu te digo que tú és Pedro, e sobre esta pedra edificarei a minha igreja, e as portas do inferno não prevalecerão contra ela.

nas trevas –, para a luz da justiça divina, através dos sacramentos religiosos, entre eles a penitência. A Igreja, explica Paolo Prodi, deveria exercer a sua jurisdição sobre todas as culpas, seja em pensamentos ou em atos, para ajudar o homem (pecador) a antecipar as suas penas inevitáveis no futuro juízo divino; enquanto que a Justiça secular somente podia tratar das condutas externas: “nem todo pecado é um crime enquanto todo crime é pecado”.¹⁸⁵

Paolo Grossi, ao comentar sobre a presença da Igreja na civilização medieval, afirma não restarem dúvidas de que esta civilização era sua criatura, uma vez que, com a ausência do Estado, a sua organização paroquial conseguia penetrar até os mais remotos rincões rurais. No tocante ao Direito, o mesmo autor destaca que a Igreja, como estava inserida intimamente nos costumes populares, foi uma grande orientadora e modificadora desses costumes.¹⁸⁶

Paolo Prodi, por sua vez, informa que a estrutura do Direito Canônico é muito simples:

[...] no vértice está o direito natural-divino no qual o intérprete sobre a terra não pode ser outro que o vicário mesmo de Deus; abaixo deste o direito positivo emanado do pontífice como direito comum para toda cristandade; em um nível mais baixo a constituição dos antigos imperadores, enfim as novas leis ou estatutos particulares ou consuetudinários dos corpos eclesiásticos e civis.¹⁸⁷

Nilo Batista comenta que, já no Império Romano, a Igreja havia se tornado uma instituição do Estado no que concerne à jurisdição:

Em 318 Constantino reconheceu a competência arbitral dos bispos, e em 331 outorgou-lhes jurisdição civil, que no final do século VI [sic] seria reduzida, por Arcádio no império oriental e Honório no ocidental, ao nível do arbitramento. Uma

19 E eu te darei as chaves do reino dos céus. E tudo o que ligares sobre a terra, será ligado também nos céus; e tudo o que desatares sobre a terra, será desatado também nos céus.”

¹⁸⁵ PRODI, Paolo. Op. cit., p. 43-4. “*Nella situazione storica concreta l’umanità, unita nella fede, è divisa in diverse regioni con costumi e lingue differenti e la Chiesa (che Gregorio vede riflessa nell’immagine di Giobbe) deve giudicare su tutte le colpe sia in pensiero che in opere, mentre la giustizia secolare si ferma alle azioni esterne, per aiutare ogni uomo ad anticipare le pene inevitabili nel futuro giudizio divino. Non esiste alcun uomo che sai immune da peccato anche se há resistito alle tentazione e non há aderito ai pensieri perversi; il peccato si può commettere infatti anche soltanto nell’intenzione, nel cuore oltre che nelle azioni esterne: non ogni peccato è un crimine mentre ogni crimine è peccato.*”

¹⁸⁶ GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Op. cit. p. 121-2. Outrossim, observar que, na 1ª Epístola de São Paulo aos Coríntios, capítulo 6 (In: *BÍBLIA SAGRADA*. Op. cit., p. 1015), refere-se sobre os litígios entre os gentios, por assuntos temporais: “Atreve-se algum de vós, tendo negócio contra outro, ir a juízo perante os iníquos, e não a presença dos santos? 2 Porventura não sabeis que os santos hão de um dia julgar a este mundo? E se o mundo há de ser julgado por vós, sois vós porventura indignos de julgar das coisas mínimas? 3 Não sabeis, que havemos de julgar aos anjos? Pois quanto mais as coisas do século? 4 Portanto, se tiverdes diferenças por coisas do século: estabelecei aos que são de menor estimação na Igreja, para julgá-las. 5 Eu vo-lo digo para confusão vossa. É possível que não haja entre vós um homem sábio, que possa julgar entre seus irmãos? 6 Mas o que se vê é que um irmão litiga com outro irmão: e isto diante de infieis. 7 Já o haver entre vós demandas de uns contra os outros; é sem controvérsia um pecado que cometeis.”

¹⁸⁷ PRODI, Paolo. Op. cit., p. 67. “[...] *al vertice sta il diritto naturale-divino il cui interprete sulla terra non può che essere il vicario stesso di Dio; sotto di questo il diritto positivo emanato dal pontefice come diritto comune a tutta la cristianità; ad un livello più basso le costituzioni degli antichi imperatori, infine le nuove leggi o statuti particolari o consuetudini dei corpi ecclesiastici e civili*”.

constituição de Honório e Teodósio, de 408, estabelecia a validade do juízo episcopal escolhido pelas partes (*Episcopali iudicium ratum sit omnibus, qui se audiri a sacerdotibus elegerint*), cujas decisões eram executáveis.¹⁸⁸

Paolo Grossi ressalta que o Papa Bento XV (em 1917) promulgou o primeiro *Codex*, estabelecendo que a Igreja é uma sociedade perfeita, isto é, autônoma; e isso “*porque su juridicidad no procede de un poder civil, sino directamente de Cristo como divino legislador.*”¹⁸⁹ O fato é que a Igreja Católica, no início da Idade Média, estava se familiarizando com o Direito Romano e obteve de Roma, como legado, o sentimento de relevância do Direito e, em conseqüência, a convicção de que o Direito é o fundamento social, garantia de incisão na história e instrumento de poder.¹⁹⁰

O mesmo autor comenta, ainda, que com o canonista Ivo de Chartres (séc. XI) o Direito Canônico apareceu como ele realmente é: um instrumento criado para o *homo viator*, para o homem peregrino nesta terra, para esta criatura fragilíssima, pecadora, vítima das circunstâncias mais variadas: não pode ser concebido como uma regra igual para todos, pois não é um instrumento de garantia formal, mas uma ajuda material e, por isso, flexível. O nexo entre Direito Canônico e a salvação eterna seria, dessa forma, indefectível, porque de outro modo a juridicidade na Igreja seria uma aberração.¹⁹¹ A Ordem jurídica canônica, de acordo com Grossi, aparece articulada em dois planos: a) o primeiro e superior, contrastado por uma imutabilidade absoluta, universal e perpétua, é um patrimônio intocável até pelo Pontífice romano ou pelo Concílio ecumênico; b) o segundo e inferior, flexível e mutável. O primeiro como necessário (“constitucional”) e o segundo adaptável ao caminho da salvação. Isso faz do Direito Canônico um material jurídico de extrema flexibilidade nas mãos dos eclesiásticos. Assim, por ocasião das necessidades dos tempos, toleram que se cometam certas violações, dispensam a observância das normas.¹⁹²

No entender de Nilo Batista, o Direito Penal Canônico não encontrava a sua diferenciação por utilizar a tortura (presente no Direito Romano), nem por usar a exclusão (Direito Penal Germânico), ou a morte (vingança juridicamente reconhecida ou pena): mas “na concentração de tais coerções num sistema que vai construindo ritualmente sua própria

¹⁸⁸ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 171.

¹⁸⁹ GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Op. cit. p. 123. “[...] *en la elocuente constitución apostólica con la que el pontífice Benedicto XV promulgó el primer Codex: la Iglesia es una societas perfecta, perfecta, esto es, autónoma; es decir, un ordenamiento jurídico y, como tal, titular de un derecho proprium ac nativum (que equivale a decir original) para producir normas: y es ordenamiento primario, porque su juridicidad no procede de un poder civil, sino directamente de Cristo como divino legislador.*”

¹⁹⁰ Ibid., p. 124.

¹⁹¹ Ibid., p. 128-31.

autonomia, que reivindica uma certa independência do poder político geral, [...], o medo não provém das prescrições da lei, mas sim dos métodos do tribunal.”¹⁹³ Ainda, o mesmo autor comenta que havia uma pretensão de monopólio jurisdicional da Igreja no que concerne aos seus clérigos, inclusive em assuntos civis, sendo que, somente no caso em que o bispo não pudesse resolver o litígio, responderia o religioso perante os juízes civis. No que tange aos crimes:

Criminalmente, responderiam os clérigos perante juízes cívicos por delitos civis, num procedimento que não deveria exceder a dois meses (*non transcendente lite mensium duorum spatium*), se o veredito fosse condenatório o réu deveria primeiramente ser pelo bispo despojado de suas dignidades sacerdotais (*prius hunc spoliare a deo amabili episcopo sacerdotali dignitate*). No caso de delitos eclesiásticos, sujeitos a penas eclesiásticas ou multa, tocava estritamente ao bispo exercer o magistério penal, sem dar satisfações aos ‘esclarecidos juízes provinciais’ (*Si vero ecclesiasticum sit delictum, egens castigatione ecclesiastica et mulcta, deo amabilis episcopus hoc discernat, nihil communicantibus clarissimis provinciae iudicibus*)¹⁹⁴

Dessa forma, pode-se verificar que a jurisdição da Igreja estava praticamente restrita aos seus clérigos, como uma forma de disciplina interna da própria Igreja. No que tange às condutas praticadas por outras pessoas que não os próprios membros dessa instituição religiosa, a responsabilidade de julgá-los era, sobretudo, dos juízes locais, exceto nos casos em que o crime violava a ordem moral cristã, caso em que os tribunais eclesiásticos eram instaurados para o julgamento, como ocorreu com mais frequência no período da Baixa Idade Média nas chamadas inquisições (Tribunais de Fé ou Santo Ofício).¹⁹⁵

2.4 A Cultura Penal no Feudalismo

A fragmentação do Império Carolíngio permitiu uma ampla privatização das funções públicas e a Europa ocidental entrou na sua fase mais profunda do feudalismo, pois ocorreu o isolamento definitivo da realeza em relação à população rural.¹⁹⁶ Assim, a regionalização do

¹⁹² Ibid., p. 132-3.

¹⁹³ BATISTA. Nilo. Op. cit. p. 168-9.

¹⁹⁴ Ibid., 172.

¹⁹⁵ Sobre o assunto, consultar: BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: portugal, espanha e itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

¹⁹⁶ Francesco Callasso (*Medioevo del diritto: le fonti*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 293-95) afirma que é impressionante a escassez de leis no período do século IX até o século XI, pois que, com a fragmentação dos territórios imperiais e de seus poderes, os campos feudais ofereciam uma unidade própria no que tange à política e à economia e, portanto, esses fatores geravam um particularismo jurídico constituído de costumes próprios, profundamente diferentes de um feudo para outro. Outrossim, foi no período mencionado que houve uma maior preponderância do Direito consuetudinário, mas, mesmo assim, isso não significa que não havia atividade legislativa, ao revés, foi justamente através dos costumes que o legislador da época encontrava a idéia de controle e tendia a mostrar que o fundamento da validade deste ou daquele costume é, assim, a observação que ele próprio fazia na lei. “*Ciò non vuol dire che il legislatore non vi abbia fatto ricorso, e non se ne sia lasciato guidare nel formare la norma sui nuovi rapporti che si venivan creando: al contrario, sono numerosi i casi in*

poder político, onde a privatização do exercício da justiça penal tornou-se um privilégio do Senhor feudal, permitiu que a *faida* – que nos tempos de Carlos Magno estava sendo limitada, ao mesmo tempo em que o procedimento penal havia se tornado cada vez mais de competência do Poder Público – ressurgisse com uma nova força nos feudos.¹⁹⁷ Nessa perspectiva, explica Jean-Marie Carbasse que a vingança, mais do que um direito, tornou-se um dever de honra dos guerreiros e, por isso, as guerras privadas que marcaram os séculos X e XI foram justificadas pelo direito de vingança, que era o “modo normal de regulação dos conflitos entre cavaleiros” e Senhores feudais.¹⁹⁸

O mesmo autor comenta que a guerra, no caso de conflitos intersubjetivos, não era automática, “era possível evitá-la através de um acordo”, que poderia ser celebrado “diretamente entre as partes” ou através de uma arbitragem exercida por um terceiro; era neste caso que havia a intervenção da corte do Senhor feudal, que era “mais que um tribunal”, isto é, era uma instância de arbitragem e de conciliação onde os vassalos do Senhor resolviam seus conflitos entre si, com a garantia de reparação dos danos e de “respeito ao código de honra.” Ainda, “um dos elementos da transação, mas não o único, era uma compensação pecuniária por parte do autor do dano à vítima”.¹⁹⁹ Dessa forma, pode-se notar que, com a descentralização e regionalização do poder, os métodos de resolução de conflitos intersubjetivos praticamente retornaram à fase da “vingança privada”, com uma potencialização do uso dos costumes germânicos e uma fraca atividade reitora do poder central no sentido de aplicação das normas penais reais.

cui esso si richiama esplicitamente al diritto consuetudinario, e talvolta perfino parrebbe che lo consideri allo stesso livello del diritto scritto. In questi casi, però, a voler proprio scoprire il vero spirito che muove il legislatore, non è difficile comprendere che lo scopo di codesti richiami rientra ancora nell'idea di controllo: il legislatore, in altri termini, tende a mostrare che il fondamento della validità di questa o quella consuetudine è appunto il richiamo ch'egli ne fa nella legge.”

¹⁹⁷ Cumpre destacar que o chamado “feudalismo” não foi um fenômeno comum em toda a Europa Ocidental e tampouco foi um sistema político-jurídico idêntico em todos os “feudos”. Em uma perspectiva superficial, pode-se dizer que a idéia tradicional do sistema de produção feudal corresponde às características mencionadas pelos historiadores quando comentam a fragmentação do Império Carolíngio, compreendendo, principalmente, as regiões das atuais França, Alemanha (Ocidental) e Itália (Setentrional) – entre outras – e, mesmo nessas regiões, havia diferenças relevantes entre um “feudo” e outro, não sendo objeto da presente pesquisa a descrição das diferenças entre eles.

¹⁹⁸ Cf. CARBASSE, Jean-Marie. Op. cit. p. 98-9. “Dès le X siècle, l'effacement de la justice publique permet au vieux principe de la vengeance privée de resurgir avec une nouvelle force. La vengeance est à la fois un droit et un devoir: come à l'époque franque, l'honneur du guerrier y est engagé.” [...] “La guerre privée est donc justifiée par le droit de vengeance; c'est au XI siècle le mode normal de règlement des conflits entre chevaliers.”

¹⁹⁹ Cf. Ibid., p. 99. “La guerre n'était pourtant pas automatique, et l'on pouvait l'éviter par un arrangement. Ou bien l'accord était conclu directement entre parties, ou bien il fallait recourir à l'arbitrage d'un tiers: c'est ici qu'intervenait la cour du seigneur. Plus qu'un tribunal, cette cour était alors une instance d'arbitrage et de conciliation au sein de laquelle les vassaux du seigneur s'accordaient entre eux avec le double souci d'assurer la réparation des dommages et de respecter le code de l'honneur. On mettait ainsi au point une transaction que

Jean-Marie Carbasse explica ainda que o procedimento (penal) pertinente aos nobres era muito diferente do Direito aplicado aos “rústicos”, pois os Senhores feudais utilizavam seu Tribunal como um “instrumento de poder e de ganho: era uma justiça opressiva e lucrativa.” O mesmo autor pondera que, mesmo se fossem destacadas as variantes regionais do tipo de justiça penal que era aplicada, resta que, de maneira geral, a população estava dominada e submetida às classes privilegiadas e, portanto, sujeita aos constrangimentos e caprichos do Senhor.²⁰⁰

Georges Duby, tratando sobre a autoridade judiciária nos feudos, comenta:

Enfim, o chefe de casa detinha um poder judiciário, o direito de arbitrar as querelas, de corrigir os erros; e se ele nada podia decidir sem o conselho dos seus, estes eram obrigados a dar-lho, a falar diante dele, a exhibir diante dele suas discórdias e, na sala – como na sala capitular do mosteiro –, as querelas exibidas, as razões aceitas, recompensas e reprimendas eram periodicamente distribuídas; a menos que, apelando no julgamento de Deus, o *caput mansi* decidisse presidir, no pátio, a uma batalha, a um duelo, a uma dessas rixas organizadas no decorrer das quais extravasava-se a violência dos rivais.²⁰¹

Enquanto no meio rural as vicissitudes criadas pelos nobres tornavam a justiça penal um privilégio ilimitado,²⁰² no que concerne à aplicação das penas aos servos de gleba, nos

chacun s'engageait à respecter et dont le seigneur garantissait l'exécution. L'un des éléments de cette transaction, mais non le seul, était une compensation pécuniaire due par l'auteur du dommage à sa victime.”

²⁰⁰ CARBASSE, Jean-Marie. Op. cit., p. 101. “À l'égard des paysans – rustici, les rustres - , le seigneur utilise son tribunal comme un instrument de puissance et une source de profits: sa ‘justice’ est à la fois oppressive et lucrative. Même si l'on pourrait faire état de variantes régionales [...], il reste que globalement la masse des dominés est soumise aux prélèvements (exactiones) et à la contrainte (districtio) du seigneur; dans ces conditions il est clair que sa justice ne peut être qu'une forme de districtio permettant d'exiger des exactiones, ces fameux ‘droits de justice’ si convoités.”

²⁰¹ Op. cit., p. 87.

²⁰² É cediço entre os medievalistas que a insegurança e a violência eram características pertinentes às sociedades da Europa ocidental no final do primeiro milênio. Em uma entrevista, foi perguntado para Georges Duby (*Ano 1000, ano 2000: na pista de nossos medos*. Op. cit., p. 100-2.): “Quem são os principais responsáveis pela violência? R.: A insegurança, nos séculos XI e XII, no território francês, vinha principalmente dos cavaleiros, dos bandos militares. O povo camponês considerava-os agentes do demônio. Tentou-se impedir que os cavaleiros causassem o mal, precisamente no ano 1000. As crônicas da época mencionam o que se chamou de ‘paz de Deus’, uma tentativa, mais ou menos exitosa, de acabar com a violência da cavalaria. Reuniam-se os militares em assembléias, em torno dos relicários. Os bispos e os príncipes diziam-lhes: ‘Se não quiserdes ser condenados, prestai juramento, engajai-vos, perante Deus e por vossa alma, a respeitar algumas proibições. Podeis matar-vos entre vós, mas não deveis, doravante, brigar nos arredores das igrejas, locais de asilo onde qualquer um pode refugiar-se. Não podereis brigar em determinados dias da semana, em memória à Paixão de Cristo. Nada de guerra na sexta-feira, portanto, nem no domingo. Além disso, não deveis atacar as mulheres, não as nobres, em todo caso, nem os comerciantes, os padres e os monges’. Disso resultou uma espécie de codificação da guerra que relegava a violência a espaços limitados, nos quais os guerreiros podiam lutar entre si, e esperava-se, vagamente, aliás, que acabassem por exterminar-se uns aos outros.” Ainda (Ibid., p. 105): “Quem eram as forças policiais, as forças de controle dessa violência? R.: O que limitava a violência era o poder da Igreja, que procurava restabelecer a paz, a despeito de todos os obstáculos, porque essa paz é um reflexo, na terra, da Jerusalém celeste, da ordem perfeita que reina no céu. Os reis, personagens sagrados, eram os representantes de Deus na terra. Pertencendo, em parte, à Igreja pelo rito da sacração, eles tinham como responsabilidade essencial mater a paz e a justiça. Era isso que prometia o rei, quando era sagrado em Reims:

centros urbanos livres²⁰³ ocorria a aplicação das penalidades às pessoas no limite contratual entre os homens livres.²⁰⁴ Com o ressurgimento dos centros urbanos (comunas²⁰⁵), os burgueses passaram a possuir uma Carta de Franquia, onde, para a garantia da população contra o arbítrio do Senhor feudal, “reduziam o poder senhorial para facilitar o regramento dos conflitos como se fossem transações entre as partes, a chamada ‘paz privada’”.²⁰⁶

proteger a Igreja e seu povo contra as violências. Esse era seu papel, sua função, e o rei dedicava-se a exercê-lo como podia.”

²⁰³ Como informa Jacques Le Goff (*A civilização do ocidente medieval*. Op. cit., p. 280), no período da Alta Idade Média, as cidades cumpriam apenas as suas funções militares, administrativas e religiosas e, geralmente, eram recintos fortificados e muito pequenos, residências de bispos ou condes. A partir do século XI, porém, houve um maior incremento no comércio e, assim, “ao lado do antigo *castrum* senhorial surgiu um novo bairro mercantil, o *burgo*”. Os novos habitantes, desvincilhando-se da tutela do antigo Senhor, começaram a obter franquias, ou uma carta de foral, que concedia liberdade aos habitantes e permitia o direito de autogovernarem-se, mediante o pagamento de uma indenização ao Senhor. Georges Duby (*Poder privado, poder público*. Op. cit., p. 41), ao pesquisar a vida privada na Europa medieval (em especial na França), faz referência ao povo pobre e explorado pelos Senhores feudais que, em busca de um meio mais seguro para se viver, procuravam os lugares santos – onde os santos viviam ou passaram – e o elegiam como protetor do local, assim, constituíam a paróquia “à sombra do edifício eclesiástico, no espaço de imunidade que os regulamentos de paz colocavam ao abrigo das violências.” Dessa forma, nos lugares onde havia a paz e a trégua de Deus, os povoados foram vivificados pela retomada das atividades de negócio e a coesão social – assegurada pela “amizade” – foi sendo institucionalizada, “reunindo os membros da associação de defesa mútua para comer periodicamente juntos, e sobretudo beber juntos.” O mesmo autor informa ainda que as comunidades que se constituíam em um espaço em comum (público), tinham como base a solidariedade entre seus membros: “Ela o foi também pelo ritual dos juramentos coletivos que movimentou pela paz acabada de impor aos homens de guerra a fim de colocar os fomentadores fora de condições de prejudicar, encerrando-os no jugo de obrigações pacíficas e que, transportado para meio dos humildes, reuniu os chefes de casa do aglomerado. Estava estabelecido que a ‘concórdia’ – questão de coração – seria mantida no interior dessas uniões fora de toda a ingerência de um poder dominante, pela mediação dos amigos, pela ‘mão dos vizinhos’, dizem os textos do direito costumeiro do burgo de Cluny redigidos em 1166.”

²⁰⁴ Jacques Le Goff (*O apogeu da cidade medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 79-82) explica que as comunidade urbanas dos séculos XI e XII fundaram-se no juramento que prestavam os burgueses da cidade, e esse juramento era diferente do juramento feudal porque unia homens livres e iguais; e não como no caso do Senhor e do vassallo, que era uma relação contratual entre um superior e um inferior. Como informa Arno Dal Ri Júnior (*História do direito internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Op. cit., p. 20) com o início da chamada idade das comunas, a sujeição do indivíduo ao Senhor feudal passou a ser reconduzida a um resgate da cidadania clássica romana, assim, gradualmente retornou à cena o cidadão, substituindo o súdito. Jacques Le Goff (*Ibid.*, p. 88) ressalta que a noção de liberdade na Idade Média se caracterizava como sendo a oposição ao arbítrio de um superior e comenta ainda que o homem da cidade medieval julgava-se livre na medida em que as obrigações impostas a ele eram objeto de uma definição contratual ou legal, que vinha substituir as determinações unilaterais e arbitrárias daquele que detinha o poder e de quem ele dependia: “Ser livre é poder discutir os limites de sua submissão, ter um estatuto definido que especifique direitos e deveres”. Pode-se verificar, assim, que a liberdade, para os homens urbanos do medievo, possuía uma característica básica, que era a preservação contratual dos interesses mais relevantes para eles, isto é, a garantia dos costumes das cidades, sobretudo os pertinentes ao patrimônio e à economia, que eram de fulcral importância para a nova classe social que surgia nas cidades: os mercadores. Sobre o assunto, consultar ainda: FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 35-6 e OLIVO, Luiz Carlos Cancellier. *Origens históricas do ensino jurídico brasileiro*. In: Rodrigues, Horácio W. (Org) *Ensino jurídico para quem?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 48.

²⁰⁵ Sobre a *comuna* Jacques Le Goff (*O apogeu da cidade medieval*. Op. cit., p. 87) explica que esta evoca, acima de tudo, a idéia de pessoas que tinham interesses em comum e que se agruparam para gerir interesses coletivos, e não de um governo; na verdade, a comuna possui o sentido de um juramento em comum. “O essencial para a comunidade urbana, com efeito, é a concessão pelo senhor, de privilégios geralmente designados pelos termos *franquias*, às vezes por *liberdade*, que é equivalente, e mais raramente por *burguesia*, que se refere à qualidade dos beneficiários do foral, cujo documento pode apresentar-se, também, sob a forma de *costumes* abrangendo as mesmas realidades”.

²⁰⁶ Cf. CARBASSE, Jean-Marie. Op. cit., p. 107. “*Pour se garantir contre leur arbitraire, les populations ont obtenu des franchises Qui non seulement sont des avantages privés (privilèges), mais Qui visent en outre, en*

Sobre o Direito Penal medieval, Renée Martinage explica sucintamente:

Na Idade Média as disposições de direito penal se encontram dispersos nos diferentes costumes e, portanto, colocados sob os signos da diversidade. Contudo, o fenômeno do feudalismo, comum em uma grande parte da Europa, e que em alguma ordem momentânea usurpou o poder estatal em proveito da autoridade local mais ou menos segura, não é sinônimo, a despeito da rudeza dos costumes e da repressão, de completa desordem. Com efeito, os costumes, por suas regulamentações pontuadas, se verificam protetores, mesmo com suas disparidades.²⁰⁷

Neste ponto, é importante esclarecer que o Direito Penal medieval entre os séculos IX e XII foi, sobretudo, consuetudinário, porém arbitrário, tanto nos feudos quanto nas cidades. Os métodos utilizados para a resolução dos conflitos penais intersubjetivos na época estavam alicerçados nos costumes germânicos, e estes possuíam uma certa prevalência sobre o Direito Canônico e o Direito Romano, que eram utilizados, por sua vez, como fontes a ser consultadas nos casos omissos.²⁰⁸ Ainda, uma peculiaridade desse período foi a absoluta privatização da justiça penal, o que permitiu o surgimento de uma mescla de métodos de resolução de conflitos penais nas mais diversas regiões da Europa ocidental, sem que houvesse uma uniformidade dos procedimentos judiciais (acusatório, inquisitório, arbitral etc.) no sentido de se aplicar uma penalidade ou de se exigir uma reparação pelo dano causado. Enfim, ao que tudo indica, a resolução dos conflitos penais entre as pessoas dependia, quase que exclusivamente, de suas posições sociais, de tal forma que, se o autor da ofensa fosse uma pessoa de classe social inferior a do ofendido, provavelmente ser-lhe-ia aplicada, prestamente, uma pena extremamente cruel e desproporcional à sua conduta; se fossem pessoas da mesma posição social, sempre havia a possibilidade de se transacionar a não instalação da *faida* e resolver o conflito através do consenso e, por fim, se a vítima fosse de classe inferior a do ofensor, então ela procuraria o auxílio de seu Senhor ou da Igreja para resolver a contenda, ficando, como de praxe, submisso à vontade das autoridades da época.

Nos centros urbanos, por outro lado, ressurgiu, paulatinamente, a noção de proteção do bem comum e a prática de censura às atitudes de quem viesse a violar os interesses da

rèduisant le pouvoir seigneurial, à faciliter le règlement des conflits par le biais de transaction entre parties, les 'paix privées'.

²⁰⁷ MARTINAGE, Renée. *Histoire du droit pénal en europe*. Paris: Universitaires de France, 1998, p. 05. “Au Moyen Age les dispositions de droit pénal se trouvaient éparpillées dans le différentes coutumes et donc placées sous le signe de la diversité. Toutefois le phénomène de féodalité, commun à une grand partie de l’Europe, lequel a en quelque sorte momentanément usurpé le pouvoir étatique au profit de l’autorité locale plus ou moins assurée, n’est pas synonyme, en dépit de la rudesse des moeurs et de la répression, de complet désordre. Em effet les coutumes, par leur réglementation pointilleuse, s’avèrent protectrices, même dans leur disparités.”

²⁰⁸ Nesse sentido, consultar: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p., 42.

comunidade inteira, que estava pactuada em interesses coletivos e na amizade. Georges Duby, ao comentar tal fenômeno, informa:

Entretanto, porque o ódio estava banido dessas associações – porque, por exemplo, as instituições de paz promulgadas em laon em 1128 não impediam apenas as violências no interior do espaço protegido, mas proibiam àquele “que tivesse ódio mortal contra um outro, de persegui-lo se ele saísse da cidade, ou de preparar-lhe uma emboscada se ele ali se dirigisse”, devendo toda a agressividade ser expulsa do grupo e projetada para o exterior contra quem quer que viesse lesar os interesses coletivos – um poder de controle interno ganhou corpo naturalmente, surgiu um grupo de notáveis encarregado das tarefas de conciliação, e viu-se assim, abaixo de uma autoridade de tutela limitada à condução das expedições ditas “públicas” e ao exercício de uma justiça que no século XII se começava a chamar de “alta”, reconstituir-se no seio de um privado coletivo, em torno da noção de bem comum, uma área de ação pública distinta dos privados particulares.²⁰⁹

Com o renascimento do Direito Romano com a Escola dos Glosadores – como será visto no próximo capítulo – e um geral desenvolvimento intelectual na Baixa Idade Média²¹⁰, a partir do século XII ocorreu o fortalecimento do poder político dos reis e imperadores e, dessa forma, as normas penais previstas nos Estatutos das cidades foram rapidamente incorporadas e/ou substituídas pelas leis dos príncipes e monarcas. É interessante observar que as transformações políticas e jurídicas que as cidades sofreram em seu Direito comunal foram justamente decorrentes de seu próprio impulso em busca da “civilização clássica” romana e de interesse coletivo; mas os reis, assumindo cada vez mais o papel de representantes da ordem pública, colocaram-se em uma posição análoga a do Imperador Romano (*princeps legibus solutus*), isto é, subordinaram o elemento privado do direito de punir da vítima à sua régia vontade e privilegiaram o caráter público da pena, tornando o delito objeto de “interesse público”.²¹¹

Como afirma Jean-Marie Carbasse, a partir do século XIII (até o século XVIII), a História do Direito Penal registra uma característica homogênea dos institutos penais, isto é, a

²⁰⁹ Op. cit., p. 41-2.

²¹⁰ Com o desenvolvimento urbano ligado às funções comercial e industrial, houve a possibilidade do aparecimento de pensadores que, inicialmente ligados ao clero, posteriormente foram se distanciando da Igreja e dos poderes leigos para formarem um novo tipo de classe social: os intelectuais. Tal fato indicou um momento bastante marcante e significativo para a história do pensamento político ocidental e que influenciou profundamente o pensamento jurídico medieval. Nesse sentido, consultar: LE GOFF, Jacques. *Os intelectuais na idade média*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

²¹¹ Cf. CALISSE, Carlo. Op. cit., p. 168. “È vero che la legislazione comunale fu ben presto sopraffatta da quelle dei principati e delle monarchie, che si formarono in Italia. Tale trasformazione politica e giuridica non fece però tornare alle condizione del tempo che aveva preceduto i comuni, ma fu causa anzi di più forte impulso al movimento da questi iniziato. L'autorità pubblica, ognor più assodandosi, continua e giunge a sbarazzarsi della concorrenza che altre minori potestà le avean già fatto nel diritto di punire; nel reato l'elemento privato prende una posizione sempre più subordinata, e quello pubblico ingrandisce, sai pur questo rappresentato ordinariamente dall'interesse politico; fondamento e spirito della legislazione penale continua ad esser sempre il diritto romano, e in proporzione anzi maggiore che pel tempo trascorso.”

justiça do rei, controlada pelos oficiais reais, se impõe a todas as outras justiças, seja a dos Senhores, das vilas e até da Igreja. De outra parte, se impõe a idéia de que a justiça serve ao rei e a pena aplicada por seus agentes serve para expiar as faltas do condenado, e também como exemplo para que os outros não cometam delitos, contribuindo, assim, para a paz pública. É nesse momento que as penas passam a ser arbitradas pelos magistrados com severidade e executadas em lugares públicos, como forma de espetáculo do horror: é a justiça do rei.²¹²

Finalmente, o Direito Penal, no período mais profundo do feudalismo, aparece em uma pluralidade de ordenamentos jurídicos e, tentar destacar todas as suas características e métodos de resolução de conflitos (e aplicação das penas) leva a uma não fácil operação historiográfica, pois, como informa Adriano Cavanna, somente observando a lenta mas profunda transformação da ordem política é que se pode notar as características do Direito Comum da Europa, sendo que a partir do século XVI é que se pode falar propriamente de um Estado pós-medieval; e é a partir da formação de um Direito nacional que se pode observar com mais clareza quais foram as fontes legitimantes do poder político na Europa ocidental²¹³ e, portanto, compreende-se a íntima ligação entre o programa político do rei – teorizado por intelectuais – e o sistema penal que lhe deu sustentação.

²¹² Op. cit., p. 123. *“La période que va du XIII au XVIII siècle présent pour l’histoire du droit pénal une incontestable homogénéité. Dès le XIII siècle en effet, la justice du roi s’impose à toutes les autres justices: celles des seigneurs, des villes, de l’Église même, désormais contrôlées et contenues par les officiers royaux. D’autre part, l’idée s’impose que la justice est pour le roi et les agents à qui il la délègue le premier de tous les devoirs publics. Il faut châtier les méchants’ non seulement parce qu’il est just qu’ils expient leurs fautes, masi aussi de telle sorte que leur punition serve d’exemple aux autres et concoure ainsi à la paix publique. Cette répression de type étatique, à la fois rétributive et dissuasive, donne lieu à l’application de peines exemplaires, donc sévères et publiques, parfois spectaculaires.”*

²¹³ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in europa: le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982. p., 66-7.

CAPÍTULO II

1 FORMAÇÃO DOS ESTADOS MODERNOS

No presente capítulo serão analisados os mecanismos utilizados pelos monarcas para a realização do “confisco” dos métodos de resolução de conflitos intersubjetivos (de menor gravidade) e a criação dos chamados Estados Modernos, num período que vai até o surgimento e desenvolvimento da fase filosófica na constituição (codificação) das Leis Penais. Para a compreensão de tal dinâmica, é importante continuar contextualizando, sucintamente, alguns fatos políticos ocorridos na Baixa Idade Média a partir do século XI, quando se reiniciou o processo a centralização do poder nas mãos dos reis; agora, porém, com legitimação do poder soberano não somente através da religião, mas também pela fundamentação teórica formulada por intelectuais leigos, comentadores do Direito Romano (Justinianeu) resgatado pelos glosadores e, subsidiariamente, pela formação dos exércitos nacionais. Finalmente, depois de constatar a existência de mecanismos “informais” de resolução de conflitos penais intersubjetivos no Antigo Regime, será visto como o surgimento das “Escolas” (Clássica, Positiva e Técnico Jurídica), já na Idade Contemporânea, influenciou para reforçar o papel do Estado no “combate à criminalidade”, descurando os conflitos entre as pessoas e determinando o caráter público da pena no caso de ocorrer uma “infração” penal, isto é, uma violação ao direito declarado pelo soberano.

1.1 A importância do Direito Romano no Medievo Tardio

Conforme exposto no capítulo anterior, desde o século IX o Direito Feudal prevaleceu na Europa ocidental, e os institutos de resolução de conflitos penais pertinentes a esse sistema jurídico-político consuetudinário e descentralizado – tipicamente germânicos – persistiram até praticamente o final do século XVIII em muitas regiões da Europa.²¹⁴ Na Baixa Idade Média

²¹⁴ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 128. Um dos exemplos clássicos de memória e estudo do Direito Bárbaro já no cenário da Baixa Idade Média foi a invocação dos dispositivos da *Lex Salica*, em pleno século XVI, para justificar a disputa do trono francês entre Felipe de Valois e Eduardo III da Inglaterra. Este monarca era filho de Isabel, filha de Felipe, o Belo (francês) e Eduardo II, rei da Inglaterra. O fato foi que o rei da França, Felipe III (1270-1285), teve dois filhos homens: Felipe, o Belo (1285-1314) e Carlos de Valois. Depois da morte de Felipe, o Belo, ocuparam o trono francês seus três filhos, sucessivamente: Luiz X (1314-1316), Felipe V (1316-1322) e Carlos VI (1322-1328), mas estes não deixaram herdeiros. Como não havia, então, herdeiros homens por parte de Felipe, o Belo, os nobres franceses elegeram Felipe de Valois, filho de Carlos de Valois (que era irmão de Felipe, o Belo) para ocupar o trono. Ocorreu que, ao ser convocado por Felipe de Valois para prestar juramento como vassalo pelas posses da região

(séculos XI ao XV), todavia, começaram a germinar os fenômenos (sociais, intelectuais, econômicos etc.) que auxiliaram nas mudanças da mentalidade medieval; período que os historiadores chamam de “transição”, ou seja, a mudança da sociedade feudal (sagrada) para uma sociedade burguesa (racionalista).²¹⁵ Nesse contexto, um dos fenômenos políticos que mais concorreram para o resgate do Direito Romano como fonte privilegiada para a laicização do Estado foram as disputas entre o papado e o Imperador²¹⁶, que acabaram por desmoralizar ambos os lados²¹⁷, pois permitiram o (re)surgimento da proeminência do Direito (racionalizado) e a excelência da lei escrita em relação aos costumes.²¹⁸

de Guiena (sul da França), o rei inglês Eduardo III, além de negar tal juramento, reivindicou o reino francês, argumentando ser descendente masculino direto de Felipe, o Belo e, portanto, teria direito ao trono. Felipe de Valois, entretanto, se negou a entregar tal título invocando o Título: *De alodiis* da Lei Sálica que, segundo John Gilissen (Ibid., p. 179) “incide designadamente sobre a exclusão das mulheres nas sucessões imobiliárias enquanto houver parentes masculinos”. Ainda, sobre o assunto, consultar: NADAI, Elza; NEVES, Joana. *História geral: antiga e medieval*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 209.

²¹⁵ Nesse sentido, consultar: NOVAIS, Fernando A. Condições da privacidade na colônia. In: MELLO E SOUZA, Laura de. (org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v.1., p. 15.

²¹⁶ Mario Curtis Giordani.” (*História do mundo feudal III/1: civilização*. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 245), ao comentar sobre o “renascimento” do Direito Romano na Europa medieval, explica que há indícios do estudo do *Corpus Iuris* Justinianeu, já na metade do século XI, em quatro centros europeus, sendo um deles no sul da França (Provença), e os outros nas cidades da Lombardia, Ravena e Bolonha. Sem adentrar em detalhes sobre esses centros de estudo, importante mencionar que, pertinente à escola de Ravena: “Certo é que no século X houve um movimento jurídico importante na antiga sede do Exarcado. Juristas dessa cidade tomaram parte nas controvérsias entre Henrique IV e o papa Gregório VII. Assim, por exemplo, o jurista ravenense Pedro Crasso redigiu em 1080 um escrito em defesa do imperador repleto de citações jurídicas romanas, extraídas em geral do Código, mas também das Institutas.”

²¹⁷ Nesse sentido, Bertrand Russell (*História da filosofia ocidental*. Op. cit., v.2, p. 142-3) explica que “desde o Gregório VII até a metade do século XIII, a história européia gira em torno da luta pelo poder entre a Igreja e os monarcas leigos – particularmente o imperador, mas também, às vezes, os reis de França e da Inglaterra.” [...] “A princípio, Urbano só estava seguro em território normando. Mas, em 1093, o filho de Enrique IV [sic], Conrado, rebelou-se contra o pai e, aliado ao Papa, conquistou o norte da Itália, onde a Liga Lombarda, uma aliança de cidades tendo à frente Milão, favorecia o Papa. Em 1094, Urbano realizou uma procissão [sic] triunfal pelo norte da Itália e a França. Triunfou sobre Felipe, rei de França, que desejava um divórcio, e que foi excomungado pelo Papa, mas que se submeteu. No concílio de Clermont, em 1095, Urbano proclamou a primeira cruzada, que produziu uma onda de entusiasmo religioso e aumentou o poder papal – bem como uma matança atroz de judeus. O último ano de sua vida, passou-o Urbano, com segurança, em Roma, onde raramente os Papas se achavam seguros.”

²¹⁸ Patrick Nerhot (*Diritto storia: saggio di filosofia del diritto*. Padova: Cedam, 1994, p. 96) argumenta que: “Nel periodo chiamato XII secolo, si affermano una nuova forma di vita cittadina e un nuovo tipo di professione mercantile; l’organizzazione sociale si modifica sensibilmente e si diffondono nuove forme di conoscenza giuridica: codici scritti che si contrappongono a diritto consuetudinari orali, riscoperta dei casi giudiziari romani insegnati a Bologna, codificazione del diritto canonico e della teologia della Chiesa cristiana (decreto di Graziano, 1140, Sentenze di Pietro Lombardo, 1150).” O Direito escrito e científico, fruto de uma classe de intelectuais, atendeu também à legitimação do poder de formas mais sutis. Jacques Verger, (*Homens e saber na idade média*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 50-5) por exemplo, explica que talvez seja um tanto redundante informar que o Direito Romano foi “redescoberto” na Itália; e menciona que por volta do ano 1000 alguns juízes do Reino da Itália utilizavam e comentavam o Direito Longobardo e, também, pareciam conhecer o Direito Justinianeu, especialmente o Código. Tal autor não discorda, ao menos, que foi por volta de 1100 que cidades como Bolonha, Ravena, Modena e Placência começaram a estudar sistematicamente o Direito Romano. A grande importância de Irnério, para ele, foi a “reedição” do *Corpus Iuris Civilis* (*Codice, Digesto, Institutas et Novela*), que permaneceu em uso até o fim da Idade Média; além da composição das primeiras glosas. Ressalta Jacques Verger que foi com a geração após Irnério que a escola dos glosadores tomou pleno impulso e a influência do Direito Romano

Com o surgimento e o desenvolvimento da Escola dos Glosadores, fundada por Irnério – que ensinou em Bolonha entre 1088 a 1125 – deu-se o método de leitura e explicação dos textos do *Corpus Iuris Civilis*, isto é, a interpretação dos textos jurídicos clássicos (Legislação Justiniana).²¹⁹ A reintrodução do Direito Romano na Europa ocidental trouxe, a partir do século XII, uma reconstrução e legitimação do Direito Público e, apesar de os glosadores, também chamados de “praxistas”, não se interessarem de imediato pelo Direito Penal, foram eles de extrema importância para a tentativa de homogeneização e centralização do Direito nas mãos dos reis e a formação de um Direito nacional já a partir do século XIII.²²⁰ Nesse sentido, Michel Foucault comenta que:

se espalhou por toda a Itália e para além dos Alpes, em especial no sul da França e algumas regiões da Península Ibérica. Por coincidência ou não, o Direito Canônico também se tornou uma disciplina acadêmica a partir do século XII e, no século XIII os Decretos pontificiais foram reunidos e complementados, constituindo o *Codice Iuris Canonici*, que era o “braço” eclesiástico do *Corpus Iuris Civilis*. Sem adentrar em detalhes a respeito do reconhecimento social e prestígio político que os juristas cultos – sabedores do latim clássico e da cultura romana – adornavam, importante salientar que, eventualmente, o Direito erudito entrava em conflito com o Direito feudal e, não se nega, que por vezes o Direito Romano (e também o eclesiástico) eram vistos como direitos estrangeiros, impostos em detrimento dos costumes ancestrais. Nesses casos, para os juristas – representantes de uma disciplina erudita e legitimadores de uma justiça racionalizada (ciência), e ocupantes de lugares eminentes na sociedade e na Igreja, como conselheiros dos príncipes e dos prelados – “os direitos eruditos eram, para falar com propriedade, os únicos direitos possíveis, por serem os únicos a quem sua antiguidade e estrutura racional conferia a uma autoridade verdadeiramente universal face à diversidade e ao empirismo dos costumes. Eles, entretanto, não desconheciam, por isso, a utilidade destes mesmos costumes. Sua intenção não era de aboli-los em proveito do direito romano, mas antes a de render ao direito enquanto tal sua dignidade de disciplina douta e, em seguida, impor, em todos os níveis – tanto no que diz respeito aos procedimentos quanto no tocante às decisões positivas – , um espírito (*mens legis*) de tipo científico, repousando sobre a racionalidade das demonstrações e a universalidade de princípios.” Enfim, a consideração social dos intelectuais que se beneficiavam com o Direito Romano e Direito Romano-Canônico na Idade Média não foi igual em todo e ocidente europeu; mas era compartilhada na Península Itálica, França central e Península Ibérica; “aqui, desde o século XII, multiplicavam-se as escolas de direito e os comentários eruditos. Os diplomas, por seu turno, testemunham a ascensão social dos juristas (denominados *doctores legum, iudices, causadici*, etc.). A partir do século XIII, nesses países, as faculdades de direito dominam fortemente as universidades, nas quais, ao contrário, as faculdades de artes e de teologia, quando elas existiam, ficavam em uma posição secundária ou marginal, assim como os graduados que delas saíam. Os juristas adornavam-se aqui, sem moderação, com os atributos mais lisonjeiros: *circumspectus, venerabilis, magnificus, sapientissimus*, etc. Em síntese, todos os sinais do reconhecimento social e do prestígio político eram acumulados em seu proveito para atestar o esplendor do direito na cultura meridional.”

²¹⁹ Nesse sentido, consultar: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 43. Guilherme Haddad (*Ementas de direito romano*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1978, p. 25) explica que, apesar de já existirem escolas de Direito em Pávia e Ravena, na metade do século XI, que ensinavam Direito Romano e Lombardo, foi a Escola de Bolonha que se tornou célebre pelo método aplicado por Irnério, “cognominado o iluminador da ciência jurídica, o Farol do Direito.” Haddad menciona que “Irnério rompeu todos os entraves que prendiam o Direito Romano daquela época, a fim de mandar um novo método que marca uma época. Fundou a Escola dos Glosadores, cuja forma atravessou as fronteiras, ocorrendo de várias partes da Europa discípulos para ouvi-lo e aprender *Direito Romano Puro*.”

²²⁰ Nesse sentido, Jean-Marie Carbasse (Op. cit., p. 122), além de recomendar uma farta bibliografia a respeito de tal fenômeno, menciona, em nota de nº 66 de sua obra: [...] “*La renaissance du droit roman a touché la curia regis dès la seconde moitié du XII^e siècle accélérant ainsi la reconstruction de la justice publique [...]. Les premiers civilistes ne sont intéressés au droit pénal que façon incidente ou marginale, et essentiellement sous l’angle de la procédure [...]; ceci rend d’autant plus remarquable les petits traités provençaux consacrés à ce sujet vers le milieu du XII^e siècle.*”

Um princípio geral no que diz respeito às relações entre direito e poder: parece-me que nas sociedades ocidentais, desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real. É a pedido do poder real, em seu proveito e para servir-lhe de instrumento ou justificação que o edifício jurídico das nossas sociedades foi elaborado. No Ocidente, o direito é encomendado pelo rei. Todos conhecem o papel famoso, célebre e sempre lembrado dos juristas na organização do poder real. É preciso não esquecer que a reativação do Direito Romano no século XII foi o grande fenômeno em torno e a partir de que foi reconstituído o edifício jurídico que se desagregou depois da queda do Império Romano. Esta ressurreição do Direito Romano foi efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista.²²¹

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

A Escola de Bolonha considerava o Direito Romano uma legislação viva pela qual o antigo Império Romano se perpetuava através do Santo Império Romano-Germânico; o imperador alemão reinava em lugar dos Augustos romanos. Certos professores de Direito Romano, especialmente na Itália, proclamavam abertamente que o imperador era o “senhor do mundo”.²²²

²²¹ FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979., p. 180.

²²² GIORDANI, Mário Curtis. *História do mundo feudal III/1*. Op. cit., p. 253. Para se ter uma noção da influência do Direito Romano no Direito do Sacro Império, Michael Clanchy (Lei e amor na idade média. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 148-9), ao comentar sobre a justiça do Imperador Frederico II (1226-70), informa que ele era bem diferente do Rei (São) Luiz IX de França (1215-50), pois enquanto este preferia promover a conciliação entre os litigantes, “Frederico não é complacente: os que erram têm de ser castigados e submetidos. Nem aquilo que o rodeia é aberto e informal; Frederico e seus juízes imitavam a armadura do despotismo romano e oriental. A função dos funcionários judiciais de Frederico, não é a de arbitrar disputas, mas sim a de promover julgamentos infalíveis. O facto das partes chegarem a um acordo entre si numa questão criminal, é considerado desobediência ao tribunal, sendo punidos com uma pesada multa; podendo, ainda, o tribunal não aceitar o acordo. Tais regras são o oposto do princípio de que ‘pactum legem vincit et amor iudicium’”. O mesmo autor destaca que: “O estilo de Frederico II, com toda a sua ênfase e coerção, transporta-nos, para frente no tempo, até ao *levithan* [sic] de

Adriano Cavanna, ao estudar a concentração do poder soberano e sua relação com o Direito no processo formativo dos “Estados Modernos”, tendo como base cronológica o século XIV, informa sobre a necessidade de se fazer uma distinção entre a situação dos territórios imperiais e aqueles que, já na Idade Média, estavam investidos em um processo de formação das nacionalidades. O autor justifica essa distinção pela diversidade de tempo e de modo que o Direito Comunal se situava como fonte jurídica de um Direito nacional ou regional – por fatores políticos –, e não mais imperial. Dessa forma, em regiões desvinculadas do Sacro Império, como a França²²³ e a Península Ibérica²²⁴, onde os Imperadores – apesar de serem reconhecidos como *dominus mundi* – já não exercitavam qualquer hegemonia, a

Hobbes, e, para trás, até ao velho testamento e ao direito romano. O redentor do Homem não é o Cristo do Evangelho, que conquista tudo pelo amor, mas sim *Caesar Augustus* “victor ac triumphator” na sua presente encarnação como Frederico II. Frederico é o auge da jurisprudência acadêmica: o direito é algo escrito em livros, difundido por professores (na sua universidade em Nápoles), e aplicado por uma hierarquia de juízes (liderada pelo retórico ciceroniano, Pietro della Vinea). Pouco depois de promulgar o *Liber Augustalis*, Frederico construiu um arco do triunfo em Caspa, dando expressão ao seu conceito de autoridade. Em cima do arco, no topo, estava uma estátua do próprio Frederico com uma inscrição em latim nos pés; por baixo, um busto da “Justiça”, vestida como uma donzela clássica; à sua direita e à sua esquerda, dois juízes, vestidos de antigos romanos. [...] O texto começa: *Cesaris imperio regni custodia fio / Quam miseros facio quos variare scio* (Por ordem de Caesar, o guardião do reino que sou eu, que desgraçados tornarei aqueles que saiba que discordam de mim). [...] Em qualquer das interpretações, o arco em Caspa é coerente com o *liber Augustales* na apresentação da Justiça como essencialmente coercitiva e ameaçadora para os dissidentes.”

²²³ O rei dos francos perdeu o trono imperial no século IX – Oto I (duque da saxônia) foi coroado Imperador do Sacro Império Romano-Germânico em 962 –, e Hugo Capeto inaugurou a dinastia Capetíngia, substituindo a dinastia Carolíngia em 987. Como a região francesa estava retalhada em feudos, até o início do século XII o poder exercido pela nobreza feudal e o clero se sobrepunha ao poder real. A partir de Felipe Augusto ou Felipe II (1180-1223), iniciou-se o aperfeiçoamento da burocracia real e foram criados cargos reais, onde os funcionários nomeados pelos reis ficaram encarregados de cuidar das aplicações das leis e dos editos, além de julgar os processos de maior importância e recolher impostos e multas. Os funcionários conhecidos por “bailios” exerciam suas funções no norte e os chamados “senescais” no sul. Esses funcionários podiam ser demitidos e tomaram o lugar dos chamados “prebostes”, cujo cargo era hereditário. Com as guerras contra a família dos Plantagenetas – que eram vassalos franceses, porém monarcas da Inglaterra –, houve um confisco de vários feudos pelo rei da França, fortalecendo, assim, o poder do monarca francês, porquanto passou a administrar diretamente grandes regiões que antes estavam delegadas às famílias nobres que governavam a Inglaterra. Durante o reinado de São Luiz ou Luiz IX (1226-1270), foi adotada a política de submissão e integração das regiões francesas já (re)conquistadas diretamente pelo rei. Assim, foram sendo realizadas reformas judiciárias como o Direito de Apelo, em que os súditos podiam apelar para a corte do rei e os casos mais graves seriam julgados pelos juízes reais, além de reformas financeiras (como a cunhagem de moedas de ouro para circular em todo o reino) e a criação de inquisidores reais, que eram membros da Igreja que percorriam o reino para ouvir as queixas dos súditos e punir o abuso de poder. Cf. MERCADANTE, Antônio Alfredo. Op. cit., p. 191-2.

²²⁴ Como descrito no Capítulo anterior, os árabes se instalaram na Península Ibérica a partir do século VIII, mas alguns bárbaros cristãos (suevos e visigodos) permaneceram reunidos em pequenos territórios de Astúrias e Galícia – noroeste da península que não foi conquistada pelos mouros – e constituíram na região o reino de Leão. Daí conseguiram organizar a resistência e o ataque aos chamados invasores repelindo-os pouco a pouco em uma campanha que se chamou “Reconquista”, formando-se, assim, três Estados importantes na península: Castela, Aragão e Portugal. A relevância de tal fato é que Portugal, inicialmente um condado do reino de Castela, conseguiu, já em 1143, tornar-se um reino independente e, como o rei Afonso Henriques estava em uma posição de domínio sobre a nobreza feudal da região, Portugal tornou-se o primeiro Estado centralizado da Europa. Nesse sentido, consultar: PORTUGAL. *Geografia ilustrada*. São Paulo: Abril Cultural, 1972, v.1., p. 08.

nacionalidade havia dissolvido a antiga unidade imperial e o Direito Romano passou a ser utilizado pelos monarcas como sendo subsidiário do Direito Nacional.²²⁵

No tocante às regiões ainda coligadas ao Império, em particular os territórios italianos²²⁶, a situação jurídica era *sui generis*, porquanto, ao mesmo tempo em que havia uma autonomia dos ordenamentos particulares (*ius proprium*), eles eram coordenados em típicos sistemas de fontes como o Direito imperial e o pontifício. Assim, existia uma legitimação dos poderes autônomos de cada cidade e “uma pluralidade de ordenamentos menores; ao mesmo

²²⁵ CAVANNA, Adriano. Op. cit., p. 66-7. “*Per quanto riguarda i territori estranei all’area itali-tesca e svincolati dall’impero romano-germanico, le dottrine della giurisprudenza medievale sulla plenitudo potestatis degli ordinamenti monarchici avevano assolto la specifica funzione di giustificare le pretese di assoluta indipendenza politica e legislativa di quei regni nei confronti dell’imperatore (exemptio imperii). Quest’ultimo era solo indirettamente e tralatizamente riconfermato dominus mundi attraverso la formula “rex in regno suo est imperator”; ma, de facto, egli non esercitava più alcuna egemonia: le nazionalità avevano dissolto da tempo l’antica unità delo mondo politico medievale. Ne deriva dunque che in questi regni d’Europa, cui era a poco a poco divenuta estranea l’idea di una collettiva appartenenza politica ad un unum imperium e in cui invece lo spirito nazionalistico aveva cominciato a giocare un ruolo considerevole, il diritto comune fu fin dal principio reputato suscettibile di applicazione solo in quanto accettato e fatto proprio quale parte del diritto nazionale dal monarca. Questo specifico tipo di accoglimento del diritto comune, come vedremo, appare particolarmente chiaro in Francia e nei regni della penisola iberica: qui il vigore a titolo sussidiario del diritto romano non si fonda sulla origine imperiale, bensì sul mero consenso dei sovrani (placitum regis) che lo fanno proprio e lo tollerano come consuetudine nazionale (o di parte della nazione) o semplicemente come ratio iuris. In questi paesi tale posizione concettuale del diritto comune, che si delinea e si accredita già nel secolo XIII, appare pienamente definita come formulazione teorica nella prima metà del XIV.”*

²²⁶ Cumpre destacar que na Península Itálica, a partir do século XI, comerciantes e artesãos associavam-se e dedicavam-se a uma vida de grupo, formando uma classe paralela à feudal, que atendiam as leis de mercado e as leis da cidade (estatutos). As autoridades centrais que invocavam o poder na Itália (Imperador e Papado) tinham dificuldades para estabelecer o seu poder nas cidades comerciais, e isso favoreceu o desenvolvimento de governos autônomos levado a cabo através das associações. O principal órgão governamental da comuna, explica C. W. Previté-Orton (*História da idade média*. Lisboa: Editorial Presença, 1973, v.4, p. 79-87.), era o *arengo* (parlamento) – uma assembléia geral dos cidadãos residentes na cidade, que juravam respeitar as prescrições dos magistrados e cônsules (e vice-versa). No século XII, já se constituíam conselhos de notáveis nas cidades, designados pelo nome de “*Consiglio di Credenza*” (que juravam guardar segredo) e que foram substituindo as competências do *arengo* popular e, assim, os governos das comunas foram sendo progressivamente substituídos por oligarquias locais de famílias de cônsules e de outros notáveis. No final do século XII, as comunas já constituíam um organismo formado por muitas classes; todavia, as cidades necessitavam de proteção armada diante das disputas entre o Papado e o Império; e, sobretudo, diante dos interesses comerciais entre as próprias cidades, porquanto cada uma ambicionava a expansão do seu comércio e, assim, assegurar a prosperidade às classes mercantis. Com o fim das batalhas contra o Imperador Frederico Barbarruiva (1152-1190) – que em 1162 destruiu Milão –, foi desenvolvido o sistema chamado de *podestare*, onde o eleito tinha um poder executivo na administração das comunas. Já no final do século XIII, o mesmo autor (*História da idade média*. Lisboa: Editorial Presença, 1973, v.6., p. 50) informa que a Itália era constituída “por uma série de pequenos estados intensamente particularistas, fossem eles repúblicas, tiranias, senhorios feudais ou reinos.” Também, nessa época já se podia notar a decadência das comunas, desacordos políticos e as lutas entre famílias, além de guerras entre cidades vizinhas; fatos estes expostos e comentados por Nicolau Maquiavel em sua obra: *O príncipe*. (São Paulo: Nova Cultural, 2004). A despeito do potencial intelectual italiano para o desenvolvimento de uma literatura política humanista de vanguarda e berço do chamado “Renascimento” cultural, foi, paradoxalmente, na Itália que o uso da força física e de estratégias políticas traiçoeiras marcaram o fenômeno político na Baixa Idade Média. Finalmente, a importância das obras políticas desenvolvidas pelos italianos está na influência que seus escritos exerceram para o desenvolvimento do processo de secularização do Estado Moderno. Como explica Arno Dal Ri Júnior (Direito e política na monarchia de dante alighieri. In: ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. São Paulo: Escala, s/d., p. 13-4.): “se coube a Nicolau Maquiavel realizar a descanonização da política e a Hugo Grotius a descanonização do direito, a descanonização do Estado passa obrigatoriamente pelos escritos de Dante Alighieri e, posteriormente, de Marcílio de Pádua.”

tempo em que haviam salvaguardado – teoricamente – a suprema e unitária autoridade imperial.”²²⁷

De maneira geral os reis, no processo de formação das nacionalidades, valorizaram o *ius commune* (fragmentário) e aplicavam o Direito Romano Justinianeu (universal) de maneira subsidiária no interior das suas comunidades. Mas, com o passar do tempo, os próprios reis tornaram-se legisladores (*princeps legibus solutus*) e, portanto, colocaram-se como fonte principal do Direito no Estado Moderno. Nessa perspectiva, a formação do Direito estatal na Baixa Idade Média passou por duas fases sucessivas: a) a de superação externa do universalismo jurídico (os reis contra o Direito do Império); e b) a de superação interna dos elementos residuais dos modelos de organização comunitária (os reis contra os ordenamentos das comunidades).²²⁸

No que concerne ao Direito Penal, todavia, o Direito Romano renascido na Baixa Idade Média não resultou em muitas vantagens, visto que os glosadores tinham mais apreço ao Direito Civil e se limitavam a interpretar a codificação justiniana, não dando muita importância à matéria criminal; exceto a partir do século XIII, momento em que começaram a ser elaborados trabalhos de teorização do Direito Penal²²⁹. Galdino Siqueira pondera que o

²²⁷ CAVANNA, Adriano. Op. cit., p. 67. “Prendiamo ora in considerazione la situazione dei paesi ancora collegati all'impero e, in particolare, la situazione dei territori italiani: qui le teorie medievali sull'autonomia degli ordinamenti particolari e sulla posizioni dello *ius proprium* di fronti al diritto comune avevano avuto il compito di coordinare in tipici 'sistemi' di fonti coesistenti il diritto romano-canonico – come diritto imperiale e pontificio – e la varia normativa delle città e delle signorie territoriali. Esse avevano legittimato gli autonomi poteri della pluralità degli ordinamenti minori, mentre avevano salvaguardato teoricamente, al tempo stesso, la suprema e unitaria autorità imperiale.”

²²⁸ Cf. Ibid., p. 66-77. Em um primeiro momento, parece paradoxal a co-existência do *ius commune* e de um Direito Romano, pois, como assevera Mário Curtis Giordano (*História do mundo feudal II/1*. Op. cit., p. 251), “O trabalho dos glosadores e, especialmente, dos comentadores, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento e adoção em vários países da Europa medieval ocidental do que se convencionou chamar *Jus Commune*. Advirta-se, desde logo, o leitor que não deve confundir esta expressão com o *jus commune* dos juristas romanos, que consistia nas normas jurídicas de alcance geral em oposição ao *jus singulare* que se constituía de normas aplicáveis somente a determinada categoria de pessoas ou de atos jurídicos. O *Jus Commune* de que ora falamos (sobre o exato sentido desta expressão divergem os autores) seria o *Direito Romano* difundido na época dos glosadores e pós-glosadores, constituído por um notável complexo de normas das quais o Direito Justinianeu era a fonte mais importante, embora não a única. Vale ainda observar que em oposição a este Direito Romano *Commune* os glosadores falavam de um *jus singulare* entendendo por esta expressão o direito de cada *civitas* como, por exemplo, os costumes e os estatutos das comunas.”

²²⁹ Nesse sentido, Galdino Siqueira, (*Tratado de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Konfino, 1950, p. 49-50), menciona alguns personagens que trataram do Direito Penal de forma um tanto mais autônoma: “Alberto de Gandino († cerca de 1300), com seu *Tractatus de maleficiis*, que teve longa repercussão, seguindo-se, ainda, na Itália, como criminalistas práticos notáveis como Jacob de Belvisio († 1335), com sua *Prática judiciária in materiis criminalibus*”, Angelus Aretinus († depois de 1451), autor de *Maleficiis tractatus*, Bonifacius de Vitalinis, Hippolyto de Marsiliis († 1529). É sobretudo no século XVI que se publicam os notáveis trabalhos de direito penal, sobressaindo acentuadamente Julius Clarus († 1575), que escreveu *Receptatae sententiae*, cujo livro V (*Pratica criminalis*) constitui um tratado de direito penal e Prospero Farinacio († 1618), que, na *Praxis et theórica criminalis*, expõe todo o direito penal de seu tempo, adquirindo grande autoridade no foro italiano e

fenômeno da “recepção” do Direito Romano e o movimento legislativo europeu assinalaram o incremento da autoridade estatal e levaram a excessos tirânicos, como ficou patente na Itália com as *Constituições Sicilianas (Liber Augustalis)*, do Imperador Frederico II (1231), e na Alemanha com a *Constitutio Criminalis Carolina*, do Imperador Carlos V (1532). Na Espanha de Afonso X (1254) veio o *Fuero Real* – baseado no *Fuero juzgo* visigótico, que, como visto no capítulo anterior, tinha forte influência romana –, mais tarde as *Siete Partidas* (1265), as leis de Toro (1505) e a *Nueva Recopilacion*, de Felipe II. Em Portugal surgiram as Ordenações Afonsinas (1446-7), as Manoelinas (1521) e as Filipinas (1603). Na França, ao *Grand Coutumier* de Carlos VI (1453), foram juntadas as *Ordenações Criminais* de Francisco I (1539) e, depois, as de Luiz XIV (1670). Por fim, na Itália ainda teve os Decretos de Amadeu VIII para a Saboia (1430), também conhecida como *Pragmática napolitana*, entre outras.²³⁰

1.2 A Justiça penal privada e o confisco dos conflitos penais intersubjetivos pelos soberanos na Península Itálica

Apesar de a História registrar uma progressiva secularização do Estado e ocorrer cada vez mais a publicização da Justiça Penal, por intermédio da proibição da vingança privada, os métodos tradicionais e “informais” de resolução de conflitos penais intersubjetivos continuavam a operar nas sociedades europeias ocidentais, a despeito da existência e da progressiva extensão de enunciados legais e da contínua estruturação estatal para a repressão aos delitos. Não se pode cair na ilusão de que as transformações ocorridas no Direito Penal durante a Baixa Idade Média e a Idade Moderna no ocidente europeu foram imediatas às transformações sociais e econômicas ocorridas no período, mas, como explica Carlo Calisse, as legislações comunais foram sendo substituídas pelas dos principados e monarquias que se formaram (na Itália), dando impulso ao movimento de afirmação da autoridade pública contra os poderes que tinham consolidado o direito de punir, ocorrendo, assim, uma subordinação cada vez maior dos crimes (de ordem privada) ao interesse público.²³¹ Nesse sentido, Paolo Marchetti ressalta:

estrangeiro.” [...] “Na França é de assinalar Jousse, com o *Traité de la legislation criminel de France* (1771), Muyart de Vouglans, *Instituts du droit criminel* (1747).”

²³⁰ *Ibid.*, p. 50-1.

²³¹ *Op. cit.*, p. 167-8. “È vero che la legislazione comunale fu ben presto sopraffata da quelle dei principati e delle monarchie, che si formarono in Italia. Tale trasformazione politica e giuridica non fece però tornare alle condizioni del tempo che aveva proceduto i comuni, ma fu causa anzi di forte impulso al movimento da questi iniziato. L'autorità pubblica, ognor più assondandosi, continua e giunge a sbarazzarsi della concorrenza che altre minori potestà le avean già fatto nel diritto di punire; nel reato l'elemento privato prende una posizione sempre più subordinata, e quello publico ingrandisce e primeggia; la pena è volta al publico interesse, sai pur

Entre os séculos XIII e XIV se assiste, em algumas regiões da Europa continental, a uma progressiva ocupação por parte dos poderes públicos das dinâmicas daqueles conflitos que hoje se fariam ocupar no âmbito do direito penal. Isto não quer dizer que as partes privadas, implicadas na disputa, perdem um rol significativo no interior das estratégias de condução e resolução do processo. As suas posições vêm, porém, progressivamente marginalizadas em proveito do assunto público, sempre mais ativo no cenário do processo penal.²³²

Destaca Mario Sbriccoli que nas cidades medievais (italianas), a partir do século XI, a “vingança” da vítima ainda era um direito, não como forma de um “excesso tolerado” pela comunidade, mas como um método reconhecido e legítimo de restabelecimento do equilíbrio violado pelo ofensor, ou ainda, como uma maneira de ressarcimento e obtenção de satisfação. Esse tipo de justiça, entretanto, era diferente da *faida*, uma vez que os poderes públicos já haviam proibido esse tipo de “desordem” e procuravam orientar os cidadãos através de mediadores para sanar os conflitos com ressarcimentos, trocas, indenizações e recompensas. Isso não excluía, todavia, a procura por um juiz, visto que, por intermédio de um processo público, o ofendido ganhava uma certa “força negocial” e, assim, o tipo de justiça comunitária das cidades permitia que os cidadãos possuíssem uma certa salvaguarda de seus interesses entre eles mesmos.²³³

Marco Bellabarba, por sua vez, pondera que os vínculos entre a justiça pública e os modos de composição privada na época das comunas são revelados, também, pela:

questo rappresentato ordinariamente dall'interesse politico; fondamento e spirito della legislazione penale continua ad esser sempre il diritto romano, e in proporzione anzi maggiore che pel tempo trascorso.”

²³² MARCHETTI, Paolo. I limiti della giurisdizione penale: crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico tardo medievale. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in germania e in italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 85. “*Tra il XIII e il XIV secolo si assiste, in alcune regioni dell'Europa continentale, ad una progressiva occupazione da parte dei poteri pubblici delle dinamiche di quei conflitti che oggi se farebbero rientrare nell'ambito del diritto penale. Ciò non vuol dire che le parti private, implicate nella contesa, perdano un ruolo significativo all'interno delle strategie di conduzione e risoluzione del processo. La loro posizione viene però progressivamente marginalizzata a vantaggio del soggetto pubblico, sempre più attivo sulla scena del processo penale.*”

²³³ SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo stato moderno in europa: istituzione e diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 164-6. “*Nella prima fase dell'esperienza cittadina medievale, tra XI e XIII secolo, quando si tratta di crimini di qualche rilievo, la vendetta della vittima, o suo entourage, è un diritto. Come tale, essa finisce per assorbire una quota rilevante della giustizia praticata: non si tratta dunque di una riprovevole pretesa privata, e nemmeno di un eccesso tollerato, ma piuttosto di un modo riconosciuto per ristabilire equilibri violati, per conseguire un risarcimento e ottenere soddisfazione. [...] Mediatori e pacieri vengono messi all'opera perché la lacerazione indotta da un delitto venga sanata con reintegrazione e risarcimento, con scambi, indennizzi e ricompense. La trattativa, però, non esclude in assoluto il ricorso al giudice: perché se è vero che la sola punizione del colpevole non basta alla soddisfazione dell'offeso, è anche vero che dall'avvio di un processo pubblico egli può trarre una certa forza negocial, da spendere nella trattativa 'privata', che è quella che conta. Il processo, una volta raggiunto l'accordo, si potrà sempre fermare. [...] I cittadini, fossero pure gli ultimi per condizione e rango, godono di una forma di tutela o 'salvaguardia' che fa della giustizia (negoziata) comunitaria un affare di consociati e che opera, per così dire, in basso.*”

cultura refinada dos *doctores* italianos, que se mostravam inclinados a harmonizar a severidade da repressão pública com a tutela de uma justiça mais próxima às necessidades de seus súditos, como se a deficiência institucional dos governos urbanos reconhecessem nos procedimentos de *compositio* a única que estava em grau de responder algumas exigências peculiares: a solução pacífica dos conflitos privados, o comprometimento das autoridades públicas como instância de mediação garantida pela sombra da oficialidade, a segurança de um nível aceitável de paz cidadina e de ordem social.²³⁴

Esse modelo de justiça, registre-se, excluía os forasteiros, vagabundos e também os membros da comunidade que eram considerados intratáveis e, por isso, submetidos a procedimentos públicos sumários, com a finalidade de se aplicar uma pena de caráter eliminativo. Em suma, havia dois tipos de justiça penal: a) uma delas a justiça negociada, pactuada entre os membros da comunidade cidadã, repousada no consenso e que tinha por escopo a reparação da ofensa e o restabelecimento do equilíbrio (“paz”) na comunidade cidadina; b) a outra, aquela que combatia a “criminalidade” e pretendia a obediência, isto é, uma justiça que operava pela lógica da repressão unilateral do crime e a remoção do perigo representado por este.²³⁵

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

²³⁴ BELLABARBA, Marco. *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell’italia moderna*. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in germania e in italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001 p. 191. “*la stessa cultura reffinata dei doctores italiani si mostra incline ad armonizzare la severità della repressione pubblica con la tutela di una giustizia più vicina ai bisogni dei sudditi, come se la debolezza istituzionale dei governi urbani riconosca nella procedura della compositio la sola in grado di rispondere ad alcune esigenze peculiari: la soluzione pacifica delle contese private, il coinvolgimento dell’autorità pubblica come istanza di mediazione garantita dal velo dell’ufficialità, la sicurezza di un livello accettabile di pace cittadina e di ordine sociale.*”

²³⁵ SBRICCOLI, Mario. Op. Cit., p. 165-6. “[...]. *Essa esclude i forestieri, i vagabondi, i sans aveu, e tutti quelli che, pur membri della comunità, se ne sono separati per essersi messi contro di essa (banditi, latrones, incendiari, delinquenti abituali, inner foes, ma anche disturbers ritenuti incorrribili o devianti avvertiti come pericolosi): costoro sono intractabilesi, e perciò sottoposti a sommarie procedure pubbliche, sovente espeditive, finalizzate alla pena e dettate da spirito eliminativo. È l’altra idea di giustizia: quella che combatte il crimine dall’alto, usando apparati e pretendendo obbedienza, quella che assicura la vendetta pubblica e punisce per retribuire. Ma anche per dissuadere, com l’inesorabilità e l’esemplarità della pena; quella che non sta nella*

constitucional dos regimes centralizadores nascidos da crise nas cidades”.²³⁶ Nessa perspectiva, as práticas jurídicas acabaram sendo condicionadas ao novo modo de fazer justiça, impregnado de um forte caráter público e atrelado ao governo das cidades, onde os governantes perceberam que a justiça penal era um importante e decisivo meio de governo e que não fazia sentido deixá-la unicamente à vontade dos ofendidos. Foi também nesse momento histórico, no regime *podestà* italiano²³⁷, que os juízes das comunas começaram a agir *ex officio* (automaticamente) na persecução de todos os crimes de qualquer relevância, fazendo inquirições gerais na tentativa de descobrir o cometimento de infrações e encorajando as pessoas a não deixarem qualquer crime impune, inclusive aplicando sanções aos culpados mesmo quando as vítimas já estavam satisfeitas negociavelmente.²³⁸

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

logica della riparazione contrattata dell'ofesa, ma in quella logica della repressione unilaterale della violazione e della rimozione del pericolo.”

²³⁶ SBRICCOLI, Mario. Op. cit., p. 167. “*La vendetta, praticata alle origini come un diritto, entrerà in conflitto con le logiche costituzionali del Comune maturo, ma salverà il suo nucleo distintivo (la soddisfazione) conferendolo alla negoziazione e radicando, per così dire, il suo spirito nell'essenza profonda del penale storico; allo stesso modo, anche la giustizia negoziata diverrà sempre più incompatibile con gli assetti costituzionali dei regimi centralisti nati della crisi delle città. Essa preserverà il suo nucleo distintivo annidandolo nelle pratiche che presiederanno al nuovo modo di fare giustizia, mentre il suo spirito continuerà a condizionare il sistema penali, fino alla fine degli antichi regimi.*”

²³⁷ Andrea Zorzi (Negoziazione penale, legittimazione jurídica e poteri urbanos nell'Itália comunale. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in germania e in italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 18-9.), ao comentar sobre o sistema *potestà*, informa que o *podestà* era um político profissional, um funcionário itinerante, que assumiu um papel executivo na justiça, na fiscalização, na guerra e nos serviços públicos; e sua principal colaboração para a administração era a sua formação técnica de juiz e de notário junto aos conselhos comunais, que mantinham o poder de decisão. Sinteticamente, o *podestà* exercia a presidência dos conselhos das comunas e a custódia da ordem pública, coordenando os vários setores administrativos da comuna. O sistema *potestà* não sobreviveu muito tempo, sendo que já nos anos 30 do século XIII se mostrava em crise, pois, da mesma maneira que ocorria uma crise de legitimidade da soberania do Sacro Império, a legitimidade do poder político dos *podestà* foi contestada por outros protagonistas do poder político, que, observando que os *podestà* estavam começando a operar não mais no sentido de mediação dos conflitos mas também utilizando a opressão – nos conflitos de *faida*, entre as facções e inclusive eliminando os “bandidos políticos” partidários dos guelfos e dos gibelinos –, permitiu que o “povo” assumisse a própria magistratura, como uma forma de controle político da atividade judiciária *podestà*. Com a emergência, sobre o plano político, dos novos grupos familiares, crescidos na riqueza, o sistema *podestà* foi seguido por uma nova ordem, fundada principalmente sobre os mecanismos de exclusão – política, civil e penal – com o escopo evidente de troca e seleção dos grupos dirigentes das comunas.

²³⁸ SBRICCOLI, Mario. Op. cit., p. 167..

a sua vítima, mas também ofende a *respublica*, a qual possui o direito de satisfazer-se infligindo uma pena.”²³⁹

Com este modelo de justiça pública, Mário Sbriccoli explica que começou a prevalecer o processo inquisitório no sentido de pesquisa das provas e aplicação das penas aos acusados, e se “reduziram enormemente os espaços permitidos para os acordos em matéria penal”, sendo impostos os princípios da “oficialidade da ação pública, a indisponibilidade do processo e a sua confirmação somente por intermédio de um juiz; enfraquecendo o rol de mediações sociais para as soluções dos conflitos nascidos dos crimes, porque se impõe a idéia que não há justiça sem a *punição* do culpado.”²⁴⁰ Ressalta-se, por fim, que o modelo processual inquisitório acabou por “marginalizar progressivamente o processo acusatório (lugar ideal da mediação e da justiça negociada) reduzindo os tratados aos crimes menores e aos conflitos locais e periféricos”²⁴¹. Tais características indicam a hegemonia de uma Justiça Penal autoritária e investida de um poder derivado diretamente do soberano (Antigo Regime).²⁴²

²³⁹ Ibid., p. 167-8. “*I giudice dei podestà iniziano ad agire ex officio (per dovere) nella persecuzione di tutti i reati di qualche rilevanza. Fanno inquisizione generali, indagando a vasto raggio per scoprire se sono stati commessi crimini; incoraggiano le accuse perchè i delitti non restino impuniti; aprono procedimenti in seguito a denunce e li portano a termine, condannando il colpevole, anche quando la vittima, soddisfatta negozialmente, si è riappacificata con lui e non há più alcun interesse al processo. Incidono dunque in modo decisivo sulle prassi di transazione e accomodamento, screditando il loro fondamento consuetudinario, mentre alcuni giuristi, sensibili alle rinnovate logiche costituzionali, avviano una critica ‘culturale’, che oppone al ‘disordine’ dell’autonomia comunitaria un ordine nuovo fatto di norme, di interesse generale, di pace pubblica e di giustizia retributiva. Si impone il principio per cui chi commette un delitto danneggia la sua vittima, ma offeende anche la respublica, la quale há il diritto di soddisfarsi infligendo una pena.*”

²⁴⁰ Ibid., p. 168. “*Il nuovo modo de fare giustizia assume rapidamente caratteri egemonici. Riduce enormemente gli spazi della trattativa in materie penale, imponendo come principi l’officiosità dell’azione pubblica, l’indisponibilità del processo e il suo conferimento alla direzione del giudice; indebolisce il ruolo della mediazione sociale nella soluzione dei conflitti nascenti da reato, perché impone l’idea che non c’è giustizia senza la punizione del colpevole*”

²⁴¹ ibid. p., 169. “*Infine, promuove um modelo processuale (quello che raccoglie le prove attraverso l’inquisitio) che marginalizza progressivamente il tipo processuale accusatorio (luogo ideale della mediazione e della giustizia negoziata, avviato a querela, gestito dalle parti, deciso da un giudice terzo che non ha poteri di indagine), riducendolo alla trattazione dei reati minori, ai conflitti locali, alle giustizie basse e periferiche.*”

²⁴² Sobre detalhes da construção de crimes políticos e a utilização do aparato público (comunal) para a repressão dos inimigos já no sistema *podestartil*, consultar: ZORZI, Andrea. Op. cit., p. 18-26. Este autor (Ibid., p. 33-4), ao comentar sobre o processo de legitimação da justiça penal no plano social e político, salienta o papel dos intelectuais medievais na construção das doutrinas de interesse dos novos regimes políticos com base mercantil e salienta que: “*Il frequente richiamo della dottrina al concetto di publicum – la publica fama, la publica utilitas, il quod interest civitati, la rem publicam civitatis, la pax publica – è stato però quase univocamente interpretato dalla storiografia come ‘strumento essenziale del consolidamento del potere politico’, come ‘progetto di maggiore controllo per potere ‘pubblico’ sul sistema processuale’, come ‘modernizzazione delle funzioni di governo’, come ‘espressione del ... consolidarsi dei poteri’, come segno del processo di razionalizzazione, di centralizzazione e di tecnicizzazione degli apparati pubblici e amministrativi*’.[sic]” Concernente à uma visão das técnicas de represália e tirania exercidas durante o processo de estatização do Direito Penal na Idade Média, consultar: GATTO, Ludovico. *Medioevo quotidiano: motivi e modelli di vita*. Roma: Editori Riuniti, 1999, p. 101- 120.

Saliente-se que mesmo com o crescente aumento das autoridades públicas, agora legitimadas também como protetoras da ordem pública, às vezes ocorriam conflitos entre famílias nobres e, como forma de se evitar a (proibida) *faida*, o recurso à mediação privada e fora dos processos públicos ainda era utilizado como método – ou manobra – de resolução dos conflitos. Nesse sentido, Marco Bellabarba comenta que esses acordos representavam uma renúncia – senão um “não reconhecimento” – aos órgãos públicos e visavam garantir as próprias prerrogativas das famílias (nobres), onde “as condenações por contumácia ou exílio registrados nos livros das sentenças escondiam freqüentemente os incômodos de uma investigação parada como sendo um artifício na espera de que os familiares das partes chegassem à uma solução informal e agradável à todos.”²⁴³

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

os ideais de uma vida cristã disposta a cancelar as infrações mais detestáveis desde que os homens encontrassem uma via sincera ao perdão e o esquecimento de todos os impulsos da vingança em nome de Deus, deveria facilmente entrelaçar as estradas da justiça laica daquela religiosa; ou como acontecia mais freqüentemente, deixar para esta a missão de reconciliar os seus fiéis.²⁴⁴

Com tais informações, pode-se notar que, a despeito da reestruturação das instituições públicas nos moldes de um Direito Romano legitimador do poder soberano centralizador e guardião da “ordem pública”, investindo de discricionariedade os agentes do príncipe, o hábito de se resolver os conflitos interpessoais através da composição dos danos e da informalidade ainda continuava a ser expediente habitual das sociedades comunais italianas em prol da “paz pública”. Neste caso, deve ser levado em consideração o fato de que o receio

²⁴³ Op. cit., p. 191. “*Talvolta, di fronte all'erompere delle consuete faide nobiliari, il ricorso alla mediazione privata segnò la rinuncia degli organi pubblici a far valere le proprie prerogative; le condanne in contumacia o i bandi registrati nei libri delle sentenze nascondevano spesso l'imbarazzo di un'inchiesta fermata ad arte in attesa che i famigliari delle parti trovassero una soluzione informale gradita a tutti.*”

²⁴⁴ Op. cit. p. 192. “*Sopra tutto ciò premeva il 'sovrasendo religioso' attribuito alla composizione privata dei conflitti. Il nesso fra perdono, penitenza e riconciliazione ribatito pagina dopo pagina nei mauali per i confessori avvolgeva di un caldo respiro di sacralità le pratiche conciliative; l'ideale di una società cristiana disposta a cancellare le infrazioni più detestabili purché gli uomini trovassero la via sincera al perdono e dimenticassero nel nome di Dio ogni impulso alla vendetta, doveva facilmente intrecciare le strade della giustizia laica a quella religiosa; o come accadeva più spesso, lasciare ad essa la missione di riconciliare i suoi fedeli.*”

dos cristãos (católicos) em não ter as suas “culpas” perdoadas pelos clérigos funcionava como um incentivo às partes a procurar um acordo de composição dos danos antes de se procurar a via jurídica; e, finalmente, deve-se observar que as classes sociais mais abastadas podiam recorrer a subterfúgios processuais em prol da resolução de conflitos penais sem que fossem aplicadas as penalidades infamantes típicas do Antigo Regime. Com isso, fica patente que, embora o Poder Público ressurgisse legitimado por teorias jurídicas clássicas pertinentes ao poder soberano de legislar para salvaguarda da ordem pública, para se impor, esse Poder teve que suplantar a justiça consuetudinária então existente, tornando-a informal, marginal e inválida quando oposta aos magistrados.

1.3 Formalização da Justiça Penal na França

As características do Processo Penal na Itália se notam também na França onde, desde o século XIV, os juristas já repetiam “*toute justice émane du roi*” ou que “*le roi est source de tout justice*”.²⁴⁵ É nesse país que se pode observar com mais nitidez o fenômeno da centralização política promovida pelos soberanos e a apropriação dos conflitos penais intersubjetivos das pessoas – pelos agentes do rei – como um mecanismo de exercício do poder estatal de forma capilarizada, ou seja, a punição como forma de produzir súditos disciplinados e/ou controlar os setores sediciosos da comunidade camponesa.²⁴⁶

Como já rapidamente mencionado, desde o crepúsculo do século XII – concomitantemente às Cruzadas – o poder real francês promoveu a centralização do poder

²⁴⁵ Cf. CARBASSE, Jean-Marie. Op. cit., 129.

²⁴⁶ Nesse caso, importante verificar que desde o século XIV ocorreram revoltas camponesas em muitas regiões da Europa, e, sobretudo, na França, cujos movimentos foram conhecidos como *Jacqueries*, derivado de “*Jacques, bon homme*” (Jacques, o simples), que era um apelido pejorativo dado aos camponeses pelos nobres. Cf. MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. Op. cit., p. 92. Michel Foucault (Sobre a justiça popular. Op. cit., p. 50), ao comentar sobre a justiça criminal do soberano no contexto abordado, extremamente cruel e terrível contra os camponeses, pondera: “A partir de certa época, o sistema penal, que tinha essencialmente uma função fiscal na Idade Média, dedicou-se à luta anti-sediciosa. A repressão das revoltas populares tinha sido até então sobretudo tarefa militar. Foi em seguida assegurada, ou melhor, prevenida, por um sistema complexo justiça-polícia-prisão. [...] É perfeitamente claro que, desde o fim da Idade Média até o século XVIII, todas as leis contra os mendigos, os ociosos e os vagabundos, todos os órgãos de polícia destinados a expulsá-los os coagiam – e era esse o seu papel – a aceitar no próprio lugar onde viviam as condições extremamente más que lhes eram impostas. Se as recusavam tinham que partir, se mendigavam ou ‘não faziam nada’, seu destino era o aprisionamento e freqüentemente o trabalho forçado. Por outro lado, esse sistema penal dirigia-se especialmente aos elementos mais móveis, mais agitados, os ‘violentos’ da plebe; os que estavam mais prontos a passar à ação imediata e armada; entre o proprietário endividado coagido a abandonar a sua terra, o camponês que fugia do fisco, o operário banido por roubo, o vagabundo ou mendigo que recusava limpar os fossos da cidade, os que viviam da pilhagem nos campos, os pequenos ladrões e os salteadores de estrada, os que em grupos armados atacavam o fisco ou os agentes do Estado e, enfim, os que nos dias de motim na cidade ou nos campos traziam armas e fogo, havia um acordo, uma rede de comunicação em que os indivíduos trocavam os papéis. Eram estas pessoas ‘perigosas’ que era preciso isolar (na prisão, no Hospital Geral, nas galés, nas colônias) para que não pudessem servir de ponta de lança aos movimentos de resistência popular.”

político e durante o Antigo Regime foi se elevando, pouco a pouco, a quantidade de delitos que passavam a ser de atribuição real, inclusive aqueles designados de *petit criminel*, ou causas menos graves.²⁴⁷ Mas, como informa Renée Martinage: “Apesar dos esforços de centralização da autoridade pública, os acordos privados concorriam ainda com a repressão pública.”²⁴⁸ Sem tentar reduzir outros fatores não menos importantes que possibilitaram o declínio das transações privadas e o aumento da repressão pública, o mesmo autor salienta:

Em matéria penal, o direito romano interditou a transação privada, salvo em certos casos. E os comentadores do direito romano na Idade Média passam a levar mais em consideração, a partir da metade do século XIII, que os acordos privados concluídos entre as partes não podem ser opostos aos juízes. Começam os procedimentos de luta contra a herança consuetudinária das composições pecuniárias.²⁴⁹

Nessa perspectiva, o Direito Romano teve uma importância fundamental para a renovação do poder soberano na França, sendo que nesse país se pode perceber uma interferência sempre mais progressiva da autoridade pública em matéria de aplicação de sanções penais, tendo como escopo declarado a sua função de moderar a violência e favorecer a paz, além de tentar substituir, cada vez mais, os pactos privados e as prerrogativas dos nobres pela justiça oficial, restabelecendo, assim, a “segurança” com a imposição da autoridade do rei e o exercício do monopólio da justiça em nome da eficácia e supressão das carências do povo. Enfim, a “justiça do rei” passou a ser uma justiça de supressão das condutas criminosas – dos camponeses marginalizados (socialmente, economicamente e juridicamente) – através da exposição e eliminação de pessoas em suplícios públicos: penas capitais e corporais aplicadas com o intuito de humilhar os culpados e mostrar o poder de violência do Estado.²⁵⁰

Vale registrar que, a partir do século XIV, as penas pecuniárias passaram a ter (também) um importante papel na aplicação das sanções públicas, valores estes destinados ao soberano, pois os confiscos gerais de bens já não se confundiam mais com a reparação civil

²⁴⁷ Nesse sentido, vide: CARBASSE, Jean-Marie. Op. cit., p. 132.

²⁴⁸ Op. cit., p. 06. “*Malgré les efforts centralisateurs de l'autorité publique, les arrangements privés concurrentent encore la répression publique.*” Por sua vez, Claude Gauvard (*Violence et ordre public: au moyen âge*. Paris: Picard, 2005, p. 48) ressalta: “*Tout discussion sur l'exercice du droit pénal à la fin du Moyen Âge se heurte à un paradoxe car de nombreux crimes échappent à l'historien. Il s'agit bien de crimes non dénoncés que de crimes qui ne sont pas résolus selon les principes théoriques qu'émet le pouvoir judiciaire à cette époque. Cette mise en marge se situe à tous les degrés de la justice, y compris au plus haut niveau du pouvoir judiciaire, celui du roi en France et des responsables de sa justice déléguée.*”

²⁴⁹ Ibid., p. 14. “*Em matière pénale, le droit romain interdit la transaction privée, sauf dans certains cas. Et les commentateurs du droit romain au Moyen Age sont allés plus loin en considérant, à partir du milieu du XIII^e siècle, que l'accord privé conclu entre les parties n'est pas opposable aux juges. Il s'agissant de lutter contre l'héritage coutumier des compositions pécuniaires.*”

²⁵⁰ Nesse sentido, consultar: MARTINAGE, Renée. Op. cit., p. 15-8.

devida às vítimas dos delitos, mas também serviam como uma forma alternativa de transacionar com as autoridades judiciárias no sentido de se evitar as penas tradicionais de morte, mutilações, marcas etc., além de aumentar os tesouros reais.²⁵¹

Nesse sentido, Michel Foucault, contrastando as características do Direito Penal na Alta Idade Média e o surgimento das monarquias medievais, afirma que os soberanos passaram a exigir uma reparação pecuniária dos condenados; não do dano ocasionado como se fossem vítimas, mas como se o Estado fosse violado em seu poder de definir as condutas dos súditos, isto é, o Direito Penal passou a ter uma nítida função fiscal:

Quando um indivíduo perde o processo é declarado culpado e deve ainda uma reparação a sua vítima. Mas esta reparação não é absolutamente a do antigo Direito Feudal ou do antigo Direito Germânico. Não se trata mais de resgatar a sua paz, dando satisfação a seu adversário. Vai-se exigir do culpado não só a reparação do dano feito a um outro indivíduo, mas também a reparação da ofensa que cometeu contra o soberano, o Estado, a lei. É assim que aparece, com o mecanismo das multas, o grande mecanismo das confiscações. Confiscações dos bens que são, para as monarquias nascentes, um dos grandes meios de enriquecer e alargar suas propriedades. As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação. Eis o pano de fundo político desta transformação.²⁵²

A Baixa Idade Média na França marca, também, o momento do nascimento de um “Direito Penal Comum”, em que a tradição romana de aplicação de uma justiça baseada na jurisprudência e na doutrina foi suplantando e marginalizando, paulatinamente, as transações privadas entre as partes. Ainda, na progressão da autonomia dos juízes e na formação de uma legislação nacional, foram sendo inseridas as tendências políticas da época, especialmente verificadas no que concerne à moral religiosa, onde a religião católica, para proteger a sua supremacia diante das insurreições tradicionalmente conhecidas como “protestantismo”, passou a influenciar de maneira decisiva na seleção de condutas a serem punidas pelo braço secular (Santo Ofício). Enfim: “a repressão é marcada por uma luta contra as transações privadas em vista de assegurar a justiça pública, e aquela evolui pouco a pouco da simples taxação dos culpados para a aplicação de um castigo, especialmente no XIV século.”²⁵³

Philippe Ariès afirma que, a partir do século XV, o Estado não parou de se impor sobre os indivíduos e as comunidades – que eram espaços regulamentados segundo determinadas leis –, sendo que a justiça foi um dos mecanismos privilegiados para a assunção

²⁵¹ Cf. *Ibid.*, p. 18.

²⁵² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 67.

²⁵³ MARTINAGE, Renée. Op. cit., p. 19. “*La répression est marquée par une lutte contre les transactions privées en vue d’assurer la justice publique, et celle-ci évolue peu à peu de la simple taxation des coupables vers leur châtement, spécialement au XIV^e siècle.*”

do Estado no controle da honra de seus súditos, através de leis que abrangiam desde a proibição de duelos até a regulamentação do luxo das roupas que certas pessoas usavam, para que não houvesse “usurpação, graças à roupa, de um lugar não garantido pelo direito.” Assim, o Estado, no medievo tardio, logrou êxito em interferir “cada vez mais nas relações interiores, no que consideramos o próprio ‘âmago’ do privado, na vida familiar”²⁵⁴.

Os séculos XVI e XVII são marcados pelos reforços dos aparelhos repressivos dos soberanos, que passaram a afirmar sua autoridade notadamente através do domínio da justiça criminal, que, já naquele tempo, tendia a empregar o “monopólio da violência” contra seus súditos e inimigos políticos. Assim, foram aperfeiçoadas e profissionalizadas as instituições judiciárias e, também, foram feitas reformas legislativas no que concerne às matérias de Direito Penal e Processo, tendo em vista a intensificação do controle social pretendido. O domínio privilegiado das legislações dos príncipes (Ordenações) passou a tratar, cada vez mais, de questões de ordem político-religiosa e, também, aumentaram as atenções da monarquia sobre as desordens sociais, em razão das transformações econômicas e de mentalidade (capitalista), passando, assim, a condenar os marginalizados e pobres.²⁵⁵

Michel Foucault, tratando de algumas características do Antigo Regime, comenta a proibição da violência privada e a instauração da coerção pública, isto é, a “mão armada” do soberano:

Substituir as guerras privadas por uma justiça obrigatória e lucrativa, impor uma justiça que ao mesmo tempo se é juiz, parte e fisco e, substituindo as transações e acordos, impor uma justiça que assegure, garanta e aumente em proporções notáveis a extração de parte do produto do trabalho, isso implica que se disponha de uma força de coação. Não se pode impô-la senão por uma coerção armada: só onde o suzerano é militarmente bastante forte para impor a sua “paz”, pode haver extração fiscal e jurídica.²⁵⁶

²⁵⁴ ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (Org.). *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.3, p. 09.

²⁵⁵ Cf. Ibid., p.20. “*Les XVI^e et XVII^e siècles dans plusieurs pays d’Europe sont marqués par le renforcement des appareils répressifs princiers. Les princes affirment la montée de leur autorité notamment dans le domaine de la justice criminelle qu’ils tentent de centraliser et de placer sous leur contrôle. Ils s’y attachent notamment à travers l’institutionnalisation et la professionnalisation de l’organisation judiciaire, mais aussi par des réformes législatives en matière de procédure et de droit pénal, en vue d’intensifier le contrôle social qu’ils prétendent exercer. Cette émergence des législations nationales, transforme le régime des délits et les formes de la répression. Le domaine privilégié des ordonnances princières concerne plus que jamais l’ordre religieux, et les menaces d’hérésie, magie et sorcellerie qui pèsent sur lui, ainsi que l’ordre politique monarchique dans des pays déchirés par les guerres et les conflits politico-religieux. Mais désormais le législateur se penche aussi avec attention sur les désordres sociaux, tels que le vagabondage et la mendicité, en raison des transformations économiques qui se produisent et conduisent les mentalités à marginaliser et condamner la pauvreté.*”

²⁵⁶ FOUCAULT, Michel. Sobre a justiça popular. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 42-3.

No que concerne à administração da Justiça Penal oficial, Jean-Marie Carbasse aponta que foi em torno dos séculos XIII e XIV, junto com as jurisdições reais ordinárias, que apareceu o Ministério Público, formado por certos procuradores especialistas em defender os direitos do rei perante os seus próprios tribunais. A primeira menção de um “procurador do rei” apareceu em 1278, e por volta de 1300 a expressão “nosso procurador” aparece cada vez com mais frequência, sendo que “a grande ordenação de reforma de março de 1303 dão enfim à função uma existência oficial.” Mas, note-se, naqueles tempos os procuradores exerciam uma função de proteção aos interesses privados da coroa e, no final da Idade Média, os procuradores e advogados do rei eram designados como “*les gens du roi*”. Dessa forma, os *magistrats du parquet* eram tidos como os guardiães dos direitos do rei, investidos por este mesmo como “*ministère public*” de justiça, e eram protetores de todos os interesses do monarca, inclusive os particulares, mas, de qualquer forma, já eram vistos como “garantes da paz pública.”²⁵⁷

Nesse caso, pode-se perceber que a grande característica do reino franco alto-medieval – conforme destacado no primeiro capítulo – continuava a se manifestar na administração do Estado, pois a confusão do Poder “público e privado” passou a orientar a aplicação da justiça oficial na França pré-moderna, ainda que houvesse a crença – imposta pela violência prevista nos suplícios – de que a “justiça do rei” fosse realmente a mais justa e a única capaz de estabelecer a ordem e a segurança públicas, bem como a proteção aos interesses dos súditos.

Sobre o Ministério Público, Michel Foucault explica que os representantes do rei vieram “dublar” a vítima, se colocando por trás daquele que foi lesado e afirmando que o poder soberano também fora lesado pelo acusado e, por isso, passaram a agir contra o ofensor. Essa violação contra o soberano, porém, não se confunde com o conflito intersubjetivo

²⁵⁷ Op. cit., p. 133-4. “C’est au tournant des XIII^e et XIV^e siècles, dans les juridictions royales ordinaires, qu’est apparu le ministère public. A cette époque en effet, certains ‘procureurs’ – ce term désignait les praticiens chargés par les parties de rédiger les actes de procédure et de suivre les procès pour leur compte – se spécialisent dans la défense des droits du roi devant ses propres tribunaux. La première mention, à vrai dire purement incidente, d’un ‘procureur du roi’ apparaît dans les Olim em 1278; autor des années 1300, l’expression ‘notre procureur’ devient de plus en plus fréquent, la grande ordonnance de réformation de mars 1303 donnant enfin à la fonction une existence officielle. Après avoir conservé quelque temps une clientèle privée, les procureurs du roi réservent ensuite l’exclusivité de leurs services à la couronne. Une évolution parallèle, mais plus tardive, a également concerné certains avocats. À la fin du moyen âge on désignera globalement les procureurs et avocats du roi comme ‘les gens du roi’ et leurs charges seront érigées en offices de judicature. Passés du côté des magistrats, les procureurs et avocats du roi n’ont désormais plus rien de commun avec les procureurs et avocats ordinaires, simples auxiliaires de justice. Dès l’origine, les gens du roi sont chargés de conserver les droits de la couronne ‘sans diminution ni empêchement’. Mais les magistrats du parquet ne sont pas seulement les gardiens des droits du roi, ils ont aussi em charge, chacun à sa place, l’ensemble du ministère royal. Investis comme le roi lui-même d’un ‘ministère public’ de justice, ils sont aussi

instaurado pela conduta ofensiva, ou seja, “a infração não é um dano cometido por um indivíduo contra o outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano”.²⁵⁸

Nessa perspectiva, pode-se notar um dos mecanismos utilizados pelo poder estatal para confiscar o procedimento judicial intersubjetivo típico da Alta Idade Média – confrontos e composições entre os indivíduos – foi o estabelecimento da idéia de “infração” (violação da lei, quebra da “ordem”), isso para permitir a liquidação dos litígios por intermédio das próprias leis (processuais) e instituições do soberano:

O soberano, o poder político vêm, dessa forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciários. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano.²⁵⁹

No tocante aos procedimentos adotados na Baixa Idade Média na França, houve um grande desenvolvimento nos processos *ex officio* e de investigação inquisitorial, mormente a partir do século XIII com inspiração nas decretais do Papa Inocêncio III (1198-1216). Dessa forma, cada vez mais os delitos passam a ser investigados pelo poder real como sendo um caso de ordem (e moral) pública e, nesse caso, uma das conseqüências mais importantes do aumento da repressão pública, através dos agentes do rei, foi a já mencionada luta contra as transações penais entre os particulares, justamente porque os “pactos de paz” (*pactum pacis*) entre as partes tinham validade (consuetudinária) *erga omnes*, que impedia, assim, a aplicação da pena desejada pela autoridade real.²⁶⁰

Nesse contexto – semelhante ao ocorrido na Itália – os juristas romanistas começaram a argumentar que as transações penais concluídas diretamente entre o culpado e a vítima não deveriam ser opostas aos juízes, isto porque “todo delinqüente ofende a coisa pública”, e, dessa forma, merece uma punição pública, inclusive quando já tivesse selado um acordo com a vítima. Nessa perspectiva, os acordos diretos entre as partes passaram a ser considerados

les protecteurs de tous ceux que faibellse recommande à la sollitude particulière du prince [...]; ils sont, plus généralement, les garants de la paix publique.”

²⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 66.

²⁵⁹ *Idem*. Observa-se, nessa perspectiva, que os “conflitos” penais intersubjetivos foram sendo substituídos pela noção de “infração” penal, sendo que esta se caracteriza por ser a “vontade do soberano” positivada em suas próprias Ordenações (leis positivadas). Como será visto mais adiante, as teorias jurídicas da modernidade não contestaram esse “Poder soberano”, ao revés, justificaram-no; e até os dias atuais o Direito Penal se caracteriza por ser a lei declarada oficialmente pelo Estado, e aplicadas conforme o “princípio da legalidade”.

²⁶⁰ Jean-Marie Carbasse (Op. cit., p. 157-8) destaca: “*Ces transformations de la procédure sont allées de pair avec la lutte contre la pratique des transactions pénales entre particuliers. Licites tant que le recours au tribunal restait facultatif, de telles transactions devenaient naturellement inadmissibles dès lors que la justice publique avait l’ambition de réprimer l’ensemble des désordres.*”

simples satisfações privadas (reparação civil) e as infrações penais foram, progressivamente, consideradas questões de ordem pública, exigindo, dessarte, uma pena pronunciada pela autoridade pública:

De tal maneira, desde o final do século XIII, a doutrina não hesita mais: para Albertus Gandinus, as ações públicas determinadas pelo interesse público não serão paralisadas por um acordo privado; tais acordos valerão entre as partes, não mais *erga omnes*. Se as indenizações apaziguam as vítimas, elas não bastam mais para satisfazer a sociedade. O interesse social, do qual o Estado se encarrega, exige a aplicação de penas ao mesmo tempo repressivas (*quia peccatum est*) e dissuasivas (*ne peccetur*).²⁶¹

Jean-Marie Carbasse ressalta que desde a segunda metade do século XIII, durante o contexto de renovação judiciária empreendido por Luiz IX de França (também designado “São Luiz”), a justiça real travava lutas contra os regulamentos privados dos litigantes e o resgate das penas: “a paz do reino exige penas exemplares, as ‘composições das partes’ como as ‘composições à justiça’ estão então fora da lei.”²⁶² Cumpre destacar que as proibições reais aos acordos privados eram concernentes, em especial, aos crimes de homicídio e, nesse caso, não há que se falar em conflitos intersubjetivos de “menor gravidade”. Todavia, é a partir da lógica de que “quem pode o mais pode o menos”, que se pode analisar a dinâmica estatal de imiscuir-se nas práticas sociais no sentido de proibir os “*mauvaise coutume*” (costumes malditos), tornando os acordos penais entre as partes uma prática ilícita; ao mesmo tempo em que as autoridades reais, em nome da justiça e repressão aos delitos, substituem as partes envolvidas no conflito para dar uma solução desejada pelos magistrados do rei; e não mais a justiça restabeecedora da paz nas comunidades.²⁶³

²⁶¹ CARBASSE, Jean-Marie. (Op. cit., p. 159) “Aussi bien, dès la fin du XIII^e siècle, la doctrine n’hésite plus: pour Albertus Gandinus, l’action publique déterminée par l’intérêt public ne saurait être paralysée par un accord privé; cet accord n’a de valeur qu’entre parties, il ne vaut pas *erga omnes*. Si l’indemnisation apaise la victime, elle ne suffit plus à satisfaire la société. L’intérêt social, dont l’Etat a la charge, exige l’application de peines à la fois répressives (*quia peccatum est*) et dissuasives (*ne peccetur*).”

²⁶² *Idem*. “Dès la seconde moitié du XIII^e siècle, dans le contexte de la rénovation judiciaire entreprise par Saint Louis, la justice royale entreprend la lutte contre le règlement privé des litiges et le rachat des peines: la paix du royaume exige des peines exemplaires, les ‘compositions à partie’ comme les ‘compositions à justice’ [...] sont donc désormais hors la loi. Les costumes contraires sont déclarées iniques et abolies: en 1267, Louis IX abolit la ‘mauvaise coutume’ qui autorisait les habitants de Tournai à conclure des paix privées em cas d’homicide [...], et, em 1280, Philippe III tente à son tour d’extirper les cotumes gasconnes qui permettaient aux homicides d’échapper à toute peine publique em versant à la famille du défunt une composition de 300 sous [...]; des les début du XIV^e siècle, le Parlement annule régulièrement les compositions privées em matière pénale; [...]”

²⁶³ Nesse caso, Michel Foucault (Sobre a justiça popular. Op. cit., p. 42) comenta a inversão do funcionamento da justiça arcaica na Baixa Idade Média: “Parece que remotamente a justiça tinha sido um direito para os que estavam sob sua jurisdição (direito de pedir justiça, se concordavam com isso) e um dever para os árbitros (obrigação de demonstrar os eu prestígio, a sua autoridade, a sua sabedoria, os eu poder político-religioso); daí em diante vai-se tornar um direito (lucrativo) para o poder, obrigação (custosa) para os subordinados.”

Michel Foucault, por sua vez, considera que um dos motivos que levou os soberanos a proibirem os métodos tradicionais de resolução de conflitos tipicamente germânicos – como o duelo judiciário – foi que os procuradores do soberano não podiam combater em pé de igualdade com os litigantes; deveria haver um outro meio de se chegar ao fim do processo sem que fosse aplicado o método belicoso:

Se a principal vítima de uma infração é o rei, se é o procurador que se queixa em primeiro lugar, compreende-se que a liquidação judiciária não pode mais ser obtida pelos mecanismos da prova. O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido. Não é em pé de igualdade, como em uma luta entre dois indivíduos, que o acusado e o procurador se defrontam. É preciso encontrar um novo mecanismo que não seja mais o da prova, da luta entre dois adversários, para saber se alguém é culpado ou não.²⁶⁴

No crepúsculo da Idade Média, pode-se verificar: a) a preponderância – ao menos em teoria – da justiça real no sentido de punição exemplar dos delinquentes como sendo uma questão de ordem pública²⁶⁵; b) o aumento das instituições reais em detrimento das justiças dos senhorios (feudal); e c) a marginalização dos acordos privados extintivos da punibilidade entre as partes. Michel Foucault comenta que um sistema fiscal centralizador, composto pelo Parlamento, procuradores do rei, diligências judiciárias, leis contra vagabundos, mendigos e ociosos e os primeiros rudimentos de polícia, criou uma justiça centralizada:

o embrião de um aparelho de Estado judiciário que cobria, reduplicava e controlava as justiças feudais com o seu sistema fiscal, mas que lhes permitia funcionar. Assim apareceu a ordem “judiciária” que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver “justamente” os litígios e de assegurar “autoritariamente” a ordem pública.²⁶⁶

Nesse contexto em que há uma potencialização gradual da força real no sentido de investigar, processar, condenar e executar as penas arbitradas pelos agentes reais, também se destaca o poder do rei, em pessoa, como responsável por conceder a “graça”: o perdão real impediria o exercício da violência estatal contra o condenado. Assim, a justiça do rei, implacável e severa na perseguição e punição do infrator, era a mesma que mostrava a sua clemência ao agraciar o condenado, desde que ele demonstrasse submissão, disciplina e docilidade perante o monarca.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 67.

²⁶⁵ Claude Gauvard (*Violence et ordre public: au moyen âge*. Op. cit, p. 11) pondera: “À la fin du Moyen Âge, les impératifs de L’État naissant enrichissent cette image d’une note coercitive. En France par exemple, dès le XIV^e siècle, le mouvement humaniste appelle à purger le ‘vaste repaire de larrons’ que serait devenu le royaume de France, et Nicolas de Clamanges n’hésite pas à conseiller au roi comme à ses justiciers d’exercer la rigueur de la justice à l’égard des criminels qui le polluent.”

²⁶⁶ FOUCAULT, Michel. Sobre a justiça popular. Op. cit., p. 43.

Claude Gauvard, ao pesquisar sobre o campo de ação da justiça francesa no século XV, procura compreender a noção de autoridade pública (oficial e legal), representada pelo rei, e até que ponto ela é diferente da vingança, correspondente à ordem privada. Diante de tal questão, o autor tece algumas considerações a respeito dos regulamentos da ordem privada medieval e argumenta que a “vingança” não era alimentada pelo ódio mortal e, por isso, ilimitada. Ao revés, nas sociedades medievais em que a noção de Estado havia sido pulverizada, a paz era pactuada em cerimônias familiares, ao olhar de todos da comunidade, sendo que as transações eram reparos ao “tecido social rasgado pelo crime” e, justamente para que a paz fragilizada fosse recomposta, muitas pessoas eram envolvidas para mediar os acordos. Ainda, o autor comenta a respeito da “trégua”, isto é, a promessa que um indivíduo faz de não atacar seu adversário, evitando novos conflitos antes de selar a paz rompida entre as partes.²⁶⁷

No que concerne à justiça pública, Claude Gauvard ressalta que para se entender a justiça oficial é necessário “distinguir claramente a teoria da prática do poder judiciário”, porquanto, à medida que se desenvolveram as noções oriundas do Direito Romano, as decisões sobre os delitos passaram a depender da justiça do rei, a qual não permitia transações e arbitragens; mas, na prática, “os modos de resoluções privadas para todos os tipos de crimes, inclusive os de sangue, subsistem pelo menos até o século XVI.” Assim, imbricado na justiça oficial do Estado estava o apoio do Direito Canônico, que favorecia a paz e a conciliação. Dessa feita, “as duas partes, que estão empenhadas em processo no Parlamento, podem solicitar ao rei de França autorização para chegarem a um acordo antes que a causa seja examinada.” Julgado o requerimento das partes pelos funcionários do rei, o monarca podia evitar o processo em curso para “alimentar a paz e o amor entre seus súditos.”²⁶⁸

Enfim, como interpretar as funções praticamente contraditórias da justiça oficial francesa do século XV? Ao mesmo tempo em que as decisões judiciais adotavam uma concepção retributiva da pena através da aplicação de castigos terríveis em prol de uma prevenção geral dos crimes e uma obediência incondicional às leis, a justiça oficial deveria promover uma obra de “pacificação em profundidade” e, também, uma “aculturação política.” Assim, os soberanos conseguiriam assegurar um papel específico e importantíssimo nos seus territórios, pois, da mesma maneira em que eram juízes e árbitros implacáveis em descobrir e

²⁶⁷ GAUWARD, Claude. Justiça e paz. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. *Dicionário temático do ocidente medieval*. Bauru: EDUSC, 2002, p. 55-8.

²⁶⁸ Ibid. p. 59.

punir as infrações penais, acabavam se inclinando mais ao perdão do que à coerção, tornando as suas instituições de justiça oficial espaços de resolução dos conflitos privados. Entrementes, para que o rei permitisse o acordo entre as partes, deveria haver uma “confissão” quase que obrigatória do crime, estabelecendo-se um diálogo direto entre o culpado e o soberano, e criando-se, assim, uma relação privilegiada entre os dois na qual o “culpado torna-se um súdito ideal”, pacífico e leal ao monarca, pronto para viver na lei e na paz.²⁶⁹

Tal ponto de vista parece o mais condicente com a realidade da aurora da Idade Moderna na França, momento em que se consolidaram as instituições reais e aumentaram as crises sociais decorrentes das transformações econômicas operadas pela ascensão do modo de produção capitalista na Europa ocidental e nas colônias dominadas pelas grandes potências. Enfim, a tese de Michel Foucault em sua obra “Vigiar e Punir”, ao mostrar o nascimento das prisões no Antigo Regime como uma forma de criar súditos pacíficos, disciplinados e aptos para o trabalho, parece ser comprovada através da dinâmica judicial moderna, em que o *ius puniendi* pertencia exclusivamente ao rei soberano, o qual podia, pessoalmente, dissolver o conflito dos seus súditos através de uma condenação formal; mas também utilizando o seu sistema como um mecanismo de disciplina social através de concessão do perdão ou execução da pena decorrente de uma infração penal.

1.4 Direito Penal informal na Península Ibérica

Na Península Ibérica, por sua vez, as autoridades reais agiram de forma bastante semelhante às autoridades italianas e francesas, aproveitando o redescobrimiento do Direito Romano para legitimar a repressão de condutas tidas como criminosas, ao mesmo tempo em que os reis se afirmaram no poder como legisladores e responsáveis pela justiça pública (*princeps legibus solutus*). Abordar o sistema penal português também é importante para se tentar entender a maneira pela qual as práticas de resolução de conflitos no Brasil eram realizadas, porquanto a herança penal ibérica orientou as aplicações de punições no Brasil pelo menos até 1830, data do primeiro Código Criminal brasileiro,²⁷⁰ como será visto no próximo capítulo.

²⁶⁹ GAUVARD, Claude. Justiça e paz. Op. cit., p. 61.

²⁷⁰ Luiz Carlos Villalta (O que se fala e o que se lê: língua, instrução e leitura. In: SOUZA, Laura de Mello e (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 332-3), ao escrever sobre a História do Brasil colonial, comenta que: “Um dos primeiros cronistas da colonização brasileira, Pero de Magalhães Gandavo, escreveu que os índios do litoral

Desde o século XIII parece já ter existido um sentimento de nacionalidade em Portugal²⁷¹ e, à medida que o Reino português foi se consolidando, mais a política centralizadora dos reis portugueses demonstrava seu interesse pelo Direito. Walter Vieira do Nascimento ressalta que a Lei das Sete Partidas, baseada no Direito Romano e Canônico e promulgada em Espanha em 1263, foi traduzida e aplicada em Portugal por D. Dinis, que obrigou o uso da língua portuguesa em todos os documentos públicos, até então redigidos em latim.²⁷²

No final do século XIV e durante o século XV se acelerou em Portugal o fenômeno da recepção do Direito Romano, sendo que durante o reinado de D. João I (1385-1433) foi dada ao jurista lusitano João Fernandes de Arengas (João das Regras) a incumbência de elaborar uma codificação das leis portuguesas, que eram esparsas e muitas vezes contraditórias. Seja como for, nesse primeiro trabalho de codificação foram contempladas normas gerais emanadas pelos soberanos portugueses durante os últimos séculos junto com normas oriundas da Lei das Sete Partidas, do Direito Romano e do Direito Canônico. Após a morte de João das Regras, coube a João Mendes e, finalmente, a Rui Fernandes dar o arremate definitivo ao trabalho, isto já no reinado de D. Afonso V (1446-1481). Surgiram, assim, em 1446 as “Ordenações Afonsinas”, que tiveram o mérito de iniciar a fase das codificações modernas na Europa.²⁷³

brasileiro não tinham as letras ‘F’, nem ‘L’, nem ‘R’, não possuindo ‘Fé’, nem Lei, nem Rei’ e vivendo ‘desordenadamente’. Essa suposição de uma ausência lingüística de ‘ordem’ revela, um tanto *avant la lettre*, o ideal de colonização trazido pelas autoridades civis e eclesiásticas portuguesas: superar a ‘desordem’, fazendo obedecer a um Rei, difundindo uma Fé e fixando uma Lei. Um Rei com interesses temporais (e, portanto, materiais); uma Fé, da Igreja da Contra-Reforma; e uma Lei, misto de normas jurídicas fixadas pelo Estado e pela Igreja, e de modelo de civilização. F, L e R, associados e misturados, pois a Coroa e a Igreja irmanavam-se. Mas F, L e R enfrentaram muitas resistências na América portuguesa, decerto mais que no Reino, motivo pelo qual os agentes d’el-rei repetiram constantemente que os povos do Brasil eram ‘bárbaros’, deslocando ou estendendo essa pecha dos indígenas para outros sujeitos históricos e, com isso, legitimando a continuidade da colonização. Línguas, instrução e livros, nesse quadro, em termos das expectativas metropolitanas, deveriam desenvolver-se sob a égide de um Rei, uma Fé e uma Lei. Mas, na realidade colonial, sujeitaram-se às concessões e à ineficácia dos agentes d’el-rei, à confusão do *público* com o *privado*, permearam-se pela sociabilidade comunitária e pela civilidade das aparências vigentes no Antigo Regime [...].”

²⁷¹ Sobre o assunto, consultar: LUPI, João. Os lusitanos e a construção do ideal nacionalista português. In: *Bratair* 1 (1), 2001: 13-29. Disponível em <<http://www.brathair.com/Revista/N1/lusitanos.pdf>> Acesso em 15 de janeiro de 2006.

²⁷² NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 114.

²⁷³ De fato, foram consumidos mais de meio século para a elaboração da primeira Ordenação em Portugal, sendo que as Ordenações Afonsinas foram resultantes de um vasto trabalho de consolidação de normas promulgadas desde Afonso II (1211-1223), das resoluções de Afonso IV (1291-1357) e das concordatas de D. Dinis (1261-1325), D. Pedro (1091) e D. João (1386), com disposições do Direito Romano, Direito Canônico, da Lei das Sete Partidas e, ainda, usos e costumes já consolidados no Reino. Importante mencionar que as Ordenações Afonsinas atenderam as características políticas de sua época, uma vez que o Direito Romano transformou-se em Direito subsidiário ao Direito nacional português, ou seja, passou a ser aplicado somente nos casos omissos à legislação dos monarcas. Da mesma forma, o Direito Canônico só seria invocado nos casos em que se revelassem

Sem adentrar em questões doutrinárias atinentes às Ordenações, que foram orientadoras do Direito oficial aplicado no Brasil Colônia, no que concerne aos mecanismos informais de resolução de conflitos, Antônio Manoel Hespanha explica que o chamado “Direito oficial” no Antigo Regime português não era aquele pertinente aos dispositivos legais, mas sim o de natureza doutrinária, sendo que as Ordenações cobriam apenas alguns setores da organização dos órgãos do poder oficial.²⁷⁴ Tal autor pondera que, no domínio da família, “vigorava a ordem doméstica, correspondente aos poderes disciplinares do pater”, além do que o “Direito escrito e erudito” era minoritário, porquanto a maioria das pessoas eram analfabetas:

Na verdade, a maior parte da vida jurídica corria à margem do direito escrito. Estudos estatísticos sobre a vida jurídica, em Portugal, no século XVII, mostram que o mundo do direito e da prática jurídica escritos não devia tocar mais de 15% da população, o que corresponde, porventura, ao âmbito do grupo alfabetizado de então. Os restantes 85% regulavam-se por padrões de conduta fixados pela tradição, tutelados por formas por vezes antiquíssimas de organização comunitária. O próprio direito erudito era obrigado a reconhecer este enorme universo que lhe escapava, embora fizesse por uma forma que inculcava tratar-se de formas inferiores de organização social e jurídica. Chamava-lhe o “direito dos rústicos” (*iura rusticorum*), deixando-o subsistir com um misto de desprezo e condescendência – os rústicos, filhos ainda de uma ignorância primitiva e sã (“*pristina et ingenua ignorantia*”), seriam incapazes de compreender as subtilezas do direito erudito (“*juris apices et scientiae legalis subtilitates*”).²⁷⁵

A justiça oficial, representada pelas normas e instituições autorizadas para a aplicação do Direito real, tornou-se um instrumento típico de controle do Estado e o chamado primado da lei, já utilizado no final da Idade Média, andava ligado à afirmação da autoridade do Estado sobre a população de súditos. Nesse contexto, pode-se perceber que, analogamente às regiões francesas e italianas, o Estado português foi se afirmado preponderantemente através da apropriação de parte do Direito consuetudinário, tornando-o oficial e, ao mesmo tempo,

“pecados”, pois a Igreja e o braço secular estavam em igualdade de jurisdição e, inclusive, se confundiam muitas vezes. Em 1521 foram as Ordenações Afonsinas substituídas pelas Ordenações Manuelinas, que se formaram pelas leis extravagantes promulgadas até então e, também, pelas Ordenações Afonsinas. Durante o reinado de D. Sebastião (1568-1578) surgiu uma outra reunião de leis suplementares e extravagantes portuguesas, que foi chamada de “Código Sebastião”, passando a vigorar juntamente com as Ordenações Manuelinas. A partir de 1580, ocorreu a invasão de Portugal pelos exércitos de Espanha, iniciando o domínio castelhano na administração portuguesa, que durou até a restauração da independência de Portugal em 1640 por D. João IV. Durante a vigência de tal domínio, entraram em vigor as “Ordenações Filipinas” (1602-1603), que continham a mesma orientação técnica das Ordenações anteriores, ou seja, a divisão em cinco livros, versando sobre a seguinte matéria: Livro I – Direito Administrativo e Organização Judiciária; Livro II – Direitos dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Livro III – Processo Civil; Livro IV – Direito Civil e Direito Comercial; Livro V – Direito Penal e Processo Penal.” Cf. *Ibid.* p. 116-9; SERRÃO, Joel. *Cronologia geral da história de Portugal*. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

²⁷⁴ HESPANHA, Antônio Manoel. Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 13-4..

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 16.

substituindo os mecanismos informais de resolução dos conflitos intersubjetivos pelo “monopólio da violência”. Dessa forma:

A imposição do direito oficial, escrito e legislativo, significou, assim, uma estratégia de dissolução da ordem periférica e sua substituição por mecanismos disciplinares cujas condições de eficiência não estavam aí verificadas. Em contrapartida, os mecanismos tradicionais de regulação e de composição deixam de poder ser invocados perante os órgãos do Estado.²⁷⁶

Entrementes, mesmo se levando em conta que existia um Direito oficial representado nas Ordenações portuguesas durante o Antigo Regime, este constituía uma ordem jurídica mais orientada para uma intervenção simbólica, promotora da imagem do rei como “sumo dispensador da justiça” do que uma intervenção normativa que tivesse eficácia no que concerne a evitar o cometimento de infrações. Dessa forma “a função político-social determinante do direito penal real não parece ser, na sociedade ‘sem Estado’ dos séculos XVI e XVII, a de efetivar, por si mesmo, uma disciplina social”.²⁷⁷ E isso porque, precisamente, a política penal da Coroa portuguesa se integrava em uma expectativa mais global de disciplina régia – incluindo, certamente, o Brasil –; todavia, no que tange à prática jurisdicional, havia uma ampla carência de meios institucionais, logísticos e humanos à disposição da monarquia, o que levava a diminutas condições de executar as próprias penas previstas nas Ordenações.²⁷⁸

Nessa perspectiva, parece que a aplicação das punições previstas nas Ordenações, no sistema penal do Antigo Regime português, não era muito efetiva e também não era tão severa; exceto em alguns momentos específicos, como ficou patente com o advento do despotismo iluminado do Marquês de Pombal no século XVIII e o suplício de Joaquim José da Silva Xavier – o Tiradentes – no Brasil de 1792, que demonstram claramente a eficácia do Estado em eliminar com precisão alguns dos seus inimigos políticos; ao mesmo tempo que demonstra sua incapacidade de eliminar todos os “males” (infrações penais) a que se propõe.

²⁷⁶ Ibid., p. 19.

²⁷⁷ HESPANHA, Antônio Manoel. Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’: textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 297.

²⁷⁸ Ibid., p. 298-9. Curioso observar também um outro aspecto sutil mencionado por Antônio Manoel Hespanha (ibid., p. 299) no que concerne à aplicação das penas afluivas: “Vejamos agora o que acontecia com a mais visível das penas – a pena de morte natural, prevista pelas Ordenações para um elevado número de casos, em todos os grandes tipos penais, salvo, porventura, nos crimes de dano. Prevista tantas vezes que, nos fins do século XVIII, se conta que Frederico o Grande, da Prússia, ao ler o livro V das *Ordenações*, teria perguntado se, em Portugal, ainda havia gente viva. Na prática, todavia, os dados disponíveis parecem aconselhar uma opinião bem diferente da mais usual quanto ao rigorismo do sistema penal. Na verdade, creio que a pena de morte natural era, em termos estatísticos, muito pouco aplicada em Portugal.”

Antônio Manoel Hespanha expõe a dinâmica cotidiana do Direito Penal lusitano no Antigo Regime e, após tecer considerações a respeito da aplicação do Direito oficial na época – um Direito construído por juízes arbitrários e por juristas dogmáticos –, ele destaca o papel do pólo oposto à punição preconizada pelo rei: o perdão, através do exercício da graça.

No plano doutrinal, este regime complacente do perdão radica, por um lado, no papel que a doutrina do governo atribuía à clemência e, por outro lado, no que a doutrina da justiça atribuía à equidade. Quanto à clemência como qualidade essencial do rei, ela estava relacionada com um dos tópicos mais comuns da legitimação do poder real – aquele que representava o príncipe como pastor e pai dos súditos, que mais devia fazer amar que temer. Embora constituísse, também, um tópico corrente que a clemência nunca poderia atingir a *licença*, deixando impunidos os crimes (justamente porque um dos deveres do pastor é, também, perseguir os lobos), estabelecia-se como regra de ouro que, ainda mais freqüentemente do que punir, devia o rei ignorar e perdoar [...], não seguindo pontualmente o rigor do direito.²⁷⁹

Assim a prática do Direito oficial lusitano no Antigo Regime se mostra como um sistema normativo que contemplava discursivamente o rigor da punição das infrações penais, a exemplaridade do castigo e a salvaguarda da ordem pública em nome do rei. Todavia, na realidade cumpria uma outra função, que era a de legitimação do poder do soberano, pois, ao ameaçar punir, o rei se afirmava como o “justiceiro” e essencial protetor dos súditos; e, ao perdoar, ele mostrava o seu outro lado de igual legitimação de poder, mas agora como “pastor” e como “pai”. Enfim:

A mesma mão que ameaça com castigos impiedosos, prodigalizava, chegado o momento, as medidas de graça. Por esta dialéctica do terror e da clemência, o rei constituía-se, ao mesmo tempo, em senhor da Justiça e mediador da Graça. Se investia de *temor*, não investia menos no *amor*. Tal como Deus, ele desdobrava-se na figura do Pai justiceiro e do Filho doce e amável.²⁸⁰

Com tal análise sobre a inculcação ideológica da ordem real sobre os súditos, resta que o modelo de legitimação do poder estatal “cria um certo *habitus* de obediência, tecido, ao mesmo tempo, com os laços do temor e do amor”.²⁸¹ Dessa forma, a disciplina social, de fato, baseava-se preponderantemente em mecanismos cotidianos e periféricos de controle (informais), visto que a justiça oficial visava, com efeito, a supremacia simbólica do soberano enquanto titular do *ius puniendi*, ou seja, o Direito Penal tinha uma função eminentemente política de inserir o monarca no convívio social dos seus súditos. Por fim, junto à estratégia política da Coroa portuguesa em aplicar um modelo de Direito régio e “letrado” estavam

²⁷⁹ Ibid. p. 314.

²⁸⁰ Ibid., p. 316.

²⁸¹ Ibid., p. 317.

também envolvidos os “jogos políticos dos juristas, como mediadores exclusivos de uma tradição textual, dogmática e doutrinal.”²⁸²

Dessarte, com o destaque de algumas peculiaridades do sistema penal do Antigo Regime pode-se observar que, embora tenha ocorrido uma maior atividade legislativa por parte dos soberanos em assumir a posição de garante da ordem pública, os métodos tradicionais de resolução de conflitos intersubjetivos não desapareceram, mas, efetivamente, foram marginalizados e colocados na “informalidade” em relação ao Direito oficial, isto é, o Direito do soberano, representante do Estado e responsável pela segurança e ordem públicas.

2 ÉPOCA DO PREDOMÍNIO FILOSÓFICO E O SURGIMENTO DA CIÊNCIA PENAL

Durante o período denominado Antigo Regime, apesar de haver uma progressiva publicização do Direito Penal e uma tendência à absolutização do Estado, agora legitimado também pela teoria dos chamados contratualistas²⁸³, a partir do século XVII começaram

²⁸² Ibid., p. 319.

²⁸³ Uma das características gerais da Idade Moderna europeia (tradicionalmente considerada entre 29/05/1453 – com a tomada de Constantinopla pelos turcos Otomanos – até 14/07/1789 – com a tomada da Bastilha e início da Revolução Francesa) é que há uma decrescente autoridade da Igreja e uma crescente autoridade da ciência. Sem entrar em detalhes concernentes às revoluções científicas e liberais da Idade Moderna, Bertrand Russell (*História da filosofia ocidental*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968, v.3, p. 06-7) comenta que se pode notar que o Estado foi substituindo cada vez mais a Igreja como autoridade governamental que manipulava a cultura e, assim, o controle que a religião exercia sob os pensadores medievais já não era o mesmo que o Estado exercia sobre os filósofos. A primeira irrupção da ciência contra a Igreja foi a publicação da teoria de Copérnico em 1543, na qual a instituição católica interferiu imediatamente e, com isso, marcou o divórcio entre o dogma (conhecimento absoluto e imutável) e a ciência, que se pronuncia somente naquilo que consegue observar, tornando-se, assim, empírica. “Até aqui tenho falado da ciência *teórica*, que é uma tentativa para se *compreender* o mundo. A ciência *prática*, que é uma tentativa no sentido de *modificar* o mundo, foi importante desde o princípio, aumentando continuamente de importância, até o ponto de quase expulsar a ciência teórica do pensamento dos homens. A importância prática da ciência foi primeiro reconhecida em relação à guerra; Galileu e Leonardo obtiveram emprêgo do govêrno por ter afirmado que podiam melhorar a artilharia e a arte da fortificação. [...] A vitória da ciência foi devida, principalmente, à sua utilidade prática, tendo havido uma tentativa no sentido de se divorciar êste aspecto do da teoria, fazendo-se, dêsse modo, da ciência, cada vez mais, técnica, e cada vez menos uma doutrina do mundo.” Foi nesse cenário praticamente cientificado pelas teorias racionalistas de René Descartes (1596-1650) e pelo empirismo de Francis Bacon (1561-1626) que surgiu o chamado “contratualismo” de Thomas Hobbes (1588-1679) (*Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 145), que, explicando as leis da natureza e a sua relação com a liberdade individual, teceu considerações à teoria dos contratos e validade dos pactos celebrados e, então afirma: “Diz-se que um *Estado* foi *instituído* quando uma *multidão* de homens concordam e *pactuam*, cada um com cada um dos outros, que a qualquer *homem* ou *assembléia de homens* a quem seja atribuído pela maioria o *direito* de *representar* a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu *representante*), todos sem exceção, [...] É desta instituição do Estado que derivam todos os *direitos* e *faculdades* daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido.”. Seguiram alguns dos pressupostos do jusnaturalismo e contratualismo de Hobbes o também inglês John Locke (1632-1704) e Jean-Jackes Rousseau (1712-1778) (*Do contrato social*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 55), que, por sua vez, afirma: “A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família; ainda assim só se prendem os filhos ao pai enquanto dele necessitam para a própria conservação. [...] Se continuam unidos, já não é natural, mas voluntariamente, e a própria família só se mantém por convenção. Essa liberdade comum é uma consequência da natureza do homem.” Através das teorias desses três filósofos pode-se

alguns intelectuais a questionar o Poder do Estado Absoluto e a desenvolver um pensamento jurídico fundado no racionalismo e no contratualismo social. Segundo Michel Foucault, o personagem central de todo o edifício jurídico, desde a Idade Média, era o rei, e os juristas tinham sido servidores do rei ou seus adversários, mas, de qualquer maneira, foi sempre sobre o Poder real que se construíram os edifícios do pensamento e do saber jurídico. Nessa perspectiva, havia duas formas de se pensar esse Poder: a) ou o rei encarnava de fato a soberania viva como o seu direito fundamental, formando o Estado absolutista; b) ou, ao contrário, era necessário limitar o poder do soberano, sendo que ele deveria se sujeitar à lei para conservar a sua legitimidade. Seja como for, a teoria do Direito era essencialmente centrada no rei.²⁸⁴ As teses, sobretudo no decorrer do século XVIII, que passaram a questionar o poder do rei com base em dogmas religiosos e afirmavam que era a “razão” a força propulsora da humanidade, foram chamadas de “Iluministas” e promoveram uma verdadeira revolução no pensamento político ocidental, incluindo, evidentemente, as idéias pertinentes ao Direito Penal.²⁸⁵

O iluminismo francês surgiu em meio a um ambiente intelectual revolucionado com as descobertas científicas concernentes, sobretudo, à física e à matemática, que comprovaram que o “Universo” está em constante movimento e que a terra não está no centro desse. Ao contrário do racionalismo iluminista, a Igreja mantinha o dogma sobre a imutabilidade das obras divinas e, portanto, das ordens sociais estabelecidas por vontade de Deus. Os intelectuais do século XVIII puderam, então, reparar que as comprovações científicas no campo da mecânica (movimento) não se aplicavam à estrutura social da época, pois o Antigo Regime contemplava, no plano político, a existência do Estado Nacional administrado por uma Monarquia Absolutista (estática) e, socialmente, havia uma diferenciação baseada no privilégio, coexistindo uma sociedade estamental e de ordens.²⁸⁶ Nessa perspectiva, a

perceber o papel do indivíduo perante o Estado, nascendo, daí, algumas das concepções doutrinárias mais importantes sobre o individualismo em uma perspectiva jusnaturalista. Nesse sentido, consultar: WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 63-4.

²⁸⁴ FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. Op. cit., p. 181.

²⁸⁵ Bertrand Russell (*História do pensamento ocidental*. Op. cit., p. 331-2.) explica que: “O movimento do iluminismo, ou *Aufklärung*, como mais tarde foi chamado pelos alemães, não esteve invariavelmente ligado em particular a nenhuma escola de opinião filosófica. Foi antes o resultado das lutas religiosas, sangrentas e inconclusas, que aconteceram nos séculos XVI e XVII. [...] O direito divino dos reis não combina com a livre expressão de opiniões sobre religião. [...] O iluminismo foi essencialmente uma revalorização da atividade intelectual independente que pretendia, literalmente, difundir a luz até onde então prevalecia as trevas.”

²⁸⁶ Hilário Franco Júnior (*As cruzadas*. Op. cit., p. 13 e 20) explica que na sociedade de ordens “a condição social de cada indivíduo estava definida por Deus logo ao nascimento, ficando portanto estabelecida a vitaliciedade e hereditariedade: filho de nobre e nobre, filho de camponês é camponês. Como a condição de cada pessoa tinha sido determinada por uma ordem divina – daí o termo ‘sociedade de ordens’ – naturalmente não havia possibilidade de mudanças; era uma sociedade de rígida estratificação” A diferença para a “sociedade

estrutura social do Antigo Regime era representada por três “Estados”: o 1º era o Clero (alto e baixo); o 2º era a Nobreza (de sangue e a togada – título comprado pelos burgueses); e o 3º era a grande maioria da população, formada por grupos heterogêneos (desde a grande burguesia até os camponeses). Enfim, o rei estava acima de todas estas ordens.²⁸⁷

Sem adentrar em questões teóricas a respeito da Filosofia Iluminista, vale registrar que ocorreu uma crescente crise no sistema do Antigo Regime durante o século XVIII, que estava sendo malsinado de vícios, sobretudo pela composição (estática) das classes sociais que existiam na época: os representantes do Primeiro e do Segundo Estados possuíam os mais amplos privilégios, destacando-se a prerrogativa de não pagarem impostos e o poder de cobrá-los do terceiro Estado. A burguesia francesa, a partir do século XVIII, estava suficientemente fortalecida economicamente para não mais necessitar da proteção do rei em seus interesses mercantis e industriais. Assim, os burgueses, inspirados pelas teorias jusnaturalistas de Jean-Jacques Rousseau e de Charles Loms de Secondat, o Barão de Montesquieu, além do deísmo anticlerical de Voltaire²⁸⁸, passaram a contestar a legitimidade do poder político pertinente ao Antigo Regime e, auxiliados pelos “plebeus”, promoveram as Revoluções Liberais, em especial a Revolução Francesa em 1789, com uma proposta de sociedade livre, igual, democrática, constitucional, legalista e não dogmática. Durante o transcorrer do século XVIII, o Iluminismo deixou de ser um fenômeno exclusivamente francês e sua influência se espalhou para outros lugares da Europa e do Mundo, favorecendo, também, o movimento de independências nas Américas.²⁸⁹

estamental” é que, nesta, o indivíduo pode mudar de classe social, de tal forma que “enquanto na primeira o indivíduo é de determinada camada social, condição estabelecida por ordem divina desde o nascimento, na segunda o indivíduo *está* num certo grupo social.”

²⁸⁷ Cf. MERCADANTE, Antônio Alfredo. *História é vida: as sociedades modernas e contemporâneas*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1990, p. 61-2.

²⁸⁸ François- Marie Arouet (1694-1778) adotou, por volta de 1717, o nome de “Voltaire” (anagrama de Arovet l. i. – *le ieune*), quando foi recolhido à Bastilha. No *Dicionário filosófico* (1764), pode-se notar suas críticas à religião e aos soberanos característicos do Antigo Regime. Por exemplo quando Voltaire (*Dicionário filosófico*. São Paulo: Atena, 1959, p. 170) comenta sobre a “Graça”, em certo momento escreve: “Meus reverendos padres, sois um gênios terríveis; pensávamos tolamente que o Ser Eterno não se guia jamais pelas leis particulares como os vis humanos, mas sim por suas leis gerais, eternas como êle. Nenhum de nós jamais imaginou que Deus se assemelhasse a um soberano insensato que concede um pecúlio a um escravo e recusa alimentação a outro, que ordena ao maneta amassar-lhe a farinha, a um mudo que lhe leia o jornal, a um pernetta que lhe sirva de mensageiro. [sic]”

²⁸⁹ No que tange à Independência das Treze Colônias britânicas na América do Norte, consultar MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. Op. cit., p. 297-301. Sobre a influência do iluminismo e da Independência das Treze Colônias no Brasil colonial, verificar: JANCÓS, István. A sedução da liberdade: cotidiano e contestação política no final do século XVIII. In: MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v.1, p. 388-437. Sobre a crise do Sistema Colonial no Brasil e a Inconfidência Mineira, consultar: SILVA, Francisco de Assis. *História do Brasil: colônia, império e república*. São Paulo: Moderna, 1992, p. 102-9. Finalmente, alguns comentários

Apesar de ter sido iniciado na França o movimento filosófico que denunciava os abusos do Antigo Regime e previa modificações nas relações preexistentes entre a vontade, a autoridade e o uso da razão²⁹⁰, o Iluminismo espalhou-se rapidamente por toda a Europa como sendo uma revolução intelectual e divulgou a idéia de homens esclarecidos cuja sabedoria estaria baseada nas descobertas científicas e na preponderância da razão nos mais diversos campos de estudo. No tocante às influências exercidas no campo do Direito Penal, além da filosofia jusnaturalista, também foram preconizadas reformas humanistas²⁹¹, e a primeira obra publicada na Europa, que teve imediata repercussão em vários países foi: *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas) editada em 1764 por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, inaugurando, assim, o denominado “Período Humanitário do Direito Penal” no ocidente europeu e, também, a chamada “Escola Clássica”²⁹². Pode-se notar, assim, que foi no decorrer do Iluminismo que se iniciou um movimento (intelectual) que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal e, a partir dos novos ideais científicos e filosóficos que surgiram principalmente no século XIX, é que foram adotados os novos paradigmas legitimadores do Direito Penal, como será visto adiante.

2.1 Período Humanitário do Direito Penal

sobre as influências das idéias iluministas na América Latina, consultar: POMER, Leon. *As independências na américa latina*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

²⁹⁰ Nesse sentido, vale a pena consultar: FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? In: FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 335-351.

²⁹¹ Sobre isso, consultar: WOLKMER, Antônio Carlos. O direito como expressão da vontade e da razão humanas: Jean-Jackes Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente*. Barueri: Manole: Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005, p. 85-104.

²⁹² O saber penal na Itália mostrou-se diferenciado pelas questões de método de investigação científica, tendo três Escolas, entre outras, marcado o universo penal naquele país entre a segunda metade do século XVIII e a segunda metade do século XIX: A Escola Clássica (método dedutivo), a Escola Positiva (método indutivo) e a Escola Técnico-Jurídico. A primeira tinha como objeto o Direito natural; a segunda, o delito como um fato natural e social; e a terceira, o Direito positivo. A Escola Clássica foi designada por Enrico Ferri (provavelmente) em 1880, quando este teceu críticas aos seus representantes por pregarem a diminuição de penas e possibilitarem um individualismo exacerbado por parte dos que propunham a defesa dos Direitos Humanos. Como esse autor foi um dos representantes mais importantes da Escola Positiva (empirista), não é difícil de se notar a incompatibilidade do pensamento científico-positivista com o pensamento lógico-abstrato da filosofia do iluminismo que marcou a chamada Escola Clássica. Esta Escola, na verdade, serve para designar alguns autores que desenvolveram teorias sobre o Direito Penal no marco histórico do Iluminismo, e se mostra essencialmente marcada pelo pensamento filosófico liberal e humanístico, que questionava os limites do poder de punir do Estado frente à liberdade individual, exigindo a racionalização do poder contra toda intervenção estatal arbitrária. Não é uniforme a inclusão de certos autores que trataram de teorias sobre o Direito Penal na Escola Clássica, mas pode-se enumerar alguns representantes do período filosófico como: Marquês de Beccaria (1738-1794); Jeremias Bentham (1748-1832); Gaetano Filangieri (1752-1788); Giandomenico Romagnosi (1761-1835) e Pablo Anselmo von Feuerbach (1775-1833); e outros autores representantes do período jurídico como Giovanni Carmignani (1768-1847); Pelegrino Rossi (1781-1848) e Francesco Carrara (1808-1888).

Para se compreender o combate dos intelectuais iluministas ao Direito Penal do Antigo Regime, ressalta-se que os delitos e as penas pautavam-se em distinções e privilégios entre as classes sociais e, diante dos inevitáveis prejuízos para a grande maioria da população – inclusive os burgueses – que não possuíam nenhuma posição vantajosa como os reis, nobres e eclesiásticos, a proporção entre conduta criminosa e pena aplicada não era igual para todos, de tal maneira que não havia previsibilidade sobre o que uma pessoa fazia e a punição que iria receber, exceto no que concerne às práticas da tortura e da aplicação de penas cruéis.

Carlo Calisse, ao comentar sobre as características do procedimento penal e a classificação dos crimes no Antigo Regime, afirma que, quanto ao procedimento, existiam os crimes eclesiásticos, os seculares e os comuns, sendo que muitas condutas confundiam as competências, como, por exemplo, no caso de adultério, que era considerado crime eclesiástico, mas também comum; seja como for, a maioria das infrações acabavam sendo consideradas de interesse público e punidas com maior ou menor rigor. No tocante às penas, havia as ordinárias (decorrentes da lei) e as extraordinárias (arbitradas pelos magistrados); as infamantes ou não infamantes. Além de outras classificações não menos importantes, ressalta-se que os crimes também eram considerados leves, graves (atrozes) e gravíssimos (atrocíssimos), e que tinham maior importância prática, visto que era a “qualidade” do crime que determinava a pena a ser aplicada: *“tanto gravior delictum iudicari debet, quanto gravior poena pro eo imposita reperitur.”*²⁹³

Mesmo com essas classificações e outras distinções complexas entre delitos e penas, havia não poucos inconvenientes na administração do Direito Penal do soberano, sendo um deles os desacordos teóricos entre os juristas para o enquadramento das condutas em determinadas categorias, pois, conforme a posição social do agente agressor ou agredido, a conduta praticada, a natureza do crime etc., o julgamento e a aplicação da pena ao condenado tornavam a justiça criminal algo obscuro e arbitrário. Nessa perspectiva, Carlo Calisse ilustra o ponto de vista de um famoso jurista seiscentista, Prospero Farinaccio, que afirmara que os crimes leves seriam aqueles praticados sem dolo (não intencionais ou culposos), enquanto os crimes graves seriam aqueles premeditados (intencionais ou dolosos). Disto

²⁹³ Op. cit., p. 268-9. *“In quanto alla procedura, si distinguono, in primo luogo, i reati in ecclesiastici, secolari e comuni, secondo che il giudice ecclesiastico è competente per essi, o quello secolare, o l’uno e l’altro insieme”* [...] *“In quanto alla pena, oltre alla distinzione dei reati in ordinari e straordinari, secondo che la lor pena è determinata dalla legge, ovvero è rimessa all’arbitrio del giudice; ed oltre a quella di reati infamanti e senza infamia, secondo che questa ne conseguiva o mancava; si ha l’altra, che fu tra le distinzioni di maggiore importanza pratica, cioè di reati lievi, gravi od atroci, gravissimi od atrocissimi. La gravità della pena era il*

resultava que, mesmo a mais leve injúria ou pequeno furto praticados, desde que fossem praticados com dolo, seriam considerados crimes graves. Ainda, se o dano causado por uma conduta fosse grandíssimo, também seria gravíssimo o crime; mas isso não era aceito por todos os jurisconsultos e, seja como for, o exame da causa e a aplicação da pena acabavam restando ao arbítrio do magistrado.²⁹⁴

O Marquês de Beccaria, influenciado pelo estudo das obras dos pensadores franceses²⁹⁵, procurou difundir os princípios Iluministas na Itália denunciando e criticando os abusos e as injustiças dos processos criminais em voga, que ainda preservavam as características do Antigo Regime. Na prática, o tratado *Dos Delitos e das Penas* prega as máximas da filosofia política liberal aplicadas à legislação penal. Como notam muitos autores contemporâneos, os princípios básicos preconizados pelo Marquês de Beccaria não foram totalmente originais, mas, certamente, contribuíram para a fixação dos postulados básicos do Direito Penal Contemporâneo, mormente pela expressão do movimento europeu de reforma do Direito Penal.²⁹⁶

A obra de Beccaria simboliza um saber Iluminista-reformista, com a exigência da fundação de um Direito Penal que promettesse a segurança jurídica individual através da própria lei, isto é: o princípio da legalidade no tocante aos delitos e às penas, baseado no princípio utilitarista de maior felicidade para o maior número de pessoas (contrato social e divisão dos poderes)²⁹⁷. Notadamente, seus pressupostos filosóficos e ideológicos foram aplaudidos pelo movimento de codificação europeu e, como destaca Vera Regina Pereira de

critério per determinare quella del reato: tanto gravior delictum iudicari debet, quanto gravior poena pro eo imposita reperitur.”

²⁹⁴ Ibid., p. 270-1. “*Perciò Farinacio tenta altre vie, e incomincia a guardareal reato in sè stesso, per scoprire la natura. Egli dice che i reati lievi sono quelli commessi senza dolo, cioè per colpa; che dove il dolo e la premeditazione si mostrano, ivi il reato è grave. Neppur questo è esatto del tutto, perchè non cesserebbe di essere reato lieve una piccola ingiuria, um furto assai tenue, quantunque il doso ci fosse; e perciò Farinacio aggiunge che sono gravi i reati quando tendunt in magnum damnum vel praeiudicium alterius vel reipublicae: se il danno fosse grandissimo, allora sarebbe gravissimo il reato. Com ciò si torna all’esame dei fatti e all’arbitrio del giudice: [...]*”

²⁹⁵ Carlo Calisse (Op. cit., 304-5) destaca parte de uma carta de Beccaria a Morellet, tradutor do seu livro para o francês: “*io debbo tutto ai libri francesi; essia hanno risvegliato nell’animo mio i sentimenti di umanità, che erano stati soffocati da otto anni di educazione fanatica.... D’Alembert, Diderot, Elvezio, Buffon, Hume, nomi insigni, che nessuno ode senza sentirsi commovere, le vostri immortali opere sono mia lettura continua, ed oggetto delle mie occupazioni nel giorno, delle mie meditazioni nel silenzio della notte!... Da soli cinque anni data la mia conversione alla filosofia, e ne vado debitore alla lettura delle lettere persiane. La seconda opera che compì la rivoluzione della mia mente, è quella di Elvezio. Questo mi spinse con forza irresistibile nel cammino della verità, e risvegliò pel primo la mia attenzione sull’accecamento e sui mali dell’umanità. [sic]*”

²⁹⁶ Nesse sentido, consultar: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1959, p. 7-8; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1995, v.1, p. 37-8; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 48-52.

²⁹⁷ Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 32-3.

Andrade, acabaram servindo – as críticas de Beccaria – para a inauguração de um novo Direito Penal, que não estava pautado em ataques ao Antigo Regime, mas se caracterizava como produtor de um saber eminentemente construtivo do Direito Penal: o positivado, tendo como pano de fundo o método racionalista e a ideologia liberal.²⁹⁸ Ainda, de maneira precisa, Paolo Grossi comenta que os escritos de Beccaria foram, ao mesmo tempo, contundentes e ingênuos, pois atacaram o direito comum monopolizado pelos juízes e doutrinadores e pregaram a favor de um direito “iluministicamene resumido em um complexo de leis soberanas.”²⁹⁹

De fato o Marquês de Beccaria acreditava em um Poder soberano (abstrato) regulado pelas convenções feitas entre homens livres e pelas leis sabiamente construídas em uma perspectiva racionalista, burguesa e liberal.³⁰⁰ Suas críticas foram construídas contra as paixões, barbáries e irracionalidades dos processos criminais de sua época e, por isso, as denúncias pautavam-se quase que exclusivamente contra os abusos dos tribunais e a aplicação de penas aflitivas; mas não no que tange à legitimidade das leis penais declaradas oficialmente por um Poder soberano, pois, segundo sua visão contratualista, as leis foram as condições de reunião dos indivíduos:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por tôda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A sôma de tôdas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou-se a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Não bastava, porém, ter formado êsse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações do homem para o despotismo, que êle procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir êsse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Êsses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.³⁰¹

²⁹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 52-3.

²⁹⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Op. cit., p. 113.

³⁰⁰ Nesse sentido, o Marquês de Beccaria (Op. cit., p. 26-7) afirma: “Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vêzes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir tôdas as ações da sociedade com êste único fim: *todo o bem-estar possível para a maioria*. [...] As verdades filosóficas, por tôda parte divulgadas através da imprensa, revelaram enfim as verdadeiras relações que unem os soberanos aos súditos e os povos entre si. O comércio animou-se e entre as nações elevou-se uma guerra industrial, a única digna dos homens sábios e dos povos policiados. Mas se as luzes do nosso século já produziram alguns resultados, longe estão de ter dissipado todos os preconceitos que tínhamos. Ninguém se levantou, senão frouxamente contra a barbárie das penas em uso nos nossos tribunais.”

³⁰¹ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 32-3.

O fundamento da punição, para Beccaria, está na necessidade de abalar as paixões dos indivíduos para que sejam adotados princípios estáveis de conduta na sociedade.³⁰² Nessa ótica, o conjunto das pequenas porções de liberdade cedidas por cada indivíduo – que é representado pelo “Soberano” –, permitiria o uso de meios necessários para constranger os homens a ceder parte de sua liberdade; mas, se o exercício do Poder se afastar dessa finalidade, então ocorre o abuso, e não a justiça: “é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.”³⁰³ De qualquer maneira, as penas são vistas como uma necessidade de conservar o depósito da salvação pública e, assim, “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não podem residir senão na pessoa do legislador, que representa tôda a sociedade unida por um contrato social.”³⁰⁴ Disto resulta um dos alicerces do Direito Penal Contemporâneo: o princípio da legalidade e da reserva legal.

Beccaria deixa clara a sua idéia de que o delito é uma relação entre o soberano e o delinqüente, sendo que a mediação entre o direito de punir daquele e o acusado cabe ao magistrado, que deve apenas aplicar a lei emanada do poder legislativo, sem ter o direito de interpretar as normas, justamente porque o magistrado não é legislador. Enfim, trata-se da clássica tripartição dos poderes do Estado:

Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Êsse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apêlo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há.³⁰⁵

Para o autor italiano, uma questão penal somente é resolvida com a inevitável e precisa aplicação da lei (convenções públicas), pois, considerando que a “verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade”³⁰⁶, até os delitos de menor importância devem ser punidos. Neste sentido, ele afirma:

Como os homens não se entregam, a princípio, aos maiores crimes, a maior parte dos que assistem ao suplício de um celerado, acusado de algum crime monstruoso, não experimentam nenhum sentimento de terror ao verem um castigo que jamais imaginam poder merecer. Ao contrário, a punição pública dos pequenos delitos mais

³⁰² Ibid., p. 66. “Qual o fim político dos castigos? O terror que imprimem nos corações inclinados ao crime. [...] Um crime já cometido, para o qual já não há remédio, só pode ser punido pela sociedade política para impedir que outros homens cometam outros semelhantes na esperança da impunidade.”

³⁰³ Ibid., p. 33-4.

³⁰⁴ Ibid., p. 35.

³⁰⁵ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 37.

³⁰⁶ Ibid., p. 127.

comuns causar-lhes-á na alma uma impressão salutar que os afastará de grandes crimes, desviando-os primeiro dos que o são menos.³⁰⁷

O Marquês de Beccaria não menciona, em momento algum de sua obra, possíveis métodos de resolução de conflitos penais de menor importância entre os próprios envolvidos na infração. Todavia, ao que tudo indica, isto seria algo contrário às suas expectativas, pois entende que a “perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, [...]”³⁰⁸ e, por isso, deixar o poder público de aplicar uma pena preconizada por uma lei penal seria um estímulo à prática das condutas criminosas, sobretudo no que concerne ao caráter público do Direito Penal. O autor italiano ainda critica as penas pecuniárias pagas aos soberanos como extintivas da punibilidade, pois os atentados contra a segurança pública se tornariam objeto de lucro – como na Idade Média –, e fazer dos delitos um negócio civil e pertinente à matéria do fisco não traria nem proteção e nem tranquilidade pública e, também, não daria o exemplo inibidor proporcionado pela aplicação dos castigos inevitáveis.³⁰⁹

Beccaria também não menciona a possibilidade de composição dos danos sofridos pelas vítimas como uma maneira alternativa de se resolver um conflito penal intersubjetivo. Neste aspecto também se pode notar que suas idéias tendem a ser contrárias a tal possibilidade, pois ele afirma que todo o delito é uma violação ao pacto social e o direito de punir pertence ao soberano – guardião da ordem pública – e não ao interesse privado do súdito (ou cidadão). No tocante à renúncia da vítima à aplicação do castigo, o autor italiano é categórico ao afirmar que o perdão dessa não deve interferir na aplicação da lei:

Às vezes, a gente se abstém de punir um delito pouco importante, quando o ofendido perdoa. É um ato de benevolência, mas um ato contrário ao bem público. Um particular pode bem não exigir a reparação do mal que se lhe fêz; mas o perdão que êle concede não pode destruir a necessidade do exemplo. O Direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção dêsse direito, mas não tem nenhum poder sôbre a dos outros.³¹⁰

Ele também rechaça a idéia da concessão da “graça” pelo soberano, pois, apesar de reconhecer que é “a mais bela prerrogativa do trono”, considera que é, ao mesmo tempo “uma desaprovação tácita das leis existentes”.³¹¹ Dessa forma, Beccaria firma a sua opinião de que todos os delitos devem ser castigados publicamente – nos limites das leis –, sobretudo os de

³⁰⁷ Ibid., p. 112.

³⁰⁸ Ibid., p. 113.

³⁰⁹ Ibid., p. 189.

³¹⁰ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 114.

³¹¹ *Idem.*

pequena gravidade, pois “se se deixar ver aos homens que o crime pode ser perdoado e que o castigo nem sempre é sua conseqüência necessária, nutre-se nêles a esperança da impunidade; faz-se com que aceitem os suplícios não como atos de justiça, mas como atos de violência.[sic]”³¹²

Certamente as idéias iluministas inseridas no campo do Direito Penal trouxeram inúmeras vantagens no que concerne à humanização das penas aplicadas e ao primado da lei como orientadores da justiça criminal já a partir do século XVIII em muitas regiões da Europa ocidental. Entretanto, a hegemonia do poder de punir centralizado nos legisladores e juízes, a descrição precisa da conduta e a previsão da pena no caso de violação da própria lei (infração) – um enunciado eminentemente político –, além de permitirem uma centralização absoluta dos poderes ao Estado – representante de todas as vontades da sociedade –, tonaram a lei penal o único critério de justiça, seguindo o princípio da utilidade social; não visando a tutela dos interesses dos envolvidos no conflito, exceto de maneira secundária. Como comenta Mario Sbriccoli, o Direito e o Processo vieram redimensionados em uma série de princípios substitutivos dos valores ético-religiosos que haviam dominado o Direito Penal por séculos, abrindo o caminho para a “depecatização” e secularização do Direito por meio da laicização, racionalização, utilidade, proporção, ordem, certeza (jurídica), garantia e liberdade do indivíduo. Mas, junto com essas características, veio a pena pública, certa, dissuasiva e destinada a emendar o culpado, compreendendo, assim, “as três principais diretrizes da ideologia do Iluminismo penal (humanitarismo, utilitarismo, proporcionalismo)”³¹³.

Antônio Manoel Hespanha comenta que a construção liberal do Estado foi dominada pelas idéias de unidade da soberania e do primado da lei, e teve suas primeiras manifestações nos cultores do *ius publicum* iluminista, tornando a justiça, além de subalterna à atividade do legislador, apenas uma das atividades do poder do Estado e dirigida a observar as leis: “Se, antes, a *iurisdictio* era o pólo para que se orientava todo o governo, agora é este (com os seus objectivos próprios) que orienta e legitima a justiça.”³¹⁴ Com a prática das idéias iluministas no

³¹² Ibid., p. 115.

³¹³ Op. cit., p. 188. “*Diritto e processo vengono rigenerati in una griglia di principi emergenti da un’operazione di sostituzione epocale: il referente etico-religioso, che aveva dominato il penale per secoli, viene ridimensionato per fare luogo alla prevalenza del diritto, alla laicità e ragione, utilità e proporzione, ordine, certezza e garanzia. [...] Si avvia di lì il lungo cammino della ‘depeccatizzazione’, o secolarizzazione, del diritto penale sostanziale: l’incriminazione partirà soltanto dalla legge, e le sole figure di reato saranno quelle stabilite dalla legge. [...] La responsabilità penale sarà personale, e personale sarà la pena, che dovrà essere pubblica, pronta, certa, proporzionata al delitto, ineluttabile se dovuta, afflittiva ma non punitiva del reo, dissuasiva per gli altri, di emenda per il colpevole. Essa compendia le tre principali direttrici dell’ideologia dell’Iluminismo penale (umanitarismo, utilitarismo, proporzionalismo),[...].*”

³¹⁴ HESPANHA, Antônio Manoel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. Op. cit., p. 384.

campo do Direito (Penal), pode-se observar que a Justiça do rei, que durante o Antigo Regime foi uma instituição destinada à administração do soberano e à proteção dos interesses da coroa – entre estes a ordem pública –, com o advento do Estado liberal e a crescente declaração de Direitos, o Poder Judiciário passou a ser, também, o órgão do Estado responsável pela confirmação dos Direitos declarados (prometidos) pelo Poder Legislativo. Nessa direção, Paolo Grossi, no intuito de “desmitificar” o Direito Contemporâneo, afirma:

O que o Estado moderno assegura aos cidadãos é somente um complexo de garantias formais: é lei somente o ato que provém de determinados órgãos (normalmente o Parlamento) e segundo um procedimento detalhadamente especificado. O problema de seu conteúdo, ou seja, da justiça da lei, da correspondência ao que a consciência comum reputa justo, é substancialmente estranho a essa visão. Obviamente, a justiça permanece como objetivo do ordenamento jurídico, mas é um objetivo exterior; os cidadãos podem somente ter a esperança de que os produtores de leis – que são, pois, os detentores do poder político – ajustem-se a essa, mas devem de qualquer modo prestar obediência também à lei injusta.³¹⁵

2.2 Direito oficial e a (in)formalização das transações privadas no âmbito penal (século XVIII)

No âmbito do Direito Penal, além da proibição da chamada “vingança privada”, um dos mecanismos utilizados pelo Poder soberano para desviar a resolução dos conflitos do domínio privado e entregá-la ao domínio público foi, justamente, a promessa do Estado de resolver os conflitos através da lei racional. Para ilustrar a substituição dos métodos informais de resolução de conflitos (entre ofensor e vítima) pelo sistema estatal, Nicole Castan, ao comentar a arbitragem durante o século XVIII na região do Languedoc (população do sul da França), afirma:

Uma elevada proporção dos inumeráveis conflitos da vida quotidiana nunca será regulada por procedimentos oficiais e nem sequer entrará no sistema judicial. Muitas ofensas serão toleradas quer intencionalmente quer por inércia judicial, ou virão a desaparecer devido à ineficácia generalizada. Esta soma variável de incidentes não é objeto de qualquer registo sistemático e torna-se extremamente difícil de calcular, embora o seu rasto surja com bastante frequência em processos subsequentes, suscitados pela exasperação de um conflito não resolvido. Outras ofensas, em quantidade igualmente variável, podem mais facilmente ser detectadas, graças aos registos da mediação não oficial que eventualmente tenham sobrevivido. Neste caso, as duas partes, ofensor e vítima, mais desejosas de uma solução rápida do que uma punição exemplar, escolheram deliberadamente resolver o conflito por meio do acordo privado. [...] Ao recorrer à lei, as partes mudam de tática: em vez de negociação e arbitragem, o tom passa a ser de luta pelos direitos que cada um procura sustentar até à última minúcia; o aparelho do Estado assume a tarefa de resolver o conflito, e a autoridade exterior do juiz dominará o curso dos processos à medida que evoluem no âmbito das normas da lei.³¹⁶

³¹⁵ GROSSI, Paolo *Mitologias jurídicas da modernidade*. Op. cit., p. 24.

³¹⁶ CASTAN, Nicole. A arbitragem de conflitos sob o “ancién régime”. In: HESPANHA, António Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 471-2.

Nessa perspectiva, pode-se perceber que o Estado oitocentista não somente se auto-afirmou como detentor do *ius puniendi* e legítimo representante da ordem pública, como também passou a prometer a todos os indivíduos a sua atenção na resolução dos conflitos em que se propôs interferir, isto é, o Estado passou a utilizar cada vez mais o discurso jurídico não apenas para proibir ou exigir determinadas condutas, mas, sobretudo, passou a reconhecer – prometer – os direitos individuais e colocou à disposição dos seus súditos (ou cidadãos) os seus tribunais como sendo o órgão oficial de concretização dos direitos declarados pelo próprio Estado soberano³¹⁷.

Nicole Castan explica que durante a metade do século XVIII, a monarquia (francesa) procurava persistentemente racionalizar a administração e a justiça, com o intuito de “ganhar um maior domínio sobre a atividade dos indivíduos” e o resultado foi “uma deliberada expansão do volume da actividade judicial”.³¹⁸ Isso parece explicar como ocorreu uma maior expansão dos litígios judiciais no crepúsculo do Antigo Regime, pois houve, de fato, uma maior propensão da população em recorrer ao direito oficial – em especial no que concerne à defesa da propriedade –, o que acabou levando a uma progressiva extinção dos métodos

³¹⁷ Importante mencionar, nesse contexto, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, prescrevia que uma pessoa só perderia a liberdade por força da Lei. Na França do século XVIII os conflitos familiares (ordem privada) eram resolvidos no ambiente doméstico e, para evitar a publicização da honra familiar, surgiu a chamada *lettre de cachet*, que era uma ordem real para prender qualquer cidadão a pedido de um familiar que tivesse o poder de impor a sua autoridade a um parente. Esse mecanismo arbitrário da autoridade real constituía uma bênção para muitas famílias que desejavam evitar o *streptus iudicii* em torno de um fato desonroso. Como destaca Arlette Farge (Famílias, a honra e o sigilo. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger. *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.3, p. 598): “O pedido de prisão através da *lettre de cachet* tornava-se o meio de conciliar a reparação da honra com a privacidade da família.” O caráter sutil desse expediente real, comenta a mesma autora (Ibid., p. 605), está justamente na aproximação do súdito à força coercitiva – polícia – do rei: “Permitindo que o rei e o povo se unam para sempre através dessas formas pessoais de autoridade e intervenção. Conhecer o povo, interferir na rede de suas relações habituais e familiares, explorar esse universo para dominá-lo e incitá-lo a comportamentos ordenados.” Enfim, as *lettres de cachet* tornaram-se contrárias à Declaração dos Direitos dos Homens e foram proibidas a partir de março de 1790. Como os conflitos entre familiares continuavam a existir, em agosto do mesmo ano foram instituídos os tribunais de família e, para se ter noção da mudança estrutural ocorrida no campo do direito, Arlette Farge (Ibid., p. 614) ressalta: “Já que se instituiu um tribunal de família, a reflexão naturalmente recai no pátrio poder, outro aspecto da questão familiar. Como diz o deputado Grossin: ‘Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, convém fazer, por assim dizer, a Declaração dos direitos dos esposos, dos pais, dos filhos, dos parentes.’” Com tais informações, pode-se perceber que o Direito, a partir do século XVIII, passa a ser construído sob forma de declarações formais de direitos, isto é, eclode a época das Codificações e do Direito positivado, em substituição às vontades do rei e à definição formal da vontade do povo pelo Poder Legislativo. Enfim, o Direito passou a ser um discurso do Estado legitimado pela vontade da nação e os costumes populares foram tachados de informais e orientadores da aplicação do Direito formal apenas nos casos de omissão da lei.

³¹⁸ Op. cit., p. 474.

informais de resolução de conflitos e a uma carga cada vez mais crescente sobre a máquina judiciária, cuja capacidade de suportar o número de processos era duvidosa.³¹⁹

Observa-se, nesse contexto, um fenômeno bastante interessante sobre o real funcionamento dos tribunais do Estado perante as relações existentes entre a expectativa do indivíduo em resolver seus conflitos – representado pelo mal definido espaço da iniciativa privada – e o recurso ao Direito oficial declarado pelo Estado – representado pela ineficácia e pelas insuficiências da esfera judiciária. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que muitas pessoas tendiam a olhar a intervenção do Poder Judiciário como uma “intromissão mal recebida, semelhante à imposição fiscal”³²⁰, ocorreu um crescente apelo à força da justiça, devido a uma nova concepção (racional e burguesa) de Estado. Tal paradoxo representa um aspecto bastante relevante para se entender o funcionamento (ambíguo) da justiça oficial, pois as pessoas procuravam os tribunais do Estado para concretizarem os seus “Direitos”, mas encontravam tantas dificuldades que acabavam encerrando o litígio mediante acordos: “No século XVIII, basta ter algo de seu para se correr o risco de ser apanhado pela máquina judiciária e para procurar escapar-lhe pelo compromisso.”³²¹ Enfim:

Numa sociedade tradicional como a do Languedoc, no *ancien régime*, a propensão ao compromisso é sempre forte e espontânea, e favorecida, aliás, por uma justiça com uma intervenção intermitente. A todos os níveis sociais abundam os aforismos de sobreaviso. Diz-se, e não apenas no Vivarais: “Mais vale guardar o dinheiro que entrar em demanda”; e no Gers: “Há que desconfiar da justiça”; e em toda a parte: “mais vale um mal acordo que um bom processo”.³²²

Outra característica que revela a ruptura da sociedade oitocentista com a sociedade medieval no que concerne aos compromissos jurídicos firmados entre as partes é a noção de paz cristã. Nesse sentido, Nicole Castan informa que desde a Contra-Reforma (século XVI) havia um dever dos cristãos de procurar a paz e o amor do próximo, isto é, a busca por uma conciliação era estimulada pelo dever religioso, representado pelo medo que os fiéis tinham de uma reprovação geral da comunidade e das autoridades eclesiásticas. Entrementes, parece

³¹⁹ Nicole Castan (*Idem*) pondera que “nos últimos anos do *ancien régime*, a população se confrontou com esta intensificação dos litígios judiciais em um clima demográfico e económico favorável a conflitos e frustrações. As divisões sociais aprofundavam-se, empurrando os mais pobres para a marginalidade, enquanto os ricos se tornavam mais ricos devido ao processo económico. Os conflitos e as agressões multiplicavam-se, promovendo a insegurança e levando as classes possidentes a reclamarem uma intervenção peremptória da lei em defesa de suas propriedades. Ao mesmo tempo, o poder de perdoar que, até então, havia extinguido um grande número de casos, tornara-se cada vez mais restrito. Em resumo, um novo legalismo, uma população perturbada, uma arbitragem em declínio, tudo se combinava para fazer pesar uma carga crescente sobre a máquina judicial, que poderia ser ou não capaz de suportá-la.”

³²⁰ CASTAN, Nicole. p. 475.

³²¹ *Ibid.*, p. 476.

³²² *Ibid.*, p. 476-7.

que esta preocupação dos indivíduos a respeito da paz cristã foi, também, mitigada (e/ou substituída) pela desconfiança e o medo da justiça, porquanto o mundo estranho e desconhecido desta impelia as pessoas a buscarem um compromisso, justamente porque a justiça oficial pretendia tutelar determinados direitos, descontextualizando, porém, a realidade social das partes:

É, pois, uma evidência dizer e redizer que a justiça aterroriza e que tanto o rico como o pobre são apanhados na armadilha de seu labirinto; a títulos diferentes, pura e simplesmente. O proletário sem bens, a vítima de um delito ou de um crime, não poderá, na melhor das hipóteses, mais que entrar em um acordo. Como poderia assumir as despesas de uma apresentação de queixa, a não ser no caso de ter por detrás de si uma parte secreta, reduzindo-o a ser um simples testa de ferro? Resta-lhe, portanto, a via da conciliação, e tanto melhor para ele se, neste combate desigual, gozar de protecção segura do seu senhor ou do proprietário da terra. Os assalariados não podem, pois, por via de regra, apresentar uma acção em justiça, embora possam ser objecto dela, e duramente, se são agressores. Um medo pânico faz-lhes propor todos os compromissos, todas as restituições, todas as compensações, à mínima ameaça de denúncia.³²³

Com base em tais informações, pode-se perceber que o recurso à justiça oficial, desde a segunda metade do século XVIII, parece ter sido um expediente incômodo para muitas pessoas, visto que, apesar de ocorrer uma progressiva mudança na estrutura do Estado, que foi sendo racionalizado (burocratizado), passando os tribunais a ser aplicadores das normas declaradas pelo Poder Legislativo, a “máquina” judiciária parecia não suportar o número de demandas a que se propunha e, ainda, passou a ser uma instância custosa, morosa, intermitente e, finalmente, pública; isto em uma sociedade que ainda procurava preservar a honra familiar e o secretismo da vida privada.³²⁴ Por fim, os tribunais do Estado, ao infiltrarem-se nos mecanismos de auto-regulação no âmbito das relações sociais, passaram a ser garantidores da aplicação da norma racional produzida pelo próprio Estado; mas, por insuficiência de estrutura, os tribunais tornaram-se mais uma instância mediadora dos conflitos, praticamente forçando um acordo entre as partes e, nisso, apenas substituíram a ordem privada – familiar e paternalista –, com a desvantagem de serem públicos e deixarem vestígios do conflito.

2.3 Século XIX – surgimento da “Ciência Penal”

³²³ CASTAN, Nicole. p. 477-8.

³²⁴ Arlette Farge (Op. cit., p. 598) comentando sobre a reparação da honra perante a justiça pública, pondera: “São percalços tradicionais, mas também acontece de a família considerar particularmente infamante a encenação pública da justiça. Nesse caso, a honra se perde duas vezes: no momento da falta e no momento da punição. O caráter público da justiça (divulgação da sentença, pelourinho na encruzilhada, açoite no caso de jovens) impede a verdadeira reparação da honra. A marca da justiça é uma mácula definitiva, indelével em quem pede apenas para permanecer escondido: procurar na justiça a honra perdida de um membro da família é uma

Sem adentrar em detalhes históricos concernentes à Revolução Francesa, o fato é que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, introduziu, de maneira definitiva, novas concepções a respeito do Direito Penal (liberal) na Europa e, despeito das antinomias que continuaram a existir entre os tribunais oficiais do Estado e os métodos tradicionais de resolução de conflitos intersubjetivos, a partir de setembro de 1791 a França já contava com um “Código Penal”, encerrando as condutas passíveis de serem punidas e inaugurando novos métodos em matéria de repressão, em especial a pena de prisão. Como afirma Renée Martinage: “O direito penal da Revolução é uma espécie de laboratório onde são experimentadas soluções mais ou menos viáveis, ao lado de melhoramentos decisivos que serão repetidos e reorganizados com a codificação napoleônica de 1810, para chegar (conseguir) até nós.”³²⁵

No que concerne à teoria penal e à fundamentação do *ius puniendi* pertencer ao Estado, entendido como o Poder soberano, já foi destacado o pensamento iluminista do Marquês de Beccaria a respeito dos delitos e das penas e sua visão utilitarista da exemplar repressão das condutas violadoras do pacto social (infração penal), nos limites da lei, como mecanismo capaz de contramotivar as pessoas a cometerem crimes. Como destaca Alessandro Baratta, as teorias sobre os crimes, em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, pertenciam ao âmbito da política liberal clássica.³²⁶

Com o criminalista italiano Francesco Carrara (1808-1888), a teoria do Direito Penal se consolidou como sendo um saber científico e, por isso, tal autor é considerado o maior expoente da Escola Clássica, pois conseguiu sintetizar em sua obra *Programma del corso di diritto criminale* – publicado seu primeiro volume em 1859 e terminada onze anos depois com o nono volume – toda a elaboração da filosofia do Direito Penal italiano. Sua importância histórica, porém, não reside no mister de ter colocado em uma base lógica a tradição liberal

arma de dois gumes, pois a pena vem manchar vergonhosamente aquele que pela primeira vez ousou transgredir as normas da civilidade e enlamear o restante da justiça.”

³²⁵ Op. cit., p. 63. “L’œuvre pénale de la Révolution française est considérable. Dès la déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 sont introduits des convictions nouvelles qui guideront le droit pénal en Europe au XIX^e siècle. La Constituante vote ensuite quelques criminelle et l’organisation judiciaire. En septembre 1791, elle réalise un Code pénal, consacré aux crimes, lequel inaugure de nouvelles méthodes en matière de répression. Le droit pénal de la Révolution est une sorte de laboratoire où sont expérimentées des solutions plus ou moins viables, à côté d’améliorations décisives qui seront reprises et réaménagées dans la codification napoléonienne de 1810, pour parvenir jusqu’à nous.”

³²⁶ Op. cit., p. 32.

dos seus predecessores da filosofia penal, mas sim porque colocou uma visão rigorosamente jurídica no que tange aos delitos: o delito não é um ente de fato, mas um “ente jurídico”.³²⁷

O ente jurídico violador de um direito compreendido por Carrara não é tão somente o positivado, mas, na realidade, o autor italiano se refere ao Direito natural, ou seja, aquele que seria congênito ao homem e que foi dado por Deus.³²⁸ Assim, o Direito Penal em questão não se limitaria àquele que o legislador definiu, mas a Ciência do Direito Criminal passou a ser reconhecida como uma ordem racional que emana da Lei moral-jurídica, preexistente a todas as Leis humanas.³²⁹ Nessa perspectiva, como o Direito seria a liberdade, a Ciência Penal deveria ser o Código supremo da liberdade, que teria como finalidade subtrair o homem à tirania dos demais, ou ainda, seria um freio às aberrações das autoridades no que diz respeito às proibições, repressões e jurisdições.³³⁰ Certamente a visão que Carrara tinha do Direito era

³²⁷ Cf. BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 35-6.

³²⁸ Francesco Carrara (*Programma del corso di diritto criminale*. Bologna: Mulino, 2003, p. 37-52) explica, nos prolegômenos de seu programa, que a condição de Ser Moral é que o homem deve-se à sua divina existência e que “a lei eterna compele o homem à sociedade”. A sociedade, para ele, seria natural e a natureza do homem está de acordo com a perpétua harmonia universal, isto é: quem nega a lei natural nega a Deus. Carrara entende que a lei moral é condicente com a responsabilidade e as leis físicas pertencem à força de coação. Como as leis morais são impotentes para manter a ordem no mundo externo, então a força física (braços dos homens) deve obedecer à moral. Assim, o livre-arbítrio (moral ilimitada) do homem encontraria seu limite na tutela física preconizada pela Lei Penal, onde esta teria sua origem e limite na razão (lei eterna da harmonia universal). “*Tale la mostra la condizione di essere morale, tutta esclusiva dell’uomo: la mostra il fine per cui Dio lo ha creato. Iddio non può aver creato un’opera incompleta; ed esser tornato poscia, quasi edotto dalla esperienza, a perfezionarla. La legge eterna dell’ordine spinge l’uomo alla società.*” (Ibid., p. 38). “*Le leggi fisiche avevano in loro stesse una forza di coazione ed una sanzione, che ne rendeva indefettibile la osservanza. All’Armonia del mondo fisico queste forze bastavano. Le leggi morali al contrario non avevano in loro stesse forza di coazione tranne nel senso morale: non avevano sanzione sulla terra, che nella sinderesi. [...] La legge di natura sarebbe stata dunque impotente a mantenere l’ordine del mondo morale, perché più debole della legge eterna che regola il mondo fisico. Questa obbedita sempre; quella troppo spesso conculcata e negletta.*” (Ibid., p. 39). “*Questa forza coattiva e repressiva che la legge morale in sé non aveva, non poteva trovarsi altrove che nel braccio stesso dell’uomo. Iddio avrebbe potuto creare l’uomo impeccabile togliendogli la potenza di trasgredire ai precetti suoi, come tolse ai corpi la potenza di resistire alla forza di gravità: non vi sarebbero stati allora né doveri, né diritti. Tutto era necessità. Ma ciò era distruttivo del libero arbitrio; e rendeva l’uomo incapace di meritare o demeritare. Posto dunque il libero arbitrio, o bisognava inviare sulla terra una schiera permanente di spirito superiori come guardiani e vendicatori della legge morale: o si veniva a questo inevitabile dilemma – lasciare il precetto morale senza osservanza, o commetterne la tutela al braccio dell’uomo.*” (Ibid., p. 40) “*La ragione di essere nella società civile è dunque primitiva e assoluta; ma risiede soltanto nella necessità della tutela giuridica.*” (Ibid., p. 41).

³²⁹ Ibid., p. 42. “*Dunque il giure penale há la sua genesi e il suo fondamento di ragione nella legge eterna della universale armonia. Il precetto, il divieto, e la retribuzione nel bene e del male, finché stanno in mano di Dio, hanno per único fondamento e per única misura la giustizia. Assoluta nell’assoluto, infallibile nell’infalibile, essa in questo statto colpisce l’uomo tanto nei suoi rapporti com Dio e con se stesso, quanto nei suoi rapporti con le altre creature. Qui la giustizia procede sempre come principio unico. Dio non punisce il ladro e l’omicida per difendere l’uomo, ma perché l’omicidio ed il furto sono un male: e vuole giustizia che chi fa male soffra un male.*”

³³⁰ No prefácio - da 5ª Edição Italiana - de sua obra, Carrara (Ibid., p. 32-3) explica que: “*Il delitto è un ente giuridico, perché la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un diritto. Ma il diritto è congenito all’uomo perché dato da Dio all’umanità fin dal primo momento della sua creazione onde essa possa compiere i suoi doveri nella vita terrena; [...] Il diritto e la libertà. La scienza criminale bene intesa è dunque il supremo codice della libertà, che ha per obietto di sottrarre l’uomo dalla tirania degli altri, di aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di sé stesso e delle proprie passioni. Definito il delitto come un ente giuridico*

teocêntrica (jusnaturalista) e, como pondera Vera Regina Pereira de Andrade, ele havia adotado a visão católico-tomista, chegando a sua “fórmula sacramental” de que o crime é um ente jurídico.³³¹

Apesar dessa visão de Carrara ser um tanto contraditória aos postulados do iluminismo (jusnaturalismo racionalista), não havia divergências estruturais entre ele e seus antecessores da Escola Clássica; ao revés, essa visão permitia a análise lógico-formal do conceito de crime, decompondo seus elementos constitutivos como “forças físicas” (braços dos homens) e “forças psíquicas” (moral), onde o crime seria, mais do que uma simples violação à norma, uma violação consciente e voluntária, constituindo o elemento que é denominado hodiernamente de “culpabilidade” (responsabilidade moral), que é animado pela vontade livre e consciente de violar a norma, ou seja, o “livre-arbítrio” acabou se tornando um dos sustentáculos do Direito Penal Clássico.³³²

Para Carrara, a necessidade de punição seria natural e não política e, apesar de todo direito de punir pertencer somente à justiça, considerada em abstrato, o fundamento do direito de punir é o da defesa da sociedade, na forma de defesa dos Direitos da Humanidade, especialmente contra as ordens tirânicas, e não uma justiça restritiva da liberdade humana.³³³ Cumpre observar, porém, que o autor italiano entende que tanto a sociedade quanto as autoridades são criações da lei da natureza, e não criações políticas e, por isso, devem os cidadãos respeitar as leis legítimas para a sua própria conservação.³³⁴ Por fim, o Direito Penal abstrato e absoluto de Carrara fica evidente na seguinte passagem:

era stabilito una volta per sempre il perpetuo limite del divieto; non potendo ravvisarvi delitto tranne in quelle azioni che offendono o minacciano i diritti dei consociati.”

³³¹ Cf. Op. cit. p. 53-8.

³³² Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 53-8.

³³³ Op. cit., p. 42-4. “*Così la difesa della umanità non è la primitiva ragione di proibire e di punire: è la ragione per cui il gius di proibire e punire sulla terra si esercita dall’uomo sopra l’uomo suo simile. E questa non è una necessità politica; ma necessità della legge di natura. [...] Dunque non è vero che il giure penale sia restrittivo della umana libertà. Non è limitazione di libertà lo impedimento che si frappone tra l’assassino e la vittima; perché la libertà umana altro non è che la facoltà di esercitare l’attività propria senza lesione dei diritti altrui. La libertà dell’uno deve coesistere con la libertà uguale di tutti. La restrizione nasce della legge di natura, che diede alla umanità dei diritti, e impose agli uomini di rispettarli. La legge umana non minora la libertà col contenerla entro i limiti di sua natura. Il giure penale è invece protettore della libertà umana così esterna, come interna.*”

³³⁴ Op. cit., p. 44. “*Questa verità procede tanto in ordine alla proibizione e repressione dei fatti che ledono l’individuo, quanto in ordine ai fatti che offendono il corpo sociale e l’autorità. Tostoché si riconosce che la società e l’autorità non sono creazione della politica umana, ma hanno la loro genesi nella legge di natura; da questa stessa legge è necessario desumere il diritto nell’autorità alla propria conservazione: cioè il diritto in lei ad essere rispettata, e il dovere nei cittadini a rispettarla finché muove nel cerchio della propria legittimità.*”

É verdade que se o direito de punir nas mãos dos homens procede da lei da ordem eterna, a ciência do direito penal deve ser independente de qualquer provisão de lei humana, e direta somente das regras de absoluta razão.³³⁵

Como explica Alessandro Baratta, o significado absoluto que Carrara dá ao direito possibilita uma distinção entre a parte “teórica” e a parte “prática” do Direito Penal. Para a primeira, o fundamento lógico é dado pela verdade absoluta (código imutável da razão) e pela natureza das coisas (ordem natural); e a segunda tem por fundamento a lei positiva dada pela autoridade soberana. De qualquer maneira, a pena seria essencialmente a eliminação do perigo social causado pelo delinqüente, e não a retribuição a um mal causado.³³⁶

Como já afirmado, Francesco Carrara consagrou o Direito Penal como sendo uma “Ciência” e, mesmo que suas idéias ainda estivessem ligadas às tendências filosóficas concernentes ao iluminismo, a visão racionalista e jusnaturalista dada pelo autor italiano levou a Ciência Penal a estudar apenas o seu objeto (“ente”) juridicamente qualificado: o delito; sendo que a função absoluta do Direito Penal seria a de defesa da sociedade contra os delinqüentes. Carrara, portanto, não via o delito como um conflito entre pessoas, mas sim como uma violação (infração) a uma ordem moral absoluta através de uma conduta humana, cuja punição teria por fundamento a proteção da sociedade mediante uma sanção prevista em lei.

2.4 O Direito Penal como defesa da sociedade contra os degenerados: A Escola Positiva

Como visto anteriormente, a Escola Clássica tinha uma atitude racionalista e jusnaturalista que conduziu o Direito Penal a um contexto ontológico (o delito é um ente jurídico) e abstrato descurando, porém, a história biológica, psicológica e social do delinqüente. Contra a visão metafísica do delito preconizada pela Escola Clássica, A Escola Positiva surgiu em um contexto histórico de rápidas e revolucionárias mudanças no campo das ciências³³⁷ e a partir da metade do século XIX as obras de Cesare Lombroso (1836-1909),

³³⁵ Ibid., p. 49. “*E di vero se il gius di punire nella mano dell’uomo procede dalla legge eterna dell’ordine, la scienza del giure penale deve essere indipendente da qualunque provvisione di legge umana, e diretta soltanto da regole di assoluta ragione.*”

³³⁶ Op. cit., p. 36-7.

³³⁷ O século XIX, explica Bertrand Russell (*História da filosofia ocidental*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968, v.4, p. 270.), foi marcado por uma série de revoluções, sendo quatro delas de grande importância: a) a vida intelectual, que contou com uma abrangência inexistente até então, pois a América e a Ásia passaram a influenciar no pensamento filosófico europeu; b) a ciência, que realizou novas conquistas, principalmente em geologia, biologia e química orgânica; c) a produção mecânica (indústria), que modificou fortemente a estrutura social de muitos países dando aos homens uma concepção nova de seus poderes em relação ao meio físico; e d) uma revolta profunda, tanto filosófica quanto política, contra os sistemas tradicionais de pensamento político e econômico. Para se ter uma noção geral da chamada Escola Positiva e da explicação patológica da criminalidade postulada por seus representantes, destaca-se, inicialmente, que no campo das

Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934) levaram a uma nova maneira de considerar e estudar o fenômeno crime: o criminoso³³⁸; isto é, o ser degenerado biologicamente e determinado naturalmente ao cometimento de crimes.³³⁹

A designada “Escola Clássica” foi mencionada por Enrico Ferri em 1880, quando este teceu críticas aos seus representantes por serem negligentes no que concerne à defesa da sociedade, visto que o individualismo exacerbado por parte dos que pregavam a defesa dos Direitos Humanos apenas cumpriu a missão de diminuir as penas, mas não a criminalidade.³⁴⁰ Os pressupostos teóricos e ideológicos do positivismo dicotomizavam o individual/social e a razão/realidade (racionalismo x empirismo) e, por isso, a orientação positivista³⁴¹ (científica)

ciências, a teoria da evolução de Charles Darwin (1809-1882) forneceu uma série de provas a favor da doutrina de que as diferentes formas de vida foram se desenvolvendo gradualmente, partindo de uma origem em comum. Como ressalta Russell (Ibid., p. 277-8), tal idéia não era nova, pois “fôra defendida por Lamark e pelo precursor de Darwin, Erasmo, para não mencionar Anaximandro”. Entrementes, foi uma outra parte de sua teoria que ganhou popularidade: “a luta pela existência e sobrevivência do mais apto.” No que concerne às conseqüências políticas da visão do biólogo: “Darwin era liberal, mas suas teorias tiveram conseqüências em certo grau hostis ao liberalismo tradicional. A doutrina de que todos os homens nascem iguais, e de que as diferenças entre adultos são devidas inteiramente à educação, era incompatível com a ênfase com que êle se referia às diferenças congênitas entre membros da mesma espécie. [...] Assim, as diferenças congênitas entre os homens adquirem uma importância fundamental.” Bertrand Russell (Ibid., p. 279) explica, ainda, que os adeptos da doutrina evolucionista não poderiam manter a idéia de igualdade entre os homens e, assim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 seria condenada como “antibiológica”. Por outro lado, a doutrina da evolução favorecia um aspecto do liberalismo: a crença no progresso, pois fornecia argumentos contra a teologia ortodoxa. Assim, o prestígio da biologia fez com que os homens passassem a aplicar ao mundo “categorias biológicas ao invés de mecanicistas”, enfim: “O conceito de organismo veio a ser considerado como chave das explicações científicas e filosóficas das leis naturais, e o pensamento atomístico do século XVIII passou a ser considerado como fora de moda. Êste ponto de vista acabou por influir até na física teórica. Em política, conduz naturalmente a destacar a comunidade em oposição ao indivíduo. Isso está em harmonia com o nacionalismo, que pode apelar à doutrina darwinista da sobrevivência do mais apto, aplicada não ao indivíduo, mas às nações.”[sic].

³³⁸ Sobre esse tópico, consultar: BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 38.

³³⁹ Nesse sentido, consultar: DALBRENTA, Daniele Velo. *La scienza inquieta: saggio sull'antropologia criminale di cesare lombroso*. Padova: Cedan, 2004, p. 65-72.

³⁴⁰ Enrico Ferri (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Russell, 2003, p. 39) afirma que: “No campo científico, o movimento reformador afirmou-se, desenvolveu-se e organizou-se mais pujantemente com a corrente que eu chamei por reverência a *Escola Clássica Criminal* e que na Itália marcou seu ciclo glorioso com uma plêiade de grandes criminalistas de Cesare Beccaria (falecido em 1794), a Francesco Carrara (falecido em 1888) e Enrico Pessina (falecido em 1916). Essa formidável corrente filosófico-jurídica chegou aos maiores exageros, instaurando quase a *magna carta* dos delinqüentes em face da sociedade. Mas isso não foi senão o efeito inevitável da lei do ritmo histórico, pela qual toda a ação excessiva determina uma reação da mesma forma excessiva de que resulta o estabelecer-se um ponto mediano, que fica como conquista irrevogável e se torna ponto de apoio e de partida para sucessivos ciclos de ação e reação, pelo que a vida social se eleva e nobilita.”

³⁴¹ No campo do pensamento filosófico, Will Durant (*História da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 329) destaca que, após o desenvolvimento das teorias metafísicas do iluminismo – em especial na filosofia alemã com Immanuel Kant –, na década de 1830 admitia-se que o “universo havia guardado bem o seu segredo. Depois de uma geração de intoxicação do Absoluta, a mente da Europa reagiu fazendo um juramento contra a metafísica de qualquer tipo”. Foi nesse ambiente um tanto cético que se destacou Auguste Comte (Curso de filosofia positiva. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 10) (1798-1857) que, na vontade de dar uma caráter científico em seus estudos sobre a sociedade, inaugurou a chamada “física social”, postulando, em síntese, que: “cada ramo de nossos conhecimentos passa sucessivamente por três estados históricos diferentes: estado teológico ou fictício, estado metafísico ou abstrato, estado científico ou positivo”. Segundo Comte, o estado teológico é o primeiro ponto de partida necessário da inteligência humana e é dirigido essencialmente para as

seria a única capaz de resgatar o sujeito desprezado pela Escola Clássica: “o homem delinqüente”, e de pôr em prática sua missão, que era a diminuição dos delitos – e não das penas.³⁴² Assim, o programa de reforma penal proposto pelos positivistas preconizava que o meio de repressão à criminalidade do classicismo (retribuição) deveria ser substituído pela prevenção especial, com base nos estudos antropológicos que deveriam identificar o delinqüente antes mesmo de ele cometer uma conduta criminosa prevista em lei.³⁴³

O movimento criminológico positivista iniciou-se com os estudos do médico e professor em Turim Cesare Lombroso, que publicou em 1876 seu livro *L'uomo delinquente*, no qual considerava o delito como um ente natural e determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária. Criou a chamada Antropologia Criminal e, nela, a figura do criminoso nato, além de inventar também a chamada Antropometria, onde, quanto maior a semelhança do indivíduo com um símio, mais próxima da bestialidade encontrava-se a pessoa. Certamente Lombroso é uma das figuras mais conhecidas da Criminologia Positivista pois, valendo-se do método científico próprio das ciências biológicas, procurou comprovar algumas de suas hipóteses através da confrontação de grupos de indivíduos não criminosos e criminosos, sobretudo nas prisões e hospitais psiquiátricos do sul da Itália. Segundo sua tese, os criminosos de nascença tendiam a ter algumas características anátomo-fisiológicas comuns que confirmavam a existência de um “tipo criminal”.³⁴⁴ Sobre a base dos dados colhidos em seus estudos, buscou primeiramente no atavismo a explicação para o criminoso nato; mas,

investigação das causas absolutas, cujos fenômenos se apresentam como produzidos por agentes sobrenaturais e de intervenção arbitrária; no estado metafísico, que é destinado à transição entre as concepções teológicas e o estado positivo, os agentes sobrenaturais são substituídos por forças abstratas, verdadeiras entidades inerentes aos diversos seres do mundo, cuja explicação consiste em determinar a qual fenômeno uma entidade corresponde; e, enfim, no estado positivo “o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir”. Enfim, surgiu o pensamento positivista na Europa ocidental, que pretendia explicar os fenômenos comprovadamente existentes na natureza, sendo que a sociologia seria o ápice das ciências.

³⁴² Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 60-2. Enrico Ferri (Op. cit., p. 49) expõe duas características da Escola Clássica que, segundo ele, levaram ao declínio da defesa social: “A primeira foi que as afirmações do direito individual em face do Estado, como reação contra os abusos da justiça penal antes de Beccaria, chegaram, elas mesmas, ao maior excesso, em virtude da lei do ritmo histórico, pela qual cada reação ultrapassa os limites da ação, que a provocou. O imputado foi considerado como uma vítima da tirania do Estado, e à ciência criminal atribuiu Carrara ‘a missão de limitar os abusos do poder’, do que resultou uma diminuição dos direitos, legítimos, da sociedade em face do delinqüente. A segunda razão foi que o método dedutivo ou de lógica abstrata faz perder de vista o criminoso, enquanto que na justiça penal ele é o protagonista vivo e presente, que se impõe à consciência do juiz primeiramente e mais acentuadamente que a ‘entidade jurídica’ do crime e da pena.”

³⁴³ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 55-6.

³⁴⁴ LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 266-72.

diante das críticas suscitadas, acrescentou como causa da criminalidade a epilepsia e, por fim, a loucura moral (que deixa íntegra a inteligência, suprimindo, porém, o senso moral). Em síntese, o criminoso seria um anormal, um ser atávico, degenerado, com fundo epilético e semelhante ao louco moral, um enfermo desde o nascimento antes que culpado e, por isso, deveria ser tratado e não punido.³⁴⁵

Enrico Ferri, por sua vez, é considerado o maior expoente da Escola Positiva. Seguindo os passos de Lombroso, publicou, em 1880, o livro intitulado *Novos horizontes no direito e no processo penal*, obra que, a partir da terceira edição, recebeu o nome de *Sociologia Criminal*.³⁴⁶ Ferri foi um discípulo discidente de Lombroso e destacou a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos (individuais, orgânicos e psíquicos); sociais (ambiente social); e físicos (ambiente telúrico). Também dividiu os criminosos em cinco categorias: o nato; o louco (doente mental); o habitual (produto do meio social); o ocasional (indivíduo leviano de caráter e versátil para a prática do crime); e o passional (homem honesto, mas de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada).³⁴⁷ Além disso, dividiu as paixões em sociais (amor, piedade etc.) e as anti-sociais (ódio, avareza, inveja), que deviam ser reprimidas severamente.³⁴⁸

Com a teoria de Enrico Ferri a responsabilidade moral típica do classicismo foi substituída pela responsabilidade social, isto é, surgiu a famigerada idéia da “defesa social”, segundo a qual a aplicação da pena já não possuiria um caráter retributivo, mas a pena se tornaria um meio preventivo de defesa social contra o crime, não apenas para reprimir e segregar o indivíduo anormal, mas sobretudo como um método curativo e reeducativo. Em suma, houve um reforço na idéia de que o delito não é um conflito entre indivíduos, mas sim uma atitude anti-social e, ainda, o critério para a aplicação da pena já não seria mais a simples infração ao Direito positivado (declarado pelo Estado soberano) ou o dano social produzido, mas sim as condições pessoais do delinqüente, proporcionando, assim, a individualização da pena.³⁴⁹

³⁴⁵ Nesse sentido, consultar: LOMBROSO, César. Op. cit.; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 64; MIRABETE, Júlio Frabbrini. Op. cit., p. 39-40; BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 38-9, PRADO, Ricardo Chaves. Tempo de violência. *Superinteressante*. São Paulo, ano 10, nº 11, p. 38-45, novembro, 1986.

³⁴⁶ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 57.

³⁴⁷ Cf. FERRI, Enrico. Op. cit., p. 50-1.

³⁴⁸ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 64-5. MIRABETE, Júlio Frabbrini. Op. cit., p. 40.

³⁴⁹ Sobre esse assunto, consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., 68-71.

Outro autor da Escola Positiva italiana foi Raffaele Garofalo, iniciador da chamada fase jurídica do positivismo italiano e o primeiro autor a usar o termo “Criminologia” para as ciências criminais, o qual sustentava que há dois sentimentos básicos nos homens: a piedade e a probidade (justiça), e que o delito é sempre uma lesão desses sentimentos. Com base nas concepções antropológicas e sociológicas do positivismo, ressaltou a chamada *temibilità* do delinqüente, isto é, a perversidade constante e ativa do sujeito e a “quantidade de maldade” que se deve temer por parte dele. Certamente o termo “periculosidade” foi adotado pelo Direito Penal, assentando-se no caráter perigoso que representa o sujeito delinqüente e que deve orientar o juiz na aplicação da pena.³⁵⁰

Em síntese, a Escola Positiva entendia que o crime é um fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio, exigindo, assim, um estudo pelo método experimental. A responsabilidade penal do sujeito seria uma responsabilidade social e teria por base a periculosidade do sujeito (anormal) e a pena seria um meio de defesa da sociedade (eugenia social) no sentido de recuperar o criminoso ou, ao menos, neutralizá-lo. Finalmente, o criminoso seria sempre um sujeito degenerado psicológica e biologicamente, portando sempre consigo um grau de periculosidade que deveria ser identificado e tratado por métodos científicos (oriundos da sociologia, psicologia e biologia), respeitando a “evolução natural” e não o “imobilismo absolutista da metafísica.”³⁵¹

2.5 Escola Técnico-Jurídica

Como comenta Vera Regina Pereira de Andrade, são polêmicos a origem e o significado do chamado Tecnicismo Jurídico, bem como a identificação de sua gênese – alemã ou italiana.³⁵² Sem entrar nesta discussão, considera-se que essa Escola foi uma orientação metodológica que tematizou a questão do Direito Penal como uma Ciência Jurídica e, portanto, tentou “purificar” o sentido estritamente jurídico do Direito Penal, lançando para outros campos científicos as deduções abstratas da Escola Clássica e as formulações bio-psicológicas da Escola Positiva. Seu grande representante foi Arturo Rocco, que publicou o artigo intitulado *Il problema e il metodo della scienza dell diritto penale*, em 1910.

Arturo Rocco afirmava que existia uma crise geral na Ciência Penal (fim do século XIX e início do século XX), mas que isso não era um fenômeno isolado, pois que agitava

³⁵⁰ Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 40-1; FERRI, Enrico. Op. cit., p. 51.

³⁵¹ Cf. FERRI, Enrico. *Idem*.

³⁵² Op. cit., p. 80 (nota nº 30)

todos os domínios das ciências éticas (moral, política e social). Considerava que a Ciência Penal era a mais desorganizada de todas e, por isso, propôs a autonomia do Direito Penal para que esse não perdesse a sua individualidade e autonomia para as disciplinas sociológicas e, também, para ramos científicos pertinentes às áreas da antropologia, psicologia, estatística, filosofia, política etc., pois essa miscelânea de correntes de pensamentos criaria pontos de vista de um Direito (Penal) natural, ideal e/ou racional. Ele criticava a Escola Clássica por acreditar que ela tinha forjado um Direito absoluto, imutável e universal (de origem divina) com a pretensão de estudar um Direito Penal fora do positivo (legislado). No tocante à Escola Positiva, por sua vez, pondera que esta havia combatido os erros metafísicos da Escola Clássica, mas caíra em outro erro que foi a divisão dos trabalhos científicos, tornando o Direito Penal apenas um apêndice da sociologia. Em última análise, Rocco denunciava que essas escolas estudavam um Direito Penal sem Direito.³⁵³

Assim, Arturo Rocco propôs a distinção da Ciência Penal das demais ciências, pois o Direito é a precisão e, assim, o Direito Penal deveria ser “fechado” e reduzido ao estudo do Direito positivo vigente, que é o objeto da Ciência Jurídica.³⁵⁴ O autor italiano chamava o sistema de princípios de Direito Penal criado pela Ciência Jurídica de “técnico-jurídico” e admitia que o objeto de pesquisa é o fato jurídico (direito objetivo) e não os fatos individuais ou sociais pertinentes a outros campos de análise; considerava ainda que o método a ser observado também é aquele pertinente à Ciência Jurídica (lei) no tocante aos delitos e às penas, justamente para que não se perdesse as vantagens da divisão do trabalho. A Ciência Penal teria a missão de interpretar e aplicar o Direito na sociedade, ou seja, administrar a

³⁵³ Cf. ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. (pubblicato in rivista di diritto e procedura penale, 1910, vol. I, p. I, 497 ss. E 561 ss.). Disponível em: <<http://www.trani-ius.it/radici/Rocco-penale-1.htm>> Acesso em 16 de janeiro de 2006.

³⁵⁴ *Idem*. “Cosi essendo, o noi ci sbagliamo, o non c’è altro rimedio che questo: rimedio semplicissimo, almeno ad enunciarlo: tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto. No dico già di un ipotetico diritto naturale o razionale o ideale che dovrebbe essere assoluto e quindi unico, perchè desunto dalle leggi invariabili della natura, del pensiero o dell’idea, ma che, invece, nei sistemi per mezzo di cui viene esposto, presenta diversità anche maggiori di quelle che corrono fra i diritti positivi dei vari Stati, e che distaccato, come è, dalle sue vere cause, cioè dalle forze sociali che lo determinano, meglio potrebbe dirsi, invece, un diritto soprannaturale. Parlo, invece, e soltanto, del diritto positivo vigente il solo che l’esperienza ci addita e il solo che possa formare l’oggetto di una scienza giuridica, quale la scienza del diritto penale è, e quale, sbugiardati ormai gli oracoli di una comoda, quanto inesatta, antropologia, essa deve e vuol rimanere. Nel tempo stesso accentuare sempre più la distinzione, non dico già la separazione, della scienza giuridica penale, dalla antropologia, dalla psicologia, dalla sociologia ed anche dalla filosofia del diritto e dalla politica criminale, arte o scienza che sai, riducendo quella principalemnte, se non esclusivamente, come già per il diritto privato si è fatto da tempo, ad un sistema di ‘principi di diritto’ ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene, ad uno studio, insomma, generale e speciale, del delitto e della pena sotto l’aspetto giuridico, come fatti o fenomeni regolati dall’ordinamento giuridico positivo. È questo l’indirizzo così detto ‘tecnico-giuridico’, il solo indirizzo possibile in una scienza appunto giuridica, e per giunta di carattere speciale, quale è quella che porta il nome di scienza del diritto penale, ed il solo da cui può aspettarsi una ricostruzione organica della debilitata compagine scientifica del diritto penale.”

Justiça no campo prático. Arturo Rocco informava que o tecnicismo jurídico consiste em procedimentos lógicos, metódicos e sistemáticos para a racionalização dos próprios fins, e os critérios e as técnicas a serem observados para o Direito Penal seriam aqueles similares ao dogmatismo jurídico já consolidados em outros ramos do Direito, sobretudo o privado.³⁵⁵

O mesmo autor propunha três ordens de procedimentos e de pesquisa, sendo elas: i) exegese; ii) dogmática; iii) crítica. A exegese seria meramente a Ciência da Lei, isto é, um produto literário científico, limitado ao comentário do texto normativo. A dogmática seria a descrição e exposição dos princípios preconizados pelas normas; sua importância está no seu método científico jurídico, ou seja, é a verdadeira “Ciência do Direito”, única apta a oferecer uma certeza científica e, assim, uma segurança no tocante ao Direito Penal. A crítica, por sua vez, seria a última etapa do método proposto por Rocco, e só deveria ser utilizada após esgotar as etapas anteriores, pois não se pode criticar, cientificamente, aquilo que não se conhece. Por fim, Arturo Rocco colocava a Ciência Penal como fundamental para a aplicação prática do Direito Positivo (centralizado) nos casos individuais, e o estudo da dogmática penal como necessário para que os princípios gerais do Direito fossem unidos e harmonizados no sentido de racionalização da aplicação das leis penais.³⁵⁶

Certamente a teoria publicada por Arturo Rocco era avançada para a época e, também, teve o mérito de estabelecer um critério único para a aplicação das normas penais através do método técnico-jurídico. Entrementes, ao entender o Direito positivado como o único Direito verdadeiro, o tecnicismo jurídico simplesmente prevê o acatamento das normas declaradas pelo Estado soberano (infrações) e as aplica nos casos reais, sem, entretanto, tentar “resolver o conflito” entre as pessoas. Talvez este seja o modelo mais adequado para a promoção da centralização política nas sociedades humanas, pois, uma vez que se pressupõe que as normas são racionais e necessárias em si mesmas (“oficiais”), na realidade se impede as pessoas de pensarem a respeito de suas controvérsias cotidianas, isto é, o Direito acaba sendo apenas o que é definido e declarado pelo Estado soberano, e não o que é vivido pelas pessoas em seu cotidiano.³⁵⁷ Estas características de um Direito Penal científico foram “importadas” pelo

³⁵⁵ ROCCO, Arturo. Op. cit.

³⁵⁶ *Idem.*

³⁵⁷ Celso Lafer (*Hanna arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 93) considera que: “Em termos operacionais, pensar significa desligar-se provisoriamente do mundo das aparências para chegar a uma conclusão sobre o sentido das coisas, diante de uma dificuldade. É o parar para pensar. Não pensar protege as pessoas dos perigos deste exame, e é por isso que elas se apegam à posse das normas a serem aplicadas aos casos concretos, o que não exige a problematização do seu conteúdo. Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, esta atitude de estrito apego às normas leva ao positivismo jurídico na sua tríplice acepção: como modo de estudar o Direito (não existe outro Direito que não seja o Direito Positivo); como teoria (o

Brasil República e, como será visto no próximo capítulo, foram incorporadas ao Direito Penal brasileiro, contribuindo, assim, para a monopolização das resoluções dos conflitos intersubjetivos pelo Estado soberano, impedindo as partes envolvidas em conflitos penais de menor gravidade de compor os danos como forma de extinção da punibilidade, pois a infração penal tornou-se, cientificamente, uma relação entre o criminoso e o Estado, representante e protetor da sociedade como um todo.

Direito se identifica com o Estado, uma vez que as normas são postas e positivadas, direta ou indiretamente, por órgãos do Estado); e como ideologia (o Direito, como um conjunto de normas impostas a uma sociedade pelo poder que detém o monopólio da coerção organizada, é justo, independentemente da análise do seu conteúdo, porque permite a realização de certos fins tidos como desejáveis: por exemplo, a ordem).

CAPÍTULO III

1 O DIREITO PENAL NO BRASIL

No presente Capítulo serão comentadas algumas características do Direito Penal e Processual Penal no Brasil, tendo-se como referência o contexto histórico brasileiro a partir da influência do iluminismo em Portugal – pois os episódios jurídicos advindos da Metrópole nos séculos XVIII e XIX edificaram a cultura jurídica brasileira – e, principalmente, serão destacadas algumas peculiaridades acerca da estrutura jurídica preconizada pela lei penal e processual penal brasileira para tentar se compreender os métodos “informais” de resolução de conflitos penais de menor gravidade no Brasil Contemporâneo.

Resgatando algumas informações do primeiro Capítulo, pode-se perceber que, com o desenvolvimento do Império Romano no início da Era Cristã no ocidente Europeu, surgiu a figura do Imperador como um soberano divinizado entre os homens e responsável pela ordem e pela moral públicas nos primeiros séculos. O Direito Penal, a partir do século I, tornou-se uma das funções pessoais do soberano – representante do Estado – e, com o decorrer dos séculos, cada vez mais o direito de punir (*ius puniendi*) passou do ambiente privado (*pater familias*) para o ambiente público; sendo que, a partir do final do século III consolidou-se uma idéia muito importante para o Direito Romano: o “*princeps legibus solutus*”. Com a derrocada do Império Romano do Ocidente no século V, a Europa ocidental foi dominada por povos que desconheciam a noção de “Estado” e, por isso, o Direito Penal Germânico se caracterizou por ser um “retorno” das resoluções dos conflitos à ordem privada, visto que cabia ao indivíduo – ou a sua *Sippe* – dirimir os conflitos intersubjetivos através dos institutos propriamente germânicos – consuetudinários –, em especial a composição dos danos.

Com a mescla dos institutos jurídicos germânicos com os romanos na Europa ocidental, pode-se observar que, na Alta Idade Média, os reis germânicos – em sua maioria – passaram a utilizar o mecanismo estatal romano de codificação (formalização) do Direito (Penal) para promover a centralização política e exercer o domínio sobre seus opositores; isto com o auxílio da Igreja Católica, que preservou a estrutura administrativa racionalizada herdada do Império Romano e foi uma das principais responsáveis pela legitimação do poder real sobre seus súditos. Após o breve advento do Império Carolíngio (século IX), o

feudalismo dominou grande parte da Europa ocidental por aproximadamente 400 anos e, no tocante ao Direito Penal, houve – novamente – um “retorno” aos métodos de resolução de conflitos intersubjetivos através dos usos e costumes propriamente germânicos; levando-se em consideração, entretanto, que havia uma estrutura social de ordens e, por isso, o Direito concernente às classes privilegiadas era diferente das classes submetidas aos poderes dos chefes guerreiros e eclesiásticos.

Já no contexto histórico condicente à Baixa Idade Média, destacado no segundo Capítulo, pode-se perceber uma reestruturação da noção de civilização urbana, em especial na Itália Setentrional, com o desenvolvimento das cidades livres. Isso representou o renascimento urbano e possibilitou o destaque de uma novel “classe” de intelectuais – além do surgimento da burguesia –, especialmente juristas, que, ao invocarem o Direito Romano codificado por Justiniano no século VI, forneceram um instrumento preciosíssimo de legitimação do poder secular ao Papado e aos Imperadores do Sacro Império Romano-Germânico, que disputavam a preponderância política nos territórios da Itália; entre outros assuntos.³⁵⁸ Assim, com uma forte alteração no contexto político baixo-medieval, a cultura jurídica penal – da Europa ocidental – foi conjugada com a formação de exércitos nacionais e com o renascimento do Direito Romano racionalizado e centralizador do poder político, reavivando a figura do *princeps legibus solutus*. Nessa perspectiva, a resolução dos conflitos penais intersubjetivos foi sendo subtraída, cada vez mais, dos envolvidos na contenda e substituída pela estrutura judiciária dos príncipes soberanos, que fundavam paulatinamente os denominados “Estados Nacionais”; sendo que o fenômeno do Estado Absoluto também é conhecido como *Ancien Régime*.

Os métodos “tradicionais” e de resolução dos conflitos – pelos próprios envolvidos na disputa de interesses – em tal contexto histórico foram sendo marginalizados e informalizados em relação à administração pública centralizada até, finalmente, serem totalmente desconsiderados pelos soberanos no denominado Antigo Regime. Isto, registra-se, em uma sociedade cristã que tinha por meta a concessão do “perdão” e a resolução pacífica dos conflitos. Interessante observar, também, que o mesmo soberano responsável por aplicar uma pena aos infratores da lei (criminosos) – tidos como inimigos internos – resgatou a sua

³⁵⁸ O contexto histórico abordado é bastante complexo, mas importante destacar que, concomitante às questões políticas da época, as Cruzadas possibilitaram uma reunião dos povos europeus cristianizados em torno de uma idéia comum: libertar Jerusalém das mãos dos “ímpios” muçulmanos. Tal movimento, além de possibilitar uma mudança estrutural na administração de muitas regiões da Europa (reis submetendo os nobres ao contrato de

“função divina” de concessão da graça e, assim, o Antigo Regime caracterizou-se por ter um Direito Penal baseado na previsão de penas cruéis, suplício público, sanções conforme a posição social do acusado e, também, por demonstrar complacência aos indivíduos que tivessem condições de se tornar súditos perfeitos perante o soberano. Enfim, a composição de conflitos intersubjetivos continuava a existir no Antigo Regime – de maneira informal – e parece demonstrar que o Estado Absoluto não possuía estrutura suficiente para aplicar a pena prevista a todas as condutas tidas por criminosas; em especial em áreas afastadas da sede da administração.

Durante o século XVIII, com o chamado “Iluminismo” na Europa ocidental, foram sendo produzidas as principais idéias a respeito da administração pública, tornando o Estado um ente abstrato da mesma forma que a pessoa humana foi individualizada (abstraída), passando a ser portadora de “Direitos” declarados pelo Estado racionalizado, mas que não deixou de ser soberano e representante oficial dos indivíduos – contrapondo-se ao Estado teocêntrico medieval. Durante tal período de transição de uma sociedade de súditos para uma sociedade de cidadãos – assunção da burguesia ao poder –, os métodos informais de resolução de conflitos, além de serem combatidos pelos Estados soberanos, foram sendo fortemente substituídos pela expectativa de concretização dos Direitos (declarados) através de demandas judiciais, sem, entretanto, os Estados possuírem estrutura judiciária suficiente para confirmar os Direitos prometidos. Diante de tal peculiaridade, pôde-se notar que alguns tribunais dos Estados europeus ocidentais passaram a ser a instância formal de resolução dos conflitos intersubjetivos; mas, na prática, acabavam impelindo as partes a um acordo judicial diante da demora da prestação jurisdicional. Ainda, nesse contexto misto de Antigo Regime e Iluminismo, surgiram os primeiros representantes do denominado “Período Humanitário do Direito Penal”, os quais denunciavam os abusos do Direito Penal do Antigo Regime, que era baseado em privilégios pessoais e previsão de penas atrozes – na realidade pouco aplicadas – em voga na época, destacando-se a figura do italiano Marquês de Beccaria.

Com o desenvolvimento da Escola Clássica e da Escola Positiva (século XIX), a primeira tornou o delito um “ente jurídico” (Francesco Carrara) e, na segunda, o criminoso passou a ser considerado um “degenerado” biologicamente (Lombroso, Ferri e Garofalo) e objeto de estudo científico. Enfim, as características do Direito Penal europeu do século XIX – um misto de Poder do Estado (abstrato) e ciência biológica e social – foram implantadas no

vassalagem para a guerra), forneceu uma força armada permanente para muitos monarcas; estes auxiliados e financiados pelos burgueses já enriquecidos com o incremento do comércio com o Oriente.

Brasil, mormente a partir do advento da República em 1889 e, com o desenvolvimento da teoria pertinente à Escola Técnico-Jurídica na Europa ocidental, a cultura jurídico-penal brasileira adotou os mecanismos (europeus ocidentais) de repressão aos infratores conforme as regras positivadas pelo Estado, impedindo e desconsiderando as práticas de resolução de conflitos penais intersubjetivos de maneira não estatal (informal). No presente Capítulo, serão vistas algumas características da prática processual penal brasileira em relação a métodos de resolução de conflitos intersubjetivos no âmbito penal.

1.1 O Direito Penal no Brasil Colônia

Antes da Proclamação da Independência em 1822, o Brasil não possuía sua própria legislação positivada e o Direito Penal aplicado no território brasileiro era o Direito português, em especial as Ordenações Filipinas, que entraram em vigor na Península Ibérica em 1603.³⁵⁹ As Ordenações Filipinas – como visto anteriormente – continham as peculiaridades do Direito Penal do Antigo Regime europeu, que confundiam preceitos morais (vícios) com religião (pecados), além de prever as desigualdades sociais e “desconhecer o princípio da personalidade da responsabilidade criminal, [...]”³⁶⁰, condicente à individualização da pena, que é uma das principais características do Direito Penal Contemporâneo. O Direito oficial utilizado no Brasil Colônia era o imposto pela Metrópole europeia³⁶¹ e, no que concerne aos métodos informais de resolução de conflitos penais, deve-se perceber que a grande maioria da população que habitava o Brasil eram índios, que não utilizavam a jurisdição oficial e, como informa Antônio Carlos Wolkmer:

³⁵⁹ Cf. CAMARGO, Mônica Ovinski de. O habeas corpus no brasil-império: liberalismo e escravidão. *Seqüência*. Florianópolis, ano XXV, nº 49, p. 71-94, dez. de 2004, p. 73.

³⁶⁰ SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 67. O princípio da personalidade no Direito Penal – atualmente previsto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988 – significa que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, contrastando, portanto, às disposições das Ordenações do Antigo Regime, que previam recair a infâmia da pena aos descendentes do condenado.

³⁶¹ Antônio Carlos Wolkmer (*Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994, p. 74-5), ressalta: “Constata-se que em momentos distintos de sua evolução – Colônia, Império e República – a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam, até mesmo, antes do longo processo de colonização e da incorporação do Direito da Metrópole. A condição de superioridade de um Direito Estatal que sempre foi profundamente influenciado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito colonizador alienígena – segregador e discricionário com relação à população nativa – revela mais do que nunca a imposição, as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. Desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas costumeiras de um Direito nativo e Informal, uma ordem normativa gradativamente implementa as condições e as necessidades essenciais do projeto colonizador dominante. A edificação deste imaginário jurídico estatal, formalista e dogmático está calcada doutrinariamente, quer no idealismo jusnaturalista, quer no tecnicismo positivista. Cumpre assinalar, no entanto, que os traços reais de uma tradição subjacente de pluralismo jurídico podem ser encontrados nas antigas comunidades socializadas de índios e negros no Brasil colonial.”

Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário. Autores como João Bernardino Gonzaga admitem uma justiça penal indígena, no tempo do descobrimento, ainda que seja impossível estabelecer um único direito criminal, gerado por uma fonte superior em face das diversidades existentes entre os incontáveis grupos indígenas (inexistência de homogeneidade até mesmo entre nações nativas maiores, como a dos tupis), tampouco pode-se reconhecer qualquer influência dessas práticas penais sobre o Direito dos conquistadores lusitanos.³⁶²

Isso significa, precisamente, que os métodos de resolução de conflitos penais entre os índios eram tidos como informais, inferiores e inoponíveis ao Direito oficial e, por isso, marginalizados; mas representavam a expressão de uma sociedade sem Estado. No que concerne à população dos negros escravizados, estes faziam parte da propriedade particular dos colonizadores europeus mantenedores de valores patriarcais³⁶³; não possuíam personalidade civil e, portanto, estavam sujeitos ao poder disciplinar doméstico.³⁶⁴ Enfim, o fato de existir um Direito oficial (europeu) imposto à população dominada e marginalizada no Brasil, não significa que não existiam métodos informais de resolução de conflitos intersubjetivos³⁶⁵; como destaca Antônio Carlos Wolkmer, invocando Jacques Távora Alfonsin: “[...] as práticas jurídicas comunitárias nos antigos ‘quilombos’ de negros e nas

³⁶² WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Op. cit., p. 52-3.

³⁶³ Como explica Paulo Roney Ávila Fagúndez (O direito e a questão da sexualidade. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003, p. 36): “A história do Direito patriarcal é a história da opressão às mulheres.” Entrementes, a visão do Direito patriarcal é muito mais abrangente, é a história da dominação e opressão de determinados grupos de pessoas, que marginalizam e controlam outros grupos de pessoas ideologicamente inferiorizados. Nessa perspectiva, pode-se notar que a escravidão dos negros no Brasil e o impedimento das mulheres atuarem oficialmente na política brasileira – até 1932 – demonstram características do Direito patriarcal instituído na cultura jurídica brasileira. Hodiernamente, o Direito patriarcal se mostra presente no discurso oficial do Estado através das normas jurídicas, que possuem a pretensão de dirimir relações complexas existentes na sociedade impondo, cada vez mais, regras jurídicas que pretendem comandar até os mais elementares acontecimentos diuturnos da pessoa humana. O mesmo autor (p. 41) já mencionado ressalta: “O controle das condutas humanas se dá mediante a imposição de um padrão de comportamento. Há uma ciência racional, que tudo quer saber e tudo quer explicar, mediante o estabelecimento de relações de causalidade. Que tudo quer dominar. [...] Quer-se acabar com a inflação com a dolarização da economia ou pela substituição da moeda, como se houvesse a possibilidade de promover o controle da inflação por um simples decreto. Deseja-se infantilmente controlar a violência da sociedade com a imposição da violência estatal, do policiamento, de mais medo. [...] Vive-se, desde os primórdios da humanidade, o direito patriarcal, todo-poderoso, criador da propriedade, do domínio da vida, senhor da opressão, especialmente dos fracos e marginalizados, *a priori* seletivamente apontados como vítimas de perseguição e repressão.”

³⁶⁴ Antônio Carlos Wolkmer (*História do Direito no Brasil*. Op. cit., p. 46), comenta que: “Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seus ‘mores’ e suas leis, participando ‘na humilde condição de objeto do direito real’, ou seja, objetos de proteção jurídica. Igualmente o negro, ‘para aqui trazido na condição de escravo, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural a que lhes impelia a imigração forçada a que se viam sujeitos, não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na elaboração do Direito brasileiro’.”

³⁶⁵ Interessante observar que o Direito oficial que deveria ser aplicado no Brasil Colônia encontrava, por vezes, alguns obstáculos um tanto inusitados, como comenta Luiz Carlos Villalta (Op. cit., p. 361) ao tratar das bibliotecas privadas no Brasil colonial: “Em termos de obras jurídicas, apenas uma *Ordenações do Reino* (inexistente na Câmara de São Paulo até 1587, por falta de dinheiro); [...]”.

‘reduções’ indígenas, algumas sob orientação jesuítica, se constituem nas formas mais remotas de um ‘direito insurgente, eficaz, não-estatal’.”³⁶⁶

O Direito Penal oficial pertinente ao Brasil Colônia visava, precipuamente, garantir a arrecadação tributária³⁶⁷ – pela Metrópole –, a exploração da matéria-prima e, especialmente, a aplicação de penas cruéis aos desobedientes, justamente para evitar as ameaças ao poder do soberano e garantir súditos obedientes. Tais características permaneceram durante o período Colonial e não mudaram quando ocorreu a independência do Brasil em 1822, isto é, manteve-se um Direito Penal oficial – simbólico – coexistente com as práticas informais de resolução de conflitos entre a maioria da população alijada de participação política e submetida às declarações do Poder soberano.³⁶⁸

1.2 A cultura jurídica brasileira e o Código Criminal do Império

Como visto no Capítulo anterior, a partir do século XVII eclodiram as idéias iluministas na Europa ocidental e se iniciaram os combates ao poder soberano absoluto e à irracionalidade da lei penal do Antigo Regime. Ruth Maria Chittó Gauer, ao escrever sobre a cultura da lei penal – no Brasil –, em um contexto histórico anterior ao advento da Independência em 1822, comenta que as idéias jusnaturalistas em voga durante o iluminismo em Portugal, mormente com a Reforma Pombalina, influenciaram o “corpo técnico brasileiro, formado pela Universidade [de Coimbra], de 1772 a 1820.”³⁶⁹ No tocante à cultura jurídica brasileira estar submetida aos episódios históricos que moldaram a dinâmica legislativa européia ocidental, Antônio Carlos Wolkmer explica que:

Na sua globalidade, a compreensão, quer da cultura brasileira, quer do próprio Direito, não foi produto da evolução linear e gradual de uma experiência

³⁶⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Op. cit., p. 75.

³⁶⁷ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Op. cit., p. 76.

³⁶⁸ Francisco de Assis Silva (Op. cit., p. 124), ao comentar sobre o Primeiro Reinado (1822-1831) escreve: “Gentalha. Assim era vista a massa trabalhadora, escrava ou livre, cuja força de trabalho era a sustentação econômica do país. ‘Gentalha’, expressão antidemocrática daqueles que viam na massa um instrumento de manipulação que jamais deveria participar das decisões políticas. De fato, o 7 de setembro foi uma decisão da classe dominante para a classe dominante, formada por fazendeiros e comerciantes, ou seja, por homens ligados à grande propriedade monocultora escravista e ao comércio importador e exportador. Essa elite assumiu o poder em 1822, adotando a monarquia constitucional como forma de governo capaz de defender o latifúndio e a manutenção da escravidão, e impedir qualquer tentativa popular de participação política. Era preciso que essa ‘gentalha’ e seus representantes permanecessem marginalizados do processo, e qualquer tentativa de participação deveria ser reprimida com o rigor necessário. Dotada de uma ideologia conservadora e antidemocrática, a elite impôs um regime centralizado de governo, a submissão da Igreja ao Estado e instituiu o voto censitário, impedindo as massas populares de participar do processo eleitoral num país cuja população agrária se compunha de quase 95% de escravos e colonos pobres.”

³⁶⁹ GAUER, Ruth Maria Chittó. Fundamenta-se um moderno pensamento jurídico brasileiro. In: CANCELLI, Elizabeth (org.). *Histórias de violência, crime e lei no Brasil*. Brasília: UNB, 2004, p. 41.

comunitária como ocorreu com a legislação de outros povos mais antigos. Na verdade, o processo colonizador, que representa o projeto da Metrópole, instala e impõe numa região habitada por populações indígenas toda uma tradição cultural alienígena e todo um sistema de legalidade ‘avançada’ sob o ponto de vista do controle e da efetividade formal. O empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano. O Direito Português, enquanto expressão maior do avanço legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase que exclusiva do Direito pátrio.³⁷⁰

A reprodução da cultura jurídica europeia no Brasil, entretanto, esbarrava na carência e deficiência de instituições do Estado responsáveis pela concretização dos Direitos declarados em Portugal, pois o Brasil Colônia possuía, evidentemente, um contexto geográfico, demográfico e cultural diferente do europeu, o qual desde a Idade Média caracterizou-se por um retorno à civilização clássica em um ambiente urbano e fortemente influenciado pela classe burguesa. Assim, enquanto na Europa ocidental tentava-se consolidar as estruturas estatais burocratizadas – ainda que funcionassem de maneira simbólica – em prol da centralização do poder político, no Brasil somente após a transferência da família real da metrópole para o Rio de Janeiro em 1808 é que ocorreu um “enxerto burocrático” de milhares de funcionários reais (cerca de 15 mil), além de uma retenção de escravos no meio urbano – antes destinados à zona agrícola – para servir a corte.³⁷¹ Diante de tal fenômeno, Mozart Linhares da Silva comenta que os burocratas brasileiros, além de reconhecerem a cultura europeia como mais evoluída, tentaram buscar os elevados graus de civilização através da:

construção de códigos e diplomas legislativos que se ancorassem na modernidade. Em outras palavras, as idéias não estão fora do lugar, elas encontram-se no lugar da universalidade, buscando promover, pela coerção, no caso jurídico, a aceleração do processo civilizador. Reproduz-se, assim, a idéia de devir no campo jurídico. Claro está que essa mentalidade de caráter homogeneizador se encontra sempre em conflito com a diferença. A ‘realidade histórica’ está sempre em perspectiva em relação à cultura jurídica. Procura-se a mudança do comportamento a partir da feitura de legislações extremamente modernas. Daí a interpretação das idéias fora do lugar. Ao mesmo tempo que se procura renegar a tradição, ela acaba por compor a própria idéia de modernidade.³⁷²

Pode-se notar, assim, que a cultura jurídica (oficial) no Brasil, desde o seu período colonial, foi desenvolvida em ambiente europeu ocidental; inicialmente por imposição dos portugueses e posteriormente pelo reconhecimento dos administradores do Estado brasileiro de que a Europa possuía uma cultura jurídica mais civilizada e evoluída e, por isso, os

³⁷⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no brasil*. Op. cit., p. 45-6.

³⁷¹ Cf. ALENCASTRO, Luiz Felipe. Vida privada e ordem privada no império. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe (org.). *História da vida privada no brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.2, p. 12-4.

³⁷² SILVA, Mozart Linhares da. O Código criminal de 1830 e as idéias que não estão fora do lugar. In: CANCELLI, Elizabeth (org.). *Histórias de violência, crime e lei no brasil*. Brasília: UNB, 2004, p. 99.

métodos informais de resolução de conflitos intersubjetivos não foram reconhecidos e tampouco influenciaram na constituição do Direito no Brasil. Comprovação disso está no fato que, mesmo após a proclamação da Independência do Brasil em relação aos comandos políticos dos portugueses, o Direito Penal oficial no Brasil ainda foi, durante anos, o Direito Penal português. Nesse sentido, Galdino Siqueira explica:

Proclamada a independência nacional, o Brasil continuou a reger-se pelas leis e mais atos da metrópole portuguesa, isto mandou observar a Assembléa Constituinte, pela lei de 20 de outubro de 1823, art. 1, enquanto não se organizassem novos códigos ou não fôsem revogados aquêles atos legislativos. Assim, ao que toca ao direito penal, continuaram a vigorar as Ordenações Filipinas, cujo livro V se ocupa, especialmente, em seus 143 títulos, dos crimes, das penas e do processo penal.³⁷³

Entrementes, o Direito Penal das Ordenações Filipinas já havia sido, na prática jurisdicional, modificado pelos fundamentos do jusnaturalismo racionalista implantados nos cursos jurídicos portugueses desde a Reforma Pombalina, mormente com o advento da “Lei da Boa Razão [1769], que fixou a doutrina sobre a interpretação das leis, determinou em que casos poderia proferir assento com valor normativo, limitou o abuso e atribuiu valor aos assentos de outros tribunais superiores.”³⁷⁴ Curioso observar que as Leis Penais oficialmente

³⁷³ Op. cit., p. 67. Ainda, observar: BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_82.pdf> Acesso em 14 de janeiro de 2006, p. 07-8. “D. Pedro I, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Perpetuo Defensor do Brazil a todos os nossos Fieis Súdítos Saúde. A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil tem Decretado o seguinte. A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do império do Brazil Decreta. Art. 1.º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelíssima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Corte, e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas. Art. 2.º Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabella junta, ficam igualmente valiosos, emquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléa em 27 de Setembro de 1823. Mandamos portanto a todas as Autoridades Civis, Militares e Ecclesiasticas, que cumpram, e façam cumprir o referido Decreto em todas as suas partes, e ao Chanceller-mór do Imperio que o faça publicar na Chancellaria, a que tocar, remettendo os exemplares delle a todos os logares a que se costumam remeter, e ficando o original ahí, até que se estabeleça o Archivo Público, para onde devem ser remettidos taes diplomas. Dada no Palacio do rio de Janeiro aos 20 dias do mez de Outubro de 1823, 2º da Independencia e do Império. Imperador com Guarda.”

³⁷⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. Op. cit., p. 53. A mesma autora (Ibid., p. 54) comenta que: “O Direito Pátrio e a História do Direito português foram orientados no sentido de preparar os estudantes para compreender as leis e executá-las.” Dessa forma, pode-se vislumbrar um fenômeno importante pois, ao mesmo tempo em que a “razão” passou a orientar a aplicação do Direito oficial, com o desenvolvimento dos Códigos Modernos, a “razão” passou a ser somente o que estava prescrito em lei; e, como o Estado passou a ser essa “razão” declarada oficialmente em uma norma jurídica, os técnicos do Direito já estavam previamente orientados pelas Faculdades de Direito de Portugal a observar estritamente o que estava prescrito na lei, pois esta já seria a própria “razão”. Ainda, Mozart Linhares da Silva (Op. cit., p. 88-9) explica que “Consustanciada pelo pensamento de Verney, surge, em 1769, a Lei da Boa razão, que não apenas moderniza a prática jurídica, como também introduz o pensamento iluminista racionalista na política portuguesa, reflexo do que estava acontecendo

declaradas como válidas – Ordenações – eram, em sua grande maioria, inaplicáveis e, inclusive, já haviam sido modificadas através de uma “norma de interpretação” que é a Lei da Boa Razão. Isso demonstra que o próprio Estado soberano reconheceu o papel simbólico de suas normas penais e, mesmo assim, manteve o Direito (Penal) tradicionalmente declarado – Ordenações Filipinas – como fonte legitimadora de suas próprias instituições; mas, na prática, as normas procedimentais flexibilizaram a aplicação das penas nos casos concretos. Nessa perspectiva, quando o Brasil se tornou independente de Portugal, eram as jurisprudências dos tribunais que orientavam a aplicação do Direito Penal oficial, e não somente as disposições das Ordenações Filipinas.³⁷⁵

No tocante à produção legislativa brasileira, Antônio Carlos Wolkmer comenta que a cultura jurídica no Brasil, desde a independência, reproduzia uma “tradição legal profundamente comprometida com a formação social elitista, agrário-mercantil, antidemocrática e formalista.” Tais características, além de manter o modelo legislativo europeu, não refletiam o Direito praticado nos redutos indígenas e nos quilombos – ambientes marginalizados –, mas demonstram que a transposição do Direito europeu ocidental para o sistema colonial brasileiro, mais do que obstruir a incorporação de práticas nativas consuetudinárias (informais), acabaram resultando “na imposição de um certo tipo de cultura jurídica que reproduziria a estranha e contraditória convivência de procedimentos burocrático-patrimonialistas com a retórica do formalismo liberal e individualista.”³⁷⁶

O mesmo autor, ao explicar as contradições entre o ideal do liberalismo europeu e a organização o Estado brasileiro no século XIX, afirma que o “liberalismo brasileiro deve ser visto igualmente por seu profundo traço ‘juridicista’.”³⁷⁷ Isso porque o formalismo legalista implantado pelo Império brasileiro moldou o perfil da nossa cultura jurídica; esta representada

na Europa como um todo. A Lei da Boa Razão reformula os princípios basilares de toda a jurisprudência, reafirma o Direito Natural e o das gentes, reserva um lugar subsidiário ao Direito romano por meio do *usus modernus* e sobrevaloriza o Direito pátrio. Em linhas gerais, a lei procura sobrevalorizar o Direito pátrio e o das nações cristãs mais elevadas; a fonte maior do Direito situa-se agora na razão e no Direito Natural, contornando, assim, as fontes subsidiárias polifônicas do Direito comum e dos comentadores do Direito Romano. O Direito Consuetudinário, ou o costume, passa a ser delimitado pela lei, tendo validade se obedecer aos seguintes critérios: 1) ser conforme a Boa Razão, entendida como as verdades imutáveis do Direito Natural; 2) não ser contrário às leis pátrias; 3) o costume ter mais de cem anos. A Lei da Boa Razão ainda limita o Direito Canônico aos tribunais eclesiásticos, deixando, assim, de ser fonte subsidiária do Direito Civil e proíbe o recurso a *opinio communis*.”

³⁷⁵ Nesse sentido, consultar: SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 68.

³⁷⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no brasil*. Op. cit., p. 07.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 79.

pela Dogmática Jurídica³⁷⁸ preconizada e reproduzida pelos aplicadores do Direito oficial, especialmente com a criação de cursos jurídicos em território brasileiro em 1827 – São Paulo e Recife – que serviram para a constituição de uma camada burocrático-administrativa que deveria assumir a gerência do Brasil, isto é, atender aos interesses do Estado³⁷⁹ – representado pelo autoritarismo despótico de D. Pedro I – e não às necessidades da população brasileira em prol da composição de seus conflitos por intermédio de uma instância oficial; ou, ao menos, pelo reconhecimento dos métodos informais de resolução de conflitos penais através do consenso entre as pessoas.

A influência iluminista (Escola Clássica) e o movimento codificador europeu repercutiram no Direito Penal brasileiro desde a elaboração da primeira Constituição do Brasil, outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, a qual, em seu artigo 179, nº XVIII, instituiu: “*Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas bases sólidas da Justiça e Equidade.*”³⁸⁰ Essas orientações constitucionais certamente faziam referência às transformações que ocorriam no sistema penal europeu (ocidental), incorporadas pelo Império brasileiro; porquanto, com a perspectiva de estruturação do Estado brasileiro nos moldes europeus, os crimes já não podiam ser considerados uma falta moral ou religiosa, mas deveriam ser, precisamente, a violação à lei do Estado (infração penal), que necessitava de tecnologias de disciplina mais eficazes contra os que desafiavam as ordens legais e não se submetiam à administração do Imperador. Como explica Michel Foucault ao mencionar as teorias de Beccaria, Bentham e Brissot: “Para que haja infração é preciso haver um poder

³⁷⁸ Como explica Vera Regina Pereira de Andrade (*Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18): “[...], na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço por tarefa metódica (imane) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente a Dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica.”

³⁷⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Op. cit., p. 80.

³⁸⁰ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_5.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2006, p. 34. Cumpre destacar a crítica de Walter Vieira do Nascimento (Op. cit., p. 137) que, ao comentar tal dispositivo constitucional, explica: “É de ver que o dispositivo em tela já denunciava tecnicamente falho, ao determinar, em estranha simbiose, um Código Civil e Criminal. Não poderia, pois, ir adiante, como realmente não o foi, tão disparato erro de técnica legislativa. No que se refere especificamente a um Código Civil, o previsto naquela Constituição só se cumpriu em 1916. Quanto a um Código Criminal, iniciada sua elaboração em 1827, foi a mesma concluída e transformada em lei em 1830, passando o novo estatuto a vigorar no mesmo ano. Mas não foi corrigido o erro original de se denominar, como assinala Agenor Ribeiro, “criminal um código que não trata dos crimes senão das penas, e que não cuidou dos aspectos processuais.”

político, uma lei e que essa lei tenha sido efetivamente formulada. Antes da lei existir, não pode haver infração.”³⁸¹

O “princípio da legalidade” – embora limitador do poder do soberano –, não significa a importância que o Estado tem em resolver os conflitos intersubjetivos oriundos da sociedade civil através de indenizações e/ou aplicação de penas ao ofensor de um bem jurídico; mas um expediente discursivo capaz de legitimar o próprio Estado como legislador e único selecionador de condutas tidas como criminosas, além de monopolizar os métodos de resolução de conflitos – mesmo os aflictivos, como a prisão – por intermédio de sua própria jurisdição. Como o Brasil imperial possuía um soberano e ele, D. Pedro I, tinha a necessidade de manter um poder político legítimo para proteger os privilégios já estabelecidos durante o período Colonial, tornou-se oportuna a elaboração de um Código Criminal mais eficiente contra seus opositores. Nesse sentido, Mônica Ovinski de Camargo comenta:

Os políticos brasileiros do pós-independência tiveram como preocupação primeira a elaboração de toda legislação criminal em solo pátrio. Isto se deu por dois motivos: primeiro porque as Ordenações Filipinas, além de completamente obsoletas e incompatíveis com o espírito político da época, tinham sido revogadas em parte pela vigência da Constituição, elaborada em 1824. Isto provocou uma convulsão no sistema penal, que se mostrou mais caótico do que já era. Urgia expedir uma nova codificação material e processual, que viesse a colocar ordem no sistema jurídico vigente, exterminando com os anacronismos na área penal. O segundo motivo estava na necessidade premente de instrumentalizar o aparato punitivo do Estado, de modo a servir as elites dominantes, tutelando bens jurídicos essenciais para a manutenção e proteção de seus direitos.³⁸²

Essa necessidade de instrumentalizar o Estado para o exercício da jurisdição penal, nos moldes europeus, concretizou-se com a publicação do primeiro Código Criminal brasileiro, que, segundo Galdino Siqueira, antecipava as Leis penais de vários países europeus e americanos e tinha como principal fonte o Código Penal francês.³⁸³ Mozart Linhares da Silva comenta que o “*Código* de 1830, fruto do movimento codificador e de inspiração jusnaturalista moderna, procurou evidenciar as garantias individuais, seguindo, para tanto, as proposições da Constituição de 1824, no seu artigo 179, assim como racionalizou a relação entre crimes e as penas.”³⁸⁴ Evidência disso foi a influência da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” da Revolução Francesa de 1789, que em seu artigo 8º estabelecia o “princípio da legalidade”, tendo sido tal princípio sacralizado na Constituição Imperial de

³⁸¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Op. cit., p. 80.

³⁸² Op. cit., p. 86.

³⁸³ Op. cit., p. 68-9.

³⁸⁴ Op. cit., p. 95.

1824, especificamente no artigo 179, nº I, que instituía: “*Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei*”.³⁸⁵

A fórmula clássica do princípio da legalidade (e da reserva legal) no âmbito penal – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – foi preconizada nos artigos 1º e 33 do Código Criminal de 1830.³⁸⁶ Institucionalizou-se, assim, a idéia iluminista de que apenas o Estado é que pode definir o que é crime e que não há crime sem lei anterior que o defina. Ainda, diante da disposição do artigo 179, inciso II da Constituição do Império, que previa: “*Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica*”³⁸⁷, ficou formalmente declarado que toda Lei penal é fundamentada na utilidade e no interesse públicos e que somente o Estado é que poderia definir a infração penal e aplicar a punição correspondente ao infrator. Fixou-se, então, o que é designado de *ius puniendi*, ou seja, o Direito (subjeto) de punir do Estado³⁸⁸, entendido como o “monopólio da coação física”, e que todo o crime, já que advindo das Leis do Estado, é uma questão inquestionavelmente de ordem pública, pertinente a toda a sociedade e não apenas ao ofendido e/ou a seus representantes. Esse mito que reduz a autonomia das pessoas em resolver um conflito enquanto potencializa o Poder soberano em definir as infrações penais, enfim, declarou que a Lei do Estado brasileiro estava fundamentada no “interesse público” e visava estabelecer um governo centralizado e estruturado no “monismo jurídico”.³⁸⁹

³⁸⁵ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_7.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2006, p. 32

³⁸⁶ Discorrendo sobre o Princípio da Legalidade, Heleno Cláudio Fragoso (Observações sobre o princípio da reserva legal. In: *Revista de direito penal*, nº 1, jan-mar/1971. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/helena_artigos/arquivo11.pdf> acesso em 28 de janeiro de 2006, p. 03) explica que: “O Código Criminal de 1830, em seu art. 1º estabelecia que ‘não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste código), sem uma lei anterior, que o qualifique’. E, no art. 33, que ‘nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem como mais, nem como menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio”.

³⁸⁷ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_7.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2006, p. 32

³⁸⁸ Nesse sentido, consultar: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*: São Paulo: Atlas, 1998, p. 23-5

³⁸⁹ Como ensina Antônio Carlos Wolkmer (*Pluralismo jurídico*. Op. cit., p. 40-1): “[...] a íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito conduz à coesa e predominante doutrina do monismo. Tal concepção atribui ao Estado Moderno, o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado como único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo. Essa asserção indica que, na dinâmica histórica, o ‘princípio da estatalidade do Direito desenvolveu-se concomitantemente com a doutrina política da soberania, elevada esta à condição de característica essencial do Estado. Com efeito, o Estado moderno define-se em função de sua competência de produzir o Direito e a ele submeter-se, ao mesmo tempo em que submete as ordens normativas setoriais da vida social’.”

Como a elite burocrática de juristas brasileiros, desde antes da Independência do Brasil, foi composta ideologicamente com uma tarefa específica de atender ao Direito oficial do Estado – isto é, cumprir respeitosa e formalmente as normas jurídicas declaradas pelo Estado soberano, representante legal do interesse público –, restou que os Bacharéis em Direito, oriundos das camadas sociais mais elevadas e doutrinados pelas academias oficiais do próprio Império para conhecer e aplicar o Direito positivado (normatizado pelo Estado), naturalmente desprezavam e marginalizavam os métodos de resolução de conflitos (informais) de grande parte da população brasileira do século XIX, uma vez que, sendo a Lei do Estado a representante declarada do “interesse público”, as práticas consuetudinárias de resolução de conflitos intersubjetivos acabavam por esbarrar, especialmente, no princípio da legalidade, que é um dos pilares da doutrina jurídica contemporânea. Finalmente, ressalta-se que os índios eram vistos como “hordas” de “selvagens”; e os negros eram escravos, isto é, eram “raças vencidas”³⁹⁰ e, portanto, pouco contribuíram para a formação de uma cultura jurídica propriamente brasileira.

Nota-se, nessa perspectiva, que o Brasil Império reproduziu a cultura penal européia ocidental e estabeleceu os princípios liberais de proteção ao indivíduo (cidadão), limitando e racionalizando a aplicação do Direito Penal; mas isto não para evitar a arbitrariedade e abusos dos agentes do Estado contra a pessoa humana – discurso iluminista europeu –, mas sim porque havia um interesse em manter o controle do Estado na administração do Brasil através das idéias “civilizadas” e mais “sofisticadas” em voga na Europa. Assim, a elite brasileira – dirigente do Estado brasileiro no século XIX – preservou seu individualismo político e privilégios concedidos pela Coroa portuguesa, mantendo uma velha estrutura oligárquica conservadora e patriarcal, responsável pela exploração econômica agroexportadora e dependente da economia internacional, isto através de uma Constituição considerada, formalmente, como liberal, mas que dava todos os poderes administrativos para o Imperador por intermédio do Poder Moderador.³⁹¹ Em suma, os Direitos positivados na Constituição

³⁹⁰ Nesse sentido, verificar a designação aos índios por Clóvis Beviláqua em um artigo publicado em 1896, intitulado: “Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista”, In: BEVILÁQUA, Clóvis *et alli*. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, s.d., p. 77-92.

³⁹¹ Na Constituição Imperial outorgada por D. Pedro I (In: Op. cit., Disponível em <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_5.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2006, p. 20), O Título 5º, “Do Imperador”, no seu Capítulo I, intitulado “Do Poder Moderador” institui: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. Art. 99. A pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Art. 100. Os seus Títulos são ‘Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil’ e tem o Tratamento de Magestade Imperial.. Art.

Imperial e no Código Criminal certamente deveriam atender as classes dominantes no Brasil que, ao mesmo tempo que mostravam – discursivamente – uma índole humanista, individualista e racional no moldes europeus, lograram êxito em manter seus privilégios patrimoniais em um regime de produção escravocrata, alijando as massas populares da participação nas decisões políticas no Brasil Império e destinando-lhes as penas públicas oriundas do Direito Penal “racionalmente elaborado”.

1.3 A Informalidade no Período Regencial e o Código de Processo Criminal do Império

O contexto político brasileiro durante a década de 20 do século XIX foi marcado pela relativa incapacidade do Imperador D. Pedro I em administrar o Brasil unido em um governo centralizado; além disso, os desentendimentos entre as facções políticas brasileiras e portuguesas pela luta do Poder eclodiram em inúmeras revoltas locais, que foram superadas com muita violência contra os opositores do Imperador e, principalmente, contra a população brasileira. Em 1831 o Imperador abdicou ao trono, que só foi preenchido praticamente uma década depois (1840).³⁹²

Durante esse interregno, eclodiram inúmeras revoltas armadas no Brasil – Cabanagem (Grão-Pará), Balaiada (Maranhão e Piauí), Sabinada (Bahia) e Guerra dos Farrapos (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) –, sendo que todas elas foram reprimidas pela violência das forças governamentais e acordos de privilégios para as oligarquias regionais; no jogo político brasileiro, entraram em cena “três facções partidárias que disputavam entre si a supremacia do poder: o *Partido Restaurador*, o *Liberal Moderado* e o *Liberal Exaltado*.”³⁹³ O primeiro – também denominado de “Caramuru” – era representado pelos remanescentes do Partido Português; o segundo, pela aristocracia rural; e o terceiro, por representantes um pouco mais aproximados da população. Entre 1831 e 1835, foram os liberais moderados que assumiram o poder no Brasil, compondo a chamada “Regência Trina Permanente”.³⁹⁴ Iniciaram-se, assim, as reformas na legislação brasileira e uma delas foi a promulgação, em novembro de 1832, do

101. *O Imperador exerce o Poder Moderador [...] VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154; VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condenados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.*”

³⁹² As turbulências políticas na época eram tantas que o Imperador colocou-se à frente de todas as disputas oriundas da Assembléia Legislativa e outorgou a Constituição de 1824 – apoiado diretamente pelo Partido Português, que tinha interesse na recolonização brasileira – para manter um governo absolutista através do Poder Moderador. Em abril de 1831 D. Pedro I abdicou ao trono brasileiro em favor de seu filho D. Pedro de Alcântara, que contava com cinco anos de idade e iniciou-se, assim, o chamado “Período Regencial”, que durou até 1840. Nesse sentido, consultar: SILVA, Francisco de Assis. Op. cit., p. 124-146.

³⁹³ Ibid., p. 142.

³⁹⁴ Cf. Ibid., p. 143.

“Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da justiça civil”³⁹⁵, que concedia uma certa autonomia judiciária às regiões.³⁹⁶

Como explica Antônio Carlos Wolkmer:

A reforma liberal do sistema judicial no período posterior à Independência se completa com o Código de Processo Criminal. Elaborado por uma comissão conjunta da Câmara e do Senado, apareceu, logo no ano seguinte, o código de Processo Criminal que, aprovado em 1832, veio atestar nossa autonomia no âmbito do controle, ao mesmo tempo que reforçava as instituições liberais existentes, como o juiz de paz. Esses juízes de paz eleitos, que tinham atribuições policiais e criminais, possuíam igualmente ‘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 de crimes de polícia.’ O Código combinava práticas processualísticas derivadas do sistema inglês e do francês, o que representava, uma vez mais, a vitória do espírito liberal e a supressão do ritual inquisitório filipino.”³⁹⁷

Pelo Código de Processo Criminal de 1832, os Juízes de Paz, eleitos localmente, passaram a possuir jurisdição penal sobre delitos de menor gravidade, absorvendo, portanto, todas as questões oriundas em sua área de competência para aplicar uma sanção prevista no Código Criminal. Tal reforma “liberal”, no entanto, ao descentralizar o Poder Judiciário, permitiu a estruturação de uma cultura de respeito e medo às autoridades policiais e judiciais de cada região, visto que representantes oficiais do “monopólio da coação física” do Estado – submetidos às elites locais – se estabeleceram para vigiar as condutas da população, evitar conflitos e punir os indivíduos recalcitrantes às autoridades e contrários à “ordem pública”. Sobre essa estrutura judiciária liberal e descentralizada, Raymundo Faoro explica que:

Sobre os municípios impotentes e nulificados caiu o Código de Processo Penal, reativando o juiz de paz com poderes de amplitude maior do que os traçados na Constituição, que o reconheceu como agente conciliador dos litígios, pré-instância judicial, autoridade eletiva destinada a aplinar divergências e evitar conflitos (arts. 161 e 162). O círculo judiciário de primeira instância dividiu-se, com o estatuto de 1832, em três circunscrições: o distrito, o termo e a comarca. O distrito foi entregue ao juiz de paz, com tantos inspetores quanto fossem os quarteirões; no termo haveria um conselho de jurados, um juiz municipal, um escrivão das execuções e os oficiais de justiça necessários; na comarca – a mais ampla expressão territorial – havia o juiz de direito, em número que se estenderia até três, nas cidades populosas, um deles com o cargo de chefe de polícia. O Juiz de paz era filho direito da eleição popular,

³⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 106

³⁹⁶ Como assevera Raymundo Faoro (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1977, v.1, p. 305): “Duas medidas consagraram a autonomia local, medidas arrancadas à reação e partejadas com dor: o Código de Processo Penal (29 de novembro de 1832) e o Ato Adicional (12 de agosto de 1834). O Código de Processo Penal, a mais avançada obra liberal e a mais duramente criticada nos dez anos seguintes, deu fisionomia nova aos municípios, habilitando-os a exercer, por si mesmos, atribuições judiciárias e policiais, num renascimento do sistema morto desde o fim do século XVII.”

³⁹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Op. cit., p. 87.

nomeados os inspetores de quartelão pelas câmaras municipais, sob proposta daquele.³⁹⁸

Registre-se que a competência atribuída aos Juizes de Paz não significava que a resolução dos conflitos intersubjetivos se dava através de métodos informais, mas, ao contrário, ampliava a submissão da população às autoridades legalmente constituídas, inclusive nos mais remotos rincões do Brasil. A jurisdição desses agentes do Estado, já que eleitos, ficava naturalmente à mercê das oligarquias regionais, que tinham interesse nos conflitos intersubjetivos da população, alimentando, dessa forma, o denominado “clientelismo”³⁹⁹, fenômeno peculiar da cultura jurídica brasileira representado pelo brocardo da lógica popular que afirma: “aos amigos os benefícios da lei, aos inimigos os rigores da lei.” Nessa perspectiva, percebe-se que a justiça criminal do Brasil – no Período Regencial –, no momento em que pareceu se fragmentar, na verdade se fortaleceu através de técnicas de vigilância e controle mais eficazes contra os setores sediciosos e insatisfeitos da população, visto que estes restaram inexoravelmente submetidos ao domínio das elites tradicionais de cada região do vasto território brasileiro; mas agora esse controle pelas autoridades era permitido pelas normas processuais criminais do próprio Império e legitimadas através das eleições – voto censitário – regionais, que, por isso, eram consideradas “formalmente democráticas”. Enfim, Raymundo Faoro assevera:

A polícia dos sertões e do interior tornou-se atribuição judiciária e eletiva a autoridade. O júri, manifestação imediata da população dos termos, enfraqueceu, de outro lado, a supremacia judicial. A maré democrática, depois de submergir a regência, chegava a seu alvo: o autogoverno das forças territoriais, que faziam as eleições, recebendo a parte do leão na partilha, o senhorio da impunidade na sua violência e no seu mandonismo. O centro do sistema estava no juiz de paz, armado com a truculência de seus servidores, os inspetores de quartelão, de triste memória nos anais do crime e da opressão: “era talvez a 3.^a autoridade depois da regência e dos ministros”.⁴⁰⁰

Nesse contexto histórico da década de 30 do século XIX – em que ocorriam revoltas armadas em várias regiões do Brasil e o Rio de Janeiro estava mergulhado em disputas

³⁹⁸ Op. cit., p. 306.

³⁹⁹ Francisco de Assis Silva (Op. cit., p. 210) explica que desde a criação da Guarda Nacional pelo Regente Feijó, o “coronel” – geralmente um grande proprietário de terras – ocupava o posto mais avançado da Guarda. “Com o passar do tempo os sertanejos passaram a chamar coronel todos os que possuíam a chefia do poder político local. A República herdou essa generalização. Assim, como havia a hierarquia coronel-cabo eleitoral-eleitor [sic], havia, também, uma hierarquização entre os coronéis: do *pequeno coronel*, que dominava um pequeno número de eleitores, ao *grande coronel*, o mandão maior, acima dos demais. Dessa forma a posição hierárquica de um coronel dependia de sua ‘clientela’ e do número de votos por ele controlado (voto de cabresto), e variava de região para região. Para a sua ‘clientela’, isto é, para a massa de agregados que dispunha de seus favores em troca da absoluta fidelidade, o coronel cedia-lhes terras para o cultivo, ajudava-os nas doenças, protegia-os dos problemas policiais etc. Para os amigos e membros da família, o coronel distribuía cargos na administração pública, arranjava empréstimos, livrava-os da ação da justiça e da ação tributária etc.”

⁴⁰⁰ *Idem*.

políticas pouco escrupulosas entre as facções remanescentes do Partido Brasileiro e o Partido Português –, a prática de resolução de conflitos intersubjetivos acabava ficando nas mãos das autoridades previstas na Constituição e Código de Processo Criminal, as quais julgavam conforme a conveniência de seus interesses políticos, nos limites da lei. O Poder Privado das autoridades regionais, tradicionalmente patriarcal, manifestava-se diretamente no Poder Público, visto que o Ordenamento Jurídico mantinha o sistema de nomeações para os mais importantes cargos judiciais e, no tocante aos cargos eletivos, o voto censitário era suficiente para manter a maioria da população marginalizada – mas dominada – pela organização estatal.⁴⁰¹ Buscava-se, assim, moldar a população brasileira para manter cada indivíduo em sua condição de súdito disciplinado e submisso às ordens do Estado através do “monopólio da violência” e de submissão à legalidade. Naturalmente, para se implantar uma cultura de respeito à lei, os métodos informais de resolução de conflitos tinham que ser reprimidos – e substituídos pela jurisdição do Estado –, pois eram logicamente contrários ao princípio da legalidade; além de representarem um desprestígio para as autoridades legais e democraticamente encarregadas de reprimir as “infrações penais”.

A partir do ano de 1836 se acirraram as disputas pelo poder entre representantes do Partido Progressista – antigo Partido Brasileiro (Liberal) – e o Partido Regressista – antigo Partido Português (Restaurador) –, porquanto as reformas liberais ocorridas no Período Regencial descentralizaram o Poder no Brasil, desagradando os “regressistas”, que propunham manter a “ordem pública” e a “segurança do Estado” fundados na lei. Assim, surgiram os partidários que defendiam a ascensão de D. Pedro de Alcântara ao trono – como forma de recuperar a estabilidade no País – e fundaram o denominado “Clube da Maioridade”. Estes, aliados ao “grupo palaciano”, promoveram um aviltamento à Constituição e ao Ato Adicional de 1834 com a chamada “Lei de Interpretação do Ato Adicional”, de 12 de maio de 1840; e lograram êxito na chamada “Conspiração da Maioridade” ou “Golpe da Maioridade” levando um garoto de 14 anos ao trono; e, assim, D. Pedro II iniciou, em 1840, o Segundo Reinado, que ficou marcado como um duro golpe aos ímpetus liberais no Brasil do século

⁴⁰¹ Raymundo Faoro (Op. cit., p. 323) sintetiza: “Toda nossa política, assim monárquica como republicana, mostrou-se geralmente ou duvidosa da capacidade do povo, ou suspeitosa do caráter de suas manifestações, de tal maneira que, entre nós, o povo foi sempre mais um símbolo constitucional do que fonte de autoridade em cujo contato dirigentes, representantes e líderes partidários fossem retemperar o ânimo e o desejo de servir. ‘A política brasileira tem a perturbá-la, intimamente, secretamente, desde os dias longínquos da Independência, o sentimento de que o povo é uma espécie de vulcão adormecido. Todo perigo está em despertá-lo. Nossa política nunca aprendeu a pensar normalmente no povo, a aceitar a expressão da vontade popular como base da vida representativa.’ Os próprios liberais, inconformistas em suas origens, submergem no jogo institucional, guardando do passado apenas reminiscências vagas, o apagado fermento e a nostalgia difusa, confundindo os velhos ideais com os irresponsáveis ardores da juventude.”

XIX.⁴⁰² Ressalta-se que todas essas manobras políticas foram conseguidas graças às leis formalmente criadas e, portanto, atos legais e válidos para o Estado soberano.

A História do Direito brasileiro assinala a alteração do Código de Processo Criminal, pela Lei nº 261 de 03 de dezembro de 1841, como uma “regressão” em relação aos anseios políticos dos liberais do século XIX. Como ressalta Francisco de Assis Silva: “A reforma do Código de Processo Criminal centralizava a ação policial e judicial que era, até então, de competência das províncias e dos municípios. A reforma punha fim à autonomia e à influência dos chefes locais, ou seja, o governo dismantela a estrutura partidária municipal e provincial.”⁴⁰³ Antônio Carlos Wolkmer argumenta que o reforço do aparato burocrático por intermédio de uma “centralização rígida, poderosa e policialesca” permitiu que a “dominação patrimonialista” fosse preservada durante o Império⁴⁰⁴, pois, com a alteração do Código de Processo Criminal, toda a estrutura regional organizada a partir de 1832 foi modificada e os antigos agentes estatais remanescentes foram atrelados ao governo centralizado de D. Pedro II. Finalmente, como pondera Raymundo Faoro:

Os capangas dos senhores territoriais passam a ser capangas do império, conduzidos pelos presidentes de províncias e seus agentes. Sobre os sertões e os campos desce a espada imperial, estruturada, na cúpula, num mecanismo estável de governo, mecanismo superior às mudanças de gabinete. Toda a autoridade se burocratiza – do inspetor de quartelão ao ministro –, articulada hierarquicamente de cima para baixo.⁴⁰⁵

A centralização política promovida pelo Imperador D. Pedro II deu-se, inegavelmente, por intermédio de normas jurídicas, mas com a manipulação espúria das Leis em prol dos interesses da elite imperial; além de eleições violentas e fraudulentas, como, por exemplo, ficaram conhecidas as “eleições do cacete”, em 1840.⁴⁰⁶ No que concerne à cultura jurídica brasileira do século XIX, esta foi representada pela ideologia iluminista-individualista preconizadora da igualdade formal entre os indivíduos, na qual o Estado soberano – laico e racional – seria a única fonte legítima do Direito, mormente porque responsável pela ordem pública; mas, na realidade, o Poder Judiciário não deixou de ser uma instância política.⁴⁰⁷

⁴⁰² Cf. FAORO, Raymundo. Op. cit., p. 329-30; SILVA, Francisco de Assis, p. 141-8.

⁴⁰³ SILVA, Francisco de Assis. Op. cit. p. 149.

⁴⁰⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no brasil*. Op. cit., p. 88.

⁴⁰⁵ Op. cit., p. 334.

⁴⁰⁶ Cf. SILVA, Francisco de Assis. Op. cit. p. 148-9.

⁴⁰⁷ Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer (*História do direito no brasil*. Op. cit., p. 93) ressalta: “Na prática, o poder judicial estava identificado com o poder político, embora, institucionalmente, suas funções fossem distintas. O governo central utilizava-se dos mecanismos de nomeação e remoção de juizes para administrar seus interesses, fazendo com que a justiça fosse partidária, e o cargo, utilizado para futuros processos eleitorais (fraudes e desvios) ou mesmo para recompensar amigos e políticos aliados. Assim, o juiz deixava de apreciar conflitos de sua competência (impessoalidade, neutralidade) para entrar numa prática ‘antijudiciária’, em que só

Enfim, através da redução do povo soberano a uma ficção⁴⁰⁸, a mitologia do Direito Contemporâneo mostrava-se eficaz e o Direito Penal e Processual Penal, mais do que prevenir crimes e buscar dirimir os conflitos entre os envolvidos na contenda, tornou-se um mecanismo indispensável para a desqualificação jurídica de indivíduos sediciosos e contrários à “ordem pública” – esta representada pelos ideais de civilização e modernidade oriundos do discurso político europeu ocidental.

1.4 Direito Penal e Processo Penal na República

Na segunda metade do século XIX ocorreram transformações sócio-econômicas profundas no Brasil, sobretudo a partir da década de 70. Nesse período houve um relativo crescimento das indústrias, um aumento considerável na produção cafeeira no sudeste brasileiro, uma sistematização do trabalho assalariado – especialmente com a vinda de milhares de imigrantes europeus – e, diante dessa realidade, o governo imperial mostrou-se “obsoleto e incapaz de atender às novas aspirações de uma sociedade que se transformava e modernizava”.⁴⁰⁹ O centro de discussão política no Brasil passou a ser São Paulo, pois a aristocracia cafeeira paulista, portadora de uma mentalidade empresarial moderna – enquanto que o Rio de Janeiro e o Nordeste brasileiro continuavam apegados ao conservadorismo escravista –, praticamente sustentava a economia brasileira; além disso, muitos filhos da elite agrária e mercantil freqüentavam a Academia de Direito do Largo do São Francisco, que foi fundamental para a preparação cultural e política dos futuros administradores do Brasil República.⁴¹⁰

contava o atendimento ao partido aliado e aos chefes no interior. Daí a duplicidade da conduta do juiz, ora submetido às exigências da legalidade partidária (aliado ou adversário das facções locais), ora impelido aos deveres funcionais do cargo como aplicador da lei.”

⁴⁰⁸ Raymundo Faoro (op. cit., p. 322-3), ao comentar “o principal mecanismo político do Segundo Reinado, o parlamentarismo” argumenta que “O parlamento será o ‘polichinelo eleitoral dançando segundo a fantasia de ministérios nomeados pelo imperador’, reduzindo o povo à uma ficção, mínima e sem densidade, que vota em eleições fantasmas. Excluídos os escravos, os analfabetos, os menores de 25 anos, os filhos-famílias, os religiosos, e os indivíduos desprovidos de renda anual de 100 \$ por bem de raiz, indústria, comércio ou emprego, poucos são os chamados ao voto e poucos os elegíveis. Numa população de 10 milhões de habitantes, em 1872, cálculo otimista avalia entre 300.000 a 400.000 as pessoas aptas aos comícios eleitorais.”

⁴⁰⁹ SILVA, Francisco de Assis. Op. cit., p. 175.

⁴¹⁰ Ibid., p. 176. Antônio Carlos Wolkmer (*História do direito no Brasil*. Op. cit., p. 99-100) comenta o papel relevante dos bacharéis em Direito na cultura política brasileira: “Ao que parece, a iniciação nas academias jurídicas permitia uma identidade cultural apta ao exercício da advocacia, da literatura, do periodismo e da militância política. Para além do envolvimento com a política nacional, foi o periodismo universitário a ação prática que mais absorveu e se incorporou à formação intelectual do acadêmico das leis. Além disso, há que se fazer menção ao perfil dos bacharéis de Direito mediante alguns traços particulares e inconfundíveis. Ninguém melhor do que eles para usar e abusar do uso incontinenti do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. Não se pode deixar de chamar atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultava, sob o manto da

Nesse contexto histórico, onde ocorriam rápidas e imprevisíveis mudanças nas relações sociais no Brasil, sobretudo nos centros urbanos, os brasileiros passaram a conviver com multidões de pessoas estranhas, compostas por indivíduos que não faziam parte das relações cotidianas dos cidadãos – como os imigrantes e libertos – e cada vez mais o Estado passou a ser invocado para a resolução de conflitos intersubjetivos, criando nas pessoas o hábito de “chamar a polícia”, inclusive nos mais insignificantes acontecimentos do dia-a-dia. Concomitantemente ao pânico de muitas “pessoas de bem” – que assistiam a mudanças constantes dos “velhos e bons costumes” –, a cultura jurídica brasileira, reprodutora dos princípios da filosofia iluminista européia, declarava o papel do Estado na repressão da criminalidade. A retórica jurídicista de “lei”, “ordem”, “segurança”, “interesse público”, “democracia” etc., tornou-se constante na cultura jurídica brasileira desde o século XIX e, embora uma das tarefas do Poder Judiciário seja compor os conflitos através da aplicação da lei, o Direito Penal (contemporâneo) nunca negou a sua tarefa de aplicação da punição aos delinquentes, “nos termos da lei”.⁴¹¹ A cultura jurídico-penal brasileira, partindo do pressuposto de que a norma penal é fundamental para o equilíbrio de toda a sociedade, construiu um discurso – pautado na História⁴¹² – para explicar que os métodos de resolução de conflitos intersubjetivos fora do Estado eram irracionais e desmedidos, isto é, a utilização de métodos informais em matéria penal seria uma selvageria própria do “período da vingança

neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais. Na verdade, o perfil do bacharel jurídicista se constrói numa tradição pontilhada pela adesão ao conhecimento ornamental e ao cultivo da erudição lingüística. Essa postura, treinada no mais acabado formalismo retórico, soube reproduzir a primazia da segurança, da ordem e das liberdades individuais sobre qualquer outro princípio.”

⁴¹¹ O processualista penal brasileiro E. Magalhães Noronha (*Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 03), nas “Considerações Preliminares”, afirma categoricamente a postura dogmática a respeito do Direito Penal, sem mencionar, entretanto, qualquer noção de conflito: “É o Estado o titular do Direito de punir. O crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições de harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária. Mas incumbe ao Estado – que é um meio e não um fim – a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o impece na consecução daquela finalidade. Esse direito estatal não é, entretanto, ilimitado. Nas sociedades civilizadas vige, em regra, o princípio da *reserva legal* – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – que limita o direito de punir. O conjunto das normas incriminadoras constitui, então, o *direito objetivo*, que circunscreve ou delimita o *jus puniendi*. Com efeito, ao mesmo tempo em que o Estado incrimina um fato, declara que não poderá punir quem não o praticar.”

⁴¹² O discurso dogmático a respeito da importância histórica do Estado para o convívio social pode ser percebido através das palavras do processualista penal brasileiro Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 04.), que declara: “[...] quando o Estado, proibindo a justiça privada, avocou para si a aplicação do Direito como algo de interesse público em si mesmo e, além disso, estruturando um sistema de direitos e garantias individuais, interpôs os órgãos jurisdicionais entre a administração e os direitos dos cidadãos, tornando-se, então, o Poder Judiciário um poder político, indispensável ao equilíbrio social e democrático, e o processo um instrumento dotado de garantias para assegurar-lo, [...]”

privada”, e por isso a conduta criminosa deveria ser combatida pelo Estado por intermédio da jurisdição estatal, em prol da proteção ao indivíduo e da pacificação da sociedade.⁴¹³

O Direito Penal no Brasil, como mecanismo de controle social, assumiu um papel de destaque a partir de 1888, ano em que milhares de negros passaram, de repente, a ser indivíduos sem propriedade dentro de um Estado imperial mergulhado em uma crise econômica provocada, em grande parte, pelo regime escravocrata; retrógrado e incapaz de competir com a indústria moderna. Os conflitos sociais causados pela multidão de negros miseráveis, indesejados e menosprezados pela sociedade brasileira precisavam ser combatidos com rigor. Com o advento da República em 1889, os militares do Exército⁴¹⁴ – apoiados pelas camadas médias urbanas como: funcionários públicos, estudantes, médicos, advogados, engenheiros, bancários, comerciantes, intelectuais etc.; ideologicamente abolicionistas e republicanos – subiram ao poder e procuraram rapidamente estruturar o Estado brasileiro sob o manto de uma nova Constituição, que foi promulgada em 1891 com a ideologia positivista de “Ordem e Progresso”.⁴¹⁵

⁴¹³ Vicente Greco Filho (op. cit., p. 50-1), ao comentar a proibição da “justiça privada” parece desqualificar – historicamente – a capacidade do indivíduo de resolver seus conflitos e homenageia o Estado Moderno como sendo tutor da Justiça: “Uma das garantias no direito moderno e que se revela como verdadeira garantia dos direitos individuais é a da proibição da justiça privada ou da chamada ‘vingança pelas próprias mãos’. [...] É fácil de entender que, se fosse admitida a vingança privada, estaríamos no império da insegurança e arbítrio. De fato, àquele que tem uma pretensão, quando atua concretamente para satisfazê-la, não importa a declaração da existência ou inexistência de seu direito, mas somente a submissão da vontade do outro à sua vontade.” Praticamente no mesmo diapasão, autores como Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (Op. cit., p. 21) utilizam argumentos comparativos de sociedades primitivas com o Estado Moderno para potencializar a função jurisdicional estatal em detrimento do indivíduo: “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por isso mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão ao atos criminosos [sic] se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil de ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.”

⁴¹⁴ Muitos militares, na época da Proclamação da República, já estavam influenciados pelo Coronel Benjamim Constant, que foi professor da Escola Militar e famoso adepto do positivismo de Auguste Comte - Nesse sentido, consultar: BENJAMIM CONSTANT. *Grandes personagens da nossa história*. São Paulo: Abril Cultural, 1972, v. 3, p. 669-684.

⁴¹⁵ Cf. SILVA, Francisco de Assis. Op. cit., p. 177-8. Auguste Comte, na Primeira Conferência de sua obra “Catecismo Positivista” (In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 127) ao explicar a noção de “um ente imenso e eterno” declara: “Em torno deste verdadeiro Grande Ser, motor imediato de cada existência individual ou coletiva, nossos afetos se concentram tão espontaneamente quanto nossos pensamentos e ações. A idéia só desse Ser supremo inspira diretamente a fórmula sagrada do positivismo: *O Amor por princípio e a Ordem por base; o progresso por fim*. Sempre fundada sobre um livre concurso de vontades independentes, a sua existência composta, que toda discórdia tende a dissolver, consagra logo a preponderância contínua do

Entretanto, antes mesmo da promulgação da Constituição da República, foi necessário estruturar o Direito Penal com normas condicentes à nova realidade social no Brasil após abolição da escravatura em 1888, visto que o Código Criminal de 1830 previa a aplicação de penas corpóreas – açoites – contra os negros que atentassem aos Direitos de seus proprietários e, face à Lei Áurea, “deveriam ser eliminadas as disposições relativas à escravidão e adicionadas as resultantes de leis especiais.”⁴¹⁶ Nesse sentido, Walter Vieira do Nascimento afirma:

Com efeito, abolida a escravatura no Brasil, vários dispositivos do Código de 1830 não mais se justificavam, impondo-se assim a sua imediata revisão. Foi quando ocorreu o vitorioso movimento de 1889. E o que teria de ser uma tarefa normal de reforma legislativa, acabou por ser feito a toque de caixa, de vez que a preocupação, já então dominante, era substituir o Código Criminal do Império antes de ser promulgada a Constituição republicana. Nas condições em que foi elaborado, muito pouco se poderia esperar do Código de 1890. Revelando gritantes falhas técnicas e estando mesmo desatualizado em relação à ciência penal da época, com o aludido estatuto já nascia a idéia de se preparar um novo Código.⁴¹⁷

Galdino Siqueira, ao descrever o Código Penal de 1890, ressalta: “Inspirado rigorosamente na intuição clássica, não satisfaz completamente as aspirações e necessidades do país, sendo objeto, por isso, de intensa crítica, em muitos pontos procedente.”⁴¹⁸ Essa crítica se refere às falhas do Código em relação às inovações propostas pela Escola Positiva e a Escola Técnico-Jurídica em desenvolvimento na Europa, em especial na Itália e na Alemanha.⁴¹⁹ De fato, o Código Penal da República refletiu de maneira tímida as orientações provenientes dessas Escolas – como visto, responsáveis pela consolidação do paradigma científico em matéria criminal –, mormente porque as idéias pertinentes à inferioridade e anormalidade de determinadas pessoas eram bastante convenientes para se explicar cientificamente os conflitos intersubjetivos e sociais próprios da sociedade brasileira no crepúsculo do século XIX. Em relação a isso, Elisabeth Cancelli explica que:

Diante do país, impuseram-se cada vez mais as “razões de Estado” para que se forjasse o nascimento de um tipo de sociedade ou civilização e um tipo de indivíduo com determinadas peculiaridades culturais. Quando se partiu do princípio de que os

coração sobre o espírito, como única base de nossa verdadeira unidade. É assim que a ordem universal se resume daqui por diante no ente que a estuda e aperfeiçoa sem cessar.”

⁴¹⁶ SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 73.

⁴¹⁷ Op. cit., p. 144.

⁴¹⁸ Op. cit., p. 74.

⁴¹⁹ Importante mencionar que Galdino Siqueira (Op. cit., p. 76), em 1912, foi convidado a elaborar um projeto de Código Penal, conforme suas próprias palavras: “Exercia eu, então, o cargo de promotor público no Estado de São Paulo e, aproveitando o tempo disponível, elaborei um projeto de código penal que, com desenvolvida justificação de motivos, ofereci ao ministro da Justiça para ser aproveitado no que tivesse de útil, na projetada reforma, que não foi levada avante, por empolgar prementemente as atenções dos dirigentes a questão política.” Por fim, esse autor era tributário das teorias de Franz von Liszt – importante representante da Escola Sociológica na Alemanha –, que desenvolvia suas idéias partindo de conceitos semelhantes ao da Escola Positiva italiana.

homens não seriam iguais, não nasceriam iguais e possuiriam características sociais, culturais, psicológicas e físicas que os tornavam diferentes, partilhou-se do determinismo estreito da teoria lombrosiana e de seu princípio básico da desigualdade nata entre os homens.⁴²⁰

Desde antes do nascimento da República, o Brasil assistia ao surgimento de “novas” condutas tidas como “anti-sociais”, em especial em ambientes urbanos, lugares onde a burguesia (civilizada e sofisticada) e o Estado (científico) se propunham a resolvê-las por intermédio da aplicação de uma sanção de cunho ressocializador, isto é, civilizatório. A Lei penal positivada – como instrumento racional e monopólio do Estado – já havia sido consolidada na cultura jurídica brasileira por intermédio de seus bacharéis em Direito e agora ganhava o *status* indelével de ciência, reforçado pelas teses oriundas do positivismo comtiano. Os conflitos penais de menor gravidade continuaram a ser, inexoravelmente, um aviltamento à ordem e à legalidade e, do ponto de vista dos cientistas do Direito Penal, qualquer infração penal refletiria um desvio de conduta grave de determinados sujeitos dentre uma sociedade composta de pessoas sãs, honestas e trabalhadoras. Nessa perspectiva, a composição dos conflitos oriundos de infrações penais tornou-se “coisa de polícia”⁴²¹, de responsabilidade do Estado, e o criminoso (primitivo e degenerado), um merecedor de pena privativa de liberdade ou pena pecuniária, visto que uma das funções do Estado é proteger a sociedade e prevenir conflitos; mais do que dirimi-los.⁴²² O Direito Penal, como ciência, passou a ter a finalidade

⁴²⁰ CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei: 1889-1930*. Brasília: Universidade de Brasília: 2001, p. 16.

⁴²¹ Galdino Siqueira (Op. cit., p. 28-9) explica: “A Polícia, em geral, é a função do Estado que visa prevenir ou eliminar manifestações nocivas ou perigosas da atividade humana ou de energias sub-humanas ou inanimadas, para assegurar, no interesse público, mediante vigilância, ordens ou coerção de condições reputadas indispensáveis ou favoráveis para a convivência civil. Se, para a atuação da polícia, fôr necessária a sanção penal, na forma legal, entra-se no domínio do *direito penal de polícia*, desde que se verifica o *delito de polícia*, assim chamado, não porque a sua repressão seja conferida à autoridade policial, mas porque viola exclusiva ou predominantemente interesses de polícia, considerados tão importantes pelo Estado, de modo a deverem ser reprimidos com sanção pena.” Esses crimes de polícia correspondiam às infrações menos graves durante o Império e, desde o Código de Processo Criminal de 1832, eram de competência do Juiz de Paz. Cumpre mencionar que ocorreu uma reforma no Código de Processo Criminal em 1871, a qual, além de alterar os quadros da magistratura, teve como principal característica separar as funções policiais das funções da magistratura. Walter Vieira do Nascimento (Op. cit., 139), depois de ponderar as “desastrosas” modificações do Processo Criminal de 1841, que deu à polícia atribuições judiciárias – destacando-se a figura do Juiz de Paz –, comenta que “Em compensação, a reforma de 1871, ao revogar tais atribuições, conforme ainda assinala José Frederico Marques, ‘trouxo algumas inovações que até hoje perduram, como, v. *gratia*, a criação do inquérito policial’, e também ‘modificações no instituto da prisão preventiva, bem como nos da fiança, dos recursos, e no *habeas corpus*’.”

⁴²² Elizabeth Cancelli (Op. cit., p. 51) escreve: “Cumpre enfatizar que, do ponto de vista analítico, é impossível estudar o contexto criminal sem entender que a partir do final do século XIX todo o processo dos rituais, da simbologia, do pensar e da atuação dos atores e do inventário ético encontra-se assentado no indivíduo, no seu comportamento e em preceitos de uma narrativa mítica que institui um mundo constituído, fundamentalmente, de criminosos e não criminosos. As chamadas ‘classes perigosas’, que tão facilmente foram incorporadas ao jargão de nossa historiografia, repousam também no saber da Medicina Legal, que, próxima da Polícia e do Judiciário, se torna a grande coqueluche intelectual dos médicos na virada do século XIX para o XX. Daí os estudos sobre o criminosos, sobre o alcoolismo, a epilepsia, a prostituição, a embriaguez e a alienação.

precípua de combater as mazelas da sociedade (civilizada) causadas pelos indivíduos anormais (primitivos), tutelando os interesses tidos como fundamentais para a vida em sociedade. Nesse sentido, o discurso dogmático de Júlio Fabbrini Mirabete, na nota introdutória de sua obra intitulada “Manual de Direito Penal”, ressalta:

A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado *direito positivo*, que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, prevê as conseqüências e sanções aos que violarem seus preceitos. A reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de *Direito Penal*.⁴²³

Conjugando o contexto histórico brasileiro do final do século XIX e primeiras décadas do século XX, momento em que se estabeleceu definitivamente uma burguesia oligárquica na direção do Brasil⁴²⁴, com uma orientação positivista na elaboração das leis, o Direito Penal deveria atender aos “interesses da nação”, representado oficialmente pela Lei do Estado em busca de uma normalidade comportamental de cada indivíduo; conseguida por intermédio da exigência de uma cultura de “ordem e progresso” condicente à disciplina de trabalho, produção de riquezas e com previsão de sanções aos declarados incivilizados (vadios, mendigos, grevistas, rufiões, prostitutas etc.) e tidos como infratores. Explicando sobre a “implantação de uma ordem burguesa” no contexto histórico abordado, Elizabeth Cancelli ressalta:

Isto é, associa a imposição da ética do trabalho ao controle social. E, segundo, quando confrontada com a realidade, a partir do século XIX, em que a dinâmica do espaço urbano se torna cada vez mais intensa, ela reconhece que tudo o que se relaciona com o crime passa a ser de interesse da sociedade como um todo e ‘componente integrante’ do dia-a-dia do cidadão.⁴²⁵

A “criminalidade” como um “componente integrante” da vida cotidiana de cada sujeito corresponde ao fato de que a Lei Penal passou a regular, cada vez mais, a vida das

Higienizar e moralizar as cidades, antes de tudo, significará combater a degenerescência do indivíduo para a coletividade, em nome da ciência e não do indivíduo.”

⁴²³ Op. cit., p. 20.

⁴²⁴ O primeiro presidente civil do Brasil foi Prudente de Moraes, que governou entre 1894 e 1898. Como afirma Francisco de Assis Silva (Op. cit., p. 202) sua eleição representou “a vitória política da oligarquia cafeeira, cuja dominação econômica teria seu correspondente na conquista do poder político na esfera federal”. Com o governo de seu sucessor, o paulista Campos Sales, o mesmo autor (Ibid., p. 208) ressalta que iniciou-se a chamada “Política dos Governadores”, que consistia em uma troca de favores entre o governo federal e os estaduais, criando “uma poderosa máquina eleitoral que garantisse a preponderância das grandes famílias oligárquicas no poder, já que para ele a nação deveria ser sempre governada pelas elites tradicionais.” Para tanto foi criado um mecanismo político específico para as eleições, capaz de alijar a oposição através da não entrega do diploma dos deputados não afinados com as oligarquias. O resultado de tal política foi a hegemonia dos Partidos Republicanos de São Paulo e de Minas Gerais, conhecida pela “política do café-com-leite” e durou até 1930.

peças por um processo de normatização que opera pelo que Michel Foucault chama de “funcionamento capilar do Poder”.⁴²⁶ O fato é que, ao implantar-se definitivamente uma administração burguesa – de domínio do trabalhador assalariado e neutralização dos desempregados – na direção do Estado brasileiro, o Direito Penal passou a mostrar características condizentes à tese foucaultiana sobre vigilância e punição – o *panóptico* arquitetado por Jeremy Bentham – como uma tecnologia de disciplina em prol da formação de “almas” dóceis e corpos aptos para o trabalho.⁴²⁷ Condutas não vinculadas à ética do trabalho (mendicância, vagabundagem, prostituição) entre outras de menor “gravidade”, estavam previstas no Código Penal de 1890 como contravenções⁴²⁸ e, mesmo não havendo conflitos intersubjetivos em grande parte dessas condutas, elas também constituíam a criminalidade no Brasil do início do século XX.

Como mencionado no capítulo anterior, Enrico Ferri – da Escola Positiva – destacou a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos (individuais, orgânicos e psíquicos); sociais (ambiente social); e físicos (ambiente telúrico). Elisabeth Cancelli argumenta que o Código Penal de 1890 criava uma confusão sobre o que era “crime” e o que era “contravenção”⁴²⁹ e, conjugando esta confusão conceitual com a regulação penal cada vez

⁴²⁵ Op. cit., p. 23.

⁴²⁶ Discorrendo sobre o combate à peste no século XVII, Michel Foucault (*Vigiar e punir*. Op. cit., p. 164) fala sobre o sonho político que é a penetração do regulamento até os mais finos detalhes da existência, por meio de uma hierarquia completa que realiza o funcionamento capilar do Poder. De maneira análoga, pode-se vislumbrar um “funcionamento capilar” do *ius puniendi* do Estado ao regulamentar a vida das pessoas, sobretudo nos centros urbanos, como forma de produzir determinados sujeitos civilizados e cumpridores de suas obrigações em prol da ordem pública, isto é, a ordem do trabalho.

⁴²⁷ Ibid., p. 195. “A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seus corpos, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como pena por excelência. No fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. Os ‘modelos’ da detenção penal – Gand, Gloucester, Walnut Streer – marcam os primeiros pontos visíveis dessa transição, mais que inovações ou pontos de partida. A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à ‘humanidade’. Mas também um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo: o momento em que aqueles colonizavam a instituição judiciária. Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, ‘pena das sociedades civilizadas’.”

⁴²⁸ Galdino Siqueira (Op. cit., p. 74) informa que o Código Penal de 1890: “Divide-se em quatro livros, com 412 artigos. O 1º livro se ocupa da imputabilidade e da repressão, sob a rubrica – *Dos crimes e das penas*. O 2º livro – *Dos crimes em espécie*. O 3º livro – *Das contravenções em espécie*. O 4º livro – *Das disposições gerais*.”

⁴²⁹ Cumpre mencionar, desde já, que, diferente de outras legislações como a francesa e a italiana, o Brasil adotou a técnica de bipartidarização, isto é, crime e delito correspondem a uma única definição e as contravenções são “delitos” menos graves. Este tipo de interpretação foi esclarecido e positivado somente no Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941, denominado de “Lei de Introdução ao Código Penal”, que institui em seu artigo 1º: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente,

mais capilar por parte do Estado e com as teorias da Escola Positivista: “A própria noção de crime aparecia a partir do criminoso propriamente dito, e não do ato criminal” e, por fim: “tipificação feita quanto ao tipo de crimes também partia do lugar do sujeito.”⁴³⁰ Esta visão a respeito do Direito Penal no Brasil – que se mantém até nos dias atuais – parece comprovar que a legislação penal e processual penal brasileira não esteve – e em grande parte não está – interessada na composição dos conflitos intersubjetivos, mas constitui um instrumento de controle social eficaz no que concerne à estigmatização e marginalização de determinadas pessoas para a manutenção do Poder às classes dominantes.⁴³¹

O Direito Penal brasileiro, construído sobre os alicerces da soberania do Estado e do “monopólio da violência”, criou o mito de que a infração penal é um ato maldoso atentatório à sociedade e que o criminoso deve passar por um processo de saneamento moral, através do cumprimento da pena, para ser devolvido higienizado para a sociedade.⁴³² Não se trata em Direito Penal do “conflito” entre pessoas – exceto de forma periférica em determinadas infrações –, mas sim de uma “conduta” que viola uma norma penal (regulamento estatal), isto é, uma conduta criminosa – típica, antijurídica e culpável. Isso pode ser observado no discurso do processualista penal brasileiro Vicente Greco Filho que, após elaborar algumas premissas a respeito dos “conflitos”, conclui seu pensamento afirmando: “O direito, por conseguinte, não depende do conflito entre as pessoas, mas exatamente existe para evitá-los,

quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” Já antes da publicação a Lei de Introdução do Código Penal de 1940, o então Ministro Francisco Campos (In: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 40) , na *Exposição de motivos do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940* (Exposição de Motivos do Código Penal) já havia informado: “2. Ficou decidido, desde o início do trabalho de revisão, excluir do Código Penal as contravenções, que seriam objeto de lei à parte. Foi, assim, rejeitando o critério inicialmente proposto pelo professor Alcântara Machado, de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções. Quando se misturam coisas de somenos importância com outras de maior valor, correm estas o risco de se verem amesquinhas. Não é que exista diversidade ontológica entre o crime e contravenção; embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre as duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal matéria tão miúda, tão vária e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se furtasse, na medida do possível, pelo menos àquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração.”

⁴³⁰ CANCELLI, Elizabeth. Op. cit., p. 37-41.

⁴³¹ Sobre a cultura punitiva e o processo de estigmatização de determinados sujeitos para a manutenção de um poder simbólico pelos Estados, consultar: BARATTA, Alessandro. Op. cit.; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁴³² Nesse sentido, consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Op. cit.. Ainda, Paulo Roney Ávila Fagundes (Op. cit., p. 43) pondera: “Os criminosos são colocados detrás das grades, como se não fossem seletivamente reprimidos pela sociedade. Na estrutura patriarcal de poder impera o maniqueísmo, sabendo-se, de antemão, onde está o bem e onde está o mal, como se eles pudessem ser separados com racionalidade, como se existissem isoladamente.”

atribuindo a cada um a sua parcela de participação nos bens naturais e sociais.”⁴³³ Nota-se que, conforme esse tipo de afirmação e sendo o Direito Penal uma declaração oficial do Estado, a própria norma penal, ao definir uma conduta criminosa, cria o conflito e produz a delinquência, independentemente de existir uma pessoa lesada, evidenciando que a norma penal é um instrumento gerador de conflitos e não um mecanismo jurídico de resolução de controvérsias intersubjetivas. A regulamentação da vida de determinados indivíduos por intermédio de normas editadas pelo Estado – que define, com exclusividade, a antijudicidade em inúmeras atividades humanas – transformou o Direito Penal em um discurso prospectivo de uma sociedade ideal, higienizada e normal; descurando, todavia, que muitas pessoas envolvidas em um conflito penal têm o interesse em compor os danos causados por outrem e não ficar apreciando o desenvolvimento ritualístico – e muitas vezes incompreensível – de uma Ação Penal.

O Código Penal de 1890, como mencionado, foi muito criticado ao seu tempo e seu caráter híbrido (Escola Positiva e Clássica) refletia as disputas políticas que existiam entre os partidários da liberdade pessoal (liberais) e os que defendiam a segurança social (positivistas). Os positivistas que assumiram o poder na República lograram êxito em promover um Código Penal centralizado na federação e mantiveram as prerrogativas do governo federal em legislar sobre a matéria Penal. No que diz respeito à técnica legislativa, Júlio Fabbrini Mirabete ressalta: “[...], o Código era mal sistematizado e, por isso, foi modificado por inúmeras leis até que, dada a confusão estabelecida pelos novos diplomas legais, foram todas reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.”⁴³⁴

No que concerne ao Processo Penal, a Constituição Republicana alargou o âmbito dos Estados membros, possibilitando-os a legislar sobre o Direito Processual.⁴³⁵ Sobre o assunto, Walter Vieira do Nascimento informa:

Quanto ao processo penal – e o mesmo se pode dizer do civil – a Constituição de 1891, ao tempo em que vigorava as garantias processuais já existentes, desfazia a unidade até então mantida. De maneira que, em vez de um código único para todo o território nacional, cada Estado passou a ter competência para legislar sobre o processo e a organização judiciária.⁴³⁶

Embora os Estados tivessem suas próprias Constituições e passassem a ter competência para legislar sob matéria processual penal, nem todos eles se utilizaram dessa

⁴³³ Op. cit., p. 07.

⁴³⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Op. cit., p. 42.

⁴³⁵ Nesse sentido, consultar: CANCELLI, Elizabeth. Op. cit., p. 193-230.

prerrogativa e, na prática judiciária, continuou vigendo a legislação processual penal de 1871 (Decreto nº 4.824 e a Lei nº 2.033) com as adaptações exigidas pelo Código Penal de 1890.⁴³⁷ Somente na década de 40 do século XX é que surgiu um Código de Processo Penal, cujas disposições, em sua maioria, continuam orientando a efetivação do Direito Penal no Brasil até os dias atuais.

2 A CULTURA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA A PARTIR DOS CÓDIGOS DA DÉCADA DE 40

Durante a Velha República a oligarquia agroexportadora brasileira logrou êxito em manter-se no Poder e, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), ocorreu uma relativa modernização na indústria brasileira que fornecia alguns produtos para a Europa arruinada, ocasionando uma efêmera euforia econômica, que foi decaindo durante a década de 20. O regime oligárquico rural entrou em contradição com o crescimento da burguesia industrial urbana e surgiram novas forças sociais e políticas que puseram fim à hegemonia política da burguesia cafeeira.⁴³⁸ Com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque nos Estados Unidos em 1929, desencadeou-se uma crise mundial que afetou diretamente a economia brasileira, gerando desacordos entre as próprias oligarquias e culminando com a chamada Revolução de 30. Getúlio Vargas tomou posse para governar provisoriamente o Brasil e “Esse Governo Provisório de Vargas durou até 1937, quando então estabelece a ditadura do *Estado Novo*, seguindo no Poder até 1945.”⁴³⁹

Com a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder ocorreu uma relativa participação política das classes populares, em especial as urbanas, e o desenvolvimento de forte sentimento de nacionalismo. A política populista de Vargas, em nome da soberania do Estado como tutor de toda a sociedade trabalhadora, acabou com a implantação de uma ditadura em 1937, com o conseqüente fortalecimento do Estado brasileiro, cuja composição militar e burocrática na administração tornou o Brasil capaz de exigir lealdade de cada cidadão, considerando os interesses individuais secundários em relação ao fortalecimento e desenvolvimento (discursivo) da nação.⁴⁴⁰

⁴³⁶ Op. cit., p. 144.

⁴³⁷ Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. Op. cit., p. 37.

⁴³⁸ Cf. SILVA, Francisco de Assis. Op. cit., p. 219-40.

⁴³⁹ MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 197-8.

⁴⁴⁰ Cf. SILVA, Francisco de Assis. Op. cit., p. 244-5.

Nesse contexto histórico em que o Estado brasileiro consolidou a centralização política em torno de um ideal nacionalista, com um discurso estatal em prol da virtude do trabalho – em especial o da disciplina de fábrica (operariado) – e da ordem social, foi necessário aprimorar a estrutura estatal para torná-la capaz de executar, mais e melhor, o “monopólio da violência”. Certamente já não havia mais lugar para métodos informais de resolução de conflitos penais, pois, durante as décadas anteriores – a despeito das críticas elaboradas contra a ineficiência do Ordenamento Jurídico penal e processual penal – implantou-se uma cultura policialesca contra os rebeldes que atentavam aos interesses dos governantes, cujas condutas eram selecionadas, tipificadas e constituíam a delinquência no Brasil.⁴⁴¹ Nesse sentido, interessante observar a *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal* (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) subscrito pelo então Ministro Francisco Campos:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática de regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este é o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.⁴⁴²

Nota-se, nesse discurso dogmático, que o “ente jurídico” denominado “delinquência” foi encarado como questão de ordem pública e merecedor de repressão em nome da sociedade. Não se questionou que a delinquência é produzida pelo próprio discurso oficial do

⁴⁴¹ Francisco de Assis Silva (Ibid., p. 252-3) afirma: “A situação da classe operária no início dos anos 30 era desesperadora. Perambulavam pelas ruas dos grandes centros urbanos centenas de milhares de desempregados, a maioria vinda do meio rural, onde a crise da lavoura de exportação gerara a redução brusca dos salários e o desemprego. Em 1931 havia aproximadamente 2 milhões de desempregados e subempregados. Muitos, para continuar trabalhando, aceitavam redução dos salários. Principalmente em São Paulo e Rio de Janeiro a massa se aglomerava nas praças esperando algum aviso de emprego. Passaram a ser comuns saques a armazéns e lojas e conflitos com a polícia. Muitos eram presos; outros desapareciam e nunca mais se tinha notícias deles. Algumas autoridades, como o interventor de São Paulo, tenente João Alberto, pregavam a volta dos desempregados urbanos para as fazendas. Dizia o interventor que, ‘se eles recusarem esse convite e vierem para rua fazer mazorca, tenho que prendê-los e meter o pau’. Portanto, a *questão social* continuava sendo *caso de polícia*.”

⁴⁴² CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*: Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. In: *Código de processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 124.

Estado com a edição de Leis penais, mas as normas processuais penais foram adequadas à “repressão” da criminalidade (dos “infratores”), e não à resolução de conflitos intersubjetivos como forma de se obter a pacificação social. No tocante à possibilidade de composição dos danos oriundos de uma infração penal, o mesmo Ministro, ao comentar a “reparação do dano *ex delicto*”, explica:

VI - O projeto, ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre ação penal e ação civil *ex delicto*, rejeitando o instituto ambíguo da constituição da “parte civil” no processo penal. A obrigação de reparar o dano resultante do crime não é uma consequência de caráter *penal*, embora torne *certa* quando haja sentença condenatória no juízo criminal.⁴⁴³

Na década de 30, quando foram elaborados os Códigos Penal e Processual Penal, o Brasil estava alinhado às teorias políticas oriundas de regimes totalitários europeus, e o Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, seguiu a tradição cultural jurídica brasileira aproveitando os postulados oriundos da Escola Clássica, da Escola Positiva e, especialmente, as orientações da Escola Técnico-Jurídica de Arturo Rocco, tanto que o Código Penal italiano de 1930 foi uma das principais fontes para a elaboração do Código Penal brasileiro.⁴⁴⁴ Novamente os governantes do Brasil descuraram a realidade da sociedade brasileira e impuseram uma cultura penal européia ocidental com uma estranha conciliação de teorias protetoras do indivíduo e da sociedade ao mesmo tempo, criando uma orientação eclética para a aplicação da lei penal no Brasil. Como pondera Galdino Siqueira ao criticar o Código Penal de 1940:

Pelo que toca à *política criminal*, olvidou-se que a repressão precisa estar em equação com o estado de cultura da sociedade a que se destina, pela cominação e pela execução, pelo que, em um país como o nosso, em que, infelizmente, predomina ainda o analfabetismo, não se pode exigir, como fundamento da imputabilidade, o conhecimento que, em rigor, só o jurista pode ter.⁴⁴⁵

Tratando-se de técnica legislativa, ocorreu uma fragmentação da matéria penal, pois as “contravenções” foram excluídas do Código Penal e criado um “semicódigo” denominado Lei

⁴⁴³ Ibid., p. 126.

⁴⁴⁴ Heleno Cláudio Fragoso (Op. cit., p. 78), ao comentar o Código Penal de 1940 salienta: “Inspirou-se o legislador brasileiro especialmente no Código italiano, de 1930, o Código Rocco, para inúmeras soluções abordadas. Sofreu também a influência do Código Suíço, de 1937, mas fez obra independente e de irrecusável superioridade técnica. Embora elaborado durante um regime ditatorial (o chamado Estado Novo, que vigorou no Brasil de 1937 a 1945), o CP de 1940 incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal. O seu único vestígio autoritário aparece na disciplina dos crimes contra a *organização* do trabalho que, inspirada no direito italiano, estabelece sistema de excepcional rigor na repressão dos ilícitos penais relacionados com greve, que aparece configurada com a mera paralisação do trabalho por três pessoas (art. 200, parágrafo único).”

⁴⁴⁵ Op. cit., p. 83.

das Contravenções Penais⁴⁴⁶ (Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941) cujo procedimento – denominado sumário – era iniciado diretamente pela autoridade policial (Delegado de Polícia) ou pelo magistrado, como institui o artigo 26 do Código de Processo Penal: “A ação penal⁴⁴⁷, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.”⁴⁴⁸ Com a legislação penal de 1940, as contravenções – infrações penais de menor gravidade – deveriam ser apuradas “de ofício” e processadas a partir da Delegacia de Polícia; mormente porque todas as contravenções são de “ação penal pública incondicionada”, como dispõe o artigo 17 da Lei de Contravenções Penais: “A ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício”⁴⁴⁹. O Ministro Francisco Campos, na *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*, ao comentar sobre a “ação penal” e contravenções penais salienta:

V – O projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal. O procedimento *ex officio* só é mantido em relação às *contravenções*, que, dado ao caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal, devem ser sujeitas a um processo

⁴⁴⁶ Ibid., p. 84.

⁴⁴⁷ Sobre “Ação Penal”, o artigo 102 do Código Penal de 1940 estabelecia: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. § 2º A ação privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. § 3º A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. § 4º No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.” Com a reforma da “Parte Geral” do Código Penal, pela Lei nº 7.209/84, atualmente é o artigo 100 do Código Penal que estabelece os princípios da ação pública e ação privada. De maneira geral, a “ação pública”, pode ser “incondicionada” ou “condicionada à representação do ofendido”. Na primeira, quando ocorre uma infração penal o Estado está legitimado automaticamente a atuar, devendo agir “de ofício”; na segunda, o ordenamento jurídico-penal brasileiro, pode exigir a chamada “representação” e, por isso é denominada “ação penal pública condicionada à representação”, isto é, as pessoas legitimadas pela lei devem pedir, formalmente, para que o Estado exercite o *ius puniendi* e, portanto, não havendo “representação”, o Estado está impedido de atuar. A “representação” está regulamentada no artigo 39 do Código de Processo Penal que institui: “Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial. § 1º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será reduzida a termo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério público, quando a este houver sido dirigida. § 2º A representação conterà todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria. § 3º Oferecida ou reduzida a termo a representação, a autoridade policial procederá a inquérito, ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o for. § 4º A representação, quando feita ao juiz ou perante esta reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito. § 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias.” Finalmente, no que concerne à Ação Penal de iniciativa privada, esta é de competência da própria parte ofendida ou de seu representante legal. Enquanto que na Ação Penal Pública o Processo Penal em juízo se inicia com a chamada “Denúncia” oferecida pelo Ministério Público, na Ação de iniciativa privada o Processo Penal se inicia com a chamada “Queixa”, como pode ser observado no artigo 44 do Código de Processo Penal.

⁴⁴⁸ Op. cit., p. 162.

⁴⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. In: *Código penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 287.

particularmente célere, sob pena de frustrar a finalidade legal. A necessidade de se abolirem, nesse caso, as delongas processuais motivou mesmo a transferência, respeitada pelo projeto de se permitir à autoridade policial, para efeito de tal processo, excepcional função judiciária.⁴⁵⁰

Como já mencionado, se as Contravenções são infrações “menores”, parece haver incoerências entre as disposições do Código Penal e Lei de Contravenções e o Código de Processo Penal, pois é por intermédio da chamada “ação penal” que o Estado concretiza o chamado *ius puniendi* – a pretensão de aplicar uma pena oficialmente declarada pelo próprio Estado – através de seus próprios agentes (Polícia, Ministério Público e Magistrados). Nessa perspectiva, pode-se notar que, sendo todas as Contravenções Penais de ação penal pública incondicionada, não há possibilidade de composição dos danos e resolução dos conflitos intersubjetivos por intermédio dos próprios envolvidos na conduta tipificada. Ao revés, nos crimes – condutas mais lesivas, segundo os legisladores – há alguns tipos que somente são processados no Poder Judiciário através da iniciativa do próprio ofendido ou seu representante legal, possibilitando, assim, um acordo judicial ou extrajudicial que pode encerrar o Processo Penal sem uma sentença condenatória.⁴⁵¹

Subjacente a essas questões pertinentes à prática processual penal, pode-se perceber que a cultura da lei e do crime e a ação da Polícia já estavam sedimentadas no cotidiano de cada cidadão e nas palavras dos doutrinadores do Direito Penal.⁴⁵² O discurso oficial do

⁴⁵⁰ Op. cit., p. 125.

⁴⁵¹ Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, este, ou seu representante legal, possui o prazo de 06 (seis) meses para formalizar o pedido para o início da ação penal. Se não for oferecida a representação nesse prazo, então ocorre a chamada “decadência” e desaparece o chamado *ius puniendi*, conforme o artigo 38 do Código de Processo Penal. Após o oferecimento da representação o órgão do Ministério Público – Promotor de Justiça – está “legitimado” a entrar com a ação penal e, segundo o denominado “princípio da indisponibilidade da ação penal”, instituído no artigo 42, *caput* do Código de Processo Penal (“O ministério Público não poderá desistir da ação penal”) e o artigo 25, do mesmo Código (“A representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia.”), significa que o conflito penal intersubjetivo pode ser resolvido, inclusive de maneira extrajudicial e/ou informal, pelas próprias partes envolvidas na infração, bastando a vítima “não representar” ou “retirar a representação”, antes de oferecida a Denúncia. Diferentemente ocorre na ação penal de iniciativa privada, cuja Queixa deve ser apresentada em juízo - por advogado constituído - no prazo do artigo 38 do Código de Processo Penal e, uma vez proposta, a responsabilidade pelo “andamento processual” é do queixoso, que pode, a qualquer momento “renunciar” ao seu direito de ação ou oferecer o perdão, como causa extintiva da punibilidade, conforme o artigo 108 do Código Penal de 1940, que instituiu: “Art. 108. Extingue-se a punibilidade: [...] V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; [...]”. Tal dispositivo foi repetido na reforma penal dada pela Lei nº 7.029/84 e está instituído atualmente no artigo 107, inciso V, do Código Penal. Isso significa que, nas ações penais de iniciativa privada, pode ocorrer, a qualquer tempo – antes da sentença penal condenatória – um acordo judicial ou extrajudicial – inclusive de maneira informal – que pode encerrar o conflito penal entre as partes.

⁴⁵² Nesse sentido, o processualista penal brasileiro Hélio Tornaghi (*Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1., p. 29) declara que “Todo crime deve ser punido. A repressão compete ao Poder Judiciário. No Brasil, entretanto, a tarefa de investigar o fato e autoria é confiada a uma ramo da Polícia, por isso mesmo chamada Polícia Judiciária. O artigo 4º do Código de Processo Penal assim dispõe: ‘A polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria’.”

Estado, para efetivar a apropriação dos conflitos intersubjetivos, afirma constantemente que o Estado deve impedir a “vingança privada” e garantir a segurança pública⁴⁵³; mas, ao mesmo tempo que impede os interessados de resolverem seus problemas de maneira informal, coloca-se como “vítima” da conduta tipificada e exerce, com exclusividade, o “monopólio da violência”, tratando o infrator como se fosse um inimigo público. O fato de uma pessoa praticar uma infração penal significa – para a Lei Penal – que o Estado foi lesado, e não apenas o indivíduo, e, por isso, o infrator deve ser submetido, inexoravelmente, às penas previstas em lei; exceto nos casos em que o crime se proceda mediante ação penal de iniciativa privada ou nos crimes de ação pública que dependem de “representação” do ofendido; e este não formaliza a ação penal. No tocante à dogmática jurídico-penal, já que o Estado “racional” é entendido como protetor dos bens jurídicos relevantes para a sociedade, o “sujeito passivo” (vítima) de uma infração penal acaba sendo o próprio Estado. Como afirma Júlio Fabbrini Mirabete:

Há duas espécies de sujeito passivo. Fala-se em sujeito passivo *constante* ou *formal* ou seja, o Estado que, sendo titular do mandamento proibitivo, é lesado pela conduta do sujeito ativo. Sujeito passivo *eventual* ou *material* é o titular do interesse penalmente protegido, podendo ser o homem (art. 121), a pessoa jurídica (art. 171, § 2º, V) o Estado (crimes contra a Administração Pública) e uma coletividade destituída de personalidade jurídica (arts. 209, 210 etc.).⁴⁵⁴

Com a legislação penal e processual penal brasileira contemporânea, instituiu-se oficialmente a cultura jurídico-penal de que uma infração penal atenta à soberania do Estado e constitui a temida “criminalidade”, tornando a vida em sociedade insuportável se as condutas tipificadas não forem reprimidas com a aplicação de uma pena e, por isso, não há possibilidade de compor os danos decorrentes de uma infração penal senão através da jurisdição do próprio Estado. Essa característica milenar na Europa ocidental – o soberano colocando-se como “vítima” principal de uma infração penal – continuou presente na legislação penal brasileira de 1940 e, se eventualmente o infrator compensasse a pessoa lesada após o cometimento da conduta tipificada, tratando-se de crime de ação penal pública, a reparação do dano não obstaría a ação do Estado, que possui o “monopólio da violência” e, no máximo, poderia constituir-se em “circunstâncias atenuantes”, conforme o artigo 48 do

⁴⁵³ Louk Hulsman (*Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993, p. 55), um dos principais teóricos contemporâneos do chamado “abolicionismo penal”, iniciado a partir da metade da década de 70 do século XX, salienta: “Ao tratarem dos problemas da justiça penal, os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado ‘homem comum’. Este *homem comum* seria obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam.”

⁴⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Op. cit., p. 122.

Código Penal (de 1940), que dispunha: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena; [...] IV - ter o agente: [...] b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; [...]”⁴⁵⁵ E, ainda, somente após a sentença penal condenatória é que resultaria a obrigatoriedade de reparação do dano, conforme o artigo 74, que instituiu: “São efeitos da condenação: I - Tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime; [...]”⁴⁵⁶ Percebe-se, finalmente, que a possibilidade que o Estado oferecia para as pessoas se conciliarem e resolverem seus conflitos penais de maneira consensual e não jurisdicional era extremamente reduzida em se tratando de infrações penais.

Entre a década de 40 e a de 80 foram várias as tentativas de reforma da legislação penal no Brasil, tanto que surgiu um novo Código Penal durante o Regime Militar (1964-1985) com o Decreto-lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969, mas que nunca entrou em vigor, tendo sido prorrogado por vários anos, até ser revogado pela Lei nº 6.578 de 11 de outubro de 1978.⁴⁵⁷ Todavia, foi somente com a reforma da Parte Geral do Código Penal com a Lei nº 7.209/84 – em vigor ainda – que surgiu um dispositivo penal que visa estimular a reparação dos danos entre os envolvidos no conflito penal como causa de redução de pena, sob a rubrica de *arrependimento posterior*:

Artigo 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).⁴⁵⁸

Nota-se que o estímulo dado pelo Estado soberano para a composição dos danos é bastante limitado e não possibilita a extinção da ação penal, que, uma vez iniciada, não permite a aplicação do “benefício”, mas tão somente constitui uma causa de diminuição de pena. Como salientou o então Ministro Ibrahim Abi-Ackel, subscritor da *Exposição de Motivos do Código Penal* na Lei nº 7.209/84:

15. O projeto mantém a obrigatoriedade de redução de pena, na tentativa (art. 14, parágrafo único), e cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa igualmente obrigatória de redução de pena. Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime

⁴⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código penal*: Parte Geral. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=412868&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>, acesso em 13 de janeiro de 2006. Observe-se que a “Parte Geral” do Código Penal foi alterado pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 e o mencionado artigo 48 possui atualmente seu correspondente, praticamente idêntico, no atual Código Penal em seu artigo 65, inciso III, alínea “b”.

⁴⁵⁶ *Idem*. Salienta-se que o mencionado artigo 74 corresponde atualmente ao artigo 91, inciso I, do Código Penal.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, consultar: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 80-1; MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Op. cit., p. 43.

⁴⁵⁸ *Código Penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 190.

do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos “sem violência ou grave ameaça à pessoa”.⁴⁵⁹

Tal dispositivo comprova que o Estado vê a resolução dos conflitos penais entre os próprios envolvidos como algo secundário e demonstra que o Estado brasileiro continua reproduzindo a característica secular européia ocidental da apropriação dos interesses das pessoas pelo soberano, tornando-se a “vítima” principal de uma transgressão de suas leis. Certamente isto não se coaduna com a função estatal declarada que é a de pacificador da sociedade, pois, uma vez resolvido o conflito intersubjetivo, não haveria razão para a aplicação de uma sanção penal; exceto para estigmatizar o autor da infração e perpetuar um novo conflito, entre o Estado e o infrator – seu inimigo declarado.

Finalmente, no que concerne ao Processo Penal, somente a partir da Constituição de 1988 é que ocorreram mudanças estruturais na *persecutio criminis* e o surgimento de normas que possibilitam, em parte, a resolução de conflitos entre as partes de maneira consensual – desde que seja de maneira jurisdicional –, como será visto mais adiante.

2.1 Funções declaradas do Direito Penal e a prática jurisdicional brasileira

Processualistas como Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco explicam que a função que o direito exerce na sociedade é a “função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.”⁴⁶⁰ Tratando da “ordem jurídica” e não fazendo distinção entre jurisdição civil ou penal eles afirmam:

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.⁴⁶¹

No tocante aos métodos de resolução de conflitos, os mesmos autores supramencionados ponderam que nem sempre há a satisfação dos interesses subjetivos quando ocorrem divergências de interesses entre as pessoas, gerando um fator “anti-social”, que é a insatisfação. Isso ocorre quando “(a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex.,

⁴⁵⁹ Ibid, p. 157.

⁴⁶⁰ Op. cit., p. 19.

⁴⁶¹ *Idem*.

a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso).”⁴⁶²

Observa-se desde logo que há uma distância bem acentuada entre a construção dogmática da função do Estado em ordenar e harmonizar a sociedade e a realidade pertinente ao Direito Penal, pois o Estado soberano se apresenta ora como instância oficial de resolução de conflitos intersubjetivos, ora como aplicador inexorável de uma sanção prevista em uma norma penal, como no caso das contravenções, que são “infrações menores” e muitas vezes sequer envolvem conflitos intersubjetivos; mas são tratadas na ação penal com maior rigor.⁴⁶³ Como já ressaltado, o próprio Estado é quem define as infrações penais conforme o princípio da legalidade e ele próprio detém o *ius puniendi*, tornando-se a “vítima” constante e formal de uma conduta delituosa, independentemente de existir uma pessoa humana lesada.⁴⁶⁴ Enfim, a produção da delinquência pelo Estado acaba sendo legitimada na cultura jurídico-penal brasileira – reprodutora dos ideais juspositivistas – como se o exercício da jurisdição penal, obrigatoriamente formal, fosse automaticamente a própria resolução do conflito, independentemente da satisfação dos interesses das pessoas envolvidas nesse conflito; buscase a aplicação da sanção penal prevista em lei e não a extinção de uma disputa de interesses.⁴⁶⁵

⁴⁶² Ibid., p. 20.

⁴⁶³ No Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), estão tipificadas dezenas de infrações, destacando-se o Capítulo VII da Parte Especial denominado “Das Contravenções Relativas à Polícia de Costumes”, que dos artigos 50 ao 65 instituem a proibição de várias condutas como a de jogos de azar, loterias não autorizadas, o “jogo do bicho” etc.. Interessante destacar os artigos 59 e 60, sendo que o primeiro, cuja rubrica é “vadiagem”, institui: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.” O artigo 60, rubricado de “mendicância” institui: “Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento; b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; c) em companhia de alienado ou de menor de 18 (dezoito) anos.” Esses tipos penais, que continuam vigendo hodiernamente, demonstram o discurso estatal em prol da higienização da sociedade através da aplicação de uma pena, a despeito da miséria de milhões de brasileiros causada, em grande parte, pela própria administração do Estado.

⁴⁶⁴ Importante ressaltar a visão de Louk Hulsman (*Pensar en clave abolicionista*. Buenos Aires: CINAP, 1997, p. 103) ao comentar a exclusão das vítimas pelas leis penais, que, embora seja uma observação oriunda da cultura penal européia, se coaduna com a realidade brasileira sobre a justiça penal: “*Los conflictos que ocurren en la sociedad entre las personas y los grupos, no son definidos por el sistema de justicia penal, en términos de las partes involucradas, sino en términos de regulaciones (legislación penal) y requerimientos de organización están orientadas hacia el victimario y no hacia la víctima. Las partes directamente involucradas en el conflicto pueden ejercer muy poca influencia sobre el curso de los hechos una vez que há intervenido la justicia penal y que há sido cooptado por el sistema.*”

⁴⁶⁵ Como assevera Simone Goyard-Fabre (Op. cit., p. 73-6) ao explicar o poder do legalismo: “Na vontade de cientificidade que o faz insurgir-se contra as figuras do direito natural reputadas ‘metafísicas’, o positivismo insiste sempre numa idéia-força que se torna seu traço fundamental: é o postulado da prioridade e da auto-

Conjugando-se a realidade pertinente às normas penais brasileiras e o discurso advindo dos doutrinadores do Direito Processual brasileiro, parece existir uma oposição entre a função do Estado em dirimir os conflitos intersubjetivos oriundos de infrações penais de menor gravidade e o Direito do próprio Estado em aplicar, com exclusividade, uma punição ao infrator. Os métodos informais de resolução de conflitos penais sem a tutela estatal são entendidos, muitas vezes, como sendo criminosos, inclusive quando não ocorre violência à pessoa⁴⁶⁶, e, de tal maneira, o Estado soberano mantém, discursivamente, o poder de controlar, de maneira capilarizada a vida de cada cidadão. Declarando o Estado como legítimo possuidor da ação penal, independente da existência de um “direito subjetivo” de alguma pessoa, Vicente Greco Filho ressalta:

Desde o momento em que o Estado instituiu a proibição da justiça privada, foi outorgado aos cidadãos o direito de recorrer a órgãos estatais para a solução de seus conflitos de interesses. Primitivamente, entendeu-se o direito de ação como um complemento do direito subjetivo de cada um, mas a doutrina percebeu que aquele era independente deste, isto é, que o direito de ação existia independentemente da existência do direito subjetivo.⁴⁶⁷

Na prática processual pertinente ao discurso oficial – nível teórico –, o Código de Processo Penal exige que, uma vez que se verifique uma conduta tipificada na norma penal, as autoridades do Estado (Ministério Público e Autoridade Policial) possuem o poder-dever⁴⁶⁸ de

suficiência do direito positivo; considerando sempre o direito de *lege lata* e jamais de *lege ferenda*, ele se proíbe qualquer incursão pelas intenções do legislador e não se indaga sobre as finalidades das regras de direito. [...] O legislador, em seu próprio ato, não precisa recorrer a uma Idéia do direito, nem a um ideal de justiça. O direito é direito desde que suas regras são determinadas em conformidade com os procedimentos formais previstos para isso no âmbito legal do poder de Estado. A consequência lógica desse legalismo que reduz o direito à lei é que esta passa a ser considerada em seu componente formal e não em seu componente material. [...] Assim, em seu formalismo, o positivismo legal apresenta-se como um dos maiores triunfos do Estado moderno e costuma ser apresentado pelos autores como uma aquisição definitiva da ciência do direito. Por influência da racionalidade cuja lógica intrínseca tende para a sistematização da ordem jurídica, a natureza do direito acaba se confundindo com a base estatutária da lei. Desse princípio decorrem todas as características do positivismo: o estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito e, portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, a autonomização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência a um horizonte de valor.”

⁴⁶⁶ O Código Penal de 1940 em seu artigo 345 dispõe: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Se não há o emprego de violência, somente se procede mediante queixa.”

⁴⁶⁷ Op. cit., p. 93.

⁴⁶⁸ Interessante observar as palavras de Júlio Fabbrini Mirabete (*Processo Penal*. Op. cit., p. 46): “Por ser praticamente indispensável que os delitos não fiquem impunes (*nec delict meneant impunita*), no momento em que ocorre a infração penal é necessário que o Estado promova o *jus puniendi*, sem que se conceda aos órgãos encarregados da persecução penal poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade de apresentar sua pretensão punitiva ao Estado-Juiz. O *princípio da obrigatoriedade* (ou da *legalidade*) que vigora entre nós, obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública (arts. 5º, 6º e 24 do CPP). Tal princípio, o mais difundido nas legislações modernas, contrapõe-se ao *princípio da oportunidade*, em que o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal, uma discricionariedade da utilidade tendo em vista o interesse público. Funda-se este na regra *minima non curat praetor*, ou seja, o Estado não deve

iniciar o chamado *ius persecuendi* requerendo ao próprio Estado (Magistrado) a aplicação de uma penalidade. Nesse caso, expõe E. Magalhães Noronha:

Conseqüentemente, deve o Estado, além do *jus puniendi*, dispor de outro direito que vai realizar aquele: é o *jus persecuendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim, dizer, realiza o *jus puniendi*.

Trata-se, como o outro, de um direito subjetivo, que confere ao Estado o poder de promover a perseguição ao autor do delito. Exterioriza-se esse direito na *persecutio criminis*, na qual o Estado-administração pede ao Estado-Juiz a realização do direito penal objetivo no caso concreto.⁴⁶⁹

No Processo Penal brasileiro, após a prática de uma infração penal, a lei processual penal exige que a polícia judiciária – autoridade estatal encarregada de apurar a autoria – individualize o “indiciado” e as circunstâncias em que ocorreram a conduta típica, devendo instaurar, para tanto, o famigerado inquérito policial – artigo 4º e seguintes do Código de Processo Penal – como instrumento de colheita de informações que serão utilizadas para o início da ação penal em juízo. Tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial – que não é uma “ação penal” – deverá ser iniciado “de ofício”, isto é, automaticamente, pela autoridade policial, conforme o artigo 5º, inciso I do Código de Processo Penal. Esse tipo de procedimento policial é tipicamente do tipo “inquisitório” e é um procedimento em que não são preservados os princípios do contraditório e da ampla defesa⁴⁷⁰ visto que não há uma “acusação formal” em juízo.⁴⁷¹ A respeito da “conservação do inquérito policial”, o Ministro Francisco Campos esclareceu na *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal* (Decreto-Lei 3.689/41):

IV – Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade

cuidar de coisas insignificantes, podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar que do exercício da ação penal podem advir maiores inconvenientes que vantagens. Sempre dentro de alguns limites, adotam este princípio a França, a Alemanha, a Noruega etc. No país, o princípio da oportunidade está reservado às ações privadas e às públicas dependentes de representação e requisição do Ministro da Justiça.”

⁴⁶⁹ Op. cit., p. 03.

⁴⁷⁰ A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em:

<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=532849&seq_Texto=15246&PalavrasDestaque=> Acesso em 13 de janeiro de 2006), estipulava no artigo 122, inciso 11, que: “á exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escripta da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na fôrma por ella regulada; a instrucção criminal será contradictoria, asseguradas, antes e depois da formação da culpa as necessarias garantias de defesa”. Atualmente, o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (In: *Constituição federal*. São Paulo: RT, 1997, p. 23) institui: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Nesse caso, continua existindo o entendimento dos penalistas dogmáticos de que o inquérito policial não é uma “ação penal”, apenas uma peça informativa e, por isso, não há a violação constitucional do princípio do contraditório e ampla defesa.

⁴⁷¹ Nesse sentido, consultar: TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 30-2.

brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.⁴⁷²

O inquérito policial, como entende o processualista penal Fernando da Costa Tourinho Filho, “nada mais é que um conjunto de informações sobre a prática da infração, isto é, sobre o fato infringente da norma e a respectiva autoria.”⁴⁷³ A cultura jurídica policialesca da década de 40 do século XX demonstra claramente que as leis do Estado (ditatorial) não estavam destinadas à resolução de conflitos intersubjetivos, mas, ao revés, confirmavam a legitimação do próprio Estado a controlar penalmente a vida diuturna dos cidadãos em cada região do Brasil, conforme a ideologia do Estado, a despeito da tradicional falta de estrutura estatal para punir a todas as condutas a que se propõe.

A formalização do Processo Penal certamente é uma das maneiras de se racionalizar a aplicação das normas penais. Todavia, o excesso de instâncias – Delegacia de Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário – para a formalização dos procedimentos penais é uma das causas da morosidade nos processos⁴⁷⁴ – tanto nas infrações tidas como “graves” quanto nas menos lesivas –, formando uma imagem negativa na “opinião pública”⁴⁷⁵, que, observando que a “criminalidade” não é combatida com eficácia pelas autoridades estatais “democraticamente” investidas de poder de coerção, passam a ver o Sistema Penal como se estivesse em crise⁴⁷⁶, exigindo maior rigor na persecução dos “criminosos.” Sem adentrar em

⁴⁷² Op. cit., p. 125

⁴⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 02.

⁴⁷⁴ Cumpre mencionar que os problemas estruturais pertinentes ao Sistema Penal brasileiro também são verificados em muitos países europeus ocidentais, tanto que Louk Hulman (*Penas perdidas*. Op. cit., p. 58-9), ao comentar sobre a burocracia, argumenta: “Quando o discurso oficial (político, jurídico, científico, etc.) faz referência ao sistema penal, implicitamente o considera um sistema racional, concebido, criado e controlado pelo homem. Nada mais mentiroso. Você retoma esta mesma imagem, quando pensa: ‘Existem a polícia, os juízes a administração penitenciária... Existem o Parlamento que faz as leis e os tribunais que as aplicam. Cada elemento intervém a seu tempo e funciona em harmonia com os outros. É um sistema sério, graças ao qual a justiça é prestada e a sociedade libertada de elementos antissociais que perturbam sua evolução normal...’ Eis uma visão totalmente abstrata. Na realidade, cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado – o que ele procura colocar na lei, no Código Penal – e as diferentes práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. Tais instituições não têm nada em comum, a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas em estruturas independentes, encerradas em mentalidades voltadas para si mesmas.”

⁴⁷⁵ Sobre “opinião pública” legitimadora do Direito Penal contemporâneo, consultar: BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 07, nº 12, p. 271-289, 2002; PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Elementos de criminologia e política criminal*. Bauru: EDIPRO, 1994; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Op. cit., p. 19-31.

⁴⁷⁶ Antônio Manoel Hespánha (Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. Op. cit., p 09-10) pondera que: “Falar de ‘crise da lei’ é hoje lugar comum. Claro que nem sempre se trata de um tópico inocente; pelo contrário, muitas vezes nele se insinua um projecto político ‘ordeiro’. Mas se podemos questionar a terapêutica, já o diagnóstico é, em contrapartida, inquestionável. Os sintomas mais evidente desta crise são: a) a generalizada

questões teóricas a respeito da falsidade do discurso jurídico-penal⁴⁷⁷, interessa destacar que as instituições estatais sistematizadas para a “segurança pública” continuam sendo simbólicas e débeis e, como subjacente à persecução criminal está o interesse dos lesados em resolver os seus problemas, acaba ocorrendo que as pessoas “vítimas” de uma infração penal não possuem legitimidade para solucionar seus problemas de maneira informal e tampouco podem contar com a estrutura estatal eficaz para resolvê-los. Enfim, a crise é ocasionada pelo próprio discurso prospectivo do Estado e, como argumenta Alessandro Baratta ao se referir ao fracasso histórico das instituições penais em suas funções declaradas:

*Los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de la justicia penal (legislador, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución) no representan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados. Sin embargo, en un nivel más alto de abstracción, el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos.*⁴⁷⁸

A ineficácia estrutural do Estado para a resolução de todos os conflitos intersubjetivos oriundos de infrações penais recebe o nome de “cifra negra da delinquência”, que demonstra que a quantidade de infratores que são submetidos ao Processo Penal é de proporção extremamente reduzida em relação às condutas proibidas pelas normas penais.⁴⁷⁹ Se o Estado

desobediência às leis, por parte dos simples cidadãos; b) a não aplicação (ou a aplicação seletiva) da lei, por parte dos órgãos do poder; c) a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei (‘crise da justiça’, ‘crise da ordem’); Uma análise mais detida permitiria decompor cada um destes sintomas numa série de outros e estabelecer relações entre eles. Faláramos, então, de temas como crise de legalidade do Estado, a inadaptação do direito, o hermetismo do mundo jurídico, as falhas do sistema de comunicação social do direito, relacionando estes temas com o primeiro tópico; de crise da autoridade do estado, de instrumentalização política do direito, de corrupção e de ineficiência, relacionando-os com o segundo; de morosidade e ineficácia da justiça, de complacência com a criminalidade, relacionando-os com o terceiro. Qualquer que seja o detalhe da análise, o que é certo é que se assiste a uma crise de eficiência daquilo que, desde o advento do Estado contemporâneo na primeira metade do século passado, nos habituamos de considerar como o principal meio de disciplina das relações sociais – a lei.”

⁴⁷⁷ Sobre as evidências da falsidade do discurso penal na América Latina, consultar: ZAFFARONI, Raul Eugênio. Op. cit., p. 09-45.

⁴⁷⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina penal*. Buenos Aires: Depalma, año 10, p. 623-650, 1987, p. 625.

⁴⁷⁹ Louk Hulsman (*Penas perdidas*. Op. cit., p. 64-5) salienta: “Na realidade, muitas das situações que se empenham nas definições da lei penal não entram na máquina. Há várias décadas, a atenção dos criminólogos se viu atraída para um fenômeno que, num enfoque ainda não especificamente crítico do sistema, foi chamado de ‘cifra negra da delinquência’. Pareceu-lhes anormal que acontecimentos criminalizáveis não fossem efetivamente perseguidos. Com esta preocupação, numerosas pesquisas tentaram descobrir o volume dos fatos legalmente puníveis que o sistema ignora. *Este volume é considerável*. É difícil fornecer números precisos neste campo. Os que aparecem geralmente não são confiáveis e variam de um país a outro. Apenas como ilustração, cito uma pesquisa realizada numa empresa de Friburg na Alemanha. Tal pesquisa mostrou que, de 800 fatos acontecidos dentro daquela empresa e que poderiam ter sido criminalizados, *somente um* o foi. Se um grande número de vítimas não denuncia os fatos puníveis à polícia, esta também não transmite todos os fatos que lhe são comunicados ao Paquet, o qual, por sua vez, longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior parte. Isto que dizer que o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos

não possui estrutura suficiente para aplicar suas próprias normas, parece utópica a sua função declarada de regulador da sociedade, garantidor da ordem pública e instância formal de resolução de conflitos, fato este que, naturalmente, desprestigia o Estado soberano em relação à sociedade por ele discursivamente comandada.⁴⁸⁰ Embora visível a incapacidade estatal de aplicar suas próprias normas, mesmo assim o Legislativo brasileiro busca contornar as dificuldades estruturais por intermédio da renovação do discurso jurídico ordeiro, relegitimando o *ius puniendi* através da elaboração de normas processuais que pretendem a “informalidade” e a resolução de conflitos penais entre os próprios envolvidos na infração, dentro do Processo Penal, obrigatoriamente formal⁴⁸¹. Tais características serão vistas em seguida.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e os métodos informais de resolução de conflitos penais

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, ao descreverem as *linhas evolutivas* do Direito processual, afirmam que as três fases metodológicas incluem: a) o direito processual como simples meio de concretizar o “direito material”; b) a fase “*autonomista*, ou *conceitual*, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual”; c) “a fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica.”⁴⁸²

que teria competência para agir, funciona em um ritmo extremamente reduzido.” Ainda, sobre o assunto, consultar: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Op. cit., p. 101-4; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Op. cit., p. 261-3.

⁴⁸⁰ O discurso dogmático-penal jamais descurou as falhas advindas das normas do Estado soberano. Todavia, utiliza um discurso eminentemente crítico como “pano de fundo” para, apenas, promover a reforma das normas, constituindo, assim, uma renovação do mito da repressão pública em prol da ordem; inclusive utilizando o “sentimento” do público em geral como argumento relegitimante das normas processuais penais. Nesse sentido, pode-se avaliar as palavras de Júlio Fabbrini Mirabete (*Juízados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23-4): “Estando em vigor há mais de 50 anos o Código de Processo Penal brasileiro, de há muito se tem sentido a necessidade de uma reforma das leis processuais com o fim de atualizar aqueles pontos em que a legislação se tornou disfuncional e ultrapassada, especialmente no que tange ao inadiável estabelecimento de ritos sumaríssimos para a apuração de contravenções e crimes de menor gravidade, submetidos a um processo arcaico, formalista e burocratizante que tem levado não só os estudiosos e aplicadores do Direito, mas também os leigos, a um sentimento de descrédito sobre a administração da Justiça Penal. [...] Severas eram as críticas contra a lentidão do Judiciário e a impunidade de infratores que obtinham a extinção da punibilidade em decorrência da morosidade dos processos.”

⁴⁸¹ Nesse sentido, vale a pena transcrever as palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni (In: BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, Op. cit., p. 13) ao comentar a expansão do poder punitivo e o cancelamento da memória histórica: “Não é raro que, nesta conjuntura, o saber jurídico-penal tenda a se degenerar em uma técnica prática, feita na medida para as burocracias penais, já que só pode pretender a racionalização de semelhante realidade, abandonando toda perspectiva histórica e partindo de premissas com nível muito baixo de elaboração. Com respeito a essa última característica, cabe observar que o atual discurso jurídico-penal procura ocultar o baixíssimo grau de elaboração das conseqüências, o que desconcentra e confunde”.

⁴⁸² Op. cit., p. 42-3.

As duas primeiras são entendidas como superadas e, justificando a importância da fase instrumentalista, os mesmos autores afirmam que o “sistema” é falho em sua missão de entregar a justiça para as pessoas e que é necessário observar o “processo a partir de *um ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. [...] É preciso levar em conta o modo como seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária.”⁴⁸³ Os autores não questionam a possibilidade das normas penais, definidora das “infrações”, serem produtoras do conflito penal (Estado x infrator) e acreditam que a pacificação na sociedade deve ser obtida por intermédio da regulação estatal⁴⁸⁴, como pode ser observado no trecho a seguir:

Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse pelo estudo das *grandes matrizes constitucionais do sistema processual*. O *direito processual constitucional*, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual. Houve clima metodológico, então, para o desenvolvimento de uma *teoria geral do processo*, favorecendo o progresso científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil. A partir daí, bastou um passo para o superamento das colocações puramente jurídicas e passagem à crítica sócio-política do sistema. Diz-se que, no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas renovatórias*, a saber: a) uma consciente nos estudos para melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos *interesses supra-individuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.).⁴⁸⁵

A questão sobre o “acesso à justiça” é, sobretudo, uma questão pertinente ao Direito processual, pois é este que regula os procedimentos que devem ser adotados na instância formal do Estado. Certamente de nada adianta um Ordenamento Jurídico ornamentado de declarações de Direitos, nos moldes da teoria do iluminismo jusracionalista e da técnica juspositivista, se não existirem estruturas capazes de garantir a realização das leis nos casos concretos. Durante a década de 80, do século XX, o Legislador brasileiro editou a Lei nº

⁴⁸³ Ibid., p. 43.

⁴⁸⁴ Cumpre destacar que o marco teórico dos autores mencionados é a existência de um *Estado social*, conforme os ditames constitucionais de 1988, que no seu artigo 193 (Op. cit., p. 99) dispõe: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” Assim, Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros (Op. cit., p. 38) tecem suas teorias de acordo com o discurso oficial do Estado, como pode ser observado na seguinte declaração: “Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça*. O Estado brasileiro quer *uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social (*welfare state*).”

7.244 de 07 de novembro de 1984⁴⁸⁶, criando os “Juizados Especiais de Pequenas Causas”, com competência para as causas cíveis de valor não superior a 20 (vinte) salários-mínimos⁴⁸⁷ e orientados pelos princípios instituídos no artigo 2º: “O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.”⁴⁸⁸

A mencionada lei foi considerada “um sucesso total”, sendo aplaudida, especialmente, pelos Magistrados, que viram milhares de causas (cíveis) serem resolvidas por intermédio da conciliação entre as partes e “desafogando” muitos cartórios judiciais pela forma célere e eficaz de resolução dos conflitos através do consenso entre as partes.⁴⁸⁹ Parecia que o Legislador brasileiro – orientado pela Ciência Jurídica – “descobriu” que uma das formas mais eficazes de resolução dos conflitos é permitir o consenso entre as partes. E isso através das leis, racionalmente elaboradas e oficialmente declaradas pelo Estado soberano. Faltava, todavia, levar os princípios revolucionários da “informalidade” e do “consenso” para a esfera do Processo Penal; e isso ocorreu com a promulgação da Lei nº 9.099, de 16 de setembro de 1995.⁴⁹⁰

Comentou o Desembargador do Estado de São Paulo, Antônio Carlos Viana dos Santos, durante um ciclo de palestras em 1995, que foi na Associação Paulista de Magistrados “[...] que nasceu a origem da Lei 9.099, por volta de 85/86, enquanto ainda se desenvolvia o

⁴⁸⁵ Op. cit., p. 43-4.

⁴⁸⁶ Dispõe (a revogada) Lei nº 7.244/84 (In: BRASIL. Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=356977&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>>> acesso em 12 de janeiro de 2006): “Art. 1º. Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de deduzido [sic] valor econômico.”

⁴⁸⁷ *Idem*. “Art. 3º. Consideram-se causas de reduzido valor econômico as que versem sobre direitos patrimoniais e decorram de pedido que, à data do ajuizamento, não exceda a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País e tenha por objeto: [...]”

⁴⁸⁸ *Idem*.

⁴⁸⁹ Nesse sentido, consultar a palestra do Desembargador Antônio Carlos Viana dos Santos. In: D’URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 22-33.

⁴⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: RT, 2002, p. 31. Estes autores, que estiveram intimamente vinculados ao Projeto de Lei que deu origem aos Juizados Especiais Criminais, salientam: “Há muito tempo o jurista brasileiro preocupava-se com um processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto Código de 1940, com o intuito de alcançar um ‘processo de resultados’, ou seja, um processo que dispunha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação. Por outro lado, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução

processo legislativo constituinte.”⁴⁹¹ Michel Temer, Deputado Constituinte e autor do Projeto original da Lei 9.099/95, parece confirmar essa origem dos Juizados Especiais Criminais:

Como surgiu a lei federal? Em 1989, logo após editada a Constituição de 1988, eu cuidei de reunir aqui em São Paulo vários juízes, promotores, tive o concurso da profa. Ada Pellegrini Grinover, que me auxiliou muito nessa tarefa, e acabamos formalizando um projeto que instituíamos ou que definia as chamadas causas de menor potencial ofensivo. Portanto, disciplinei com meu projeto (fui o veículo desse projeto) o chamado Juizado Especial Penal.⁴⁹²

De fato, com a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, instituiu-se que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;
[...].⁴⁹³

Nota-se que a Lei de 1984 que dispunha sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas tinha competência para as ações civis, mas, com o advento da Constituição Federal de 1988, havia a previsão para a criação de “juizados especiais” para “infrações penais de menor potencial ofensivo”. Restou a pergunta: O que é uma “infração penal de menor potencial ofensivo”?

das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual.”

⁴⁹¹ Op. cit., p. 23.

⁴⁹² TEMER, Michel. In: D’URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 122. Ada Pellegrini Grinover e outros (*Juizados especiais criminais*. Op. cit., p. 34-5), também confirmam tal fato ao explicar sobre o anteprojeto de lei que resultou na promulgação da Lei nº 9.099/95: “Durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, dois juízes de São Paulo – Pedro Ricardo Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva – ofereceram à Associação Paulista de Magistrados minuta do Anteprojeto de lei federal, de sua autoria, disciplinando a matéria. Com a promulgação da Constituição, o Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Juiz Manoel Veiga de Carvalho, constituiu grupo de trabalho para examinar a proposta de Anteprojeto. Constituíram o grupo de Trabalho os Juízes do TACrim Antônio Carlos Viana dos Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves. Foi convidada para integrar o grupo a professora Ada Pellegrini Grinover, titular do processo penal da Faculdade de Direito da USP, encarregada pelo grupo de apresentar-lhe o resultado de seus estudos. Esta, por sua vez, valeu-se da colaboração de seus colegas de faculdade, Procuradores de Justiça Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes.” [...] “Enriquecido com essas sugestões, que o aperfeiçoaram, o Anteprojeto foi então apresentado ao Deputado Michel Temer que, acolhendo de braços abertos a proposta do grupo paulista, transformou-a no Projeto de Lei 1.480/89, precedido pela mesma Exposição de Motivos que o grupo havia elaborado, e mantendo, no Projeto, os nomes de seus redatores.” Ainda, outros autores que comentam a participação desses autores na elaboração da Lei nº 9.099/05: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. Op. cit., p. 24-5; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Sariava, 2003, p. 08; PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 17-8.

⁴⁹³ Op. cit., p. 65.

Passados praticamente sete anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que “dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.” Esta Lei, do artigo 1º ao 59 dispõe sobre o Processo Civil; e do artigo 60 ao 92 dispõe sobre o Processo Penal. Nas disposições gerais sobre a parte criminal, merecem destaque os artigos 60 e 61:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por Juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.⁴⁹⁴

Como revelou Michel Temer sobre a competência dos Juizados Especiais Criminais: “Ao definir quais seriam essas causas, dissemos que contravenções penais seriam atribuíveis a esse Juizado Penal, aquelas questões que envolvessem apenação até um ano de pena seriam julgadas pelo Juizado Penal.” [sic]⁴⁹⁵ Assim, o Legislador de 1995 definiu que “menor potencial ofensivo” significa a infração para a qual a “Lei Penal” prevê a aplicação de pena privativa de liberdade (prisão simples ou detenção) e/ou multa, sendo consideradas, para tanto, todas as contravenções penais e dezenas de crimes previstos no Código Penal e Leis extravagantes. Se o objetivo do Estado soberano fosse resolver os conflitos intersubjetivos e não aplicar as sanções advindas de uma legislação penal ultrapassada e conflitiva – da década de 40 –, deveria excluir as Leis Penais, isto é, as próprias “infrações penais”; mas, o que parece é que o Poder Legislativo apenas “flexibilizou” a possibilidade de aplicação de “pena privativa de liberdade” preconizada na Lei Penal por intermédio do Direito Processual – de maneira muito semelhante ao que o Imperador D. Pedro I fez quando determinou a aplicação das ultrapassadas Ordenações Filipinas no Brasil Independente –, prevendo uma série de princípios que, de início, representaram uma “revolução”⁴⁹⁶ no Processo Penal. Os princípios que regem o Juizado Especial Criminal estão previstos no artigo 62:

⁴⁹⁴ BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: *Código de processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 391.

⁴⁹⁵ Op., cit., p. 122.

⁴⁹⁶ Os discursos dos Dogmático a respeito dos Juizados Especiais Criminais não deixam dúvidas; ocorreu uma revolução no Processo Penal brasileiro. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover e outros (*Juizados Especiais criminais*. Op. cit., p. 37) declaram: “Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro. Abrindo-se às tendências apontadas no início desta introdução, a lei não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirado – cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado.”

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.⁴⁹⁷

Com tal dispositivo penal, parece que a “vítima” foi “redescoberta” pelo legislador do final do século XX, e surgiram vários elogios para a inovação dada pela Lei nº 9.099/95, visto que a tradicional “punição” de prisão para os infratores da lei penal – os degenerados inimigos da sociedade – agora seriam tratados com mais humanidade, isto é, com uma “pena não privativa de liberdade”. A Lei processual não revogou a Lei penal de 1940 e, por isso, o “infrator” continua sendo a pessoa violadora da norma penal soberanamente editada pelo Estado; a inovação foi apenas no procedimento do *ius persecuendi* para efetivar o *ius puniendi*. O fato é que o Poder Judiciário pôde, a partir da Lei dos Juizados Especiais Criminais, contar com princípios como a “informalidade” para acelerar os Processos Penais “em busca da pacificação da sociedade”; especialmente as “pequenas infrações” que o Estado há tanto tempo vinha desprezando por falta de estrutura.⁴⁹⁸ Entrementes, a importância declarada que o Legislador deu para a “vítima” e a instituição de critérios como a “reparação do dano” e a “informalidade” são elementos discursivos dos cientistas do Direito em prol de uma evidente relegitimação do Direito Penal – simbólico e ultrapassado –, inclusive nos “delitos de menor potencial ofensivo” – que escapavam à jurisdição do Estado constituindo a “cifra negra da delinqüência” –, para “desafogar” os problemas estruturais do Poder

⁴⁹⁷ Op. cit., p. 391.

⁴⁹⁸ Durante o ciclo de palestras realizadas em São Paulo, realizadas alguns meses após a promulgação da Lei nº 9.099/95, o então Juiz de Direito Marco Antônio Marques da Silva (In: D’URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 36-38) salientou: “Então, sem dúvida, estamos em face de um novo Direito Penal. Volto a insistir, ainda que com o princípio da autoridade mitigado, a autonomia da vontade reduzida é um começo. Talvez seja um começo para toda uma reforma do Direito Penal que cria a verdadeira ressocialização.” [...] “Se pudéssemos fazer uma comparação, eu diria que com a mudança dos costumes fomos perdendo aqueles pecados veniais, os pecados pequeninos, aqueles do dia-a-dia que não precisariam de uma grande penitência, e depois chegamos às portas até de permitirmos pecados mortais. Eu diria que no campo criminal foi assim, nos fomos desprezando as pequenas infrações, aquelas que aconteciam todo dia mas também não faziam tanto mal à gente. [...] Eu acho que é isso que os juizados vêm trazer para nós: a intenção de uma mudança, de tomada de posição, uma prestação jurisdicional mais rápida, mais imediata, algo que não nos traz de novo a *via crucis* que nós temos no processo penal.” Por sua vez, no mesmo evento, o então membro do Ministério Público e Deputado Estadual paulista Dráusio Barreto (Ibid., p. 93) salientou: “Não há dúvida alguma que os Juizados Especiais, tanto no cível quanto o criminal, trazem um conteúdo revolucionário, no bom sentido, para a nossa justiça, justiça que há muito tempo vem sendo criticada, justiça que sofre por parte da opinião pública, por parte da sociedade, um desgaste intenso na sensação de que ela não se materializa, que não acontece, de que é morosa, de que não é acessível, de que não é igualitária, de que ela trata os iguais de forma desigual. Essa lei federal, a 9.099, seguramente traz esse conteúdo de levar a justiça à nossa sociedade, especialmente à parcela mais carente do nosso povo, que não tem nenhum contato com nossa justiça. Ouvimos dizer de justiça gratuita no nosso país e no nosso Estado, mas sabemos que as coisas na prática não são bem assim, sabemos da dificuldade da nossa população em ter qualquer questão sua submetida ao Judiciário, a ausência de advogados, a ausência de procedimentos mais dinâmicos. E tudo isso, seguramente, pode tornar-se uma nova realidade através do funcionamento desses Juizados Especiais.”

Judiciário; subsidiariamente a isso, solucionar os conflitos intersubjetivos oriundos da sociedade.

Michel Temer, salientou em sua palestra:

Eu começo, portanto, dizendo aos amigos um pouco a respeito da origem dos chamados Juizados Especiais, tanto cíveis para julgamento das causas cíveis de menor complexidade. [sic] Diz o Art. 98 da Constituição, quanto aos Juizados Penais para julgamento, diz a Constituição, das causas penais de menor potencial ofensivo. Apenas para rememorar, quero dizer que durante a Constituinte de 88 havia uma grande preocupação com a chamada morosidade do Poder Judiciário, havia uma preocupação extraordinária em fazer do Poder Judiciário um poder mais rápido, mais veloz, mais ágil. O que era buscado como exemplo naquela oportunidade era a experiência dos chamados Juizados de Pequenas Causas criados em nível infraconstitucional, em nível legal. E ao lado dos Juizados de Pequenas Causas também os chamados Juizados Informais de Conciliação. Criaram-se, paralelamente aos Juizados de Pequenas Causas, esses juizados que visavam única e simplesmente à conciliação entre partes envolvidas num conflito de natureza civil. Este exemplo foi levado para a Constituinte com o objetivo de criar alguns instrumentos na Constituição que tornassem mais ágil a prestação jurisdicional.⁴⁹⁹

A Lei nº 9.099/95, portanto, surgiu com a necessidade de se aprimorar a prestação jurisdicional penal para manutenção do *ius puniendi* pelo Estado, isto é, ampliar de maneira sutil e discursiva a apropriação dos conflitos penais “de menor potencial ofensivo” para efetivar, de maneira simplificada e mais célere, o controle da sociedade de maneira paternalística; e não com o intuito declarado pelos dogmáticos de se evitar a aplicação de pena privativa de liberdade ou “humanizar” o Direito Penal – que continua intacto –, como pode ser observado no próprio procedimento adotado na Lei dos Juizados Especiais Criminais, pois o famigerado inquérito policial foi substituído pelo chamado “termo circunstanciado” – conhecido na prática processual penal por “TC”:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.
Parágrafo único: Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.⁵⁰⁰

Observa-se, desde já, que a “informalidade” preconizada na lei em questão diz respeito à desnecessidade que o Estado (soberano) outorgou ao próprio Estado (administração) de atender aos seus comandos tradicionais oriundos do Código de Processo Penal; mas o critério adotado para a competência dos Juizados Especiais Criminais é fornecido exclusivamente pelas antiquadas normas penais, isto é, as “infrações” continuam intactas.

⁴⁹⁹ TEMER, Michel. In: D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). Op .cit., p. 121.

⁵⁰⁰ Op. cit., p. 392.

Na prática processual penal, a burocracia exigida no inquérito policial – que continua vigendo para os delitos de “maior gravidade” – é um tanto morosa e dificulta a aplicação da pena prevista pela norma penal ao infrator de maneira imediata. Assim, para aumentar a capacidade do Estado em aplicar as suas normas penais e garantir o exercício do *ius puniendi*, a Lei nº 9.099/95 agiliza o procedimento penal permitindo que o Delegado de Polícia simplesmente informe, no Termo Circunstanciado, a autoria e as circunstâncias em que ocorreu a infração penal; não havendo necessidade de “formalizar” as provas. Ainda, para evitar a morosidade na aplicação da sanção penal, a Lei dos Juizados Especiais Criminais preconiza que o procedimento será oral (artigo 77 e seguintes), a formalidade das provas é limitada (artigos 77, § 1º e 81) e a possibilidade de recorrer das decisões também é limitada para uma Turma de Recursos (artigo 82 e seguintes), em prol da agilidade na aplicação da pena, que, como visto, no Direito Penal significa a própria resolução do conflito.

O mito criado pela dogmática processual penal brasileira de que a Lei nº 9.099/95 prevê a concessão de vários “benefícios” aos delinquentes não deve ser confundido com a falsa impressão de que o Estado prevê uma diminuição de intervenção penal na sociedade por intermédio da “despenalização” de várias infrações penais. Ada Pellegrini Grinover e outros salientam:

O Poder político (Legislativo e Executivo), dando uma reviravolta na sua clássica política criminal fundada na crença dissuasória da pena severa (*déterrance*), corajosa e auspiciosamente, está disposto a testar uma nova via reativa ao delito de pequena e média gravidade, pondo em prática um dos mais avançados programas de ‘despenalização’ do mundo (que não se confunde com ‘descriminalização’)⁵⁰¹

Não existe despenalização na Lei nº 9.099/95, mas tão somente a possibilidade de “substituição” da pena privativa de liberdade pela “aplicação imediata” de pena de multa ou outras penas restritivas de liberdade; isto é, a capacidade do Estado aplicar uma “pena” aumentou consideravelmente e, por isso, não há que se falar em não aplicação de sanção penal (despenalização). Certamente que a “reparação dos danos sofridos pelas vítimas” (artigo 74); a “transação penal” (artigo 76); a “aplicação de pena não privativa de liberdade” (artigo 62); a “suspensão condicional do processo” (artigo 89); e a exigência de “representação” nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa (artigo 129, *caput* e § 6º, do Código Penal) – tornando-os crimes de ação “penal pública condicionada à representação do ofendido” (artigo 88) –, podem ser considerados como um avanço no sentido de evitar a pena de prisão de pessoas em instituições carcerárias; mas não podem ser confundidos com “despenalização”,

⁵⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alli*. *Juizados Especiais criminais*. Op. cit., p. 44.

pois o legislador não alterou as leis penais – tanto que o critério de competência para o Juizado Especial Criminal é o *quantum* de pena –, mas tão somente alterou as normas procedimentais para a formalização (simplificada) da aplicação das penas, isto é, a Lei nº 9.099/95 representa um aumento da capacidade de efetivação do *ius puniendi*, pois exige do Estado-administração menos formalidade para a aplicação de penalidades previstas pelo Estado soberano.

Uma das características mais destacadas pelos Dogmáticos para o elogio aos Juizados Especiais Criminais é a possibilidade de conciliação entre o “autor do fato” e a vítima, como se ocorresse uma privatização dos conflitos penais. Os artigos 72 e 74 da Lei nº 9.099/95 estabelecem o procedimento:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[...]

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.⁵⁰²

Salienta-se que a resolução dos conflitos entre as partes conforme a Lei dos Juizados Especiais Criminais, em hipótese alguma, pode ser considerada “informal”. Ao revés, com a flexibilização dos procedimentos pertinentes ao Processo Penal o que ocorre é uma diminuição da chamada “cifra negra da delinquência” e maior efetividade do *ius puniendi*, mas não a instituição de resolução de conflitos de maneira informal. Como salientam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

No processo penal, não há possibilidade de conciliação fora do processo. Mesmo para a transação anterior ao oferecimento da denúncia, facultada pelo art. 72 e ss. da lei n. 9.099/95, haverá sempre necessidade de controle jurisdicional: trata-se de conciliação *extraprocessual* por natureza, mas *endoprocessual* pelo momento em que pode ser efetivada (audiência preliminar).⁵⁰³

O Estado soberano não olvidou de tratar de maneira precisa a questão da “ação penal” na Lei nº 9.099/95, permitindo a extinção da punibilidade através do acordo celebrado entre as partes – perante o Magistrado – somente naqueles crimes que são de ação penal privativa do ofendido e nas ações penais públicas que dependem de representação do ofendido. Tais casos, na realidade, correspondem a uma parcela muito reduzida das infrações penais de

⁵⁰² Op. cit., p.393.

competência da lei nº 9.099/95 e, por isso, das dezenas de infrações penais que são pertinentes ao procedimento nos Juizados Especiais Criminais, apenas em algumas há a possibilidade de resolução dos conflitos penais de menor potencial ofensivo entre os próprios envolvidos na questão.⁵⁰⁴

Como já salientado, todas as contravenções penais são de ação penal pública incondicionada e, após a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a deter a exclusividade para a proposição de todas as ações penais públicas⁵⁰⁵, excluindo, assim, a competência de a Autoridade Policial iniciar, de ofício, a ação penal pertinente às contravenções. Com o advento dos Juizados Especiais Criminais, porém, mesmo havendo acordo entre as pessoas envolvidas em um conflito dessa natureza, teoricamente não existe a possibilidade de extinção do procedimento e, por isso, é iniciada a fase denominada “Transação Penal”, que é uma proposta (feita pelo Ministério Público) de “aplicação imediata de uma pena” ao suposto “autor dos fatos” para evitar o Processo Penal e o risco de uma sentença penal condenatória. Institui o artigo 76 da Lei nº 9.099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.⁵⁰⁶

Na prática processual penal perante o Juizado Especial Criminal, todavia, quando ocorre um acordo judicial entre o autor dos fatos e a vítima – de uma conduta oriunda de

⁵⁰³ Op. cit., p. 29.

⁵⁰⁴ Na prática processual penal, entretanto, merecem destaque as Lesões Corporais leves e culposas (artigo 129, *caput* e § 6º do Código Penal) que foram transformadas, pela Lei nº 9.099/95, em crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido e que, antes dessa lei, eram de ação penal pública incondicionada. Ainda, o crime de “ameaça” (artigo 147 do Código Penal) também depende de “representação” do ofendido. Esses crimes correspondem à grande maioria dos Termos Circunstanciados encaminhados ao Poder Judiciário e, como podem ser encerrados através de acordo entre as partes na fase da conciliação, a possibilidade de se encerrar o *ius puniendi* do Estado de maneira formal e sem aplicação de uma pena é de quantidade não desprezível no dia-a-dia do Poder Judiciário.

⁵⁰⁵ A Constituição Federal (Op. cit., p. 75) prescreve: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]”

⁵⁰⁶ Op. cit., p.393-4. No artigo 76, em seus parágrafos, são regulamentadas as condições da aplicação imediata de sanção, entendida como “benefício”: “§ 1.º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2.º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3.º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz. § 4.º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos. § 5.º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6.º A imposição da sanção de que trata o § 4.º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

contravenção penal –, muitas vezes o Ministério Público opta pelo arquivamento do Termo Circunstanciado, pois, sendo as contravenções penais condutas infracionais de “menor gravidade” em relação aos crimes, haveria a incoerência de a Lei possibilitar acordo em ações criminosas e não as possibilitar nas contravenções.⁵⁰⁷ Entrementes, o que se deseja deixar patente é que a chamada “Transação Penal” possibilita a extinção da ação penal pública, desde que o “autor dos fatos” se submeta ao cumprimento imediato de uma pena não privativa de liberdade. Isso significa, precisamente, que o Estado soberano, através da Lei nº 9.099/95, teve por objetivo aumentar a sua capacidade de aplicar uma “punição formal”⁵⁰⁸ através de um “procedimento informal” ao violador de suas normas penais; em especial nas condutas “de menor potencial ofensivo”, que correspondem aos fatos mais frequentes que ocorrem no dia-a-dia das pessoas e que, por falta de estrutura do próprio Estado, escapavam à aplicação da pena constituindo a “cifra negra da criminalidade”. Nesse sentido, Maria Lúcia Karam expõe:

A “inflação penal”, que abandona as idéias de intervenção mínima e de *ultima ratio*, requer uma economia de meios.

O procedimento abreviado, visando obter a definição antecipada do processo com a consentida submissão à pena, vem atender a esta economia, permitindo que o agigantado sistema penal melhor distribua seus recursos disponíveis para o fim de responder às exigências de sua expansão: mais penas se impõem – já que eliminada a resistência do réu que poderia resultar na absolvição – e de forma mais econômica, sem gasto de tempo e de atividades que seria consumido pelo curso normal do processo.

No Brasil, não muito depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia esta “economia” funcional ao agigantamento do sistema penal. Em matéria publicada na imprensa em 1997, registrava-se que a criação dos juizados especiais criminais havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no país, mas não implicara redução da população carcerária. Um dos entrevistados, embora entusiasta do suposto caráter liberalizante do Lei 9.099/95, reconhecia que as punições haviam aumentado sobre uma população de infratores, que antes não

⁵⁰⁷ Interessante caso ocorreria com a contravenção de “vias de fato”, prevista no artigo 21 do Decreto-lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais): “Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constitui crime.” O crime a que se refere tal artigo é o crime de “lesões corporais”, previsto no artigo 129, *caput* do Código Penal: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.” Como a Lei nº 9.099/95, em seu artigo 88 prescreve: “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”; não incluindo a contravenção de “vias de fato”, se existir uma ofensa a uma pessoa e não existir lesão, a ação penal é pública incondicionada, não havendo possibilidade de “conciliação”; e ocorrendo uma lesão (infração mais grave), já que é crime e depende de representação, então haveria a possibilidade de acordo extintivo da punibilidade na forma do artigo 74, parágrafo único da Lei nº 9.099/95. Como há o princípio em hermenêutica jurídica de que “quem pode o mais pode o menos”, então a jurisprudência fixou o entendimento de que a contravenção de “vias de fato” depende de representação do ofendido e, portanto, há a possibilidade de conciliação entre as partes como forma de extinção do *ius puniendi* do Estado.

⁵⁰⁸ Não há dúvidas de que a intenção dos Juizados Especiais Criminais é aumentar a capacidade do *ius puniendi* do Estado soberano. Como ponderam Ada Pellegrini Grinover e outros (*Juizados Especiais criminais*. Op. cit., p. 37): “Assim, a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, antes mesmo do oferecimento da acusação, não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação da proposta do Ministério Público não significa o reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tampouco implica reconhecimento da responsabilidade civil.”

recebia punição efetiva. Era a constatação, no Brasil, no pouco tempo de aplicação da então nova lei, do que Pavarini menciona como “ampliação da rede de controle penal, para inclusão na área da criminalização secundária do que, de fato, antes lhe escapava”.⁵⁰⁹

Os métodos informais de resolução de conflitos penais entre os próprios envolvidos na infração penal, que antes da Lei nº 9.099/95 fugiam da esfera de vigilância do Estado e muitas vezes eram obtidos através de acordos fora do Poder Judiciário – inclusive dentro das Delegacias, onde os próprios Delegados e agentes policiais admoestavam as partes para não entrarem na aventura de uma ação penal e faziam acordos “informais” entre as pessoas –, ganharam um ambiente formal fornecido pelo próprio Estado para efetivar, de maneira célere, o Direito Penal construído tradicionalmente como um instrumento de centralização política e controle de cada indivíduo para torná-lo um súdito/cidadão obediente ao discurso oficial do Estado soberano, isto é, submetê-lo à ordem social desejada pelas leis do próprio Estado.

A efetivação da *persecutio criminis* permitida pela Lei nº 9.099/95 foi, do ponto de vista da prática processual penal, um verdadeiro sucesso, levando para dentro do Poder Judiciário as questões penais de menor gravidade que, antes da sua edição, o Estado não tinha condições de reprimir. Assim, motivados pela necessidade de maior repressão a um maior número de infrações penais, o Poder Legislativo, por intermédio da Emenda Constitucional nº 22, de 19 de março de 1999, acrescentou ao artigo 98, da Constituição Federal de 1988, o parágrafo único:

Art. 98. [...]

[...]

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.⁵¹⁰

Permitido pelo Estado soberano, o Poder Legislativo editou a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, aumentando a competência dos Juizados Especiais Criminais (inclusive no âmbito estadual), como pode ser observado no seguinte artigo:

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal processar e julgar os efeitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único: Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa.⁵¹¹

⁵⁰⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004, p. 38-9.

⁵¹⁰ BRASIL. Emenda Constitucional nº 22, de 19 de março de 1999. Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas "i" do inciso I do art. 102, e "c" do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=371484&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>>> acesso em 14 de janeiro de 2006.

Com tal estratégia, o Estado flexibilizou ainda mais a sua capacidade de aplicar penas de maneira “informal” e célere aos infratores, oferecendo o “benefício” de uma pena não privativa de liberdade em troca da submissão do suposto autor dos fatos a uma pena mais indulgente; ressaltando-se sempre que as infrações penais que possibilitam a extinção do processo entre os próprios envolvidos no conflito penal – ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação do ofendido – são de porcentagem extremamente reduzida em comparação às infrações que são submetidas diretamente ao Ministério Público para a aplicação de pena imediata não privativa de liberdade, como dispõe a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Assim a justiça penal negociada preconizada pelo Brasil do século XXI, ao contrário de “resolver” os conflitos penais de maneira consensual entre os envolvidos em um conflito, simplesmente aumentou a capacidade de efetivação do *ius puniendi*, isto é, intensificou o controle do Estado sobre as pessoas com um discurso oficial que ao mesmo tempo que prevê uma punição privativa de liberdade (Direito Penal) também permite o “benefício” por intermédio da troca negociada da pena prometida (Direito Processual Penal), desde que exista aceitação, submissão e obediência por parte do “infrator” perante o Estado soberano.

⁵¹¹ BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: *Código penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 689.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto existir a crença e a submissão passiva de cada pessoa a uma entidade abstrata em sua definição, mas concreta em sua capacidade de aplicar penas afliativas em prol da “ordem” e “paz” públicas, continuará a produção e reprodução de Mitologias Jurídicas nas sociedades ocidentais. Pôde ser percebido, na pesquisa historiográfica realizada, que a cultura jurídico-penal mitológica desenvolvida há milênios na Europa ocidental continua produzindo inimigos públicos (infratores) por intermédio do discurso oficial do “Estado” soberano, que nunca perdeu a sua característica de “superior” e “racional” e, portanto, dominador do Poder de condicionar cada comportamento humano com o recurso ao “monopólio da violência”, isto é, do Poder de “domesticação”, inclusive a pretexto de resolver conflitos intersubjetivos.

A História da cultura jurídico-penal nas sociedades européias ocidentais demonstra a existência de uma certa continuidade no que tange ao modelo mitológico de comando social criado no Mundo Romano e que permanece de maneira transformada até os dias atuais no Brasil. Como afirma Michel Foucault, desde a Idade Média a teoria do Direito serviu para a fixação da legitimidade dos soberanos e, para tal mister, a reativação do Direito Romano foi um dos instrumentos técnicos mais hábeis para a consolidação e centralização política nas sociedades ocidentais. Assim, enquanto o Direito “oficial” do soberano era – e é – utilizado tradicionalmente como um mecanismo privilegiado de neutralização de opositores políticos e domesticação dos súditos – necessitando de um discurso político e jurídico capaz de estabelecer uma “crença” nas leis –, os métodos informais de resolução de conflitos penais intersubjetivos, ao contrário do Direito “oficial” do soberano, são marcados por rupturas e contradições em suas estruturas, pois brotavam em uma determinada realidade histórica pertinente a cada grupo humano. Esses mecanismos jurídicos podem ser vistos como sendo uma prática social anterior ao poder político secularizado e, como pondera Paolo Grossi, revelam a existência de um Direito autêntico, “que nasce nas vastas espirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora.”⁵¹²

Interessante foi observar que, em Roma, o Poder original de resolução de conflitos penais intersubjetivos pertencia ao Poder privado dos *pater familias* em seu próprio ambiente (*domus*) e estes possuíam um reconhecimento, da própria organização política romana, de que

⁵¹² GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Op. cit., p. 30.

um homem proprietário de seus bens e de sua família era uma pessoa honrada e, por isso, tinha o direito de “domesticar” os seus. A sacralização do Imperador no “Estado” romano – representante do Poder Público – encobriu o Poder do *pater familias* (representante privado) e, como afirma Robert Nisbet, um cidadão romano não poderia estar sujeito ao *pater* e ao Imperador – comandante militar – ao mesmo tempo. Disso surgiu a questão (sutil) da “competência” para a resolução de conflitos penais entre os romanos, pois se uma pessoa estava submetida tradicionalmente ao seu *pater*, estava mais submetida ainda a *manus militaris* do Imperador e, por isso, os conflitos penais intersubjetivos – que eram resolvidos conforme o arbítrio de uma autoridade doméstica – passaram paulatinamente a ser de competência dos tribunais do Império, isto é, o poder de “domesticação” e uso da “violência” contra determinadas pessoas passou para o “Estado”, que era idealizado pelos romanos como se fosse um “domicílio em comum”.

A História do Mundo romano fornece também as origens ocidentais de uma definição jurídico-político-administrativa muito importante, que é o *princeps legibus solutus*, cuja competência “constitucional” e absoluta restou nas mãos dos Imperadores, e isso marcou o estabelecimento do Poder do soberano em editar (positivar) normas e regular juridicamente todo um Império. Essa idéia de um Poder Público soberano, possuidor de autorização divina para governar e domesticar todos os súditos por intermédio das Leis – inclusive em seus assuntos privados –, foi apoiada pelo dogma niceno e, como ocorreu um forte relacionamento (político) entre os Imperadores e os representantes da Igreja Católica desde o início do século IV, não houve dificuldades em se estabelecer a crença entre os súditos do Império de que o respeito às autoridades legiferantes era uma obrigação devida diretamente a Deus.

O ideal de civilização representado por normas jurídicas pode ser percebido mais claramente com o contraste entre o Império Romano Ocidental decadente e as incursões germânicas no ocidente europeu, porquanto os “bárbaros” portaram consigo, das florestas do Norte europeu, suas instituições jurídicas baseadas nos costumes. Os seus métodos de resolução de conflitos penais intersubjetivos eram muito diferentes dos métodos dos romanos, uma vez que cabia aos próprios ofendidos e/ou sua *Sippe* buscar uma “compensação” ao dano causado, isto é, procurava-se o restabelecimento da situação anterior à conduta delituosa, seja pela composição seja pela *faida* (inimizade). A mescla dos institutos germânicos com os romanos demonstrou que a codificação (positivação) do Direito germânico nos moldes romanos foi um dos mecanismos utilizados pelos reis teutônicos – influenciados pelos representantes da Igreja Católica – para se legitimarem no Poder e promoverem uma

centralização política no afã de reproduzirem, entre os “bárbaros”, os ideais de “civilização” como existia no Império Romano. Isto indica que os germânicos buscaram, através da positivação discursiva de normas jurídicas, a ressuscitação de uma sociedade mais avançada do que a que eles possuíam, deixando bastante evidente que a crença nas Leis, além de submeter oficialmente cada pessoa ao Poder de “domesticação” dos condutores do povo – chefes guerreiros e eclesiásticos – a uma civilização mítica, permitia a perpetuação do Poder político e do “monopólio da violência” nas mãos das autoridades legiferantes, que proibiram determinados métodos tradicionais de resolução de conflitos penais intersubjetivos sob o pretexto de serem “inferiores” e promotores de desordem. Eis um traço marcante da Mitologia Jurídica medieval.

Pôde ser notado que durante a Alta Idade Média – europa ocidental – o Poder político exercido pelos reis encontrava inúmeros obstáculos para a efetivação de suas normas (oficialmente declaradas) entre seus súditos, até porque as pessoas daquela época viviam em intensa e constante euforia causada pelas inúmeras guerras que ocorriam entre os povos. Concomitante aos métodos tradicionais de resolução de conflitos penais intersubjetivos e à tentativa dos reis em regular a vida e os ideais de seus súditos por intermédio da edição de Leis, havia a jurisdição eclesiástica, que tinha competência para julgar todos os seus membros e, inclusive, as questões que envolviam a moral católica. Neste aspecto, foram destacadas duas características fundamentais da jurisdição da Igreja Católica: a) uma que buscava o perdão, o consenso e o arrependimento entre seus fiéis; e b) a outra que exigia a expiação exemplar dos ímpios e hereges por intermédio do suplício público. Seja como for, a Alta Idade Média pode ser vista como um período em que a pessoa (livre) ofendida – desde que possuísse a proteção de seus pares –, tinha o “Poder” de exigir uma reparação do dano ocasionado por outrem, a despeito das normas jurídicas positivadas, pois, não havendo uma distinção clara entre Poder Público e Poder Privado, aqueles que tinham acesso às autoridades jurídicas – guerreiros ou eclesiásticos –, possuidoras do “monopólio de coerção”, naturalmente possuíam um “Direito melhor”.

Com o estabelecimento do feudalismo na Europa ocidental ocorreu uma forte descentralização política e, com isso, ocorreu também uma “privatização” profunda do Poder de julgar, pois os vassallos do rei, de maneira geral, possuíam a delegação do poder jurisdicional sobre todos aqueles que estivessem sob seu domínio. Disso se extraiu uma característica muito importante a respeito do Poder de resolução de conflitos penais durante o feudalismo, pois os laços de vassalagem também representavam a formação de uma “família

artificial”, oriunda dos compromissos de fidelidade entre um superior (suserano/pai) e um inferior (vassalo/filho) e, com isso, os métodos de resolução de conflitos penais intersubjetivos entre os “familiares” dos guerreiros eram obtidos conforme os costumes germânicos (composição e/ou batalhas), indicando que o Poder patriarcal dominava a Europa feudal. Entretanto, para o povo dominado (maior parte das pessoas), os métodos de resolução de conflitos penais intersubjetivos passaram a depender da posição social de cada pessoa, e se um servo se envolvesse em um conflito com qualquer membro oriundo das classes privilegiadas, e não tivesse condições de pagar o dano ocasionado, então as penas eram arbitradas conforme a vontade da autoridade, isto é, não havia limites para o exercício do Poder de violência em prol da “domesticação” das pessoas inferiorizadas.

A investigação histórica do primeiro capítulo permitiu visualizar três características muito importantes a respeito da cultura jurídico-penal no primeiro milênio da Europa ocidental: a) que o *princeps legibus solutus* subtraiu o Poder de domesticação dos *pater famílias* e passou a ter o privilégio de editar normas jurídicas gerais e exigir o cumprimento delas através do uso da violência contra os “infratores”; b) que as normas jurídicas positivadas eram declarações oficiais do soberano e, ainda que inaplicáveis na prática, possuíam a capacidade discursiva de “criar” uma sociedade prospectiva de pessoas que iriam viver na “paz” e “ordem” desejada pelo soberano (e por Deus), isto se as pessoas respeitassem e cumprissem (passivamente) as normas jurídicas; e c) que durante a Alta Idade Meia os métodos tradicionais de resolução de conflitos penais continuaram a existir entre as autoridades estabelecidas, mas estas mesmas práticas foram proibidas aos súditos dominados, que eram obrigados a se submeter formalmente aos tribunais domésticos de seus comandantes e a se sujeitar às penas arbitrariamente pronunciadas.

O feudalismo se destaca como um período histórico em que ocorreu uma relativa diminuição do Poder estatal em busca de uma sociedade prospectiva, mas, de qualquer forma, não houve uma diminuição na edição de normas jurídicas, mas tão somente uma considerável privatização no poder de editá-las e, dessa forma, não havia equívocos de que as leis eram atos autoritários e que não visavam a concessão de “direitos” aos destinatários das normas. O resgate dos ideais de “civilização” nas cidades livres da Europa na Baixa Idade Média, em um momento de rápidas e complexas mudanças no cenário político, social, econômico etc., o Direito Romano Justiniano foi reintroduzido no ocidente – pela Escola dos Glosadores – permitindo uma “re-legitimação” dos poderes seculares (Imperador e monarcas) que puderam contar com um Direito “científico”, racionalmente construído e, evidentemente, mais

“sofisticado” do que os utilizados até então; malgrado as comunas possuam um Direito próprio e os métodos de resolução de conflitos penais intersubjetivos demonstrarem um caráter eminentemente “negocial”, isto é, baseado no consenso entre as pessoas e na busca pela reparação aos danos causados aos ofendidos (e ao tecido social). Com efeito, o Direito Romano passou a ser um dos instrumentos utilizados pelos monarcas para o (re)estabelecimento de um Poder político incontestável e centralizador na Europa ocidental e, para tanto, foram suplantando os Ordenamentos Jurídicos “inferiores” (Direito dos Senhorios e os Estatutos das Comunas) pois, sendo reconhecidos os reis como sendo os legítimos *princeps legibus solutus* – agora também entre os intelectuais leigos –, passaram eles a se utilizar cada vez mais de um espaço discursivo oficial, privilegiado e não contestado pela Igreja Católica: a Lei do rei, que deveria ser respeitosamente obedecida e que, se violada, acarretaria uma violenta e exemplar punição ao infrator.

Concomitantemente ao Poder de legislar sobre a vida dos súditos, os soberanos tardo-medievais passaram a proibir os métodos de resolução de conflitos penais entre os próprios envolvidos na disputa, tornando-os “informais” em relação à Justiça oficial do rei, que detinha o “monopólio da violência” – exercido, em alguns momentos, pelos exércitos nacionais. Isso, porém, a pretexto de impedir a “desordem” e o “maldito costume” de as pessoas resolverem tais conflitos na esfera privada (comunitária) e, nesse caso – como pondera Michel Foucault –, ficou evidente que o rei confiscou e dublou as “vítimas”, colocando seus agentes a serviço da punição aos infratores, não porque estes lesaram alguém, mas porque violaram a “Lei do rei”, que era responsável pelo estabelecimento da “paz”, da “ordem” e da “segurança” entre os súditos.

No decorrer da Baixa Idade Média e Idade Moderna, foi-se consolidando o credo – por meio da violência institucional – de que o Direito Penal constitui-se de uma infração à norma divinamente inspirada e soberanamente declarada pelos reis. Nessa perspectiva, foram destacadas duas questões fundamentais na pesquisa: a) que os monarcas perceberam que a resolução de conflitos penais intersubjetivos poderia ser lucrativa (poder de confiscar os bens e aplicar multas) e, por isso, não havia razão em deixá-la sob a responsabilidade dos indivíduos; b) foi por intermédio dos conflitos intersubjetivos entre os súditos que os soberanos tiveram a possibilidade de imiscuir-se na vida de cada pessoa para exigir-lhes lealdade e uma disciplina específica dos “infratores”. Todavia, fora do domínio discursivo das normas penais, havia uma debilidade institucional estatal crônica para a aplicação das punições previstas para todas as infrações, indicando que as normas penais representavam

mais um símbolo (mítico) do Poder real do que uma expectativa de inibição de condutas ditas criminosas, sobretudo as de menor gravidade.

Após uma panorâmica abordagem sobre a formalização da Justiça Penal e a conseqüente informalização e marginalização dos métodos tradicionais de resolução de conflitos penais intersubjetivos durante a Baixa Idade Média e a Idade Moderna, pôde ser percebida uma característica peculiar do Direito Penal Moderno, e que permanece, de forma sutil, até os dias atuais: a concessão da “graça” pelo soberano. A Igreja Católica reconhecia, desde a Alta Idade Média, que um rei coroado pelos ritos do Bispo – e ungido pelos óleos santos – tinha poderes sagrados: ele era o *Rex Dei Gratia* (rei por graça de Deus) e podia, inclusive, curar certas doenças. A “graça” concedida diretamente pelo soberano ao súdito condenado penalmente, livrando-o das penas, mostrava-se útil para a transformação de um infrator em um súdito ideal e, como ressalta Antônio Manoel Hespanha, a dinâmica da Justiça do rei que, ao mesmo tempo que condenava o infrator, inculcava-lhe a esperança de clemência, tinha o poder de transformar um súdito rebelde em um dócil e disciplinado aliado (“curado” e “domesticado”). Parece, nessa perspectiva, que a revolucionária descoberta científica do século XIX, alardeada pela Escola Positiva sobre o delinqüente ser um indivíduo biologicamente degenerado, possui um significado mais antigo do que os positivistas poderiam supor, pois a noção de que o delinqüente é um “doente” que pode ser “curado” em instituições do Estado quase em nada difere da graça (cura) concedida ao condenado (“desgraçado”) diretamente pelo soberano ungido por “óleos santos”. Seja como for, em ambos os casos a “doença” era a própria Lei do soberano.

O credo do *princeps legibus solutus* foi levado ao pé da letra durante o Antigo Regime (Estado Absolutista) e, mesmo com a eclosão do movimento Iluminista – fundador das “Mitologias Jurídicas da Modernidade” –, não houve questionamentos ao Poder soberano, mas tão somente argumentos contra o “soberano divino”, que foi substituído por um suposto “soberano racional”, abstraído em uma noção metafísica difícil de ser conceituada. A Escola Clássica – cuja matriz é Iluminista –, embora fundadora de princípios que visam algumas garantias individuais, fixou três importantes dogmas: a) O Estado soberano é a Lei racional; b) a infração penal é uma violação à Lei e, portanto, é um “ente jurídico”; c) a pena deve ser aplicada a todas as infrações penais que se verifiquem na sociedade para causar um impacto contra-motivador aos que se inclinam à infração. Com tal ideologia, efetivou-se o dogma (oficial) de que só é infração penal aquilo que o Estado define em normas positivadas e, embora possam existir pessoas lesadas em uma infração penal, não é função do Direito Penal

resolver conflitos intersubjetivos, mas tão somente prevenir e punir as condutas criminosas. Essa característica – que continua a orientar o Direito Penal e Processual Penal – comprova, enfim, que os conflitos penais intersubjetivos foram formalmente confiscados e limitados pela Lei Penal, e o Estado soberano assumiu, definitivamente, o papel de vítima principal e constante de uma infração. Enfim, o conflito penal é, precisamente, um conflito entre o “infrator” e o Estado; e o “ofendido” nada mais é do que uma peça processual penal útil à efetivação do *ius puniendi*.

Ainda, a construção discursiva do Estado soberano tornou a Lei positivada a única realidade ontológica do Direito Penal e, nessa perspectiva, os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos penais intersubjetivos, mesmo nos casos que envolvem condutas menos graves, passaram a ser vistos pela cultura jurídico-penal como se fossem um “retrocesso à fase da vingança privada”, uma “violência”, uma “selvageria” etc.. Isso significa que, não obstante a efetiva desapropriação e marginalização das pessoas ofendidas de seus próprios conflitos penais, o Estado soberano declarou os indivíduos (de maneira geral) formalmente ineptos para a resolução de seus interesses particulares sem a tutela paternalística do próprio Estado. Durante o século XIX, com o surgimento da Escola Positiva, que pretendia descobrir o “delinqüente nato”, seus representantes passaram a pregar que o “criminoso” está predeterminado para o crime – devido à sua degeneração psicofisiológica e ambiente telúrico. Como assevera Alessandro Baratta, os representantes dessa Escola não questionaram que o delito é (somente) uma declaração oficial do Estado soberano e, portanto, surgiu uma perigosa construção teórica (com fundamento “científico”) – a de que o indivíduo que comete uma infração penal é um anormal; mas como quem define, com exclusividade, o que é uma “infração” é o Estado (que detém o “monopólio da violência”), então este passou a ser o responsável pela “Eugenia social”; e esse mito, embora antiquado, ainda continua a produzir seus funestos efeitos, sobretudo no que tange às populações miseráveis economicamente e marginalizadas socialmente, que são vistas como “naturalmente” delinqüentes.

Enfim, pôde ser constatado como a Mitologia Jurídico-Penal mostra a sua face monstruosa quando revela o seu lado mais contraditório, ou seja, o discurso estatal que proíbe o exercício da “violência” – em nome da “paz” social – e os métodos “informais” de resolução de conflitos penais intersubjetivos – em nome da “ordem” –, é o mesmo que declara que o Estado soberano é a vítima formal de uma infração penal e, para a realização do seu *ius puniendi*, pode contar com o seu “monopólio da violência” e agentes estatais, permitindo-se inclusive o seqüestro formal de pessoas à prisão como se tal atitude fosse sinônimo de

resolução de um conflito penal. A crença de que o Direito Penal é o responsável pela “paz” e “ordem” na sociedade permite que o Estado soberano oculte a realidade subjacente ao seu “monopólio da violência”, isto é: o Direito Penal e Processual Penal “produzem” um conflito penal, e não “resolvem” um conflito penal intersubjetivo.

Foi visto também que o Direito Penal brasileiro, construído sobre as bases de uma cultura jurídico-penal européia, consolidou desde o seu descobrimento, por intermédio da imposição de um Direito europeu ocidental, a figura patriarcal do *princeps legibus solutus* e, mesmo constatando-se a existência de métodos de resolução de conflitos penais intersubjetivos entre a maioria da população brasileira (negros e índios), esses métodos não podiam ser opostos ao Direito oficial da Coroa portuguesa e, por isso, sempre constituíram o que pode ser designado de “métodos informais de resolução de conflitos”, os quais, devido a sua natureza marginalizada e não reconhecida pela Metrópole soberana, eram vistos como uma prática jurídica primitiva e inferior, isto é, “não civilizada”.

Já antes da Independência do Brasil no século XIX o Direito Penal foi a preocupação primeira dos dirigentes brasileiros, pois foi por intermédio do Poder soberano definidor de infrações penais que se deu a sustentação dos ideais políticos dos “donos do poder” em território brasileiro. Uma das peculiaridades da nossa História Jurídico-penal se deu com a Lei Imperial de 20 de outubro de 1823, em que o Imperador D. Pedro I declarou vigentes as Ordenações Filipinas – embora inaplicáveis na prática – até o advento do Código Criminal de 1830. Ficou evidenciado que a edição de Leis Penais e Processuais Penais, durante todo o governo imperial brasileiro, foi o grande expediente discursivo das elites oligárquicas em prol da centralização política e da neutralização dos “inimigos do Estado”; e isso, se comparado com a contextualização jurídico-política pertinente à Alta Idade Média européia ocidental, demonstra que a positivação de normas jurídicas, mais do que criar um ideal prospectivo de sociedade civilizada, tem o condão de fixar as regras penais e processuais penais capazes de tornar cada indivíduo domesticável e leal cumpridor das vontades do soberano, a despeito da debilidade das instituições estatais responsáveis pela realização dos Direitos declarados.

Desde o século XIX e durante todo o século XX, consolidou-se a crença, oriunda dos juristas reprodutores de uma cultura jurídico-penal alienígena, de que os indivíduos não possuem o direito de resolver seus conflitos penais sem a tutela do Estado, pois a pessoa humana em seus desejos privados se mostraria um ser primitivo, inferior e vingativo se comparado à sociedade racional, regulamentada por leis e representada pelo Estado soberano. Assim, lembrando Paolo Grossi, as “Mitologias Jurídicas da Modernidade” que desmontaram

o Estado teocrático, criaram a doutrina de que o Estado soberano seria o único capaz de resolver os conflitos intersubjetivos de maneira satisfatória, por intermédio dos agentes estatais “legalmente” investidos de Poder para exercer com exclusividade o “monopólio da violência”. Estas peculiaridades ideológicas foram aplicadas desde a edição do Código de Processo Criminal da década de 30 do século XIX e, com isso, se estabeleceu uma cultura policialesca no Brasil, de modo que o Poder de regulamentação discursiva do Estado imperial se autorizava a imiscuir-se nos mais variados acontecimentos do dia-a-dia dos súditos, prometendo tutelar os diversos conflitos que ocorriam na sociedade, ao mesmo tempo em que impedia que as pessoas resolvessem seus próprios conflitos, os quais deveriam ser levados aos agentes burocráticos do Império, para processar, julgar e executar as infrações ocorridas na sociedade.

Implantada a cultura de respeito às leis soberanamente declaradas pelo Estado brasileiro e executadas pelos agentes estatais, a partir da década de 70 do século XIX o Brasil começou a presenciar transformações radicais na sociedade, que rapidamente absorveu e reproduziu as novas orientações filosóficas, sociais, políticas e científicas desenvolvidas em solo europeu e norte-americano e, em um momento histórico em que coincidiram a libertação dos escravos, a vinda de milhares de estrangeiros e a Proclamação da República (final da década de 80), novamente foi na área do Direito Penal que as elites governantes se mostraram mais prestamente preocupadas em regulamentar os novos rumos da “Pátria”, sob os auspícios de “ordem” e “progresso”. Entrou em cena, então, o Código Penal de 1890, que surgiu como um estatuto jurídico-penal teoricamente débil, que não agradou muitos dos representantes da elite jurídica brasileira, mormente os devotos da Escola Positiva, que preconizavam a inferioridade atávica de determinados sujeitos na sociedade, entre eles os libertos e os estrangeiros, cujos comportamentos causavam escândalos e inesperados “conflitos” nos centros urbanos brasileiros. Entrementes, o Código Penal em questão mostrou-se um instrumento técnico hábil para a neutralização seletiva de indivíduos recalcitrantes à ideologia capitalista colonizadora da burocracia estatal brasileira do final do século XIX e, de qualquer maneira, poucas alterações sofreu o Código de Processo Criminal alterado na década de 70, que continuou competente para o estabelecimento das autoridades responsáveis pelo *ius puniendi* e pela manutenção dos mecanismos formais de perseguição e punição de infratores.

Durante a década de 40 do século XX, em um contexto histórico marcado pela ditadura populista de Getúlio Vargas, surgiram os estatutos jurídico-penais responsáveis pela repressão à criminalidade, que permanecem, em grande parte, vigentes até os dias atuais.

Destacadas as características técnicas pertinentes à “ação penal”, e a menção de alguns representantes do dogmatismo jurídico-penal brasileiro, ficou evidenciado que o Estado ditatorial assumiu toda a responsabilidade no tocante à repressão aos infratores e, ao mesmo tempo, continuou criminalizando a conduta dos indivíduos que procurassem resolver seus conflitos de maneira não jurisdicional, isto é, o Estado soberano vigente, mais que assumir a posição oficial de instituição responsável pela aplicação de punições, tornou as práticas “informais” de resolução de conflitos uma infração penal em si mesma, um crime “contra a Administração da Justiça”, previsto no artigo 345 do Código Penal, sob a rubrica de “exercício arbitrário das próprias razões.”

Destacado que o discurso estatal é incapaz de concretizar todas as promessas declaradas em suas próprias normas, sendo que no Direito Penal ocorre um fenômeno denominado “cifra negra da delinquência”, procurou-se demonstrar que os devotos do Estado de Direito utilizam um discurso ordeiro que revela a “crise” existente no sistema jurídico-penal brasileiro e pregam em prol de uma urgente adequação das normas processuais penais aos meios repressivos como forma de se alcançar a tão prometida “pacificação social”. Após a exposição de alguns discursos doutrinários que destacam as vantagens oriundas da “informalidade” e do “consenso” utilizados na esfera do Direito Civil, o legislador da década de 80 apontou a possibilidade de utilização de tais critérios no âmbito penal para efetivar, de maneira satisfatória, o *ius puniendi* do Estado. Isso em um tom de entusiasmo teórico como se a “informalidade” e o “consenso” fossem avanços revolucionários no sentido de assegurar o acesso a um Poder Judiciário justo, célere e eficaz que a população brasileira (desiludida) tanto aguarda. Com a edição da Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais com competência para as “infrações penais de menor potencial ofensivo”, os cultuadores do Estado não pouparam elogios pela inovação dada pelo Legislador brasileiro, que finalmente adequou a retrógrada lei processual penal da década de 40 a uma orientação despenalisadora e que visa, sobretudo, a celeridade processual e a reparação dos danos às vítimas, como se estas tivessem sido “redescobertas” pela Lei penal.

Foi visto que não há o que se falar em “despenalização”, até porque as condutas tipificadas nas normas penais não perderam sua previsão de penas privativas de liberdade e/ou multa – tanto que é o *quantum* de penalidade que fixa a competência dos Juizados. Tampouco existe a possibilidade de resolução de conflitos intersubjetivos de maneira “informal” e fora do Estado, pois a “vítima redescoberta” pela Lei nº 9.099/95, por incrível que pareça, é o próprio Estado soberano. A Lei dos Juizados Especiais Criminais permite ainda a realização

de duas comparações históricas interessantes: a) o legislador brasileiro do fim do século XX e início do XXI, de maneira semelhante ao Imperador D. Pedro I – que ressuscitou as vetustas Ordenações Filipinas por intermédio de uma manobra discursiva para consolidar, simbolicamente, uma legislação penal afiliva, alterando, porém, as normas procedimentais –, re-legitimou um Direito Penal ultrapassado (e em crise) mediante um ajuste discursivo nas normas processuais penais com a previsão de determinados princípios (informalidade e consenso) que, não obstante o próprio Estado ter proibido o uso de tais métodos entre os indivíduos para resolver os seus conflitos penais intersubjetivos, permitiu a si mesmo utilizá-los para efetivar, de maneira mais vasta e simplificada, o seu “monopólio da violência”; e b) o Estado soberano, lembrando a figura medieval (e moderna) do *Rex Dei Gratia* – cujo rei concedia a “graça” aos súditos infratores que demonstrassem submissão e lealdade – delegou aos seus agentes (especialmente o Ministério Público) o Poder de concessão do “benefício” da Transação Penal, mas isto se o “autor do fato” se submeter a uma disciplina jurídico-penal proposta pelo Promotor de Justiça; e se o “autor do fato” não aceitar o “benefício”, então ele pode ser condenado pelo Juiz às penas previstas nas normas penais, tornando-se, assim, um “desgraçado”.

Enfim, o Estado soberano brasileiro, em pleno século XXI, mostra uma capacidade surpreendente de eliminar as crises criadas por ele mesmo para, cada vez mais e melhor, capilarizar o seu Poder de apropriação e domesticação de pessoas, utilizando-se, para tanto, de princípios como a “informalidade” e o “consenso” a pretexto de resolver conflitos intersubjetivos, mas, na realidade, para re-legitimar o seu “monopólio da violência” e conservar o discurso milenar de combate à criminalidade e estabelecimento de uma sociedade ordeira, pacífica e segura, mesmo que para isso tenha que dissolver cada cidadão/súdito em uma verdadeira “Mitologia Jurídica”.

REFERÊNCIAS

- ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de motivos da nova parte geral do código penal: Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. In: *Código Penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 155-67.
- AGOSTINHO, Aurélio. Confissões. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 09-316.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe. Vida privada e ordem privada no império. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe (org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.2, p. 11-93.
- ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 119.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Sistema Penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (Org.). *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.3, p. 07-19.
- AS INVASÕES germânicas e eslavas na Europa. *Atlas da história do mundo*. São Paulo: Folha de São Paulo, 1995, p. 98-9.
- AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). *Le leggi dei longobardi: storia, memoria e diritto di un popolo germanico*. Roma: Viella, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- _____. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina penal*. Buenos Aires: Depalma, año 10, p. 623-650, 1987.
- BARRETO, Dráusio. In: D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 93-105.
- BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.
- _____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 07, nº 12, p. 271-289, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1959.
- BELLABARBA, Marco. Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001 p. 189-213.

BENJAMIM CONSTANT. *Grandes personagens da nossa história*. São Paulo: Abril Cultural, 1972, v. 3, p. 669-684.

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: portugal, espanha e itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista”, In: BEVILÁQUA, Clóvis *et alli. Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, s.d., p. 77-92.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Erechim: Edelbra, 1979.

BROWN, Peter. Antigüidade tardia. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (org.). *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.1., p. 225-99.

CALASSO, Francesco. *Medioevo del diritto: le fonti*. Milano: Giuffrè, 1957.

CALISSE, Carlo. *Diritto penale italiano: dal secolo VI al XIX*. Firenze: G. Barbèra, 1895.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. O habeas corpus no brasil-império: liberalismo e escravidão. *Seqüência*. Florianópolis, ano XXV, nº 49, p. 71-94, dez. de 2004.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. In: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 39-76.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. In: *Código de processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 123-33.

CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei: 1889-1930*. Brasília: Universidade de Brasília: 2001.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Universitaires de France: 2000.

CARRARA, Francesco. *Programa del corso di diritto criminale*. Bologna: Il Mulino, 2003.

CASTAN, Nicole. A arbitragem de conflitos sob o “ancién régime”. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p.469-519.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in europa*. Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffrè, 1982.

CERAMI, Pietro. Il principato. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 189-263.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. São Paulo: Escala, s/d.

CICCO, Cláudio de. *Direito: tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CLANCHY, Michael. Lei e amor na idade média. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 139-66.

COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 07-45.

- _____. Catecismo positivista. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 95-333.
- CORBINO, Alessandro. Istituzioni e ordinamenti di roma dalle origini all'egemonia mediterrânea. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 03-126.
- COSTA, Marcos Roberto Nunes. *Maniqueísmo: história, filosofia e religião*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DALBRENTA, Daniele Velo. *La scienza inquieta: saggio sull'antropologia criminale di cesare lombroso*. Padova: Cedan, 2004.
- DAL RI JÚNIOR, Arno. *O estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- _____. *História do direito internacional; comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- _____; ORO, Ari Pedro. *Islamismo e humanismo latino*. Petrópolis: Vozes; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2004, p. 209-222.
- _____. Direito e política na monarchia de dante alighieri. In: ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. São Paulo: Escala, s/d.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DUBY, Georges. *Ano 1000, ano 2000: na pista de nossos medos*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.
- _____. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges (org.). *História da vida privada: da europa feudal à renascença*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.2, p. 19-44.
- DURANT, Will. *Os grandes pensadores*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996.
- _____. *história da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. O direito e a questão da sexualidade. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003, p. 36-48.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1977, v.1.
- FARGE, Arlette. Famílias. a honra e o sigilo. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger. *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.3, p. 581-617.
- FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. Rio de Janeiro: Artes Gráficas Gomes de Souza, 1962.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Russell, 2003.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros dias*. Traducción de Manuel Martinez Neira. Madri: Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1999.

- _____. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1999., p. 179-191.
- _____. Sobre a justiça popular. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1999., p. 39-68.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- _____. O que são as luzes? In: FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 335-351.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. Observações sobre o princípio da reserva legal. In: *Revista de direito penal*, nº 1, jan-mar/1971. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo11.pdf> acesso em 28 de janeiro de 2006.
- FRANCO JÚNIOR, Hilário. *As cruzadas*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- _____. *O feudalismo*: São Paulo: Brasiliense, 1983.
- GATTO, Ludovico. *Medioevo quotidiano: motivi e modelli di vita*. Roma: Editori Riuniti, 1999.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. Fundamenta-se um moderno pensamento jurídico brasileiro. In: CANCELLI, Elizabeth (org.). *Histórias de violência, crime e lei no Brasil*. Brasília: UNB, 2004, p. 41-76.
- GAUVARD, Claude., *Violence et ordre public: au moyen âge*. Paris: Picard, 2005.
- _____. Justiça e paz. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. *Dicionário temático do ocidente medieval*. Bauru: EDUSC, 2002, p. 55-62.
- GIACONO, Paolo. Origo gentis langobardorum. In: AZZARA, Claudio; GASPARRI, Stefano (Org.). Op. cit., 2005, p.04-9.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História de roma*. Petrópolis: Vozes, s/d.
- _____. *História do mundo feudal III/I: civilização*. Petrópolis: Vozes, 1982.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: RT, 2002.
- GROSSI, Paolo. *El orden juridico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- _____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GUNNEL, John G. *Teoria política*. Brasília: UnB, 1981.
- HADDAD, Guilherme. *Ementas de direito romano*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1978.
- HESPANHA, Antônio Manoel. *História das instituições*. Coimbra: Almedina, 1982.

- _____. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 05-58.
- _____. Da 'iustitia' à 'disciplina': textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 287-379.
- _____. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Porto: Calouste Gulbenkian, 1993, p.381-468.
- HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.
- _____. *Pensar en clave abolicionista*. Buenos Aires: CINAP, 1997.
- JANCSÓ, István. A sedução da liberdade: cotidiano e contestação política no final do século XVIII. In: MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v.1, p. 388-437.
- KARAM, Maria Lúcia. *Juízados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.
- JARNUT, Jörg. *Storia dei longobardi*. Torino: Einaudi, 2002.
- LAFER, Celso. *Hanna Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995, v.2.
- _____. *O apogeu da cidade medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. *Os intelectuais na idade média*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.
- LEVACK, Brian P. *A caça às bruxas*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- LUPI, João. Os lusitanos e a construção do ideal nacionalista português. In: *Bratair* 1 (1), 2001: 13-29. Disponível em <<http://www.brathair.com/Revista/N1/lusitanos.pdf>> acesso em 15 de janeiro de 2006.
- MARCHETTI, Paolo. I limiti della giurisdizione penale: crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico tardo medievale. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 85-99.
- MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. In: D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 35-47.
- MARTINAGE, Renée. *Histoire du droit pénal en Europe*. Paris: Universitaires de France, 1998.
- MENDONÇA, Sônia Regina. *O mundo carolíngio*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

- MERCADANTE, Antônio Alfredo. *História é vida: as sociedades antes da escrita, antigas e medievais*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1990.
- _____. *História é vida: as sociedades modernas e contemporâneas*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1990.
- METRO, Antonino. Istituzioni e ordinamento di roma nell'età del dominio. In: CERAMI, Pietro; CORBINO, Alessandro; METRO, Antonino; PURPURA, Gianfranco. *Storia del diritto romano*. Messina: Rubbettino, 1996, p. 265-324.
- MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*: São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1995, v.1.
- _____. *Processo penal*: São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. *História: das cavernas ao terceiro milênio*. São Paulo: Moderna, 2000.
- NADAI, Elza; NEVES, Joana. *História geral: antiga e medieval*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- NERHOT, Patrick. *Diritto storia: saggio di filosofia del diritto*. Padova: Cedam, 1994.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1971.
- NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Brasília: UNB, 1982.
- NOVAIS, Fernando A. Condições da privacidade na colônia. In: MELLO E SOUZA, Laura de (org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v.1., p. 13-39.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.
- PAULO, Alexandre Ribas de. A centralização política promovida por rotário, no século VII, por intermédio da codificação do direito penal dos longobardos. In: *Brathair* 5 (2), 2005: 83-95. Disponível em <<http://www.brathair.com/Revista/N10/longobardos.pdf>> acesso em 05 de fevereiro de 2006.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Elementos de criminologia e política criminal*. Bauru: EDIPRO, 1994.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1999.
- POMER, Leon. *As independências na América Latina*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- PORTUGAL. *Geografia ilustrada*. São Paulo: Abril Cultural, 1972, v.1., p. 06-44.
- PREVITÉ-ORTON, C. W.. *História da idade média*. Lisboa: Editorial Presença, 1973, v.4; v.6; v.7.

_____. *História da idade média*. Lisboa: Editorial Presença, 1973, v.6.

_____. *História da idade média*. Lisboa: Editorial Presença, 1973, v.7.

PRODI, Paolo. *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*. Bologna: Mulino, 2000.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. (publicato in rivista di diritto e procedura penale, 1910, vol. I, p. I, 497 ss. E 561 ss.). Disponível em: <http://www.trani-ius.it/radici/Rocco-penale-1.htm>.> Acesso em 16 de janeiro de 2006.

ROSENTAL, M.; IUDIN, P. *Pequeno dicionário filosófico*. São Paulo: Linográfica, s.d..

ROSTOVTZEFF, Michael Ivanovitch. *História de Roma*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

ROUCHE, Michel. Alta idade média ocidental. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (org.). *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.1, p. 399-529.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

RUNCIMAN, Steven. *História das cruzadas*. Lisboa: Livros Horizonte, 1993, v.2.

RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional/CODIL, 1967.v.1.

_____. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968.v.2.

_____. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968.v.3.

_____. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Comp. Editora Nacional/CODIL, 1968.v.4.

_____. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a wittgenstein*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo stato moderno in europa: istituzione e diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 163-205.

SERRÃO, Joel. *Cronologia geral da história de portugal*. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

SESTAN, Ernesto. *Stato e nazione nell'alto medioevo: ricerche sulle origine nazionali in francia, italia, germania*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

SILVA, Francisco de Assis. *História do brasil: colônia, império e república*. São Paulo: Moderna, 1992.

SILVA, Mozart Linhares da. O Código criminal de 1830 e as idéias que não estão fora do lugar. In: CANCELLI, Elizabeth (org.). *Histórias de violência, crime e lei no brasil*. Brasília: UNB, 2004, p. 77-100.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Konfino, 1950.

SURGIK, Aloísio. *Gens gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático*. Curitiba: Edições Livro É Cultura, 2003.

TABACCO, Giovanni. *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*. Torino: Einaudi, s.d.

TEMER, Michel. In: D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 121-28.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VERGER, Jacques. *Homens e saber na idade média*. Bauru: EDUSC, 1999.

VEYNE, Paul. O império romano. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (org.). *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, v.1, p. 19-223.

VIANA DOS SANTOS, Antônio Carlos. In: D'URSO, Luiz Flávio Borges (org.). *Os novos juizados especiais criminais*. São Paulo: Madras, 1996, p. 22-33.

VILLALTA, Luiz Carlos. O que se fala e o que se lê: língua, instrução e leitura. In: MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v.1, p. 331-385.

VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Atena, 1959.

WELLS, Herbert Georges. *História universal: da ascensão e queda do império romano até o renascimento da civilização ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional/CODIL, 1970. v.4;

_____. *História universal: da ascensão e queda do império romano até o renascimento da civilização ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional/CODIL, 1970. v. 5.

_____. *História universal: da ascensão e queda do império romano até o renascimento da civilização ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional/CODIL, 1970. v.6.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

_____. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. O pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: WOLKMER, A. C. (org). *Introdução à história do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O direito como expressão da vontade e da razão humanas: Jean-Jackes Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente*. Barueri: Manole: Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005, p. 85-104.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZORZI, Andrea. Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (a curadi). *Criminalità e giustizia in germania e in italia: pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medievo e età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2001, 13-34.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_82.pdf> Acesso em 14 de janeiro de 2006, p. 07-8.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_2.pdf> acesso em 13 de janeiro de 2006.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em:

<<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=532849&seqTexto=15246&PalavrasDestaque=>> acesso em 13 de janeiro de 2006.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 210-60.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código penal: Parte Geral*. Disponível em:

<<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=412868&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>>, acesso em 13 de janeiro de 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-lei 2.848,d e 7 de dezembro de 1940) e à Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941). In: *Código Penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 151-3.

BRASIL. Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. In: *Código penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 285-95.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 157-266.

BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Dec. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. In: *Código penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 731-2.

BRASIL. Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em:

<<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=356977&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>> acesso em 12 de janeiro de 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *Constituição federal*. São Paulo: RT, 1997.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: *Código de processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 381-397.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 22, de 19 de março de 1999. Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas "i" do inciso I do art. 102, e "c" do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. Disponível em:

<<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?idNorma=371484&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>> acesso em 14 de janeiro de 2006.

BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: *Código penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 689.