António Hespanha

JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE:
HISTÓRIA E PROSPECTIVA

SERVIÇO DE EDUCAÇÃO
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN / LISBOA

JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE: HISTÓRIA E PROSPECTIVA

António Manuel Botelho Hespanha

António Manuel Hespanha nasceu em 1945. É investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Licenciado em Direito e Doutorado em História Institucional, é autor de outra antologia publicada nesta colecção, *Poder e Instituições na Europa de Antigo Regime* (1984) e ainda de *A história do direito na história social* (1978), *História das instituições. Épocas medieval e moderna* (1982), *Visperas del Leviatón* (1989, ed. port. 1993), *História institucional e política da época moderna* (1993), *La gracia del derecho* (de próximo aparecimento). Recentemente, coordenou o vol. IV ("O Antigo Regime") da *História de Portugal*, dirigida por José Mattoso. Prepara, actualmente, com colegas das Universidades de Sevilha e Autónoma de Barcelona, o primeiro manual integrado de história do direito moderno na península ibérica. É autor de dezenas de artigos sobre temas de história institucional, teoria da história e teoria do direito, membro dos conselhos científicos e editoriais de várias instituições científicas, professor visitante de diferentes universidades e responsável por projectos de investigação científica apoiados por instituições portuguesas e estrangeiras.

A sua obra tem realçado a dimensão social e cultural do direito e das instituições, bem como a multiplicidade dos níveis de normação e de disciplina sociais. O desvendamento do carácter "situado" do modelo "estatalista" e dos mecanismos que lhe estão ligados no plano do direito e da resolução de conflitos tem sido um tema recorrente na sua produção científica. No prefácio desta colectânea, ao diagnóstico histórico, junta um prognóstico prospectivo quanto aos limites deste modelo e quanto ao seu previsível ocaso.

JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE: HISTÓRIA E PROSPECTIVA

António Manuel Botelho Hespanha

António Manuel Hespanha nasceu em 1945. É investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Licenciado em Direito e Doutorado em História Institucional, é autor de outra antologia publicada nesta colecção, *Poder e Instituições na Europa de Antigo Regime* (1984) e ainda de *A história do direito na história social* (1978), *História das instituições. Épocas medieval e moderna* (1982), *Vísperas del Leviatán* (1989, ed. port. 1993), *História institucional e política da época moderna* (1993), *La gracia del derecho* (de próximo aparecimento). Recentemente, coordenou o vol. IV ("O Antigo Regime") da *História de Portugal*, dirigida por José Mattoso. Prepara, actualmente, com colegas das Universidades de Sevilha e Autónoma de Barcelona, o primeiro manual integrado de história do direito moderno na península ibérica. É autor de dezenas de artigos sobre temas de história institucional, teoria da história e teoria do direito, membro dos conselhos científicos e editoriais de várias instituições científicas, professor visitante de diferentes universidades e responsável por projectos de investigação científica apoiados por instituições portuguesas e estrangeiras.

A sua obra tem realçado a dimensão social e cultural do direito e das instituições, bem como a multiplicidade dos níveis de normação e de disciplina sociais. O desvendamento do carácter "situado" do modelo "estatalista" e dos mecanismos que lhe estão ligados no plano do direito e da resolução de conflitos tem sido um tema recorrente na sua produção científica. No prefácio desta colectânea, ao diagnóstico histórico, junta um prognóstico prospectivo quanto aos limites deste modelo e quanto ao seu previsível ocaso.

JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE:
HISTÓRIA E PROSPECTIVA

António Hespanha

JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE: HISTÓRIA E PROSPECTIVA

SERVIÇO DE EDUCAÇÃO
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN / LISBOA

Reservados todos os direitos de harmonia com a lei.
Edição da
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN
Avenida de Berna LISBOA

INTRODUÇÃO

LEI E JUSTIÇA:
história e prospectiva de um paradigma

A. M. HESPANHA

LEI E JUSTIÇA: HISTÓRIA E PROSPECTIVA DE UM PARADIGMA

Este livro assume, conscientemente, um objectivo ambicioso e plural. Primeiro, o de interessar, a um tempo, juristas e historiadores; o que, dadas as actuais relações entre a história, a sociologia e a dogmática jurídicas, já não é tarefa fácil. Mas, mais do que isto. Pretende interessar os juristas, principalmente, com os argumentos que se podem tirar da temática histórica; e interessar os historiadores, sobretudo, com os modelos que decorrem das perspectivas actualistas sobre o direito. A ser conseguido, este livro pode, então, apresentar-se como um exemplo de interdisciplinaridade no campo do direito.

E, acrescente-se, de uma interdisciplinaridade construída sobre bases que se pretendem metodologicamente sãs.

Na verdade — e do ponto de vista da utilização heurística da história para fins jurídicos — , o que aqui se pretende não é, obviamente, apresentar etapas históricas da evolução jurídica como possíveis modelos para o futuro — a volta aos "bons velhos tempos" —, o que equivaleria a uma operação de sentido retrógrado. Nem tão pouco utilizar a história como documentário do "progresso" do direito — a "luta pelo direito", o "triunfo do direito sobre a força", a "racionalização das relações sociais pelo direito" — e, portanto, como instrumento de glorificação dos modelos jurídicos actuais. 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 actualmente dominantes, nomeadamente, do "estatismo" e do "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.

Por outro lado, do ponto de vista da utilização historiográfica da reflexão sobre o direito vigente, não se pretende, aqui, utilizar as actuais categorias de análise dogmática do direito (os conceitos e classificações jurídicas de hoje) como instrumentos de compreensão das experiências jurídicas históricas (um aspecto da justamente tão criticada retroprojecção das categorias vividas do historiador sobre os dados do passado). Pelo contrário, as actuais categorias são utilizadas, de forma dupla, como meio de evitar outro perigo — o soçobrar nas categorias da "auto-representação" das sociedades históricas. Como ? Mostrando, primeiro, pelo confronto com as categorias dogmáticas do presente, a provisoriedade das categorias históricas. Depois, recorrendo a categorias da análise sociológica desenvolvidas pela reflexão actual (v.g., a oposição entre "courts" e "dispute institutiones", entre "justiça oficial" e "justiça comunitária") para avaliar correctamente os mecanismos jurídicos do passado, integrando-os em tipologias de vocação transtemporal.

Se, com o primeiro procedimento, estamos a vacinar a reflexão jurídica contra o positivismo jurídico (ou "legalismo"), com o segundo estamos a imunizar a reflexão histórica contra o positivismo histórico, contra o respeito supersticioso pelo facto bruto ou pela "auto-representação", em nome de um necessário apagamento do historiador em face da "dinâmica concreta" (Jorge Borges de Macedo) das sociedades históricas.

Não ignoramos as reacções que este projecto pode levantar. Do lado dos juristas, falar-se-á em "passadismo" (outros, mais drásticos, falarão em "nihilismo" ...). Do lado dos historiadores, falar-se-á em "construtivismo" (outros, mais drásticos, falarão em "dogmatismo" ...). Basta esta saudável provocação dos hábitos intelectuais estabelecidos para tornar apetecível organizar o livro.

Este prefácio terá duas partes distintas.

Na primeira, abordam-se os temas postos actualmente à política do direito e da justiça por aquilo que defino inicialmente como a "crise do legalismo". Partindo-se de uma definição desta crise, propõe-se uma análise histórica como chave para a sua explicação: ou seja, a análise das condicionantes históricas, tanto da ascensão do legalismo, como do seu apogeu e ocaso. Mas, mais do que isso, mostra-se como sob a palavra "lei" (ou "primado da lei", ou "via legal de resolução de conflitos") se oculta uma realidade mutável e equívoca, em permanente reconversão de conteúdo e de função, e como é esta equivocidade que tem encoberto a contínua crise do "legalismo", entendido no sentido forte que o termo teve na teoria oitocentista do Estado.

Na segunda parte, à história cabe um papel menos ancilar, pois o discurso volta-se expressamente para os historiadores, procurando, através de uma crítica da sua teoria política espontânea — dominada pelos paradigmas do "legalismo" e do "estadualismo" —, possibilitar uma avaliação não deformada das realidades da justiça na sociedade europeia do Antigo Regime (sécs. XIV-XVIII). Ou seja, uma visão que: (i) surpreenda, em toda a sua importância, os mecanismos não oficiais e não judiciais da justiça; (ii) não sobrevalorize a justiça "da corte" em face da justiça periférica (e, sobretudo, não a tome pelo todo); (iii) atente nas "tecnologias disciplinares" diferentes da lei, da justiça (numa palavra, da "coerção") na instituição da disciplina social.

Falar de "crise da lei"[1] é hoje um 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 evidentes desta crise são:

a) a generalizada desobediência à lei, por parte dos simples cidadãos;

b) a não aplicação (ou a aplicação selectiva) 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. Falaríamos, então, de temas como a crise de legitimidade 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 habituámos a considerar como o principal meio de disciplina das relações sociais — a lei.

Esta crise tem sido diversamente explicada.

Para alguns, trata-se, apenas, de um problema político de natureza conjuntural: o governo descura a "ordem" e, portanto, cada um faz o que quer. Polícia quanto baste e um safanão a tempo seriam a chave do problema. Para outros, em contrapartida, trata-se, também apenas, de um problema moral, a resolver por uma regeneração dos costumes, desde logo dos costumes dos políticos. São pontos de vista bastante grosseiros e irreflectidos, pelo que passaremos adiante.

No meio dos juristas, por sua vez, o problema da "crise da lei" é frequentemente descrito como um problema de técnica legislativa: as leis não são aplicadas porque, entre outras razões, são mal feitas. Todo o peso da análise se concentra, então, sobre os aspectos técnico-jurídicos do problema — os trabalhos preparatórios, a redacção, formulário e estilo, a sistematização, a forma de publicação, a implementação. Em contrapartida, fica por questionar tudo quanto se encontra antes e depois do acto legislativo: os problemas da legitimidade da lei e da correspectiva

consciência do dever de obedecer são remetidos para o filósofo do direito; a questão da adequação ou justeza da lei, para o político; enquanto que nem sequer são normalmente colocadas as interrogações acerca das funções (históricas) da lei, das suas relações com outras "tecnologias disciplinares" (para utilizar a fórmula de M. Foucault), ou dos factores sociais, culturais e políticos que condicionam a sua eficácia.

Escusado será dizer que, colocada a questão nestes limitados termos, todos os equívocos são possíveis. Mas o mais comum é o de construir um modelo ideal de "lei" e definir, a partir daí, os "defeitos" a corrigir na legislação, tal como hoje ela se manifesta. Sem se dar conta que, com este nome comum de "lei", não se designa nenhuma realidade dotada de uma substância intemporal, mas uma técnica de controlo social que, de época para época e de lugar para lugar, desempenha funções (desde a coerção à ideologia) diferentes e se subordina a estratégias também muito diversas, umas predominantemente regulativas, e outras sobretudo simbólicas. O estilo majestoso, hiperbólico e redundante — por exemplo, o da legislação pombalina ou do discurso vintista — pode ser disfuncional do ponto de vista das intenções regulativas; mas já é essencial do ponto de vista das funções ideológicas; do mesmo modo, a fluidez ou imprecisão dos conceitos, por muito que embaracem quem tem que "aplicar" a lei, podem ser a forçosa tradução do compromisso político que constitui o objectivo primeiro de muitas leis.

Indo mais fundo na análise, outros vêem na "crise da legalidade" uma outra manifestação dos "limites de eficiência" do Welfare State. *A intenção política de regular a sociedade a partir do Estado teria levado a que este fosse obrigado a alargar enormemente a sua acção, nomeadamente no domínio das relações sociais e económicas. E, em contrapartida, o desejo de garantir os direitos individuais contra os abusos desta intervenção, teria obrigado a pôr de pé uma série correspondente de mecanismos de controlo. Ora os modelos disponíveis de acção do Estado, bem como os do seu controlo, eram os do oitocentista Estado de Direito: a vontade estadual de agir devia ser expressa pela lei, o*

mecanismo de acção do Estado devia ser o "due process" estabelecido na lei, aos interesses particulares a proteger deviam corresponder direitos tutelados por lei. A lei acabava por estar no princípio e no fim de toda a acção política, quer ela fosse iniciada pelo Estado, quer pelos cidadãos. Escapavam deste império da lei, quer alguns domínios deixados à mera iniciativa privada (mas mesmo nestes a lei tinha que intervir para dirimir os conflitos entre particulares), quer uns alguns outros em que o Poder dispunha de competências discricionárias. Mas, se não faltava quem reclamasse uma intervenção social do Estado ainda mais dilatada, também não faltava quem pretendesse submeter progressivamente o poder discricionário ao primado da lei e a controlos de tipo jurisdicional.

Para este ponto de vista, a "crise da lei" era parente próxima de outras crises do Estado intervencionista e dos seus aparelhos. Os remédios eram, correspondentemente, os mesmos — o retorno à economia liberal e a substituição da lei pela "mão invisível" do mercado.

Há, porém, quem desligue a "crise da lei" de uma, real ou presumida, "crise do Estado (intervencionista)" e a relacione com o esgotamento do "paradigma legalista" como tecnologia disciplinar. Para esta perspectiva, os limites de eficiência da lei têm que ser buscados, não no sistema político que ela serve, mas nos próprios processos através dos quais a lei realiza a sua função disciplinadora e nos leques de condições (de diversa natureza) de que depende a eficácia destes processos.

Os méritos desta perspectiva parecem-me muitos[2] *e, por isso, a escolhi como linha orientadora deste texto.*

O "paradigma legalista" caracteriza-se por instituir a lei como tecnologia disciplinar fundamental (ou mesmo exclusiva) das relações sociais. Ou seja, a legitimidade de toda a actividade social, quer dos indivíduos, quer do poder, deve ser avaliada por confronto com normas escritas, de carácter geral e abstracto, obedecendo a um modelo técnico-racional, e editadas pelo Estado. Corolários deste axioma são os princípios "da legalidade" (nomeadamente no domínio do direito penal, fiscal e

administrativo); "do primado da lei" (no domínio do Direito político); bem como os ideais de "juridificação" (Verrechtlichung) *das relações sociais e de "acesso à justiça" (pelo menos, num dos seus entendimentos: acesso à justiça "oficial" dos tribunais estatais).*

Se submetermos este paradigma a um confronto histórico damo-nos conta de que ele corresponde a uma estratégia paradoxal. Ao instituir a lei como forma única de controlo social, ele leva a cabo, na verdade, uma enorme redução da panóplia das tecnologias disciplinares disponíveis noutras épocas, mesmo que não consideremos senão aquelas que podem ser subsumidas ao conceito de tecnologias "jurídicas". Isto numa época em que, como nunca, tem vindo a crescer o âmbito de situações a regular. E, para além disso, a "forma legal" constitui uma técnica de controlo exigente, requerendo a verificação de uma série de condições sociais, culturais e jurídicas.

As estratégias de controlo social sofreram, portanto, um afunilamento, e, ainda por cima, no sentido de uma via cheia de pontos críticos. A compreensão da actual crise da lei passa pela reflexão crítica sobre o paradoxo inerente a este "paradigma legalista"[3]*, enquanto que a chave para a superação da crise pode residir na restauração de um sistema menos unidimensional de regulação social.*

1. A génese da redução legalista

Por muito que uma historiografia retrospectiva[4] *o encubra, o ordenamento jurídico pré-oitocentista era essencialmente pluralista.*

Sobretudo, por duas razões.

Em primeiro lugar, a lei era, dentro do direito "oficial", uma fonte minoritária. O direito "oficial" — i.e., aplicado pelos tribunais centrais ou pelos (poucos) tribunais "oficiais" periféricos — era, esmagadoramente, de natureza doutrinal, recolhendo os juristas do antigo regime à máxima romana segundo a qual "ius civile in sola prudentium interpretatione consistit" (Pomponius, D. I, 2, 2,12: o

direito [civil] consiste apenas na interpretação dos juristas). A lei era parcamente usada, apenas como meio de suprir ou adaptar o direito doutrinal. Entre nós, por exemplo, as Ordenações *cobrem apenas sectores muito limitados da regulamentação jurídica: praticamente, apenas a organização dos órgãos do poder "oficial" (central e local, mas não de todos, nem num plano nem no outro), organização processual e o direito penal. O grande continente do direito civil, bem como o subcontinente do direito comercial ou "administrativo"; o mesmo se passando, em geral, com o que hoje chamaríamos "direito constitucional" ou "político"*[5]*. A legislação extravagante foi-se acumulando, até aos finais do antigo regime, mas a um ritmo muito diferente do actual*[6]*. O recurso à forma "legislativa"*[7] *apenas se dava quando a coroa pretendia introduzir normas jurídicas que pusessem em causa direitos adquiridos* (iura quaesita) *, pois a doutrina do direito comum salvaguardava em absoluto estes direitos de todas as intervenções do poder que não revestissem a forma de lei, invocada a* potestas extrordinaria[8]*. De resto, mesmo quando pretendesse estabelecer algo de novo, o poder utilizava outros meios normativos: o precedente judicial ("estilo"; mais formal, "assento"), a instrução a órgãos administrativos inferiores ("decreto", "provisão", "portaria"), a regulamentação meramente interna* (lex rei suae dicta, *como os regimentos da administração "dominial" ou "doméstica" da coroa, em que o rei regulamentava os serviços "da sua casa")*[9]*.*

Mas, em relação à doutrina, a lei não era apenas um fenómeno minoritário, era também um fenómeno subordinado. Isto é particularmente claro no domínio da interpretação, em que a doutrina formula uma série de regras que, na prática, fazem com que as eventuais "novidades" legislativas sejam continuamente absorvidas pelo acquis *doutrinal: a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios do sistema doutrinal* (ratio iuris)*; as leis estabelecendo contra estes princípios* (contra tenorem iuris rationis) *são excepcionais (ou mesmo "odiosae") e insusceptíveis de interpretação extensiva ou de aplicação analógica; o príncipe, ao editar a lei, está limitado pelo direito "natural" (ou seja, pelos fundamentos da "razão jurídica"), pelo que o juiz não fica obrigado a seguir "aquilo que carece de fundamento jurídico e é*

contra o direito doutrinal" (M. A. Pegas: "quam causa caret, & fundamento; et sic est contra ius, non tenetur iudex ei obtemperare")[10].

No entanto, as limitações da lei não se verificam apenas neste plano do seu confronto com a doutrina. Mas, também, no seu confronto com as normas jurídicas provindas da auto-organização dos corpos sociais "particulares". No domínio da família, vigorava a "ordem doméstica", correspondente aos poderes disciplinares do pater*; as intromissões legais neste domínio eram excepcionais. A comunidade dos crentes era exclusivamente tutelada pelo direito da Igreja, limitando-se o direito civil a fornecer recursos derradeiros e, de resto, controvertidos e pouco efectivos (v.g., a* regia protectio, *para os casos de abusos dos poderes eclesiásticos). Às outras comunidades "primárias" (comunidades territoriais, profissionais, assistenciais, culturais) era reconhecido um poder auto-regulamentador anterior à lei, porque baseado na própria natureza da sociedade. A este carácter "natural" da ordem dos corpos políticos inferiores correspondia um diferente princípio de construção da ordem jurídica, segundo o qual a norma particular derrogava a norma geral, no seu particular domínio de validade. Logo, o estatuto, tal como o privilégio, impunha-se à lei, que, assim, ficava entalada entre uma doutrina (do "direito comum"), que a limitava por cima, e um direito dos corpos, que a esvaziava por baixo*[11].

Em segundo lugar, o próprio direito escrito e erudito, de que a lei fazia parte, era também minoritário.

Na verdade, a maior parte da vida jurídica corria à margem do direito escrito. Estudos estatísticos sobre a vida jurídica, em Portugal, no séc. 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[12]. *Os restantes 85% regulavam-se por padrões de conduta*[13] *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 o fizesse por uma forma que inculcava*

tratar-se de formas inferiores de organização social e jurídica. Chamava-lhe o "direito dos rústicos" (iura rusticorum)[14], *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"). Em contrapartida, este mundo colocado fora dos circuitos da escrita e da "ciência" tinha pelos juristas e pelo seu mundo (direito escrito, escrivães) uma profunda antipatia. "Juristen, bösen Christen" fora a palavra de Lutero, enquanto que, entre nós, basta atentar na figura do jurista letrado, tal como transparece, por exemplo, do teatro vicentino (v.g., o "corregedor" no Auto da Barca do Inferno).*

O "despotismo iluminado" setecentista trazia consigo um projecto de redução do pluralismo, pelo reforço do poder da coroa. Aí se integrava uma política de valorização da lei, como manifestação da vontade do monarca, que se devia impor tanto aos corpos políticos periféricos como, sobretudo, ao corpo judiciário. A cadência da produção legislativa aumenta, é reafirmada a precedência da lei sobre as restantes fontes do direito, o próprio estilo legislativo se enfatiza, carregando-se de fórmulas que, embora carecidas de conteúdo regulativo, desempenhavam uma função também disciplinadora, mas ao nível da retórica.

O "legalismo" iluminista pode ter sido eficiente ao nível dos órgãos administrativos e judiciários centrais e da opinião ilustrada, para onde se dirigia, de resto, o principal do seu esforço[15]. *Mas o seu impacto na periferia parece ter sido diminuto e, de qualquer modo, incapaz de reduzir significativamente o anterior pluralismo das fontes de direito. Na verdade, permaneciam quase todos os obstáculos estruturais a uma eficácia mais alargada da lei, nomeadamente as insuficiências das extensões periféricas do aparelho político-administrativo*[16], *as deficiências das comunicações e, sobretudo, a barreira do analfabetismo, que impedia irremediavelmente uma participação generalizada da população nos mecanismos do poder oficial e obrigava à permanência de modelos de "governo indirecto"* (self government)[17]. *De tal modo que, ainda há cinquenta anos, era possível encontrar,*

em Portugal, bolsas comunitárias cortadas do mundo político oficial, vivendo segundo modelos orais-tradicionais de organização política[18].

Quem tenha conhecido o mundo aldeão e camponês dos anos sessenta deste século pode, de resto, dar-se perfeitamente conta do carácter urbano e letrado da vida política e jurídica oficial. Valendo-me da experiência de vida numa zona rural do litoral centro, no decurso dos anos cinquenta e sessenta, recordo que a presença, aí, do direito estadual era mínima: os contratos (mesmo sobre imóveis) eram geralmente verbais, as relações familiares e laborais repousavam em usos locais e os conflitos aí surgidos eram resolvidos dentro da comunidade, a pequena criminalidade era reprimida pelos próprios ofendidos ou pelo "regedor", a grande criminalidade não existia. As intervenções extra-comunitárias reduziam-se a uns quantos actos fiscais e de polícia (pagamento de impostos, "sortes" militares, manifesto dos vinhos, licença da bicicleta e, às vezes, o licenciamento de obras)[19].

O antigo regime lega-nos, assim, uma sociedade dualista do ponto de vista dos mecanismos de controlo jurídico-político. Uma parte — francamente minoritária —, vivendo à sombra do direito escrito oficial, que a lei começa a hegemonizar a partir da luta iluminista contra o direito doutrinal-judiciário, hegemonia ainda reforçada com a codificação dos finais do séc. XVIII, inícios do XIX. Uma outra parte, mantendo com ele um contacto apenas tangencial.

Acontece, no entanto, que a este dualismo jurídico, correspondia também um dualismo no plano da participação política. Pois, pelo menos entre nós, o universo político liberal não transcendia significativamente aqueles estratos urbanos e alfabetizados que viviam à sombra da lei. Assim, quando a filosofia política e jurídica do liberalismo definia a lei como a "vontade geral", isto acabava por corresponder à realidade, uma vez que aqueles que, de facto, entravam em contacto com a lei eram os mesmos que integravam o universo político liberal. Do mesmo modo, a lei escrita constituía um instrumento adequado de comunicação dentro do universo liberal, pois os estratos

analfabetos estavam dele excluídos pelos mecanismos discriminadores do sufrágio. Ao amparar-se exclusivamente na disciplina "legal", o Estado liberal curto-circuitava a comunicação jurídica com o mundo iletrado e tradicional; mas, ao fazê-lo, apenas confirmava um modelo de organização política já definida pelos sistemas de sufrágio e de participação. O Estado liberal era, directamente, a estrutura de enquadramento de uma minoria (os "sujeitos políticos"), abandonando o controlo da "periferia" (os "objectos políticos"), a mecanismos informais como o "caciquismo". Foi apoiado neste sistema elitista de poder, ignorando os subúrbios da cidade, que o "paradigma legalista" se pôde implantar. Apesar da ideologia universalista e democrática, Estado liberal e primado da lei diziam apenas respeito a uma minoria de "assimilados", vivendo no "asfalto", não tocando senão de raspão e episodicamente as comunidades "indígenas".

2. A redução do pluralismo

Os problemas de adequação do paradigma legalista às tarefas de controlo social surgem apenas quando o crescimento dos meios materiais de controlo da periferia permitem ao Estado o alargamento do seu horizonte político, o que coincide, em contrapartida, com reivindicações de participação plena no universo "oficial" da vida política e jurídica.

A lei e a "justiça oficial" — instrumentos típicos de controlo do Estado liberal — são os modelos disponíveis para a integração da "periferia". Daí que a "juridicização" (Verrechtlichung) *das relações sociais tenha sido vista como algo de paralelo à democratização política, ambas factores componentes de um processo global de "modernização social" que integrava ainda, no plano administrativo, a instauração de uma administração burocrático-racional, no plano cultural, a alfabetização e, no plano económico, o estabelecimento de uma economia de mercado*[20].

As faces desta imposição do paradigma legalista foram várias. Uma face autoritária, em que o primado da lei andava ligado à

afirmação da autoridade do Estado. Uma face democrática, em que o legalismo representava a superação das tiranias "de clocher", do caciquismo, e uma garantia geral de acesso a um direito e a uma justiça "igual". Finalmente, uma face tecnocrática, relacionando — nos quadros da já referida teoria da modernização — o legalismo com uma racionalização das relações sociais, na senda da realização de uma sociedade moderna e desenvolvida.

Do ponto de vista dos sistemas regulativos e de resolução de conflitos, esta extensão às periferias do paradigma legalista não se deixa, no entanto, descrever como um processo de harmónico progresso de uma situação de "anomia", em que as relações sociais seriam dominadas pelo caos e pelo abuso, para uma outra de primado do direito. Na verdade, e como já vimos, o mundo periférico era um mundo regulado, embora por tecnologias disciplinares totalmente diferentes da lei, correspondentes às condições sociais aí vigentes. A imposição do direito oficial, escrito e legislativo, significou, assim, uma estratégia de dissolução da ordem periférica e a 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.

Nem sempre nos damos conta da dimensão deste fenómeno como factor de alienação político-jurídica e de exclusão de largos estratos da população da vida jurídica oficial. Na verdade, a participação no direito do Estado significava uma completa reconversão cultural, desde logo por exigir conhecimentos técnicos pouco generalizados, como a capacidade de ler e de escrever. Os mais comezinhos actos da vida social passam a pressupor documentos, formalidades processuais, realização de actos jurídicos oficiais, todos eles situados bem no interior da "galáxia Gutenberg". A passagem por um cartório de província permitia, ainda há pouco tempo, ter uma ideia do desnível cultural sobre o que se construíam os contactos entre o direito legal e os seus destinatários na periferia.

3. Os pressupostos do paradigma legal

A situação que acabamos de descrever está na origem dos actuais sintomas de crise da lei, enunciados inicialmente. Pois, ainda hoje, sobretudo em sociedades pouco integradas (com grandes desníveis culturais, com uma marcada oposição regional ou campo-cidade, com comunidades imigrantes pouco integradas), não se podem considerar realizados os pressupostos de que depende a vigência do paradigma legalista.

Tais pressupostos são os seguintes:

a) No plano da legitimação, o "reconhecimento" do direito oficial pressupõe a transparência dos laços de participação e representação política, ou seja, que entre o cidadão e o legislador não haja interferências ou perturbações da mensagem e que a vontade deste último não constitua mais do que a formalização (também ela transparente) das aspirações daquele. Não é preciso insistir no quanto estamos longe da realização deste desiderato. Os sistemas de representação, o macrocefalismo da vida política e o profissionalismo dos políticos, a dinâmica própria das instituições parlamentares e governativas, etc., introduzem um número sem conta de mediações na comunicação cidadão-legislador e dão origem a que, em geral, o cidadão não se reconheça nas leis.

b) No plano do impacto social, a forma legal pressupõe que a mensagem legislativa seja acessível a todos. Acessível, desde logo, no limitado sentido de "conhecida". O que envolve tanto o problema do acesso à escrita, como o da eficácia dos meios de comunicação social do direito. Não insistiremos mais no primeiro problema, embora ele constitua, ainda hoje, um problema real em muitos países, entre os quais o nosso. Mas chamaremos a atenção, quanto ao segundo, para o desnível que existe, nas sociedades de hoje, entre os meios de comunicar o direito (volumosos e maçudos "jornais oficiais", vendidos ninguém sabe bem onde e recheados de referências herméticas) e os meios normais de fazer circular a comunicação social mais relevante (meios audiovisuais, publicidade).

Mas o direito deve ser acessível ainda no plano da inteligibilidade do conteúdo da mensagem. O que põe o problema da linguagem legislativa. Ora, neste plano, a posição dominante (ainda explicitamente triunfante, entre nós, aquando da preparação do recente Código Civil) é a de que o direito é uma "coisa de juristas", pelo que à linguagem corrente se prefere, em nome de um problemático rigor[21], *a linguagem "técnica".*

c) No plano da adequação, a lei — comando geral e abstracto — pressupõe a estandardização da vida social, i.e., que as relações sociais possam ser reduzidas a matrizes genéricas. Nas sociedades de hoje, em progressiva diferenciação e tomadas de ritmos cada vez mais rápidos de evolução, tal estandardização é cada vez mais difícil. Mas o problema complica-se ainda no caso de sociedades pouco integradas, dos pontos de vista social, económico ou cultural. À generalidade da lei passa a não corresponder uma equivalência das situações de facto a regular; pelo contrário, aquela generalidade transforma-se num véu ideológico da heterogeneidade das situações da vida. Claro que a lei pode ir, progressivamente, distinguindo espécies e subespécies; mas, ao fazê-lo, está a aumentar ainda mais a complexidade e, logo, a entropia do sistema.

d) No plano das relações do Estado com a sociedade, o paradigma legalista anda ligado ao modelo liberal do Estado e das suas tarefas sociais. O Estado é, sobretudo, o garante dos equilíbrios da "sociedade civil", formalizados na intangibilidade das "esferas jurídicas dos particulares" (Rechtsbewahrungsstaat)[22]. *A lei estabelece as regras gerais a que obedece a combinatória dos direitos subjectivos, bem como as relativas à sua constituição, transmissão e extinção. Daí que a emissão de leis só seja necessária quando se pretenda modificar o equilíbrio estabelecido das esferas jurídicas particulares. Nomeadamente, no que respeita à acção estadual, quando o Estado queira obrigar os cidadãos a uma accção ou prestação*[23]; *os casos típicos são o pagamento de impostos e a realização de empréstimos, as expropriações, o serviço militar*[24]. *Fora destes casos, a intervenção legislativa deve ser evitada*[25]. *Do mesmo modo, o controlo da acção estadual por*

parte dos cidadãos não repousa senão excepcionalmente sobre o princípio da legalidade (ou no due process). *Isto porque, por um lado, em tudo quanto não tiver a ver com as esferas jurídicas individuais vigora um domínio de discricionaridade. Nos Estados autoritários, trata-se do domínio reservado ao poder, em nome do "princípio monárquico"; nos Estados democráticos, de um domínio em que o controlo se efectiva por meios estritamente políticos (nalguns Estados, efectivado pelo carácter electivo não apenas dos cargos políticos, mas também de muitos cargos "administrativos").*

Hoje, em contrapartida, o modelo "jurisdicional" de controlo da actividade do Estado expandiu-se à generalidade das suas actividades e não falta quem proponha uma ainda maior restrição do domínio da actividade discricionária do poder, alargando a esta a estrita regulamentação legal e a observância do "due process". O ideal de um "Estado democrático" seria o "Estado de direito" (ou mesmo "Estado de juízes"), em que: (i) a lei regularia não apenas as intromissões nas esferas jurídicas particulares, mas quaisquer aspectos, mesmo processuais, da actividade estadual; (ii) todas as garantias individuais tenderiam a ser configuradas como "direitos"; (iii) todos estes direitos seriam accionáveis jurisdicionalmente.

Esta extensão do papel da lei na garantia dos direitos individuais potencia-se, ainda, com o alargamento do âmbito da acção estadual. De uma coisa e outra decorre, também neste plano, uma evidente subversão dos pressupostos liberais em que o paradigma legalista se estabeleceu.

Este breve balanço dos condicionalismos no seio dos quais se estabeleceu o primado da lei como tecnologia disciplinar torna evidente a não correspondência entre a permanência deste primado e a situação hoje vigente. É nesta não correspondência que se traduz aquilo a que os juristas chamam a "crise da lei", que os sociólogos e antropólogos do direito exprimem com o tópico "novas fronteiras da legalidade"[26] *ou a que os políticos do direito se propõem pôr termo com os movimentos da "deslegalização" (ou, para outros, da "relegalização").*

Assim, a "crise da lei" não é tanto o resultado de insuficiências "técnicas" na feitura das leis como o resultado da sobrevivência do legalismo num contexto político, social e cultural que deixou de lhe corresponder. O "fetichismo" típico da mentalidade jurídica actual inverte os dados da questão: começa por transformar a lei no modo único de revelação do direito (no "fetiche" do direito); depois, assimila todas as condutas não conformes à lei em condutas antijurídicas; finalmente, conclui que as dificuldades do legalismo são os sinais da desagregação do direito e, logo, da ordem social. Mais produtivo seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais as actuais funções, limites e tecnologias disciplinares vicariantes da legalidade, ganhando consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daqui, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que à lei não coubessem senão as funções a que ela hoje pode eficazmente dar realização. É uma análise deste tipo que esboçaremos de seguida.

4. As funções e limites da lei no Estado contemporâneo *(Welfare State)*

4.1. Se olharmos desmitificadamente o fenómeno legislativo dos nossos dias, a primeira constatação é a de que a lei serve funções muito diversas, algumas das quais nada têm a ver com as clássicas funções regulativas. Muito frequentemente a lei é utilizada para enunciar de forma solene e propagandística as intenções do poder, um pouco independentemente de tais intenções serem realmente praticáveis ou de o poder tencionar levá-las à prática. Este "uso simbólico" da lei não é, evidentemente, de hoje[27]*, mas verifica-se muito mais frequentemente na actualidade, tanto nos regimes autoritários, como nos democrático-parlamentares. Nos primeiros, a estatuição legal de certos princípios (por exemplo, a garantia dos direitos individuais) constitui a cobertura, interna e externa, da sua violação prática. Nos segundos, o valor simbólico da lei é diversamente utilizado: serve para proclamar intenções que se sabe de antemão não se poderem levar a cabo*[28]*, para anunciar solenemente intenções e captar votos, para satisfazer clientelas ou gerir combinações política* [29]*. Em qualquer dos casos, a lei*

funciona, aqui, não como um mecanismo directamente "regulativo", mas como um instrumento "persuasivo" ou "simbólico", afectando o nosso comportamento, não tanto pela ameaça de sanções, como pela carga "simbólica" de que é portadora[30]*. A forma "lei" sofreu uma mutação funcional, tornando-se num substituto do programa eleitoral ou de governo ou da plataforma política. Em rigor, transformou-se noutra coisa; as intenções que lhe subjazem são diferentes das que suportavam as normas legais clássicas, o mesmo se passando com as expectativas a que dão origem. Sob a capa da lei, está a fazer-se outra coisa, que é entendida doutra forma.*

Os problemas que, então, se põem são dois. O primeiro é o de saber se é desejável este alastramento da forma legal. Esta questão tem algo de piedoso, pois se este alastramento se dá é porque a forma "lei" desempenha as referidas funções simbólicas melhor (com maior impacto, com maior credibilidade) do que outros meios de comunicação da mensagem do poder[31]*. É provável, no entanto, que estejamos caídos num círculo vicioso e que esta maior eficácia simbólica da forma "lei" se relacione com a aceitação mitificadora e fetichista do paradigma legislativo; com a crença, por outras palavras, de que a lei é realmente uma regulação efectiva das relações sociais no mundo de hoje. Se isto for sujeito a crítica e revelado o carácter fictício, artificial e irregular do controlo legislativo talvez a lei perca muito do seu prestígio e deixe de ser objecto de uma utilização simbólica. O segundo problema que se põe é mais imediato e reside em saber se o tratamento jurídico-dogmático estabelecido para as normas legais clássicas é transferível para este uso "simbólico" ou "programático" da legislação.*

4.2. Outros autores têm, em contrapartida, notado que a lei é, cada vez menos, esse factor de racionalização social e de afirmação do Estado-Nação de que falavam os autores iluministas e liberais.

Isto porque, por um lado, a lei se tem esvaziado de conteúdo normativo directo, remetendo cada vez mais para cláusulas gerais e de processos ulteriores de concretização. Como escreve A. Auer, as leis contemporâneas estão verdadeiramente recheadas do que se

chama "noções jurídicas imprecisas" que deixam uma larga liberdade de interpretação à administração e ao juiz: expropria-se "por uma causa de utilidade pública", prevêem-se excepções à regulamentação legislativa "em caso de rigor excessivo", pune-se mais severamente "a violação grave" das regras aplicáveis, tem-se em conta o "interesse legítimo"[32]*. As tarefas de regulação efectiva são devolvidas para juzante, com a consequência suplementar de que à lei deixa de caber a sacrossanta tarefa de definir os limites das esferas jurídicas dos particulares, a partir de agora — se vistas as coisas sem ilusões mistificatórias — à mercê do executivo, da administração e dos juízes*[33]*.*

Por outro lado, a lei é também cada vez menos um acto unilateral que comunica imperativamente a autoridade do Estado aos particulares. Pelo contrário, "cada vez se aproxima mais do contrato, de um acto multilateral cujo conteúdo exprime a vontade concordante — ou seja, o menor denominador comum dos seus autores[34]*. A lei é hoje o produto de um longo processo de consultas e acordos, que se inicia antes da sua propositura parlamentar e, muitas vezes, apenas culmina no momento da sua aplicação. Consultas e acordos entre as forças políticas, os* lobbies*, as associações profissionais e de interesses económicos, a administração, etc. Daqui advêm certas consequências interessantes para o nosso ponto de vista. Por um lado, certas técnicas de tratamento jurídico-dogmático válidas para a lei em sentido clássico — nomeadamente em matéria de integração e de interpretação (v.g., o recurso à* ratio iuris *e ao elemento sistemático) — não são adequadas a estas formas "pactadas" ou "compromissórias" da lei*[35]*. Por outro lado, certas características da actual legislação que, de acordo com os paradigmas clássicos, seriam "defeitos", não o são hoje, antes correspondendo a transformações estruturais da forma legislativa relacionadas, decerto, com mutações profundas das formas políticas.*

4.3. Outro ponto que uma perspectiva desmitificadora sobre o papel actual da lei deve realçar é o da sua eficácia normativa prática, sobretudo se em confronto com outros mecanismos de regulação das relações sociais.

Primeiro aspecto. Contra o que muitos podem supor, a lei nem sempre é aplicada; ou melhor, as mais das vezes não é aplicada, sendo que — como já vimos — por vezes se conta com isso (se projecta isso) desde o início.

Uma atenção mínima ao meio que nos envolve permite-nos facilmente verificar que, embora de forma assimétrica, a legalidade — e os correspondentes meios de garantias de direitos — é pouco efectiva. Há domínios em que ela, embora teoricamente em vigor, tem uma intervenção apenas tangencial. Entre nós, tal é o caso, por exemplo, da instituição militar ou da instituição escolar. Pode dizer-se que, no seio delas, poucos contam com a lei como forma de regulamentar as condutas e ninguém tem ilusões quanto à eficácia dos meios jurisdicionais para fazer valer os seus direitos. As tecnologias disciplinares aí vigentes são outras (nomeadamente o puro princípio hierárquico ou a mecânica das promoções profissionais). Quase o mesmo se poderia dizer do mundo das relações estabelecidas no interior da função pública, aqui, sobretudo porque o recurso à defesa legal por parte do ofendido, além de desencadear normalmente toda uma sequela de represálias, poucas vezes proporciona mais do que uma "satisfação moral", dada a morosidade da justiça[36]*. Não se trata de campos sociais inorgânicos; mas a sua regulação opera-se por mecanismos diferentes dos legais. Correspondentemente, as estratégias de defesa dos interesses de cada um desenvolvem-se, aqui, não no plano do direito, mas no plano da pura política (pessoal ou institucionalizada).*

Segundo aspecto. A lei constitui apenas uma parte, hoje ainda menor do que antes, das técnicas de regulação e controlo social. E isto é tanto verdade no domínio das relações em que um dos sujeitos é o Estado, como no daquelas que se estabelecem entre simples particulares. Num domínio como no outro e em todos os azimutes, a lei vai-se tornando uma tecnologia disciplinar cada vez mais limitada ou, pelo menos, tem-se uma consciência cada vez maior desses limites.

No domínio da comunicação entre o Estado e o seu meio circundante (cidadãos, corpos) — pese embora o carácter muito

unidimensional dos canais por que ela se processa (a que já nos referimos) —, deparamo-nos com uma multiplicidade de meios através dos quais o Estado pode condicionar comportamentos alheios, sem o recurso à lei. Analisando o domínio das relações entre o Estado e outros entes públicos (Estados federados, autarquias administrativas), David Gelfand identifica uma completa panóplia de meios não legislativos pelos quais o Estado pode impor a sua vontade — desde o controlo financeiro até ao apoio técnico, passando pelo controlo da informação e por estratégias de concertação e de controlo indirecto (v.g., promovendo a sindicância das autarquias por parte dos cidadãos, periphery-citizen-initiated litigation*)*[37]*. Outros autores constatam esta nova gama de meios de acção do Estado, grandemente isentas de regulamentação normativa, situadas no domínio da livre avaliação e decisão dos órgãos estaduais (da "política") e a que, consequentemente, não correspondem meios de defesa no plano jurídico, mas apenas no plano político*[38].

Onde, porém, as tecnologias disciplinares não legais florescem é, ainda hoje, na periferia do sistema estadual, no seio de instituições sociais ou de redes de relações auto-reguladas — minorias raciais, bairros populares suburbanos, comunidades imigrantes, grupos profissionais , redes estruturadas de actividades (deontologia comercial e profissional, v.g.), etc.[39]*. São estas, de resto, as instâncias de normação e de resolução de conflitos que garantem a fluidez da vida quotidiana. Se, no agir de todos os dias, tivéssemos que invocar a lei ou que recorrer aos tribunais para fazer reconhecer os nossos direitos, a convivência seria pura e simplesmente impossível. Se isto não acontece, não é tanto, como muitas vezes se diz, porque cada um de nós interiorizou a ordem jurídica estadual; mas porque a convivência se baseia em matrizes pré-estabelecidas, auto-reguladas e dotadas de mecanismos autónomos de controlo. Estes sistemas normativos "locais" cobrem, embora de forma desigual, todo o tecido das relações sociais. No entanto, não são, em sentido forte, concorrentes do ordenamento jurídico estadual. Muitos autores têm, pelo contrário, salientado que a vigência destes ordenamentos supõe a eficácia paralela ou virtual da ordem jurídica do Estado. O direito oficial,*

para além de contribuir com elementos desgarrados, com fórmulas e com ritos, para o conteúdo deste direito espontâneo, é sempre a instância última, cuja ameaça de intervenção promove a vitalidade e eficiência do direito não estatal. Trata-se, como já tem sido dito, de um "direito à sombra do Estado". E, por isso, a sua existência não só não está condicionada pela inexistência da ordem legal como pode progredir com a expansão desta última[40].

*Chamar "direito" a estas ordens disciplinadoras é, talvez, excessivo e bem pode representar um afloramento da nossa tentação para representar todos os sistemas de regulação social como "sistemas jurídicos". Na verdade, no seu extremo mais automatizado (e, logo, mais eficaz), estes sistemas aparentam-se mais com condicionamentos irreflectidos de acção (*habitus, *na terminologia de P. Bourdieu). O que nos remete para esse outro mundo das tecnologias disciplinares claramente não jurídicas, como, em geral, a comunicação, a criação de expectativas, a retórica ou a burocracia*[41].

Corresponde a uma idealização edénica de recorte "primitivista" ou "neo-liberal" supor que este "direito indígena" é a sede da harmonia, do igualitarismo e da justiça. Pelo contrário, já tem sido referido que os processos de constrangimento comunitário são muitas vezes ordens opressivas e sufocantes, para além de que reproduzem os (des)equilíbrios locais de poder; para além de ter sido também denunciado o aproveitamento "estadualista" que pode ser feito do símbolo "justiça comunitária" num período em que os mecanismos institucionais do Estado se defrontam com uma dupla crise, financeira e de legitimação[41a]. *O realçar da sua eficácia não visa, aqui, propor qualquer coisa como um seu reforço sem condições; mas apenas salientar o papel que eles de facto têm como mecanismos reguladores e a função que podem ter numa estratégia de "redimensionamento da legalidade" (ou de "relegalização").*

Esta gradação contínua entre "meios jurídicos" e "meios não jurídicos" de controlo permite-nos chamar a atenção que, mesmo no plano da panóplia dos meios de controlo do Estado, os mecanismos "legais" (ou, mesmo mais alargadamente,

"jurídicos") são secundados e vicariados por formas "não violentas" de controlo, baseadas na persuasão ("retórica"), no saber ("burocracia") ou em outras formas[42]. *O simples desenvolvimento da rede de comunicação "Estado-indivíduo" pode, sem mais, contribuir para tornar geralmente efectivo o efeito do* Panopticum, *com as suas consequências de controlo (hetero/ /autocontrolo) perfeito*[43]. *Num momento em que o potencial comunicativo dos* mass media *explode, não é difícil imaginar uma progressiva substituição dos meios* hard *da legalidade pelos meios* soft *das novas tecnologias da informação.*

5. Uma revolução copérnica na avaliação e no uso do "legalismo"

Cremos ter mostrado até que ponto o "paradigma legalista" constitui *uma ilusão. Uma ilusão não inocente, já que ela se insere numa conhecida matriz de legitimação do Estado contemporâneo (forma de dominação "legal-racional", lhe chama M. Weber), nem inócua, pois produz uma série de efeitos perversos que os juristas de hoje descrevem como a "crise da lei".*

A função da sociologia — e também da história, segundo creio — é justamente a de produzir um conhecimento crítico, distanciado e controlado, dos mecanismos legislativos, reduzindo este efeito ideológico que consiste em crer tanto na sua predominância como na inevitabilidade desta. Afastado o "centralismo legislativo" — a que também já se chamou "ptolomeismo jurídico"[44] *—, prepara-se o caminho para que os políticos do direito situem de forma exacta a questão habitualmente designada por "crise da lei". Questão que, segundo me parece, decorre do facto de que a imagem que os juristas (e não apenas eles) têm da lei e as esperanças que nela depositam não correspondem ao âmbito real de eficácia dos mecanismos legislativos, sendo antes um produto da imagem deformada das tecnologias de controlo social produzida pela ideologia política liberal. Esta imagem adequava-se ao contexto do universo político oitocentista (dando conta dele e legitimando-o). Depositou-se na ciência jurídica e política de então; institucionalizou-se em "escolas" e doutrinas; e, a partir desse*

capital científico, continua hoje eficaz. Só que, hoje, ela nem dá conta da realidade política, nem a consegue legitimar. Muitos juristas e políticos do direito correm atrás da ficção e têm a ilusão de poderem deter ou ignorar a evolução do real, restaurando o "paradigma legalista" na sua pureza de outrora, normalmente através de uma política de "lei e ordem". Outros, são mais condescendentes com a sociedade e assumem uma quota-parte da responsabilidade: "a sociedade não é tão má como isso; o que já não se faz é leis como dantes!"; ou mesmo (versão modernista) "a sociedade mudou; vêm aí as novas tecnologias; já não se pode fazer leis como dantes!". Neste artigo, finalmente, assume-se um projecto a um tempo mais ambicioso e mais modesto. Mais ambicioso, porque se pretende abrir para uma alteração radical da utilização da lei; mais modesto, porque se acolhem todas as dúvidas relativas à eficácia de medidas ou de reformas que se esgotam no plano do direito e porque nem sequer se ignoram os efeitos perversos que quaisquer propostas de inovação podem desencadear.

A revolução copérnica da avaliação e uso do legalismo a que se refere a epígrafe deste número consiste precisamente no programa de redução do "ptolomeismo jurídico" que decorre da análise que expusemos anteriormente e que se deixa sintetizar nos eixos seguintes:

(i) libertar a lei da obrigatoriedade de intervenção em certos domínios e níveis das relações sociais (ou, dito de outro modo, libertar estes domínios e níveis do "paradigma legalista" itens seguintes) — "deslegalização";

(ii) "racionalizar" estes domínios (com recurso a meios de que fazem ainda parte, porventura, as normas legais), através do estabelecimento de regras básicas de funcionamento que os transformem em espaços de relações igualitárias e justas — "relegalização";

(iii) adaptar a estrutura formal da lei a estas novas funções, a este novo domínio de validade (para além da adaptação, de qualquer modo necessária, às condições e tecnologias actuais da comunicação).

Cada um destes eixos se desdobra em várias linhas estratégicas. É isso que vamos tentar esboçar.

5.1. A primeira linha do programa de "deslegalização" é, no domínio da actividade do Estado, a revalorização dos processos "políticos". Ou seja, reconhecer que o Estado tem que realizar muitas escolhas "arbitrárias", não subsumíveis a "regras técnicas" ou a "padrões genéricos", usando dos clássicos meios pontuais e discricionários da política (v.g., subvenções, incentivos, medidas de discriminação, etc.). Em relação a estas medidas, por sua vez, os cidadãos podem ter reacções positivas ou negativas também "arbitrárias". Acções e reacções decorrem, pura e simplesmente, de estratégias políticas sectoriais. A compatibilização entre eles é, então, um problema a ser resolvido por meios puramente políticos, desde a participação — a diversos níveis; na formação da decisão ou no seu controlo plebiscitário — dos cidadãos na tomada das decisões, até ao controlo da actividade dos órgãos político-administrativos pelos mecanismos eleitorais.

A revalorização do "político" tem sido obstaculizada por duas razões principais: por um lado, a oposição entre a "política", como o domínio da "violência" (quente ou fria) no plano das relações sociais, e o "direito", como o domínio da "racionalidade"; por outro lado, pela ideia de que o direito constitui o meio mais eficaz de proteger os direitos dos cidadãos em relação à acção do Estado.

Quanto ao primeiro ponto, deve-se começar por clarificar o carácter também político das decisões jurídicas e das acções em que estas desembocam. Na verdade, a ideologia jurídica tem promovido uma constante "naturalização" dos mecanismos jurídicos (e legais) como formas neutrais e científicas de disciplina social e de resolução de conflitos. No século passado, fê-lo tanto a pandectística, ao fazer do direito uma ciência ("uma coisa de professores", Professorenrecht*), como a Escola da Exegese, ao marcar nitidamente as regras de divisão de trabalho entre "juristas" e "políticos". Ora o direito não é senão uma forma — "eufemizada" e, logo, mais doce e eficaz — de fazer "política",*

cujas fronteiras com a política-assumida-como-tal variam em função de estratégias conjunturais[45].

No plano da defesa dos particulares, temos que começar por ter consciência do carácter ineficiente dos mecanismos legais de controlo, tema de que já se falou. Mas importa, ainda, ter consciência da "negaça" que eles constituem. Na verdade, a crença na sua eficácia faz estiolar toda uma gama de mecanismos alternativos de controlo. Por exemplo, restringe-se a sindicância directa dos cidadãos sobre a actividade dos organismos públicos com o argumento de que há mecanismos jurisdicionais de controlo; a própria fiscalização parlamentar do executivo se defronta muitas vezes com o obstáculo da "divisão dos poderes" ("não é assunto para o parlamento; é assunto para a justiça"); enquanto que o cidadão vê rejeitada a sua reclamação directa com o argumento definitivo "queixe-se a quem 'de direito'!; finalmente, quantas vezes não têm servido os tribunais para mausoléu respeitoso e discreto de assuntos incómodos?

Claro que o funcionamento eficaz e justo dos mecanismos políticos de garantia pressupõe a "racionalização" da vida política, no sentido do estabelecimento, aí, de regras de funcionamento que garantam a igualdade e a justiça. Isto significa, nomeadamente, uma multiplicação das instâncias de participação e de controlo e o reconhecimento aos cidadãos, individualmente ou em grupo, do direito de informação (redução do âmbito de secretismo, assumido ou prático, da actividade estadual), de reclamação e de organização da oposição. Tais mecanismos de controlo são compatíveis com a permanência de zonas em que o poder goze de um "privilégio de execução prévia" que garanta a eficácia da sua acção. Nestas zonas, o controlo político terá que ser, fundamentalmente, o do sufrágio[46].

5.2. A segunda linha da estratégia de deslegalização traduz-se na diversificação dos meios de comunicação Estado-cidadão, desenvolvendo canais diferentes, respectivamente, da lei e das vias eleitoral ou jurisdicional, para veicular as mensagens do primeiro e dos segundos.

Neste plano, há muito de razoável nas previsões de alguns futurólogos sobre o impacto político das novas tecnologias da informação.

Elas permitem, por um lado, ao Estado pôr à disposição dos cidadãos uma corrente contínua, diversificada e actualizada de informação sobre as suas próprias intenções. Em vez de um medium *"intensivo", em vez de se procurar dar eficácia à mensagem enfatizando a sua solenidade, o Estado disporá de uma panóplia "extensiva" de* media, *em que a eficácia comunicativa se baseia no seu carácter informal, quotidiano e personalizado. Os primeiros sinais deste novo sistema de comunicação começam a aparecer, com a inclusão nos serviços de "teletexto" de "páginas oficiais", onde os organismos oficiais anunciam, todos os dias, as suas políticas, instituindo, ao lado do serviço meteorológico ou da informação da bolsa, um boletim sempre actualizado e personalizado de informação sociopolítica. Como as novas tecnologias de informação permitem o estabelecimento de redes comunicativas bipolares e conversacionais, o cidadão poderá, não apenas escutar as mensagens genéricas do poder, mas ainda requerer informações personalizadas e, sobretudo, fazer chegar ao Estado a sua reacção.*

Com isto, tocamos o sentido inverso da rede comunicativa. Os meios de o cidadão se poder exprimir perante o poder deixam de estar limitados ao sufrágio clássico — por natureza, espaçado no tempo e limitado quanto à capacidade infomativa — ou à via jurisdicional, pesada, formalista e lenta.

Não é ainda previsível o tipo de modificações que esta transformação da situação comunicativa pode originar, no plano do poder. Há quem tema que ela redunde num universo concentracionário, dominado pelo olhar do Big Brother; há, pelo contrário, quem preveja paraísos de harmonia neste mundo tornado completamente transparente pela eficiência dos media. *Sem desconhecer de que deste modo esta situação se assemelha a um* Panopticum *universal, partilhamos pessoalmente mais das esperanças do que das inquietações. E, portanto, cremos que por esta via se poderá deslegalizar uma parte importante da comunicação Estado--cidadãos.*

5.3. Uma terceira frente de deslegalização é a revalorização do domínio da autonomia privada e "corporativa", utilizada esta palavra para designar os grupos ou redes sociais dotados de estruturas normativas autónomas e auto-reguladas.

Isto pressupõe, no entanto, a realização de certas condições pois, como já se disse, direito espontâneo não é sinónimo, só por si, de justiça, como quereria uma projecção jurídica do neo-liberalismo[47]. Pelo contrário, uma nova tarefa da legalidade deve ser, justamente, a de criar condições "do acesso à justiça fora da justiça oficial", estabelecendo equilíbrios onde as relações sociais ou o direito espontâneo se mostre desequilibrado[48]. Embora, em última análise, a garantia de um absoluto primado da justiça nas "casamatas da sociedade civil" remeta para o ideal de "sociedade sem classes" (ou isenta da "exploração (económica, social ou cultural) do homem pelo homem").

5.4. Ao enunciar as anteriores linhas programáticas, referiu-se por várias vezes a necessidade de, eventualmente por meio da lei, garantir um funcionamento justo de mecanismos regulativos não legais. Por outro lado, a revalorização de tecnologias disciplinares não legalistas não implica a completa desmontagem do aparelho legislativo actual. Por isso é que os autores[49] tendem hoje a falar, mais do que de "deslegalização", de "relegalização", entendida como redimensionamento e readequação do aparelho legislativo, em vista das suas novas funções.

Estas novas funções da lei são, fundamentalmente, de dois tipos. Por um lado, a regulamentação dos aspectos das relações sociais que devam continuar a ser regidos pela lei (i.e., cuja regulação se situe dentro dos limites de eficiência da lei). Quais sejam estes limites não é coisa que possa ser definida a priori, *a partir de definições essencialistas; mas apenas tidas em conta as condições reais vigentes em cada sociedade (de acordo com o que antes ficou dito sobre os requisitos de eficácia da forma legislativa). Por outro lado, o estabelecimento das condições que permitam uma "autogestão na justiça" (para utilizar uma expressão de Kurczewski e Frieske[50]) ou um funcionamento justo e equilibrado de mecanismos não estatais e não jurídicos de regulação. Quando*

falámos do "direito espontâneo" já nos referimos, na verdade, ao perigo que significaria a sua idealização e o abandono, puro e simples, de todo o controlo legislativo visando a sua "racionalização".

Substituir por completo a lei não está, portanto, nos horizontes. Antes redimensioná-la e reorientá-la. Fundamental é, aqui, encontrar um modelo que permita compatibilizar a vigência dos mecanismos legislativos com a preservação da autonomia dos ordenamentos infra-estaduais. Neste ponto, a reflexão sobre a arquitectura do "sistema" do direito "relegalizado" poderia ter um importante valor heurístico, pois os seus princípios de construção eram justamente dominados pela ideia de manter a unidade, respeitando a diversidade, assegurar o controlo, sem esmagar a autonomia[51]*. Talvez pudéssemos sintetizar uma estratégia de legalização inspirada no "direito comum" dizendo que a lei deve conter o sistema do sistema. Ou seja, que enquanto que as ordens normativas periféricas regulam as relações jurídicas, a lei deve estabelecer as condições de validade (formais — v.g., âmbito de vigência — e materiais — referências valorativas) dessa regulação. Mais do que regular processos, a lei deve estabelecer objectivos, fixar limites ou garantir resultados.*

Apresentado nestes termos genéricos, a estratégia de relegalização pode aparecer aos juristas como uma subversão de tudo quanto o direito tem vindo a estabelecer no sentido de estabelecer a ordem e de controlar o poder arbitrário. Nomeadamente no domínio do direito público e da organização do Estado, ela deitaria pela borda fora princípios fundamentais da organização jurídico-política actual, criados para limitar o arbítrio do poder e, até, para tornar este mais eficaz pelo estabelecimento de regras processuais gerais e abstractas. E, na verdade, a exposição aqui feita do tema constitui apenas a proposição de uma ideia condutora, a exigir um ulterior trabalho de análise e de crítica desmistificadora, zona por zona e caso por caso, do funcionamento real dos actuais mecanismos de controlo legislativo. A título de exercício intelectual (se se quiser, de exercício de imaginação — já que nos falta a competência técnica para mais), encaremos

rapidamente dois domínios hoje paradigmáticos da vigência do princípio da legalidade — as finanças públicas e a organização dos serviços do Estado.

O direito orçamental constitui um dos domínios clássicos do primado da lei, que, aqui, garantiria a subordinação da administração às decisões financeiras dos órgãos políticos (nomeadamente, dos órgãos parlamentares). Mas a facilidade de enxertar controlos no momento da autorização de despesas fez com que aqui se tenha concentrado, também, o controlo da legalidade dos actos estaduais que dão origem à despesa. A actividade de aplicação do orçamento é, hoje, um dos grandes abcessos de legalismo, pleno de efeitos perversos. Seria possível lancetá-lo? A resposta depende da análise de dois pontos: (i) o controlo legalista das despesas públicas leva a cabo os objectivos para que foi criado?; (ii) as vantagens efectivas desses objectivos compensam os custos (desde logo, económico-financeiros dos processos de controlo estabelecidos)? Não nos atrevemos a responder, mas apenas salientamos: (i) desde que haja efectiva vontade política (a um nível mais ou menos elevado) de realizar certa despesa, esta realiza-se; em última análise faz-se a necessária lei de cobertura; (ii) não são praticamente conhecidos casos de punição efectiva de responsáveis políticos por usos abusivos de fundos orçamentais; uma velha lei da I República de responsabilização ministerial neste domínio pôde estar esquecida 60 anos, até que um caso de há uns anos (caso ANOP-Alfaia) a voltou a reavivar, embora sem resultados visíveis; (iii) todos conhecem os custos, em tempo, em esforços e em dinheiro, dos espartilhos legalistas do orçamento; como todos sabemos que, para além de não garantirem economias, eles regularmente geram despesas: a impossibilidade de transferir verbas de rubricas excedentárias para rubricas deficitárias combinada com a preocupação de não deixar saldos que motivem redução futura das dotações leva a despesas inúteis, o sistema burocrático de tesouraria impede compras nas melhores condições (v. o que se passa com a importação de livros para bibliotecas universitárias, obrigando à intervenção necessária de intermediários comerciais), a burocracia do "abate do efectivo patrimonial" impede uma gestão dinâmica dos equipamentos, o

regime de não afectação das receitas desincentiva os serviços a realizarem-nas, etc.. Cremos que tudo isto deveria animar a um esforço de análise das possibilidades de "relegalização" (não de pura desmontagem de todos os controlos legais neste domínio); muitas das propostas de reforma financeira e de gestão talvez passem por aqui.

A regulamentação legal da estrutura e actividade dos serviços públicos é justificada, quer pela necessidade de ultrapassar o casuísmo, quer pela de garantir os direitos dos cidadãos. A salvaguarda destes últimos residiria no respeito da distribuição legal das competências e na observância do "due process". É isto que está na origem da selva legislativa que se desenvolveu em torno da actividade do Estado. Será possível desbastá-la sem ofender aqueles objectivos? É quase certo que sim. Senão, vejamos: (i) a generalidade da regulamentação dos serviços não exige a pesada, lenta e solene forma legal; pode constar de planos, regulamentos, directivas, normas temporárias, etc.; (ii) na maior parte das vezes o controlo legislativo não é eficaz, do ponto de vista da defesa do interesse dos cidadãos; (iii) há poucos controlos legislativos que a vontade política não possa remover; (iv) o legalismo produz efeitos perversos, pois, escudada em argumentos meramente legalistas, a administração fica livre para cometer todo a sorte de injustiças e imoralidades ("utilizando" a lei, manipulando-a, fabricando-a, inventando-a). A "relegalização", aqui, terá que ser, em grande medida, "deslegalização"; mas esta passa, como já se disse, pelo estabelecimento de mecanismos, (alguns, talvez, de natureza legal) que estimulem meios alternativos de participação e de controlo; neste plano, a garantia da participação na administração e da transparência dos processos administrativos, bem como uma efectiva responsabilização (política, social e também jurídica) dos que cometam actos contrários à justiça e moralidade administrativas constituem condições muito importantes.

O processo de redimensionamento da lei terá, naturalmente, que ser progressivo e tacteante. Nomeadamente, a "devolução regulativa para a periferia" terá que corresponder à capacidade

desta periferia para se auto-organizar na justiça. Enquanto que, no plano do direito estadual, se deverão manter válvulas de segurança (talvez sob a forma de "cláusulas gerais") funcionando como mecanismos de última instância para a garantia do equilíbrio e da justiça.

5.5. Uma vez redimensionada e reorientada para novas funções, surgem então as questões de reestruturação formal. Postas, tanto pela interdependência que sempre existe entre "forma", "conteúdo" e "função", como pelas transformações gerais da forma da comunicação na nossa era.

No primeiro plano, o que me parece exigir adaptações mais significativas da forma da lei é o facto de se pretender que a sua mensagem atinja, não apenas uma élite profissional ou política, mas a generalidade dos cidadãos. Isto obriga, de facto, a alterações radicais no plano da linguagem e, mesmo, no plano da estrutura lógica. No plano da linguagem, obriga ao abandono do hermetismo de uma linguagem profissional altamente tecnicista como a dos juristas. Já antes se defendeu a opinião de que a este tecnicismo não corresponde, de resto, um efectivo rigor, dada a polisemia dos termos técnico-jurídicos e as divergências conceituais da doutrina. Tal como o uso do latim, outrora, a vertigem tecnicista dos juristas desempenha funções sobretudo políticas de salvaguarda do seu monopólio de "dizer o direito". É certo que, como diremos, a univocidade e o rigor conceitual, são elementos cada vez mais importantes em qualquer tipo de mensagem; só que, hoje, existem técnicas bastante mais precisas e produtivas de os realizar que, curiosamente (ou significativamente), os juristas normalmente ignoram. Referimo-nos ao uso da informática e da análise de contexto (context analysis) *para determinar as condições de ocorrência de certas palavras ou expressões num* corpus *textual (o conjunto das leis, v.g.) e daí inferir as suas regras de utilização (as suas ligações semânticas, as expressões co-ocorrentes, os contextos pragmáticos, os sentidos denotados e conotados). A partir daqui, podem-se obter os conceitos "verificados", estudar a sua oscilação temporal e sectorial e, eventualmente, estabelecer uma política de*

"racionalização" conceitual e linguística. No plano da estrutura lógico-argumentativa, deve tender-se para uma explicitação e depuração dos modelos lógicos. A lógica jurídica, mais do que complicada ou subtil, é "espontânea" e, logo, fluida. Durante muitos séculos, a formação dos juristas foi procedida por uma sólida preparação lógico-dialéctica (nas escolas "de artes"); a dogmática que eles desenvolveram baseava-se nesse arsenal lógico e, em grande parte, pressupunha-o. Desde que os juristas deixaram de ter esta formação, nos ínicios do século passado, tornaram-se inconscientes das "regras de uso" dos mecanismos lógico-argumentativos da sua ciência e passaram a utilizá-los intuitivamente. Não foi ainda feito o balanço do que daqui resultou de confusionismo, de falta de rigor, de utilização abusiva. Mas os estragos não podem deixar de ter sido muitos[52].

A forte estruturação lógica da mensagem legislativa é, assim, a condição da sua inteligibilidade e da sua eficácia no círculo muito mais vasto dos seus actuais destinatários[53].

Também a actual mutação dos meios de comunicação se deve reflectir na forma da mensagem legislativa.

Consideraremos, sinteticamente, três aspectos: (i) a influência da informática; (ii) as possibilidades abertas pelas novas possibilidades de intercomunicação social; (iii) o impacto da comunicação gráfica.

O primeiro aspecto é o que tem suscitado, desde os anos sessenta, mais atenção, tendo-se já há muito ultrapassado o estádio da mera discussão teórica e entrado na era das aplicações práticas. Ora, mesmo as aplicações práticas menos sofisticadas, como é a constituição de bancos de dados, exige um grau de estruturação do material jurídico que os textos legislativos actuais não conhecem. Uma triagem rápida e eficaz exige, por exemplo, que a terminologia legal (pelo menos as "palavras-chave") seja unívoca e que os elementos do thesaurus *se deixem estruturar entre si (por exemplo, sob a forma de " estruturas arborescentes"). Já a resolução automática de casos jurídicos, num grau mais avançado de informatização do direito, exige que as normas obedeçam a*

modelos rigorosos de inferência lógica, que permitam a aplicação dos instrumentos de "programação lógica" hoje disponíveis (nomeadamente, a linguagem PROLOG, já com ensaios de aplicação no domínio do direito). Legislar deixou de ser um trabalho apenas de juristas, para requerer contributos decisivos vindos da parte de ciências como a linguística, a lógica e a informática.

O segundo aspecto relaciona-se com o advento de novas tecnologias no domínio da comunicação que alargam as possibilidades, não apenas de um acompanhamento "pós-parto", da mensagem legislativa, mas ainda o estudo dos feedbacks *sociais que ela suscita. Na verdade está-se hoje em muito melhores condições para preparar e apoiar a emissão da lei do que outrora, pois os* mass media *permitem um esclarecimento eficaz, selectivo, se necessário personalizado, da opinião pública, antes e depois da saída da lei. Mas também se pode hoje estudar com pormenor a sua eficácia social, pois os computadores permitem actualmente o tratamento das somas enormes de informação que os meios de sondagem social hoje podem, por sua vez, recolher (sondagens, estatísticas, análise do conteúdo, etc.).*

O terceiro aspecto, finalmente, relaciona-se com o actual impacto da comunicação audiovisual que já permitiu diagnosticar o ocaso das formas clássicas de comunicação escrita, típicas da galáxia Gutenberg. A lei tem sido definida como uma forma essencialmente escrita; à eficiência e reprodutibilidade maciça da escrita deveu, nomeadamente, a sua vitória sobre o direito oral. Nada impede, no entanto, que a lei adopte novos suportes comunicativos, justamente em razão do seu maior impacto comunicativo, por muito que a ideia nos pareça iconocista. A entrada do direito no mundo dos audiovisuais já se verificou, de resto. Só que, até aqui, o audiovisual serviu apenas de coadjuvante externo da mensagem legislativa (publicidade de leis, explicação de leis feita na TV). Do que se trata, aqui, é, evidentemente, de algo mais radical.

Mas, neste plano da "forma", a evolução das técnicas é capaz de vir, em breve, a tornar todas estas ousadias em banalidades conservadoras.

A história da justiça é uma disciplina recente da história do direito.

Até há muito poucos anos pesou sobre o seu desenvolvimento a ideia de que o processo, os tribunais e o direito neles aplicados são realidades jurídicas "adjectivas", destituídas de uma "espessura" sobre a qual se pudesse construir uma sua história autónoma. No fundo, esta redução historiográfica dos mecanismos de "aplicação" do direito — tal como a redução historiográfica da "burocracia" e dos mecanismos administrativos — decorria do dogma estadualista da unicidade do poder e do carácter instrumental (neutral, dócil, apenas "delegado") das instituições e processos pelos quais as decisões do "centro político" chegavam à periferia e se encarnavam na prática. Foi preciso que a análise política e a sociologia das organizações chamassem a atenção para os fenómenos de apropriação/expropriação do poder desencadeados por estas instâncias "executoras" para que a história se começasse a ocupar delas.

Logicamente, as primeiras atenções foram para os órgãos judiciais mais próximos do "centro" — ou seja, os altos tribunais de justiça ou tribunais da corte. A sua proximidade do monarca e dos circuitos do poder "do Estado", o carácter semipolítico que muitas vezes revestiam dada a indistinção, também aí, entre matérias "justiça" e matérias "de graça" ou "de governo", a circulação dos seus membros por outras tarefas da alta política focaram sobre eles as atenções dos historiadores que se dedicavam às instituições político-administrativas centrais[54].

Frequentemente, os estudos dedicados aos tribunais curiais têm-se dirigido, sobretudo, ao traçado de biografias colectivas dos seus membros[55]*; neste sentido, acabam por se traduzir em estudos mais ou menos atomistas de indivíduos que confluem numa certa instituição, deixando de lado, quer os mecanismos pelos quais a instituição atrai essa clientela e a transforma num "corpo" através de processos internos de socialização, quer os processos específicos de constituição de um "habitus" institucional (ritos, processos burocráticos, práticas discursivas, grelhas de recorte e valoração da realidade, etc.) e de intervenção da instituição nos*

mecanismos sociais do poder (criação de um universo de utilizadores, de um campo temático de competências, de um âmbito geográfico de acção, etc.).

*Um trabalho recente sobre o Tribunal Imperial Alemão (*Reichskam-mergericht, *fins do séc. XV a inícios do séc. XIX, com competência para julgar em primeira instância os vassalos imperiais e com atribuições de tribunal de recurso para inúmeras matérias), da autoria de F. Ranieri*[56], *fornece um bom exemplo de um estudo desta última natureza. Baseado num estudo estatístico dos casos presentes ao Tribunal nos mais de dois séculos sobre que incide a pesquisa, Ranieri pode mostrar como é que, ao lado e para lá das prescrições legais e estatutárias sobre a sua competência, a própria dinâmica institucional do RKG cria uma clientela, um âmbito geográfico, uma área de competência prática. O primeiro tema da sua pesquisa é constituído pela evolução quantitativa da actividade do RKG: depois de um aumento dos processos durante o séc. XVI (180 processos/ano até 1554; 438 processos/ano entre 1554 e 1594; 790 processos na "época de ouro", cerca 1590), os valores caem no século seguinte, lentamente até 1620, bruscamente, depois, atingindo a média de 100 processos/ano nos fins do séc. XVIII. Também a incidência regional da actividade do tribunal mostra uma evolução secular. Nos primeiros tempos (sécs. XV e XVI), o RKG lida principalmente com casos dos Reichskreise do sul (Suábia e alto-Reno). A Alemanha central era pouco tocada, estando os Länder do norte e nordeste fora do alcance prático da jurisdição imperial. Por volta dos anos vinte do séc. XVI, a área de competência prática do RKG começa a mover-se para o norte, atingindo os círculos imperiais do baixo-Reno e as províncias norte e nordeste do Império. Na base desta evolução, por um lado, o peso da organização espacial do antigo Império no fim da Idade Média, determinando uma zona política nuclear que continuou a pesar sobre os comportamentos judiciários, mesmo depois da extensão geográfica do Império; por outro lado, factores de natureza socioeconómica, como a decadência económica das cidades imperiais da Suábia e do Alto Reno; de natureza religiosa, como a preferência dos círculos católicos do Sul pela jurisdição concorrente do* Reichshofrat *vienense; e de natureza política, como*

a multiplicação da concessão a cidades do Sul de privilegia de non apellando. *Também a tipologia das questões sujeitas ao tribunal não é uniforme ao longo de toda a sua vida: de tribunal predominantemente de recurso, o RKG transforma-se, a partir do séc. XVII, num tribunal das elites. Enquanto, nas primeiras décadas, a clientela do tribunal era constituída, em cerca de 70% dos casos, por burgueses, litigando sobre matérias relacionadas com o comércio ou a economia monetária, no séc. XVII ele decide fundamentalmente questões entre vassalos imperiais, sobre matérias feudais e de "honra".*

Os estudos da justiça que apenas incidem sobre os tribunais supremos apresentam, no entanto, um risco. O de generalizar, para todos os níveis da sociedade e para todas as instâncias de resolução de conflitos, as conclusões obtidas a esse nível de topo. Ou seja, se se quer responder a uma questão geral de sociologia jurídica ou judiciária, o estudo de um tribunal letrado e de recurso não é, evidentemente, a boa estratégia de investigação. Numa obra recente[57]*, R. L. Kagan põe, como mote da investigação, uma interessante questão: a da diferente propensão para a litigiosidade nas sociedades ocidentais e, mais concretamente, a de saber se a Espanha moderna era uma sociedade litigiosa (ou melhor, litigante, se se definir a "litigância" como a litigiosidade oficial, i.e., perante tribunais oficiais). Invocando a dificuldade (real) de conduzir o estudo ao nível dos tribunais locais (dos corregedores, cujos arquivos se perderam), R. Kagan opta por estudar os fundos judiciais da chancelaria de Valladolid. Muitas das conclusões de R. Kagan sobre os factores históricos que terão fomentado a litigância durante os sécs. XVI e XVII (p. 129 ss.) parecem sensatos e válidos; como são prováveis as causas da queda da litigância perante os tribunais reais no séc. XVIII (p. 213 ss.). Mas o que é certo é que, colocando a investigação a este nível, nada pode ser afirmado sobre a litigância de primeira instância — indubitavelmente a mais significativa para a questão inicial — ou, muito menos, sobre a litigiosidade.*

O que acaba de ser dito não retira, naturalmente, a legitimidade aos estudos sobre os tribunais curiais. Apenas obriga a que seja

definido com rigor o domínio de questões a que estes estudos podem responder. Uma destas é o estudo da política de centralização política, na medida em que, antes de mais, os tribunais curiais são — pelo menos em teoria — instrumentos de centralização do poder, tanto enquanto instâncias de julgamento de questões políticas — v.g., para a Alemanha, a violação da "pax imperial", Landesfriedenbrüche*; ou, em geral, os recursos por* denegatio iustitiae ou usurpatio iurisdictionis *por parte de senhores ou autoridades locais, de pedido da* regia protectio *contra as jurisdições eclesiásticas ou de recurso contra abusos tributários (ou jurisdicionais) dos senhores —, quanto como restituidores de modelos únicos de decisão, cuja intervenção era sempre iminente, por recurso das partes. Mas os tribunais da corte são ainda o ambiente de formação e de actuação de um elemento cardinal do sistema de poder da época moderna — os juristas. É no seu seio que se gera — ou se prolonga a gestação de — um espírito de corpo que suporta a política do grupo; é aí que se tecem cadeias de influência — entre juízes, escrivães, advogados e notáveis locais, grandes casas nobres ou grandes* lobbies *político-económicos — de que as fontes nos falam, cadeias que geram a litigância de que se alimenta a máquina e que, em maior ou menor grau, decidem da sorte dos pleitos. A historiografia italiana — nomeadamente, a dos historiadores vinculados ao grupo de R. Ajello — têm realçado, quer os mecanismos pelos quais os juristas letrados dos grandes tribunais construíam o seu poder (carácter doutrinal do direito, insindicabilidade dos juízes), quer os esforços da coroa (no caso do reino de Nápoles, da coroa espanhola, nomeadamente através de inquisição) para controlar esta autónoma "respublica dei togati"*[58].

Conduzidos a nível local, os estudos de litigância já podem responder a questões genéricas de sociologia jurídica e judiciária: nível de litigância, sua distribuição por temas, repartição dos litigantes por estratos sociais ou por proveniência regional, duração e custo do processo, grau de participação de letrados, etc.. Pela consideração de todos estes elementos, podem avançar os estudos relativos à génese da litigância e seus factores.

No entanto, permanecem alguns problemas de natureza metodológica.

Em primeiro lugar, problemas de natureza técnica relacionados com o estado das fontes. Na verdade, o estado dos arquivos locais raramente permite encontrar corpos completos de processos e, quando isto acontece, a informação é de tal modo abundante que desanima o investigador. Daí que se procurem estratégias de pesquisa mais produtivas e mais económicas, embora correndo o risco de perder alguma informação. Uma delas é utilizar, não os processos, mas os registos dos tribunais pois é frequente que os respectivos livros se tenham mantido, mesmo quando os autos foram destruídos. Por aí se podem contar os processos, distribuí-los por classes, identificar as partes, eventualmente, avaliar a sua duração. Outra delas — por mim utilizada em investigações recentes de carácter macroscópico[59] *— é a utilização dos emolumentos (avaliados, frequentemente para fins fiscais) dos escrivães (ou dos distribuidores e contadores judiciais) como índice do volume de trabalho do julgador. Apesar de colher muito menos informação do que as anteriores, esta técnica permite cómodas perspectivas comparativas sobre grandes regiões.*

Uma outra questão de carácter teórico é a de relação entre conflitualidade, litigiosidade e litigância. Se reservarmos este último termo para a litigiosidade "oficial", como antes se propôs, é evidente que estudos baseados nos arquivos dos tribunais não são idóneos para despistar nem a conflitualidade social nem sequer a litigiosidade.

Quanto à conflitualidade — i.e., propensão para o conflito, entendido como "falta de consenso" — ela resolve-se frequentemente em processos sociais que não se incluem no conceito de litígio com que aqui se lida — no máximo, guerra, revoltas, tumultos, repressão manu militari*; no mínimo, rompimento das relações entre os indivíduos, saída do grupo, discussão, interiorização do conflito, etc.. Trata-se, enfim, de um fenómeno muito vasto, legível em muitos registos (o que nem sempre é tido em conta por quem o investiga)*[60].

Quanto à litigiosidade, põe-se, desde logo, toda a série de questões, que abordámos na primeira parte deste texto, relativas às relações entre poder "estatal" e direito "oficial", por um lado, e poderes "informais" e "direito não oficial", por outro. Num artigo pioneiro[61], *R. Abel construiu — inspirado fundamentalmente em M. Weber, mas tributário de anteriores correntes da sociologia judiciária norte-americana*[62] *— uma tipologia das instâncias de resolução de litígios, em que se contrapõem os "tribunais" — oficiais, dotados de força coercitiva, socialmente especializados, baseados no princípio da neutralidade do juiz, aplicando regras formalizadas de antemão — e as "instituições de disputa" — não oficiais, desprovidas de capacidade efectiva de coerção, compostas por membros não especializados, comprometidas na resolução, avaliando o caso segundo padrões ético-sociais muitas vezes criados* ad hoc, *na interacção com a especificidade do caso. Outros autores, mostraram que as diferenças entre estes dois tipos de instâncias de resolução de litígios não são apenas institucionais, mas que envolvem variações na própria estratégia de resolução do conflito, no papel concedido à argumentação (como vicariante da força), etc.*[63].

Ao mesmo tempo — ou mesmo antes — alguns historiadores já se tinham dado conta da insuficiência da litigância para dar conta do fenómeno global da litigiosidade. São exemplares, a este propósito, os estudos de Nicole e Yves Castan[64]. *No seu estudo sobre a justiça e a repressão no Languedoc durante o séc. XVIII, N. Castan mostra a complexidade das relações entre a justiça oficial e a justiça informal ou comunitária: por um lado, as falhas e ausências da primeira promovem a segunda; mas, por outro lado, a ameaça latente de intervenção da justiça do Estado, incentiva os acordos e os compromissos ("à sombra do Leviathan", para utilizar a expressiva fórmula de G. Spittler), já que "é sempre bom desconfiar da justiça", ou "um mau acordo vale bem um bom processo". Tanto mais que a sociedade do Antigo Regime, fortemente estruturada numa base política pluralista e bem trabalhada pelos tópicos cristãos do "amor" (cuja função consensual é destacada no artigo, aqui publicado, de M. Clanchy), era propensa à mediação e ao compromisso e tinha bem*

estabelecidas as instituições correspondentes. Num estudo detalhado, N. Castan faz o inventário das instituições mediadoras, tanto na cidade como no campo: os padres, tanto em função do seu múnus específico, como enquanto mediadores técnicos (em mais de 30% dos casos); a nobreza, mais como intermediário entre o poder oficial e as populações locais (Mittelsmann) ou como patrono do que como detentor de jurisdição (em perto de 30% dos casos, nos campos; pouco mais de 10% nas cidades); os notáveis "burgueses", nas questões do mundo dos negócios ou desempenhando profissões jurídicas (advogados, notários, procuradores — em geral, quase 40% dos casos). Para além do compromisso — como forma alternativa da justiça oficial —, a justiça pelas próprias mãos (sobretudo em matéria de honra, de propriedade, de relações de trabalho, as reacções contra a feudalidade ou a oposição colectiva contra o Estado) ou a "justiça ausente", ou seja, os casos em que o conflito não desembocava num processo de oposição aberta, mas num processo de submissão ou de silenciamento, o que ocorria, frequentemente, ou nos casos relacionados com a honra (v.g., a virgindade, a homossexualidade, o furto formigueiro, etc.) ou quando o desnível entre as partes fazia com que uma delas temesse assumir o conflito. A morosidade do processo, as dificuldades de acesso à justiça, a desconfiança, se, em geral, fomentavam sobretudo a fuga da justiça oficial para a justiça comunitária, podiam, em alguns casos, fomentar também a resignação e o silêncio. Este rápido resumo de um trabalho modelar pode dar uma ideia da complexidade dos problemas postos a uma pesquisa da litigiosidade que se esforce por não reduzir níveis.

O mesmo esforço de respeito pela complexidade do real deve ser feito, também, ao interpretar as estratégias sociais em que a litigância se insere. Tal como a lei desempenha, nas redes actuais da comunicação política, funções muito diversas, que não se reduzem àquela que a teoria clássica da lei lhe atribuía, também o recurso à justiça desempenha, nas estratégias sociais, papéis muito distintos do de obter uma solução para um conflito. Com o recurso à justiça pode, decerto, prosseguir-se uma estratégia visando directamente a composição judicial. Mas ele pode constituir um instrumento apenas táctico, visando, por exemplo, pressionar um

acordo extrajudicial ou, apenas, ganhar tempo (v.g., por parte do devedor, em época de inflação). Ou, pura e simplesmente, pode visar a produção de valores simbólicos, como o prestígio que decorre, em certos meios, de ter questões em tribunal. Tal como o sociólogo da justiça, o historiador deve estar bem consciente desta pluralidade de usos da justiça, sob pena de a sua investigação se esgotar num mecanismo simplificador.

Tais são, muito sumariamente expostas, as linhas de reflexão que este livro pretende espevitar. Nos textos seguintes, em que se procuram combinar abordagens diversas, umas sociológicas, outras históricas, muitos dos tópicos até aqui apenas sugeridos serão desenvolvidos e ilustrados.

Abre-se com textos de índole sociológica. O texto de M. Galanter é dedicado tanto à problemática moderna da lei como às novas perspectivas da justiça, nele se expondo, duma forma mais completa e sistemática, muitos dos temas da primeira parte deste prefácio. Complementar deste é o texto de R. Auer, onde se procede a um diagnóstico diferencial entre a concepção clássica do legalismo e o seu funcionamento nos Estados dos dias de hoje, funcionamento que ele define como mais dirigido a efeitos ideológicos do que a efeitos verdadeiramente normativos.

Os textos seguintes são, fundamentalmente, de índole histórica. Por meio deles, vão-se carregando materiais que permitam ganhar uma perspectiva plurifacetada da "justiça" nas sociedades históricas europeias e afinar, assim, os modelos iniciais.

O texto de M. Clanchy aborda um tema gostosamente inusual — o da função vicariante que, em relação ao poder, pode ter o amor. Confrontando dois exemplos históricos de estratégias de realização da justiça (S. Luís e Frederico II), o autor reage contra a ideia de que a ordem, nas sociedades medievais, estava baseada sobretudo nos mecanismos de constrangimento, realçando, em contrapartida, o papel central que aí tinha a invocação do amor, institucionalizada nos loveday *anglo-saxónicos e na figura do* compromissum. *Completando o artigo anterior, o artigo de E. Powell oferece uma perspectiva sobre as vias jurídicas do compromisso e sobre o impacto que estas teriam (estatisticamente*

dominante) na resolução dos litígios. Com isto, se corrigiria uma visão historiográfica não equilibrada da política "de ordem" das monarquias medievais, responsável por leituras exageradamente estadualistas da ordem medieval.

Ainda no contexto da oposição entre justiça e direito "oficiais" e justiça e direito "comunitários", os textos de Nicole Castan e de W. B. Willcox apresentam descrições detalhadas da justiça periférica, em que os dois mundos da litigiosidade se confrontam e interactuam. A contribuição de Chr. Wollsclhäger, referente já a um país clássico da cultura letrada ocidental e a épocas típicas do progresso do legalismo, mostram as dificuldades dos sistemas oficiais do direito e da justiça quando entram em contacto com a periferia do sistema.

Os textos seguintes abordam a problemática histórica de sectores específicos da justiça. R. Cots Castañé incide sobre a história da justiça senhorial nos finais do Antigo Regime, podendo interessar duplamente aos historiadores da justiça, quer como documento das tensões entre os senhores e os seus vassalos no ocaso do sistema político pré-revolucionário, quer como ilustração de um sector da justiça em que atribuições jurisdicionais se cruzavam com modelos informais de influência. F. Ranieri, No texto final desta colectânea, estuda a prática jurisdicional de um tribunal da corte, *o Tribunal da Câmara Imperial; próximo do poder central e dos seus objectivos políticos, ele revela, no entanto, uma lógica e um devir dotados de grande autonomia e dependentes de factores que relevam mais de uma análise intra-institucional do que da tradicional análise das políticas de centralização. Eu mesmo, num texto anterior sobre a justiça criminal da época moderna, ofereço uma imagem bastante diferente da tradicional, em que a punição aparece como um instrumento privilegiado da política de centralização do chamado Estado moderno.*

Já o meu segundo texto procura mostrar como a justiça não é, no sistema político do Antigo Regime, apenas um campo relativamente autónomo de construção do poder, como o modelo mais permanente de exercício do poder. As suas categorias intelectuais dominam, até muito tarde, o sistema conceitual da

política; e o seu pessoal ocupa, também até aos finais do Antigo Regime, um papel central nos equilíbrios sociais.

Independentemente da riqueza e da importância dos textos incluídos, esta recolha não pretende ser mais do que isso, uma recolha. Muitos dos textos importantes ficam de fora, quer da perspectiva do sociólogo, quer da perspectiva do historiador. As indicações bibliográficas deste prefácio e dos próprios textos agora editados propiciarão, decerto, outras leituras[*].

* Este texto foi escrito, fundamentalmente, em 1987.

NOTAS

(1) De "crise da justiça" também se fala, referindo sintomas sociais um tanto diferentes mas com suficientes pontos de contacto para que as duas crises possam ser largamente relacionadas, como veremos.

(2) Salientarei dois: o primeiro é o facto de evitar um reducionismo teórico que explica o direito (a sua prática, a sua eficácia, as suas crises) pela política ou pela economia, e não pelas condições sociais da sua própria produção; o segundo, o de reagir contra uma generalizada perspectiva que ignora que os fenómenos jurídicos não são meramente instrumentais, dúcteis a todas as estratégias e desígnios, mas antes produtos rigidamente condicionados pelas práticas que os produzem, em termos tais que não podem ser "aperfeiçoados" (ou, em geral, "modificados"), sem que se modifique o modo da sua produção. Nestes termos, a "crise da lei" reflecte a contradição entre as condições sociais da sua produção e os efeitos sociais reclamados do produto. Contradição que, como veremos, se cifra nisto: as condições de produção da "legalidade" são, basicamente, as vigentes no limitado contexto social que a instituiu em "tecnologia disciplinar" prioritária, nos inícios do século passado; enquanto que os efeitos regulativos que hoje se lhe pede são os que correspondem à sociedade dos nossos dias, muito mais diversificada e participada, carente de uma regulamentação ao mesmo tempo abrangente e maleável.

(3) Como se verá, a crítica antilegalista a que aqui se procederá é a do "analista de sistemas", não a do filósofo do direito. Não nos preocupamos neste texto com as "injustiças" a que o "positivismo" pode dar lugar, nem com o "arbítrio" político a que pode conduzir o "totalitarismo da lei". Mas com as disfunções (ou os "limites de eficiência" do "sistema legalista").

(4) Por "retrospectiva" entendemos uma historiografia que projecta sobre o passado as categorias sociais e mentais do presente, fazendo do devir histórico um processo (escatológico) de preparação da actualidade.

(5) Todas estas designações correspondem ao actual recorte dos ramos do direito. A sua utilização histórica é perigosa, pois destrói toda a "lógica de organização" do sistema jurídico do direito comum. Por exemplo, muitas das matérias que hoje são tratadas no direito administrativo ou mesmo no direito político tinham, então, a sua sede nos domínios do direito "privado": v.g., as questões dos direitos individuais e dos limites do poder eram tratadas pela dogmática "privatista" dos direitos adquiridos (*iura quaesita* ou *radicata*); muitos dos aspectos do direito da "função pública" são tratados na teoria do "dominium", pois os cargos são, em geral, coisas *in patrimonio*; o direito da "função administrativa" encontra-se, então, no direito judiciário e processual; outros domínios do direito "político" e "administrativo" são, pura e simplesmente, devolvidos para regras teológico-jurídicas sobre a "deontologia do poder"; a chamada "teoria geral da relação jurídica" não se encontra, como complexo dogmático ou normativo independente; muitas matérias de direito "substantivo" encontram-se tratadas pela dogmática do direito "adjectivo", a propósito da exposição das respectivas acções. Em geral, pode dizer-se que, dado o subdesenvolvimento do "direito público", muitas das suas actuais matérias têm

uma sede privatista; o que reforça ainda o que se diz no texto sobre as lacunas da nossa ordem jurídica legal.

(6) Faltam estudos estatísticos sobre a produção legislativa do antigo regime. Desde logo, é incerto o que se há-de entender por "legislação" (v. n. 7); depois, as colecções legislativas que existem são parciais e elaboradas segundo critérios de selecção não uniformes. Num breve estudo exploratório, tomámos como base, para os valores globais, a *Collecção chronologica de leis extravagantes ... de ... 1603 até 1761 (CCL)*, da Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra 1819 (que apenas compreende a legislação complementar das *Ordenações)*, e o *Indice chronologico e remissivo*, de JOÃO PEDRO RIBEIRO (ICR), Lisboa 1805-1820 (que sumaria um universo muito mais vasto de providências normativas emanadas da coroa ou dos órgãos da administração central.) No quadro seguinte, indicamos o número médio de diplomas para períodos de cinco anos, separados entre si por trinta anos:

Anos	CCL	ICR
1603-7	6,4	258
1633-7	1,8	131,2
1663-7	0,6	84,8
1693-7	3,8	87
1723-7	0,4	76,2
1753-7	–	314,8
1783-7	–	157,6

(7) Para os presentes efeitos, "forma legislativa" não é o mesmo que "forma escrita", a primeira implicando o carácter genérico, abstracto e permanente. Isto não era tão claro na teoria da lei do Antigo regime: por exemplo, o carácter genérico não era indispensável à lei, entendendo-se que o privilégio ("lei particular", *quasi privata lex*) era um facto legislativo, pois, embora dizendo respeito a um caso individual, visava o bem geral ("bem comum"). Por outro lado, quanto à permanência, muitas disposições normativas são então tomadas por alvará, que, de acordo com as *Ordenações*, vigorava apenas um ano (*O.F.*, II, 40). Tudo isto remete para o carácter não decisivo da distinção entre "lei" e outras fontes normativas (escritas); distinção que só ganha, com efeito, uma natureza estratégica com o advento das ideias contratualistas (liberais ou não), que fazem da lei a manifestação solene da "vontade geral" (e, correspondentemente, degradam as outras fontes de direito para o nível de "normas derivadas").

(8) V., para estes conceitos, a minha *História das Instituições. Épocas medieval e moderna,* Coimbra, 1982, 317 ss.. Também os privilégios tinham, entre nós, que constar de carta régia (cf. *O.F.*, II, 27; II, 35; II, 45); mas, para a presente questão, não os devemos tratar como lei (v. n. anterior).

(9) Isto aplicava-se a toda a administração "dominial" da coroa – i.e., administração dos bens de que o Rei era "dominus" (proprietário "privado"), que pertenciam à sua *domus,* e que, portanto, ele administrava como um *paterfamilias* – na qual se compreendeu, durante muito tempo, a administração financeira ou

sectores importantes da administração da casa real (v.g., a disciplina dos cargos da corte, mesmo dos "proto-burocráticos", como os "secretários do rei", cujo primeiro regimento, ainda assim lacunoso, data, entre nós, dos meados do séc. XVII).

(10) V., por todos, a minha *História* ..., cit., 416 ss.

(11) V., *ibid.*, 404 ss.; desenvolvo estes aspectos em *Vísperas del Leviathan. Instituciones y poder político (Portugal, séc. XVII)*, Madrid, Taurus, 1989 (versão abreviada da obra citada na nota 58: versão portuguesa correspondente à espanhola em publicação, Lisboa, Gulbenkian).

(12) V. o meu artigo *Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime*, "Ler história" 4(1985).

(13) Prefiro falar de "padrões de conduta" do que de "direito consuetudinário", pois nem todas estas normas têm o carácter explícito e externamente controlável das normas jurídicas. Muitas vezes, trata-se apenas de um "sentido prático" (P. Bourdieu), de modos espontâneos (inarticulados, inobjectivados, "indizíveis") de agir e de reagir. Sobre a distinção, MARC GALANTER, "La justice ne se trouve pas seulement dans les decisions des tribunaux", em M. CAPPELLETTI (ed.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris 1984, 168, n. 35. Uma mesma definição alargada da ordem normativa espontânea (a que chama "estrutura normativa"), em J. P. CHARNAY, "Sur une méthode de sociologie juridique. L'exploitation de la jurisprudence", *Ann. éc. soc. civ.*, 20.1(1965) 516/7.

(14) V., para maiores desenvolvimentos, o meu artigo, "Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique", *Ius commune* (Frankfurt/Main) 10(1983) 1 ss. (versão portuguesa, "Revista crítica de ciências sociais", 25/6 (1988)).

(15) Tem ultimamente sido destacado que o movimento centralizador do séc. XVIII se dirigiu, sobretudo, contra o "corporativismo" judiciário, pois este era, então, nos reinos do sul da Europa, o principal concorrente do poder real (v., por todos, R. AJELLO, *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano,* Napoli 1976; P. L. ROVITO, *La Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento*, Napoli 1982). Se, entre nós, analisarmos as providências legislativas que, no domínio da política do direito, promovem o "paradigma legalista" (sobretudo, a lei "da Boa Razão", de 1769) notaremos que a sua estratégia está concentrada no combate ao direito doutrinário (direito canónico, direito romano) e judicial (assentos, estilos) e não na redução das ordens jurídicas domésticas ou local-comunitárias.

(16) Sobre o tema, v., por agora, o meu citado artigo *Centro e periferia* ...; mas o assunto é desenvolvido em *Vísperas del Leviathan*..., cit...

(17) A afirmação vale, em princípio, para toda a Europa; v., para o centro europeu, G. SPITTLER, "Abstrakteswissen als Herrschaftsbasis zur Entstehung bürokratischer Herrschaft im Bauernstaaten Preussen" *Kölner Zeitschr. f. Soziologie u. Sozialpsychologie*, 1980.3, 574 ss.

(18) Recordo os trabalhos de Jorge Dias sobre o comunitarismo agrário; mas há outros exemplos, um pouco por todo o território continental.

(19) Finalmente, a situação não difere muito do que sabemos da autonomia política – administrativa – judicial das comunidades do Antigo Regime. V., sobretudo sobre os mecanismos de composição de conflitos, N. CASTAN, *Les criminels du Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire (1750-1790)*, Toulouse 1980 (estudo exemplar).

[20] Sobre a "teoria da modernização" (de raízes weberianas), M. WEISER (ed.), *Modernization: the dynamics of growth,* New York, Basic Books, 1966 (no qual, sobre o direito, M. GALANTER, "The modernization of law"); R. VOIGT (ed.), "Gegentendenzen zur Verrechtlichung", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 9(1983) (nomeadamente, R. VOIGT, "Gegentendenzen zur Verrechtlichung. Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat", 17-41); crítica, do ponto de vista histórico, H.-U. WEHLER, *Modernisierungstheorie und Geschichte,* Göttingen 1975.

[21] O tecnicismo gera a incompreensão, mesmo no seio do grupo dos juristas, pois pressupõe, por um lado, uma inexistente univocidade dos conceitos; e, por outro, uma preparação técnico-jurídica que não existe. A opção pela linguagem técnica corresponde, no fundo, a uma estratégia de defesa de um monopólio do saber, conhecido e analisado em muitos outros grupos profissionais. No campo jurídico, a progressiva diferenciação gera oposições entre grupos aí coexistentes e leva à multiplicação das barreiras de diferenciação, também ao nível do vocabulário.

[22] O modelo liberal de intervenção do Estado tem muitos pontos de contacto com a constituição política do Antigo Regime, excluído, porventura, o parêntese iluminista; também o direito comum configurava o poder como estritamente limitado pelos direitos adquiridos dos particulares e talvez ainda em maior grau, dado o reconhecimento de direitos corporativos (e não só individuais) e a patrimonialização de muitas situações jurídicas que, depois, perderão essa natureza (v.g., a situação de funcionário).

[23] Cf., v.g., a Constituição de 1822: Art°. 1. "A Constituição política da Nação portugueza tem por objecto manter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os portuguezes"; 2. "A liberdade consiste em não serem obrigados a fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ella não prohibe..."; 3. "A segurança pessoal consiste na protecção, que o Governo deve dar a todos, para poderem conservar os seus direitos pessoais"; 6. "A propriedade é um direito sagrado e inviolável, que tem qualquer Portuguez, de dispôr à vontade de todos os seus bens, segundo as leis".

[24] Cf. *Const. 1822*, art°. 102°..

[25] Cf. *Const. 1822*, art°. 10. "Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade".

[26] Foi este o tema da "4a. Conferência europeia da Associação para o estudo crítico do direito", realizada em Coimbra, em Abril de 1985.

[27] Um exemplo típico é o da legislação açoriana de Mouzinho da Silveira; não podendo ter qualquer eficácia regulativa, ela destinava-se apenas a anunciar solenemente uma intenção do poder. O mesmo se poderia dizer, também, de alguma da legislação iluminista.

[28] Por exemplo, a legislação dos governos à beira da demissão, como, entre nós, a do V Governo Provisório ou do V Governo Constitucional.

[29] Temos vários exemplos destas leis emblemáticas que, tendo assumido uma importância política muito grande, estão condenadas a uma reduzida eficácia prática: v.g., a lei do aborto. Também conhecemos leis que, de antemão, se sabia que não iam ser aplicadas, que iam ter uma aplicação selectiva ou que

possibilitariam (que se destinavam a possibilitar) uma aplicação abusiva (exemplos dos últimos dois tipos foram, respectivamente, a lei da "reforma agrária", aplicada no que respeita à restituição das reservas mas não no relativo às expropriações, e a lei dos "contratos a prazo". V., sobre todos estes fenómenos de "legalidade paralela", BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Estado e sociedade na semiperiferia do sistema mundial: o caso português,* polic., Faculdade de Economia de Coimbra (1985). Também acontece que a decisão de legislar se prenda menos com a necessidade efectiva de regulamentar um ponto preciso da actividade social do que com estratégias meramente parlamentares; ou que a necessidade de compromisso inerente ao jogo parlamentar conduza a leis "soma zero", ou seja, a leis cujo conteúdo regulativo prático seja inexistente.

(30) Cf. M. EDELMAN, *The symbolic uses of politics,* New York 1976, onde se distingue a função operativa do direito da sua função simbólica.

(31) Note-se, em todo o caso, que os meios de o Estado comunicar com o cidadão – de fazer chegar a este as suas intenções de poder – ainda quase se reduzem à lei. Existem, decerto, os "comunicados oficiais", as "mensagens à Nação", as "conversas em família", os "livros brancos", mas tudo isto tem uma marca de conjuntural e de informalidade, não podendo competir com o sentimento de permanência e de coercibilidade suscitado pela lei. Forma intermédia é constituída pelo "plano", enquanto declaração de uma intenção nem sempre revestida de força coagente. É provável que o futuro da comunicação entre o Estado e os cidadãos se caracterize por uma multiplicação das modalidades de comunicação (nos dois sentidos, pois também a comunicação no sentido cidadãos-poder se reduz, no plano político, aos mecanismos do sufrágio e, no plano jurídico, aos da reivindicação judicial de direitos). Alguns futurólogos destacam a importância que pode ter neste processo o desenvolvimento das novas tecnologias da informação (v., v.g., ALVIN TOFFLER, *A terceira vaga*, trad. port., Lisboa 1984).

(32) A. AUER, "Le principe de la légalité comme norme, comme fiction er comme idéologie", comunicação à «4a. Conferência europeia de estudos críticos do direito", Coimbra 1985, 11 (publicado nesta colectânea).

(33) A. AUER, "Le principe...", ibid., 12.

(34) V. A. AUER, "Le principe...", cit., 11.

(35) Cf. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional,* 220 ss.

(36) Semelhante é, segundo parece, a situação no domínio das relações de trabalho, onde a morosidade da justiça obriga a parte mais fraca à capitulação ou a soluções de compromisso, pelo menos desde que o recurso a vias compensatórias de carácter não jurídico (nomeadamente, à luta sindical) não se revela possível. E anuncia-se legislação que visa, justamente, criar as condições para uma ainda maior "deslegalização" deste domínio, ao tornar ainda mais efectivos os meios disciplinares dos patrões.

(37) M. DAVID GELFAND, "Legal dimensions of intergovernmental relations: a comparative perspective", *HIMON Diskussionsbeiträge*, Universität Gesamthochschule Siegen. Forschungsschwerpunkte Historische Mobilität und Normenwandel, policop. (ISNN 0742-4592), Siegen 1985, 26 ss..

(38) Reconhecendo-o, mas lamentando-o e propondo um mais alargado "acesso à justiça" no domínio da administração, H. STREET, "Accès à la justice et État-

-Providence moderne. Le point de vue d'un spécialiste de droit administratif (Rapport pour l'Europe)", em M. CAPPELLETTI, *Accès à la justice...*, cit., 287 ss. Na conclusão deste volume, A. TUNC mantém uma perspectiva "jurisdicista" das relações Estado-cidadãos nestes novos domínios, mas reconhece que "alguns destes direitos podem não ter qualquer relação com os domínios tradicionais do direito" ("Enquête de justice", ibid,. 220).

(39) O estudo destes sistemas de direito foi iniciado, em 1913, por E. Ehrlich e, em 1922, por Max Weber. A escola institucionalista francesa (M. Hauriou, nomeadamente) também deve ser referida a este propósito. Mais modernamente, a teorização deste "pluralismo jurídico" tem sido conduzida, sobretudo, a partir da antropologia jurídica. V., por todos, L. POSPISIL, *Anthropology of law: A comparative theory,* New York 1971; outras referências bibliográficas em BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder,* Coimbra 1980, e no citado artigo de M. GALANTER, "La justice ne se trouve...", cit.

(40) V., neste sentido, M. GALANTER, "La justice ne se trouve...", cit., 172 (com exemplos em que este facto é constatado empiricamente).

(41) V., sobre estas duas últimas, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, "Law and community: The changing nature of state power in late capitalism", *International journal of the sociology of law*, 8(1980) 379-397.

(41a) V., para o primeiro aspecto, M. GALANTER, "La justice ne se trouve...", cit. 175 ss.; para o segundo, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, sobretudo em "Law and community...", cit., 392 ss.

(42) V., sobre estas duas últimas, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, "Law and community: The changing nature of state power in late capitalism", cit.; este autor sublinha que a distribuição das várias formas de dominação estadual, (pois por meio de todas se verificaria uma dominação estadual mais ou menos directa) reproduz a natureza do "sistema político", em homologia com a matriz das relações de classes e as lutas por elas geradas.

(43) O *Panopticum* é uma tecnologia de controlo imaginada por J. Bentham, baseada num modelo arquitectónico em que de um único ponto se pode controlar todo o espaço. Todos são vistos e, ao mesmo tempo, todos sabem que estão a ser vistos. Idealizado para aplicações prisionais, o *Panopticum* é um modelo de universalidade, de "não violência" e de interiorização dos mecanismos de controlo num espaço plenamente transparente à comunicação. Nessa medida, os seus pontos de contacto com as tecnologias disciplinares do Estado contemporâneo são patentes e foram destacadas por M. FOUCAULT (*Surveiller et punir. Naissance de la prison,* Paris 1975).

(44) A expressão "centralismo jurídico" foi cunhada por J. Griffith, cit. por M. GALANTER, "La justice ne se trouve...", cit., 166 n. 32); v. também, do mesmo, "The future of law and social sciences research", *North California law review* 52(1974) 1060 ss..

(45) Por vezes, esta tentativa de eufemizar os conflitos políticos remetendo-os para o campo jurídico não é nada subtil – v.g., a invocação de legislação expressamente promulgada para legitimar certo objectivo político; outras vezes, a transferência aparece mais mascarada – v.g., recurso a instâncias jurisdicionais de decisão, invocação de "dogmas" e "princípios" jurídicos (como, v.g., a não

retroactividade das leis, a "constituição material"), a utilização de argumentos jurídico-formais ou jurídico-processuais.

(46) Cujos limites não têm que ser os actuais; certos países (E.U.A., Reino Unido, U.R.S.S.) conhecem-no para uma série de funcionários e magistrados.

(47) Uma impressiva caricatura de uma estratégia puramente neo-liberal no domínio da justiça é-nos magistralmente traçada por EARL JOHNSON Jr. ("Comment la justice sera administré demain: quatre scénarios possibles au XXIe. siècle", em M. CAPPELLETTI, *L'accès...*, cit., 210 ss).

(48) Um exemplo desta "racionalização" dos mecanismos regulativos espontâneos é a valorização do contrato colectivo de trabalho face ao contrato individual pelos juristas sociais – democratas alemães dos princípios deste século (K. Renner, A. Menger) – cf. DAVID KETTLER, "Law and constitution in the Welfare State: impasse or revolution", em *Himom. Diskussionsbeiträge...*, cit., 13. Outro é a proibição do "lock out" ou dos meios de frustração da acção grevista ("contrato de amarelos") ou, de um modo mais geral, todas as formas conhecidas de protecção da parte negocial mais fraca.

(49) Cf. M. GALANTER, "La justice ne se trouve...", cit., 176 ss.; DAVID KETTLER, "Law and constitution...", cit., 11.

(50) KURCZEWSKI & FRIESKE, "The social conciliatory comissions in Poland: A case study of nonauthoritative and conciliatory dispute resolution as an approach to access to justice", em M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to justice: Promising institutions,* II, Florence 1978.

(51) M. Galanter aponta no mesmo sentido, embora encare apenas um limitado aspecto da arquitectura global do direito comum: as relações entre direito civil e direito canónico. Mais esclarecedor é, ainda, o estudo do equilíbrio entre direito comum e direitos particulares ou entre lei e costume. Abordo alguns destes pontos na minha *História das Instituições...*, cit., 404 ss.

(52) Diz-se, muitas vezes, que esta fluidez lógico-argumentativa é, justamente, o caldo de cultura do consenso ou da adaptabilidade das soluções, permitindo uma "verdade" localizada e maleável. Estes objectivos não são de agora, nem é, por certo, a nossa época a que mais sensível foi a eles; eles constituem, de facto, traços estratégicos do ordenamento jurídico do direito comum. No entanto, aí, eles estavam suportados por técnicas rigorosas (tópica, dialéctica); por outras palavras, pensava-se, então, que a maleabilidade devia ser obtida com rigor, que o consenso devia constituir numa *media via* consciente e assumida.

(53) A efectivação deste desiderato supõe, evidentemente, uma reforma profunda dos estudos de direito, no sentido de valorização da lógica jurídica; embora o legislador se possa, socorrer, neste plano, dos especialistas de lógica e de análise textual e de sistemas.

(54) Algumas indicações bibliográfias: G. Th. BARNES, "Star Chamber litigants and their Counsel. 1596-1641", in J. H. BAKER (ed.), *Legal records and the historians. Papers presented to the Cambridge Legal History Conference*, London 1978, 7-40; C. W. BROOKS, "Litigants and attorneys in King's Bench and common Pleas. 1560-1640", in J. H. BROOKS (ed.), *Legal records...*, 41-59; W. J. JONES, *The Elizabethan Court of Chancery,* Oxford 1967; RICHARD L. KAGAN, *Lawsuits and litigants in Castile. 1500-1700,* Chapel Hill 1981 (resumo:

"Pleitos y poder real: la Chancilleria de Valladolid. 1500-1700", *Cuadernos de investigación histórica*, 2(1975) 291-316; F. METZGER, *Das englische Kanzleigericht unter Kardinal Wolseley. 1515-1529,* Diss. Erlangen/Nürnberg 1977; F. RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine Rechts – und Sozialgeschitliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergericht im 16. Jahrhundert,* Köln 1985, 2 vols.. Entre nós, aparte bibliografia mais antiga, ARMANDO LUÍS CARVALHO HOMEM, *O desembargo régio*, Porto 1985, diss. dout. dact., 2 vols.. De índole mais genérica, entre outros, MICHEL ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Paris 1970; J. L. BERMEJO, *Estudios sobre la administración central española. Siglos XVII Y XVIII,* Madrid 1982; JEANINE FAYARD, *Les membres du conseil de Castille à l'époque moderne,* Paris 1979; P. GAN GIMENEZ, "Los presidentes del Consejo de Castilla (1500-1560)", Chronica nova 1(1968) 5 ss.; MAURICE GRESSET, *Gens de justice à Besancon. 1674-1789*. 1979; SALUSTIANO DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid 1982; D. TORRES SANZ, *La administración central castellana en la baja edad media,* Valladolid 1982; fora os trabalhos das equipas de R. Mousnier, em França, e de R. Ajello, em Itália.

(55) É o caso de alguns dos trabalhos citados na nota anterior.

(56) V.a penúltima nota.

(57) V. nota 54.

(58) Cf., v.g., P. L. ROVITO, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento*, Napoli 1982. V., para Portugal, A. M. HESPANHA, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal — séc. XVII,* Lisboa 1986, 724 ss. (com ulteriores indicações bibliográficas).

(59) Cf. A. M. HESPANHA, *As vésperas do Leviathan...*, cit., 639 ss.

(60) Sobre o tema, A. HAHN & K. G. RIEGEL, "Konsens und Konflikt", in AXEL GOERLITZ, *Handlexikon zur Politikwissenschaft*, 1, 192 ss.; J. BARNARD (ed.), *The nature of Conflict,* Paris 1957; mais próximo da presente perspectiva, V. GESSENER, *Recht und Konflikt...*, cit..

(61) R. ABEL, "A comparative theory of dispute institutions in society", *Law and society review*, 9(1976) 217 ss.; e *Theories of litigation...*, publ. nesta colectânea.

(62) M. SHAPIRO, "Courts", in GREENSTEIN & al. (ed.), *Handbook of political science*, V, New York 1975.

(63) V BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica,* Coimbra 1980; G. SPITTLER, "Streitregelung im Schatten Leviathans. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchung", *Zeitschrift f. Rechtssoziologie* 1(1980) 4 ss.

(64) Sobretudo, Y. CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc (1715-1780)*, Paris 1974; N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières,* Paris 1980.

A JUSTIÇA NÃO SE ENCONTRA APENAS NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS [1].

MARC GALANTER *

Professor de Direito,
Universidade de Wisconsin, Madison

(1) Tivemos a possibilidade de desenvolver algumas ideias apresentadas no presente relatório, graças ao apoio do *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice.* As opiniões expressas são apenas as do autor; não pretendem exprimir os pontos de vista do Instituto, nem de qualquer outra pessoa.

Manifesto o meu reconhecimento a Murray Edelman, Tom Heller, Richard Lampert, Stewart Macaulay e David Trubek pelas úteis observações que apresentaram sobre uma primeira versão do meu relatório. Gostaria de agradecer igualmente a Joan E.T. Stearns e a Laura Woliver pela sua preciosa ajuda.

* Publicado em M. CAPPELLETTI, *Accès à la justice et État-Providence,* Paris 1984, 151 ss. Por amável permissão da *Economica.*

I. INTRODUÇÃO

As "três vagas" do movimento para o acesso à justiça[1] representam mais do que uma série de tentativas feitas para reformar uma instituição. Trata-se também de uma série de ataques, conduzidos no plano intelectual, que permitem descortinar uma evolução crucial na nossa concepção do direito e do papel que este deve desempenhar na sociedade. Ao observarmos a transformação que se está a operar nesta concepção, podemos fazer uma ideia do que se poderá produzir numa quarta ou quinta vaga.

Para começar, examinemos o que confere às três vagas uma certa unidade, ou seja, a procura de um melhor acesso à justiça. A expressão "acesso à justiça" é uma metáfora de ordem espacial. Esta metáfora, utilizada há já bastante tempo, foi feliz para os partidários de reformas que, noutros aspectos, podiam sustentar pontos de vista diferentes[2].

Não será desinteressante pôr a claro certos pressupostos que lhe estão na base.

Em primeiro lugar, a que é que se procura dar acesso? Onde encontrar essa justiça a que queremos que as pessoas tenham acesso? Em que lugar tem a sua sede? Quem a vai administrar? Com o risco de deturpar os factos, é possível talvez, simplificando ao extremo as coisas, mas de modo útil, avançar com a afirmação seguinte: a maior parte dos esforços respeitantes ao acesso à justiça destinam-se no fundo, para falar claramente, a permitir aos interes-

sados recorrer aos tribunais para fazer julgar os seus conflitos. Esta preocupação, todavia, parece-nos muito limitada. Ao lado dos tribunais, importa tomar em consideração uma variedade de outros organismos capazes de dar soluções. Permitir que se recorra a um tribunal, por outro lado, não é suficiente. É preciso alargar esta fórmula e completá-la: deve garantir-se aos interessados o auxílio de peritos para que eles possam recorrer com eficácia aos organismos de resolução de conflitos. Se os organismos existentes não são adequados à resolução dos conflitos (ou de alguns conflitos) é necessário reformá-los: é necessário também, noutras circunstâncias, admitir que um novo tipo de autores a eles possa recorrer e é preciso instituir, por exemplo, processos graças aos quais os interesses difusos ou colectivos possam ser garantidos. O projecto de Florença é notável pela sua predisposição a pôr em causa as ideias herdadas sobre a estrutura das instituições. Deu bom acolhimento a propostas que procuravam adaptar os organismos de decisão à especificidade dos litígios ou à personalidade dos litigantes, de modo a que os interessados possam levar os seus casos a um organismo qualificado.

Se pretendermos ter organismos de decisão adequados à natureza dos litígios para os quais sejam competentes, é conveniente tomar em consideração todo um conjunto de elementos relativos, quer aos litígios, quer aos organismos de decisão. O organismo ao qual se vai recorrer parece dever situar-se fora do grupo social em que surgiu o litígio e num local onde se encontrem juízes com uma formação ou conhecimentos técnicos especializados. As soluções adoptadas de acordo com qualquer compilação de peso jurídico serão impostas por peritos que agirão a coberto do Estado. A justiça a que procuramos dar acesso será, todavia, um apanágio exclusivo do Estado, no que respeita às regras de fundo que admite ou no que respeita, pelo menos, à sua administração? A este ponto de vista – que chamarei por razões de comodidade "centralismo jurídico"[3] – não faltam aderentes de entre os profissionais do direito. Sugiro, contudo, que a próxima vaga, no movimento para o acesso à justiça, consista em averiguar se um tal modelo de centralismo jurídico não deixará a desejar. Por agora, apenas pretendo mostrar como investigações de natureza

sociológica relativas ao direito, conduzidas em diferentes direcções, me levaram a perguntar se tal modelo corresponde à realidade dos factos. Procurarei, de seguida, mostrar que consequências, quanto ao acesso à justiça, poderia ter o abandono desta ideia de centralismo jurídico.

II. UMA PERSPECTIVA CENTRÍFUGA: O ACESSO À JUSTIÇA ENCARADO "À SOMBRA DO DIREITO"

Para termos um ponto de partida adequado, perguntamo-nos como são resolvidos os conflitos, estabelecendo um quadro sumário que resume vários decénios de investigações da sociologia jurídica. Grande é, sem dúvida, a minha audácia ao pretender estabelecer, a este respeito, generalizações relativas aos Estados Unidos; esta audácia é maior ainda, se levar a pensar que o quadro assim apresentado possa servir para saber o que se passa também noutras sociedades.

A maior parte dos litígios que, no estado actual do direito, poderiam ser levados a um tribunal, não o são de facto. (Utilizo a palavra "tribunal", *brevitatis causa*, para abranger todos os organismos oficiais de decisão, quer sejam chamados ou não tribunais em linguagem técnica). Sem que se distingam matérias civis ou criminais. Muitos litígios são resolvidos sem que haja recurso aos tribunais, porque o interessado prefere resignar-se ou apenas ver aí um incidente de relações mais importantes (*lumping it*), ou sair da relação que a eles deu lugar (*exit*).

De entre os litígios que vão ser objecto de uma decisão, uma grande parte vai encontrar solução por negociações entre os interessados, ou recorrendo a um "forum" que constitui um elemento integrante do complexo social no qual se produziu o litígio; o caso vai ser apresentado, por exemplo, ao director da escola, ao dono da loja, a um administrador, etc. ...

II. UMA PERSPECTIVA CENTRÍFUGA: O ACESSO À JUSTIÇA ENCARADO "À SOMBRA DO DIREITO"

Para termos um ponto de partida adequado, perguntamo-nos como são resolvidos os conflitos, estabelecendo um quadro sumário que resume vários decénios de investigações da sociologia jurídica. Grande é, sem dúvida, a minha audácia ao pretender estabelecer, a este respeito, generalizações relativas aos Estados Unidos; esta audácia é maior ainda, se levar a pensar que o quadro assim apresentado possa servir para saber o que se passa também noutras sociedades.

A maior parte dos litígios que, no estado actual do direito, poderiam ser levados a um tribunal, não o são de facto. (Utilizo a palavra "tribunal", *brevitatis causa*, para abranger todos os organismos oficiais de decisão, quer sejam chamados ou não tribunais em linguagem técnica). Sem que se distingam matérias civis ou criminais. Muitos litígios são resolvidos sem que haja recurso aos tribunais, porque o interessado prefere resignar-se ou apenas ver aí um incidente de relações mais importantes (*lumping it*), ou sair da relação que a eles deu lugar (*exit*).

De entre os litígios que vão ser objecto de uma decisão, uma grande parte vai encontrar solução por negociações entre os interessados, ou recorrendo a um "forum" que constitui um elemento integrante do complexo social no qual se produziu o litígio; o caso vai ser apresentado, por exemplo, ao director da escola, ao dono da loja, a um administrador, etc. ...

A negociação serve sempre para estabelecer arranjos, que não podem ser separados da própria relação estabelecida entre a gestão de negócios correntes; pode também recorrer-se a métodos especiais de resolução, sempre que um litígio não possa ser resolvido pelos meios que servem, em geral, para eliminar os conflitos. Se tivermos em conta os litígios que são levados a um tribunal (forum estabelecido pelas autoridades) verificamos que na sua maioria são resolvidos de diversas maneiras (desistência, abandono, transacção) sem que se chegue a uma decisão solene do tribunal e, muitas vezes, sem que este último tenha tomado uma qualquer decisão. De entre os casos em que o tribunal acaba por pronunciar uma sentença, uma grande parte não tem por objecto resolver um litígio. Isto acontece porque as partes já chegaram a um acordo (caso frequente em matéria de divórcio) ou porque apenas uma das partes comparece[4].

Abandonemos, portanto, a ideia de que os tribunais constituem o local em, que natural e normalmente, são apresentados e examinados litígios, confrontando-se verdadeiramente aí os adversários num processo, cujo resultado é uma decisão dada em conformidade com regras formais. Os tribunais são bem mais arenas nas quais se desenrolam diferentes processos, envolvendo ou não litígios[5].

Os tribunais judiciais são um local em que se desenrolam processos administrativos, onde se guardam arquivos (*record keeping*), onde se modifica, de acordo com um certo cerimonial, o estado das pessoas, onde se negoceiam transacções, onde se realizam conciliações e arbitragens, onde se ameaça, domina e se leva um adversário a capitular; o seu papel não é apenas julgar para resolver conflitos. De facto, em muitos tribunais, várias iniciativas que pelo seu aspecto exterior parecem conduzir a esse fim têm um objecto que não é o de levar a um resultado obtido com uma sentença. O que determina, antes de mais, estes processos, são os objectivos, os meios e as estratégias das partes (e, igualmente, do pessoal da justiça). "O direito" e os tribunais são todavia importantes – porque as opções estratégicas das partes e os meios de que

dispõem (e os seus próprios objectivos) são determinados, em certa medida, pelo direito e pelas instituições que "aplicam" o direito.

Em resumo: é preciso notar que os tribunais apenas resolvem uma ínfima parte de todos os conflitos cuja resolução lhes é pedida. É preciso dar-se conta, também, que esses próprios conflitos apenas constituem uma ínfima parte de todos os conflitos de interesses cuja resolução se possa conceber pedir ao tribunal e uma parte ainda menor do conjunto dos litígios que se produzem na sociedade.

Que conclusões convém extrair deste quadro? Será que estamos perante uma situação escandalosa? Deveremos desejar que mais conflitos sejam colocados ao sistema instituído pelas autoridades e sejam resolvidos pelos tribunais? O movimento para o acesso à justiça sustenta o ideal utópico de que todos os conflitos sejam resolvidos através de uma decisão em boa e devida forma? Certamente não está aí o seu sentido, porque sabemos suficientemente qual é o preço dos processos (no plano financeiro, no das relações sociais, e considerando as suas consequências psicológicas) para pensar que, pelo menos na sociedade americana, um tal estado de coisas seria monstruoso. Antes de mais, será o preço a pagar o único problema? Suponhamos que podemos ultrapassar este problema graças a um sistema aperfeiçoado de informações e que todos se submetem de sua livre vontade às regras do direito. Um tal estado de coisas seria assim tão sedutor? Desejamos viver num mundo em que imperem as regras do direito de modo completo, sobre as relações humanas, infiltrando-se até aos seus aspectos elementares, e queremos que todos os tipos de desacordo acabem por ser liquidados aplicando regras baseadas na autoridade dos tribunais? Estamos suficientemente informados sobre o que fazem os tribunais americanos para supormos que um tal estado de coisas seria igualmente monstruoso[6].

Em numerosos casos é possível aos interessados entenderem-se entre si de maneira muito mais satisfatória do que aquela que poderiam conseguir profissionais, obrigados a aplicar regras de carácter geral a um conflito de que apenas têm um conhecimento limitado[7]. Quando estão em causa desideratos e situações que são de uma extrema variedade, apenas um pequeno número de

elementos é que pode ser tomado em consideração através de regras formais[8]; os conflitos são desvirtuados quando pretendemos englobá-los em categorias reconhecidas pelos juristas e esta circunstância faz duvidar que seja desejável resolvê-los aplicando regras imperativas pré-estabelecidas.

Postas de parte estas objecções de ordem prática, o ideal de uma vida inteiramente regulada por normas pré-estabelecidas não é apenas uma miragem (ou melhor dizendo uma quimera) mas esbarra-se com uma objecção ainda mais importante. Este ideal supõe, com efeito, que as regras estabelecidas ao nível elevado do Parlamento ou de um Tribunal Supremo tenham um sentido determinado, único. Recusamo-nos a ver que seja necessário "aplicar" estas regras num grande número de situações de facto *(settings)* especiais[9]. A verdade é que, todavia, a maior parte das regras que se pretende impor[10] são ambíguas e podemos interpretá-las de diferentes formas desde que se trate de um sistema complexo de regras gerais: garantir que elas tenham um sentido uniforme ao longo do tempo e do espaço só pode ser realizado mediante um custo elevado.

Pretender submeter o direito vivo, negligenciando todas as transformações a que está sujeito, a um direito formal que seria uniforme, constitui uma ambição da mesma ordem que pretender fazer da linguagem falada uma réplica exacta da linguagem escrita. Ninguém pensará em contestar a utilidade e a importância da linguagem escrita, mas esta não constitui o melhor guia para indicar como falar. Sejamos portanto cautelosos quanto ao que pode ser a nossa propensão em considerar o "direito vivo" (*law in action*) como um desvio ou uma variante adulterada de um "direito erudito" (*law on the books*) de qualidade superior. Há aí uma ilusão comparável à que se tem quanto à linguagem corrente. Ferguson observa a este respeito. "A escrita nunca reflecte de modo exacto a palavra, a linguagem escrita desenvolve muitas vezes características que não se encontram na correspondente linguagem falada. *O uso da escrita leva as pessoas a pensar que a "verdadeira" linguagem está na linguagem escrita e que a linguagem falada não é mais do que uma corrupção*. Esta maneira de ver parece ser sustentada em

quase todas as sociedades em que a escrita se tornou de uso corrente"[11].

O direito vivo não é idêntico ao direito erudito. Isto não deve ser entendido como implicando que o estado das coisas actual seja satisfatório. Reconhecer que os tribunais desempenham um papel limitado na resolução dos conflitos não significa também que os tribunais desempenhem um papel menor na matéria.

Sejamos mais precisos. O contributo dos tribunais para dirimir litígios não pode avaliar-se considerando apenas o caso dos litígios que finalmente são resolvidos por uma decisão judicial[12]. O interesse principal dos tribunais, no que respeita a dirimir litígios, é que eles forneçam um substracto (*background*) de normas e de processos, uma base para as negociações e para a regulamentação das relações de natureza privada, bem como de natureza administrativa. O contributo dos tribunais consiste – um dos seus interesses consiste – em que os eventuais litigantes, consultando as decisões proferidas, tenham uma ideia da solução que poderá ser dada se um deles decidir ir a juízo. O estudo da jurisprudência não dá apenas a conhecer as regras substantivas que o direito comporta, dá igualmente a conhecer as soluções que se podem obter e permite ter uma ideia das dificuldades que serão encontradas, das oportunidades de ganhar e das custas que será necessário pagar para obter esta ou aquela solução.

Pode assim dizer-se que os tribunais (e o direito por eles aplicado) fornecem às partes o que Robert Mnookin e Lewis Kornhauser designam por "bargaining endowment" (base de discussão); afirmam todo um conjunto de valores (*counters*) que os adversários poderão aproveitar nas suas relações[13].

O processo que vai estar em causa não se traduz necessariamente em negociações aparentes[14]. A base de discussão aqui visada não comporta apenas a determinação dos direitos substantivos (*substantive*) que as regras jurídicas conferem, mas engloba também as regras que permitem fazer valer esses direitos – tal é o caso da regra que proíbe ao adversário invocar uma prova que lhe seja útil, ou aquela que permite neutralizar a pretensão do adversário. (A doutrina do "contributory negligence", por exemplo,

impede uma pessoa de imputar a responsabilidade a outra se ela própria contribuiu com culpa para causar o dano)[15]. As regras de direito apenas constituem em si um dos elementos da questão, cuja existência vai induzir as partes a não recorrer aos tribunais; os prazos, o custo, a incerteza da solução a dar são outros elementos que entram em conta, elementos que os adversários vão tomar em consideração para saber se devem intentar uma acção e levá-la ao seu termo[16]. Em que medida os adversários irão ser determinados pelos argumentos em questão? Evidentemente não se pode dar a esta pergunta uma resposta fixa e invariável: tudo depende daqueles que estão envolvidos no conflito, daquilo que desejam obter[17], da sua aptidão para negociar, da sua renitência em correr riscos, das suas capacidades de suportar as custas e cumprir os prazos, etc. ... Em função deste conjunto de factores, a base de discussão que as soluções do direito oferecem pode ter uma importância muito variável.

Mnookin e Kornhauser dizem das negociações que vão ter lugar entre as partes, que elas são colocadas "à sombra do direito". Estas negociações, todavia, não constituem a única espécie de "regulamentação privada" que se situa na vasta sombra do direito[18]. Podemos alargar a nossa noção de"base de discussão" (*bargaining endowment*) ao apresentar os Tribunais como fornecendo às partes uma certa base para regular de sua conveniência as suas relações (*regulatory endowment*)[19]: as decisões que os Tribunais podem proferir (e a dificuldade que têm para o fazer) analisam-se num jogo de autorizações e isenções que determina a actividade de resolução de pessoas tais como o director da escola, o dirigente de um sindicato (*union officer*), o árbitro, o *Commissioner of Baseball* e uma quantidade de outras pessoas privadas.

A base assim oferecida a uma actividade de resolução comporta uma variedade de elementos. Em primeiro lugar, os Tribunais fornecem modelos (normas substantivas, normas adjectivas, esquemas, *rule of reason*), para a actividade de resolução que vai ter lugar: os Tribunais (e o direito), por outro lado, concedem de modo explícito, autorizações ou isentam de responsabilidade em variadíssimos casos em que deve intervir uma resolução, quer se

trate do professor, ou do director da escola, do guarda da prisão, da cooperativa agrícola, duma associação de basebol, de um dirigente de sindicato. As autorizações assim concedidas apresentam-se sob a forma de regras explícitas respeitantes à actividade de resolução em causa; mencionemos, assim, a jurisprudência que se refere aos poderes dos árbitros, dos directores de escolas e de Igrejas[20]. Podem também resultar implicitamente de regras sobre a competência dos tribunais, sobre a qualidade exigida para agir, ou de outras disposições de ordem processual, em aplicação das quais os Tribunais recusarão conhecer dos litígios relativos a certos tipos de actividade de resolução.

Em terceiro lugar, enfim, outras autorizações ou exclusões de responsabilidade resultam de modo implícito do estado de coisas global, constituído pela sobrecarga de processos e pela atitude passiva dos tribunais. Os tribunais só intervêm se lhes for pedido; não apreciam os processos *proprio motu*, mas apenas se um dos adversários tomar a iniciativa. Podemos ver aí uma espécie de faculdade que é dada aos adversários que lhes permite solicitar ou não a intervenção dos tribunais. As despesas, os prazos, as contrariedades que impendem sobre o autor constituem tantas barreiras que protegem os autores das próprias regras ao criar obstáculos em relação aos que contra eles se queiram insurgir. Os organismos públicos que poderiam exercer a este respeito uma actividade de fiscalização têm normalmente muito que fazer. Têm mais tarefas a desempenhar do que recursos que lhes permitam cumprir essas tarefas. Têm sempre também tendência para permanecer numa posição de expectativa; só intervirão se lhes for dirigido um pedido. Ao utilizarem os meios insuficientes que lhes forem concedidos, terão a tendência, muito natural, para acolher principalmente aqueles que melhor estão organizados e que velarão mais cuidadosamente pelos seus interesses. Poder-se-á verificar que são raramente contestadas perante esses organismos, ou perante os tribunais, as disposições regulamentares que terão tomado os hospitais, relativamente aos doentes e às suas famílias, os proprietários relativamente aos seus locatários, as universidades em relação aos seus estudantes, os sindicatos em relação aos seus membros, os fabricantes em relação aos seus clientes. Por uma

espécie de alquimia jurídica, por um lado, o alto preço dos tribunais e o seu afastamento, por outro, a sobrecarga e a letargia de outros organismos, transformam-se num *poder regulamentar* a exercer por uma quantidade de instituições.

A relação existente entre tribunais (ou outros órgãos oficiais de resolução de conflitos) e litígios reveste-se de aspectos múltiplos. Seguramente que é importante proferir sentenças que ponham fim aos litígios, mas não é essa a única relação (nem, em meu entender, a principal) existente entre tribunais e litígios. Os processos judiciais podem ser evitados em razão de um certo comportamento dos tribunais que, por exemplo, estabelecem regras que excluem o direito a uma acção judicial ou que, estabelecendo qualquer outra regra, retiram as oportunidades a um possível litigante. Os tribunais podem também, por outro lado, provocar ou facilitar determinados pleitos. Reconhecendo um direito, os tribunais podem assim despertar expectativas e levar uma pessoa a intentar uma acção destinada a fazer reconhecer esse direito; ao alterar as regras relativas à capacidade judiciária, os tribunais podem, do mesmo modo, tornar possível a uma pessoa de a eles recorrer. Os tribunais podem também transferir a competência para conhecer litígios variados para organismos diferentes e dotar esses organismos de *poderes de decisão*. Têm, enfim, a possibilidade de modificar os pedidos que lhe são apresentados, de modo a dar-lhes um conteúdo mais amplo, mais restrito ou diferente daquele que tinham originalmente. Como se pode ver, os tribunais não dirimem apenas litígios; podem opor-se-lhes, facilitá-los, alterar o local em que serão apreciados e transformar-lhes os seus elementos.

O facto de se reconhecer a um organismo competência para conhecer de certas causas não significa que as causas vão poder apenas ser resolvidas por esse organismo[21]. Tal facto implica milhares de outros efeitos; as partes são incitadas a cumprir as suas obrigações, certos comportamentos são censurados ou, ao contrário, legitimados, o exercício de uma acção é encorajado ou tornado impossível, torna-se mais fácil ou mais difícil fazer uma apreciação sobre um determinado comportamento ou sobre a resolução que diz respeito a esse comportamento. Os efeitos assim produzidos não

são apenas "efeitos especiais" (*special effects*), que a decisão dada pelo foro produz sobre as partes envolvidas no litígio[22]; resultarão também "efeitos gerais" das informações prestadas pela jurisdição ou a elas relativas e da reacção que essas informações podem suscitar em terceiros que não sejam as partes[23].

Não é necessário, evidentemente, que esses efeitos gerais tenham sido queridos (ou previstos) pelo foro (ou pelas partes). As partes podem modificar o seu comportamento em razão do conhecimento que têm de um certo tipo de actividade do foro e podemos ver nessa circunstância um efeito geral, mesmo que o foro não tenha chamado a atenção sobre esse modelo e supondo, mesmo, que ele próprio não tenha tomado consciência disso. O foro pode procurar desenvolver alguns dos efeitos ligados à sua existência, projectando deliberadamente uma imagem da maneira como, em geral, ele se vai comportar. Qualquer que seja a imagem que pretende projectar, a transmissão por ele de uma imagem é apenas, evidentemente, um dos elementos a tomar em consideração. É necessário também, para apreciar os efeitos, colocarmo-nos do ponto de vista daquele que recebe a imagem. Quem vai receber as mensagens e que mensagens vão ser recebidas? Quem vai poder avaliar o seu alcance e tomar isso em consideração? Quem vai poder beneficiar das informações assim recebidas?

A relação existente entre tribunais e litígios resulta, assim, largamente, do facto de as informações serem difundidas. Os tribunais não produzem apenas decisões, emitem também mensagens. Estas mensagens constituem elementos que as partes vão aproveitar para tomar consciência dos direitos que lhes são reconhecidos, elaborar petições, apresentá-las, encetar negociações e fazer valer as suas pretensões tanto para se absterem de propor uma acção como para resistirem e fazerem com que a pretensão do adversário seja indeferida. De igual modo, os tribunais fornecem informações que vão permitir a uns regular o comportamento de outros (ou de se opor a regras assim estabelecidas). Como é que as partes, ou os autores possíveis de regras, vão utilizar os recursos assim postos à sua disposição? Isso depende, em certa medida, da sua cultura, das suas capacidades e das relações que têm uns com os outros. Pode

esperar-se, por exemplo, que um comportamento diferente venha a prevalecer nas negociações, se os interessados forem estranhos um ao outro e que não haja hipótese de continuar a haver entre eles qualquer ligação, (a este respeito um caso típico é constituído pelos litígios provocados pelos acidentes de viação) ou se, ao contrário, os interessados estão unidos um ao outro por uma relação de natureza duradoura. Podem observar-se também diferenças conforme as partes em presença tenham ou não uma mesma concepção da justiça ou, ainda, conforme haja ou não lugar a recear alguma sanção que se integre na sua relação[24]. Pode também esperar-se por um comportamento diferente quando uma das partes é dependente da outra. Do mesmo modo, a situação será diferente, conforme o diferendo se produza no âmbito de uma relação de carácter permanente ou esporádico, etc. ...

Do mesmo modo que as outras instituições, os tribunais têm muitas mais tarefas a cumprir do que meios que lhes permitam fazer face. Os organismos estabelecidos para fazer respeitar a lei não podem fazer respeitar o direito na sua globalidade. Os indivíduos não podem também fazer respeitar integralmente os direitos que possuem. Considerando as coisas de um ponto de vista formal, os tribunais podem resolver todas as espécies de causas no termo de um processo contraditório solene; na prática, todavia, a possibilidade de desempenharem esse papel só pode ser executada numa parcela de casos em que essa possibilidade lhes é reconhecida na teoria. O direito cobre um terreno mais vasto tanto como sistema de expressão de valores culturais e simbólicos, como complexo que permite realizar controlos com eficácia *(a set for operative controls)*. Acima de tudo, o direito afecta o nosso comportamento através de símbolos que nos dá a conhecer: ameaças, promessas, modelos que abarca, poder de persuasão, aprovação ou reprovação de certo comportamento, etc. ...[25]

De acordo com a sua natureza, os tribunais têm que vir em nosso auxílio (*kiss and tell*) e instruir-nos; pela própria força das coisas, todavia, eles instruem-nos mais do que nos trazem soluções. Na sua actividade convém distinguir duas coisas: o que eles fazem, por um lado, e o que eles pretendem fazer por outro. As mensagens

respeitantes a uma e a outra dessas actividades são transmitidas por uma variedade de canais com categorias diferentes de auditores, que não estão na mesma situação para receber essas mensagens e para lhes apreciar o sentido[26]. Diferem, por exemplo, no que diz respeito à sua capacidade de reconhecer, de forma matizada, o que os tribunais fazem na realidade e, portanto, da sua capacidade de avaliar os trunfos de que dispõem nas negociações. Há também a opinião de que os sistemas de dissuasão podem ter uma eficácia diferente em função da capacidade que têm uns e outros de apreciar a ameaça que eles comportam. Amadores ingénuos podem ser tentados a crer que o risco considerável de incorrer numa punição tem o mesmo efeito qualquer que seja o tipo de crime em causa; os profissionais, mais subtis, "fazem as distinções adequadas e... consideram a mensagem emitida num contexto sofisticado" antes de dizer como é recebida, de maneira mais específica e mais exacta, a mensagem de dissuasão[27]. Quando o papel dos tribunais se exerce por um processo de comunicação, o sistema é consideravelmente influenciado pelo facto de aqueles a quem uma mensagem se destina estarem mais ou menos aptos a serem informados; esta aptidão é muito variável[28].

Deixámos de olhar os tribunais simplesmente como locais em que são dirimidos diferendos e acabamos por os considerar como componentes dum sistema complexo, onde exercem apenas indirectamente uma influência na maneira como é resolvida uma variedade de litígios (que, por vezes, não deveriam ser assim qualificados). O problema posto pelo acesso à justiça não é, apenas, assim, permitir a todos recorrer aos tribunais; implica que se procure realizar a justiça no contexto em que se colocam as partes; nesta óptica, os tribunais só desempenham um papel indirecto e, talvez mesmo, menor.

Pode pensar-se que a importância relativa destes efeitos indirectos (comparados com os efeitos directos produzidos nos adversários) é maior nos Estados Unidos do que noutros países, onde o sistema de organização judicial é bastante pouco desenvolvido[29], mas onde há um grande número de juristas. Nos Estados Unidos, mais do que em numerosos outros países, o direito é concebido como uma questão do sector privado[30] e a resolução das suas

relações pelos particulares desempenha um papel predominante no universo jurídico.

III. O DIREITO VISTO ATRAVÉS DE RESOLUÇÕES DE ORIGEM PRIVADA

Na origem deste relatório, encarei o movimento para o acesso à justiça como um esforço que visa o aumento do fluxo de conflitos levados a organismos públicos apropriados, a fim de obter deles uma solução de justiça. Esforcei-me por mostrar que esta imagem de justiça, centrada nos tribunais estaduais, reflectia uma certa maneira de ver que se pode, *brevitatis causa*, designar por "centralismo jurídico"; nesta concepção, os organismos estaduais (e o que eles nos informam) estão no centro da vida jurídica e ocupam um lugar de "superioridade hierárquica"[31] em relação a outras instituições menos reguladas por normas, tais como a família, as "corporações", o meio dos negócios[32].

Não devemos procurar a saúde principalmente nos hospitais, nem a ciência nas escolas; não devemos, também, procurar a justiça nos organismos públicos destinados a fazê-la. Abrir o acesso à justiça, vendo bem as coisas, não significa simplesmente que se permita levar os conflitos a uma fonte de justiça estadual; o verdadeiro sentido do movimento é sobretudo conseguir introduzir mais justiça nas relações e transacções, em que os indivíduos estão envolvidos. Os homens não fazem apenas (nem principalmente) a experiência da justiça (ou da injustiça) quando recorrem às instituições patrocinadas pelo Estado; justiça ou injustiça encontram-se igualmente ao nível das instituições primárias onde se exerce a sua actividade; em casa, no local em que vivem, onde trabalham, no seu

meio de negócios, etc. ... (e nos vários organismos particulares de controlo que esses meios podem ter). As normas que são coagidos a cumprir e as sanções que comporta a inobservância dessas normas podem, em diferentes contextos, ser mais ou menos elaboradas, mais ou menos evidentes aos interessados, repousar mais ou menos num consentimento dado a essas normas, etc. ... *Brevitatis causa* falarei de "ordem espontânea" e de "direito espontâneo" (*indigenous orderings, indigenous law*), para designar esta regulamentação das relações sociais que emana da própria comunidade, quer dizer, que corresponde a um modo de comportamento reconhecido, ao qual nos conformamos na vida de todos os dias, na medida em que está sujeito a uma regulamentação[33]. Por "direito espontâneo" não entendo o sentimento difuso, que se pode ter aqui ou ali, da justiça, mas os modelos concretos de comportamento social que se impõem numa variedade de contextos sociais na sociedade americana: universidades, associações desportivas, locais de habitação, hospitais, etc. ...[34]. O "centralismo jurídico" fez-nos perder consciência de toda a importância que tem este "direito espontâneo"[35].

Um traço característico do mundo moderno foi o aparecimento desses complexos intelecto-institucionais, em que se resumem para nós os sistemas nacionais de direito. Os sistemas em questão são feitos de instituições, ligadas ao Estado, que são guiadas por um conjunto de normas eruditas (que as instituições ajudam a criar); essas normas enquadram e controlam os outros sistemas existentes na sociedade, impondo a esses organismos um conjunto de regras gerais[36]. As instituições assim criadas retomaram, substituindo-se-lhes, as regras de comportamento que outrora emanavam de um feixe de organismos na sociedade, de tal modo que os órgãos em questão parecem reduzir-se, doravante, a um mero papel subordinado e complementar[37].

Os outros organismos, entenda-se, continuam a existir. As instituições, procedimentos e actividades de ordem intelectual, que se encontram nos sistemas nacionais de direito, têm correspondência e existem estruturas análogas noutros locais da sociedade. Algumas dessas ordens jurídicas inferiores são relativamente independentes – num plano institucional e intelectual – do sistema nacional de direito; outras ficam dele dependentes de modos

diversos. Existe na sociedade uma multiplicidade de esferas ou de sectores, dotados de uma certa autonomia[38] que estão organizados no âmbito de uma determinada área geográfica, no âmbito de um certo tipo de actividade ou que interessam à vida familiar. Ora se trata de grupos primários, no seio dos quais se estabelecem relações directas, imediatas e difusas; ora se trata de complexos (tais como redes de negócios), no seio dos quais se estabelecerão relações indirectas, mediatas e especializadas.

A investigação jurídica teve tendência para se colocar, ao considerar estas questões, no interior do sistema jurídico estadual, confirmando a pretensão que tem o direito estadual, de se situar no topo de uma hierarquia e de controlar todos os modelos de comportamento que podem ser impostos na sociedade por outras fontes de direito. Um dos méritos da sociologia jurídica foi redescobrir, em varios domínios, este outro hemisfério do mundo jurídico[39]. Assim, tomou-se de novo consciência que o direito, na sociedade moderna, é mais pluralista do que monolítico[40]; ele emana quer dos particulares quer dos poderes públicos e o sistema nacional do direito desempenha frequentemente apenas um papel secundário, mais do que um papel essencial, nas relações sociais[41]. Sempre que pomos de parte a ideia de que o direito é, pela sua natureza, um sistema estadual, unificado, que intervém directamente para governar a vida social, torna-se-nos possível encarar o problema do acesso à justiça de uma maneira nova, tendo em conta a relação que existe entre o imponente sistema do direito estadual (oficial, nacional) e as regras, menos orientadas pela ideia de coacção, daquilo que eu designei por "direito espontâneo". A relação entre os dois tipos de regras de direito fica obscurecida quando nos apresentam o direito estadual a regular tudo, a existir só por si, a exercer um controlo omnipresente[42]. Esta concepção que vê no direito instituído pelo Estado um bloco monolítico que abarca tudo – um "sistema" que se basta a ele próprio – não corresponde à realidade; é o produto de uma ideologia que prevaleceu em determinada época histórica. Nas sociedades de hoje, como nas de todos os tempos, a regulamentação das relações sociais pelo direito tem um carácter menos uniforme, o direito é um tecido feito de peças variadas[43].

Os fanáticos do centralismo jurídico não têm senão desprezo por essas ordens inferiores de regras. Para eles, estas ordens inferiores perderam a sua importância com o desenvolvimento do Estado e/ou do capitalismo, de tal maneira que não representam mais do que um vestígio do passado, ou foram remetidas para último plano[44]. A meu ver, há aí um profundo erro. Direito espontâneo e direito estadual não devem ser olhados como constituindo uma alternativa, nem como correspondendo a duas etapas no desenvolvimento da sociedade; a sociedade moderna determina e vê multiplicar-se um e outro. As instituições estaduais tornam-se elas próprias lugares onde emergem regras de direito espontâneo: testemunho disso são as regras não formais estudadas por Blau[45], que se estabeleceram nos organismos públicos e que determinam a maneira e em que medida esses organismos vão impor o direito estadual. Stinchecombe insurge-se num artigo cheio de interesse, contra o cliché intelectual segundo o qual as relações no interior de uma comunidade se degradam, à medida que aumenta a regulamentação formalista, impessoal e técnica das relações em sociedade[46]. Stinchecombe define as comunidades como grupos sociais dominados por um sentimento de solidariedade, de primazia dos interesses comuns e por uma tendência para resolver os conflitos no interior do grupo olhando mais para aqueles que pedem justiça do que para as regras técnicas[47]. Segundo este autor, as comunidades assim definidas vêem-se mais reforçadas do que minadas pelo progresso de uma organização formalista.

"A solidariedade que une os membros de uma determinada sociedade depende, estreitamente, da medida em que essa comunidade é dotada de uma estrutura formalista. Uma organização formalista é útil para dar aos grupos primários um ambiente homogéneo, para proteger a sua integridade, enquanto pequenas unidades, e para preservar o sentimento de solidariedade produzindo regras que impeçam a sua exploração. Pode garantir a representação dos grupos encarados como um todo, cujo destino deve ser olhado também como comum; realiza experiências de socialização a uma escala supralocal e dá um apoio às elites culturais do grupo"[48].

A sobrevivência e o desenvolvimento do direito espontâneo nos Estados Unidos de hoje permanecem na sombra aos olhos daqueles que querem descobrir uma *Gemeinschaft*, de alcance geral e de natureza autónoma, pura de qualquer organização formalista, que englobaria no seu seio os indivíduos, integrando todas as manifestações da sua existência. O que podemos observar é antes de mais a existência de uma multiplicidade de associações e de redes que se recortam e se interpenetram num mesmo domínio e apresentam um carácter simultaneamente mais fragmentado e menos global do que essa visão ideal de *Gemeinschaft*. Na maior parte dos casos, Danzig e Lowy chegaram a esta conclusão[49]: trata-se mais de "redes socioeconómicas do que de grupos encerrados em fronteiras". Estas comunidades de natureza restrita, cujos membros estão unidos por laços informais (e por vezes também por processos formalistas de comunicação), estão na origem de muito do que a nossa vida é feita nas relações de família ou de parentesco, nas relações de trabalho e de negócios, nas relações de vizinhança, nos desportos, na religião, na política. Os interessados têm consciência, a diversos níveis, que aqui existem regras, as quais estão mais ou menos de harmonia com as do direito estadual. É um domínio em que reina uma interdependência, organizada em conformidade com regras tácitas de coexistência ou, por vezes, por códigos mais precisos. Nem sempre se vêem as coisas da mesma maneira, mas sair da comunidade é uma aventura perigosa. Podemos, assim, ter abandonado a ideia de uma comunidade que regulasse integralmente a sua vida em relação aos seus membros, mas não é por isso que estamos condenados a viver num mundo em que só existiriam pessoas isoladas, chamadas unicamente a defender os seus interesses individuais umas contra as outras. O nosso mundo é feito, em larga medida, de comunidades fragmentadas, apenas existindo com um objectivo limitado, unidas por laços bastante frágeis, e cujas actividades podem entrecruzar-se. Vendo as coisas sob este ângulo, estamos cada vez mais submetidos a um direito espontâneo à medida que se desenvolve o direito estadual.

A análise feita por Mnookin e Kornhauser do modo como se negoceia nos casos de divórcio, "à sombra da lei", ajuda-nos a repudiar a concepção centrípeta do direito e convida-nos a orientar

o movimento para o acesso à justiça, mais do que sobre os tribunais, sobre os modelos de comportamento estabelecidos fora das autoridades estaduais. A conclusão que esses autores extraem do seu estudo é que "a função primária do direito (estadual) deveria ser a de facilitar as regulamentações privadas e a resolução privada dos conflitos"[50].

O facto de o seu estudo ter incidido sobre os casos de divórcio influencia significativamente a análise que fazem das outras relações de direito privado; por regulamentação privada entende-se que as partes vão "criar o direito que convém à sua situação", não sendo o direito outra coisa senão a expressão das suas preferências. O que dissemos do direito espontâneo deixa-o, todavia, entender: uma resolução de natureza privada pode ser mais do que um regime jurídico ad hoc, estabelecido por pessoas em conflito considerando a sua situação. Nem sempre estão em causa dois indivíduos cuja relação possa ser tratada isoladamente; os interessados podem fazer parte de um grupo ou de uma rede (ou aderir a um grupo ou rede) que tem as suas próprias regras e os seus próprios padrões. Os pedidos em que se trata de determinar se um produto é de uma qualidade aceitável, ou que põem em jogo o princípio da "liberdade académica", ou que exigem a decisão de um árbitro, não podem ser reconduzidos à simples ideia de que se vai, em relação aos interessados, "criar o direito que lhes convém". Em todos estes casos, encontramos, na base da decisão que é tomada, quer uma adesão, quer uma actividade regulamentar; referimo-nos a dados jurídicos já existentes, não é suposto estabelecer-se uma nova norma. O estabelecimento de um corpus juris e a constituição de um edifício jurídico são tipos de actividade relativamente pouco frequentes (e estes tipos de actividade raramente partem do zero); a nossa procura da justiça traduz-se, a maior parte das vezes, numa simples adesão.

Sempre que negociações e resoluções se inserem em conjuntos de normas e de sanções modelo a que chamámos "direito espontâneo", somos tentados a reconhecer, em todo este sistema, uma natureza um tanto diferente. Mnookin e Kornhauser, ao falarem de "bargaining in the shadow of the law", levam a pensar que o direito

se encontra no próprio acordo que vai ser concluído: os adversários parecem reencontrar-se num espaço em que não há estruturas normativas (ou no qual as estruturas existentes são deixadas à sua escolha, em função daquilo que eles preferem). O quadro que tenho em vista, ao contrário, é um quadro em que existe uma penumbra de direito espontâneo. Em muitas ocasiões, regras e sistemas de controlo estão já instituídos de forma palpável fornecidos pelo direito espontâneo, enquanto o direito estadual está longínquo e enquanto a sua intervenção é problemática e só pode ser encarada para um período determinado. (Cf. assim os homens de negócios que Macauly[51] descreveu, ou o típico conflito que pode surgir numa universidade). Nestas ocasiões, seria mais exacto dizer que a relação entre os interessados põe em jogo "uma regulamentação jurídica que se situa na sombra de uma ordem espontânea"[52].

Não se descreve correctamente a relação existente entre direito estadual e ordem espontânea, dizendo que o primeiro faz obstáculo ao segundo e o exclui, ou considerando que há uma relação de superioridade entre um e outro, devendo o segundo conformar-se ou dar efeito às estipulações do primeiro. A intervenção do juiz, que deve aplicar fórmulas oficiais, não tem, necessariamente, por efeito enfraquecer o alcance dos controlos, que estão previstos pela ordem espontaneamente estabelecida. Zald e Hair, por exemplo, mostram-no: as restrições introduzidas pelos juízes no princípio de que as obras de caridade não incorrem em responsabilidade (*doctrine of charitable immunity*) e o facto de aos hospitais vir a ser imputada uma responsabilidade em caso de "negligência" constituíram um estímulo em relação "aos organismos públicos e privados aos quais incumbe estabelecer regras modelo (trata-se, por exemplo, da *Joint Commission on Accreditation of Hospitals*). Foi preciso a estes organismos rever as suas regras e prever novas sanções para que os hospitais dessem cumprimento à nova regulamentação estabelecida pelos tribunais[53]. Macaulay mostra, também, como a intervenção dos poderes públicos, na área de relações entre os fabricantes de automóveis e os seus revendedores locais *(dealers)* teve por efeito um aumento, mais do que uma diminuição, de regras de natureza privada que regulam essas relações[54]. O estudo de Randall sobre a censura de filmes cinematográficos revela, também, como foram

instituídos controlos na indústria do cinema para ter em conta o controlo que o direito estadual exercia e para evitar uma extensão desse controlo[55].

Não procuro, de modo algum, inverter a situação e transferir para o direito espontâneo a posição predominante que actualmente ocupa o direito estadual. O que pretendo mostrar é que a relação entre um e outro não é constante e levanta problemas. O direito espontâneo é afectado de várias maneiras imprevistas pelos desenvolvimentos que se produzem no direito estadual; mas, de igual modo, a existência de resoluções privadas pode dar um sentido e um efeito diferentes ao direito estadual[56].

IV. O ACESSO À JUSTIÇA NUM MUNDO QUE REPUDIOU O CENTRALISMO JURÍDICO: UM DIÁLOGO ENTRE SOMBRAS

O que nos pareceu mais evidente na primeira parte deste relatório é a existência e a força de uma corrente centrífuga tendente a resolver os conflitos sem que haja recurso aos tribunais estaduais. A segunda parte do meu relatório mostrou-nos que os interessados ao afastarem-se dos tribunais não se aventuravam em terreno desprovido de regulamentação jurídica e que, bem ao contrário, o terreno em que penetravam comportava toda uma série de camadas e de centros de direito espontâneo. Vivemos num mundo em que uma corrente centrífuga afasta dos tribunais as partes num conflito e em que deve ser reconhecida a importância ao fenómeno do direito espontâneo. Que conclusões convém tirar destas observações respeitantes à nossa investigação e ao programa de acção que pretendemos estabelecer? Uma primeira reacção poderia ser a de considerar que a actividade dos tribunais estaduais não constitui um facto determinante e que ela não permite julgar em que medida a maior parte das relações e transacções sociais são ou não conformes à justiça. Facilitar o acesso aos tribunais pode ser bastante menos importante, para fazer imperar a justiça, do que outras transformações (reforma agrária, ensino gratuito, melhoramento de estradas e de meios de transporte) que permitirão a populações rurais escapar ao domínio dos proprietários das terras. A igualdade que se pretende tem poucas possibilidades de ser obtida através de uma simples readaptação da máquina judicial. As reformas que se

podem realizar neste domínio, para igualizar recursos e possibilidades, não produzem automaticamente efeitos. Depois de se terem realizado, levantam-se problemas, relativos à sua efectiva instituição, conflitos igualmente em relação àqueles que delas devem beneficiar; pode apenas presumir-se que, doravante, se torna mais fácil aos interessados recorrerem aos tribunais para todas as espécies de conflitos. A maneira como os tribunais estão organizados e como funcionam não é um factor essencial para determinar se a justiça impera ou não, quanto ao fundo, numa sociedade; daí não resulta, todavia, que a organização dos tribunais e dos processos judiciais não mereça a atenção daqueles que estão preocupados com a justiça e em facilitar o acesso à justiça.

A persistência na sociedade de um direito espontâneo pode dar lugar a duas reacções diferentes; alguns lamentarão as insuficiências deste direito, outros verão aí, com esperança, uma promessa para o futuro.

Os primeiros alegarão que o direito espontâneo não é sempre a expressão de um igualitarismo harmonioso. Muitas vezes constitui o reflexo de ideias limitadas e é posto ao serviço de interesses mesquinhos; corresponde, muitas vezes, a estruturas sociais desiguais e não oferece mais garantias do que as que se encontram nos tribunais estaduais. A existência de um direito espontâneo constitui, em consequência, uma razão para redobrarmos esforços no sentido de introduzir o princípio da legalidade, tal como é concebido pelas autoridades públicas, em todos os recantos da vida em sociedade (sem perder de vista a necessidade de realizar reformas para que, conforme as promessas feitas, o princípio da legalidade conduza a que todos beneficiem da justiça)[57]. Falou-se muito, em várias épocas, do custo e de outras razões que podem constituir obstáculo a que o direito estadual realize uma justiça perfeita. O movimento para o acesso à justiça esforçou-se de facto, em larga medida, por encontrar meios viáveis para reduzir as despesas, o formalismo, os incómodos, os prazos e outros inconvenientes, que impedem a justiça estadual de ser nos factos tão perfeita quanto se desejaria. Outros, reagindo em sentido oposto, quererão pôr fim à complexidade que se verifica nas estruturas

actuais do direito e esforçar-se-ão – digamo-lo cruamente – por reduzir a zero o direito estadual, para pôr em seu lugar um direito espontâneo (melhorado e purificado). Tanto nos países industrializados como nos países subdesenvolvidos, foram feitas propostas nesse sentido: têm por objectivo estabelecer (ou restabelecer) tribunais de acesso fácil que administrarão, sem nenhum formalismo, uma justiça plenamente conforme ao sentimento da comunidade. Pelo menos algumas das experiências que se tentaram neste sentido foram tristemente insucedidas: Os Nyaya Panchayats que foram estabelecidos na Índia nos anos 1950 e 1960 parecem, assim, estar moribundos[58].

Talvez isso se deva a uma execução defeituosa, mais do que a um vício que afectaria a própria concepção de base. Muitos organismos "de alternativa" em que se pensou para substituir os tribunais foram, todavia, do mesmo modo, insucedidos (excepto o caso em que se tratava de organismos oficiais, aos quais se era obrigado a recorrer); é-se levado por isso a pensar que se colocam difíceis problemas para instalar um tribunal que esteja em plena harmonia com os desejos da comunidade[59].

Não percamos tempo, todavia, em considerar aqueles que foram mal sucedidos e vejamos antes uma experiência que teve êxito. As Comissões Sociais de Conciliação na Polónia (C.S.S.), que Kurczewski e Frieske nos deram a conhecer[60], oferecem o exemplo sedutor de um tribunal que emana de um grupo social, ao qual recorrem os membros desse grupo, que não usa da coacção e que decide em conformidade com valores reconhecidos por esse grupo. Este modelo de "autogestão na justiça" – para usar a expressão de Kurczewski e Frieske – constitui o melhor exemplo que podemos encontrar de um "direito espontâneo" aplicado sob a égide dos poderes públicos. Quando se avalia esta experiência, parece, todavia, que convém reconhecer que o direito espontâneo só pode pretender substituir-se ao direito estadual com algumas reservas. O direito espontâneo, como qualquer espécie de direito, levanta um problema: o de encontrar sanções eficazes para as regras que são estipuladas. Se não se der ao tribunal poderes de coacção (como acontece com as C.S.S.) é necessário determinar que método

utilizar contra aqueles que são indiferentes à opinião do grupo, para os obrigar a recorrer ao tribunal ou a conformar-se com a decisão deste.

Há aí um problema complicado quando o meio em causa é composto por indivíduos que têm culturas diferentes. As pessoas (estudantes, trabalhadores) podem habitar num mesmo local, e ter interesses comuns, mas não ter a mesma cultura. As ideias sobre a civilidade, o ruído, a atitude em relação ao trabalho, a educação das crianças, etc. podem ser diferentes entre pessoas que, fora isso, têm relações frequentes uns com os outros. A pressão do direito comunitário é limitada quando a comunidade que esse direito pretende regular é heterogénea e os seus membros têm diferentes maneiras de ver e de viver.

Os conflitos de maior interesse podem, por outro lado, não surgir na comunidade, mas implicar entidades, que não apenas podem ser heterogéneas mas que podem ser de tipos e dimensões diferentes. Os casos mais importantes, nos quais se tem o sentimento de ser vítima de uma injustiça, podem implicar pessoas colectivas – de direito público ou de direito privado – que não são sensíveis aos efeitos de persuasão ou às ameaças de sanções da comunidade[61]. Um traço característico da nossa época é, de facto, a elevada proporção de relações e conflitos que se produzem entre as partes de diferentes dimensões[62].

Podemos ter dúvidas sobre a eficácia do direito espontâneo; podemos também recear que seja, ao contrário, em certos casos, demasiado efectivo. A coacção exercida por uma comunidade não organizada corre o risco de ficar desprovida de graduações e mal adaptada às circunstâncias[63]. Nem todas as comunidades respiram um ambiente harmonioso e nem todas estão impregnadas por um espírito de igualdade; frequentemente o direito espontâneo brota em presença de gritantes disparidades de poder. O direito espontâneo pode, por definição, ter o mérito de ser um direito familiar, compreensível, e não necessitar da intervenção de profissionais. Aprovar indiscriminadamente tudo o que é direito espontâneo seria todavia ingénuo, porque se aprovariam simultaneamente estruturas desiguais e de exploração dos homens e estruturas democráticas de

participação. Portanto, se o que nós queremos é proteger os indivíduos e conferir-lhes poderes no âmbito das suas relações sociais, o estabelecimento de tribunais ou outros organismos de resolução de conflitos que deveriam aplicar o direito espontâneo de diversas comunidades, só pode ser olhado quando muito como um programa incompleto.

Não se pode abandonar, sem reserva, uma ou outra das reacções que nós considerámos. Mas será possível comprometermo-nos simultaneamente, sem mais, numa e noutra das vias que nos são assim abertas – ou ver na sua combinação a possibilidade de algum progresso? Como é hábito, faz-se aqui o apelo à procura de uma solução de síntese. Destronar e desmantelar o direito estadual por um lado, fazer absorver este direito pelo direito espontâneo, por outro: estas duas soluções não nos parecem nem realizáveis, nem mesmo atraentes. Não será possível, todavia, que direito oficial e direito espontâneo venham a enriquecer-se um ao outro, cada um deles trazendo uma solução às fraquezas do outro? É fácil apoiar um tal diálogo ou uma tal interacção, preconizar uma "via intermédia", mas é difícil descrever como o conseguir. Parecem impor-se algumas direcções em relação à investigação e diversas possibilidades em relação à política jurídica, se quisermos enveredar por tal via; proponho-me indicá-las aqui.

Pode acontecer que negligenciemos um pouco várias fontes de inspiração, em virtude da nossa formação profissional. Esta não nos leva a considerar verdadeiramente o direito espontâneo como um receptáculo de valores; vê mais aí um conjunto de materiais brutos que necessitam de ser refundidos, seleccionados, ordenados, disciplinados pelo que é verdadeiro direito[64]. Desde sempre a relação existente entre o direito e os outros tipos de regras de conduta em sociedade constituiu um problema fundamental para aqueles que se interessam pelo tema da ordem social. Todos os sistemas de direito devem fazer face ao problema do lugar que deve ser dado aos vários outros tipos de normativos com os quais devem coexistir na sociedade: haverá que reconhecer a esses normativos uma certa esfera de autonomia, deve reconhecer-se a autoridade das regras que eles comportam? O direito estadual, na sua autoridade,

vai dar um lugar a essas ordens menores, ou limitar-se-á a exercer sobre elas um controlo, ou irá ao ponto de as suprimir? O centralismo jurídico constitui uma das respostas possíveis a esta questão geral da ordem social; pôr em causa o centralismo jurídico obriga a perguntar que outras soluções poderiam ser dadas ao problema[65]. Julgo que a história e o direito comparado são, a este propósito, ricos de experiências variadas; o pouco que pude descobrir a este respeito bastou para me colocar em presença de uma gama de modelos muito diversos.

O melhor exemplo de relações, conhecido e estudado, entre normativos concorrentes, é fornecido pela relação que se estabelece entre direito e religião; o direito estadual está aqui em rivalidade com uma instituição dotada de personalidade moral, que tem a sua própria tradição, exposta por autores especializados, e mesmo de uma doutrina própria respeitante às suas relações com o direito estadual. Nos países do Ocidente, as relações entre a Igreja e o Estado constituem o problema clássico a propósito do qual fomos levados a considerar a pluralidade de normativos. Foram elaboradas várias teorias relativamente ao modo como o direito canónico deveria ser tratado pelo direito estadual[66] e o direito do Estado pelo direito da Igreja; abundante literatura tratou dos conflitos que se produziram e das relações de coexistência que se estabeleceram a este respeito.

Outros sistemas de direito puderam encarar este mesmo problema de um modo diferente do ocidental. O direito hindu clássico, para dar um exemplo sobre o qual me debrucei, pode ser citado como tendo consagrado um método original, combinando elementos hábeis, ditados por profissionais, com outros elementos não escritos, que reflectem os pontos de vista de pessoas que não são juristas. Não só as compilações de direito existentes estipulam regras que são diferentes para diversas categorias de indivíduos, como incorporam e comprovam toda uma série de regras de que não reproduzem os termos. Qualquer comunidade – corporações de comerciantes, guildas de artesãos, castas, famílias, seitas, aldeias – está no direito de formular e aplicar os seus costumes ou regras acordadas. Quando as causas, que envolviam uma dessas comu-

nidades, eram levadas aos Tribunais régios, deviam ser resolvidas conforme os usos da comunidade. (O costume que devia ser aplicado não era necessariamente um costume antigo e não era imutável. Reconhecia-se de modo geral às comunidades o poder de modificar o costume e de criar novas regras de conduta de natureza obrigatória). O príncipe sabia que no caso de litígios entre comerciantes, artesãos, camponeses, membros de uma seita, e outros membros de determinado grupo, era impossível para qualquer um que não fosse membro do grupo em questão, dar uma decisão correcta[67]; estes casos deviam, por conseguinte, ser regulados fora do Tribunal régio pela assembleia da guilda, da aldeia, da casta, etc. ... Cada comunidade tinha direito a que os seus usos fossem reconhecidos e a que o seu respeito fosse imposto pelas autoridades reais; textos jurídicos mais elaborados – era reconhecido – e de um mais alto nível só eram aplicados se os adversários não estivessem ambos sujeitos a um corpus de direito consuetudinário[68].

Na Índia os governantes, segundo a tradição, tinham e exerciam um poder geral de controlo sobre todos os órgãos de decisão inferiores. Não impunham, todavia, de modo sistemático a estes últimos a aplicação do "direito nobre" *(higher law)* descrito nas compilações. Este direito impunha-se porque as ideias que o inspiravam e as suas técnicas (umas e outras ocasionalmente semelhantes às das ordens inferiores) infiltravam-se nas ordens jurídicas inferiores, ou eram mesmo recebidas de modo consciente por várias comunidades. Os elementos mais nobres e dotados de maior autoridade (*dharmasastras* e direito estadual) do sistema jurídico e os elementos de menor alcance (costume local ou costume de um grupo) não estavam na relação burocrática de superior para inferior. A relação existente entre os dois tipos de direito evocaria mais a relação que pode existir entre a alta costura e as secções de moda dos grandes armazéns, ou aquela que existe entre as nossas prestigiosas universidades e os mais modestos colégios, do que a semelhança com o controlo hierárquico que, nos nossos espíritos, está associado à ideia de direito[69]. Os exemplos aqui dados não foram escolhidos por mim em função de uma preferência pessoal por esta ou aquela solução, mas simplesmente para mostrar que mesmo na hipótese em que existe um corpo de

direito altamente respeitado e complexo, não se considera necessariamente que haja lugar para eliminar e subalternizar as ordens jurídicas de menor importância. A coexistência com essas ordens jurídicas pode ser concebida e executada de modo diferente. Tivemos tendência para negligenciar o direito espontâneo; estas referências à história e ao direito comparado podem servir para nos fazer compreender o que ele representa e para nos deixar entrever algumas possibilidades de desenvolvimento que lhe atribuem um novo papel. Não se trata de modo algum de uma questão esotérica, estranha às condições que prevalecem nas sociedades modernas; para o demonstrar quero ainda apresentar um exemplo tirado do direito comercial americano dos nossos dias.

O "Uniforme Commercial Code" é o produto de um esforço consciente (feito por iniciativa de Karl Llewellyn), com o objectivo de estabelecer uma síntese entre o direito formal e os usos do comércio: o direito material devia anexar-se às regras admitidas pela melhor prática comercial e devia, por sua vez, constituir um modelo para que essa prática se desenvolva e melhore[70]. As regras do Código, redigidas em termos gerais e facilmente compreendidas pelos homens de negócios, constituiriam um quadro para uma regulamentação que emana dos próprios meios comerciais, regulamentação que os tribunais observariam com atenção para esclarecer o sentido das fórmulas gerais utilizadas no Código. O Código serviria assim aos meios de negócios para elaborar, num diálogo com os tribunais, um direito corporativo; os tribunais não seriam os intérpretes de um direito imposto pelas autoridades, mas antes os aplicadores e os críticos dos usos desenvolvidos nos meios do comércio[71]. Nenhum estudo se referiu ao sucesso da política assim traçada, de instituir entre o direito material e o direito corporativo, uma relação sinergética[72]. Reconheço que se pode ter algum cepticismo devido ao facto do código nem sempre parecer ter compreendido bem as caracerísticas próprias dos litígios comerciais. Não parece assim, ter apreciado na sua justa medida a importância de factores não normativos, tais como, as custas ou a existência de relações instituídas entre as partes, nem o lugar que é dado aos processos judiciais segundo os usos do comércio[73].

As lições que se podem extrair do estudo da história e do direito comparado devem levar-nos a compreender melhor como existe e opera um direito espontâneo na sociedade americana dos nossos dias. Se quisermos estudar, de modo sistemático, este direito espontâneo convém perguntar em que condições e em que meios tal direito é criado. Sob que características se apresenta: normas substantivas, processos mais ou menos rígidos, maior ou menor participação dos membros do grupo, etc...? Os meios para os quais é feito esse direito espontâneo não são grupos completamente isolados; estão integrados numa ordem jurídica complexa mais vasta, que é preciso ter em conta. Desde logo, como é concebida a relação entre a regulamentação pelos grupos e a regulamentação emanente dos poderes públicos: quais são as relações entre o direito estadual e a actividade regulamentar dos grupos? Esta última refere-se ao direito estadual ou copia-lhe as regras, as sanções, o estilo que vão ser os seus? A literatura existente proporciona-nos estudos sobre o direito espontâneo emanente de diversos grupos[74]. Estes estudos ilustram a expansão e a variedade consideráveis destes "domínios sociais semiautónomos" numa determinada sociedade. A conclusão a tirar é que qualquer progresso na nossa compreensão do modo como funciona o direito estadual implica que sejamos melhor informados sobre o direito espontâneo.

Estudar os diferentes domínios que comporta o direito espontâneo leva a perguntar qual irá ser a seu respeito a reacção dos tribunais estaduais. Como é que estes (e os outros organismos públicos) exercem a sua fiscalização e como é que impõem o respeito de certos princípios àqueles que concluem acordos ou que estabelecem regras nas várias comunidades? Um bom ponto de partida para esse estudo poderia ser o de analisar como é que os juízes se comportam em relação aos esforços de conciliação tentados pelos adversários perante eles quando tiver sido iniciado um processo[75].

Uma primeira análise do que foi escrito denota uma oposição flagrante entre as hipóteses em que os tribunais são chamados a intervir; e o caso, por exemplo, das *class actions*[76] nos tribunais federais e é também o caso da conciliação "ad hoc" que prevalece

obrigatoriamente sempre que os tribunais não são chamados a exercer a sua fiscalização (como acontece em numerosas acções contratuais ou de responsabilidade que podem apresentar-se aos tribunais federais)[77]. No primeiro caso são estabelecidos processos formalistas (audiências prévias, disposições que garantem a lealdade das discussões, possibilidade de recurso); estes processos desaparecem no segundo caso, em que se tem em vista a rapidez. Como é que os processos são resolvidos quanto ao mérito no primeiro e no segundo casos e o resultado final será diferente do que teria sido se tivessem sido apresentados nos tribunais?[78].

Aqueles que estudaram esta questão não estão de acordo sobre o facto de existirem diferenças entre os casos em que os conflitos são resolvidos por meio de um acordo amigável e aqueles que são resolvidos por uma decisão judicial[79].

As regras que seriam aplicadas pelo juiz verificar-se-ão também nas transacções amigáveis? Em que medida a possível intervenção do tribunal afecta a actividade dos mediadores[80]? As soluções em que se estabelece um acordo podem considerar-se, não apenas do ponto de vista do seu efeito quanto às partes que são imediatamente envolvidas, mas também do ponto de vista dos efeitos de carácter mais geral que podem daí resultar: aqueles que estabelecem regras de natureza privada não só recebem mas também podem transmitir mensagens ou um capital jurídico, que servirá de base para a resolução dos conflitos no futuro. Idênticas questões se colocam, se tivermos em vista a atitude dos tribunais em relação à actividade de resolução dos grupos privados[81].

O problema do acesso à justiça leva-nos assim a conceber um tipo de investigação *(impact research)* que se distingue sob vários e importantes aspectos do que foi feito até aqui[82]. Até aqui tomámos como ponto de partida, para estudar os efeitos que produzem, as decisões doutrinais dos tribunais superiores e perguntámos se a prática seguida por outros organismos (tribunais inferiores, conselhos de administração das escolas, polícia, etc. ...) estava harmonizada com essas decisões doutrinais. O que nos interessa não é apenas saber qual é o efeito de tais decisões doutrinais, mas também saber que consequências têm quanto à administração da justiça, elementos

tais como as despesas que os processos implicam, as soluções que se podem obter, os prazos, a incerteza dos resultados, os requisitos da capacidade para agir, o pudor ligado àquele que vai a juízo e todos os outros componentes da mensagem global, que os tribunais dirigem à sociedade; os tribunais de primeira instância *(trial courts)* devem ser aqui tomados em consideração, bem como a dos tribunais de segunda ou terceira instâncias, a conciliação não formalista e as negociações entre particulares tanto quanto as decisões judiciais. O que os tribunais nos dão não é uma doutrina algo imperfeita, é todo um conjunto de mensagens de que se vai beneficiar quando se apresentarem (ou contestarem) pedidos, quando se encetarem (ou quando se recusarem encetar) negociações, quando se fixa uma resolução ou quando se opõe a essa resolução.

Tal investigação sobre os elementos que afectam a justiça *(impact research)* permitiria aos tribunais perceberem eles próprios as consequências que os modelos por eles estabelecidos produzem (em matéria de *discovery*, de acordos realizados em justiça, soluções) bem como as suas decisões doutrinais. Que efeitos de carácter geral resultam da rotina quotidiana dos tribunais bem como das regras solenes que estabelecem na ocasião? Uma melhor informação a este respeito permitiria aos tribunais apreciar melhor as consequências que a sua actividade pode ter[83]. Deve admitir-se sem dúvida a esse propósito um limite para além do qual a introspecção correria o risco de se tornar um handicap para os tribunais; não penso, contudo, que estejamos actualmente próximos desse limite. Em resumo: o problema do acesso à justiça não deve considerar-se como apenas ligado aos processos judiciais. Não devemos perguntar simplesmente como se pode recorrer aos tribunais e como é que eles julgam. Devemos tomar em consideração não apenas as suas mensagens, mas também as estruturas de base que servem para transmitir essas mensagens, com a distinção por exemplo entre jurisdições de primeira instância (*trial courts*) ou de recurso (*appellate courts*). O nosso programa de reforma poderia utilmente estender-se às alterações feitas a título experimental, na organização judiciária e nos processos de transmissão de mensagens (por exemplo, com a utilização da televisão para ver como se desenrolam os processos).

Aguardando o resultado destas investigações e experiências, a maneira de abordar a questão, por nós sugerida, pode servir para nos acautelar contra alguns perigos. Leva-nos a pensar, por exemplo, que o custo de certos tipos de processos não constitui um factor suficiente para determinar uma política, porque algumas vantagens podem resultar desses processos. Para além das vantagens que o vencedor pode beneficiar (indemnização, reconhecimento dos seus direitos, etc. ...) podem daí resultar outros elementos positivos para o próprio vencido (que teve o seu "day in court") ou para outras pessoas que podem também ter sido vítimas de comportamentos imputados ao réu. A decisão dada pode produzir uma série de efeitos que interessam a um grande número de pessoas: dissuasão, aprovação de determinada conduta, etc. ... A maneira de abordar a questão, por nós sugerida, pondo em primeiro plano a decisão dada pelos tribunais, leva a pensar igualmente que, sempre que se trate de fixar a competência dos diferentes tribunais existentes, não devemos perguntar apenas qual o tribunal melhor qualificado e mais apto para resolver um determinado tipo de conflitos. Se se admitir que a actividade dos tribunais pode ter frequentemente efeitos tardios e indirectos, é possível que os tribunais possam ser mais úteis à sociedade fazendo menos bem o seu trabalho do que fazendo-o melhor.

V. CONCLUSÃO

Vendo as coisas pelo lado errado do binóculo, o problema do acesso à justiça não procura apenas que se considerem os conflitos que são levados aos tribunais estaduais; é necessário, para tratar convenientemente este problema, analisar a influência que a actividade dos tribunais pode ter no que diz respeito à conclusão de acordos ou de resoluções, num mundo em que a vida social é regulada, em larga medida, por normas que não emanam de poderes públicos. As escolas podem desempenhar um papel importante ao criar, transmitir e difundir os conhecimentos, mas não é apenas nas escolas que se aprende. O que nos parece mais importante nas escolas é a maneira como elas podem preparar-nos para aprendermos fora delas; não devemos também avaliar os tribunais atendendo ao facto de conseguirem ou não tornar-nos aptos a reconhecer e fazer imperar a justiça fora do seu recinto? Se o admitirmos e se a actividade dos diferentes tipos de organismos judiciais estaduais deve ser julgada considerando os efeitos que produz na "justiça espontânea", daí resulta que um inquérito relativo ao acesso à justiça deve ocupar-se desses efeitos. Os nossos conhecimentos têm bastantes lacunas e os nossos conceitos são rudimentares a este respeito; sabemos todavia o bastante para nos darmos conta que esses efeitos não são nem medíocres nem evidentes, e que numa medida importante dependem das possibilidades que os indivíduos em conflito têm e das relações que existem entre esses indivíduos.

Combinados a estes factores externos, os processos judiciais podem ter efeitos que, por não serem aparentes, não são menos

importantes. Modelos de decisão, que procuram estabelecer um equilíbrio individualizado entre considerações concorrentes, podem assim conferir uma vantagem não desejada àquele dos adversários mais capaz de assumir um risco. O receio dos riscos aumenta na medida em que o que está em jogo pode representar para uma pessoa uma parte maior da sua fortuna ou do seu rendimento[84]; a parte que for mais rica, será, em consequência, muitas vezes, a mais disposta a correr o risco de um processo e gozará da vantagem nas negociações encetadas para evitar um processo cujo final seja incerto. Se quisermos realizar a igualdade nas condições de acesso à justiça, convém, portanto, procurar que tipo de disposições poderiam impedir ou compensar os elementos activos ou passivos inaceitáveis, que podem existir, modificando os dados, ao lado do "fundo de justiça" representado pelas decisões judiciais. Em que medida tribunais e Parlamentos podem conseguir relativizar as condições, considerando a realidade das situações individuais, as condições de utilização desse "fundo de justiça" por eles constituído? A influência exercida pelos tribunais combina-se com a influência que pode ser exercida por outros factores. Para ter em conta estes factores, como deve ser, não basta considerar os dados que conhecemos actualmente. Se queremos melhorar as condições de acesso à justiça é preciso comprometermo-nos nas investigações que tornarão claras as relações existentes entre tribunais estaduais e direito espontâneo. Estas investigações não conseguirão resolver o problema insolúvel de saber o que é a justiça, mas sem elas, temos menos hipóteses de ver que problemas se levantam verdadeiramente e com que escolhas somos na realidade confrontados.

NOTAS

(1) Os professores Cappelletti e Garth distinguiram três vagas sucessivas no movimento de reforma do acesso à justiça; a primeira teve por objectivo prestar um auxílio jurídico aos mais carenciados, a segunda, em assegurar a representação dos interesses "colectivos" (através, por exemplo de *Class Actions*, de *Public Interest Law*, etc...); a terceira alargou as dimensões do problema, para abarcar todas as instituições e processos que servem para resolver os litígios. Cf. Cappelletti & Garth, "Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report", in *Access to Justice: A World Survey* 21 e ss. (Alphen aan den Rijn/Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, vol.I of the *Florence Access to Justice Project Series*, M. Cappelletti & B. Garth ed. 1978.

(2) Fora do projecto de Florença, a terminologia sobre "acesso" foi adoptada pelo *International Legal Center*, em meados dos anos 70. Cf., por exemplo, J.Paul, "Notes on the study of Access as an Approach to the Comparative Study of the Development of Legal Systems" (New York, International Legal Center, 1975). Realizou-se em Abril de 1976 em Miami, uma conferência relativa ao "Access, Decisions to Allocate Resources, Distributive Justice and the Law", sob a égide do *International Legal Center* e do *Latin American Council on Law and Development*. Mais tarde, em 1976, reuniu-se em Singapura, um grupo de estudo sobre "Access, Development and Distributive Justice", sob a égide do *International Legal Center* e do *Institute of Southeast Asian Studies*. Sobre estas reuniões, ver J. Paul & C. Dias, "Law and Resource Distribution: A Field for Research and Policy Analisys" in *Law and Development* (New York, International Legal Center, 1977). A expressão tinha sido utilizada anteriormente em escritos relativos à administração do desenvolvimento. Cf., por exemplo, Schaffer & Huang, "Distribution and the Theory of Access". 6 *Development and Change* nº 2 (Abril 1974); Schaffer & Lamb, "Exit Voice and Access" em Social Science Information (Dezembro 1974). Outros, ao contrário, rejeitam este conceito como sendo desprovido de qualquer carácter empírico. Cf. Griffiths, "Book Review", 4 *British Journal of Law and Society*, 260-286, p. 280 (1977).

O termo "acesso" foi, por outro lado, recebido favoravelmente em meios menos especializados: em 1987 o *American Bar Association* escolheu como tema, para festejar o seu 20º *Law Day* "The Law: Your Access to Justice". O então Presidente da Associação preveniu os juristas dizendo-lhes que, se tinham o dever de garantir o acesso às instituições de justiça, deviam também desencorajar uma extensão exagerada da capacidade de agir e a propensão doentia para recorrer ao direito e aos tribunais a fim de julgarem os seus litígios. Cf. Spann, "Let's Make the Law an Access to Justice", 64 *American Bar Association Journal* 639 (1978).

(3) Cf. nota 32 *infra*.

(4) A. Sarat & R. Cavanagh, "Thinking about Courts: Traditional Expectations and Contemporary Challenges or the crisis of the Courts as a Social and Political Crisis" (*Working Paper* 1979-5, *Disputes Processing Research Program*, University of Wisconsin Law School, Madison); Friedman & Percival, "A Tale of Two Courts: Litigation in Alameda and San Benito Counties", 10 *Law & Society Review* 267-301 (1976).

[5] Cf. Mohr, "Organisations. Decisions and Courts", 10 *Law & Society Review* 621-42 (1976).

[6] Duas obras recentes demonstram bem o que seria uma tal situação. Noonan mostra como os tribunais e os juízes, relativamente aos quais temos a maior estima, não compreenderam bem as necessidades sentidas pelos indivíduos: preocupados em permanecer fiéis a conceitos formais, permitiram àqueles projectar realidades humanas e sociais complexas, nos casos que foram chamados a julgar. Noonan, Jr., *Persons and Masks of the Law Cardozo, Holmes, Jefferson and Wythe as Makers of the Masks* (New York, Farrar, Straus and Giroux, 1976). Analisando certos casos de contratos bem conhecidos, Danzig salienta como a falta inevitável de recursos, aptidões e conhecimentos limitados e falhas nos procedimentos de especificação dos factos comprometem a boa administração da justiça, mesmo nos melhores casos. Mostra como juízes, mesmo competentes e informados, podem ser levados a proferir sentenças que estão longe de dar uma solução satisfatória à relação controvertida ou de constituir um sistema viável de controlo, no domínio da vida social em que a questão se levantou. R. Danzig, *The Capability Problem in Contract Law.: Further Readings on Well-Known Cases* (Mineola, N.Y. Foundation Press, 1978). Estes trabalhos demonstram que a má conexão entre o modo de julgar em recurso e as condições da vida social produz os seus efeitos, não apenas quando estão em causa juízes obtusos e desprovidos de imaginação, mas ainda quando se consideram os juízes mais prestigiosos e mais abertos ao progresso.

[7] Cf. Eisenberg, "Private, Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rule making", 89 *Harvard Law Review* 637-81, p. 658 (1976); Mnookin & Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", 88, *Yale Law Journal* 950-97, pp. 965 e ss. (1979); Enker, "Perspectives on Plea Bargaining", in *President's Commission on Law Enforcement and the Administration of Criminal Justice,* Task Force Report: The Courts (Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1967); Dunlop, "The Limits of Legal Compulsion", 25 *Jonh Herling's Labor Letter*, n °s. 48-49 (1975) .

[8] Cf. Kennedy, "Legal Formality", 2, *Journal of Legal Studies* 351-98 (1973).

[9] Feely. "The Concept of Law in Social Science: A Critique and Notes on an Expanded View", 10, *Law & Society Law Review* 497-523, p. 500 (1976). Cf. a observação de Damaska, segundo a qual "há um ponto para além do qual a complexidade crescente da lei, especialmente nos sistemas onde existem poucas normas rígidas, aumenta de modo objectivo, mais do que entrava, a liberdade daquele que deve tomar uma decisão. Podem sustentar-se pontos de vista contraditórios sem que isso seja chocante e quase todas as conclusões podem encontrar argumentos em seu apoio": Damaska, "Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure", 84, *Yale Law Journal* 480-544, p. 528 (1975).

[10] Sobre a existência de variantes locais respeitantes a uma determinada lei, cf. por exemplo H. Jacob, *Debtors in Court: the Consumption of Government Services* (Chicago, Rand McNally, 1969); Goldstein & Ford, "The Management of Air Quality. Legal Structures and Official Behavior" 21, *Buffalo Law Review* 1-48 (1971) G. Wilson, *Varieties of Police Behavior: The Management of Law and Order in Eight Communities* (Cambridge, Harvard University Press, 1968). Sobre a variedade dos meios jurídicos locais, cf. M. Levin, *Urban Politics and the*

Criminal Courts (Chicago, University of Chicago Press, 1977); T. Church, Jr., A. Carlson, J.L. Lee & T. Tan, *Justice Delayed: The Pace of Litigation in Urban Trial Courts* (Williamsburg, Va., *National Center for Statet Courts*, 1978).

"Quando alguém recorre a serviços de natureza jurídica, o que lhe é oferecido frequentemente é uma exposição sofisticada, em que um profissional lhe diz como provavelmente os juízes de um tribunal local aplicarão fórmulas vagas às circunstâncias do caso": R. Mnookin, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" 29-30 (Working Paper nº3, *Center for Socio-Legal Studies*, Wolfson College, Oxford, 1979).

(11) C. Ferguson, *Language Structure and Language Use: Essays by Charles A. Ferguson* 222-23 (Stanford, Stanford University Press, 1971). As conclusões de Ferguson quanto aos efeitos desta "crença popular" relativa ao que é preciso fazer em matéria de linguagem levam a pensar que podem bem existir atitudes paralelas quando se vêem aqueles que querem reformar o direito, concentrar as suas energias numa melhoria das leis escritas e procurar eliminar as divergências entre direito erudito e direito vivo.

"...Esta crença popular ligada ao desenvolvimento da linguagem, limita a possibilidade da comunidade conceber e aceitar uma intervenção consciente na evolução das formas da linguagem. Muito tempo e muitos esforços foram consagrados a questões de reforma da ortografia e da linguagem, porque se pensou, sem o confessar, que as transformações assim introduzidas na linguagem escrita seriam automaticamente repercutidas na linguagem falada. O zelo dos reformadores incidiu também na conformidade da pronúncia com as regras seguidas na linguagem escrita. Na medida em que esses variados esforços resultem de um processo de standardização que corresponde às necessidades de comunicação da comunidade de linguagem em causa, podem ter por efeito transformações efectivas, sobretudo se não forem contrárias à estrutura de base gramatical e fonética da língua, mas muitas vezes só levam ao malogro, devido, pelo menos em parte, ao facto de os reformadores não terem em conta a verdadeira relação entre língua escrita e língua falada". Ver também p. 224.

(12) Lempert estabelece uma distinção útil entre as diferentes maneiras através das quais os tribunais contribuem para resolver os conflitos:

1) Os tribunais esclarecem normas que influenciam o modo como os conflitos são resolvidos pelos particulares, ou que permitem exercer um controlo sobre esses acordos privados;

2) Os tribunais aprovam os acordos estabelecidos entre os particulares e garantem que os acordos assim concluídos serão respeitados. Na ausência de uma tal garantia talvez as partes não tivessem aceitado esses acordos;

3) Os tribunais permitem às partes calcular quanto lhes custaria um processo e justificam assim a tendência para procurar um acordo extrajudicial;

4) Os tribunais permitem às partes apreciar as suas oportunidades de sucesso: encorajam os acordos extrajudiciais reduzindo a dose de incerteza que o litígio comporta;

5) Os juízes e os assistentes agem como mediadores, encorajando as partes a procurar entre elas um acordo;

6) Os tribunais resolvem algumas questões que se colocam no caso concreto, deixando as partes entender-se sobre outros pontos em litígio;

7) Os tribunais, por força da sua autoridade, dirimem os litígios quando as partes não conseguem chegar a acordo.

Lempert, More Tales of Two Courts: Exploring changes in the "Dispute Settlement Function" of Trial Courts, 13 *Law & Society Review* 91-138, pp. 99-100 (1978).

(13) No caso do divórcio, por exemplo, "as regras jurídicas sobre a obrigação de alimentos, a custódia dos filhos, os regimes patrimoniais, permitem a cada um dos cônjuges certas possibilidades, baseadas na ponderação do que um e outro poderiam obter se um juiz tivesse que dar uma decisão. Por outras palavras, a solução que o direito imporá na falta de acordo, confere a cada um certos trunfos (an endowment of sorts).

Mnookin & Kornhauser, *supra* nota 7, p. 968. Através de outro exemplo que mostra como as regras de direito se transformam em argumentos numa negociação, cf. H. Ross, *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment* (Chicago, Aldine, 1970). Cf. igualmente a conclusão de Damaska, segundo a qual "a verdadeira importância que tem o processo contraditório formalista que se desenrola perante um júri é (nos processos-crime na América) a de fornecer um quadro de referência a negociações entre as partes, dando-lhes certos trunfos", Damaska, A Foreign Perspective on the American Judicial System, in *State Courts: A Blueprint for the Future* 237-242, p. 240 (Williamsburg, National Center for State Courts, T. Fetter ed., 1978). Esta observação aplica-se no caso dos processos mais complicados bem como no dos processos mais correntes. Sarat e Cavanaugh sublinham que nos processos que ultrapassam pela sua natureza o âmbito do litígio (extended impact cases) a intervenção dos Tribunais serve para estabelecer modelos de comportamento e fornece assim uma base às negociações entre os interessados. A. Sarat & R. Cavanaugh, supra nota 4, pp. 69 e ss.

(14) Feely observa que: "as discussões entre adversários num processo evocam muitas vezes o que se passa num bazar do Médio Oriente, onde cada processo que se conclui se apresenta como um acontecimento novo, sem ligação com o que se passou anteriormente, nem com as relações anteriores entre os contratantes. Em cada um destes novos processos irão existir discussões e regateios que têm por objectivo concluir o processo nas condições mais vantajosas. O que se passa na verdade nos tribunais inferiores na América é, todavia, qualquer coisa de diferente. A situação é mais comparável à dos supermercados, onde o preço dos diversos artigos foi estabelecido e etiquetado previamente". Feely, "Pleading Guilty in Lower Courts", 13 *Law & Society Review*,461-66, p. 462 (1979). Cf. a descrição por Ryan e Alfini, de uma situação em que as esperanças dos participantes são baseadas no seu conhecimento do que os juízes podem fazer, no máximo ou no mínimo. Ryan & Alfini, "Trial Judge's Participation in Plea Bargaining: An Empirical Perspective", 13, *Law & Society Review*, 479-507, p.502 (1979).

(15) Isto acrescenta-se, bem entendido, a outras funções que as regras preenchem; orientar os tribunais que devem julgar, auxiliar as partes a estabelecer o seu plano de acção, concretizar o que elas podem esperar, etc... O que pode aparecer como uma qualidade vantajosa quando se considera uma dessas funções, pode ser desastroso se se encarar outra função das regras. Mnookin e Kornhauser dão o exemplo da custódia dos filhos atribuída conjuntamente ao pai e à mãe (*joint custody*); aí está uma regra "que pode constituir um bom ponto de partida para realizar um acordo entre as partes, mas que pode ser inaceitável se se quiser ver aí

um modelo a seguir pelos tribunais quando têm de decidir", Mnookin e Kornhauser, *supra* nota 7, p. 980.

(16) Os prazos, as custas judiciais, e a incerteza das soluções devem-se, em parte, às regras que são colocadas: assim, se se der aos juízes um poder discricionário cujo exercício supõe que será necessário ter em conta múltiplos elementos, que devem ser estabelecidos através de provas pormenorizadas, a regra assim colocada exigirá mais tempo e dinheiro e provocará mais incerteza do que faria uma regra impondo uma solução precisa. As custas, os prazos e a incerteza podem, todavia, relacionar-se com outros factores, tais como o número de tribunais e de advogados, as diferenças entre juízes, etc...

(17) Mnookin e Kornhauser fazem uma análise muito interessante, mas que é simultaneamente esclarecedora e limitada pelas características especiais que os processos de divórcio apresentam. A maior parte das vezes, os adversários não se interessam nestes processos "pelos efeitos gerais" da decisão a dar. As suas "preferências" são desprovidas de uma dimensão que se encontra noutros tipos de casos, em que os adversários se preocupam com o que poderá ser decidido numa série de outros processos que se apresentem no futuro. Cf. Galanter, "Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", 9, *Law & Society Review;* 95-1960 (1974).

(18) A imagem da sombra foi já utilizada por Shapiro, Courts, in 5, *A Handbook of Political Science* 321-71, p.329 (Reading, Mass., Addison-Wesley Publishing Co., F. Greenstein & N. Polsby ed., 1975). Shapiro fala, com efeito, de "regateios legalizados, que se realizam à sombra de uma fiscalização exercida por um tribunal". Bastante mais cedo Tocqueville tinha já observado em 1838 em *La démocratie en Amérique:* "Estranha é essa autoridade que foi atribuída à intervenção de um tribunal pela opinião geral dos homens: autoridade que vai mesmo até às simples formas da justiça, e confere uma influência material à simples sombra da lei".

A metáfora da sombra implica que existe uma relação legítima com o original mas que as proporções são alteradas e os traços apagados ou transformados. E o objecto que projecta a sombra não é a fonte que dá a força à imagem.

(19) A distinção entre negociação e resolução só tem um valor relativo, como mostra Goldberg, "Regulation and Administrative Contracts", 7, *The Bell Journal of Economics,* 426-48 (1976). A ligação entre as duas noções aparece, por exemplo, se considerarmos as relações duradouras estabelecidas entre uma Universidade e o seu fornecedor de géneros alimentícios; pode interpretar-se aqui de duas maneiras o processo de controlo de execução e de negociação de cláusulas modificativas do contrato. As negociações relativas à administração da justiça parecem-me oferecer um outro exemplo em que existem simultaneamente discussão e resolução. A resolução pode, por outro lado, evidentemente desempenhar um papel importante nas negociações, como se pode ver nas relações entre guardas e prisioneiros descritas em G. Sykes, *The Society of Captives* (Princeton, Princeton University Press, 1958). Talvez devamos encarar negociação e resolução como dois termos de um espectro, ao longo do qual podemos encontrar bastantes *nuances* intermédias (e alternadas).

(20) É no que diz respeito à arbitragem dos conflitos do trabalho que se encontram as discussões mais acaloradas relativamente à sujeição dos conflitos a

instâncias privadas e à autoridade das decisões tomadas por essas instâncias. Cf. Edwards, "Labor Arbitration at the Crossroads: The "Common Law of the Shop" v. External Law," 32, *Arbitration Journal*, 65-95 (1977); "Getman Labor Arbitration and Dispute Resolution", 88, *Yale Law Journal* 916-49 (1979). Sobre o controlo exercido pelos tribunais sobre a instituição, muito diferente, da arbitragem comercial, cf. G. Goldberg, A. *Lawyer's Guide to Commercial Arbitration,* 65 e ss. (Philadelphia, American Law Institute, American Bar Association Committee on Continuing Education, 1977). Sobre a atitude dos tribunais para com as autoridades das igrejas, cf. Note, "The Role of Civil Courts in Church Disputes", 1977, *Wisconsin Law Review* 904-27, p. 904. Sobre a atitude dos tribunais relativa ao exercício do poder disciplinar nas escolas, cf. Goss v. Lopez, 419 U.S. 565, 95 S.CT.729 (1975); Wood v. Strickland, 420 U.S. 308, 95 S.CT.902 (1975); Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651, 97 S.CT. 1401 (1977) e a análise de Kirp, "Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting", 28, *Standford Law Review*, 841-77 (1976). Não queremos sugerir que a actividade de resolução nestes vários casos esteja conforme ao desejo dos advogados. Sobre o efeito da jurisprudência quanto ao modo não formalista como os conflitos são resolvidos pelos órgãos do Governo dos Estados Unidos, cf. por exemplo Verkuil, "A Study of Informal Adjudication Procedures", 43, *University of Chicago Law Review* 739-98 (1976).

(21) Cf. a análise crítica por Richard Lempert (*supra nota* 12, p. 92 e ss.) dos dados recolhidos por Friedman e Percival (*supra nota* 4). Lempert sublinha a necessidade de distinguir, quando se analisa o papel dos tribunais, entre o que eles fazem, por um lado, e os efeitos que a sua actividade produz na sociedade em geral, por outro.

(22) Os efeitos especiais não são apenas as sanções impostas pelos tribunais, mas incluem também alguns efeitos acessórios que são o produto dos processos judiciais: apreciação da credibilidade que se pode dar às partes, possibilidade de garantirem, obterem um emprego ou uma licença, reputação comercial das partes e o seu estatuto noutros organismos chamados a julgar. Engel e Steele, "Civil Cases and Society: Process and Order in the Civil Justice System", 1979, *American Bar Foundation Research Journal,* 295-346, p. 316 (1979). Esses efeitos são naturalmente produzidos não só pela decisão dada mas também pelo que ela custou (incluindo o lucro cessante) e pelo momento em que a decisão foi dada (ou não foi).

(23) Esta noção de "efeitos gerais" tem como ponto de partida a discussão muito construtiva relativa aos efeitos preventivos das sanções penais, em J. Gibbs. *Crime Punishment and Deterrence,* Chapitre 3 (New York, Elsevier Scientific Publishing Co., 1975); esta discussão foi retomada e aperfeiçoada por Feely (*supranota* 9, pp. 517 e ss.). Trata-se aí simplesmente de uma generalização feita a partir da distinção esclarecedora e agora clássica (ainda que deva ser utilizada com alguma reserva, como sublinha Gibbs) feita entre dissuasão especial e dissuasão geral por Andenaes. Andenaes, "The General Preventative Effects of Punishment", 114, *University of Pensylvania Law Review*, 949-83 (1966). A teoria respeitante a esses efeitos gerais está ainda em construção. Num relatório relativo à literatura, importante actualmente, sobre a dissuasão, Gibbs observa que os investigadores na matéria não estão preocupados com outros efeitos gerais possíveis, se bem que todos os dados recolhidos pela doutrina sobre a dissuasão... se reportem na verdade, a uma teoria implícita dos efeitos da prevenção – e será assim enquanto

não se estenderem as investigações a outros mecanismos que não sejam os que provoquem a dissuasão". J. Gibbs, "Punishment Deterrence and Retribution", (Capítulo de um *Handbook of Law and Social Sciences,* Committee on Law and Social Science of the Social Science Research Council, cuja publicação se anuncia para 1981).

(24) Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", 28, *American Sociological Review* 55-67 (1963).

(25) Esta maneira de encarar os tribunais como tendo mais um papel cultural do que como organismo de controlo está talvez ligada, receio, ao facto de que essas instituições parecem melhores quando as consideramos com uma certa distância. Aqueles que contactam directamente com os tribunais tendem menos a admirá-los. Sarat, "Studying American Legal Culture. An Assessment of Survey Evidence", 11, *Law & Society Review,* 427-88, pp.439, 441 (1977). A imagem que se faz das jurisdições do Estado torna-se cada vez mais desfavorável à medida que se vão conhecendo melhor e à medida que a elas recorremos com mais frequência. Yankelovich, Skelly and White, Inc., *The Public Image of Courts*, 11,18 (Williamsburg, vs., National Center for State Courts, 1978). Sobre a apreciação mais crítica trazida pelas pessoas que a elas mais vezes recorreram, cf. B. Curran, *The Legal Needs of the Public: A Final Report of a National Survey* 236 (Chicago, American Bar Foundation, 1977). Apreciações similares foram trazidas dos meios mais diversos. Kidder conta que os litigantes, na Índia foram igualmente desiludidos pelos tribunais a que recorreram, mas que "todos aqueles que foram entrevistados pensavam que os tribunais de um nível superior àquele em que tinham tido a experiência, estariam isentos dos defeitos que os tinham chocado... Este fenómeno de optimismo podia ser observado quer naqueles que acabavam de ganhar as suas causas, quer naqueles que as tinham perdido e quer nos frequentadores experimentados dos tribunais ("court birds") como nos novatos- Kidder, "Courts and Conflict in an Indian City: A Study in Legal Impact", 11, *Journal of Commonwealth Political Studies,* 121-139, p.134.

A distância que vai dos utilizadores aos observadores pode notar-se, mesmo quando se encaram as comissões sociais de conciliação (que emanam da comunidade e não são órgãos do Estado). Aqueles que têm a melhor opinião dessas comissões são os grupos de pessoas altamente colocadas que têm poucas experiências directamente ligadas à actividade dessas comissões: "As comissões sociais de conciliação são muito menos apreciadas de um modo geral, por aqueles que tiveram de lidar com elas num litígio (indivíduos que pertencem às camadas mais baixas da sociedade) - ainda que estejam satisfeitos do modo como o seu caso foi resolvido e que opinam a esse respeito uma apreciação favorável": Kurczewski e Frieske, "The Social Conciliatory Commissions in Poland: A Case Study of Nonauthoritative and Conciliatory Dispute Resolution, as an Approach to Access to Justice", in *Access to Justice: Promising Institutions,* 153-427, p. 328 (Alphen aan den Rijn/Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, Vol. II do *Florence Access to Justice Project Series,* M. Cappelletti e J. Weisner ed. 1978).

(26) Para uma descrição do sistema político como conferindo simultaneamente vantagens tangíveis e simbólicas e, sobre a tendência para fazer beneficiar das segundas um largo público, não organizado, enquanto que as primeiras seriam reservadas a grupos organizados, mais atentos: cf. M. Edelman, *The Symbolic Uses of Politics*, ch.2 (Urbana, University of Illinois Press, 1967).

(27) Geerken e Gove, "Deterrence: Some Theoretical Considerations", 9, *Law & Society Review*, 497-513, p. 507 (1975).

(28) Por falta de conhecer o processo (provavelmente diferenciado) segundo o qual se produz essa recepção, não é possível dizer que política deveria ser seguida em consideração do grande papel que desempenham os tribunais enquanto transmissores de símbolos. Ball, por exemplo, exige que se desenvolva e favoreça "a actividade viva" dos tribunais nos seus aspectos um pouco teatrais – os tribunais apresentam de modo dramático a imagem normativa da sociedade tal como o direito a concebe. Conviria, neste caso, acentuar a natureza séria, importante e cheia de dignidade do direito, e os direitos e obrigações dos cidadãos rodeando-os de um cerimonial de deferência. Ball, "The Play's the Thing – An Unscientific Reflection on Courts under the Rubric of Theater", 28 *Stanford Law Review*; 81-116 (1975). 0 autor abstém-se, todavia, de dizer a quem essas mensagens são comunicadas: atingirão elas, verdadeiramente, um número cada vez maior de pessoas? Haverá interesse em que tenhamos mais ou menos audiências de julgamento? júris? relatos nos jornais? a televisão nas salas dos tribunais? Deve distinguir-se conforme a importância das causas, o local em que são julgadas, etc.?

(29) Cf. E. Johnson Jr., S. Bloch, A. Drew, W. Felstiner, E. Hansen e G. Sabagh, *Comparative Analysis of the Statistical Dimensions of the Justice System of Seven Industrial Democracies* (relatório apresentado ao National Institute for Law Enforcement and Criminal Justice, 1977); Johnson e Drew, "This Nation has Money for Everything Except its Courts", 17, *Judges Journal*, 8 (1978). 0 pequeno número de juízes e o papel passivo que lhes dão faz com que nos Estados Unidos eles sejam mais administradores que agentes da produção. Sobre os modelos de delegação e de fiscalização que caracterizam o exame dos processos pela justiça, cf. Engel e Steele, *supra nota* 22, pp. 311 e ss.

(30) Cf. as observações de Selznick sobre a privatização crescente da regulamentação do trabalho e do direito social nos Estados Unidos, em U.S.P. Selznick, com a colaboração de P. Nonet e H. Volmer, *Law, Society and Industrial Justice,* 229 (New York, Russel Sage Foundation, 1969).

(31) Cf. Maynew, "Stability and Change in Legal Systems", in *Stability and Social Change*, 187-210, p.208 (Boston, Little, Brown e Co., B. Barber e A. Inkeles eds., 1971).

(32) Uma tentativa de explicação do que nós aqui designamos por centralismo jurídico é feita por Galanter, "The Future of Law and Social Sciences Research", 52, *North California Law Review*, 1060 (1974); Galanter (extractos de notas sobre o futuro da investigação sociológica sobre o direito (artigo não publicado) em "Law and the Behavioral Sciences" 18-20) Indianapolis, Bobbs-Merril, L. Friedman e S. Macaulay eds., 2ª ed., 1976); Trubek e Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", 1974, *Wisconsin Law Review,* 1062-1102. A expressão centralismo jurídico é tirada de Jonh Griffith que sugere que esta maneira de transferir para o Estado os fenómenos de natureza jurídica é uma espécie de Ptolemeismo jurídico. J. Griffith, *The Legal Integration of Minority Groups Set in the Context of Legal Pluralism* (Manuscrit, 1979). O nosso hábito de descrever todos os fenómenos jurídicos em relação com o Estado é considerado por Griffith como "essencialmente arbitrário [...] o Estado não pode pretender, num plano empírico, ser mais o centro

do universo do que qualquer outro elemento do sistema encarado como um todo". Ibidem, pág. 48.

(33) A noção de direito espontâneo ("indigenous") que significa que a regulamentação é estabelecida por aqueles que participam num certo tipo de actividade leva à comparação com toda uma variedade de noções aparentadas. A mais antiga dessas noções é a que Ehrlich chamou de uma "ordem interna de associações". E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 38, e *passim* (New York, Russell e Russell, W. Moll tradutor, 1936). Acho sugestivo o contraste notado por Robert Kidder entre direito "externo" e "interno" na Índia, no mesmo espírito que a distinção feita por Victor Li entre modelos jurídicos externos e internos na China. Kidder, "Western Law in India External Law and Local Response", in *Social System and Legal Process: Theory, Comparative Perspectives, and Special Studies* 155-80 (San Francisco, Jossey-Bass Publishers, H. Johnson ed., 1978): Li, "Evolution and Development of the Chinese Legal System", in *China: Management of a Revolutionary Society*, 221-55 (Seattle, University of Washington Press, L. Lindbeck ed., 1971). A discussão por Sally Moore dos "domínios sociais semiautónomos" leva a pensar que este tipo de direito espontâneo se imbrica com o direito estadual. Moore, "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Fields as an Appropriate Object of Study", 7, *Law & Society Review* , 719-46 (1973).

(34) O termo "espontâneo" aqui utilizado tem apenas um valor relativo. Os sistemas de direito espontâneo comportam frequentemente elementos que retiram do direito estadual e o sistema de sanções por eles aplicado é muitas vezes combinado com o do direito estadual; assim, não se pode estabelecer uma distinção entre direito estadual e direito espontâneo. O elemento costumeiro que se encontra no funcionamento do direito estadual é valorizado por Fuller, "Human Interaction and the Law", 14 ,*The Americam Journal of Jurisprudence*, 1-36 (1969). Pode recorrer-se aqui à imagem de uma escala dupla, com tipos puros em cada extremidade. Na extremidade destinada ao direito estadual encontram-se regras escritas formais, afastadas da compreensão do público, formuladas por especialistas exercitados e que vêem a sua aplicação imposta pela força do Estado. Na extremidade destinada ao direito espontâneo encontram-se regras simples (?), próximas dos sentimentos de todos, aplicadas por não especialistas, aceites pelos membros do corpo social em causa e garantidas por uma pressão social difusa. O lugar ocupado por esta ou aquela regra nesta escala não pode ser determinado *a priori*. Consideramos assim a arbitragem nos Estados Unidos. A arbitragem nos conflitos do trabalho está mais próxima da extremidade "direito espontâneo" – pelo facto de que se situa num meio em que se têm relações permanentes e em que é aplicado o direito próprio da relação" (*the law of the shop*) – que não é *a arbitragem* comercial aplicada por árbitros designados "ad hoc" pelo *American Arbitration Association* - e este último tipo de arbitragem resulta mais do direito espontâneo que a arbitragem colocada sob os auspícios dos tribunais nos casos de responsabilidade criminal.

(35) A vida social é abundante em regulamentações. Para dizer a verdade ela não é senão uma vasta rede de regulamentos que se sobrepõem uns aos outros e se reforçam mutuamente.

Como se poderá, em consequência, distinguir o "direito espontâneo" da vida social em geral? Consideremos, por exemplo, as variedades de regulamentação da

vida que encontramos no que diz respeito às recepções, à troca de presentes por ocasião do Natal, ao comportamento que se deve ter nos elevadores e nas salas da escola. Em cada um destes casos, existem regras aceites por todos e esperamos que se observe um determinado comportamento; se as regras não são cumpridas, a sanção poderá consistir apenas num franzir de sobrolho ou ir até a ofensas ao bom nome ou mesmo físicas. É claro que existe aí um certo tipo de regulamentação. Ainda que exista uma acção continuada, pode ser útil fixar um limite em qualquer parte da escala, para especificar em que momento se começará a falar de "direito", quer se trate de direito espontâneo ou de outro tipo de direito (ainda que, como sublinha Nadel, os controlos instituídos num qualquer grau da escala, tenham possibilidades de se concentrar no seio de um grupo e de se reduzir a comportamentos de reciprocidade, como é característico do que se encontra na extremidade da escala, onde a organização se faz menos sentir). Nadel, "Social Control and Self-Regulation", 31, *Social Forces*, 265-73 (1953.).

A escala que tenho em vista, é uma escala no grau de diferenciação das normas e das sanções. À medida que subimos, temos modelos (standard) que são mais explícitos, existindo mais discussões quanto à sua aplicação, eventualmente um certo tipo de processo relativo à discussão e à aplicação de normas, que pode ser distinto do modo como se comporta normalmente na matéria. Esta distinção, baseada na existência de um processo, pode ser mais ou menos nítida: pode limitar-se a pôr de parte a análise de certas questões ou podem estabelecer-se regras pormenorizadas para uso dos tribunais que pelo local em que se situam, a época em que exercem a sua actividade, o seu pessoal, o seu formalismo, se distinguem das outras actividades do grupo. Cf. Abel, "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", 8, *Law & Society Review* 217-347 (1974). Esta distinção é acompanhada pelo aparecimento de controlos "extrínsecos" (quer dizer pela presença de compensações e penalidades fora do que se pode produzir de modo intrínseco na actividade primária). Cf. Spiro, "Social Systems, Personality and Functional Analysis", in *Studying Personality Cross-Culturally*, 93-128 (Evanston, III, Ros, Peterson e Co., B. Kaplan ed., 1961). 0 que faz a diferença é a introdução de um novo tipo de controlo - o das normas relativas à aplicação de normas - como ensina Hart, que identifica o direito com a união de regras primárias e secundárias, e Bohannon, que identifica o direito com a reinstitucionalização de normas. H. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961); Bohannon, "The Differing Realms of Law", 67, *American Anthropologist*, nª 6, pp. 33-42 (publicação especial, L. Nader ed., Part 2, 1965 - reimpresso em *Law and Warfare studies in the Antropology of Conflict* 43-56 (Garden City, N.Y., The Natural History Press, P. Bohannon ed., 1967). (O ponto de vista aqui apresentado difere do de Bohannon, pois inclui na noção de direito controlos secundários que aparecem sem que se lhes atribua um local institucional separado). Embora o princípio assim colocado me pareça coerente, não leva à determinação do que é e do que não é direito, porque os traços a que nos referimos encontram-se através de um espectro de casos intermédios, de um modo comparável à transição da cor azul para a púrpura. Onde traçar exactamente a linha divisória, depende do que se tem em vista no caso concreto. O que eu quis aqui marcar é a existência de controlos muito importantes no próprio interior do domínio abrangido pelo direito estadual; julguei-me autorizado, assim sendo, a falar de "direito espontâneo", dando a esta expressão um maior alcance do que teria se tivesse tido outro objectivo.

[36] Galanter, "The Modernization of Law", in *Modernization: The Dynamics of Growth*, 153-165 (New York, Basic Books, M. Weiner ed., 1966).

[37] Cf. M. Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society*, 140 e ss. (Cambridge, Harvard University Press, . m. Rheinstein ed., 1954).

[38] A sociologia jurídica comporta um determinado número de fórmulas conceptuais que nos permitem ver melhor a relação existente entre o sistema jurídico estadual oficial e os de menor importância, que emanam, em parte, dos próprios interessados. Distinguimos, assim, o direito e a moral, das esferas públicas e privadas, dos processos formais e informais. Cada uma destas distinções esclarece um certo aspecto desta relação; nada, portanto, resolve inteiramente o problema. A distinção de direito consuetudinário e moral dá lugar a toda uma série de querelas conceptuais, relativas à definição do direito. As discussões relativas à oposição entre sistemas de direito de natureza privada ou pública abrem preciosas abordagens. P. Selznick, *supra* nota 30; Evan, "Public and Private Legal Systems", in *Law and Sociology,* 165-84 "New York, The Free Press of Glencoe", (W. Evan ed., 1962). Mas esta distinção leva a estabelecer categorias enquanto que são nuances que importa reconhecer. A mesma observação aplica-se em larga medida à distinção, muitas vezes feita, mas raramente bem definida, entre processos formais e informais, distinção obscurecida pelo facto de existir uma massa amorfa, vasta e que se modifica, que tem um leque de características processuais e estruturais.

Moore utiliza a expressão "domínios sociais semiautónomos" para caracterizar os domínios da vida social que "podem determinar regras e costumes, ou sistemas que tenham um valor no interior de um grupo, mas devem também ter em consideração regras e decisões provenientes de outras forças que emanam do mundo mais compreensivo no qual esses grupos se situam. O domínio social semiautónomo tem certas possibilidades de criar regras e meios de impor o respeito dessas regras, mas está ao mesmo tempo situado num conjunto mais vasto que pode afectá-lo e invadi-lo (e que, de facto, às vezes o afecta e o invade) quer por iniciativa de membros do grupo, quer por sua própria iniciativa".

Moore, *supra* nota 33 p. 720. A fórmula deste autor é útil para mostrar que é necessário considerar as regulamentações de menor importância normativa, não como se se tratasse de fenómenos isolados e independentes, mas vendo aí elementos de uma ordem jurídica mais vasta e mais complexa com a qual estão associadas.

[39] Concede-se frequentemente o mérito desta redescoberta a Eugen Ehrlich, *supra* nota 33 (originalmente publicada em 1913). Cf. também M. Weber, *supra* nota 37 (originalmente publicada em 1922), pp. 16-20, 140-49.

[40] A natureza pluralista ou múltipla do direito numa determinada sociedade foi assinalada por Fuller e por Pospisil. L. Fuller, *The Morality of Law,* 123 e ss. (New Haven, Yale University Press., ed. revista. 1969); L. Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, 343 (New York, Harper and Row, 1971). Este último autor considera que a regulamentação jurídica confunde-se ("is isomorphic") com a estrutura dos grupos. Na minha opinião, penso que a relação existente entre grupos e regulamentação jurídica precisa de ser estudada.

[41] A natureza secundária, derivada, "de reacção" do direito e sugerida por Bohannon (*supra* nota 35), mas a identificação que este autor estabelece entre o direito e uma reinstitucionalização de normas parece basear-se na ideia que existe

uma relação constante entre controlos primários e secundários. De novo, penso que a relação em questão precisa de ser estabelecida. Sobre o conceito de direito, no sentido de realizar a união de regras primárias e secundárias, cf. H. Hart, *supra* nota 35.

(42) A dificuldade em ver como se coordenam estes diversos elementos aumenta pela nossa tendência em considerá-los em relação com uma evolução. Aqueles que vêem aqui uma evolução consideram que os elementos de menor importância, difusos e informais, são eliminados ou transformados à medida que se constitui um sistema jurídico burocrático centralizado. Cf. Parsons, "Evolutionary Universals in Society", 29, *American Sociological Review,* 339-57 (1964). Curiosamente a descrição de Diamond do direito estadual como destruindo sem piedade o costume, oferece uma imagem da concepção evolucionista, em que os sinais de valor são invertidos. Diamond, "The Rule of Law Versus the Order of Custom", 39, *Social Research*, 42-72 (1971).

(43) Cf. Tanner, "Disputing and the Genesis of Legal Principles: Examples from Minangkabau," 26, *Southwestern Journal of Anthropology*, 375-401 (1970).

(44) O direito espontâneo terá desaparecido e que consequências daí resultam para o carácter central do direito estadual e para a preponderância dos juristas de profissão? Esta questão é discutida em G. Sawer, *Law in Society* (Oxford, Clarendon Press, 1965): "Uma ideia falsa está na base da tese que atribui um papel secundário ou derivado ao direito, quer se trate do direito estadual ou do direito dos juristas ou de ambos. Esta ideia falsa assenta no facto de que em todas as questões importantes, ou pelo menos na sua maior parte, existiria uma maneira de ver solidamente estabelecida nos cidadãos em geral ou naqueles que constituem um grupo consequente; existiria assim uma concepção popular, um direito ao qual nos conformaríamos na vida com convicção, um substrato ao qual se poderia atribuir uma força determinante. De facto, se considerarmos a grande variedade das questões de que se ocupam as leis e o direito num país moderno, a reacção dos cidadãos no que diz respeito a leis especiais pode ser muito variada, indo de uma hostilidade apaixonada ou dissimulada a um apoio entusiasta; entre estes dois extremos, existem graus variados, opiniões que diferem, práticas que se opõem, a perplexidade, a indiferença ou a incompreensão. É reconhecido aos dirigentes na comunidade a função de tomar a iniciativa de alterar o direito existente ou de introduzir regras de direito novas ou de procurar que possibilidades há de adaptar o direito existente utilizando princípios subjacentes ou fórmulas genéricas ou novas combinações de conceitos. Este papel de direcção é geralmente partilhado entre a doutrina, a jurisprudência e os outros órgãos de governo; os primeiros exercem-no no que diz respeito ao "direito dos juristas" (*Lawyer's Law*), os últimos em todos os ramos do direito. Não é necessário que os cidadãos sejam entusiasticamente a favor de uma regra de direito; basta que eles não se oponham a ela violentamente. Existe, por esse facto, um largo domínio no qual a iniciativa pertence aos juristas e aos órgãos estaduais. A regra proveniente de tal iniciativa só será eficaz se a maior parte daqueles a quem ela afecta cumprirem as disposições, mas, para isso, é preciso antes de tudo que a dêem a conhecer, que a expliquem, que mostrem as suas vantagens e que lhe atribuam uma sanção eficaz ao nível do processo, de modo a atingir aqueles que não se conformam e a dar assim aos outros um exemplo".

[45] P. Blau, *The Dynamics of Bureaucracy: A Study of Interpersonal Relations in Two Government Agencies* (Chicago, University of Chicago Press, ed. revista, 1963).

[46] Stinchecombe, "Social Structure and Organizations", in *Handbook of Organizations*, 142-93 (cap. 4), pp.185 e ss. (Chicago, Rand McNally e Co., J. March ed., 1969).

[47] *Ibidem*, p. 186.

[48] *Ibidem,* p. 191.

[49] Danzig e Lowy, "Everyday Disputes and Mediation in the United States: A Reply to Professor Felstiner", 9, *Law & Society Review,* 675-94, p. 681 (1975).

[50] Mnookin e Kornhauser, *supra* nota 7, p. 986.

[51] Macauly, *supra* nota 24.

[52] Esta regulamentação espontânea pode em si mesmo resultar de uma negociação. German observa que: "as negociações colectivas regulam a arbitragem de conflitos do trabalho e asseguram a sua eficácia.... É apenas quando os sindicatos são poderosos, fortemente estabelecidos e correspondem às necessidades dos seus membros, que a arbitragem em questão pode funcionar com êxito": German, *supra* nota 20, p. 917. Neste quadro chegamos a "um direito situado à sombra de negociações colectivas".

[53] Zald e Hair, "The Social Control of General Hospitals" in *Organization Research on Health Institutions,* 51-81 (Ann Arbor, Institute for Social Research, University of Michigan, B. Georgopoulos ed., 1972).

[54] S. Macaulay, *Law and the Balance of Power: The Automobile Manufactures and their Dealers* (New York, Russell Sage Foundation, 1966).

[55] Randall, *Censorship of the Movies: Social and Political Control of a Mass Medium* (Madison, University of Wisconsin Press, 1968).

[56] Katz esclarece a complexidade da relação entre controlos externos e controlos no interior de organizações. Katz, "Cover-up and Collective Integrity: On the Natural Antagonisms of Authority Internal and External to Organizations", 25, *Social Problems*, 3-17 (1977). Comparar as observações daqueles que estudaram os tribunais privados (indigenous) sobre a maneira como se invoca o direito estadual como um "recurso da última decisão", para obter conformidade ao sistema do direito espontâneo. No seu estudo sobre um grupo de pessoas que procederam a ocupações selvagens de casas no Brasil, Santos observa que "o sistema de direito estadual não é apresentado como pondo à disposição dos litigantes um tribunal ao qual se podia recorrer de uma decisão que lhes fosse desfavorável, dada de acordo com o direito de Pasargada, mas como uma ameaça tendente a reforçar a autoridade de uma decisão dada pela Associação de residentes em conformidade com esse direito": Santos, "The Law of the Oppressed:, The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", 12, *Law & Society Review*, 5-126, p. 79 (1977).

Meschiewitz descreve também uma espécie na qual um Nyaya Panchayat (tribunal de aldeia, estabelecido pela lei na Índia) regularmente incapaz de fazer executar as suas decisões, conseguiu obter o pagamento de uma multa por delinquentes notórios e ameaçadores, alegando o Sarpanch que se eles não

pagassem uma multa de qualquer espécie, "a outra parte recorreria certamente aos tribunais ordinários e que ... uma vez a polícia e os tribunais estaduais impulsionados não se podia prever o que poderia acontecer aos delinquentes". C. Meschiewitz, *Whither Nyaya Panchayats* (Documento inédito, 1979).

(57) Rubenstein, muito lúcido quanto aos meios pelos quais processos de resolução informais podem pôr em perigo direitos relativos ao processo e ao mérito, propõe alargar as responsabilidades e a competência dos tribunais (no que diz respeito, por exemplo, ao questionário e especificação dos pontos em litígio) ao mesmo tempo que se restringiria o papel dos juristas na instrução preparatória da instância (pretrial); deste modo, o princípio do contraditório seria mantido, mas eliminar-se-ia a desigualdade que actualmente existe entre os litigantes derivada das características apresentadas pelas instituições actuais. Rubenstein, "Procedural Due Process and the Limits of the Adversary System", 11, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* , 48-96 (1976).

(58) Baxi e Galanter, "Panchayat Justice: An Indian Experiment in Legal Access", in *Access to Justice Emerging Issues and Perspectives*, 341-86 (Alphen aan den Rijn/Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè. Vol. III do Florence Access to Justice Project Series, M. Cappelletti e B. Garth, eds. 1979); Galanter, "The Aborted Restoration of "Indigenous" Law in India", 14, Comparative *Studies in Society and History,* 53-70 (1972).

(59) Assim, a San Jose Neighborhood Small Claims Court, que se esforçou por se tornar um modelo pelas suas horas de funcionamento, pela sua colocação, pela publicidade feita a sua existência e pela sua ausência de formalismo, só recebeu 60 dossiers em seis meses. Beresford e Cooper, "A Neighborhood Court for Neighborhood Suits", 61, *Judicature*, 185-90, p. 190(1977). 0 projecto de conciliação de Dorchester, que foi muito estudado, atraiu menos casos (provenientes de todas as espécies de fontes) do que as 40 espécies por mês esperadas pelos seus instigadores. Snyder, "Crime and Community Mediation - The Boston Experience: A Preliminary Report on the Dorchester Urban Court Program", 1978, *Wisconsin Law Review* 737-95, p. 761.

Aqueles que constataram o fraco número de casos atribuídos a esse tribunal pelos organismos oficiais explicam este insucesso parcial com considerações tais como o receio da polícia de perder o benefício de horas extraordinárias que os seus agentes recebem sempre que devem depor em tribunal. D. McGillis e J. Mullen, *Neighborhood Justice Centers: An Analysis of Potential Models,* 98, (Washington D.C., Department of Justice Office of Development, Testing and Dissemination, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, L.E.A.A. 1977). Todavia, deve observar-se que noutros tribunais "de substituição" verifica-se também uma diminuição de actividade. Baxi e Galanter (*supra* nota 58, pp. 368 e ss.) notaram que os casos levados aos Nyaya Panchrayats de Uttar Pradesh não representam mais que um vigésimo do número que atingiram há 20 anos. Um fenómeno semelhante é notado por Bierbrauer em relação aos processos cíveis levados aos Schiedsmann. Falke e Koch, "Conflict and its settlement: An Interdisciplinary Study Concerning the Legal Basis. Function and Performance of the Institution of the Schiedsmann", in *Access to Justice: Promising Institutions*, 39-101, pp. 47-49 (Alphen aan den Rijn/Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, Vol. II of the *Florence Access to Justice Project Series*, M. Cappelletti e J. Weisner,

eds. 1978). Em relação a um relatório que mostra o pouco sucesso que teve uma experiência de arbitragem no Massachussetts nos anos 1780, cf. M. Bloomfield, *American Lawyers in a Changing Society:* 1776-1876, pp. 57 e ss. (Cambridge, Harvard University Press, 1976). Resta extrair a lição desta redução de processos e do descrédito dos tribunais. Independentemente de todos os problemas que a inserção dos tribunais na comunidade coloca, a tendência para estabelecer tais organismos pode dever-se a uma má apreciação daquilo que o público tem necessidade. As instituições em questão procuram mais em dar boas decisões do que em fornecer uma base satisfatória para os acordos entre as partes. Pode ser que não faltem organismos adequados para decidir, mas sente-se mais a necessidade de bases em relação a tais discussões e, os tribunais ordinários preenchem melhor esse papel do que os organismos especiais aqui visados. Pode também interpretar-se as coisas de modo optimista e pensar que pela simples presença os nossos organismos favoreçam a resolução preventiva de conflitos, de tal modo que os poucos casos a que são chamados a apreciar deveriam ser olhados como marcando o seu sucesso mais do que o seu insucesso.

(60) Kurczewski e Frieske, *supra* nota 25.

(61) Vimos aí o "vício" mais grave que incorre o conceito de resolução "informal de conflitos" no caso de diferendos suscitados por consumidores: Eovaldi e Gestrin, "Justice, for Consumers: The Mechanisms of Redress, 66, *Northwestern Law Review*, 281-325, p. 306 (1971).

(62) Cf. J. Coleman, *Power and the Structure of Society* (New York, W.W. Norton e Co., 1974); S. Moore, *Law as Process, An Anthropological Approach*, Cap. 3 (London Rontledge e Kegan Paul, 1978). Sobre a preponderância do direito estadual no caso de conflitos que surgem entre unidades de dimensões diferentes, cf. Galanter, "Afterword: Explaining Litigation", 9, *Law & Society Review,* 347-68 (1975); Wanner, "The Public Ordering of Private Relations: Part I: Initiating Civil Cases in Urban Trial Courts", 8, *Law & Society Review,* 421-40 (1974). Sobre os efeitos desta disparidade, cf. Galanter, *supra* nesta nota; Galanter *supra* nota 17.

(63) Cf. a observação de Nader (*supra* nota 35, p. 271) segundo o qual o movimento de controlos difusos para controlos específicos serve para moderar as penas e para permitir através disso a reabilitação e a continuação da coexistência.

(64) Efectivamente, os nossos hábitos impedem-nos de o ver globalmente, como sugere Fuller: "...o problema não é que conheçamos mal o direito consuetudinário, mas é que somos incapazes de utilizar aqui a nossa própria experiência, ... em parte porque não nos damos conta que temos uma experiência. É de facto, uma característica das regras consuetudinárias que governam a nossa actividade, que as esqueçamos, precisamente no momento em que são postas em jogo, porque elas não surgem então como sendo regras em nenhum aspecto, mas vê-se nelas apenas a reacção adequada a uma realidade que se impõe, um elemento da "maneira como as coisas são": Fuller, "The Law's Precarius Holds on Life," 3, *Georgia Law Review*, 530-45, p. 540.

(65) J. Griffiths, *supra* nota 32.

(66) Estas teorias vão desde a supressão do direito religioso à admissão do primado do direito religioso sobre o direito estadual, com diferentes formas de intervenção, reconhecimento e aplicação do direito religioso entre estas duas

soluções extremas. Encontrar-se-á um exemplo de rivalidade entre esses vários modos de regular a questão da Índia dos nossos dias e um esboço dos interesses implicados na escolha entre as várias soluções, em Galanter "Hinduism, Secularism and the Indian Judiciary", 21, *Philosophy East and West,* 467-87 (1971).

(67) P. Kane, *History of Dharmasastra- Ancient and Mediaeval Religious and Civil Law*, Vol.III, 284 (Poona, Bhandarkar Oriental Research Institute, 1946).

(68) *Ibidem*, Vol.III, p. 283

(69) J. Derrett, *Religion, Law and The State in India*, Cap. 6-7 (London, Faber and Faber, 1968); Galanter, "The Displacement of Traditional Law in Modern India", 24, *Journal of Social Issues,* 65-91. Sobre diferentes opiniões quanto a esta tolerância hindu das ordens jurídicas menores, cf. J. Derrett, *supra* nesta nota, Cap. 7; R. Lingat, *Les Sources du Droit dans le Systeme Traditionnel de l'Inde* (Paris, Mouton 1967).

(70) O Código anuncia assim que um dos seus objectos de base é "permitir que as práticas comerciais continuem a desenvolver-se, por intermédio do costume, dos usos e das convenções entre as partes" (1-102 (2) (b)). Os usos do comércio são reconhecidos como constituindo uma fonte que serve para interpretar os contratos (1 - 205) e vê-se no costume mais um complemento do que uma derrogação à lei. Cf. por exemplo, Comment 4 sobre a sec. 1-205.

(71) Sobre a ligação entre esta concepção e a teoria do direito apresentada por Llewellyn, cf. W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement,* cap, 11-12 (London Weidenfeld and Nicolson, 1973). Twining nota (p. 312) que "o pensamento de Llewellyn respeitante aos usos do comércio reproduz o de Ehrlich", porque ele foi influenciado aquando da sua estada na Alemanha. Pode encontrar-se um paralelismo fascinante no projecto de código ainda mais marcado pelo costume que na mesma época (por volta de 1947), Llewellyn estabeleceu com o uso do Santana Pueblo. (Este projecto foi reproduzido por Twining, p. 549).

(72) Numa tentativa de analisar o sentido do artigo 2º, White não considera que haja aí uma finalidade procurada pela lei. White, "Evaluating Article 2 of the Uniform Commercial Code: A Preliminary Empirical Expedition", 75, *Michigan Law Review*,1262-85 (1977). Ainda que o autor só tenha tomado em consideração no seu estudo as decisões dadas em recurso , descritas nas colectâneas de jurisprudência, pensa que convém fazer uma importante diferença entre a maneira de ver dessas instâncias de recurso e a prática comercial. Apresenta um dado que se pode encarar como testemunha de um sucesso ao notar que se recorreu nos domínios em que o direito clássico apresentava distinções complicadas que os meios de negócios não conseguiam compreender; isto deve-se ao facto de "os redactores do Código terem estabelecido o significado em direito de siglas tais como C.I.F., etc..., que eram utilizadas de modo corrente pelos homens de negócios". Ibidem, p. 1275. As ideias de Llewellyn sobre a relação existente entre o estilo de decisões judiciais e a prática comercial, foram estudadas por Carpenter, Note, "How Appellate Opinions Schould Justify Decisions Made under the U.S.C." 29, *Standford Law Review,* 1245-82 (1977). Uma amostra, por assim dizer, reduzida e não sistemática, de decisões de jurisdições de recurso não provou que a jurisprudência se tenha orientado de modo notável para ter em conta os pontos de vista dos homens de negócios no trabalho dos tribunais.

[73] Cf. Macaulay, *supra* nota 24: L. Friedman, *Contract Law in America* (Madison, University of Wisconsin Press, 1965); Friedman e Macaulay, "Contract Law and Contract Teaching: Past, Present and Future", 1967, *Wisconsin Law Review* 805-21 (1967).

[74] Foram descritas relações sobre a auto-regulamentação numa variedade de meios comerciais, como por exemplo, os centros comerciais (MacCollum "Dispute Resolution in an American Supermarket", in *Law and Warfare, supra* nota 35, pp. 291-299), as associações comerciais (Mentschikoff, "Commercial Arbitration", 61, *Columbia Law Review*, 846-69 (1961), a indústria pesada (Macaulay, *supra* nota 24), os têxteis (Bonn, "Arbitration: An Alternative System for Handing Contract Related Disputes", 17, *Administrative Sciences Quarterly*, 254-64 (1972); Bonn, "The Predictability of Nonlegalistic Adjudication", 6, *Law e Society Review,* 563--78 (1972), a indústria do vestuário (Moore, *supra* nota 33), a indústria e o comércio do cinema (R. Randall: *supra* nota 55), as relações dos fabricantes de automóveis com os seus revendedores (S. Macaulay, *supra* nota 54), e as destes últimos com os clientes (Whitford, "Law and the Consumer Transaction: A case study of the Automobil Warranty", 1968, *Wisconsin Law Review* (1006-98). Existem ainda estudos relativos à auto-regulamentação de diferentes comunidades confessionais (Note, "Rabbinical Courts: Modern Day Solomons", 6, *Columbia Journal of Law and Social Problems,* 49-75 (1970), étnicas (Doo, "Dispute Settlement in Chinese American Communities", 21, *American Journal of Comparative Law* 627-63 (1973), constituídas intencionalmente (B. Zablowski, *The Joyful Community: An Account of the Bruderhof, A Communal Movement now in its Third Generation* (Baltimore, Penguin Books, 1971) , profissionais (Akers, "The Professional Association and the Legal Regulation of Practice", 2, *Law e Society Review*, 462-82 1968), desportivas (Cross, "The College Athlete and the Institution", 38, *Law and Contemporary Problems* ,151-71 (1973), ou pessoas que trabalham num certo local de trabalho (Feest ,«"Betriebsjustiz": Internal Administration of Justice at the Place of Work,» 11, *Abstracts on Criminology and Penology*, 6-14 (1971), etc. ...

Apesar de todos estes estudos, os dados que conhecemos continuam fracos e desiguais. Põe-se um problema maior quanto à possibilidade de fazer comparações entre estudos que foram feitos em vários meios e com o auxílio de vários métodos.

Este problema deve-se, em parte, à imensa variedade de domínios, mas deve-se também a que os investigadores se ignoraram uns aos outros e não estabeleceram conceitos comuns. Encontramos naquilo que foi escrito a possibilidade de construir várias hipóteses: o estabelecimento de uma teoria bem fundamentada só é possível quando se tiver adoptado (ou desenvolvido) métodos adequados para a comparação nestes domínios.

[75] Para estabelecer uma ordem no que parece ser um território largamente desconhecido para a investigação actual, a classificação seguinte, ainda que bastante grosseira, pode oferecer uma base de partida:

(a) participação formal dos tribunais, isto é participação que implica uma responsabilidade formalmente dada aos tribunais para controlar o modo como os conflitos são resolvidos – como acontece no caso das *class actions*, das acções sociais interpostas pelos accionistas, dos processos tendentes a viabilizar uma empresa em situação de falência, das acções em que são partes menores, etc. ...

(b) participação formal implícita: isto é, hipóteses em que está previsto um processo que exige que o juiz homologue o acordo feito pelas partes, como acontece no caso de divórcio ou de acordo sobre as questões a resolver no litígio;

(c) participação informal, isto é, casos em que os juízes participam em negociações tendo em vista um acordo amigável sem que sejam formalmente chamados a fiscalizar as cláusulas do acordo nem a homologá-las;

(d) ausência de participação, isto é, casos em que as partes concluem um acordo sem que o juiz seja chamado a intervir como nas três categorias de hipóteses acima indicadas.

(76) *In re General Motors Corporation Engine Interchange Litigation,* 594 F.2d 106 (7th Cir 1979); "Development in the Law Class Actions", 89, *Harvard Law Review*,1318-1644, pp.1536 e ss. (1976); Haudek, *The Settlement and Dismissal of Stockholders' Actions - Part Two: The Settlement,* 23, *Southwestern Law Journal*, 765-819 (1969).

(77) Will, Merhige e Rubin, "The Role of the Judge in the Settlement Process," 75, *Federal Rules Decisions*, 89, 203 (1977), (extraído dos debates de um seminário organizado para os juízes de distrito federais recentemente designados, 13-18 de Setembro de 1976, Washington D. C.); Macaulay, "Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract", 11, *Law & Society Review*, 507-28, p. 507 (1977); Wrigth, "The Pretrial Conference", 28, *Federal Rules Decisions* , 141-58 (1962). Cf. Avakian, "How one Trial Judge Settles Cases", 35, Guild Practitioner, 15-24 (1978); Title, "New Settlement Techniques for the Trial Judges", 18, *Judge's Journal*, 42-49 (1979); J. Lobenthal Jr., *Power an Put-on: The Law in America* (New York, Outerbridge e Dienstfrey, 1970), cap. 9 (para observações comparáveis sobre as jurisdições de Estado).

(78) É possível comparar também os regimes diferentes relativos aos acordos tendentes a limitar as questões em litígio (plea bargaining). Cf. Mather, "Some Determinants of the Method of Case Disposition: Decision Making by Public Defenders in Los Angeles," 8, *Law & Society Review* 187-216 (1973); Hobbs, "Judicial Supervision over California Plea Bargaining: Regulating the Trade", 59, *California Law Review,* 962-96 (1971).

(79) Os investigadores que se interessam pelo direito e pela sociedade dissociam claramente a resolução dos conflitos de acordo com normas por um lado, e as negociações tendo em vista um acordo amigável, por outro. Esta visão dualista foi proposta por Aubert e por Gulliver. Aubert, "Competition and Dissensus: Two Types of Conflict Resolution", 7, *Journal of Conflict Resolution*, 26 (1963); Gulliver, "Negotiations as a Mode of Dispute Settlement: Towards a General Model", 7, *Law & Society Review,* 667-91 (1973). Foi criticada, de dois pontos de vista diferentes, por certos autores que consideram que uma linha contínua une um a outro destes métodos. Por um lado, Kidder pretende que a resolução por meio de uma decisão com autoridade não deve ser olhada senão como um alargamento do processo de negociações; constitui apenas um meio em que os recursos e técnicas à disposição das partes estão melhor organizados e em que o recurso às normas oferece apenas um meio suplementar. Kidder, "Formal Litigation and Professional Insecurity: Legal Entrepreneurship in South India", 9, *Law & Society Review* 11-37 (1974). Por outro lado, Eisenberg expõe que as negociações provocadas por um conflito são governadas por princípios e normas, mais ainda do que o recurso

formal aos tribunais, tendo as partes a possibilidade de ter em conta uma vasta gama de componentes normativas, o que não estariam autorizadas a fazer se estivessem em juízo. Eisenberg, *supra* nota 7. Cf., todavia, a observação de Caplovitz segundo o qual apenas cerca de metade dos consumidores devedores que consentiram num acordo extrajudicial considera que esse acordo corresponde à equidade. D. Carlovitz, assistido por E. Single, *Consumers in Trouble: A Study of Debtors in Default,* 245, (New York, The Free Press, 1974).

(80) Parece aí haver outros casos no sistema americano, em que as partes, ainda que formalmente desempenhem o papel de adversários fazendo valer direitos, insistem em procurar uma solução de conciliação. S. Macaulay, "Lawyers and Consumer Protection laws", 14, *Law & Society Review* 115-71 (1979). Cf. a observação de Skolnik sobre a "desistência para a cooperação" em do Tribunal Criminal, Skolnik, "Social Control in the Adversary System", 11, *Journal of Conflict Resolution*, 52-70 (1967).

(81) Cf. nota 20, *supra*.

(82) 0 que foi escrito a este respeito é bem analisado em S. Wasby, *The Impact of the United States Supreme Court: Some Perspectives* (Homewood, III., The Dorsey Press, 1970). Sobre as limitações que comporta este género, cf. Feely, *supra* nota 9, p. 498 e ss.

(83) Um exemplo fascinante de uma tentativa para realizar tal educação pode encontrar-se em Renfrew, "The Paper Label Sentence: An Evaluation" 86, *Yale Law Journal,* 590-618 (1977). Um juiz federal preocupado em dar a conhecer as regras antitrust aos homens de negócios condenou uma pessoa que tinha violado essas leis a fazer um certo número de comunicações orais aos seus parceiros, para dar a conhecer o delito que tinha cometido. O juiz dirigiu em seguida um inquérito para saber qual tinha sido o efeito produzido por essas conferências.

É evidente que tais mensagens provenientes de juízes não são senão uma parte do conjunto de mensagens que provêm de fontes públicas (ou outras) e o contexto pode fazer com que uma mensagem que emane dos juízes tome um significado diferente daquele que pode parecer comportar quando se o encara isoladamente. Cf. o argumento desenvolvido por McCormick, segundo o qual sanções simplesmente simbólicas e que não impliquem um estigma para o culpado, no caso de actividades antitrust, neutralizaram reacções do público contra essas violações do direito antitrust e contribuíram para legitimar práticas comerciais "proibidas". McCormick, "Rule Enforcement and Moral Indignation: Some Observations on the Effects of Criminal, Antitrust Convictions upon Societal Reaction Processes", 25, *Social Problems,* 30-29 (1977).

(84) Phillips e Hawkins, "Some Economic Aspects of the Settlement Process: A Study of Personal Injury Claims", 39, *Modern Law Review,* 497-515 (1976).

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO NORMA, COMO FICÇÃO E COMO IDEOLOGIA. (1)

ANDREAS AUER

(1) Texto apresentado à "4.ª Conferência Europeia de Estudos Críticos do Direito", Coimbra, 1986. Por amável cedência do autor.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO NORMA, COMO FICÇÃO E COMO IDEOLOGIA (1)

ANDREAS AUER

I. INTRODUÇÃO

1. O tema geral da 4.ª Conferência Europeia de Estudos Críticos do Direito* é "Novas fronteiras da legalidade". A perspectiva escolhida parece, pelo menos à primeira vista, decididamente sociológica, no sentido de que se trataria, por um lado, de dar conta "da penetração constante do direito oficial no conjunto das relações sociais" e, por outro, de relatar a emergência de novas "legalidades e ilegalidades" de que as nossas teorias não teriam o hábito de dar conta. Suponho que a maior parte das contribuições se esforçaram por esclarecer um ou outro aspecto desta problemática que se situa, ainda uma vez, fora do sistema jurídico, dos seus conceitos, técnicas e regras diversas.

2. Pela minha parte, escolheria uma perspectiva diferente. Enquanto jurista, estou, por um lado, persuadido de que não é preciso nem mesmo necessário deixar o domínio do direito e das sua representações para lançar sobre aquele e sobre estas um olhar crítico. São muito numerosos, na minha opinião, os estudos e as pesquisas que se esforçam, muitas vezes com brilhantismo, por relativizar o complexo das normas jurídicas e das suas concretizações sem ter em conta as particularidades estruturais e conceituais deste complexo. Preso nas malhas da sociologia, da ciência política clássica e contemporânea, da lógica jurídica, da história do direito e, também, da ciência administrativa moderna, o direito deixou, por assim dizer, de ser um objecto da investigação crítica. Assim, este vasto terreno em que se afrontam, dia-a-dia, interesses

ideais e materiais contraditórios é quase completamente abandonado aos defensores do positivismo mais simplista que, de resto, continuam a sustentar um combate de retaguarda com os últimos ou penúltimos representantes do jusnaturalismo.

3. Partirei, portanto, do direito e voltarei ao direito. De passagem, tentarei observar as particularidades do seu funcionamento, num ponto preciso, na sociedade contemporânea. Este ponto preciso é, precisamente, o princípio da legalidade. Quando falo, portanto, da legalidade, não a considero como a totalidade, mas como um simples aspecto particular do que se chama o direito ou a jurisdicidade. Não oponho, portanto, a legalidade às diversas normas de comportamento não jurídicas que estruturam, em graus diversos, qualquer sociedade civil, mas oponho-a a si mesma, através da sua história, das suas funções, das suas finalidades, tanto no que ela diz como no que ela faz. Esta perspectiva permitirá, pelo menos espero-o, lembrar concretamente que seria errado considerar o direito, a jurisdicidade, como um conjunto normativo coerente, completo, quase exaustivo e também imutável.

4. O método que seguirei é aquilo a que chamo o método dualista. Ele considera o direito tanto como um conjunto de regras, de instituições e de processos, como um conjunto de representações sociais relativas a estas regras, instituições e processos. A particularidade do direito como norma de comportamento privilegiado da sociedade burguesa contemporânea consiste precisamente nesta complementaridade estreita entre o seu aspecto normativo, visível, e o seu aspecto ideológico, parcialmente escondido. O direito não é, portanto, um conglomerado de normas jurídicas caracterizadas, ao mesmo tempo, pelo seu fundo e pela sua forma; é também portador de um conjunto de ideias e de concepções relativas a estas normas jurídicas que lhes conferem uma legitimidade própria, por meio, nomeadamente, da representação colectiva, parcialmente confessada e parcialmente inconsciente, de padrões de universalidade, de equidade e de justiça. Forma e percepção, instituição e ideias, normas jurídicas e normas ideológicas são, pois, na minha opinião, os dois elementos a um tempo opostos e inseparáveis que formam na sua unidade contraditória o que se chama comummente "o direito".

5. Começarei, portanto, esta exposição – muito sumária – da legalidade enquanto princípio normativo, descrevendo o modo como ele apareceu, como se transformou e como é reconhecido pela ordem jurídica contemporânea. Seguidamente, tentarei – o que será decerto o mais difícil – resumir os seus resultados concretos, os seus problemas, os seus êxitos e as suas lacunas diversas. Será, assim, possível medir indirectamente o seu alcance ideológico, através da consideração, nomeadamente, do fosso que separa o que ele afirma daquilo que ele de facto realiza.

II. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO NORMA JURÍDICA

6. Em direito positivo, o princípio da legalidade é uma criação do século XIX. Apareceu na esteira das revoluções burguesas, como prolongamento, a uma vez, da teoria da soberania popular e da representação parlamentar, como reacção à concepção monárquica do Estado. A constituição deixa de fundamentar a soberania do monarca, passando a restringi-la. A burguesia em ascensão, que entendia defender assim os seus interesses económicos – a livre circulação dos bens, das pessoas, a liberdade de comércio e de indústria, a propriedade –, impunha ao monarca o princípio da legalidade que então significava que as ofensas a estas liberdades económicas apenas eram possíveis na base de uma lei, ou seja, com o acordo dos representantes da burguesia.

7. Na Alemanha, depois do fracasso da revolução burguesa de 1848, a administração de Bismarck cedo conseguiu temperar as consequências do princípio da legalidade, operando uma distinção que se iria tornar clássica: a separação entre lei formal e lei material. Do ponto de vista do seu conteúdo, a lei caracteriza-se pelo facto de conter regras de direito, normas jurídicas gerais, abstractas, universais e permanentes. Formalmente, em contrapartida, distingue-se dos outros actos estatais pelo processo da sua adopção: é uma lei formal todo o acto que o legislador ordinário adoptou de acordo com o processo legislativo ordinário, processo que lhe confere a sua superioridade sobre qualquer outro acto infraconstitucional.

Esta separação conceitual da lei formal e da lei material engendra consequências importantes, quer ao nível das instituições e da separação dos poderes, quer no domínio da ideologia. De uma forma geral, ela quebra definitivamente a concepção segundo a qual a lei e a regra de direito são inseparáveis e indissociáveis. De seguida, dado que o conteúdo das leis formais é indeterminado, o legislador ordinário liberta-se definitivamente da tutela do direito natural: tudo se pode tornar em lei, desde o direito mais essencial à decisão administrativa mais insignificante. Por outro lado, e sobretudo, este mesmo legislador perdeu o monopólio da criação das regras de direito. Estas podem encontrar-se não apenas nas leis formais, mas também nos outros actos gerais adoptados pelo executivo ou mesmo pela administração. Pode medir-se o fosso que separa esta concepção positivista da lei da que era dominante no período revolucionário: "a lei é a razão humana manifestada pela vontade geral na qual ela se incarna, e manifestada pelos representantes do povo".

8. Concebido por Rousseau e dado à luz por Bismarck, o princípio da legalidade foi apropriado pelas particularidades de cada ordem jurídica que, apenas elas, lhe conferem uma fisionomia própria. Assim, por exemplo, em França, segundo a teoria constitucional clássica, a lei é a condição da própria existência dos direitos fundamentais dos cidadãos, enquanto que, por exemplo, na Alemanha de Weimar, sob o efeito da ascensão do socialismo e da sua implantação firme no seio do parlamento-legislador, o controlo concreto da constitucionalidade das leis traduz, ao nível do processo, a ideia de que a lei cria o risco de restringir as liberdades, em lugar de as garantir. Na Suíça, as particularidades da democracia directa (referendo) fazem com que o povo apareça, com o parlamento, como legislador, de tal modo que o princípio da legalidade tem uma finalidade democrática que, noutros lados, lhe falta. Pode mesmo mencionar-se neste contexto o princípio da legalidade socialista que, nascido na época da NEP, é hoje reconhecido pela maior parte, senão pela totalidade, dos países que se reclamam do marxismo e cujo significado concreto não é, no fundo, tão diferente do que lhe é conferido pelas ordens jurídicas ocidentais: é preciso obedecer à lei.

9. Admite-se comummente, pelo menos no Ocidente, que o princípio da legalidade se compõe de duas partes complementares. Há, por um lado, aquilo a que se chama a regra da supremacia da lei (*Gesetzvorrang*) que exige que as regras de direito sejam respeitadas, não apenas pelos particulares, mas também pelas próprias autoridades, incluídas aquelas que as adoptaram. Vê-se bem que a regra da supremacia se refere à noção material de lei. Por outro lado, existe o princípio da reserva da lei (*Gesetzvorbehalt*) que, exige tradicionalmente, que os direitos e obrigações dos particulares, bem como as competências das autoridades, estejam previstas na lei.

Na sua origem (*supra*, n.° 6), o princípio da reserva da lei não se aplicava senão às restrições estatais à liberdade e à propriedade, enquanto que o resto da actividade administrativa escapava a qualquer controlo por parte do legislador.

10. Depois da Segunda Guerra Mundial, em contrapartida, a tendência vai, indubitavelmente, no sentido do reforço das exigências da legalidade: não é apenas quando ela restringe os direitos, mas também quando ela fornece prestações e outorga privilégios, que a administração se deve fundamentar numa lei. E, por "lei" no sentido do princípio da reserva, entende-se cada vez mais uma lei em sentido formal. É certo que a lei material pode conter restrições aos direitos, mas é preciso que ela seja, em si mesma, conforme à Constituição. Esta evolução, como se deve ter percebido, não faz mais do que traduzir a substituição do Estado-guarda-nocturno pelo Estado-providência. No momento em que o Estado se mete em tudo, o princípio da legalidade obriga-o a fazê-lo de certa forma, ou seja, precisamente, sob a forma de lei. Assim, esta tende a proteger sob as suas grandes asas o conjunto da actividade do Estado. O Estado contemporâneo organiza-se e age por e através da lei – é, pelo menos, o que pretende o princípio da legalidade.

11. Mesmo ao nível da retórica, o princípio da legalidade não é, contudo, absoluto. A teoria constitucional reconhece que, em certas circunstâncias e em certos domínios, o Estado pode agir sem se fundar numa lei, embora se esforce por fazer aparecer estes casos como excepções raras, senão insignificantes.

É o que acontece, em particular, em caso de urgência, de necessidade, de perigo iminente para a ordem pública. A razão de Estado chama-se, em teoria constitucional, cláusula geral de polícia. Mas esta cláusula apenas vale para as restrições aos direitos e às liberdades dos cidadãos. Para prevenir ou afastar um perigo grave, directo e iminente para a ordem, a tranquilidade, a saúde ou a moralidade públicas, a autoridade pode restringir os direitos fundamentais sem base legal. Esta violação do princípio da legalidade é, de alguma forma, inevitável, não somente porque a natureza e as características dos atentados que a ordem pública corre o risco de sofrer não podem (ou apenas podem dificilmente) ser previstas pelo legislador, mas também porque a adopção de uma lei é um processo por vezes muito longo e complexo e, por fim, porque se admite que o Estado tem o direito de se defender a si mesmo.

Do mesmo modo, quando regula aquilo a que se chama o uso agravado do domínio público – ou seja, a utilização das ruas e praças públicas numa medida que não é conforme com o seu destino principal – a autoridade pode intervir sem se fundar numa lei. Assim, ela pode submeter a autorização as manifestações de rua ou a localização de instalações de uso público sem que esta autorização tenha que estar necessariamente prevista numa lei. Trata-se de um vestígio da concepção segundo a qual o Estado é o proprietário de seu domínio público e pode, portanto, regulamentar o seu uso como entenda.

Existe ainda toda uma série de pessoas que estão naquilo a que se chama uma "relação especial de poder com o Estado" e que, por isto, devem aceitar restrições aos seus direitos que não estão previstas em detalhe pelo legislador. Basta pensar nos detidos, nos doentes dos hospitais, nos alunos de uma escola, nos funcionários da administração pública, nos soldados, etc.; em qualquer destes casos existe este "laço de sujeição ao Estado", em nome do qual os interessados devem aceitar restrições aos seus direitos mesmo para além do quadro traçado pela lei formal.

III. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO FICÇÃO

12. Assim, e à primeira vista, nada parece poder resistir à ascensão fulgurante do princípio da legalidade. Partindo do nada, a legalidade invade aparentemente o conjunto da ordem jurídica. Se, idealmente, o Estado não pode agir senão por meio da lei, é porque esta se tornou no princípio organizacional e estrutural de base do Estado contemporâneo. E, enquanto tal, ela não pôde – dir-se-á – deixar de adquirir características capitais e universais que lhes conferem uma importância com a qual os seus pais nunca teriam ousado sonhar. Não se trata senão disso.

13. De um modo geral, a lei já não é o que era. À medida que estendeu o seu reino, ela sofreu uma importante transformação. De norma geral, abstracta, permanente e universal, feita para durar, tornou-se numa medida parcial, comprometida com uma das partes, tardia e superficial, feita para ser substituída por outra. Em lugar de fixar de forma certa os direitos e obrigações dos cidadãos, bem como as competências das entidades públicas, contenta-se muitas vezes em remeter para as outras instâncias o cuidado de fixar estes direitos e obrigações, ou então de circunscrever princípios vagos e imprecisos, cuja leitura não permite prever as suas consequências e implicações efectivas. Este declínio da lei manifesta-se em vários planos, a que nos referiremos seguidamente.

14. Vimos que a distinção entre a lei formal e a lei material deixava pelo menos ao legislador um domínio próprio que ninguém lhe podia contestar. Ora, por meio do mecanismo da delegação

legislativa, este legislador despoja-se a si mesmo das suas competências, a favor do executivo, que se transforma em legislador de direito comum, senão de direito, pelo menos de facto. Certamente que a teoria e a prática constitucionais esforçam-se por limitar o fenómeno da delegação legislativa, submetendo esta, em nome da separação de poderes e, em caso de necessidade, em nome da democracia, a uma série de condições, ao mesmo tempo de forma e de fundo. Mas não deixa, mesmo assim, de ser verdade, que a deslocação do centro da actividade legislativa do parlamento para o executivo afecta directamente o princípio da legalidade na medida em que este faz correr o risco de esvaziar a lei de qualquer conteúdo. E quando, como em França sob a IV República, o direito constitucional ousa contestar directamente a instituição da delegação legislativa, a realidade constitucional logo lhe lembra que esta instituição responde a imperativos diferentes da pureza dos direitos e princípios constitucionais: nomeadamente, o da eficácia da actividade estatal.

15. Em lugar de exprimir a vontade geral, una e indivisível, justa e inatacável, dos representantes do povo, a lei é votada por um parlamento pulverizado e dividido, para ser em seguida, se for caso disso, sancionada por um corpo eleitoral indiferente ou por um juiz constitucional partidário. A partir daí, ela reflecte melhor o ponto de vista da maioria parlamentar, que teve que ter em conta o parecer da minoria. O processo legislativo faz intervir, no estádio da elaboração do projecto de lei, os principais actores da cena política, que são os partidos políticos, os grupos de interesses, a administração e, sendo caso disso, as colectividades públicas descentralizadas, de tal modo que, quando o projecto de lei é submetido ao parlamento, ele constitui já um sábio compromisso entre estas diferentes forças políticas, um compromisso que o parlamento raramente ousa pôr em causa. A partir desta situação, a lei – que a teoria clássica considera como o modelo de um acto unilateral e de autoridade que comunica imperativamente a vontade do Estado aos seus destinatários – i.e., os particulares, aproxima-se do contrato, de um acto multilateral cujo conteúdo exprime a vontade concordante – i.e., o mínimo denominador comum – dos seus autores. O desenvolvimento substancial do processo de consulta pré-parlamentar, o

lobbying, o entendimento cordial do que se chama a classe política, e também os direitos de participação popular, tornam largamente fictício o conceito de representação parlamentar que, no entanto, é considerado como um dos pilares do princípio da legalidade.

16. Nas instâncias em que se exprime e não cede à tentação de se desonerar em favor do executivo, o legislador está muitas vezes condenado a empregar fórmulas gerais, vagas e fluidas que lhe facilitam o compromisso na medida em que o sentido preciso da lei deixa de resultar da letra ou da sistemática desta, mas unicamente do processo ulterior de concretização da norma. Assim, as leis contemporâneas estão verdadeiramente recheadas do que se chama "noções jurídicas imprecisas" que deixam uma larga margem de liberdade de interpretação à administração e ao juiz: expropria-se "por uma causa de utilidade pública", prevêem-se excepções à regulamentação legislativa "no caso de rigor excessivo", prevê-se mais gravemente "a violação grave" das regras aplicáveis, tem-se em conta o "interesse legítimo" do adquirente, etc.. Daqui resulta que uma das finalidades que se pressupõe dever ser atingida pelo princípio da legalidade – i.e., a segurança do direito e a sua previsibilidade pelos particulares – já não pode, manifestamente, ser atingida. Tornou-se impossível prever os efeitos concretos e as consequências práticas da lei por meio de uma simples leitura desta. O emprego frequente de noções jurídicas imprecisas constitui uma espécie de delegação legislativa de facto, de que, de mais a mais, não é o executivo, enquanto cabeça da administração, quem beneficia, mas os agentes administrativos, bem como os juízes que controlam a sua actividade.

17. Este fenómeno, junto com o da expansão do aparelho burocrático e a extensão da actividade estatal, leva a uma necessidade crescente de organização interna da administração. A fim de conferir à actividade estatal, pelo menos na aparência, uma unidade de vistas e uma coerência que lhe são indispensáveis, é preciso, portanto, fazer de modo a que os diferentes agentes da administração que estão encarregados da aplicação da lei confiram a esta um sentido idêntico, interpretando no mesmo sentido todas as noções imprecisas que ela contém. É esta necessidade que explica o

aparecimento e o desenvolvimento espectacular dos regulamentos administrativos. Estes dirigem-se formalmente apenas aos agentes da administração e não podem, em princípio e em teoria, afectar os direitos e as obrigações dos particulares. Mas é claro que isto também não passa de uma ficção. Não é exagerado dizer que em certos domínios bem específicos, os regulamentos administrativos se tornaram na principal, ou mesmo na única, fonte de direito, e isto sem estarem sujeitos a controlo judiciário, sem serem publicados, sem mesmo serem conhecidos dos particulares.

18. Os regulamentos administrativos têm pelo menos o mérito de emanar de uma autoridade estatal e de constituir, assim, leis materiais; que podem – é certo que a preço de um circuito sinuoso – ser imputadas ao Estado. Mas há domínios em que a legislação é feita directamente por particulares, por ex. nas Associações Profissionais ou Sindicais de cartéis ou corporativas. Neste contexto, o princípio da legalidade prossegue, evidentemente, finalidades e leva a consequências que são, pelo menos, particulares.

19. Uma coisa é afirmar que o conjunto da actividade estatal, seja ela restritiva ou de promoção, se deve fundar na lei. Outra coisa é prever mecanismos processuais que permitam ao juiz controlar a aplicação da lei e, em particular, conhecer queixas relativas à sua violação. Ora, no estado actual do direito suíço, aquele que se dirigiu às entidades públicas para obter uma prestação positiva, mas que não foi satisfeito, não se pode queixar desta recusa junto de uma instância judiciária, pois lhe falta aquilo que se chama a legitimidade para agir. Esta funda-se, neste domínio, nos vestígios da teoria do direito público subjectivo, não conferindo a possibilidade de alguém se queixar a não ser que a ordem jurídica lhe confira um direito à prestação que ele reclama. Como a lei apenas raramente prevê um tal direito, as entidades públicas podem, de facto, atribuir ou recusar prestações a seu belo prazer, sem estarem sujeitas a um controlo jurisdicional desta importante actividade. Assim, diz-se que o Estado não pode atribuir subvenções senão com base numa lei, mas aquele que não obteve uma subvenção carece de legitimidade para se queixar. Do mesmo modo, em matéria de adjudicação de obras públicas – vastíssimo domínio da actividade

económica do Estado – o concorrente recusado não tem interesse jurídico para se queixar de uma eventual desigualdade de tratamento na distribuição. Ou ainda: uma vez que o estrangeiro não tem o direito de se estabelecer na Suíça, a recusa da sua autorização de residência não pode ser levada ao conhecimento de um juiz, etc.. Vê-se que o que o direito substantivo pretende garantir – ou seja, a legalidade do conjunto da actividade administrativa – , é aniquilado ou tornado largamente ilusório pelo direito adjectivo.

20. A lei é cada vez menos a única forma assumida pela actividade do Estado – e, provavelmente, ela nunca foi, verdadeiramente, essa forma. Sofre concorrência, tanto para montante como para jusante, de outros meios de condicionamento, que a teoria constitucional tem alguma dificuldade em conceptualizar. Assim, por exemplo, a planificação, ou seja, um instrumento de coordenação e de previsão das actividades do Estado que se quadra mal com as exigências da legalidade. Do mesmo modo, as "linhas directoras", os "planos financeiros", as "concepções globais" e os "programas administrativos" ou económicos representam outras tantas formas de intervenção das entidades públicas que se afastam muito largamente do modelo legislativo, tanto no que diz respeito à sanção (soft law), como no seu processo de elaboração ou no seu valor jurídico, etc. ...

21. Desde há um certo número de anos que os investigadores se debruçam sobre a vida concreta das leis para tentar verificar e medir a sua eficácia, os seus resultados queridos ou não queridos. Os resultados destes estudos de avaliação e de aplicação da lei são, muitas vezes, eloquentes. Parece que a lei deixou de estar em condições de levar a cabo mesmo a pequena tarefa que lhe resta: ela é inadaptada, não aplicada, ineficaz, não efectiva e, por vezes, produz mesmo efeitos perversos.

22. Já nada, na situação jurídica actual, corresponde à lei ou ao que ela pretende ser. No próprio momento em que ela parece ter atingido o seu apogeu, ela evapora-se. Afirmada, reafirmada e reconfirmada como princípio de base do ordenamento jurídico, ela sofre a concorrência de todos os lados, posta, na prática, de lado, esvaziada de toda a sua substância. Em suma, a realidade jurídica traz cada dia provas novas do carácter largamente fictício do princípio da legalidade.

IV. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO IDEOLOGIA

23. Preciso, desde já, que a noção de ideologia não é, na perspectiva por mim retida, algo de perjorativo que houvesse que evitar, mas antes algo de consubstancial a qualquer sociedade, que é preciso re(aprender) a englobar no domínio das ciências sociais. A ideologia não é a má concepção do mundo do outro, a ideia do meu adversário, mas um conjunto múltiplo, heterogéneo e contraditório, das convicções e representações que determinam muito concretamente o nosso comportamento. A ideologia, no sentido de Antonio Gramsci e de Robert Fossaert, é um sistema lógico de ideias que circulam na sociedade e que constituem outras tantas normas de comportamento difusas, parcialmente conscientes e parcialmente inconfessadas. Nesta perspectiva, somos todos, a um tempo, portadores e vítimas de ideologias (para mais detalhes, v. ANDREAS AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, R.D.S. 1984, II, 63-68).

24. Se o princípio da legalidade fosse apenas uma norma jurídica, talvez já tivesse desaparecido há muito tempo. Ora nós pudemos constatar que, apesar do declínio progressivo da lei – para o qual o princípio da legalidade participa, quer queira, quer não –, o princípio da legalidade se reforça e pretende penetrar em cada canto da ordem jurídica. Isto quer dizer que ele tem a sua razão de ser em factores diferentes dos que determinam o seu valor estritamente jurídico. A minha hipótese é a de que o princípio da legalidade constitui um aspecto importante da ideologia jurídica contem-

porânea, convertida, ela própria, numa das ideologias principais da sociedade capitalista moderna.

25. Num primeiro momento, o carácter ideológico do princípio da legalidade aparece na medida em que ele perpetua a imagem de que, no processo complexo e interrompido de interpretação e de concretização da lei, nunca existe senão uma e uma só solução que seja conforme à ordem jurídica. O princípio da legalidade canaliza e estrutura a lei. A lei bem pode ser vaga, imprecisa, fluida e indeterminada, pois o princípio da legalidade consegue a proeza de fazer aparecer como conformes a esta fluidez os mais diversos actos de aplicação individual e concreta. Garantindo uma ligação tanto normativa como lógica entre o abstracto e o concreto, entre o geral e o individual, a legalidade funda e reforça a ideia de uma coerência da ordem jurídica. Ela pinta a imagem reconfortante, porque previsível, de um mundo jurídico fechado e ordenado, em que tudo está no seu lugar, em que a conclusão decorre naturalmente do jogo das premissas maior e menor, em que o geral e o abstracto antecipam um juízo hipotético sobre o concreto que, por sua vez, os confirma, etc.. Em suma, a ideia de uma lógica da ordem jurídica é essencialmente ideológica e esta ideia alimenta-se, nomeadamente, do princípio da legalidade.

26. Passa-se com a ideologia da legalidade o que se passa com todas as outras: a sua principal função é a de legitimação. As ideologias têm por finalidade promover a coesão do grupo social, organizando a consciência individual dos seus membros em função de padrões de universalidade, de justiça, de regularidade e de equidade, de forma a tornar legítima a existência e a organização desse grupo. Elas criam um "consensus" que permite agir concretamente e colectivamente em favor ou em desfavor de uma certa realidade social. É por meio da ideologia que um poder aparece como legítimo e justo ou como ilegítimo e injusto. Se, portanto, o princípio da legalidade suscita e perpetua a imagem de uma ordem jurídica bem estruturada, coerente e perfeitamente previsível, é porque estas características são indispensáveis para manter a legitimidade desta ordem jurídica. Como não considerar como arbitrária e ilegítima uma "desordem jurídica" de que a sociologia e

a ciência política nos confirmam, porém, a existência? Mesmo se é caótico, incoerente e absurdo, o direito deve pretender ser ordenado, coerente e lógico. Trata-se, pura e simplesmente, de garantir a sua eficácia, pois ninguém aceita, a longo prazo, submeter-se a um poder arbitrário. Este último, para se manter, deve portanto fazer circular a ideia de que não é arbitrário, mas justo. É para isso que contribui o princípio da legalidade, e com sucesso.

27. Ora o princípio da legalidade mantém relações particularmente estreitas com a noção de legitimidade. Enquanto ideologia, tende mesmo a recobri-la inteiramente, a torná-la inútil. O problema que existe com a legitimidade é que nenhuma ordem jurídica pode passar sem ela, mas, ao mesmo tempo, esta legitimidade é necessariamente extrajurídica. Não se decreta à força de leis ou de regulamentos. Mas estas leis e regulamentos têm necessidade dela para poder influenciar com sucesso o comportamento social. Daí que a legalidade tenha aspirado, desde sempre, a substituir esta legitimidade, indefinível em termos jurídicos. A justiça seria, assim, função apenas da legalidade, se necessário temperada pelo princípio da equidade. Desde que uma medida que ofende os direitos dos particulares está prevista na lei – que, ela, é democrática –, tal medida aparece como justa. A ideologia do princípio da legalidade tende a domesticar, a jurisdicizar a noção de legitimidade. "Está previsto na lei e é conforme à lei" – eis o que exige o princípio da legalidade enquanto norma jurídica; como norma ideológica, ele acrescenta que, pois que assim é, a justiça fica feita. Inútil de pôr a questão – a única, no fundo, decisiva –: "Mas, que lei?".

28. Vê-se, assim, que o princípio da legalidade, entendido como ideologia, faz milagres, ou quase. Com efeito, enquanto norma jurídica, este princípio carece, por definição, de um alcance material. É uma pura forma, puro processo. Aplica-se a qualquer lei e em relação a qualquer decisão. Apenas exige que a primeira seja adaptada regularmente e observada por todos – qualquer que seja o seu conteúdo – e que a segunda seja conforme à primeira – seja qual for a sua substância. Não há nenhum elemento material na noção de lei. Ora, sob o efeito da ideologia da legalidade, eis que esta se carrega de substância, toma contornos materiais, dá-se cores.

A ideologia da legalidade destina-se justamente a fazer esquecer o declínio normativo da lei e, ao estender-se, torna-se fonte de valores e, portanto, instrumento de legitimação. É como se ela compensasse a espectacular explosão da noção de lei pela pretensão de poder, por si só, fundar a legitimidade da ordem jurídica. Pretensão insensata e fútil, pois é justamente por pretender recobrir inteiramente a noção de legitimidade que o princípio da legalidade reconhece nesta um limite intransponível de legitimação.

LEI E AMOR NA IDADE MÉDIA [1]

MICHAEL CLANCHY

Tradução de
Paula Hespanha

(1) Publicado em John Bossy (ed.), *Disputes and settlements. Law and Human Relations in the West*, © Cambridge, Cambridge University Press, 1983, 47-67.

LEI E AMOR NA IDADE MÉDIA.

Pactum legem vincit et amor iudicium (acordo prevalece sobre lei e amor sobre julgamento)

Pretendo usar esta afirmação das *Leges Henrici Primi* como um ponto de partida para examinar o lugar ocupado pela lei nas relações humanas medievais.[1] As *Leges* são a compilação de um francês que escreveu em Inglaterra nos inícios do século XII. Trata-se de um trabalho longo e confuso, mas que tem o mérito de incluir princípios gerais de grande diversidade, como o acima citado. Outros passos das *Leges* confirmam o contraste existente entre duas maneiras de resolver as disputas: ou por acordo e amor, ou pelo direito e julgamento. Os litigantes são "unidos pelo amor ou separados pelo julgamento".[2] Um réu pode escolher entre o processo por defesa jurídica (*de placito*) e o estabelecimento da paz; os homens sensatos evitam "a sorte extremamente incerta da alegação judicial".[3] O acordo (*pactum*) ou a paz (*pax*) são bons, mas ainda melhor é "proceder por amor (*per amorem*), se os litigantes desejam ter perfeita liberdade de movimento, como entre amigos".[4] Amor, em tal contexto, não significa algo de gratuito ou sentimental. Pelo contrário, é um compromisso de amizade, estabelecido por negociações públicas perante testemunhas e requerido por pressões sociais. Um exemplo moderno de tal acordo é o contrato de casamento, e o mais caracteristicamente medieval é a relação entre senhor e vassalo. Tal como observa o compilador das *Leges*, "só oferecemos amor àqueles sem os quais não podemos passar"[5] – sejam eles pa-

rentes, senhores feudais ou inimigos reconciliados. Foi neste espírito que o duque de Norfolk, o "Jockey of Norfolk" no *Richard III* de Shakespeare, pediu a John Paston, imediatamente antes da batalha de Bosworth, que trouxesse uma companhia de bons soldados, assinando "Your lover, J. Norfolk".[6] Foi também neste espírito que os senhores se dirigiram aos seus homens em forais como seus "amantes (*amantes*)" ou "amigos (*amici*)", e exigiam dos seus camponeses "dádivas de amor" e "prata de amor".[7] Nos estados da abadia de St. Albans "fazer amor" significava fazer uma parte de trabalho extra para o senhor: assim, diversos servos em 1332 "faciet xlii opera et i *amor*".[8] O amor tornou-se "rotineiro" na sociedade medieval, tal como o carisma se tornou "rotineiro" (na descrição de Max Weber) depois de ter desaparecido o original apelo voluntário a um líder.

Porque só o amor pode trazer liberdade e segurança, ele é visto, na sociedade sem Estado do início da Idade Média, como sendo mais poderoso que a lei, sobre a qual "prevalece" ou "conquista (*vincit*)". As origens exactas desta ideia são difíceis de localizar. Nenhum dos sucessivos editores das *Leges Henrici Primi*, F. Liebermann e L. J. Downer, cita algum precedente da expressão "*Pactum legem vincit et amor iudicium*" (o pacto vence a lei e o amor o julgamento) no direito Romano ou canónico. Possivelmente, evoca-se Virgílio:

Omnia vincit amor et nos cedamus amori.

(O amor conquista tudo e nós devemo-nos submeter a ele.)[9]

A familiaridade medieval com esta noção é sugerida pela prioresa de Chaucer, ao usar um broche com a legenda *Amor vincit omnia*.[10] A ideia de submissão ao amor seria apropriada no contexto das *Leges*, quando as partes litigantes têm de se submeter ao compromisso: "quando alguém tem a opção de escolher entre um juízo de amizade (*amicitia*) e um de lei (*laga*) e escolhe de amizade, esta escolha mantém-se tão firme como um próprio julgamento".[11] Posto desta forma, o texto das *Leges* evoca o direito anglo-saxónico: um guerreiro tem duas escolhas, *lufu* (amor) ou *lagu* (lei), e aquele que escolhe *lufu* fica por ele tão constrangido como por um julga-

mento.[12] Algures por detrás desta ideia de que o amor ultrapassa a lei, deve encontrar-se a influência do Novo Testamento e de textos que aí aparecem como "não julgues para não seres julgado", ou "aquele que ama o próximo cumpre a lei".[13] Os clérigos eram ordenados a não deixar o sol pôr-se sobre a discórdia no seu rebanho, e uma frase dos cânones ingleses do século treze aproxima-se da afirmação das *Leges*: o dever dos prelados é de "unir aqueles que estão em desacordo, sejam eles clérigos ou leigos, muito mais através da paz (*pacem*) do que através do julgamento (*iudicium*)".[14]

Como princípio explícito, a proposta das *Leges* parece limitar-se à Inglaterra, onde existem precedentes no direito anglo-saxónico e exemplos subsequentes de ser aplicado na prática. O tratado designado por 'de Glanvil' (redigido pelos finais do século doze) afirma que "é geralmente verdade que o acordo prevalece sobre a lei (*generaliter verum est quod conventio legem vincit*)".[15] Apesar desta frase substituir pela palavra *conventio* o «pactum» e «amor» das *Leges*, a ideia de que o acordo 'prevalece (*vincit*)' é explícita. Na Inglaterra do século treze, o testemunho do arquivo de um tribunal local sugere que o tópico das *Leges* era bem compreendido, sendo mesmo um lugar comum. Um exemplo de um arquivo da casa senhorial de Sevenhampton serve, por agora, para ilustrar esta tese.[16] Um certo William le Despencer foi convocado a 26 de Maio de 1282 para "fazer lei" (*facere legem*). Isto significava que deveria arranjar conjuradores que jurassem a sua inocência de acordo com o costume de "compurgação". Contudo, uma nota à margem deste registo afirma que William "pode estabelecer um acordo exterior ao tribunal (*vadiet finem extra curiam*)". Numa posterior reunião do tribunal, em 16 de Julho, foi anotado à margem do registo que o caso referente a William foi "resolvido por amor (*vadiata fuit in amore*)" e assim se deu por concluído. Estas lacónicas notas nas margens sugerem que a este escrivão era familiar a ideia de que o direito (*lex*) é um processo formal nos tribunais, enquanto que o amor (*amor*) envolve um acordo exterior ao tribunal.

Ao contrário do escrivão de Sevenhampton, os historiadores de direito não familiarizaram os seus leitores familiares com a ideia do amor como o contraponto do direito e como um método "rotineiro"

de resolver disputas. Nos clássicos estudos do direito medieval inglês, a *History* de Pollock e Maitland e a *Concise History* de Plucknett, as palavras "acordo", "arbitragem", "concordância" e "amor" não aparecem nos índices e são raramente abordadas.[17] Até o "loveday", um dia dedicado à reconciliação de litigantes, como William le Despencer de Sevenhampton, que era um acontecimento comum da vida da aldeia, se encontra ausente.[18] De certo modo, Maitland e Plucknett estavam certos ao excluir a ideia medieval de amor do seu campo de estudos, uma vez que este prevalece sobre o direito e, por isso, se encontra acima dos seus termos de referência. Contudo, por detrás da exclusão do amor da principal corrente da história do direito medieval, encontra-se, segundo penso, uma pressuposição fundamental que necessita de ser examinada.

Os historiadores de direito têm tendido a ver "a lei e a ordem" como algo imposto de cima pelas autoridades, através de códigos de regras, mais do que algo vindo de baixo, pela extensão e reforço dos laços afectivos para além da família imediata. Por outras palavras, eles propõem o que, num artigo seu, Simon Roberts chama de paradigma "centrado nas normas" como oposto ao paradigma "centrado no processo". No primeiro, "o comportamento normal era dirigido por regras e as instituições que visavam a decisão de conflitos estavam presentes para colocar as coisas em ordem apenas no caso de, por se verificar um mau funcionamento temporário, a questão se desenvolver sob forma de disputa"[19]. O paradigma "processual" implica, por outro lado, uma perspectiva completamente diferente do conflito: "as disputas, longe de serem patológicas, eram normais e inevitáveis a partir do momento em que as pessoas lutavam para obter os seus objectivos".[20] Os historiadores de direito olham geralmente de cima para as sociedades do passado; e, num processo inconsciente, optam pelo paradigma "centrado em normas", devido à natureza das suas fontes. Os governantes deixam para a posteridade os monumentos mais impressionantes, quer pensemos nas pirâmides, quer nas centenas de milhares de documentos do *Public Record Office*. É justamente devido a este último acervo documental que os historiadores da Inglaterra medieval, tenderam a ser os "amigos do rei".[21] Tal como refere Simon Roberts, o paradigma "centrado nas normas" não está necessariamente errado,

nem o "processual" correcto: "as preocupações reflectidas em ambos representam áreas de pesquisa *necessárias e complementares*".[22] É neste espírito que eu pretendo usar a afirmação das *Leges Henrici Primi* como uma perspectiva das atitudes para com o direito e relações humanas, que é extensível para além da Inglaterra medieval, onde encontra expressão explícita. *Lex e amor*, nas palavras das *Leges*, ou paradigmas "centrados em normas" e "em processos" são, em termos antropológicos, vias complementares de resolver disputas, pertencendo cada uma delas necessariamente a certo contexto.

Em certas sociedades medievais, o direito era reduzido a um código de regras, sendo a ordem imposta de cima; existiam bons precedentes para isto no Velho Testamento e no majestoso *Corpus Iuris Civilis* da ciência jurídica romana. Mas havia outras sociedades onde a boa vizinhança e os bons costumes – partindo de baixo para cima – eram mais valorizados do que um código. Os seus precedentes eram igualmente fortes: encontravam-se no Novo Testamento e na vitória dos bárbaros sobre os romanos. Santo Agostinho argumentou, na *Cidade de Deus*, quando examinava as ruínas do império Romano, que não podia haver justiça na terra, mas apenas uma espécie de paz. Uma persistente tradição medieval rejeitava o direito escrito: na Inglaterra "o direito não provém de nada escrito", afirmou Bracton no início do seu tratado; e, ao mesmo tempo, a nobreza francesa dizia que o seu reino tinha sido ganho aos romanos "não por *ius scriptum*, nem pela arrogância dos letrados, mas sim pelo suor da guerra".[23] Eram os nobres que governavam na Idade Média, apesar dos seus rivais, os clérigos, acabarem por ficar com a melhor fama, pois eram eles quem escrevia para a posteridade. Por muito impressionantes que sejam os registos dos letrados – os folios glossados e adornados dos professores de direito de Bolonha e Paris, as crónicas prolixas dos monges, os elegantes certificados de propriedades e os testamentos dos escrivães e dos notários, a massa de documentos que saíam das chancelarias –, toda esta massa de pergaminhos fornece apenas um registo parcial das verdadeiras disputas das gentes medievais, e dos seus meios de as resolver, um registo que é "parcial" nos dois sentidos da palavra.

O direito (como ensino e aplicação de normas) e o amor (como senso comum e laços afectivos) podem ser vistos como estilos contrastantes de resolução de disputas da Idade Média. O contraste é ilustrado de uma maneira simples comparando o Imperador Frederico II (1215–50), "*Stupor Mundi*", com S. Luís IX (1226-70), "S. Luís". Tomemos, como primeiro exemplo, S. Luís. A sua perspectiva das disputas é descrita pelo seu biógrafo, Joinville, numa passagem familiar a todos os medievalistas, apesar de nunca ter sido explicada satisfatoriamente.[24] A atmosfera é calma: o rei senta-se aos pés da cama, ou, no Verão, encosta-se a um carvalho no bosque de Vincennes, ou recosta-se num tapete no jardim de Paris, sem qualquer outra cobertura na cabeça senão um chapéu de penas de pavão brancas. Os litigantes avançam sem formalidades e o próprio rei pergunta-lhes: "Porque é que não aceitas o que os teus vassalos te oferecem?" Quando eles argumentam que as ofertas são muito pequenas, o rei faz todo o possível para "os colocar em rumo certo e sensato". Os queixosos não são obstruídos por nenhum meirinho; é o próprio rei que faz as perguntas, "Alguém tem uma proposta a avançar?" e quando os litigantes se impacientam, ele acalma-os, "Estejam sossegados e os vossos assuntos serão despachados (*deliverra*) um por um". O uso do verbo *delivrer* por Joinville (literalmente "libertar") como método de resolver uma questão é significativo. O rei pergunta ao seu conselheiro se há alguém que não possa ser "libertado" sem a sua intervenção pessoal: dirige-se ao jardim de Paris para "libertar o seu povo" (*pour delivrer sa gent*). O verbo *delivrer* enfatiza a maneira como o método de julgamento é um método de "libertação" dos litigantes dos seus problemas por meio da discussão e regateio. O rei não diz, "Porque é que não te submetes à direcção dos nossos juízes?", mas "Porque é que não aceitas o que os teus vassalos te oferecem?" Em vez de oficiais a administrar a justiça, Joinville descreve o povo a regatear. Tudo isto sugere que Luís IX pertence tipicamente ao paradigma "centrado no processo" e não ao "centrado nas normas".

A dificuldade de interpretar a descrição de Joinville é que S. Luís era o mais poderoso governante na Europa. Ele tinha funcionários ouvindo petições, meirinhos no seu tribunal do *parlamento*, bailios governando de acordo com as determinações reais. Ele não

poderia ter controlado a França sentando-se calmamente e pedindo a quem tivesse um problema que se levantasse. Se S. Luís tivesse permitido o livre acesso à sua pessoa e, ao mesmo tempo, se tivesse sido tão bom a resolver disputas, teria sido soterrado por pedidos de intervenção. Por outro lado, o depoimento de Joinville não pode ser ignorado, pois ele escreve como testemunha ocular, realmente como um dos conselheiros que se sentava à vontade ao lado do seu rei, aos pés da sua cama ou no tapete do jardim. Uma solução para esta dificuldade é apreciar a tradição na qual Joinville viveu e escreveu. Ele sentava-se com o seu rei, com um à-vontade aristocrático, no centro da França, porventura no único sítio onde a turbulência cessara. Na sua tocante descrição simples de S. Luís não estava a ser nem falso nem ingénuo. Pelo contrário, estava a evocar e a reforçar um ideal de realeza que rapidamente desaparecia em face da burocracia. Entre os bárbaros, a justiça era tradicionalmente administrada debaixo das árvores (se o tempo o permitia).[25] *A Chanson de Roland* pinta Carlos Magno sentado num pomar, em tapetes brancos, postos debaixo de um pinheiro, rodeado pelos seus vassalos.[26] A falta de tensão, a presunção de que os problemas se podiam resolver por compromisso, e de que há espaço para todos os homens de bem debaixo da floresta verdejante, eram igualmente tradições reais francesas. Quase um século antes, Walter Map tinha falado com Luís VII, em Paris, sobre a riqueza e aparato de governantes contemporâneos como Henrique II de Inglaterra, e anotou, como dito verdadeiro e apropriado, que Luís VII lhe dissera: "Nós, em França, não temos nada – excepto pão, vinho e alegria".[27] E isto era naturalmente tudo aquilo que um homem precisava, segundo os trovadores e eruditos medievais.

Pelo contrário, Frederico II disse que tinha tudo. Tal como proclamava o seu *Liber Augustalis* em 1231, ele era "Caesar" e "Augustus" e muito mais. O *Liber Augustalis* é a apoteose da feitura do direito na Idade Média. Justificando as suas elaboradas cláusulas temos a premissa de que:

> O Homem, que Deus criou recto e simples, não hesitou em envolver-se em querelas; e, assim, por esta necessidade forçosa das coisas, e, não menos, pela instigação da divina providência,

foram criados os príncipes das nações, pelos quais a licenciosidade criminal é sujeita a coerção, pois são eles os juízes da vida e da morte entre as nações.[28]

As diferenças entre as perspectivas de Frederico II e de Luís IX sobre justiça – pelo menos nas suas imagens públicas – são profundas. Frederico não é complacente; os que erram têm de ser castigados e submetidos. Nem aquilo que o rodeia é aberto e informal; Frederico e os 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.[29] Tais regras são o oposto do princípio de que "pactum legem vincit et amor iudicium".

O meu propósito não é o do decidir se era melhor a forma de resolver as disputas de S. Luís ou de Frederico II, mas sim o de iluminar o contraste entre elas. O estilo de Frederico II, com toda a sua enfâse e coerção, transporta-nos, para a frente no tempo, até ao *Levithan* de 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 académica: 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, Piero 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 aos 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.[30] Apesar de este monumento se encontrar hoje em ruínas, foi descrito por diversos observadores, sendo o primeiro André da Hungria, que o viu em 1266. Impressionou-se com o efeito ameaçador da estátua de Frederico e com o

versículo a seus pés, "como se boca exausta estivesse a entoar as linhas ameaçadoras para terror dos transeuntes".[31] O texto começa:

Cesaris imperio regni custodia fio
Quam miseros facio quos variare scio

(Por ordem de Caesar, o guardião do reino sou eu, que desgraçados tornarei aqueles que saiba que discordam de mim).

Apesar de André pensar que este versículo se referia a Frederico II, ele faz mais sentido se for declamado pela figura da "Justiça" que se encontra a seus pés. Em qualquer das interpretações, o arco em Caspa é coerente com o *Liber Augustalis* na apresentação da justiça como essencialmente coerciva e ameaçadora para os dissidentes. O estilo de governar de Frederico II tem algumas semelhanças com as "novas monarquias" do início da Europa moderna e mesmo com o fascismo, como frequentemente tem sido apontado. De qualquer modo era explicitamente mais virado para o passado do que moderno, ao evocar a autoridade do Velho Testamento e dos imperadores romanos. O estilo de S. Luís, pelo contrário, era – de um ponto de vista medieval – mais moderno. Baseava-se mais no Novo Testamento do que no Velho, e reflectia, não a terrível figura romanesca de Cristo em Majestade julgando a humanidade, e ainda menos uma personificação pagã da "Justiça", mas sim o Cristo Gótico, o Mestre de rosto humano. O mais próximo da imagem autêntica de S. Luís, a estátua de madeira da *Sainte Chapelle*, apresenta-o como calmo, franco e bonito, e a posição tomada é a de Cristo – Mestre de Chartres (portal Sul) ou do *Beau Dieu* de Amiens.[32] Ao contrário de Frederico, S. Luís não precisou de qualquer verso ameaçador para imprimir a sua autoridade aos espectadores. Ao reconciliar litigantes, S. Luís seguiu o exemplo do novo Cristo, S. Francisco; eram os frades franciscanos quem ele escolhia para seus *enquêteurs*. O estilo de S. Luís tem as suas raízes, não só no Novo Testamento, mas também nas tradições dos francos e na diferença das suas concepções jurídicas em relação às dos romanos, nas memórias de Carlos Magno, e, acima de tudo, nas lealdades feudais. Frederico mantinha os súbditos aterrorizados, em obediência, através da coerção. Pelo contrário, S. Luís mantinha os vassalos ligados a si pelo "serviço" voluntário.

É claro que as realidades dos governos não eram tão claras como nestes modelos. S. Luís promoveu a inquisição e perseguiu judeus, enquanto que Frederico era visto pelos papas como um perigoso anarquista. Eu, pela minha parte, fiz de Frederico e de S. Luís *exempla* de lei e amor, respectivamente. Mas isso não envolve qualquer intenção apologética, pois é como ideais que, quer o *Liber Augustalis*, quer Joinville os apresentam. Pouco resta dos registos diários, tanto de Frederico como de S. Luís, para determinar o que realmente se passava. Apenas uma monarquia medieval, a Inglaterra, deixou registos dos seus assuntos diários de data tão primitiva. Como Luís IX, Henrique II de Inglaterra ouvia os queixosos. Mas o retrato que Walter Map nos dá da cena difere do de Joinville e também da imagem que o mesmo Walter dá de Luís VII, que se contentava em não ter nada "excepto pão, vinho e alegria". Ora paz e satisfação era o que não havia na época de Henrique II. Ele estava constantemente em actividade e multidões de litigantes empurravam-no e gritavam por ele sempre que se apresentava em público.[33]

Em resposta a esta irresistível reclamação da sua actividade correctora – assim diz a teoria –, Henrique II idealizou um sistema automatizado de justiça, enfatizando a rapidez e a decisão.[34] Os queixosos obtinham um documento de forma standardizada por exemplo, um interdito denegador da posse mandando convocar um júri; o júri chegava a um veredicto de "Sim" ou "Não", ao qual se seguia o julgamento e a execução. O sistema impedia as pessoas de divagar sobre as suas queixas, obrigando-os a confinar as suas declarações dentro de formas prescritas. Não há qualquer registo como o de *Montaillou* de Ladurie no *common law* inglês, pois os juízes não eram inquisidores procurando meticulosamente a verdade, mas sim operadores de uma máquina automática feita para produzir decisões a cada minuto. Tal como no sistema de Frederico II, o direito consuetudinário penalizava as pessoas por estabelecerem acordos. Entrar em compromisso com o réu seria insultar o rei, cuja ajuda havia sido oferecida ao queixoso para processar o transgressor. Na prática, contudo, os compromissos eram numerosos e eram satisfeitos por multas e oferendas de que a coroa beneficiava. A verdade era geralmente demasiado complexa para ser enclausurada num documento normalizado de queixa, ou num veredicto de "Sim" ou

"Não". Nem os vizinhos na comunidade de uma aldeia, que teriam de viver uns com os outros durante anos, compartilhavam invariavelmente o entusiasmo dos tribunais da corte em proceder a julgamentos rápidos, nos quais o vencedor ficava com tudo.

Pelo menos uma fonte, o *Liber Memorandorum* do priorado de Barnwell, demonstra haver discrepâncias entre registos oficiais e factos da vida. Num dos casos, a resolução final da questão foi inversa à do registo oficial. Em 1286, segundo o processo (que ainda existe no Public Record Office), Henry Tuillet de Cambridge teria ganho uma acção de denegação de posse (ou de despejo) instaurada contra ele pelo prior de Barnwell, tendo sido este o ponto final da questão.[35] Pelo contrário, o *Liber* de Barnwell mostra que isto foi apenas o início. Vale a pena insistir nesta questão pois, graças ao *Liber* de Barnwell, mas não ao processo escrito, ilustra as deficiências do sistema do *common law*. O prior reclamava que Henry o tinha privado da taxa de renda de uma casa, emparedando a porta para impedir os beleguins do prior de entrar e penhorar os bens de Henry; entretanto Henry podia entrar e sair de casa por uma parte da propriedade que não pertencia ao prior. Este instaurou, por isso, uma acção de despejo contra ele. Henry contestou, dizendo que não tinha sido ele, mas sim o seu pai, William, quem tinha murado a porta. O júri, no seu veredicto, confirmou isto, e a sentença foi contrária ao prior. Nos termos de uma acção de denegação de posse, este julgamento foi correcto, pois essa acção requere que seja processado o real autor do esbulho. O prior não podia processar William, pois ele estava morto; em vez disto tinha processado Henry, com um fundamento de senso comum; no facto de que Henry vivia realmente na casa e beneficiava do esbulho. O prior podia ter sido melhor aconselhado a proceder por uma acção diferente (*entry sur disseisin*) que processava o beneficiário de um esbulho; mas também havia uma dificuldade nesta possível solução, pois Henry não havia entrado em casa depois do esbulho, tendo vivido nela quando a parede foi construída a cargo do pai.

O *Liber* de Barnwell revela que o prior, apanhado nestes tecnicismos, recorreu à intimidação, embora ainda dentro dos limites da legalidade. Ele ameaçou atacar o júri, acusando-os de terem pro-

nunciado um veredicto falso. Isto assustou muito os jurados; mas assustou ainda mais Henry, de tal modo que ele veio ter com o padre, a chorar, e procurou a sua graça de joelhos". Por meio da mediação feita por funcionários da justiça, foi obtido um compromisso; o prior perdoou a Henry metade das suas rendas atrasadas e Henry jurou pelas sagradas escrituras que no futuro não poria obstáculos aos cobradores da renda. Por ter sido feito fora dos tribunais, não existe qualquer registo desta combinação nos *plea roll*. Além disso, os seus termos recuam ao sistema de justiça automatizado de Henrique II, para o princípio das *Leges Henrici Primi* de que "pactum legem vincit et amor iudicium". Tal como um amante arrependido, Henry veio ajoelhar-se perante o prior, chorando. A disputa foi resolvida, não pelo julgamento no tribunal do rei, o qual parece ter sido usado por Henry como expediente de negociação, mas sim por um procedimento mais consagrado e antigo, um juramento sobre as escrituras. O facto de o funcionário, ao escrever o *plea roll*, não ter mencionado este acordo, não representa um erro da sua parte. Esta combinação prevaleceu sobre a lei e por isso não era nada da sua conta. O *plea roll* registou correctamente o que se passou no tribunal; a sua finalidade não era a de registar a totalidade dos factos sobre um caso, mas sim as questões do direito.

Henry Tuillet e o prior de Barnwell tinham tido um "loveday", apesar de os registos não o chamarem assim. Nos tribunais de algumas aldeias, menos tocados pela soberania do rei e onde havia menos poderes de coerção, o "loveday" era um acontecimento comum. Um procedimento destes é descrito em *The Court Baron*, datado de c. 1265, que ensina (em francês) a prática judicial, sob a forma de cenas hipotéticas de acções judiciais. Por exemplo, Thomas Lorimer queixa-se de que Stephen Glover lhe devia 40 shillings.[36] Stephen solicita ao administrador do tribunal um *jour d'amour* com Thomas. "Concedemos-lhe isso", responde o administrador, "para que chegam a acordo entre o dia de hoje e a próxima sessão de tribunal." Na sessão seguinte, o administrador pergunta: "Thomas Lorimer e Stephen Glover, como correram as negociações entre vós? Já estão de acordo?", Thomas responde, "Sim, senhor"; e isto põe termo à questão, aparte um pagamento efectuado ao tribunal. Um "loveday" (*jour d'amour* em francês ou *dies amo-*

ris em latim), é, deste modo, um dia de reconciliação entre litigantes. O tribunal não pronuncia uma decisão sobre esta reconciliação, nem se questiona sobre quais serão os seus termos. A única função do tribunal é a de fixar um limite de tempo dentro do qual o acordo tem de ser atingido. A falta de responsabilização do tribunal é explicada pelo princípio de que "pactum legem vincit et amor iudicium". O pedido de um dia de reconciliação ao administrador substitui a lei, e o consequente laço de amor entre Thomas e Stephen elimina qualquer acção posterior por parte do tribunal. O administrador pergunta-lhes, "Estão em acordo?", literalmente traduzido como "Vocês são como uma pessoa ou como família (*um gent ou ume genz*)?". O *loveday* torna as partes rivais em *une genz*, tal como acontece na cerimónia de casamento. Assim como no casamento, um *loveday* devia ser selado com um beijo (o beijo da paz), abençoado por um padre e testemunhado por amigos comuns e parentes. Um escritor inglês, Thomas Usk, descreve a própria Redenção como um *loveday* entre Deus e a humanidade, tendo Maria como juiz para dar fim à querela.[37]

Contudo, é difícil descobrir muitos dados sobre *lovedays*, para além do procedimento básico, a partir de fontes legais. A sua única discussão, no grande tratado de Bracton sobre direito inglês (revisto na década de 1230), consiste numa nota que diz que a parte queixosa devia tornar claro que aceitava um *loveday* sob protesto, de modo a que, "se o amor não o comovesse", ele conservasse o direito à sua acção judicial.[38] Bracton parece estar aqui consciente do princípio "pactum legem vincit et amor iuducium" e tenta proteger o queixoso das suas implicações, em face do facto de que, no tribunal do rei, o amor não se sobrepõe à lei. A melhor prova acerca da frequência de *lovedays* podia esperar-se dos registos de tribunais senhoriais e outros, que aparecem nos finais da segunda metade do século XIII. Esta prova causa contudo perplexidades, como o mostra o seu sumário, em apêndice a este artigo. Alguns registos (Bec, Chalgrave, Ramsey) não contêm quaisquer referências a *lovedays*, enquanto que noutros (Adam de Stratton, Halesowen parte III, Highworth) as referências a eles são bastante frequentes, ainda que breves; os registos de Wakwfield, que se estendem por um longo período, contém, proporcionalmente, mais *lovedays* no século XIII

do que acontece no século XIV. Como se explicam tais discrepâncias? Por vezes é o editor que está em falta por não fornecer um índice de assuntos (Alrewas, Durham) ou por o organizar de forma incompetente (Halesowen, parte I). Também por vezes, os registos estão incompletos ou então o editor fez uma selecção de entre eles, podendo involuntariamente ter excluído *lovedays*. Contudo, as insuficiências dos responsáveis pela publicação dos textos não explicam a falta de ocorrência de *lovedays* nos registos de Chalgrave e Ramsey, em particular. Por vezes o *loveday* pode ser chamado algo de diferente pelo funcionário que faz os registos; nestes termos os registos de Halesowen (parte III) e de St. Ives tornam claro, a partir das suas notas marginais, que um *dies amoris* e um *dies concordanti* são sinónimos. A prática de registo parece ser diversa de tribunal para tribunal. Alguns não mantiveram qualquer registo de *lovedays*, outros descrevem-nos através de nomes diferentes, e ainda outros anotam-nos de passagem. Mesmo os tribunais que mencionam *lovedays* (como Adam de Stratton) apenas registam a concessão de uma trégua; não registam os termos do acordo atingido no *loveday*. Isto porque o princípio de "pactum legem vincit et amor iudicium" coloca o próprio *loveday* fora do campo de acção do tribunal. Tal como os processos escritos do tribunal do rei, os registos dos tribunais locais confinam-se ao direito, isto é, ao que oficialmente se passava no tribunal.

Apesar de os registos judiciais não poderem providenciar provas consistentes acerca de *lovedays*, pois eles estavam, correctamente falando, fora do seu horizonte, fontes vernáculas, literárias ou miscelânias, sugerem que o *loveday* era um lugar comum nos séculos XIV e XV. As fontes principais foram discutidas por J. W. Bennett, não havendo necessidade de voltar aqui a elas.[39] Vale, contudo, a pena enfatizar que o amor não era necessariamente melhor do que o direito, na opinião dos grandes escritores do século XVI. De acordo com Langland, os *lovedays* eram um incitamento corrupto da Lady Meed (Senhora Luvas, a personificação do suborno) para resolver as coisas fora do tribunal, quando o melhor interesse do litigante seria o de mover o processo:

And doth men lese thorw hire love – that lawe mwght wyne.
(E os homens perdem pelo amor a esta dama, aquilo que a lei lhes podia ganhar.)[40]

Deste modo, na opinião de Langland, a lei devia vencer, pois o amor verdadeiro tinha sido prostituído por Lady Meed. Também Chaucer estabelece o contraste entre lei e amor nas seguintes linhas:

Mo love-dayes and acordes
Then on instrumentes be cordes.[41]

Mais lovedays e acordos
Do que cordéis [que prendem os selos] sobre os documentos.

A distinção é aqui feita entre "tratações" orais ou acordos, por um lado, e "instrumentos" legais escritos, aos quais as tratações estão ligadas por "cordas", por outro. Apesar de Chaucer felicitar aqui os *lovedays*, na medida em que eles existem em maior número do que a vasta quantidade de selos que pesam sobre instrumentos legais, ele chama a atenção, algumas linhas antes, para os "desacordos" e "dissimulação" do amor.[42] Wyclif é o crítico mais severo dos *lovedays*: os senhores abusam deles de modo a que "o direito e a lei não possam seguir o seu curso"; nos *lovedays*, os padres "prejudicam a verdade e os homens pobres nos seus direitos, em favor das insígnias dos senhores que se ajoelham nas suas capelas".[43] Nos finais da Idade Média, o procedimento por amor parece ter-se tornado tão enredado em parcialidades como os processos comuns do direito.

Não pretendi sugerir que o amor era, na realidade, mais eficiente do que o direito, mas sim apontar que, numa linha persistente do pensamento medieval, direito e amor são vistos como modos opostos de resolução de disputas. Ver as coisas como pares de opostos constituía um modo comum de pensar medieval. A resolução dos opostos – *Sic et Non* de Abelard e *Concordia Discordantium Canonum* de Grantian – era a base do método escolástico. Emparelhar direito e amor adaptava-se especialmente bem à transmissão oral, em inglês, devido à aliteração: o *lufu* e *lagu* anglo-saxónicos transformam-se no *loue* e *lawe* de Langland. Por outro lado, os historia-

dores medievais nunca encararam o direito e o amor como um todo, e muito menos a noção de que o amor pode prevalecer sobre o direito. Eles foram enganados pela dimensão, elegância e ordem dos registos medievais "centrados nas normas", como o *Liber Augustalis* de Frederico II, ou os *plea rolls* ingleses, aceitando-os pelo seu valor facial, atendendo a que o *Liber Augustalis* não pode ser verificado pela prática diária, e que os *plea rolls* ingleses induzem claramente em erro aqueles que pensam que eles registam mais os aspectos de facto do que os de direito de uma questão. Em particular na historiografia medieval inglesa, a tese era a de que as disputas eram mais bem resolvidas, não pelo compromisso, mas sim pela acção de reis todo-poderosos, como Henrique II e Eduardo I, impondo de cima o "direito e a ordem". O aumento significativo do volume de litígios registados entre os reinados de Henrique II e Eduardo I é visto como prova de que os litigantes buscavam o tribunal real, por este lhes providenciar melhor justiça. "O sucesso do sistema era extraordinário, o entusiasmo dos queixosos evidente."[44] Contudo, uma explicação suficiente para este crescimento pode ser a de que as partes queixosas não tinham outra escolha. Interpretadas pessimisticamente, as reformas de Henrique II teriam tido, a longo prazo, o efeito de enfraquecer e forçar os laços de afectividade existentes no senhorio feudal e as lealdades do parentesco, não oferecendo nada de adequado em troca.[45] Como conclui S. F. C. Milsom no seu estudo que fez deste período de formação:

> "A grande massa de litígios sobre terras no século XIII bem pode ter sido gerada, em grande parte por estas mudanças; não se trata de que as disputas, que teriam surgido de qualquer modo, tenham sido levadas a uma jurisdição preferível [a dos tribunais reais]; trata-se antes de que elas são justamente o produto miserável da incerteza gerada pelo acaso do direito senhorial".[46]

Mesmo que o "direito senhorial" e os laços do feudalismo não tenham tido um ocaso tão marcado como Milsom sugere, o sistema de direito automatizado de Henrique II tornou mais fácil – e mais necessário – para os vizinhos, processarem-se uns aos outros nos tribunais do rei. Mesmo que a justiça permaneça ainda tão vaga e fugidia como sempre.

O alegado sucesso do sistema de Henrique II, na versão de R. C. Van Caenegem de uma argumentação tradicional, "resultou da qualidade dos juízes profissionais reais: compare-se o nível intelectual e o grau técnico (ainda apenas levemente influenciado pelo renascimento do direito romano) do tratado de Glanvill com algumas das rudes compilações dos primeiros anos do século; também se devia à coerência do sistema, claramente compreendida como tal em Glanvill, envolvendo todos os homens livres na mesma solicitude real, e à combinação da eficiência real com as garantias judiciais".[47]

Esta frase reflecte realmente de forma precisa as opiniões do autor de Glanvill. Os juízes são modelos ideais: "o seu grandioso tribunal é tão imparcial que aí nenhum juiz é suficientemente desavergonhado ou audacioso para ousar de todo desviar-se do curso da justiça".[48] O tratado de Glanvill é, seguramente, mais coerente e tecnicamente mais competente, do ponto de vista de um jurista académico, do que a desordem das *Leges Henrici Primi*, cujo autor se desculpa com a sua própria incompetência: "Apesar de eu poder levar a cabo esta tarefa pouco adequadamente, devido à grande diversidade dos assuntos em jogo, pelo menos ofereço uma manifestação de boa vontade.[49] Do mesmo modo, e ainda segundo Glanvill, o tribunal do rei mostra realmente solicitude: "pois, de facto, um homem pobre não é oprimido pelo poder do seu adversário, nem o favoritismo ou a parcialidade afasta qualquer homem da entrada do tribunal".[50] A dificuldade que nos oferece o ponto de vista de Glanvill consiste em não ser partilhado por outros contemporâneos. John de Salisbury, Walter Map e Peter de Blois, todos escreveram, até às raias do insulto, da corrupção dos juízes de Henrique II.[51] O autor da *Crónica da Abadia de Battle* descreveu, com detalhe circunstanciado, o modo como o sucesso nos litígios dependia da disposição de Henrique II e de políticos da altura.[52] Um favoritismo ainda maior nas questões judiciais pode ser demonstrado na prática, pelo levantamento das gratificações pagas por litigantes a juízes individuais durante os séculos XIII e XIV. Não havia nada de fora de comum ou de secreto nisto. Os juízes esperavam fazer dinheiro, e "a influência de um suplicante sobre funcionários da coroa era grandemente determinada pelos constituintes usuais do poder político: riqueza, poder territorial e influência sobre o tribunal".[53]

O autor do *Liber* de Barnwell é explícito acerca dos métodos usados. Ele explica como o prior fazia ofertas tão abundantes aos juízes que ele sabia não estarem claramente a favor da perda da acção por parte de Henry Tuillet, e "no final, todos os magistrados, bem como todos os funcionários, meirinhos e solicitadores recebiam agradecimentos generosos, ficando, tanto eles como os seus, em obrigação para com o prior".(54) A mais fundamental de todas as ligações na sociedade medieval era aquela da obrigação mútua. Foi esta quem produziu o princípio de que o amor prevalece sobre a lei, fosse qual fosse a sua força. Mas agora a Lady Meed (a corrupção) de Langland prostituiu o amor verdadeiro e criou, em vez dele, outras obrigações superiores. O amor de Lady Meed dá uma volta irónica ao "pactum legem vincit et amor iudicium": o regateio (*pactum*) e o favoritismo (*amor*) prevalecem sobre a legalidade (*legem*) e a justiça (*iudicium*).

Pelo facto de que os oficiais do direito eram corruptos, a execução da lei podia tornar as coisas ainda piores. "Poderia mesmo afirmar-se até ser discutido que o poder real contribuiu para a desordem e que a autoridade judicial da coroa era um embaraço público."(55) Desde que eu exprimi essa opinião em 1974, algumas investigações de R. W. Kaeuper e B. W. McLane sobre comissões judiciais no século XIV, tendem para a sua confirmação.(56) J. B. Given, no seu estudo sobre o homicídio em Inglaterra no século XIII, vai ao ponto de chegar a dizer que "os meios mais efectivos de resolver disputas eram os informais; a mediação de amigos, parentes e vizinhos era, sem dúvida, muito mais eficaz do que as actividades dos tribunais reais e senhoriais".(57) Seria agradável concordar com isso e concluir que o amor era "sem dúvida muito mais efectivo" do que a lei. Contudo, como Given bem sabe, os meios informais de resolver as disputas não podem ser fielmente ponderados em relação às actividades dos tribunais, pois estas estão usualmente registadas, enquanto que as primeiras o não estão. Se, em média, prevaleciam a lei ou amor nas disputas medievais globalmente consideradas, é assunto apenas para especulação. Os paradigmas "centrados nas normas" e "centrados no processo" são complementares (como aponta Simon Roberts). Ambos constituíam um campo de acção para Lady Meed (a corrupção) nas condições medievais.

"Pactum legem vincit et amor iudicium" contém uma quantidade de lições para historiadores de direito. Não pode ser interpretado sentimentalmente, de modo a significar que existiu realmente uma idade de ouro na Terra, na Idade Média, em que prevaleciam a paz e o amor. A doutrina cristã ensinou que tal estado de perfeição existiu apenas no passado, no jardim do Paraíso, e existirá no futuro, na segunda vinda de Cristo. Apesar de tudo, por o amor ser a mensagem do Novo Testamento e a fundação essencial da família e das lealdades feudais, é coerente pensar que lhe deve ter cabido um lugar de honra como vencedor sobre lei e julgamento. A noção de que o amor prevalece sobre o direito, também serve como aviso útil aos utilizadores dos registos judiciais. Estes não são tão informativos como parecem à primeira vista, precisamente por se restringirem ao plano do direito. O direito – o grande peso dos tratados, estatutos, *plea rolls* e documentos semelhantes – é mais fácil de estudar do que o amor e foi tradicionalmente considerado um tema mais apropriado para um historiador; dá-lhe *gravitas* e um conhecimento esotérico. Se o amor realmente prevalece sobre o direito, geralmente não deixa qualquer registo, enquanto que o litígio junta tanto mais documentos, aqueles "produtos miseráveis da incerteza" (na frase de Milsom), quanto mais longe a disputa se prolonga. Compreensivelmente, os historiadores do direito concentram-se em estudar esta massa de material. A deformação profissional daqui decorrente é perder o sentido de proporção e ver as coisas de um ponto de vista jurídico e anacrónico. Durante muitas das centenas de anos, na Idade Média, as coisas mais importantes não foram, provavelmente, escritas de todo em todo. A paz mantinha-se, tanto quanto se manteve, por quaisquer meios que se tivessem à mão: por vezes, pela autoridade real e pelos códigos de lei; outras vezes por pressões morais e sociais dos grupos familiares e das lealdades feudais reforçadas por sanções da igreja. Que sucesso tinham estes laços de afectividade é impossível estabelecer, pois não estão bem documentadas, a não ser a sua existência básica e as regras processuais elementares. A polarização entre direito e amor, que eu exemplifiquei com as diferenças entre Frederico II e S. Luís IX ou entre os tribunais reais em Inglaterra e a tradição de *lovedays* das aldeias, clarifica atitudes quanto à resolução dos conflitos na Idade Média.

Mas também torna a tarefa dos historiadores mais difícil, pois o espírito do amor – incluindo o amor de Lady Meed… – é mais difícil de seguir do que a letra do direito.

APÊNDICE

Lovedays em registos dos tribunais locais.

Em listagem abaixo, estão as principais edições de registos de tribunais publicadas a partir de 1300. Apenas são excluídas da lista aquelas ainda manuscritas ou impressas apenas em extractos.

Registos com referências a lovedays incluídas em índice.

Adam de Stratton: *Court Rolls of the Wiltshire Manors of Adam Stratton* (1275-88), ed. R. B. Pugh (Wilts. Record Soc., XXIV, 1970). As ocorrências são analisadas pelo editor (págs. 14, 18), cuja opinião é de que "os tribunais senhoriais do século XIII fixavam frequentemente *lovedays*" (pág. 18).

Halesowen: *Court Rolls of the Manor of Hales, 1270-1307*, partes I e II, ed. J. Amphlett (Worcs. Historial Soc, 1910 e 1912), parte III, ed. R. A. Wilson (1933). As partes I e II tem apenas uma ocorrência que conste do índice (pág. 24), mas existem outras (ex. págs. 62, 73, 83). A parte III, contendo adenda, têm um certo número de referências: as das págs. 43, 74, 79, 83, 113, 121, tornam claro que um *dies amoris* é sinónimo de um *dies concordandi* ou *dies ad concordandum*. Contudo, o editor da parte III confunde *dies amoris* significando "um dia feliz" (págs. XXII, 168), com *dies amoris* significando um dia de reconciliação.

Highworth: *The Rolls of Highworth Hundred, 1275-87*, ed. B. Farr (*Wilts. Record Soc.*, XXXI e XXXII, 1966 e 1968). O índice de assuntos contém: "loveday, *passim*". Ocorrências são de facto raras.

St. Ives: *Select Cases Concerning the Law Merchant: Local Courts* (Fair Court of St. Ives, 1270-1324), ed. C. Gross (Selden Soc., XXII, 1908). Existem referências a *dies amoris* com este nome, e a *dies ad concordandum* anotadas com *amor* na margem do registo (págs. 3, 18), tal como nota J. W. Bennett, "The Medieval Loveday", *Speculum*, XXXIII (1958), pág. 355.

Wakefield: *Court Rolls of the Manor of Wakefield, 1274-1309*, ed. W. P. Baildon (*Yorks. Archeological Soc.*, XXIX e XXXVI, 1901 e 1906), 1313-17, ed. J. Lister (LVII e LXXVIII, 1917 e 1930), *1322-31*, ed. J. W. Walker (CIX, 1945). Esta série de registos, que ainda se encontra em processo de publicação, sugere que os *lovedays* registados se tornam cada vez menos frequentes. O primeiro editor, Baildon, comenta a sua frequência (XXXVI, pág. 9) e coloca no índice cinquenta e nove ocorrências, enquanto que Lister coloca no índice quinze ocorrências nos anos de 1313-16 (não fornece índice de assuntos para os anos de 1315-17), e Walker apenas inclui no índice duas ocorrências nos anos de 1322-31.

Registos sem referências a lovedays em índice.

Alrewas: *Alrewas Court Rolls, 1259-61, 1266-69, 1272-73*, ed. W. N. Landor (*William Salt Archeological Soc.*, nova série X, 1907 e 3.ª série, I, 1910). Não há índice de assuntos nestes textos.

Bec et cetera: *Select Pleas in Manorial and Other Seignorial Courts* (1246-1303), ed. F. W. Maitland (Selden Soc., II, 1888).

Chalgrave: *Court of Roll of Chalgrave Manor, 1278-1313*, ed. M. K. Dale (Beds. Soc., XXVIII, 1950).

Durham: *Halmota Prioratus Dunelmansis, 1296-1384*, ed. W. H. Longstaffe e J. Booth (*Surtees Soc.*, LXXXII, 1889). Não há índice de assuntos neste volume.

Ramsey: *Court Rolls of the Abbey of Ramsey and the Honour of Clare*, ed. W. O Ault (*Yale Historical Publications*, IX, 1928).

NOTAS

(1) L. J. Downer (ed.) (Oxford, 1972), pág. 164, cap. 49, 5a. Por vezes divirjo de Downer na minha tradução, mas devo muito ao seu trabalho. Já antes eu havia mencionado esta afirmação das Leges, que se refere ao *court rolls* do tribunal local de Highworth, Wilts., numa conferência não publicada dada na Cambridge Legal History Conference em 1975. S. D. White, "The Settlement of Disputes by Compromise in 11th Century France", *American Journal of Legal History*, XXII (1978), pág. 308, também se refere a isto, tal como R. C. Van Caenegem (ed.), *"Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill"* (Selden Soc., LXXVII, 1959), pág. 45, n.° 4

(2) "Vel amore congreget vel sequestret iudicio", Leges Henrici Primi, p. 100, cap. 7, 3a Downer traduz "sequestret iudicio" como "let a judgment stand in settlement betwen them". Mas "sequestrare" no uso do inglês medieval significa "to cut off" ou "excommunicate" e não "mediate" como no Latim clássico. "Congreget" e "sequestret" são usados como opostos aqui e em ibid., pág. 176, cap. 57, 1a.

(3) "De placito vel de pace", ibid., pág. 156, cap. 46, 4; "incerta penitus alea placitorum", ibid., pág. 98, cap. 6, 6.

(4) Ibid., p. 240, cap. 76, 5b.

(5) Ibid., p. 98, cap. 6, 5.

(6) *Paston Letters and Papers of the 15th Century*, ed. N. Davis (Oxford, 1971-6), II, pág. 444, n.° 801.

(7) Downer, Leges Henrici Primi, pp. 437-9, discute os significados de amicus. Ver também J. Riley-Smith, "Crusading as an Act of love", *History*, LXV (1980), p. 190. J. A. Sharpe (ver abaixo pág. 176) cita uma testemunha de Yorkshire dos finais do século XVI a falar de "lovers and friends" numa reconciliação.

(8) A. E. Levett, *Studies in Manorial History* (Oxford, 1938), pág. 343.

(9) Eclogues, X, linha 69. Cf. *Proverbia Sententiaque latinitatis Medii Aevi*, ed. H. Walther, 5 vols. (Göttingen, 1963), I, págs. 116-17.

(10) "The Canterbury Tales, General Prologue", linha 162, *The Works of Geoffrey Chaucer*, ed. F. N. Robinson, 2.ª ed. (Oxford, 1974), pág. 18.

(11) *Leges Henrici Primi*, p. 172, cap. 54, 3. Downer traduz aqui "per iustitiam" como "in accordance with justice", enquanto que eu prefiro "through a judge".

(12) *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I*, ed. A. J. Robertson (Cambridge, 1952), pág. 70, Aethelred n.° III, cap. 13, 3.

(13) S. Mateus VII. 1. S. Lucas, VI. 37. Ep. Rom. XIII. 8. Cf., XIII. 8, citado por J. A. Sharpe, abaixo, pág. 169.

(14) J. W. Bennett, "The Medieval Loveday", *Speculum*, XXXIII (1958), pág. 358, n.° 41.

(15) *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, livro X, cap. 14, ed. G. D. G. Hal (London, 1965), pág. 129.

(16) *Court Rolls of the Wiltshire Manors of Adam de Stratton*, ed. R. B. Pugh (Wilts, Record Soc., Devizes, XXIV, págs. 71-2).

(17) F. Pollock e F. W. Maitland, *The History of English law before the Time of Edward I*, 2.ª ed. (Cambridge, 1898); T. F. T. Plucknett, *A concise History of the Common Law*, 5.ª ed. (Londres, 1956).

(18) Ver notas 36-9 abaixo.

(19) Roberts, pág. 3 acima.

(20) Ibid., pág. 4.

(21) M. T. Clanchy, "Law, Government and Society in Medievel England", *History*, LIX (1974), pág. 74, citando K. B. McFarlane. Como exemplo das argumentações dos "Amigos do Rei" ver os meus comentários nas notas 44-50 abaixo.

(22) Roberts, pág. 6 abaixo, sublinhados meus.

(23) "Ex non scripto ius venit", *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, ed. G. E. Woodbine, rev. S. E. Thorne, 4 vols. (*Rolls ser.*, LVII, 1872-84), IV, pág. 593.

(24) "Histoire de St. Louis", cap. 12, *Oeuvres de Jean Sire de Joinville*, ed. N. de Wailly (Paris, 1867), págs. 38-43. Cf. "*La vie de St. Louis: Texte du XIVe siècle*", ed. N. L. Corbett (Quebec, 1977), pág. 95. As introduções recentes são: E. Pognon, "Les arbitrages de St. Louis", *Le siècle de St. Louis* (Paris, 1970), págs. 221-7 e W. C. Jordan, *Louis IX and the Challenge of the Crusade* (Princeton, 1979), pág. 143.

(25) H. S. Bennet, *Life on the English Manor* (Cambridge, 1937), pág. 203, contém algumas referências; existem muitas mais.

(26) F. Whitehead (ed.), 2.ª ed. (Oxford, 1946), fasc. 8, pág. 4.

(27) "De Nugis Curialium", distinctio 5, cap. 5, *Anecdota Oxoniensa*, ed. M. R. James (Medieval and Modern ser. XIV, 1914), pág. 225, lines 24-5; R. W. Southern, *Medieval Humanism* (Oxford, 1970), pág. 147.

(28) "Liber Augustalis", proemium, *Historia Diplomatica Friderici Secundi*, ed. J. L. A. Huillard-Bréholles, 6 vols. (Paris, 1854-60), IV, págs. 3-4. Existe uma tradução inglesa do *Liber Augustalis* por J. M. Powell (Nova Iorque, 1971) e uma introdução recente à sua jurisprudência é H. M. Schaller, "Die Kaiseridee Friedrichs II", in J. Fleckenstein (ed.), *Probleme um Friedrich II* (Sigmaringen, 1974), págs. 109-34.

(29) O queixoso e o acusado podem chegar a um acordo antes da questão, mas se eles atingirem um compromisso depois disso, terão de pagar 24 *augustales* ao tesouro, "Liber Augustalis", liv. II, título 16, IV, págs. 88-9.

(30) T. C. Van Cleve, *The Emperor Frederick II of Hohenstaufen* (Oxford, 1972), págs. 339-43 e fig. 9-12. Devo esta referência ao Dr. Robert Bartlett.

(31) *Monumenta Germanice Historica: Scriptores*, XXVI (1882), pág. 571.

(32) A estátua de madeira, agora no Musée de Cluny, tem a sua fotografia publicada por Joan Evans como frontispício da sua tradução de Joinville (Oxford,

1938). A mais frequentemente publicada é a estátua de pedra de S. Luís (da igreja de Mainneville), que tem feições semelhantes, e data do início do século catorze. A diferença mais significativa entre as posições entre as figuras de Cristo e de S. Luís, é a de que, enquanto Cristo tem a sua mão direita erguida em benção, a mão direita de S. Luís parece segurar um ceptro.

(33) "De Nugis Curialium", distincto 5, cap. 6, ed. James, pág. 241, linhas 27-31; W. L. Warren, *Henry II* (Londres, 1973), pág. 210.

(34) O que se segue deriva do meu *Civil Pleas of the Wiltshire Eyre*, 1249 (Wiltlostshire Record Soc., XXVI, 1971), págs. 10-12. Esta consideração é abreviada e simplificada. Introduções completas podem ser encontradas em D. M. Steton, *English Justice between the Norman Conquest and the Great Charter* (Londres, 1965), págs. 22-53; A. Harding, *The Law Courts of Medieval England* (Londres, 1973), págs. 49-63; R. C. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law* (Cambridge, 1973), passim.

(35) *Liber Memorandorum Ecclesie de Bernewelle*, ed. J. Willis Clark (Cambridge, 1907), pág. 158-9. M. T. Clanchy, "A Medieval Realist: Interpreting the Rules at Barnwell Priory, Cambridge", in A. Attwooll (ed.), *Perspectives in Jurisprudence* (Glasgow, 1977), caso D, págs. 189, 191-2. Para a lei, neste ponto, ver D. W. Sutherland, *The Assize of Novel Disseisin* (Oxford, 1973).

(36) F. W. Maitland e W. P. Baildon (eds.) (Selden Soc., IV, 1890), págs. 47, 57.

(37) "The Testament of Love", liv. I, cap. 2 in W. W. Skeat (ed.), *Chaucerian and Other Pieces* (Oxford, 1897), pág. 11, linha 95.

(38) "Diem amoris capiat sub tali protestatione, quod si amor se non capit", *De legibus*, IV, pág. 160. Em De Legibus, IV, pág. 129, Bracton afirma, de modo semelhante, que o queixoso corre o risco de perder a sua acção se fizer um *loveday* com o acusado.

(39) "The Medieval Loveday" (nota 14 acima). T. J. Heffernan, "A Middle English Poem on Lovedays", *The Chaucer Review*, X (1975-6), págs. 172-85, publica um poema de 216 linhas, que fora identificado por J. W. Bennett. Este poema não faz mais do que exortar os senhores que organizaram lovedays, a serem justos e não traírem a sua confiança "for love or lordship, for silver or for love" (pág. 177, linha 23).

(40) *The vision of William concerning Piers the PLowman*, ed. W. W. Skeat, 2 vols. (Oxford, 1886), I, pág. 76, texto B. Passus III, linha 158. Bennet, "The Medieval Loveday", pág. 364. O texto C de Piers the PLowman, pág. 77, Passus IV, linha 197, regista: "Thoruh with loueday ys lost that leaute myghte wynne"; substitui, portanto, "loyalty" pela "law" do texto B.

(41) "The House of Fame", linhas 695-6, *The Works of Geoffrey Chaucer*, pág. 288; Bennet, "The Medieval Loveday", pág. 352.

(42) "The House of Fame", linhas 685-6.

(43) Bennet, "The Medieval Loveday", pág. 364, n.° 70 e pág. 359, n.° 48.

(44) Van Caenegem, *Birth of the Common Law*, pág. 61.

[45] Esta interpretação também contrasta com Van Caenegem, *Royal Writs* (Selden Soc.), pág. 46, que escreve dos "largos avanços feitos pelos tribunais reais no século XII ... com o seu processo adequado, prático, imediato, firme e honesto". Pelo contrário, o direito antigo é descrito como "uma instituição fantasma, enfraquecida nas raízes e pronta a desaparecer por completo assim que aparecesse qualquer substituto satisfatório", ibid., pág. 46.

[46] S. F. C. Milsom, *The Legal Framework of English Feudalism* (Cambridge, 1976), págs. 185-6.

[47] Van Caenegem, *Birth of the Common Law*, pág. 61.

[48] Glannvill, prólogo, pág. 2.

[49] Leges, pág. 105, cap. 8, 7.

[50] Glanvill, pág. 2.

[51] A melhor introdução a este tema é, em geral, a de J. A. Yunck, *The lineage of Lady Meed* (Notre Dame, 1963), cap. IV, e para Inglaterra em particular ver R. V. Turner, "The reputation of Royal Judges under the Angevin Kings", *Albion*, XI (1979), págs. 301-16, que tem uma panorâmica mais equilibrada do que a minha.

[52] Ed. E. Searle (Oxford, 1980). Ver o meu artigo no *American Journal of legal History*, XXV (1981), págs. 252-3.

[53] J. R. Maddicott, *Law and Lordship: Royal Justices as Retainers in 13th and 14th Century England* (Past and Present Supplements, n.° 4, 1978), pág. 1. Ver também B. A. Hanawalt, *Crime and Conflict in Enghish Communities 1300-1348* (Cambridge, Mass., 1979), pág. 46-51.

[54] *Liber Memorandorum*, pág. 171. Cf. nota 35 acima.

[55] Clanchy, "Law, Government and Society", pág. 78. Uma mina de novas provas acerca do cumprimento da lei, que podem ser interpretadas ao gosto de cada um, é fornecida nos *Medieval Legal Records Edited in Memory of C. A. F. Meekings*, ed. R. F. Hunnisett e J. B. Post (Londres, 1978).

[56] Kaeuper, "Law and Order in 14th Century England: the Evidence of Special Commissions of Oyer and Terminer", *Speculum*, LIV (1979), págs. 734-84; McLane, "The Royal Courts and the Problem of Disorder in Lincolnshire, 1290--1341" (University of Rochester, tese de Ph. D., 1979). Estou também em dívida para com o texto não publicado do Dr. McLane, "Rule Makes Misrule: the Royal Administration as a Source of Disorder in early 14th Century England".

[57] *Society and Homicide in 13th Century England* (Stanford, 1977), pág. 201. Desde a composição do meu em 1980, apareceram três outros textos sobre a arbitragem na Inglaterra dos finais da Idade Média: C. Rawcliffe, "The great lord as peacemaker: arbitration by English noblemen and their councils", a ser publicado nas actas da *5th British Legal History Conference*, ed. H. Beale e J. Guy; I. Rowney, "Arbitration in gentry disputes", *History*, LXVII (1982), págs. 367-76; E. Powell, "Arbitration and the law", *Transaction of the Royal Historical Society* (1983), prestes a aparecer.

A ARBITRAGEM E O DIREITO NA INGLATERRA DOS FINAIS DA IDADE MÉDIA [1]

E. POWELL

Tradução de
Paula Hespanha

(1) Publicado em *Transactions*, 5th series, vol. 33 (1983), pp. 49-67. © Royal Historical Society.

A ARBITRAGEM E O DIREITO NA INGLATERRA DOS FINAIS DA IDADE MÉDIA

O principal problema que se apresenta aos estudiosos da ordem pública na Inglaterra dos finais da Idade Média é a conciliação de duas linhas conflituais de pesquisa. Por um lado, os historiadores das instituições, através dos seus estudos acerca dos tribunais centrais de *Westminster*, dos circuitos provinciais dos *assizes e das gaol deliveries,* dos juízes de paz e *coroners,* provaram, sem margem para dúvidas, a sofisticação do sistema jurídico dos fins do período medieval.(1) Por outro lado, os historiadores do direito criminal mostraram, de modo igualmente claro, que os tribunais eram frequentemente incapazes de manter a paz ou de fazer justiça.(2) De facto, o fim do período medieval foi, durante muito tempo, notoriamente um período de difusão de desordem incontida. Revendo a literatura secundária sobre o assunto, o Prof. Bellamy concluiu: "Nenhum investigador conseguiu indicar nem mesmo apenas alguns anos de policiamento efectivo no período de 1290-1485".(3)

Procurando explicar a ineficiência da elaborada máquina da justiça real, os historiadores avançaram com duas teorias interligadas. A primeira, a de que o ocaso da correição e o surgir dos *justices of peace* significaram a perda do controlo real sobre o governo local. De acordo com este ponto de vista, a autoridade judicial nas províncias foi delegada, da justiça a tempo inteiro praticada pelos servidores reais, para homens da alta e média nobreza, cujas rivalidades e conflitos pessoais criavam grande parte da desordem que eles deveriam suprimir(4). A segunda teoria é a de que as instituições e pro-

cessos de justiça eram sistematicamente pervertidos para servir aqueles que tinham mais riqueza ou poder – normalmente os grandes e médios nobres que preenchiam as *comissions of peace.*[5]

No passado, tal interpretação ganhava uma importância especial, pois confirmava a imagem, então corrente, dos finais da idade média como um período de declínio económico, de estagnação política e de fraqueza do poder real.[6] Mas, tal como a visão tradicional do período é posta incessantemente em questão,[7] também o problema da ordem pública voltou a ser reposto.[8] O argumento fundamental, apesar de muito simples, foi apresentado por K. B. McFarlane, ao contestar a opinião de que nos finais da idade média se assistiu a um declínio nos padrões da ordem pública e do cumprimento da lei em relação aos séculos anteriores, interrogando-se sobre se este período merece a sua reputação de desordem excepcional.[9] Se McFarlane está certo,[10] não podemos continuar a considerar o estado da ordem pública na Inglaterra dos fins do período medieval como uma aberração temporária atribuída a condições passageiras; e a necessidade de entender as funções e a aparente ineficiência do campo do direito torna-se ainda mais forte.

O ponto de partida é a apreciação das limitações do poder real relativamente ao cumprimento da lei. Ao longo da Idade Média, a coroa carecia de recursos para manter um exército ou polícia assalariada, necessários para impor o funcionamento de um primário sistema punitivo de justiça. A administração da justiça dependia, sim, e a todos os níveis, da cooperação da sociedade local, o que originava a extensão da fraude à lei e a ineficiência que esta situação proporciona.

Nestas circunstâncias, em que o aparato coercivo que servia a corte era fraco, e a influência da comunidade local era forte, era inevitável que as funções mediadoras da justiça prevalecessem sobre as punitivas. Mesmo hoje, como observa o Dr. Baker, "...a grande maioria de casos postos em tribunal nunca chegam a ser julgados; o objectivo de uma intimação é tanto uma instigação a um acordo, como uma ameaça de cumprimento da lei até às suas últimas consequências finais".[11]

A particular relevância desta observação para os fins da Idade Média torna-se evidente, dado que todas as acções judiciais (excepto uma pequena percentagem) findam durante o período anterior ao julgamento. Os estudos do Dr. Blatcher acerca do tribunal do *King's Bench* mostram que, enquanto que vinte por cento das acções da coroa apreciadas pelo tribunal chegavam a ter veredicto, somente um por cento das acções privadas o obtinham.[12] Paralelamente, nos tribunais de *civil law*, o Dr. Hastings defende que na esmagadora maioria das acções registadas, as partes convocadas não se apresentavam.[13] Como estimativa genérica, o Dr. Guth sugere que, no reinado de Henrique VII, apenas chegavam a julgamento menos de dez por cento dos casos desencadeados no tribunal do *King's Bench* e das *Common Pleas*.[14] No campo criminal, as taxas de comparência ao tribunal e de condenações são apenas um pouco melhores.[15] A conclusão irresistível é a de que nos fins da Idade Média, a grande maioria dos processos jurídicos não era resolvida num tribunal. É necessário procurar a sua resolução noutro local.[16]

A única forma extra-judicial de resolver disputas é a auto-defesa violenta, que atraiu grande atenção por parte dos historiadores. Tornou-se-nos familiar um padrão de disputa do fim do período medieval, no qual o interminável e inconclusivo litígio é pontuado por pequenos focos de violência e intimidação.[17] Este panorama tradicional permanece, porém, incompleto, pois dá pouca importância às tentativas pacíficas de acordo fora dos tribunais; a sua insuficiência reflecte-se na conclusão insuficiente do Prof. Bellamy, de que "...muitas disputas apenas acabavam porque as partes intervenientes estavam fartas, exaustas ou mortas".[18] Na verdade, entre a auto-defesa e o recurso à lei, encontra-se uma variedade de métodos de compromisso extrajudicial que está ainda para receber a atenção que merece. As disputas podiam ser resolvidas por negociação directa, por mediação de terceiros ou por submissão à decisão tomada por árbitros eleitos.[19] Os procedimentos legais podiam, portanto, ser acompanhados, não só por confrontações armadas, mas também por deliberações pacíficas conducentes a um acordo.

O objectivo deste texto é a avaliação, à luz destas alternativas, das funções litigiosas na Inglaterra dos finais da Idade Média, atra-

vés da exploração do uso de procedimentos arbitrais conjuntamente com as acções judiciais. A ocorrência de arbitragem neste período, sempre que as partes intervenientes na disputa concordavam submeter-se à decisão de pessoas consideradas, por ambos, como aceitáveis, foi frequentemente referida, e não há dúvida da generalização do seu uso na sociedade dos finais da Idade Média. O Rei, o Chanceler e o Conselho Régio recorriam a ela frequentemente, tentando resolver as disputas que envolviam grandes nobres, ou as grandes corporações urbanas ou eclesiásticas do reino[20]. Casos deste tipo incluem a disputa Gloucester-Beaufort em 1426,[21] a contenda Devon-Bonville no West Country, que foi submetida a arbitragem em 1441,[22] e os conflitos jurisdicionais entre o bispo de Ely e o abade de Bury St. Edmund em 1418, e entre o bispo e a cidade de Exeter em 1447-48.[23] A arbitragem também era popular entre a pequena nobreza dos condados para a resolução de disputas sobre propriedades,[24] e para o estabelecimento de penas nas agressões físicas e homicídios.[25] O direito canónico encorajava formalmente a arbitragem,[26] e os registos monásticos e episcopais da altura mostram que a Igreja dava preferência ao "meio de paz" em relação aos processos litigiosos.[27] O Chanceler da Universidade de Oxford era particularmente activo na condução dos processos civis da sua jurisdição para a arbitragem, mas este era um dever de qualquer juiz eclesiástico.[28] De modo semelhante, os tribunais das cidades e vilas, promoviam activamente a arbitragem, tanto em conflitos envolvendo litigantes privados, como em disputas entre corporações de mesteres ou religiosos.[29] Estes procedimentos estavam especialmente adaptados à resolução dos assuntos comerciais, particularmente quando uma das partes era um mercador estrangeiro, ou quando o caso se tinha dado fora do país.[30] Relações entre mestre e aprendiz, ou entre patrão e assalariado, podiam também ser reguladas por arbitragem,[31] o mesmo acontecendo, em certas ocasiões, entre proprietário e locatário ou senhor e servo.[32]

Que significado devemos atribuir a este facto? Dois comentadores recentes, o Prof. Bellamy e o Prof. Storey, interpretaram o recurso à arbitragem nos finais da Idade Média, como um processo conjuntural a que os litigantes eram forçados pela paralisia do sistema jurídico. Fundamentaram-se em exemplos de meados do séc. XV,

usados como provas do colapso da autoridade real durante a Guerra das Rosas.[33] Há, contudo, razões para duvidar de que este fosse um fenómeno apenas do fim do período medieval, ou, ainda menos, exclusivamente do séc. XV. Bastante antes desta altura, e ainda muito tempo depois dela, a arbitragem era, claramente, uma alternativa ou suplemento da litigiosidade.

As formas e terminologia características de arbitragem nos sécs. XIV e XV foram desenvolvidas por juristas canonistas, sob influência dos modelos do Direito Romano, nos finais do séc. XII, generalizando-se rapidamente o seu uso dentro da Igreja.[34] As duas fases essenciais do procedimento da arbitragem no direito canónico, eram o *compromissio*, ou a submissão à arbitragem, através da qual as partes intervenientes se comprometiam a cumprir a sentença de árbitros determinados, normalmente sob pena de pagamento de grandes somas de dinheiro; e a própria sentença dos árbitros, o *arbitrium* (ou *arbitratus*).[35] Desde cedo que ambas fases eram, quase invariavelmente, registadas por escrito e delineadas com precisão formular de forma a garantir a sobrevivência a qualquer dúvida posterior. O *compromissio* defendia os poderes dos árbitros e a forma de arbitragem, identificava os pontos de disputa e, normalmente, estabelecia o modo de concluir a sentença.[36] O processo era geralmente deixado ao juízo dos árbitros, acabando por se basear livremente nos princípios essenciais dos processos dos tribunais de direito canónico.[37] Um exemplo inglês precoce da arbitragem segundo o direito canónico é-nos fornecido pelo conflito entre o bispo de Worcester e a abadia de Oseney, entregue a árbitros pelo bispo de Exeter, juiz-delegado papal no caso, em 1173.[38]

A Igreja depressa começou a usar tais procedimentos no seu relacionamento com os leigos, como na disputa de 1227 entre Richard Harcourt e o deão e cónego de Salisbury, sobre os seus respectivos direitos na igreja de Sherston.[39] Uma arbitragem deste género, envolvendo o abade de Fountains e Richard Percy de um lado, e William Percy do outro, é notável por pretender regular contendas, não só entre o abade e os Percys, mas também entre dois Percys (tio e sobrinho, respectivamente). Proferida em 1219, a sentença foi decidida por dez árbitros, incluindo três clérigos, constituindo uma de

numerosas tentativas de resolver uma disputa sucessória, que havia colocado Richard e William em lados opostos na rebelião do norte contra o Rei João.[40]

A generalização de tais procedimentos em disputas entre os leigos, continuou através do séc. XIII e do início do séc. XIV, como se prova por casos das relações da *Curia Regis* e de alguns dos primeiros *Year Books*.[41] Durante este período, o número destes casos é, contudo, francamente ultrapassado por exemplos de arbitragem eclesiástica, descrita pelos registos monásticos e episcopais.[42] Apenas depois de 1350 as provas de arbitragem secular aumentam fortemente, mas como a maior parte destas provas é encontrada nas mesmas fontes cuja abundância deu aos finais da Idade Média um tão mau nome – os registos administrativos e jurídicos da Coroa –, seria precipitado fazer equivaler tal incremento ao crescimento comparável da frequência de recurso à arbitragem.[43] Também não se deve concluir que, com a suposta restauração da ordem pelos Tudors, os processos de arbitragem se tenham tornado desnecessários e caído em desuso. Pelo contrário, eles gozaram de popularidade contínua em todas as classes sociais no séculos XVI e XVII.[44] Devemos, por isso, resistir à tentação de reduzir a arbitragem nos finais da Idade Média a um mero produto da ineficiência do sistema jurídico oficial. Em vez disso, deve ser considerada numa perspectiva mais longa, como uma fase de uma tradição vigorosa e duradoira de acordos extrajudiciais.

A popularidade permanente da arbitragem na Inglaterra medieval e do início da Era Moderna não deve causar surpresa, pois possuía diversas vantagens que fizeram dela uma alternativa atractiva à litigiosidade. Como um antídoto contra o formalismo elaborado do *common law* e contra os atrasos e despesas que este frequentemente implicava, a arbitragem oferecia um procedimento bem desenhado e adaptável, notável pela sua flexibilidade, simplicidade e rapidez. Na medida em que a submissão à arbitragem – o *compromissio* – era uma escolha voluntária, os participantes gozavam de considerável liberdade de acção nos detalhes do acordo, especialmente no que diz respeito à selecção de árbitros e à natureza e extensão dos pontos a serem decididos. Com certas excepções,[45] o sistema jurídico

oferecia uma escolha muito restrita de juízes, enquanto que a escolha dos árbitros era deixada inteiramente a cargo das próprias partes.[46] De modo semelhante, enquanto que a rígida estrutura das formas de acção restringia o juiz a considerar os elementos fácticos do caso apenas dentro da sua relação com o ponto legal em análise, os árbitros podiam, se as partes o desejassem, examinar o contexto em que se inseria a contenda. Deste modo, a arbitragem oferecia perspectivas muito melhores de atingir um acordo estável, pois permitia aos contestantes expor todas as suas queixas, não os encerrando num só ponto de conflito, que podia ser meramente sintomático de divisões mais profundas.[47]

A natureza voluntária da arbitragem era também importante no moldar de um modo de procedimento simples e livre. Era pressuposto, pela sua submissão livre, que as partes desejavam uma resolução rápida da contenda, e, por esta razão, não eram permitidos artifícios dilatórios, nem qualquer recurso contra a sentença final.[48] Aqui, o suporte dos tribunais era essencial, pois sem o seu reconhecimento, o recurso à arbitragem seria inútil. O *common law* fornecia suporte inequívoco, através da aceitação do incidente da arbitragem, à preclusão de uma futura acção legal. Para mais, havia diversas soluções legais disponíveis, se necessário, para fazer cumprir as obrigações impostas pela arbitragem.[49] A simplicidade processual, visando a rapidez da execução (e rapidez era a essência da arbitragem) servia tanto como prevenção contra o agravamento da contenda, como para manter mínimos os custos. O *compromissio* secular, que em geral tomava a forma de acordo mútuo sob condição,[50] seguia, usualmente, o seu modelo de direito canónico no estabelecimento de um prazo para a conclusão da sentença.[51] Claro que havia o risco de o prazo terminar e, deste modo, expirar o poder dos árbitros antes da sentença ser concluída. Isto não era raro, mas na maior parte dos casos, o impasse era quebrado pela negociação de novos acordos de arbitragem.[52] Se a rapidez dos processos de arbitragem ajudava a manter as despesas baixas, estas eram ainda mais reduzidas pelas poupanças nos custos do tribunal e nas remunerações dos advogados. John Wheathampstead, abade de St. Albans, gabava-se, em 1431, de ter poupado mil marcos à sua casa por evitar um litígio com William Fleet, de Rickmansworth, optando, em vez disso, pela arbitragem.[53]

O uso da arbitragem também teve, sem dúvida, as suas desvantagens, nomeadamente no que respeita ao problema do cumprimento de uma sentença arbitral com a qual ambas as partes se sentiam insatisfeitas. Quando as pressões sociais informais não eram eficazes, as únicas sanções possíveis para obrigar ao cumprimento de sentenças arbitrais encontravam-se nos tribunais, cuja intervenção todo o processo pretendia justamente evitar. Nem a arbitragem, de acordo com observadores contemporâneos, tais como Langland e Wyclif, era mais impenetrável à corrupção e à intimidação do que o direito.(54) De facto, havia ocasiões em que *lovedays* que apontavam claramente para uma conclusão por arbitragem se transformaram em conflitos armados entre os apoiantes das partes em disputa.(55) Tais riscos não eram, contudo, específicos da arbitragem, mas eram elementos fundamentais na condução de disputas enquanto os poderes coercivos do governo permaneciam relativamente fracos. O problema do cumprimento das sentenças e a facilidade com que as disputas desembocavam em violência deram ainda mais urgência à procura de conciliação e compromisso genuínos, que eram a principal função da arbitragem.

Quando examinada de mais perto, a arbitragem em Inglaterra no final da Idade Média aparece como uma instituição popular e bem estabelecida, cujos processos, rápidos e honestos, eram adaptáveis a todos os tipos de disputas em todos os níveis sociais. Mas o aspecto talvez mais impressionante da arbitragem na Inglaterra dos finais da era medieval é a frequência com que ocorre conjugada com litigância. O facto não sugere apenas que litigantes frustrados rejeitavam a ponderosa ineficiência dos tribunais, em favor de soluções mais efectivas de arbitragem. Preferencialmente, reflecte uma sua apreciação sofisticada das possibilidades tácticas oferecidas pelo uso coordenado da lei e da arbitragem, como parte de uma estratégia geral (que poderia incluir, frequentemente, a auto-defesa) para atingir uma resolução favorável da disputa. Do mesmo modo que a guerra e a diplomacia, as duas caminhavam de mãos dadas. Procedimentos legais, tais como campanhas militares, poderiam estender-se, cara e inconclusivamente, mas com a ameaça de que um erro táctico podia trazer a derrota total; enquanto que a arbitragem, como a

diplomacia, oferecia a segurança de uma alternativa menos espectacular de negociação pacífica. Nem todos os litigantes da altura embarcavam nas acções judiciais com o intuito único de seguirem a lei até às suas últimas conclusões. O seu propósito primordial podia antes ser o de persuadir a parte oposta a negociar, ameaçando-a com as despesas, riscos e inconvenientes de uma decisão legal. Um exemplo bem documentado é o caso de *Meryng v. Tuxford*, que nos aparece primeiro como o resultado da violação de um *loveday* em 1411.[56] Alexander Meryng e John Tuxford tinham pretensões conflituais sobre uma parte do solar de Little Nottinghamshire, baseando-se, o primeiro, numa doação pelo seu avô materno, o segundo, numa doação a favor da sua mulher feita pelo pai de Alexander, Francis.[57] O insucesso da mediação tentada num *loveday* conduziu Tuxford à ocupação da terra pela força; Meryng respondeu na mesma moeda, e os distúrbios resultantes levaram ambas as partes e os seus apoiantes à acusação formal e a julgamento no King's Bench.[58] Com Tuxford ainda a ocupar a terra, Meryng iniciou uma nova acção de reivindicação contra ele em 1412. O caso foi apresentado perante os magistrados dos *assize* do círculo de Midland, encabeçado por Robert Tyrwhitt; mas, em Outubro, enquanto a acção ainda estava pendente, ambas as partes se submeteram à arbitragem de Tyrwhitt, do *Chief Justice* William Gansconce e de William, Lord Ross, a qual deveria ser ratificada pela sessão seguinte do tribunal de Hilary.[59] Esta sentença não foi, contudo, proferida nos termos estipulados, e, em Fevereiro de 1414, Meryng obteve uma ordem real para que se renovasse a acção junto dos *assize*.[60] Depois de nova acção inconclusiva, os dois lados concordaram com nova arbitragem em Novembro de 1416, tendo-se concluído com sucesso um veredicto, segundo o qual as terras disputadas seriam divididas equitativamente entre os contendores.[61]

Tal como é sugerido pela imparcialidade da sentença, Meryng e Tuxford eram oponentes bem situados na vida, cuja riqueza, condição e apoio local eram comparáveis. Contudo, muitas disputas não eram tão bem equilibradas. Em tais circunstâncias, a parte mais forte podia bombardear o seu adversário com uma bateria de processos judiciais, procurando forçá-lo a aceitar a arbitragem sob

condições desfavoráveis. No início do reinado de Henrique V, a abadia de Crowland envolveu-se em duas disputas com os habitantes das paróquias dos pântanos de Lincolnshire. Os homens de Moulton e Weston num caso, e os de Spalding e Pinchbeck no outro, reclamavam direitos sobre pastagens comuns em extensões de terra pantanosa que a abadia afirmava serem parte do seu senhorio de Crowland.[62] Por um ano ou mais, os aldeãos exerceram os direitos que reclamavam nas terras disputadas. O abade respondeu, em Maio de 1415, obtendo duas comissões especiais de *oyer et terminer* contra aquelas ocupações e entregando uma petição no Tribunal de Chancery contra os habitantes de Spalding e Pinchbeck.[63] Para o caso de estas medidas se provarem ineficientes, o abade excomungou ainda os seus oponentes nas quatro aldeias.[64] Estas acções depressa persuadiram os homens dos pântanos a entrarem em compromisso, e, no Verão de 1415, ambas as disputas tinham sido submetidas a arbitragem. O cronista de Crowland atribuiu a mudança de atitude dos aldeãos à intervenção de S. Guthlach, de tal modo ela foi benéfica para a abadia.[65] Foram eleitos conjuntos separados de árbitros para cada disputa, sendo os nomeados, no caso de Spalding e Pinchbeck escolhidos dentro do Conselho do Ducado de Lancaster.[66] A abadia apresentou um enorme corpo de provas documentais apoiando as suas queixas, ao qual os aldeãos pouco podiam responder. As duas sentenças que se seguiram constituíram uma afirmação dos direitos da abadia. No caso de Moulton e Weston, os aldeãos foram ainda obrigados a pagar à abadia quatrocentos marcos pelos danos causados.[67]

Para o contendor que ia a tribunal em vista do compromisso, um processo judicial tinha a vantagem adicional de trazer o caso à presença de juízes que poderiam concordar em agir como árbitros fora do tribunal. O juiz do *common law*, ao contrário do seu correspondente no direito canónico,[68] não era formalmente obrigado a encorajar os litigantes a explorar todas as possibilidades de compromisso antes de seguir com a acção; apesar disso, há provas de que, em certas ocasiões, ele tomava um papel activo na procura da resolução da questão através da arbitragem. Em Janeiro de 1462, por exemplo, Sir Richard Bingham, um magistrado do King's Bench, escreveu a Sir William Plumpton, avisando-o de que Henry Pierrepont tinha

concordado em submeter-se à arbitragem de Bingham e de Sir John Markham, relativamente ao homicídio do seu pai Henry por Robert Green, um parente de Plumpton.[69] Isto seguiu-se a uma queixa de homícidio contra Green, feita pela viúva de Henry Pierrepont senior, e julgada no King's Bench.[70]. A carta de Bingham sugeriu uma altura e um lugar para as partes se encontrarem, e pediu a aprovação de Plumpton em relação a estes acertos.[71] De modo similar, a disputa entre Sir John Trussell e William Porter acerca do senhorio de Colleyweston, Northamptonshire, foi submetida à arbitragem do *Chancellor* em Setembro de 1416, depois de ser apresentado como um processo de equidade no King's Bench.[72] Para um juiz actuar como árbitro, não era, obviamente, essencial que o caso tivesse primeiro aparecido perante o tribunal; mas, uma vez que os magistrados reais eram grandemente procurados como árbitros, em virtude das suas altas posições e qualidades de peritagem em assuntos jurídicos, estes representavam a solução óbvia dos litigantes que dispunham de menos conhecimentos, quando procuravam uma sentença com autoridade.[73] Se uma sentença era atingida por arbitragem com sucesso, as partes retornavam, frequentemente ao tribunal, por instrução dos árbitros, para confirmar a decisão através de uma acção judicial conclusiva. Uma disputa entre Sir John Bagot e a abadia de Burton, relativamente a terras em Abbots Bromley, Staffordshire, foi decidida por arbitragem em 1428, tendo as terras em questão sido concedidas a Burton em troca de um pagamento substancial em dinheiro.[74] Uma acção de evicção, posta por Bagot contra a abadia, estava ainda pendente aquando da sentença: os árbitros ordenaram que o juízo final fosse prosseguido em nome de Bagot, por procuradores nomeados e supervisionados pelo abade, que deveria suportar os custos do processo e trazê-lo à conclusão desejada.[75] Noutros casos, os árbitros tomavam providências para atingirem uma sentença conclusiva, deixando, porém, a sua execução à discrição do beneficiário do acordo, como na sentença do Arcebispo de York, relativamente a uma disputa entre Thomas Lacy e Thomas Stapleton sobre o senhorio de Quarmby, no Yorkshire, em 1487.[76]

A arbitragem usada em combinação com litigância, podia, portanto, constituir um meio rápido e eficaz de atingir um acordo nas disputas dos finais da Idade Média. Mas, evidentemente, isto nem

sempre era assim e; devemos tomar cuidado com exemplos de arbitragem eficaz e justa que lhe dêem grande ênfase, tais como os acima referidos. Pois pode cair-se na apresentação de uma imagem simplista e esquemática do processo e da sua relação com a acção judicial. Muitas disputas eram bastante mais complexas e desordenadas, resistindo a tentativas sucessivas de decisão por arbitragem, o que obrigava a litígios demorados, em diversos tribunais. Um exemplo clássico foi a disputa entre os Caterbys e os Cardians, sobre o senhorio de Ladbroke em Warwickshire, que se estendeu desde 1383 até 1399. Antes da sua resolução final através da arbitragem, passou pelo *King's Bench*, pelos *assize*, pelos *Common Pleas*, pela *Chancery* e pelo *King's Council*, além dos conselhos de quatro grandes magnates.[77]

Outro caso, extraído das cartas de Paston, confirma quão complicados e confusos podiam ser os passos processuais da disputa.[78] As divergências entre William Paston e Walter Aslake na década de 1420 começaram, alegadamente, quando Paston actuou como consultor jurídico do prior de Norwich numa contenda entre Aslake e o prior acerca da colação de Sprowston, em Norfolk. Em Agosto de 1424, Aslake e os seus empregados afixaram editais em Norwich ameaçando a segurança de Paston; Paston respondeu exigindo, perante o juiz de paz de Norfolk, Sir Thomas Erpingham, uma garantia de comportamento pacífico por parte de Aslake, e iniciando uma acção por agressão, contra ele, no tribunal da cidade de Norwich. Aslake trouxe a declaração requerida perante Erpingham, que tentou dissuadir Paston de prosseguir com a contenda, sugerindo, em vez disso, que a disputa fosse deferida a árbitros. Paston concordou em submeter-se a esta decisão, mas insistiu em continuar com a acção, aparentemente por razões de prestígio, enquanto prometia, de acordo com Aslake, "que o dito Walter não seria ofendido no seu corpo ou nos seus bens".[79] As posições de Aslake e Paston diferem no decurso da acção judicial: Paston afirma que esta se tramitou de forma correcta e legal, enquanto que Aslake alega que um júri faccioso foi obscuramente nomeado, com o assentimento de oficiais corruptos, de modo a garantir a sua condenação. Ambas as versões concordavam, contudo, com o resultado: o júri decidiu, para Paston, uma multa de 120 libras por danos causados contra Aslake, que, por

sua vez, foi conduzido à prisão em Norwich. Mas na sequência desta decisão, a tentativa de arbitragem arranjada por Erpingham fracassou, mais tarde, em 1424.

Depois de uma acalmia de alguns meses, as negociações foram restabelecidas entre as partes, e, na Primavera de 1425, Erpingham persuade o duque de Gloucester a organizar uma segunda arbitragem, que deveria estar concluída por Agosto desse mesmo ano.[80] Entretanto, Aslake assegurou a sua saída da prisão de Norwich através da emissão de um *corpus cum causa* pela *Chancery*, e, em Julho, apresentou uma petição no Parlamento contra Paston. Paston contra-atacou com uma acção de indemnização perante o *Exchequer* pelos danos causados por Aslake.[81] Apesar destas contínuas acções, a arbitragem arranjada por Gloucester concluiu-se em Norwich, em Agosto de 1425. Segundo Paston, Aslake, acabado de ser solto da prisão, recusou-se a cumprir as condições e levou as queixas contra Paston perante o duque de Norfolk. Isto provou ser uma estratégia muito eficaz, originando, segundo admite o próprio Paston, que Norfolk fosse considerado "um senhor duro para com o dito William".[82] Segundo instruções de Norfolk, Paston concordou, por duas vezes, com a realização de mais esforços no sentido da arbitragem na Primavera de 1426, apesar de ambos terem sido em vão. Tendo alcançado a iniciativa, Aslake manteve a pressão, pondo acções contra os jurados que o condenaram na contenda de Paston por esbulho, e enviando uma petição ao Parlamento de Leicester de 1426.[83] Depois de uma quinta submissão inconclusiva a árbitros, em 1426,[84] o assunto foi finalmente encerrado por decisão do duque de Norfolk em Junho de 1428: Paston foi condenado a pagar a Aslake 50 libras em troca da remissão de todas as acções pessoais.[85]

Os exemplos anteriores ilustram a íntima interdependência do direito e da arbitragem nos finais da Idade Média, e revelam que a acção legal era frequentemente seguida, não como um fim em si mesmo, mas como um preâmbulo táctico ou um coadjuvante da arbitragem. Eles sugerem que, em numerosas disputas, compromisso e negociação devem ter representado um poderoso contraponto aos familiares temas de violência e litigância. Por outro lado, os processos de arbitragem eram claramente influenciados pelos efeitos subtis do sistema jurídico. A forma e conteúdo da arbitragem eram ine-

vitavelmente afectados por factores desta ordem, como a notoriedade dos juízes e advogados como árbitros, o uso do processo de ratificação para confirmar os termos de uma decisão arbitral, e a tendência da litigância em juízo para redefinir os objectivos de uma disputa, em função da aquisição de uma dinâmica própria da via judicial (como na disputa Paston-Aslake). É provável, de facto, que os métodos de arbitragem característicos da Inglaterra dos finais do período medieval, longe de reflectirem a ineficiência do sistema jurídico, como alguns defenderam,[86] representem antes uma prova do seu sucesso. A frequente imitação da precisão da forma jurídica da arbitragem do direito canónico, perfeitamente adaptada aos requisitos do *common law*, implica um reconhecimento, pela parte dos contendentes, de que um acordo feito fora do tribunal só prevaleceria se se provasse inatacável por uma subsequente contestação em tribunal. Os recursos do direito eram, deste modo, usados para facultar suporte e protecção à arbitragem. Ainda que não supervisionada pelos tribunais do direito comum, a arbitragem nos finais da Idade Média funcionava num contexto jurídico inequívoco, sendo a sua eficiência garantida, afinal, pelos Tribunais ordinários. Isto ajuda a explicar o enorme aumento de manifestações documentais desta prática, após 1350.[87] A maré de florescimento de documentos escritos não prova que a arbitragem se tenha tornado mais popular; pode, no entanto, sugerir que uma maior formalidade e um melhor registo eram necessários ao processo, à medida que a lei se tornava mais complexa, a litigiosidade mais comum e os advogados mais sofisticados.

Os tribunais do *common law* não intervinham directamente no sentido do cumprimento da arbitragem e, ao contrário dos seus correspondentes urbanos e eclesiásticos, não estavam activamente empenhados na sua promoção.[88] Talvez que a sua contribuição mais significativa fosse passiva – a aceitação da arbitragem, pendente ou concluída, como fundamento de ulterior acção.[89] A parte insatisfeita com uma sentença proclamada podia escapar às suas cláusulas, bastando-lhe para isso mostrar que tinha concordado com a arbitragem sob coacção.[90] Quando a arbitragem era desfeita, ou quando qualquer das partes se recusava a aceitar os seus termos, certas soluções eram possíveis através de acções de dívida e de reivindicação.

A forma característica do *compromissio* depois de 1350 era a caução condicional, através da qual cada parte se colocava em dívida para com a outra por uma soma especificada num acordo selado, cuja anulação era condicionada à observância da sentença.[91] As cauções eram confiadas a uma terceira parte neutra, e, se um dos lados as não pagasse, o outro podia reclamá-las e processar o seu oponente por dívida.[92] Se o depositário das cauções se recusasse a entregá-las à parte atingida, esta tinha uma solução judicial contra ele, na acção de reivindicação. Por exemplo, no termo de Michaelmas, em 1414, Edmund Ferrers, de Chartley em Staffordshire, intentou uma acção de reivindicação contra Walter Bullock, letrado, por cauções de arbitragem acordadas entre Ferrers e Hugh Erdswick, de Sandon, e confiadas a Bullock enquanto estava pendente a conclusão da sentença. As cauções foram acordadas na soma de 500 marcos, e a sua anulação era condicionada ao cumprimento de decisão de seis árbitros nomeados e situação de paz entre as partes até ao dia da proclamação da pena. A tentativa de arbitragem foi desfeita antes de se atingir uma conclusão, e a acção de Ferrers contra Bullock foi baseada na alegação de que homens de Erdswick tinham infringido as condições da caução por assalto a um dos seus servos antes do dia estabelecido para a sentença.[93] Uma acção de dívida podia também ser usada para fazer cumprir uma pena arbitrada que ordenasse o pagamento de uma soma específica por um dos lados ao outro.[94] Nestas circunstâncias a soma estabelecida era frequentemente mais pequena do que o valor da caução, e, para evitar a acusação de usura, os tribunais permitiam que o valor da acção fosse estabelecido apenas na sentença final.[95]

As soluções disponíveis no *common law* eram, contudo, demasiado incómodas e indirectas para constituírem uma resposta satisfatória a todos os problemas que decorriam de uma arbitragem mal sucedida. Falhavam, em particular, em relação ao árbitro que se negava a cumprir os seus deveres, e não continham cláusula alguma que condicionasse qualquer comportamento específico nas sentenças que não envolviam pagamento em dinheiro. A este respeito, como em outros, as antigas formas de acção provaram ser pouco propensas à mudança e à adaptação, sendo inadequadas às novas exigências dos litigantes.[96] As suas limitações encorajaram a procura

de outras instâncias de julgamento, e levaram, nos finais do séc. XIV e no séc. XV, ao aumento de jurisdição por equidade do tribunal da *Chancery*. A jurisdição do Chanceler podia ser invocada por petição em casos em que a justiça não se podia obter, devido ao poder ou influência de um oponente, ou quando o *common law* oferecia soluções insuficientes, pelas suas limitações técnicas ou práticas.[97]

Os estudos sobre este tribunal mostraram que o seu crescimento inicial se baseou em duas categorias principais de assuntos: litigiosidade urbana e mercantil, especialmente proveniente de práticas comerciais não garantidas pelo *common law*,[98] e acções envolvendo feudos de uso, que o *common law* não reconhecia.[99] A estas deve acrescentar-se uma terceira categoria envolvendo casos que surgiam da arbitragem, fonte frequente dos processos da *Chancery* ao longo do séc. XV. Os elementos comuns a praticamente todas as petições ao Tribunal, referentes a arbitragens, são o fracasso de uma sentença devido a quebra da palavra dada, quer por parte de um contendor, quer por parte de um árbitro, e a impossibilidade para o peticionário de obter uma solução no *common law*. Tal como vimos, as cauções condicionais eram os principais meios, no direito comum, de assegurar compensação por não cumprimento de uma sentença; mas, se não havia cauções a apresentar no tribunal – se, por exemplo, estas se tivessem perdido, ou se os contendores tivessem feito uma submissão oral aos árbitros –, o único recurso possível seria o Chanceler.[100] Por vezes, o beneficiário de uma sentença era suficientemente confiante, ou irresponsável, para retirar todas as acções contra o seu oponente antes dos termos da sentença arbitral terem sido preenchidos, impedindo, assim, o acesso ao *common law*.[101] Outra queixa frequente dos peticionários era o prosseguimento de acções vexatórias contra eles, por parte do lado oponente, em inobservância a uma sentença conclusiva.[102] A maioria das petições envolvendo arbitragem eram, contudo, referentes a árbitros complicativos ou parciais, contra os quais não havia qualquer acção disponível no direito comum.[103] Em todos estes casos, o peticionário requeria, geralmente, *writs* (mandatos, interdictos) *sub pena*, convocando os ofensores a responder às acusações perante o chanceler.

Ao mesmo tempo que recebia tais queixas, o Tribunal da *Chancery* estava mais imediatamente envolvido no encorajamento da arbitragem. O Chanceler era activo em providenciar e supervisionar a arbitragem, como meio de resolver disputas trazidas perante ele, e a esperança da sua intervenção deve ter encorajado muitos peticionários a apresentar casos neste Tribunal.[104] A prontidão do Chanceler em promover tal prática contrasta fortemente com a indiferença dos juízes do *common law* e lembra o comportamento dos juízes eclesiásticos.[105] Uma comparação entre os processos da *Chancery* e os acordos de arbitragem realizados perante as assembleias paroquiais, revela um conjunto regular de casos em que o tribunal determinava o recurso à arbitragem[106] com o próprio Chanceler actuando a este título.[107] Um exemplo é o caso de *Borlas v. Tregorys*, que começou por volta de 1436, quando Robert Borlas, de Cornwall, trouxe à *Chancery* uma queixa contra Richard Tregorys por este lhe ter tirado ilegalmente uma quantidade de estanho no valor de cem libras.[108] Em Maio de 1436, as partes submeteram-se à arbitragem do Chanceler e a sentença foi proclamada em 1439, depois de uma comissão local de inquérito ter instituído o tribunal.[109] O Chanceler sentenciou que Tregorys deveria devolver o estanho ou pagar a Borlas o seu valor, mas Tregorys foi lento no pagamento e, no início da década de 1440, Borlas estava novamente a processá-lo na *Chancery*, desta vez pela dívida na sequência da sentença do Chanceler.[110] A alegação de Tregorys de ter pago a dívida através de uma terceira parte, Udo Vivian, mostrou-se falsa, em vista do depoimento de Vivian na *Chancery*.[111] Finalmente, em 1448, Tregorys foi forçado a submeter-se a arbitragem sob a supervisão do tribunal e apenas foi escuso de comparecer no Tribunal depois de Borlas ter confirmado que se tinha chegado a um acordo.[112]

Os conselhos de magnates exerciam uma jurisdição de equidade semelhante à do *Chancery* nos finais da Idade Média e eram igualmente importantes na promoção da arbitragem.[113] Dos exemplos dados acima, a disputa envolvendo os homens de Spalding e Pinchbeck e a abadia de Crowland foi decidida por árbitros do conselho do Ducado de Lancaster, enquanto que a decisão do duque de Norfolk acerca do feudo de Paston-Aslake seguiu-se à intervenção infrutífera do duque de Gloucester.[114] As jurisdições de equidade

emergentes no final da Idade Média em Inglaterra revelam a interdependência entre a litigiosidade judicial e a arbitragem na sua forma mais refinada. Ambas se tornaram parte de um único processo de resolução de disputas, tanto mais quanto a fluidez do processo de equidade permitia o seu uso quase intermutável. O processo do direito comum não dava tanta flexibilidade; mas, como tentei mostrar, isso não impedia os contendores de combinar direito e arbitragem numa estratégia geral para alcançar uma resolução vantajosa.

A evidência da arbitragem suaviza a dicotomia, notada no início deste texto, entre a precocidade das instituições judiciais reais nos meados da era medieval e a sua aparente ineficiência. Não se pode negar que o direito era largamente desobedecido, mas não se deve deixar que isto obscureça as importantes funções mediadoras exercidas pelos tribunais, numa época em que os poderes coercivos da coroa permaneciam fracos, e em que a resolução eficaz de disputas se baseia largamente na conciliação e no compromisso. A litigiosidade judicial permitia pressionar um opositor, enquanto se dava tempo para o compromisso e diversas acções eram provavelmente intentadas para reforçar o poder negocial do litigante em tribunal. A acção judicial representava apenas uma única fase na conduta de disputas e, frequentemente, formava um prelúdio ou um adjutório aos acordos de arbitragem. Apenas com uma compreensão da natureza complementar da litigiosidade e da arbitragem é possível perceber o funcionamento do direito nos finais da Idade Média, e explicar a não conclusão da vasta maioria das acções legais.

NOTAS

(1) Alguns dos trabalhos mais importantes são: "The Working of the Court of King's Bench in the Fifteenth Century" (Ph. D. Thesis, London Univ., 1936); M. Hastings, *The Court of Common Pleas in Fifteenth-Century England* (New York, 1947); R. F. Hunnisett, *The Medieval Coroner* (Cambridge, 1961); *Proceeding before the Justices of the Peace in the Fourteenth and Fifteenth Centuries*, ed. B. H. Putnam (Ames Foundation, 1938).

(2) J. G. Bellamy, *Crime and Public Order in England in the Later Middle Ages* (1972); E. L. G. Stones, "The Folvilles of Ashby-Folville, Leicestershire, and their Associates in crime", *Trans. Roy. Hist. Soc.*, 5.° ser., VII (1957), 117–36; R. L. Storey, *The End of The House of Lancaster* (1966).

(3) Bellamy, *Crime and Public Order*, 3-4.

(4) Ibid., 2; A. R. Myers, *England in the Late Middle Ages* (2.ª ed., Harmondsworth, 1936), 51-3; cf. B. A. Hanavalt, "Fur-Collar Crime: the Pattern of Crime among the Fourteenth-Century English Nobility", *Jnl. Soc. Hist.*, VIII (1974-5), n.° 4, 1-17.

(5) Bellamy, *Crime*, 12-29; cf. Hastings, *Common Pleas*, chap. 15, "Delays and Hindrances to Justice".

(6) A versão clássica desta corrente ortodoxa encontra-se em W. Holdsworth, *A History of English Law* (1922-38) II (4.ª ed., 1936), 406-18.

(7) Por exemplo, A. R. Bridbury, *Economic Growth: England in the Late Middle Ages* (1962); F. R. H. DuBoulay, *An Age of Ambition: English Society in the Late Middle Ages* (1970).

(8) Ver M. T Clanchy. "Law, Government and Society in Medieval England", *History*, LIX (1974), 73-8; T. A. Green, "The Jury and the English Law of Homicide, 1200-1600", *Michigan Law Review*, lxxiv (1979), 413-99.

(9) K. B. McFarlane, *The Nobility of Later Medieval England* (Oxford, 1973), 115-15.

(10) Pesquisas sobre o homicídio no século XIII sugerem um elevado nível de desordens violentas, enquanto que a taxa de condenações permanecia tão baixa como nos finais da Idade Média: J. B. Given, *Society and Homicide in Thirteenth-Century England* (Stanford, 1977), 33-40, 91-9.

(11) *The Reports of Sir John Spelman*, ed. J. H. Baker (Selden Soc., XCIII-XCIV, 1976-7) II.

(12) Blatcher, "King's Bench", 216-19.

(13) Hasyings, *Common Pleas*, 183.

(14) D. J. Guth, "Enforcing Late-Medieval Law: Patterns in Litigation during Henry VII's Reign", em *Legal Records and Historians*, ed. J. H. Baker (1978), 87.

(15) Estimativas feitas por J. B. Post mostram que trinta por cento dos transgressores acusados nas sessões das *Comissions of Peace* compareceram ao julgamento: "Criminals and the Law in the Reign of Richard II" (D. Phil. thesis, Oxford Univ.,

1976), 15. O Prof. R. B. Pugh calculou que a taxa de condenações, dentre aqueles que se encontravam nas *gaol deliveries* de Newgate durante o reinado de Edward I, se encontrava dentro de uma média de trinta por cento: "Some Reflections of a Medieval Criminologist", *Proceedings of the British Academy*, LIX (1973), 89.

(16) Cf. Guth, *loc. cit.*, 87: "A maior parte das acções por violação de propriedade e por dívida [no King's Bench e Common Pleas] nunca tiveram em vista a resolução judicial. Elas apenas habilitaram os queixosos com um registo formal e lhes deram os meios para um confronto formal e sério fora do tribunal."

(17) Bellamy, *Crime*, 117-19; A. Harding, *The Law Courts of Medieval England* (1973) 93-4; ver R. Jeffs, "The Poynings-Percy Dispute", *Bull. Inst. Hist. Res.*, XXXIV (1961), 148-64, para um estudo detalhado da disputa referida.

(18) *Op. cit.*, 117-18.

(19) Cf. Y: Bongert, *Recherches sur les Cours Laiques du Xe au XIIIe Siècle* (Paris, 1949), 98-111.

(20) Ex. Storey, *House of Lancaster*, 87-8, 101, 113, 121, 125, 155, 185, 226-7; J. T. Rosenthal, "Feuds and Private Peace-Making: a Fifteenth-Century Example", *Nothingham Medieval Studies*, XIV (1970), 84-90; A. J. Pollard, "The Richmondshire Community of Gentry during the Wars of the Roses", em *Patronal, Pedigree and Power in Late Medieval England*, ed. C. D. Ross (Gloucester, 1979), 50-1.

(21) *Chronicles of London*, ed. C. L. Kingsford (Oxford, 1905), 88-94.

(22) Storey, *House of Lancaster*, 87-8.

(23) *Memorials of St. Edmund's Abbey*, ed. T. Arnold (Rolls series, 1896), 118-211; *Letters and Papers of John Shillingford*, ed. S. A. Moore (Camden Soc., New ser., II, 1871).

(24) *Plumpton Correspondence*, ed. T. Stapleton (Camden Soc., IV, 1839), LI-LII, LXXXIX-XCV, CXIX-CXXII, 22 n., 32 n., 98 nn., 210-11, 219-20 n., 221 n., 222-3 n.; *The Langley Cartulary*, ed. P. R. Coss (Dugdale Soc., XXXII, 1980), n.os 70, 444; *The Hylle Cartulary*, ed. R. W. Dunning (Somerset Rec. Soc., LXVIII, 1968), n.os 156, 190.

(25) Storey, *House of Lancaster*, 155; *Plumpton Correspondence*, 3-4; Rosenthal, "Private Peace-Making", 88-90.

(26) P. Caspers, "Der Güte – und Schiedsgedanke im kirchliche Zivilgerrichtsverfahren" (Iur. Diss., Mainz, 1954).

(27) Existe vasto material comprovando a arbitragem eclesiástica. Ver, por exemplo, *Vetus Registrum Sarisberiense*, ed. W. H. R. Jones (R. S., 1884), I. 256-9; II. 79-80. *The Coucher Book of Furness Abbey*, ed. J. Brownbill (Chetham Soc., New ser., LXXVI, 1916), 295-6, 353-4; *Gesta Abbatum Monasterii Sancti Albani*, ed. H. T. Riley (R. S., 1867-9) I. 423-25; ii. 13-16, 27-8, 163-70; III. 246-48, 516-17, 528-29. *Register of Edmund Lacy, Bishop of Exeter, 1420–55*, ed. G. R. Dunstan (Canterbury and York Soc., 1963-72), I. 144-47, 167-75, 195-96; III. 245-55, 271-72, 290-6, 311-15.

(28) *Registrum Cancellarii Oxoniensis, 1434-69*, ed. H. E. Salter (Oxford Hist. Soc., XCIII-XCIV, 1932), *passim*.

(29) *Calendar of Plea and Memoranda Rolls of the City of London*, ed. A. H. Thomas and P. E. Jones (Cambridge, 1926-61), *1323-64*, 20, 41, 158-59, 267; *1364-81*, 49-50, 86, 137, 169-67), 179-80, 201-2, 251-52; *1381-1412*, 75, 77, 82, 83, 108, 121-2, 136, 140-42, 146, 162-63, 179, 192, 207-8, 231, 239, 245, 274-75, 278-79, 302, 307, 314. *York Memorandum Book, 1388-1493*, ed. M. Sellers (Surtees Soc., CXXV, 1915), 14-17, 25-7, 35-7, 67-8, 70-3, 82-3, 93-4, 125-28, 162-64, 179-82, 219, 242-45, 270-1, 288-89, 296-97.

(30) *Cal. Plea and Mem. Rolls London, 1323-64*, 258-9; *1364-81*, 75-6, 158, 278, 279-80; *1381-1412*, 136. *Select Cases Concerning the Law Merchant, 1239--1633*, ed. H. Hall (Selden Soc., XLVI, 1930), 34-9, 53-62.

(31) *Cal. Plea and Mem. Rolls London, 1323-64*, 268, 278; *1364-81*, 280-1; *1381-1412*, 127-8. *Year Books of Richard II: 12 Richard II, 1388-89*, ed. G. F. Deiser (Ames Foundation, 1914), 37-8.

(32) *Gesta Abbatum S. Albani*, ed. Riley, II. 163-70; *Calendar of Close Rolls, 1272-1485* (1892-1954), *1461-68*, 230-4; R. H. Hilton, *The English Peasentry in the Later Middle Ages* (Oxford, 1975), 67-8; *Year Books of Richard II: II Richard II, 1387-88*, ed. I. D. Thornley (Ames Foundation, 1937), 168-74.

(33) Bellamy, *Crime*, 118-19; Storey, *House of Lancaster*, 121-2.

(34) L. Fowler, "Forms of Arbitration", *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law* (1972), ed. S. Kuttner, 133-47; A. R. Julien, "Evolutio Historica Compromissi in Arbitros in Iure Canonico", *Apollinaris*, X (1937), 187-232.

(35) No direito canónico era conhecida uma distinção entre um *arbitrium*, exercida por *arbitri*, cuja sentença se encontrava próxima dos princípios jurídicos, não se podendo proceder a recursos; e um *arbitratus*, exercida por *arbitratores*, que podiam levar em conta considerações semelhantes, e cuja sentença podia, em certas circunstâncias, ser sujeita a apelo: Fowler, *loc. cit.*, 135-44. Contudo, na prática esta distinção tendia a ser pouco clara: cf. H. Janeau, "L'Arbitrage en Dauphiné au Moyen Age", *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 4.° ser., XXIV--XXV (1946-7), 246.

(36) William de Drokeda, *Summa Aurea*, ed. L. Wahrmund (Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes im Mittelater, Bd. II, Heft II, Innsbruck, 1914), 189-90.

(37) Janeau, *loc. cit.*, 255-7; Bongert, *Court Laïques*, 175-82.

(38) *Cartulary of Oseney Abbey*, ed. H. E. Salter (Oxford Hist. Soc., 1929-36), V. 3-4.

(39) *Vet. Reg. Sarisberiense*. ed. Jones, II. 79-81.

(40) *The Percy Chartulary*, ed. M. T. Martin (Surtees Soc., CXVII, 1911), 54-7; cf. J. C. Holt, *The Northerners*, (Oxford, 1961), 21-2, 67.

(41) *Select Cases in the Court of King's Bench*, II, ed. G. O. Sayles (Selden Soc., LVII, 1938), CVI, n.° 2 (estou grato ao Dr. P. R. Hyams por esta referência). *Year Books of Edward II: 5 Edward II, 1312*, ed. W. C. Bolland (Selden Soc., XX--XIII, 1916), 178, 214-16; *The Eyre of Kent, 6 and 7 Edward II, 1313-14*, ed. W. C. Bolland e outros (Selden Soc., XXVII, 1912), 23-7.

(42) Ver acima, nota 27.

(43) McFarlane, *Nobility*, 114.

(44) J. A. Guy, *The Cardinal's Court* (Hassocks, 1977), 97-105; M. J. Ingram, "Communities and Courts: Law and Disorder in Early Seventeenth-Century Wilt--shire", em *Crime in England, 1500-1800*, ed. J. S. Cockburn (1977), 125-27; *Somerset Assize Orders, 1629-40*, ed. T. G. Barnes (Somerset Rec. Soc., LXV, 1959), *passim*.

(45) R. W. Kaeuper, "Law and Order in England in Fourteenth-Century England: the Evidence of Special Commissions of Oyer and Terminer", *Speculum*, LIV (1979), 758-61.

(46) Janeau, *loc. cit.*, 245-6; B. Guenée, *Tribunaux et Gens de Justice dans le Bailliage de Senlis a la Fin du Moyen Age* (Paris, 1963), 117-20.

(47) Cf. S. D. White, "'Pactum... Legem Vincit et Amor Judicium' The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century Western France", *American Journal of Legal History*, XXII (1978), 281-308.

(48) Em certas circunstâncias, recursos de decisões de árbitros para os tribunais eclesiásticos, eram, contudo, permitidos pelo direito canónico: ver nota 35 acima.

(49) Ver, abaixo.

(50) Ibid..

(51) *Cal. Close Rolls, 1409-13*, 69, 187; *1413-19*, 369; *1429-35*, 157.

(52) Como, por exemplo nas disputas Meryng-Texford e Pasto-Aslake, abaixo, 57-8.

(53) Johannes Amundensham, *Annales Monasterii Sancti Albani*, ed. H. T. Riley (R. S., 1870-1), I. 273.

(54) J. W. Bennet, "The Medieval Loveday", *Speculum*, XXXIII (1958), 364-65.

(55) *Rotuli Parliamentorum* (1783-1832), III. 649-50; *Memorials of London and London Life*, ed. H. T. Riley (1868), 156-62.

(56) P. R. O., KB 9 (King's Bench, Ancient Indictments)/204/2, mm. 6, 10. Para a família Meryng, ver A. Cameron, "Meering and Meryng Family", *Transactions of the Thoroton Society of Nottinghamshire*, LXXVII (1973), 41-52.

(57) *Cal. Close Rolls, 1413-19*, 50-4.

(58) P. R. O., KB 27 (King's Bench, Plea Rolls)/614, Rex, mm. 9, 12; 616, Rex, mm. 17d, 28d.

(59) *Calendar of Patent Rolls, 1216-1509* (1891-1916), *1408-13*, 431-32; *Cal. Close Rolls, 1409-13*, 397.

(60) *Cal. Close Rolls, 1413-19*, 50-4.

(61) Ibid., 373-4; *Cal. Pat. Rolls, 1416-22*, 54-5.

(62) *Historiae Croylandesis Continuatio*, ed. W. Fulman (Rerum Anglicarum Scriptores Veteres, I, Oxford, 1684), 500-12; *Ingulph's Chronicle of the Abbey of Croyland*, trsld. H. T. Riley (1854), 366-87.

(63) *Cal. Pat. Rolls, 1413-16*, 406; P. R. O., C 1 (Early Chancery Proceedings)/6 n.° 272. A disputa com Spalding também parece ter sido apreciada pelo concelho do ducado de Lancaster: P. R. O., DL 41 (Duchy of Lancaster, Miscellanea)/42, n.° 3.

(64) *Hist. Croyland*, 501.

(65) Ibid., 502.

(66) Ibid., 502, 506.

(67) Ibid., 502-12. A sentença contra Moulton e Weston está registada em *Cal. Pat. Rolls, 1413-16*, 375-6. Em vista destes acordos penais, não é surpreendente que as disputas continuassem através do séc. XV: P. R. O., 1/12, n.° 53; *Ingulph's Chronicle*, 393-5, 506-7.

(68) Ver acima.

(69) *Plumpton Correspondence*, 3-4.

(70) P. R. O., KB 27/802, m, 5d.

(71) Finalmente, as partes submeteram-se à arbitragem de Bingham, em Maio de 1462: *Plumpton Correspondence*, 3 n.

(72) P. R. O., C 1/6, n.° 257; *Cal. Close Rolls, 1413-19*, 223-4; *1416*, 111. O outro árbitro era o Duque de Clarence. Para a importância da arbitragem no florescer da jurisdição de equidade do chanceler, ver abaixo, 64-6.

(73) Para o funcionamento dos juízes reais como árbitros ou juízes, ver Amundesham, *Annales S. Albani*, I. 266-72; *Rot. Parl.*, III 649-50; *Cal. Close Rolls, 1385-89*, 437-8; *1409-13*, 59, 183-85, 211, 222, 227, 235, 319, 330, 338-8, 397; *1447-54*, 63, 173-74, 264, 360; *Cal. Pat. Rolls, 1416-22*, 183-95.

(74) Burton-on-Trent Public Library, D. 27, n.° 654.

(75) Para outro exemplo, ver *Cal. Close Rolls, 1413-19*, 197.

(76) *Yorkshire Deeds*, III, ed. W. Brown (Yorks. Arch. Soc. Rec. Ser., LXIII, 1922), 91-2.

(77) "Courts, Councils and Arbitrators in the Ladbroke Manor Dispute, 1382-1400", ed. J. B. Post, em *Medieval Legal Records Edited in Memory of C. A. F. Meekings*, ed. R. F. Hunniset e J. B. Post (1978), 290-339.

(78) Aparecem duas versões contraditórias desta disputa em *Paston Letters and Papers of the Fifteenth Century*, ed. N. Davis (Oxford 1971, 1976), I. 7-12; II. 505-7.

(79) Ibid., II. 506.

(80) Ibid., I. 9.

(81) Ibid., II. 506-7.

(82) Ibid., I. 10.

(83) Ibid., I. 11-12. A petição ao parlamento de Aslake de 1426 é a publicada por Dabis em *Paston Letters*: vem acima, nota 78.

(84) O memorando de Paston para os árbitros na disputa foi originado, aparentemente, por esta tentativa: *Paston Letters*, ed. Davis, I. 7-8.

(85) *Cal. Close Rolls, 1422-29*, 393-94, 406.

(86) Ver acima.

(87) Ibid..

(88) Ver *Cal. Plea and Mem. Rolls London, 1381-1412*, XXIX-XXX, para o envolvimento dos tribunais urbanos na arbitragem; para tribunais eclesiásticos, ver acima.

(89) "Ladbroke Manor Dispute", ed. Post, 294-5 e n. 36; *Year Books 12 Richard II*, ed. Deiser, 37-8, 164-66; *Year Books of Richard II: 13 Richard II, 1389-90*, ed. T. F. T. Plucknett (Ames Foundation, 1929), 20-2, 104-5; P. R. O., KB 27/640, m. 12 (*Huse v. Dethick*).

(90) *Year Books of Richard II: II Richard II, 1387-88*, ed. I. D. Thornley (Ames Foundation, 1937), 168-74; *Year Books of Henry VI: I Henry VI, 1422*, ed. C. H. Williams (Selden Soc., I, 1933), 42-7.

(91) A. W. B. Simpson, "The Penal Bond with Conditional Defeasance", *Law Quarterly Review*, LXXXII (1966), 392-422. Ex. *Cal. Close Rolls, 1409-13*, 56-7, 69, 85, 96, 187, 202, 204, 211, 227, 294, 297, 298, 310, 311, 319, 324, 325, 330, 331, 334, 353, 395, 397, 400-2, 408, 416, 418; *1476-85*, 22, 23, 76, 84-5, 108, 114, 168, 221, 223, 232, 243, 279, 286, 336, 357, 364-65, 394, 406-7, 414, 421.

(92) *Year Book Eyre of Kent*, ed. Bolland, 23-7; *Year Books 12 Richard II*, ed. Deiser, 70-1; *Year Books of Edward IV: 10 Edward IV and 49 Henry VI, 1470*, ed. N. Neilson (Selden Soc., XLVII, 1931), 56-8.

(93) P. R. O., CP 40 (Court of Common Pleas, Plea Rolls)/615, m. 342, calendarizado em *William Salt Archaelogical Society*, XVII (1896), 51. Para mais detalhes sobre a disputa Erdswick-Ferrers, ver E. Powell, "Public Order and Law Enforcement in Shropshire and Staffordshire in the Early Fifteenth Century" (D. Phil. thesis, Oxford Univ., 1979), 285-99.

(94) Harvard Law School Library, MS. 162, f. 200 (Year Book, temp. Edward I) (estou grato ao Dr. R. C. Palmer por esta referência). *Year Book 1 Henry VI, ed. Williams, 12-13.*

(95) *Year Book Eyre of Kent*, ed. Bolland, 27.

(96) Cf. Holdsworth, *History of English Law*, II. 591-7.

(97) Para a história inicial do tribunal de equidade de *Chancery*, ver M. Avery, "The History of the Equitable Jurisdiction of Chancery before 1460", *Bull. Inst. Hist. Res.*, XLII (1969), 129-44; N. Pronay, "The Chancellor, the Chancery and the Council at the end of the Fifteenth Century", em *British Government and Administration*, ed. B. H. Hearder e H. R. Loyn (Cardiff, 1974), 87-103.

(98) Pronay, *loc. cit.*, 93-5.

(99) Avery, *loc. cit.*, 130-1; J. L. Barton, "The Medieval Use", *Law Quart. Rev.*, LXXXI (1965), 562-77.

(100) P. R. O., C 1/9, n.° 68 (submissão oral aos árbitros).

(101) P. R. O., C 1/9, n.os 237, 476.

(102) P. R. O., C 1/10, n.° 243; C 1/33, n.os 191, 332.

(103) P. R. O., C 1/9, n.os 160, 279; C 1/10, n.os 141, 337; C 1/16, n.° 260; C 1/33, n.os 22, 327.

(104) Cf. Harding, *Law Courts*, 101-2. O tribunal de *Star Chamber* exerceria mais tarde uma função semelhante: Guy, *Cardinal's Court*, 97-105.

(105) Nos finais da Idade Média, o chanceler era usualmente um clérigo, mas o seu interesse em promover a arbitragem podia ter derivado menos da experiência

como juiz eclesiástico do que de considerações de igualdade e consciência que eram base da sua jurisdição no tribunal da *Chancery*: ver S. F. C. Milson, *Historical Foundation of the Common Law* (1969), 81.

(106) Ex. P. R. O., C 1/4, n.os 61, 193; Cal. *Close Rolls, 1409-13,* 69; *1419-2*, 117 (*Drax v. Bosvyle*). C 1/16 n.° 110; *Cal. Close Rolls, 1409-13*, 187 (*Covert. v. Pensford*). C 1/6, n.os 270-1; *Cal. Close Rolls, 1413-19*, 523-4 (*Barnstable v. Blount et al.*). C 1/33, n.° 210; *Cal. Close Rolls, 1429-35*, 157 (*Herward v. Waterman et al.*).

(107) Por ex. *Trussell v. Porter* (ver acima, 59-60), e *Aucell v. Clerk*: P. R. O., C 1/9, n.° 20; *Cal. Close Rols, 1429-35*, 297; *Cal. Pat. Rolls, 1429-36*, 351, 470.

(108) A conta, hoje perdida, é referida em *Cal. Close Rolls, 1441-47,* 52-3.

(109) *Cal. Close Rols, 1435-41*, 67; *1441-47*, 52-3.

(110) P. R. O., C 1/16, n.° 196.

(111) *Cal. Close Rolls, 1441-47*, 306; *Cal. Pat. Rolls, 1441-46*, 352.

(112) *Cal. Close Rolls, 1447-54*, 63.

(113) "Ladbroke Manor Dispute", ed. Post, 292-7; C. Rawcliffe, "Baronial Councils in the Later Middle Ages, em *Patronage, pedigree and Power*, ed. Ross, 91-3.

(114) Ver acima.

JURISTAS E LITIGANTES NA INGLATERRA DOS STUART. O EXEMPLO DE UM CONDADO [1]

WILLIAM B. WILLCOX

Tradução de
Maria Armanda Saint-Maurice Esteves

(1) Extraído do *Cornell Law Quartely*, 24 (1938-1939) 533-556. © by Cornell University.

JURISTAS E LITIGANTES NA INGLATERRA DOS STUART. O EXEMPLO DE UM CONDADO.

Os ingleses do séc. XVII eram uma raça litigiosa que deplorava o seu vício sem adregar dominá-lo. Choravam, mas continuavam as suas demandas. Esta febre do tempo avassalava a cidade e o campo, progredia em todas as classes e os seus registos são os volumosos arquivos dos tribunais. É uma característica interessante da época, e os respectivos registos são olhados cada vez com mais interesse. Os arquivos, em especial os dos tribunais de Londres, constituem uma mina de informação sobre os ingleses tais quais eram, mina que só agora começa a ser aberta. É objectivo deste texto escavar uma abertura experimental em nova direcção: examinar os casos mais esclarecedores de um condado, durante o meio século que antecedeu as guerras civis, de forma a estudar, através deles, os homens e a vida daqueles tempos[1].

O condado escolhido foi o Gloucestershire, no topo do Canal de Bristol e ao fundo do vale do Severn. Era típico da Inglaterra rural, tal como hoje. Estava em posição menos remota, relativamente às questões nacionais, do que outros condados como a Cornualha ou o Northumberland, e as pessoas eram menos propensas a comportar-se como na Idade Média. Havia para isso duas razões principais. Uma, era o comércio da lã que, durante séculos, representara a fortuna dos algibebes e o contacto com o mundo de Londres. A outra era geográfica. Desde o tempo dos romanos que o Gloucestershire tinha

sido o ponto de encontro das grandes estradas que faziam a ligação entre Londres e Gales, Devon e a Escócia. Por estas estradas, más como eram, o condado encontrava-se sujeito às forças que iam conduzindo a Inglaterra do mundo medieval para o moderno.

Mas o Gloucestershire de forma alguma se achava na vanguarda da mudança. Era um condado de fronteira, à borda do país de Gales. As pessoas tinham atrás de si uma tradição de guerras, e a violência estava-lhes no sangue. O direito só lentamente ia substituindo métodos mais "directos" de resolver um conflito. O governo central fazia o possível por manter a sua autoridade, através de juízes itinerantes, de mensageiros do *Privy Council* e de um tribunal especial para a fronteira. Mas esta autoridade era ténue e, inclusive, nem sempre os funcionários locais lhe eram obedientes. A centena de milhas até Londres constituía uma viagem de três ou quatro dias, e os interesses do condado encontravam-se proporcionalmente distantes dos da capital[2].

Os grandes acontecimentos do tempo eram lentos em despertar eco na Inglaterra rural. Enquanto o rei e o parlamento rumavam em direcção à sua momentosa luta pelo poder, enquanto Buckingham se comprometia e Bacon se dedicava às musas compondo a *Nova Atlantis*, as gentes do campo faziam a sua vida com diminuto interesse pela política ou pela filosofia. Os interesses eram mais locais do que nacionais. Preocupavam-se com as suas petições às *Quarter Sessions*, com o procedimento do novo *Lord* da mansão senhorial, com o último sermão do vigário, muito mais do que com rei, parlamento ou cortesão. Não se perturbavam grandemente com as questões de Estado e desaprovavam cordialmente que o Estado perturbasse as suas.

Litigar constituía a excepção, em que o homem rural punha muitas vezes de parte a desconfiança para com os "estranhos" de Londres. E fazia-o por uma razão específica: a de, por uma razão ou por outra, ser preferível ter o seu caso julgado em Londres do que num tribunal local. Estas razões eram inerentes ao sistema judicial do tempo, e uma breve descrição deste sistema é um pré-requisito para um exame do conjunto dos litígios. O passo seguinte será considerar como a natureza dos tribunais encorajava os litígios. O terceiro,

examinar os métodos e motivos dos litigantes: a técnica de recorrer à lei, as habilidades e a ética do jogo, o papel do advogado rural, a atitude respectiva dos "jogadores". Isto servirá de pano de fundo a uma visão panorâmica dos quatro tipos de casos mais interessantes: questões sobre a terra, questões resultando de actos de violência, questões sobre o casamento, e questões pondo em foco o pároco[3]. Estes quatro grandes grupos constituem quatro pontos de vista, a partir dos quais se observa o panorama quotidiano da vida rural tal como era vivida.

O mais humilde dos tribunais locais era o senhorial, que representava a fusão dos diferentes tribunais medievais do *Lord of the manor*[4]. Tinha perdido muito do seu poder, e era como corpo administrativo do *manor* que a sua principal importância se afirmava; mas retinha com tenacidade uma jurisdição menor, civil e criminal. Esta tenacidade é a medida do localismo do séc. XVII. Se uma ofensa era cometida no domínio senhorial ou se uma disputa ocorria, havia preferência por julgá-la em casa, mesmo a custo de minimizar a acção, de maneira a incluí-la na competência do tribunal. De outra forma, iria ser endereçada às *Sessions*, onde estaria nas mãos dos *Justices of peace* com conhecimento menos íntimo dos acontecimentos locais do que os jurados do *manor*; ou às Assizes, que eram conduzidas por juízes forâneos, vindos de Londres. "Sabe, a justiça está longe de nós."[5]

Os maiores tribunais locais eram as *Quarter Sessions* e as *Assizes*. As *Sessions* constituíam, simultaneamente, um tribunal criminal e o mais importante corpo administrativo do condado[6]. As *Assizes*, feitas duas vezes por ano perante juízes itinerantes dos tribunais londrinos de *common law*, eram o principal tribunal local de jurisdição civil e criminal. Uma grande parte da litigiosidade do Gloucestershire se resolvia aqui, como é evidente, mas por infelicidade os registos da *Assize* desapareceram.

Havia ainda um outro corpo que tinha jurisdição no Gloucestershire. O *Council in the Marches of Wales* era uma combinação, em miniatura, da *Star Chamber* e do *Privy Council*. Como tribunal, tinha uma jurisdição vasta, mas estritamente definida, em casos civis e criminais em que o queixoso era impedido de demandar em direi-

to comum, quer pela sua pobreza pessoal, quer pela influência local do seu adversário. Como conselho, cabia-lhe suprimir a intemperança privada e a desordem pública, o pagamento de luvas e a opressão, o perjúrio de testemunhas e jurados, em resumo, tornar efectiva a autoridade real na fronteira[7].

Dos numerosos tribunais centrais de Londres, só alguns justificam menção nestas páginas. Alguns dos outros desempenhavam parte igualmente importante na litigiosidade, mas os seus registos não são suficientemente reveladores para contribuir para a discussão. Entre os tribunais de direito comum, o único de interesse é o *Exchequer*. A sua jurisdição havia sido limitada a casos referentes a direitos da coroa, mas no fim do séc. XVI tinha adquirido uma jurisdição geral sobre *equity* e *common law*[8]. Entre os tribunais de jurisdição própria, os mais importantes são a *Chancery* e a *Star Chamber*. O *Court of Chancery* era "o altar e o santuário para aquele que, contra o poder dos homens ricos e o orgulho dos grandes, não podem manter a bondade da sua causa"[9]. Era, também, como veremos, um meio pelo qual os homens ricos podiam evitar uma acção de direito comum. A *Star Chamber* era o grande tribunal especial de jurisdição criminal. Este ramo do *Privy Council* havia sido criado para dominar a opressão e a desordem e, no caso do Gloucestershire, estava ainda a cumprir o seu objectivo. O número de casos locais que lhe eram apresentados era enorme, e a sua variedade tornar-se-á evidente nas páginas subsequentes. O tribunal terá feito uma justiça rude, mas era a justiça frequentemente buscada.[10]

Apesar de a *Star Chamber* ser uma derivação do *Privy Council*, este não havia renunciado ao seu poder judicial a favor daquele tribunal. Se alguém sentia que lhe havia sido recusada justiça, podia obter actuação mais pronta e mais barata apresentando uma petição ao *Council* do que pondo uma acção no tribunal. Se a sua petição fosse aceite, o *Council* emitiria um mandato, instruindo um funcionário local no sentido de intervir ou usar de pressão informal sobre o ofensor[11].

Através de processos legais e de influência pessoal, o *Council* diligenciava tornar mais difíceis as vias de acção dos desordeiros.

Este sistema judicial tem duas características gerais, ambas tendendo a alimentar a litigiosidade. A primeira é o número dos tribunais que, por si só, dava oportunidades quase ilimitadas de prolongar uma batalha legal. Não havia sistema de recurso no sentido lato de hoje. Mas era possível transferir casos de um tribunal para outro, antes da sentença, tal como anular uma derrota num tribunal por uma vitória subsequente noutro. Se, por exemplo, alguém tivesse uma acção em vias de ser julgada nas *Assizes*, era-lhe possível encontrar razões para a transferir para a *Chancery*. Ou se alguém tivesse sido julgado e tivesse perdido nas *Assizes*, podia conseguir que o opositor e as testemunhas do opositor, bem como os jurados da *Assize*, se vissem condenados e multados pela *Star Chamber*. Isto, por seu turno, era bem capaz de precipitar uma ou várias contra-acções, de forma que, de um problema, se podia gerar uma confusão de acções simultâneas nos tribunais de Londres e do Gloucestershire[12] – confusão que era obviamente lucrativa para os funcionários judiciais e para os advogados, o que significa ser correspondentemente difícil de desencorajar.

Esta complicação de casos e de listas sobrecarregadas de causas pendentes, que daí resultavam, pode explicar a segunda característica dos tribunais: o carácter aleatório das suas decisões em adiar julgamentos ou em recusar adiá-los.

Uma ou outra decisão podia produzir uma caricatura de justiça. Às vezes, uma acção era julgada tão prontamente que uma das partes não tinha tempo de comparecer, e perdia a questão por ausência[13]. Outras vezes, havia tantos adiamentos, que uma parte ou a outra se desleixava e era apanhada de surpresa pelo verdadeiro julgamento[14]. A conduta de um tribunal era imprevisível, e o esforço para a prever fazia dos litigantes verdadeiros jogadores.

E é tudo sobre a natureza dos tribunais. Esta, sem dúvida, dava o seu contributo para encorajar a litigiosidade, mas o factor mais importante residia no carácter dos litigantes. Que movia as pessoas a recorrerem à justiça contra os seus vizinhos? A resposta parece ser tão vasta como o é hoje, incluindo tudo, desde a provocação séria até à simples malevolência ou à ambição de alguns tostões. Os pequenos motivos são válidos para um grande número de casos e

podem ser considerados em primeiro lugar. "Caímos agora no declínio ou mesmo nos dias derradeiros deste mundo, que instalam entre nós homens ociosos, vivendo de expedientes, trabalhando em apurar os seus ardis, insinuando-se na terra de cada um, a ver se encontram a mais pequena aparência de direito a que se possam agarrar, para ganhar algum dinheiro à custa dos outros homens."[15]

Isto não é mera retórica. Pleitear era uma prática comum e as pessoas que se dedicavam a litigar sem causa podiam surgir em qualquer esquina da vida. Na base da escala, estavam aqueles que assim tentavam assegurar o pão quotidiano, quer prestando informações quer apresentando, eles próprios, acções nos tribunais menores. Diferindo muito entre si quanto à técnica, os seus motivos eram os do moderno *ambulance-chaser*; podiam vencer ou não a acção, mas sempre havia possibilidade de algum ganho[16]. O mesmo objectivo inspirava muita da *gentry*, embora em maior escala[17]. O principal objectivo de pleitear, entre as pessoas com meios de fortuna, era prejudicar ou empobrecer um oponente mais pobre, de forma a forçá-lo a um acordo. Isto podia ser obtido de várias formas. Um queixoso podia ser levado à exaustão, por ameaças e mandatos, por forma a abandonar a acção[18]. Uma acção segundo a *common law* num tribunal local podia ser prejudicada por uma acção segundo a *equity* em Londres[19]. Se estes simples expedientes falhavam, era possível esvaziar a bolsa do opositor, apresentando contra ele o maior número possível de acções simultâneas[20]. Litigar era um jogo perigoso para os pobres.

Os seus perigos eram, sob certo aspecto, maiores do que nos nossos dias: o litigante derrotado muitas vezes acabava numa prisão por dívidas. Se fosse do interesse do seu opositor mantê-lo lá, uma série de novas acções serviria para este fim[21]. O resultado, para a vítima de tanto pleitear, podiam ser longos anos de prisão. Tome-se como exemplo o caso daquele mercador de Bristol, que testemunhou ter sido empobrecido por perdas ocasionadas pelos piratas. Um inimigo propôs imediatamente uma série de acções sem causa contra ele, por forma a "fazer examinar este assunto com o réu na prisão, onde deve permanecer". Aí permaneceu, enquanto o seu opositor usou de todos os meios legais para impedir um julgamento

e, entretanto, foi gozando dos proventos da terra em litígio. "O queixoso faz os possíveis... por estorvar este exame, sendo [o réu] um homem muito pobre e exaurido de todos os seus meios pelos atrasos e multiplicidade das acções do queixoso."[21]

Estas tácticas eram as formas mais respeitáveis de comportamento escuro, mas não as únicas. Os advogados e os litigantes de há três séculos pouco podiam aprender com a mais brilhante falta de escrúpulos dos dias de hoje. As formas de trapaça eram diferentes, mas a substância, a mesma. Uma velha foi levada ardilosamente a entregar a sua terra a um vizinho, por ser iletrada demais para saber o que estava a assinar[22]. Um convidado queixa-se de que o seu anfitrião o embriagou para o enganar [23]. Um jovem oferece-se, contra 20 libras, para roubar documentos ao tio[24]. A julgar por exemplos como estes, a ética do público litigante não estava a coberto de toda a censura.

Mas seria melhor que a dos próprios advogados? A questão não pode ser respondida a partir da literatura do tempo, porque o advogado sempre havia sido um alvo convencional de críticas[25]. Os registos podem dar azo a expectativas de obter uma resposta, mas a prova que oferecem acerca do advogado rural é muito mais exígua do que acerca do seu cliente. Tendo em vista o vasto número de casos, é surpreendente quão pouco pode ser descoberto sobre os homens que os prepararam. O volume de trabalho jurídico no condado era feito por solicitadores locais, mas sem deixarem sinal deles próprios para além da caligrafia elaborada de um inglês formalizado.

A posição normal de um solicitador rural parece ter sido a de um homem de mão, no plano do direito, trabalhando normalmente para um único cliente. Podia ser o mordomo de um *manor*, com o encargo de presidir aos seus tribunais; podia ocupar-se procurando documentos relativos aos títulos de propriedade do seu cliente, ou investigando os arquivos, em busca de documentos para outros proprietários de terras; ocasionalmente, esperar-se-ia dele que funcionasse como detective, para evitar um roubo ou recuperar propriedade roubada. Se o seu cliente desempenhava funções de governo, era possível, também, que actuasse como escrivão, assegurando a manutenção de papéis, escrevendo cartas e redigindo os diversos decretos.

Se era visivelmente útil, podia ser que lhe fosse atribuído um salário anual e que, por morte do seu cliente, viesse a ser contemplado com uma doação ou uma pensão[26].

É evidente que preparar questões representava apenas uma pequena parte da vida de um solicitador. Mas mesmo a recolha de informações o expunha a problemas éticos, e o litígio em si devia expô-lo a muitos mais. A questão da sua moral é interessante, mas a resposta é apenas conjectural. Só há um caso de advogado acusado de actuação ilícita e daí não é possível tirar conclusões[27].

Mas este caso é significativo em virtude mesmo do seu carácter isolado. Funcionários governamentais e cidadãos privados estavam constantemente, em cada momento da vida, a ser arguidos com todos os fundamentos concebíveis. Os advogados viviam no seio desta selva e as suas oportunidades para actuações repreensíveis eram obviamente muitas. É sugestivo o facto de quase não haver registo de tal má conduta. Pode redarguir-se que os homens que conheciam a lei eram justamente os que podiam infringi-la impunemente. Mas eles actuavam sob os olhos de adversários atentos, e é lógico partir do princípio de que uma actuação ilícita por parte de um advogado seria marcada a ferro pelo seu oponente tal como o é hoje. A conclusão sugere, pois, que a ética do advogado rural, pelo menos no Gloucestershire, era mais elevada que a do seu cliente.

Mas, qualquer que fosse a sua moral, ele não era obviamente o homem indicado para dissuadir o cliente de pôr uma acção. Não era apenas a *Inns of Court* que tinha um interesse velado no prolongamento e na multiplicação das acções; todo o solicitador rural tirava daí lucro. Quanto mais mandatos, mais pagamentos; quanto mais casos em Londres, tanto mais negócio no Gloucestershire. "Na manhã da última segunda-feira, o criado do sr. Wintour veio, na mala-posta, com um *precedendo*; pelo que eu... presentemente despachei um recoveiro para Londres, com indicação de que, se não encontrasse o meu amigo a quem havia dado ordem de trazer outro mandato..., deveria então trazer um mandato de erro..."[28]

Tal agitação era lucrativa para o advogado. O seu cliente podia empobrecer, mesmo em caso de vitória; mas o mais que a ele lhe podia acontecer era perder um cliente, e clientes havia sempre em demasia.

Para voltar então aos clientes eles próprios, e aos seus motivos para recorrerem à "arena de desforra": um motivo foi já sugerido e nada tem a ver com desforra... Na verdade, um grande número de acções, então como agora tinha origem na busca de lucros, pelo que tais acções eram conduzidas numa base inteiramente mercenária. Muitas não, naturalmente, e estas serão consideradas mais tarde. De momento, vale a pena atender ao lado puramente económico da lei. Numa época em que o mercado de capitais era limitado, muita gente investia na litigiosidade como hoje na especulação da bolsa. Um processo era arriscado, mas também o era qualquer forma de investimento; não existiam seguranças doiradas.

A mais clara prova deste motivo é a cordialidade que muitas vezes existia entre os litigantes. "Vamos lá, camarada Kecke, tu e eu somos velhos companheiros. Não vamos brigar por causa disto."[29] Um sentimento com que muitos concordavam e que se manifestava de muitas formas. Estava uma acção sobre terras pendente entre John May e Christopher Stoakes. May enviou um homem dizer a Stoakes "que se preferisse ver a matéria em debate entre ele e o dito John May transferida [para arbitragem], ele estava de acordo. Se não, que podiam continuar num procedimento judicial digno, sem habilidades ou vantagens para qualquer das partes." Stoakes respondeu que "continuaria com dignidade, de acordo com o seu desejo. E, em seguida, ele, depoente, juntou-os e jantaram ambos naquele dia em casa do dito queixoso em Codrington." A longo prazo não se entenderam com a arbitragem e a acção, amigavelmente, seguiu o seu curso. Não havia sinal de animosidade, nem sequer de que estivesse em causa o prestígio de algum deles[30].

O uso da arbitragem era um costume largamente espalhado, pois um acordo fora do tribunal constituía uma economia óbvia. Nalguns casos, o acordo podia resultar de uma conferência entre os advogados das duas partes[31]. Noutros casos, os árbitros eram escolhidos com cuidado minucioso e as duas partes forneciam garantias de que acatariam a sua decisão[32].

Se a arbitragem não era aceite voluntariamente, tinha probabilidades de ser imposta de cima. Quando um caso era apresentado perante o *Privy Council*, ou mesmo perante um dos tribunais regulares

de Londres, muitas vezes era mandado para trás, a fim de ser resolvido por alguma pessoa de importância no condado. Se o árbitro não conseguia resolver a questão, e frequentemente não o conseguia, ela seria enviada a outro dignitário local, e assim sucessivamente, até ser resolvida. Um candidato favorito para este tipo de trabalho era o *Lord lieutnant*; os juízes das *Assizes* podiam também ser usados e mesmo um *justice of peace*. Esta parece ter sido a única forma pela qual os tribunais procuravam aliviar as suas agendas sobrecarregadas, e tinha como resultado deslocar o fardo para funcionários do condado igualmente vítimas de excesso de trabalho[33].

Esta discussão de métodos e motivos deixa em aberto a questão do porquê de haver tanta litigiosidade; a resposta final reside na natureza das gentes e da época. Mas, em contrapartida, tal discussão contribuiu para clarificar certas habilidades e alguns aspectos éticos da prática de litigar, e sugeriu que a lei, às vezes, não era mais que uma espécie de jogo. Este pano de fundo geral pode ser completado pelo exame das quatro categorias de casos que iluminam melhor a vida daqueles tempos.

De longe, a mais frutuosa fonte de litigiosidade era, como é natural, a terra. Dado que a propriedade engendra conflitos e a mais importante forma de propriedade era ainda a terra, as acções nasciam dela como guerreiros dos dentes do dragão. A matéria em debate podia ser a posse de boa parte do condado, mas podia igualmente ser um poço de carvão em Kingswood Forest ou uma criação de coelhos em Eastbury Hill; se a terra fosse ouro, dificilmente teria provocado mais problemas. Isto acontecia apenas porque os homens eram conflituosos? Eis uma questão que pode ser respondida, e a resposta é não.

A razão principal para o número de acções sobre terras era a geral incerteza dos títulos de propriedade. Isto, por seu turno, parece dever-se a dois factores: a complexidade crescente do regime de posse da terra e a crescente complexidade do direito que a regia. Nenhum destes factores se inclui na esfera da nossa discussão, mas os seus resultados, sim. Uma grande parte da terra no condado havia mudado de mãos muitas vezes no século anterior a 1640, alguma dela com uma rapidez que confunde. Não existia sistema de re-

gisto de títulos e a única prova da posse era um maço de documentos de cedências ou transferências. Qualquer deles era susceptível de ser perdido ou roubado e um elo que faltasse podia quebrar a cadeia da prova. Mesmo que esta estivesse completa, o que raramente parece ter acontecido, alguém podia produzir um documento alternativo ou uma queixa de que a terra havia revertido para a coroa e sido de novo doada sem conhecimento do seu ocupante. Não é fora do comum encontrar uma tal referência à margem de um relatório senhorial: "Há um aforamento feito a John Butler [...] por 70 anos; que, se for bom, então todo o domínio de Cowles fica sem efeito"(34). O melhor título podia ser posto em questão com a possibilidade de algum ganho para o questionador, e mesmo os registos mais completos nem sempre proporcionavam uma defesa segura.

O cuidado na preservação de documentos era, por isso, uma questão de sabedoria elementar. John Smyth era mais sábio do que o comum da sua geração. Era meticuloso em guardar qualquer pedaço de prova escrita que lhe aparecia, e assíduo em coleccionar mais. Os seus próprios registos estão em perfeita ordem e, mesmo à distância, ele sabia o que cada um era. "O estatuto está numa mão de títulos numa prateleirinha do gabinete, à minha mão direita, quando estou sentado; o qual tirarás e fecharás cuidadosamente a porta à chave."(35) Era igualmente zeloso em aumentar e preservar os títulos e privilégios de Berkeley à sua guarda, e tinha a paixão de um avarento por "estes ornamentos, mais belos que as cortinas de Salomão"(36). Mas mesmo John Smyth, como veremos, não podia estar certo de que os seus maços de documentos lhe assegurariam uma posse tranquila da terra.

E Smyth era a excepção. O proprietário normal mantinha os seus velhos livros de contas um pouco como nós guardamos os antigos registos de cheques; eram uma forma adequada de averbar pagamentos e créditos(37). Mas não parece ter sido tão cuidadoso como Smyth em coleccionar e preservar outros documentos. Pode-se conjecturar que a falta de precaução do homem médio terá sido um factor contribuindo para a litigiosidade sobre terras.

Esta falta de precaução é especialmente evidente onde é menos esperada, por exemplo, nas instituições da cidade de Gloucester. Na

catedral, em 1617, "os documentos e outros escritos da igreja estão juntamente numa pilha e são muito difíceis de encontrar quando devem ser usados."[38] A municipalidade da cidade era ainda mais descuidada e um dia encontrou-se na situação embaraçosa de ter extraviado a sua carta foral. Uma comisão do *Council of Wales* chegou, para inquirir por ela. O documento não pôde ser encontrado. Mas o inquérito despertou a memória do deão da catedral. "Lembrando-se de que havia no seu pequeno gabinete no corredor, sobre as escadas, um livro de patentes comprido, cujo conteúdo não tinha examinado, e imaginando que aquela carta podia lá estar, encontrou de seguida ocasião de procurar aí; e achou estar no livro a dita carta e restituiu-a." Não muito depois, e possivelmente como resultado deste contratempo, foram prometidas à viúva do escrivão da cidade 30 libras se entregasse ao presidente da municipalidade, sob juramento seu e do filho, tudo o que possuísse ou lhe surgisse de registos escritos "que de direito possam ser ou realmente sejam respeitantes, pertencentes ou justamente concernentes à dita cidade."[39]

Isto no que respeita à incerteza dos títulos de propriedade. Tal incerteza era generalizada e, por sua vez, criava inúmeras oportunidades para acções jurídicas. Não vale a pena discutir as várias batalhas do condado sobre a terra; a sua natureza pode bem ser ilustrada por um exemplo que é típico, pela forma geral que assume, lançando alguma luz sobre certos pormenores. John Smyth, como seria de esperar, esteve, também, envolvido na sua última fase; o caso foi o que ele designou como "esta *tristam et vexatam questionem*, este título longamente controvertido e confundido" da mansão senhorial e das terras da escola de Wotton-under-Edge[40].

Estas terras haviam estado na posse da família Berkeley durante séculos, e acharam-se envolvidas num dos mais famosos exemplos de litígio sobre terras. Foi ele a grande batalha entre os Berkeleys e os Lisles, travada dentro e fora dos tribunais durante 192 anos; custou a vida de um bom número de figuras importantes e mais de quatro vezes o valor da herança das terras disputadas[41]. O título de Wotton foi frequentemente posto em questão durante este tempo, mas sempre, ao que parece, os Berkeley compraram o silêncio do questionador[42].

A controvérsia Berkeley-Lisle foi regulada em 1609. Entretanto, as terras de Wotton haviam sido adquiridas por John Smyth, que era simultaneamente mordomo dos Berkeley e um *gentleman* de recursos. Quase imediatamente, a sua posse esteve em risco. John Smyth descobriu, com grande surpresa, que parte da terra havia sido reivindicada para a coroa, ao tempo de Elizabeth, sob o Estatuto de Usos Caritativos; tinha havido um inquérito, a terra revertera para a Rainha e fora de novo doada, encontrando-se agora os herdeiros do donatário com uma boa pretensão a ela. Comprou-a, auscultados os seus advogados, e é natural que tenha esperado uma posse tranquila[43].

Ficou desapontado. Havia outro pretendente, Benjamin Crokey, que pôs a acção na *Chancery* e tomou posse de parte da terra. De imediato se verificou um surto de litigiosidade. Smyth arguiu-o por violação de propriedade, "avançou para o julgamento sem conhecimento de Crokey" e ganhou a acção à revelia. O resultado foram numerosas acções e contra acções, pontuadas por violência ocasional. Crokey apresentou petição ao Parlamento para considerar os danos de que fora vítima, danos que descreveu com tanta ênfase que Smyth o acusou na *Star Chamber* por libelo difamatório. O tribunal deliberou que a petição fosse queimada nas Gloucester Assizes; o impressor teve uma multa de 100 libras, enquanto Crokey foi multado em 500 libras e aprisionado[44]. Smyth estava por fim seguro nas suas terras de Wotton.

Este caso ilustra suficientemente a dificuldade de obter um título claro. Se, para obter um, foram precisos a John Smyth mais de 15 anos, tal dificuldade não carece de relevo suplementar. A história da terra no século anterior tinha sido complexa, a atitude relativamente às provas documentais casuísticas, as complicações na lei e nos tribunais tornavam as soluções rápidas quase impossíveis. Com estas observações gerais, podemos deixar o terreno do litígio sobre terras e examinar um segundo tipo de casos.

Dizer que litigar era muitas vezes negócio, não implica que a fúria e o ódio não fizessem parte dos seus ingredientes. A categoria das acções com base em actos de violência é, obviamente, aquela em que os motivos emocionais predominam. Os homens dos condados de fronteira provinham de uma reserva lutadora; a sua modera-

ção era diminuta, e o derramamento de sangue era-lhes natural. Os duelos pareciam estar a passar de moda entre a *gentry*, talvez porque a recusa de um desafio expunha quem desafiava a ser perseguido em justiça[45]. Mas se o duelo formal se estava a tornar mais raro, o assalto informal era tão comum como sempre. E, frequentemente, ilustrando a têmpera do homem rural, ele estava relacionado com acções em justiça.

Tome-se o caso de Thomas Malyn. Envolveu-se numa altercação com o vizinho, Edward Trotman, que lhe chamou "cara de cão". Malyn respondeu, não sem lógica, "que tinha uma cara de cristão tal como ele". O filho de Trotman meteu-se então na briga, batendo em Malyn com um bastão coberto de ferro. O resultado foi uma realíssima batalha. Malyn ficou muito malferido e aparentemente foi ajudado a chegar a casa por um criado. No dia seguinte, este criado encontrou Trotman, que insistiu com ele para que repetisse: "Edward Trotman reina em Eastwood como um rei". Perante a sua recusa, Trotman passou-o para os seus homens de mão, que lhe bateram até o deixar por terra, tentando estrangulá-lo.

Espectadores gritavam: "Separem-nos, que vergonha!". Mas Trotman respondia, rindo: "Deixem-nos. São só punhadas". O passo seguinte foi apresentar queixa contra Malyn nas *Gloucester Assizes*, por assalto e ofensas corporais. O juiz procurou obter um veredicto a favor do réu, o que o júri ignorou: o queixoso viu-se recompensado com uma indemnização por injúrias verbais e pagamento de custas. A vitória de Trotman foi completa, pelo menos até o seu comportamento ser mais tarde revisto na *Chanchery*[46].

O tratamento dado ao criado de Malyn é típico do que alguém podia esperar ao ajudar outra pessoa, fosse com os seus punhos fosse com o seu testemunho. O perigo de ser testemunha era, na verdade, fundamentalmente o mesmo nesse tempo que nos nossos dias. Os métodos do *gangster* do séc. XVII eram menos efectivos do que os modernos, porque menos mortíferos, mas o seu objectivo era o mesmo. Se uma testemunha não era intimidada a ponto de manter silêncio e de não prestar testemunho, podia ser mais tarde assaltada com punição por havê-lo feito.

Um exemplo é o caso que diz respeito a um queixoso de Minchinhampton. Ele depôs que estava a regressar a casa uma noite, "vindo do seu trabalho", e trazendo às costas um saco de farinha. Foi assaltado numa viela estreita por um homem com um chuço, que lhe disse:

"Ah, ah, vilão, aqui estás! Tu és uma das antigas testemunhas de meu pai..., e juraste contra mim, em tempos, nas acusações que me foram feitas. Pelas chagas do Senhor, hei-de cortar-te a cabeça!"

"E com isto bateu-lhe, a este depoente; mas, tendo o dito saco de farinha sobre o pescoço (descendo a toda a pressa a dita viela estreita), pela sua boa fortuna aquela pancada no dito queixoso com o chuço aconteceu dar no dito saco sobre o pescoço do depoente, de forma que este depoente escapou sem ter sido ferido. Mas com isto grandemente atemorizado e cheio de assombro, fugiu daquele lugar para o bosque próximo e foi pelo caminho mais curto que pôde para sua própria casa na sobredita Minchinhampton."(47)

Esta espécie de intimidação podia ser mais facilmente praticada quando a vítima, como o criado de Malyn, estava mais baixo na escala social. Um terceiro caso é uma ilustração sobre este ponto. Não é típico; os registos da litigiosidade do condado não contêm nada como isto. Mas, sendo impossível generalizar a partir dele, as suas implicações são sugestivas. Mostra a que ponto a intimidação pode ser levada quando o intimidador é um nobre, e há nela um sabor de Idade Média.

Um lavrador de aldeia, de nome Jones, recusou emprestar dinheiro a um filho de *Lord* Stafford de Thornbury. O jovem Stafford, em consequência, votou-lhe "um especial ressentimento e desprazer"; satisfez estes sentimentos, mandando alguns homens roubar o gado de Jones e levá-lo para o Castelo de Thornbury, "pensando pela grandeza do nascimento e cor e pretensão de alguma autoridade do dito seu pai, oprimir e fazer injustiça ao referido sujeito, [sendo este] apenas de poucos recursos e poder para se opor à sua violência ultrajante". Jones foi ao castelo reclamar a sua propriedade. Foi admitido, mas apenas para ser batido, roubado do seu dinheiro e relógio, lançado num cárcere e, em geral, tratado como "dificilmente os

turcos usam tratar com os seus forçados às galés". Finalmente escapou e andou escondido dos seus perseguidores; o gado, entretanto, foi morto ou vendido. Este procedimento "moveu toda a dita região a admiração e grande medo", porque o jovem Stafford se justificou com a pretensão de que Jones e os outros "eram servos do dito *Lord* Stafford e ligados a ele por subenfiteuse do seu senhorio de Thornbury (para intolerável desgraça, infâmia e prejuízo do referido sujeito)." Era realmente uma pretensão clamorosa. A servidão tinha sobrevivido mais tempo no Gloucestershire do que na maioria das partes em Inglaterra, mas mesmo aí havia sido extinta em 1574. A data da asserção de Stafford foi aproximadamente 1602, e o seu efeito sobre a gente rural sugere que esta precisou de, pelo menos, uma geração para se dar plenamente conta de que a servidão fora extinta[48].

E basta, sobre a violência como causa e efeito da litigiosidade. Era inquestionavelmente um factor importante; mas era apenas um entre muitos, e não se lhe deverá dar demasiado relevo. Ela pode ser melhor perspectivada considerando, em seguida, um campo de relações pessoais em que a litigiosidade era endémica, no qual as emoções por vezes se elevavam como um ataque de febre, mas em cujo âmbito a violência tinha papel diminuto. Este campo é a família.

A grande maioria dos processos intrafamiliares provêm de disputas sobre o casamento. Há numerosos casos de outras espécies: pais que se intrometem nos litígios dos filhos, um tonto enganado pelo cunhado, um esbanjador que passa a viver de uma renda em vez de dilapidar a herança. Mas uma nota de rodapé deve ser suficiente para esta miscelânea. As acções sobre casamento são as mais esclarecedoras bem como as mais numerosas, e a discussão será confinada a elas.[49]

Uma questão interessante se põe desde logo. Como era vista esta litigiosidade pela opinião pública? Era estigmatizada como más maneiras ou tolerada como pura questão de negócio? A grande quantidade de casos sugerirá que lhes não era aposto grande estigma social, mas as provas específicas são poucas. Só há um caso que toca directamente no ponto. É obviamente insuficiente para responder à questão, mas é sugestivo. Um jovem descobriu, não muito tempo

depois do casamento, que o pai não ia cumprir o contrato feito com o pai de sua mulher, o qual, ao tempo, havia morrido. O jovem esposo não desejava processar o próprio pai, por causa da "má opinião que poderia ser concebida sobre a incorrecção e a desobediência relativamente ao pai do sobredito sujeito, de intentar e prosseguir qualquer acção contra ele em seu próprio nome". Arranjou-se por isso para que a sogra pusesse a acção em seu nome, como administradora do defunto marido. O que ela fez, pagando o jovem esposo os custos. A acção foi abandonada, tendo ele descoberto que o pai chegara a acordo com a sogra para pôr fim ao processo. Pôs então de parte os escrúpulos e apresentou a acção contra o pai e a sogra por conluio[50].

Um contrato de casamento era matéria da mais alta importância. Ocasionalmente, era discutido pelas próprias partes, se haviam atingido a idade da discrição; mas era com mais frequência assunto para os pais ou para amigos da família. Casamentos de conveniência eram mais a regra que a excepção, e as dificuldades residiam em determinar os critérios de conveniência. Esta era uma questão de grande susceptibilidade para os pais de uma filha casadoira. Em primeiro lugar, cabia-lhes encontrar um marido, se nenhum aparecesse de sua livre vontade; podiam ser incapazes de o fazer eles próprios, e ser levados então a recorrer a amigos que lhes fizessem sugestões [51]. Uma vez escolhido o marido e tendo este aceite, os termos da negociação eram discutidos com os pais. Estes podiam oferecer, como participação matrimonial do filho, terras relativamente às quais não possuíssem um título claro; era, pois, sensato, mandar examinar os respectivos documentos por um advogado, antes de o contrato ser assinado[52]. Mesmo então, a negociação podia ser cancelada no último minuto. Ou se o casamento se realizasse, os termos do acordo podiam ser violados e, assim, o casamento desfeito. A natureza destas dificuldades e perigos pode ser bem ilustrada pela história de um proprietário que se casa na *gentry*.

As personagens centrais são o lavrador, Milles, a rapariga, Rose Badger, e o cunhado da rapariga, William Brode. As condições do contrato eram de que Rose devia ter um dote de 200 libras e Milles fornecer, como bens dotais, terras no valor de 50 libras por ano.

Quando o compromisso se fez, Milles "não parecia interessado em avançar com ele, desejando adiar um ano para ver se a afeição dela por ele continuaria firme e constante." Algum tempo antes da data do casamento, perguntou a Brode "se ela (a dita Rose) não havia sido persuadida pelos amigos a casar com ele...; se a mostra de afeição para com ele não derivava da persuasão dos amigos e não dela própria..." Brode evitou responder e acusou Milles de ser " um galanteador frio, não tendo enviado nenhum presente à dita Rose durante todo o tempo em que foi seu pretendente." Ao que Milles lhe deu uma moeda de ouro de 20 xelins para entregar à noiva.

Mas o "galanteador frio" tinha razões mais substanciais para a sua hesitação. No dia do casamento, "no mesmo instante em que o dito casamento era solenizado e os amigos de ambos os lados e o pároco estavam prontos a avançar para a igreja", o noivo recusou-se a continuar com a cerimónia, a menos que obtivesse garantias de receber o dote da mulher. Insistiu que Brode lhe devia dar, ali e naquele instante, uma garantia de 500 libras pelo pagamento de 200. Brode deu-a e o casamento fez-se. Mas o matrimónio iniciado sob tais auspícios não durou um mês. Milles queixou-se de que Rose se encontrava grávida e recusou-se a cumprir a sua parte do contrato. Ela voltou para casa do pai, retaliou com a acusação de que o marido era impotente e apresentou queixa para obter a anulação do casamento[53]. É impossível dizer que este casamento foi destruído por causa de dificuldades com o contrato de casamento, mas esta é a principal conclusão dos termos do testemunho.

O contrato de casamento não é a única fonte de litigiosidade. Outro grupo de casos, de ainda maior interesse social, tem como foco o matrimónio: procura realizá-lo, tenta evitá-lo, busca depois anulá-lo. Estes casos são heterogéneos e têm pouca coisa em comum, para além do facto de a maior parte ser apresentada à *Star Chamber*[54]. Só podem ser aqui debatidos graças à referência àqueles que merecem maior atenção; foram seleccionados três, dos quais nos vamos ocupar.

O primeiro é o caso de um lavrador que andava cortejando uma viúva. Desconfiado dos seus próprios encantos, recrutou alguns vizinhos para ajudar. A cada um deu uma declaração de dívida de 15

libras ou mais, pagáveis se conseguissem fazer o casamento. Estes nada fizeram a não ser presenteá-lo com um filtro afrodisíaco tido como de grande eficácia. Ele declinou a oferta mas dissimulou-a, para se proteger da "desonra e troça de quantos viessem a saber disso", entre os quais temia particularmente estivesse a sua dama. Os detentores das declarações de dívida não foram pecos em capitalizar tantos receios. Pediram juros, embora a condição posta não tivesse sido cumprida; ele pagou para os manter calados. Foram-no chupando profusamente, como merecia, até que ele apresentou o assunto a tribunal[55].

O segundo caso tem a ver com as tentativas feitas para evitar que uma viúva voltasse a casar. Margaret Baugh decidira casar com John Burrough, propósito que a filha desaprovava cordialmente: Burrough só queria o dinheiro da mãe que, de outra forma, ficaria para a filha. Esta fez quanto pôde para evitar o casamento, tendo inclusive trancado a mãe, forçando-a a assinar documentos. A viúva acabou por ficar impressionada com a sua veemência e mandou um criado investigar o passado de Burrough. Boatos foram pintados em cores lúgubres. Tinha sido "um homem desnorteado na sua juventude" mas isso não era nem metade. "Ela que tome cuidado com o que faz, porque ele não é forma para o seu pé. Pois ele andou a tratar-se de sífilis até ao pescoço e por isso [eu] desejaria que ela se benzesse contra as más companhias." A viúva desistiu dos seus planos, "e agradeceu a Deus ter sido liberta da armadilha." Mas Burrough devia ter encantos muito próprios, pois ela mudou outra vez de opinião. O casamento fez-se e a filha foi levada a explicar a sua conduta perante o tribunal[56].

O terceiro caso é uma confusão de acções provenientes de um casamento ilegal. Vemo-lo primeiro através dos olhos de um *justice of peace* que concedeu a licença. Um homem de nome Wade veio ter com ele acompanhado de uma rapariga, Mary Dyer; pediram uma licença e ele mandou passá-la a um dos seus escrivãos. Devia ser levada ao chanceler da diocese, cuja aprovação e selo eram requeridos para que se tornasse válida. A licença incluía uma cláusula segundo a qual o casamento só se poderia fazer se parecesse ao membro do clero que o casal estava em idade legal, que tinha o con-

sentimento dos pais e que não havia impedimento legal. Wade, de acordo com a lei, deu uma garantia de 100 libras, que incluía confirmação de que não existia tal impedimento. O juiz pensou seguramente que ele se queria proteger por um procedimento de rotina e deve ter ficado surpreendido ao ver-se citado perante a *Star Chamber*.

Porque havia suficientes impedimentos legais para obstar peremptoriamente ao casamento. A noiva tinha menos de catorze anos, era prima direita do noivo e havia sido forçada a casar pela maior coacção. Mas deixemos a mãe desta contar a história: Wade, era um criado pobre de sua casa, havendo entre eles "alguns laços de família" (era suposto ser seu sobrinho, embora pudesse ser ilegítimo). Tinha-se convencido de que casaria na família. Mas quando ela o recusou, fez ameaças de suicídio e assustou-a a ponto de se querer ver livre dele. Como afirmava estar doente, enviou com ele a sua jovem filha para lhe levar as coisas até casa de sua mãe. Ele e a mãe raptaram a rapariga. Ele tentou seduzi-la e ameaçou-a de que, se não casasse, seria chamada perante o chanceler por viver pecaminosamente com ele. "Seria fustigada pela manhã sobre um carro que andaria pelas ruas da dita cidade de Gloucester e tam-bém seria amarrada ao pelourinho envolvida num lençol à hora do mercado". A criança finalmente cedeu. O par obteve a licença e foi casado por um ministro do culto "simples e sem letras".

A senhora Dyer queixou-se às autoridades eclesiásticas. O ministro foi excomungado, juntamente com outros envolvidos. Pôs uma acção, através de um procurador, na *Court of High Commission*, presumivelmente para obter a anulação do casamento. O procurador levou-lhe 20 libras por continuar a acção, mas recebeu dinheiro de Wade para a deixar cair; com estes fundos, desapareceu. A escarmentada viúva apelou então para *Star Chamber*[57].

Estes exemplos de dificuldades maritais conduzem naturalmente à categoria final de acções a considerar: aquelas que têm a ver com a igreja. Estas surgem sob várias rubricas, mas o maior número pode ser posto de parte por várias razões. O estudo da litigiosidade nos tribunais da igreja tem, em geral, poucos resultados, devido à natureza dos registos. Litígios acerca de *recusants* e não-conformis-

tas surgiam ocasionalmente perante os tribunais civis; os casos são interessantes, mas demasiado poucos e díspares para ser discutidos em grupo. Resta uma colecção de acções que têm como foco o pároco rural e a ela será confinada a discussão.

A posição do pároco na comunidade era de influência, mas isso tornava-o particularmente vulnerável ao desagrado dos seus paroquianos. "Quanto ao meu vizinho [o pároco], mantenho que não tenho inimigo como ele... Para vos falar sem rodeios, tenho-o mais por um Maquiavel que por um político; e contudo ele é tido geralmente pelo maior político do Gloucestershire e encobre as suas secretas acções traiçoeiras *sub pretextu pietatis, de quo plus postea.*"[58] Uma pessoa desta espécie, e havia quantidade delas no condado, tinha óptimas hipóteses de entrar em conflito com os seus paroquianos.

O caso mais óbvio de fricção era o dízimo. A natureza do dízimo era tão confusa como a do regime de posse da terra, e a confusão dava azo a quase tantas acções como ele. O pároco estava envolvido nelas, onde quer que ainda mantivesse a sua reivindicação ao dízimo. Enquanto alguns párocos se recusavam a recorrer à lei contra as suas ovelhas, o pároco normal parece ter sido febril na recolha de todo o tostão ou porco ou ovo ou galinha que lhe fossem devidos[59]. Os paroquianos frequentemente optavam por se eximir ao pagamento. Às vezes recorriam a habilidades; outras, punham em questão a legalidade da reivindicação do pároco; outras ainda, recusavam-se pura e simplesmente a pagar. Qualquer uma destas atitudes podia dar origem a uma acção no tribunal eclesiástico ou civil. Ou podia produzir palavras iradas e pancadas, o que por seu turno iria induzir um processo. Um exemplo pode indicar como isto funcionava.

Henry Baynham, o novo pároco de Frampton Cotterel, considerava que tinha direito a um dízimo de trigo por parte do seu vizinho, Mathew Buck. Este último afirmou que havia sido comutado por costume para o pagamento anual de 2 xelins e 8 dinheiros; foi pagando em espécies, mas "mais por cortesia que de direito". As relações entre os dois homens eram tensas. Por fim, o pároco jantou com Buck, aparentemente numa tentativa mal sucedida de reconciliação. De acordo com a história de Buck, o pároco ficou bêbado e tornou-se incorrecto durante o jantar, tendo que ser ajudado a re-

gressar a casa. No caminho, proferiu injúrias contra Buck, "dizendo que era melhor que o sr. Buck, e tinha mais prazer à sua própria mesa; e desdenhou das vitualhas do sr. Buck." Neste momento Buck apareceu por acaso, ignorou o que ouvira e replicou: "Dizes bem, Reitor. Vamos, fumemos juntos o nosso cachimbo de tabaco..." Este respondeu: "Não quero saber de ti nem do teu tabaco!" E rematou insultando Buck e recusando dar-lhe a direita. O resultado foi uma batalha campal, durante a qual Buck ou um dos seus criados deu uma pancada numa orelha do pároco. Desta maneira se desenvolveu, de alguns alqueires de trigo, um processo na *Star Chamber*[60].

Outra fonte abundante de agitação eram os sermões do pároco. Se havia ovelhas negras na paróquia, era seu dever torná-las pelo menos cinzentas. Quando a persuasão falhava, a última arma residia em denunciá-las, do cimo do púlpito. O que era perigoso, porque as ovelhas negras daquele tempo tinham formas de retaliar. O método mais óbvio era o de responder à denúncia com a calúnia ou o libelo difamatório.

"É geralmente afirmado em Oxford e aqui

Que papista e frade é o sr. Knollis ....

Um pároco resmoneador é o que o nosso reitor é ,

E por vias escusas obteve o seu ofício."[61]

Palavras destas, como se pode esperar, eram muitas vezes insuficientes para dar satisfação à fúria do homem rural. Quando o pároco era ele próprio capaz de violência, não é de estranhar que a sotaina não o protegesse de uma retaliação em espécie; a mansidão era uma bem-aventurança quase desconhecida. Uma briga iria levar à calúnia, a calúnia às pancadas e as pancadas ao tribunal. A melhor ilustração é o escandaloso caso Barnsley.

O pároco havia denunciado do púlpito certo número de paroquianos. Um deles retaliou, chamando à mulher do pároco filha de carvoeiro. Esta ripostou mandando dar-lhe uma rotunda sova por alguns familiares, procedimento que o pároco assumiu: "A esposa, sendo uma jovem senhora e dama de bom nascimento, não podia fazer menos do que fez, tendo em conta a sua reputação e crédito."

Foi deitar óleo no fogo, e a rixa de aldeia lançava chispas vigorosas. Os inimigos do pároco denunciaram-no com apuro rabelesiano. Chamaram-lhe entre outras coisas louco, burro, parvo, velhaco, cão negro; um tipo sem vergonha, vil como a mulher; um caluniador iníquo, um horrível mentiroso, um escravo impudente e desprezível; um fariseu orgulhoso e um idiota desonesto; um sujeito imbecil, de cabeça oca; um banal pregador de doutrina sediciosa, um ordinário andando de casa em casa para semear a discórdia entre os homens e suas mulheres, um vulgar brigão infringindo a paz de Sua Majestade. A resposta do pároco não ficou registada, mas parece ter sido suficientemente colorida para enfurecer o outro lado muito para além do simples palavreado. Um grupo de homens pôs-se de emboscada na rua, "e rasgaram e arrancaram a batina das costas do sobredito [sujeito], e à força e com grande barbaridade empurraram, arrastaram e atiraram o dito sujeito rua abaixo e rua acima, e através do lixo e do lodo, e impeliram e atiraram o dito sujeito pelos mesmos modos para um esgoto muito imundo e repugnante." E aqui temos a nossa derradeira visão deste membro da igreja militante[62].

Párocos desta espécie tinham tanta hipótese de entrar em conflito uns com os outros como com os vizinhos. Dois homens podiam reclamar a mesma paróquia, e lutar então nas ruas e nos tribunais de maneira muito semelhante à que Smyth e os seus oponentes usavam para disputar o domínio de Wooton[63]. Um pároco podia ser demitido pelas autoridades eclesiásticas, e barricar-se no presbitério contra o seu sucessor legalmente designado[64]. Estes reitores eram homens do seu tempo; que a sua vocação os tenha tornado mais pacíficos do que os seus vizinhos, é coisa de que não nos ficaram provas. O sangue era neles mais espesso que o tecido da batina, um sangue efervescente no que diz respeito à ira e à violência.

Tal rápida visão do pároco de aldeia bem pode encerrar a investigação. Esta levantou algumas questões sobre a litigiosidade e a algumas deu resposta. Mas isso é incidental relativamente ao seu objectivo, que era o de fazer reviver gente desaparecida há três séculos. Estas pessoas só deixaram de si escassas informações; para os nossos critérios eram um punhado de gente lacónica. Mas porque gostavam de recorrer à lei, tinham de dizer ao advogado e ao juiz al-

go sobre a sua própria natureza, e estas revelações secretas foram arrumadas nas prateleiras dos arquivos dos tribunais. Os depoimentos na *Chancery* ou na *Star Chamber*, se lidos na sua totalidade, seriam mais reveladores que todas as fontes impressas para este período. Homens e mulheres são vistos como eram, referindo as suas preocupações, rancores e chicanas, exprimindo-se quase como falavam, surgindo vivos através do inglês convencional dos advogados. Mas nenhum leitor ou grupo de leitores pode, durante a vida, chegar a conhecer toda esta gente através dos seus testemunhos; o seu número é grande demais. Têm por isso que ser agrupados em amostras, definidas de alguma forma. A amostra de um condado não parece ter sido tentada antes, e os resultados são aliciantes: de centenas de páginas poeirentas, uma comunidade rural emerge e ganha corpo. À sua pequena escala, esta comunidade estava a ajudar a moldar a nossa herança moderna do direito inglês. Porque a história e porque o direito, como parte dela, foram feitos tanto por homens esquecidos como por homens famosos, e este povo brigão das margens do Severn foi elemento do tecido da História inglesa.

NOTAS

County ou condado é a divisão territorial da Grã-Bretanha constituindo uma unidade principal sob diversos aspectos: não apenas o administrativo mas também o aspecto judicial e o do governo regional *(N.T.)*.

(1) As vantagens e as desvantagens de tal restrição têm de ser mencionadas de início. A principal vantagem é o facto de permitir uma pesquisa exaustiva. Com certas excepções menores, examinei todos os registos do condado entre 1590 e 1642; o debate é, pois, baseado num exame completo de um campo de pesquisa estreito. As desvantagens são óbvias. Uma descrição de casos tende a ser anedótica e raramente conduz a conclusões gerais. As pessoas que surgem destes registos são vívidas; mas são em geral desconexas, agindo de diferentes modos, em tempos e lugares diferentes, por motivos que raramente podem ser completamente apreendidos. O seu testemunho é *ex parte*, e a sua palavra nem sempre é de confiança. A tendência a agrupar os casos e a parecer omnisciente acerca deles deve ser firmemente rechaçada.

(2) Esta distância remota está bem ilustrada pela carta de um londrino exilado no condado em 1600, endereçada a um amigo na capital. "Se eu ficar aqui longo tempo desta maneira, no meu regresso penso que me achareis tão aborrecido que poderei ser tomado por Meretíssimo Silêncio ou Meretíssimo Estultícia. Pelo que eu pretendo fazer-vos instante pedido de vos apiedardes de mim e, à medida que os acontecimentos forem ocorrendo, me enviardes de tempos a tempos notícias das coisas que se passam; o conhecimento das quais ainda que eventualmente me não isentem em Londres de ser Meretíssimo Estultícia, me farão passar, asseguro-vos, em Gloucestershire por um suficiente *gentleman*. E se eu nem sempre vos responder, peço-vos mesmo assim que não desistais de tal caridosa ocupação, sendo o lugar tão frutuoso de onde vós escreveis e aqui tão estéril que me fará doer a cabeça em busca de invenção... Nem convirá hesitar no envio de notícias tendo em conta o serem entediantes devido à sua familiaridade, pois eu vos garanto que aqui elas serão muito novas." S.P. [State papers, domestic series] 12/275/146.

As *Quarter Sessions* eram um antigo tribunal local inglês reunindo trimestralmente os *justices of peace* e dispondo de jurisdição limitada, sobretudo criminal. A mansão senhorial era a sede do *manor*, representando um domínio sobre o qual o *lord* ou senhor tinha uma série de direitos na Idade Média, inclusive a de administrar justiça (N.T.).

(3) Omiti dois grandes grupos de casos. Um é o que resulta de disputas sobre negócios, especialmente no comércio da lã; estas pertencem mais à história económica do que à história social. O segundo são casos-crime de rotina, dos quais os registos não são suficientemente esclarecedores para valer a pena a discussão.

(4) A distinção medieval entre os tribunais *baron, customary* e *leet* tinha sido já obliterada na prática, neste período; a antiga *court of the hundred*, que só sobreviveu onde se encontrava em mãos privadas, tinha-se fundido com este tribunal senhorial compósito. Enquanto os juristas ainda distinguiam os seus aspectos com cuidado meticuloso, a distinção prática era insignificante. Cf. ANON., *Order of Keeping a Court Leet & Court Baron* (facsimile de 1650 ed. Manorial Soc. 1914)

5ff.; 1 HOLDSWORTH, *A History of English Law* (922) 134-138, 182; 4 *id,* (924) 128-130; WEBB AND WEBB. *The Manor and the Borouqh*, 1, (1908) 50.

(5) De uma carta a um mordomo de um *manor*, insistindo com ele, ou para fazer julgar uns quantos perturbadores da ordem pelo tribunal senhorial, ou para "entregá--los à misericórdia das *Sessions*." G.P.L. [Gloucester Public Library] ms. 16,532, 20v.

(6) A jurisdição criminal do tribunal abarcava todos os crimes capitais excepto a traição, mas os juízes em muitos condados preferiam reservar tais casos para os juízes de *Assize*. Noutros não, e não encontrei explicação para esta disparidade. Na sua capacidade administrativa, os juízes lidavam com um leque de problemas tão vasto, como o *Privy Council* relativamente ao todo nacional. Eles consideravam petições de habitantes agravados; lidavam com a bastardia, mais no plano económico que no sentido moral; supervisavam o sistema do aprendizado; emitiam licenças para locandas de cerveja e controlavam o fornecimento de bebidas; suprimiam jogos ilegais, e compeliam à frequência da igreja.

(7) O governo procurou várias vezes delimitar a jurisdição civil do *Council* da dos tribunais de direito comum. Em 1609, por exemplo, foi-lhe dada competência para julgar dívidas e outras acções pessoais envolvendo menos de 40 libras, desde que não dissessem respeito a títulos de propriedade ou bens móveis. A mesma cláusula foi aplicada a casos envolvendo maior quantia, e mais duas condições foram acrescidas: a de que a pobreza do queixoso fosse formalmente certificada perante o Council pelo menos por dois *justices of peace* e a de que "o dito *Council* não aumente nenhuma das espécies de demandas já referidas, especialmente as que respeitam terras, foros e heranças". G.P.L. ms. JF 6.4; para uma mais completa discussão sobre a origem e competência do Council, cf. SKEEL, *The Council in the Marches of Wales* (1904) 90-93.

A jurisdição do *Council* sobre os condados de fronteira foi discutida desde 1604. A disputa continuou até 1641, como escaramuça menor na batalha entre *equity* e *common law*. O *Council* foi atacado pelos tribunais de direito comum e pelos advogados, com protecção considerável por parte da Câmara dos Comuns. Foi defendido não apenas pela coroa mas também por uma larga faixa de opinião pública.

Apesar de a sua autoridade ser questionável e a sua justiça frequentemente descuidada, tratava-se de um tribunal mais próximo, mais barato e mais expedito do que os de Westminster. Cf. SKEEL, nota 4 *op. cit*. 133-41, 145, 160, 167-68; 1 HOLDSWORTH, nota 4 *op. cit*. 510-512.

(8) HOLDSWORTH, *op. cit*. 231-42; THOMPSON "The Development of the Anglo-American Judicial System" (1931) *Cornell L.Q*. 9, 35-36. Os registos dos dois outros tribunais de direito comum, o *King's Bench* e *Common Pleas* são de valor insignificante.

(9) Citado por BARBOUR, "The History of Contract in Early English Equity" *in Oxford Studies in Social and Legal History*, 4 (1914) 78. Os outros tribunais supremos de jurisdição própria, que omiti pelo facto de os seus registos não serem de grande valor, são a *Court of Requests* e a eclesiástica *Court of High Commission*. Para um sumário conciso destes tribunais e da origem e jurisdição do Chancery, cf. THOMPSON, *op. cit*. 206-229, 245-47, 401-2.

[10] A popularidade do tribunal neste período é atestada pela prática de pretextar um motim ou uma assuada, por forma a apresentar perante a *Star Chamber* uma acção que, normalmente, estaria fora da sua jurisdição. Para uma descrição do tribunal, cf. THOMPSON, nota 8, *op. cit.* 229-44.

[11] Um exemplo de mandato é o caso do responsável pelo arquivo do tribunal diocesano de Gloucester. Em 1590 queixou-se ao *Council* de que o chanceler diocesano o havia demitido injustamente, e o arruinaria antes que lhe fosse possível repor o direito através dos tribunais. O *Council* advertiu o chanceler a não prosseguir com a decisão, e estigmatizou a sua conduta como "muito desrazoada e contrária a todo o direito e equidade, e não admissível em nenhum homem, muito menos num com as suas funções e renome". DASENT, *Acts of the Privy Council*, Eliz., xx, 286-87; o caso foi mais tarde apresentado ao *Chancery*, C/ [ms. records of the court of chancery] 24/222, Blackleeche *respons.* v. Jones. (Os registos dos tribunais de Londres estão preservados no *Public Record Office*; ao citá-los, usei o sistema de referência desta instituição).

Discutirei mais tarde a intervenção de funcionários locais. Um exemplo de persuasão informal é o caso de um homem de Gloucester que se havia queixado de que Lord Berkeley tinha ficado com uma sua terra, e de que não ousava apresentar queixa por causa da "qualidade e prestígio" de Berkeley. O *Council* escreveu a Berkeley, explicando que uma questão de terras estava fora da sua esfera, mas insistindo com ele (com humildade notória) no sentido de apresentar o caso à arbitragem. DASENT, *op. cit.*, Eliz, xxiv, 314-15.

[12] Um exemplo disto é um desaguisado entre Lord Berkeley e Sir Thomas Throck Morton.

"As acções surgidas entre eles eram muitas e conjuntamente na maioria dos tribunais da Rainha, de forma que a *Star Chamber* na 22ª e 23ª [sessões do reinado] de Elizabeth estava ao mesmo tempo em posse de 13 diferentes declarações, o *King's Bench* [*sic*] e *Common Pleas* de 12, e a *Chancery* tinha também a sua parte. Julgamentos por júri... foram mais que muitos; queixas por tumultos e assuadas em diferentes *Assizes* e *Quarter Sessions*... quase inumeráveis." SMYTH, *The Berkeley Manuscripts* 2 (1883-85) 310.

[13] *St. Ch.* [Ms. records of the Court of Star Chamber] 5/C/31/3.

[14] Um caso do *Exchequer* é ilustrativo. O julgamento foi adiado muitas vezes, quer porque uma ou outra parte não estava pronta quer porque o júri local não aparecia. De cada vez, o réu trouxe as suas testemunhas do Gloucestershire para Londres, pagou ao advogado e preparou a defesa; de cada vez, viu os seus esforços desfeiteados. Quando o julgamento realmente se realizou, foi apanhado de surpresa; tinha negligenciado as suas preparações habituais e percebeu o erro tarde demais. "O principal entre os seus advogados estava retido por outras causas e não pôde assistir ao julgamento naquele dia. Pelo que foi contratado novo advogado, o qual, devido à falta de tempo, não pôde ser devidamente instruído e informado da dita causa." E [Ms. records of the Court of Exchequer] 134/8 Jas. I/E/33a.

[15] G.P.L. ms. RF 354.23, 32. Há uma sugestão de compra de demandas nesta citação. Encontrei poucas provas de que se tratava de uma prática comum, e só deparei com um caso em que havia uma forte sugestão de negócio de compra de demanda: St. Ch. 5/B/97/31.

Trata-se de um termo actual de gíria ligada à prática jurídica, designando firmas de advogados que se dedicam a angariar, por meios deontologicamente menos correctos, causas decorrentes de acidentes de viação (N.T.).

(16) O palco favorito para tais casos, no Gloucestershire, era o *Council of Wales*. O custo da acção era menor do que em Londres e os resultados quase tão eficazes. Se o perturbador da ordem era pobre, podia atingir os seus fins fornecendo informação ao procurador do rei; era então a coroa a pôr a acção, e o "*relator*" ou denunciante receberia a sua parte da multa que, eventualmente, viesse a ser imposta. "Os denunciantes são aí favorecidos entre todos os homens, porque se sabe que graças a eles o tribunal continua em funcionamento. Elimine os denunciantes, o tribunal já não terá acções." G.P.L. ms. 354.23, 29.

(17) Outro objectivo, comum a todas as classes, era a satisfação da maldade. Um homem pobre podia dar forma ao seu despeito fazendo denúncias perante o *Council of Wales*, como aquele rústico pouco popular que "ameaçava os vizinhos de Arlingham de que, já que não gostavam dele, faria com que o odiassem por alguma razão"; o seu maior feito foi o de pôr toda a aldeia arguida pela coroa a propósito dos baldios. (G.P.L. ms. 16,533, 95.) Uma pessoa de meios atingiria o mesmo fim, num âmbito mais vasto, fornecendo informações, a partir das quais o procurador-geral podia apresentar uma acção na *Star Chamber*. Para exemplo como actuavam tais denunciantes, cf. HISTORICAL MSS. COMMISSION, 12 *Cecil Mss* 45-46; HAWARDE, *Les Reportes del Cases in Camera Stellata* (1894) 234--35, 242, 331-32.

(18) Cf. G.P.L. ms. RX 354.27.

(19) Quando alguém tinha, por exemplo, um julgamento nas *Gloucester Assizes*, o seu opositor apresentava o caso à *Chancery* com o mero objectivo de, por mandato ou qualquer outra medida dilatória, derrogar ou impedir o julgamento do meu primo no tribunal de direito comum..." Requeria-se, pois, que o tribunal deixasse o caso inteiramente às *Assizes* ou, pelo menos, permitisse que o julgamento se fizesse. (Harleian ms. 6995, 173.). Uma tal transferência de um tribunal de direito comum para um de equidade tinha como efeito eliminar a intervenção do júri, o que, só por si, podia ser decisivo. Quando um senhor, por exemplo, acusou os seus rendeiros em 1627, pediu ao *Chancellor* que assumisse a jurisdição, pois se tratava de "uma causa popular, na qual um júri do campo se inclinará a favorecer com parcialidade os rendeiros contra o senhor." G.P.L. ms. RZ 152.1. l0.

(20) Um dos mestres desta técnica era John Smyth, de Nibley. Era advogado, mordomo de uma mansão senhorial e *gentleman* rural ao mesmo tempo, e a sua atitude como litigante é de especial interesse. Na prática, era um dos homens mais litigiosos do condado, e um dos que melhor adregavam ganhar dinheiro com isso. Em teoria, deplorava o recurso ao direito e censurava "a malícia do campo e a inveja que impera neste tempo entre a gente mais baixa. Eles recorrem a *Westminster Hall* (a nossa arena de desforra) a propósito de qualquer pobre acção e ocasião, fazendo aí furor as guerras civis dos meus dias, gastando mais riqueza e tempo que a desunião das casas de York e Lancaster..., uma das principais causas por que os meus vizinhos ficam mais pobres com mais, enquanto seus pais enriqueciam com menos." SMYTH, 1, *op. cit.* nota 12, 242.

(21) G.P.L. ms. 16,529, 67-68. O inimigo era John Smyth; a maioria dos mss. G.P.L. citados é constituída por papéis privados seus.

[22] Uma certa Margaret Sparry tinha uma terra cobiçada por um *gentleman*. Este chamou-a, deu-lhe uma bebida, e pediu-lhe então que assinasse um papel. Quando ela lhe perguntou que era, replicou-lhe simplesmente "Nada de mal, tiazinha". Ela então defendeu-se, afirmando estar muito entrevada para pegar na caneta, mas "ele tomou-lhe a mão na sua e, dirigindo tanto a mão como a caneta, fez lá uma marca, e imediatamente repetiu o mesmo escrito, e deu à mesma Margaret 2 xelins". Ela pensou que lhe tinha passado procuração de advogado, mas verificou-se que lhe entregara a sua terra. Daí em diante, viveu pobremente.

[23] C 21/G/32/17. C 21/F/5/6.

[24] Este é o único caso que encontrei em que a ética (ou, possivelmente, a prudência) triunfa sobre a tentação. John Smyth atesta que certos documentos que eram essenciais para a sua acção lhe foram oferecidos pelo sobrinho do seu opositor. Interrogou o jovem, e quando percebeu que "ele intentava secretamente retirá-los de um cofre na dita casa de sua mãe, com a ajuda de uma criada que aí vivia, examinado isto resolveu entrar legalmente na posse do dito documento forjado em vez de abrir caminho a tão suspeitosa forma de o obter. E assim, recusando pagar um só *penny*, se despediram e separaram." G.P.L. ms. 16,529, 59.

[25] Críticas como esta, de John Smyth: "Clientes, testemunhas, jurados, conselho e juízes são homens e não anjos,... nem será de outra maneira, enquanto os homens forem homens... Qualquer homem pode inocentemente decair em juízo por causa da lei: como por ignorância ou maldade; pelo seu advogado ou conselheiro; por prática ou combinação do adversário; por perjúrio das testemunhas; por documentos forjados; por suborno ou corrupção das testemunhas, jurados ou funcionários judiciais; por afeição, inclinação, ou corrupção do juiz; e por muitos outros e sombrios desvios..." SMYTH, *.op. cit.*, 2 312. Não há nada neste catálogo que pareça pouco familiar hoje em dia.

[26] Quando Henry, Lord Berkeley, foi feito *Justice of peace*, elevou o seu criado "a igual autoridade com ele, pelo que a sua própria inaptidão era menos perceptível, e os negócios da terra não eram menos bem resolvidos." SMYTH, *op. cit.*, 2, nota 12, 287; para outras referências a advogados rurais *cf. id.* 310-11,333, 343, 349, 355, 371. Os registos de Smyth sobre as despesas como mordomo de Lord Berkeley também têm alguns passos esclarecedores: uma "recompensa" de 20 xelins a um solicitador "para encontrar a nossa subenfiteuse de Cromhall, no gabinete de seu pai, por estar no Castelo de Berkeley ao serviço do cavaleiro"; uma quantia de 4 libras 11 xelins e 6 dinheiros por "encargos em diversos momentos...por negociações com os homens de Bitton, por presidir a *leets* e *halimotes*, por fazer buscas de documentação para Severn, etc.,... e como recompensa sobre o *common* em New Ham, etc., e por informações." G.P.L. ms. 16,525, 32 (3), 35.

[27] Um solicitador do Gloucestershire foi citado perante *Star Chamber* sob acusação de negociar com as testemunhas numa acção em *Common Pleas*. Foi acusado de dizer a testemunhas da parte contrária que não fossem a Londres, onde se realizaria o julgamento, e de subornar uma delas para dar uma "informação inócua" contra o seu cliente; de fabricar histórias para as suas próprias testemunhas dizerem, e de lhes emprestar dinheiro; de comentar, durante o testemunho, "Isto vai bem!" Negou todas as acusações, e apenas admitiu que, em Londres, "algumas das ditas testemunhas, reunindo-se em lugar onde estavam o seu cliente e outros, realmente beberam juntos, sendo eles vizinhos do seu cliente." St.Ch. 5/W/11/1 e 5/W/15/35.

Tendo em vista a preocupação geral hoje existente em evitar o exercício ilegal da advocacia por sociedades, notários e semelhantes, a seguinte decisão de *Star Chamber* tem um interesse especial. Um advogado foi absolvido em 1605, mas censurado "por interferir ao solicitar ou seguir qualquer causa em qualquer tribunal para além daqueles em que é advogado. Porque nenhum homem pode ser um solicitador geral e a lei não reconhece o direito de interferir em negócios jurídicos a quem não seja *homo consiliarius* e *in lege peritus*... e devem fazê-lo pelo seu salário. Nem podem desembolsar dinheiro para pagamentos e cópias que não sejam das suas próprias causas... Contudo, se alguém escreve a um advogado para se informar ou para receber conselho ou lhe entregar um processo, isto é tão comum e necessário para os pobres do país que, posto que seja uma ofensa contra a lei, contudo este tribunal não o condenará." HAWARDE, *op. cit.* nota 17, 331-32.

[28] G.P.L. ms. 16,531, 69.

[29] C 21/G/32/17. Mesmo John Smyth não era um litigante à prova de cansaço. "Sei do sr. Wyn," escreve, "que o seu propósito com a acção contra mim, é o de que eu pague em conformidade... Não suportarei uma acção mas porei à sua disposição as 600 libras como paga apropriada." G.P.L. ms. 16,528, 24.

[30] C 21/M/11/11. Esta forma de litigar amigavelmente não é, naturalmente, novidade. Para exemplos datados do séc. XV, cf. BARBOUR, *op. cit.* nota 9, 142.

[31] " Se apresentar o caso em debate ao tribunal, estarei pronto a responder. Se considerar melhor fazer debatê-la pelo seu advogado e algum dos meus, não tenho dúvida em satisfazê-lo cabalmente. Escrevi ao nosso sr. Baber de Bristol, um dos meus advogados, no sentido de estar pronto a avistar-se consigo ou com algum advogado seu..." Additional ms. 24,783,113.

[32] O comportamento é bem ilustrado por uma das querelas de John Smyth. Ele e o tio escreveram uma carta (na terceira pessoa) ao seu oponente. na qual estigmatizavam o respectivo procedimento como "contra toda a lei, consciência e justiça, um procedimento sem lei inenarrável [e] injustificável perante Deus e os homens". Mas não queriam ir a julgamento. "Para evitar acções e despesas e a aspereza que acompanha acções judiciais, propõem que se escreva em diversos papéis (de forma semelhante à da lotaria} os nomes de todos os oficiais de justiça, ou assessores do tribunal ou de algum colégio de juristas. Tirando vós os do chapéu um qualquer, para ser único árbitro; e eles [os proponentes] darão garantia de 1000 libras ou mais de aceitar a sua sentença, fazendo vós o mesmo." (G.P.L. ms. 16,533, 115 e v.) Num caso semelhante entre dois irmãos, cada um deles se obrigou por garantia a submeter-se à decisão final de um grupo da *gentry* local escolhido por ambos. C 24/350/18.

O uso da arbitragem parece ter-se instalado em Inglaterra com o direito comercial, e o método de escolher árbitros "de forma semelhante à da lotaria" era um ponto aceite daquele direito. Cf. MALYNES, *Lex Mercatoria* (1686[3]) 305-07; 6 HOLDSWORTH, *op. cit.* nota 4, (1924) 635, nota 11. A arbitragem não era reconhecida pela *common law* e a exigência de uma garantia de cada uma das partes era a única forma de ter a certeza de que a decisão se poderia impor. Mesmo assim, podia haver dificuldades não tuteladas pelo direito, bem como resultados injustos, que tinham como único recurso a *equity*. Isto acontecia desde o séc. XV, mas não parece ter feito decrescer a popularidade da arbitragem no séc. XVII. Cf. BARBOUR, *op. cit. nota 1,* 141-42.

[33] Para exemplos de arbitragem informal pelo *Council*, cf. DASENT, *op. cit.*, Eliz., XIX, 160, 269-70; XXII, 459-60; XXIV, 81; XXXI, 113. Sobre o uso do *Lord Lieutnant* como árbitro, cf. *id.*, xx, 254; XXIII, 91; XXV, 19. A arbitragem por um *justice of peace* é descrita com algum pormenor num caso da *Chancery*. O *Privy Council* atribuiu uma queixa contra um certo Edward Trotman a um juiz local com instruções para resolver a questão ou obrigar Trotman a comparecer perante o *Council*. O *justice of peace* escolheu a segunda alternativa e o Council atribuiu a questão a outro árbitro; este pronunciou-se a favor de Trotman que, em consequência, foi absolvido da queixa. C 21/T/2/14.

Vale a pena descrever um caso de arbitragem imposto por um tribunal de direito comum. Um homem foi acusado perante o *Common Pleas* por ter lançado cerveja à cara de um certo William Atwood "tendo-se, por infortúnio, o corpo do... copo separado do respectivo pé, e tendo assim ferido Atwood junto a um olho..." O tribunal transferiu o caso para as *Assizes* de Gloucester, de que um dos juízes "negociou uma solução... que este réu e o dito Atwood aceitaram ". O réu afirmou ter pago a Atwood 40 libras como indemnização total segundo o acordo, apesar de ter sido mais tarde acusado pela mesma ofensa perante a *Star Chamber*. St. Ch. 8/34/14.

O uso de funcionários locais como árbitros, imposto aos litigantes pelos tribunais ou pelo *Council* parece ser um aspecto inexplorado do assunto. Não encontrei menção desta prática em autores contemporâneos ou modernos e só posso fazer conjecturas acerca da sua frequência.

[34] Landsdowne ms. 885, l05v. Para exemplos do complicado regime de posse da terra no Gloucestershire, cf. SMYTH, *op. cit., 3, nota 12,* 116-117, 151, 302.

[35] G.P.L. ms. 16,528, 24. "Nunca houve tanta liberdade conferida, suponho realmente, para procurar antigos registos como este nosso tempo permite." Duport a Smyth em carta já mencionada. G.P.L. ms. RF 354.23, 32.

A maior parte da minha informação àcerca do litígio sobre terras é do período anterior à lei de 1623 (21 Jas. I, c.16), que estabeleceu a regra dos 20 anos para o usucapião; cf. HOLDSWORTH, *op. cit*, 4, nota 4, 484-86; HOLDSWORTH, *A History of English Law* (4.ª Ed., 1925) 20. O efeito desta lei durante o período remanescente é algo sobre que não posso fornecer qualquer luz.

[36] Smyth a Lady Coke, irmã de Lord Berkeley e cunhada de Sir Edward Coke, *chief of justice*; G.P.L. ms. 16,532, 40.

[37] Quando um tal sr. Bartlett, por exemplo, exigiu 10 libras a um lavrador, fundado num título a seu favor, este último respondeu que já o tinha pago ao pai do sr. Bartlett. "Não", disse o sr. Bartlett, "se fosse assim, meu pai teria escrito *recebido* no seu almanaque". Procurou e encontrou tal inscrição do pai, e devolveu ao lavrador o seu título. C 21/R/2/8.

[38] Alguns prebendários foram portanto destacados para catalogar os documentos por data. "Sempre que... os prebendários se hajam de levantar do seu assento e sair do tesouro, devem fechar todas as janelas e deixar a pilha de documentos tão segura quanto puderem do tempo ou de lugares húmidos. "Ms. cathedral act book. Nº 1, 24-24v.

[39] Ms. corporation records (minute books), 1450, 234; 1451, 196.

[40] G.P.L. ms. RX 354.32, 14.

[41] Cf. NOTESTEIN, *English Folk* (1938) 284-88, 302, 305-11; MACLEAN "The Great Berkeley Law-Suit of the 15th and 16th Centuries", *Transactions of the Bristol and Glos. Archaeological Soc. 3* (1878-79) 305-24; 2 SMYTH, *op. cit.* 288-308, 331-33.

[42] Estes questionadores "sempre foram mandados embora por uma forma ou outra sem atingirem o seu objectivo, embora não também sem recompensa" (E 134/14 Jas. I/M/28.) Tais tácticas eram típicas dos aspectos secretos desta questão. Outro exemplo é o de um negócio que devia ser feito sob capa de segredo: "quanto menos... fordes visto nesta empresa, tanto mais o processo pode ser apressado." G.P.L. ms. RF 354.23, 12.

[43] G.P.L. ms. RX 354.32, 18-20.

[44] G.P.L. ms. RX 354.20. Sobre o resultante processo de difamação, cf. GARDNER, *Reports of Cases in the Courts of Star Chamber and High Commission* (Camden Soc. 1886), 38-40. Algumas das afirmações feitas no decurso deste processo valem a pena ser referidas como indicações do que era considerado calunioso. A certa altura, Crokey dizia de Smyth "que eu era um ladrão de igrejas, um jesuíta, e tinha uma consciência negra (afirmada esta com grande malícia)." Noutro momento, um oponente não nomeado, presumivelmente Crokey, chamava-lhe maquiavélico, Aitofel, cão do Inferno, bastardo vulgar e infantil; afirmava que o diabo o levaria e aos seus partidários e maravilhava-se de que o chão ainda não se tivesse aberto para o engolir. E pontuava os seus insultos dizendo "que eu estava fugindo para a Virgínia." (G.P.L. ms. SF 19.6, 2v.)

A última acusação era típica de uma atitude muito espalhada. A emigração para a América era uma jogada desesperada, muitas vezes tomada como alternativa à prisão por dívidas ou ao suicídio. "Se ela não concordasse com a venda das terras em questão, ele venderia tudo o que tinha e iria para a Virgínia..." (C 21/M/11/11) "Deus mandou-me ir. Se for sua vontade, morrerei, porque prefiro morrer com crédito do que viver com vergonha. Tende confiança em mim, e espero que Deus não nos desamparará... Por todas as razões deixai-me ir; de outro modo terei grande perda e vergonha..." (G.P.L. ms. 16,531. 64) Sendo a Virgínia vista como o refúgio dos desesperados, a acusação de que alguém estava a emigrar podia bem ser considerada caluniosa.

[45] Um caso destes ocorreu em Tewkesbury, por exemplo, quando John Bray desafiou Thomas Copley alegando insultos deste. Copley recusou, "tendo mulher e muitos filhos", como mais tarde explicou, " e alguns bens a perder". Bray, então, rondou Tewkesbury em ocasião de mercado, e proclamou nos locais mais populosos da cidade que o seu inimigo era "um velhaco detractor, mentiroso e cobarde". Foi afastado por vizinhos de Copley, indignados, e subsequentemente obrigado a comparecer perante a *Star Chamber*. (St. Ch. 8/104/2.)

[46] C 21/T/2/2.

[47] Req. [Ms. records of the Court of Requests] 2/190/47. A intimidação de testemunhas antes do julgamento é bem exemplificada pelos motins da Forest of Dean, em 1631. A opinião pública estava a favor dos autores do motim, e as autoridades foram instruídas pelo *Privy Council* no sentido de tomar grande cuidado, "para que as testemunhas a usar no caso dos delinquentes não sejam dissuadidas, seja por terror ou por outra prática." Ms. acts of the Privy Council, xli, 158. Apesar de todos os esforços, quase ninguém foi chamado como delinquente ou testemu-

nha. "Asseguro-vos que a grande falha nestes casos é que ninguém aparece a apresentar queixa, por pior e mais evidente que a falta seja; e assim os ofensores escapam sem punição." S.P. 16/195/9.

[48] Jones pôs acção contra o jovem Stafford na *Star Chamber.* (St. Ch. 5/J/19/37.)

Sobre a extinção da servidão, cf. PAGE. *The Victoria History of the County of Gloucester*, 2 (William ed. 1907), 165.

[49] Um exemplo engraçado do envolvimento de um pai é o de *Sir* John Popham, *chief of justice*. Escreveu a um homem que estava em litígio contra o filho, pedindo-lhe que desistisse do caso; "teria dele tudo o que lhe era devido sem recurso à lei." O queixoso concordou. Aparentemente recebeu menos do que pensava ser-lhe devido, mas anotou resignadamente que "teria de dar-se por satisfeito até que Deus fosse servido levar o *Lord Chief of Justice*." E 134/16 Jas. I/M/19.

O caso do tonto tem a ver com o jovem senhor de uma mansão, "sensível a palavras doces e persuasões". O cunhado exprimiu o medo de que "má companhia ou outra embarrile o burro a respeito do que tem para viver", e aparentemente justifica o seu medo tentando roubar-lhe a mansão. Quando interrogado sobre o que seria feito da sua vítima, responde: " Deixem o tonto sozinho: nasceu para morrer sob uma sebe." E, quanto aos respectivos filhos: "Deixem-nos aprender a esmolar enquanto são novos!" C 24/237, Fysher v. Fisher.

O dilapidador ofereceu de bom grado as suas terras, se morresse sem descendência, à mãe e ao padrasto e seus herdeiros; presumivelmente, vincular-se-ia, assim, a manter a herança durante toda a vida. Em contrapartida, pediu um pagamento anual vitalício de 10 libras. (C 21/H/22/5.)

[50] Req. 2/190/47.

[51] Uma destas sugestões merece referência, como exemplo da espécie de qualificações pessoais e financeiras que eram levadas em conta. Um amigo escreve ao pai que encontrou "um que a meu juízo será um casamento competente, adequado... O pai é um homem discreto e sóbrio como qualquer um no local onde vive, e tido na mesma boa estima. As suas propriedades valem 700 libras por ano (tudo numa paróquia ou perto), o filho é um jovem bem apessoado de cerca de 20 anos de idade e é agora estudante de leis em Londres. O pai dar-lhe-ia posse da herança e faria dotação a sua mulher de 300 libras por ano, e entregar-lhe-ia uma casa muito bonita recentemente construída e também presentemente mobilada. Desculpai a minha audácia... Se vos parecer bem esta iniciativa, recebereis... notícia sobre onde ter uma conferência com ambos, pai e filho. Mas peço-vos que considereis isto: o filho não é um destes rapazes agitados, mas um jovem sóbrio, cheio de esperanças, para dar um bom esposo para sua mulher, e um homem honrado e temperante, para prestar ao país bom serviço..." G.P.L. ms. 16,532, 74.

[52] Tome-se por exemplo o caso da menina Strange. Trazia para o casamento uma quantia de 700 libras, e sua família e amigos haviam determinado que o pai do noivo devia ser proporcionalmente generoso. Este assegurou à srª Strange que deixaria ao filho, por testamento, um domínio "adequado à família e herança de sua referida filha". Outro filho, contudo, reclamou que era sua parte da terra. O pai ficou furioso e exibiu um título para provar a respectiva propriedade; os amigos da

futura noiva fizeram-no estudar por um advogado, antes de proceder aos esponsais. Mas o pai morreu pouco depois do casamento, tendo o irmão apresentado a sua pretensão à terra e a disputa familiar sido levada a tribunal. C 21/C/56/19.

(53) St. Ch. 8/208/4. A disputa de dois pais a propósito de um contrato de casamento tem uma descrição colorida em G.P.L. ms. 16,531, 76, 78, 81.

(54) A *Star Chamber* era o tribunal predilecto para as disputas sobre casamento, quando envolviam ofensas que as colocavam sob a sua jurisdição. Casos de rotina eram, naturalmente, regulados nos tribunais eclesiásticos; enquanto uma decisão estava pendente, o *Council of Wales* podia assumir jurisdição temporária. Para um caso nesta situação. cf. HIST. MSS. COM., *op. cit.* nota 17,463-464, 480.

(55) St. Ch. 8/303/28.

(56) St. Ch. 8/84/7; cf. também 9/16.

(57) St. Ch. 8/4/8 e 8/59/29. Outro caso de anulação é o único exemplo que encontrei de bigamia. Uma mulher ouviu dizer que o marido da filha tinha uma ou duas mulheres com quem vivia e pediu a um dos seus rendeiros que investigasse. O que ele fez; após muito esforço e despesa descobriu as outras mulheres, intentou "uma anulação e divórcio" e mandou prender o bígamo. A mãe pediu-lhe então que casasse ele próprio com a filha. Consentiu, olhando a que receberia 10 libras por ano. C 21/P/6/13.

Recusants era a designação dada aos católicos romanos que se recusavam a aceitar a igreja oficial anglicana, comportamento penalizado pela lei desde 1570 a 1791 (N.T.).

(58) Duport a Smyth, 1608; G.P.L. ms. RF 354.23, 11. O tema desta diatribe era o sr. Staunton, pároco de Wotton-under-Edge. Alguns 30 anos depois, outro natural de Wotton lembrava-se (e estava pronto a provar) que Staunton havia sido acusado de ter um bastardo e que forçara o seu acusador a deixar a família e a cidade. No caso do sucessor de Staunton, virou-se o bico ao prego: "tendo sido acusado de viver largo tempo em adultério, abandonou a região." S.P. 16/354/122.

(59) Um exemplo de temperamento paciente é Henry Bishop, pároco de Ampney Crucis. Considerava que não lhe eram apenas devidos os dízimos sobre o produto mas também sobre os salários, na percentagem de 2 1/2%; os paroquianos, pelo contrário, consideravam dever-lhe meras contribuições voluntárias pela Páscoa. Bishop não se inclinava a exercer pressão relativamente a este ponto. Quando alguém lhe oferecia 4 dinheiros, lamentava-se: "É só isto que vou receber?' E olhando a que era um pobre criado, em seguida aceitava..." à maioria dizia apenas: " Vamos, quanto vou eu receber?" E tomava o que lhe davam, que era de alguns um xelim, de alguns 6 dinheiros, e de outros menos... Porque era de natureza branda e dificilmente poria defeito em alguém que lhe fizesse mal ou ficasse com coisas que lhe eram devidas e muito menos apresentaria queixa em justiça contra qualquer homem." E 134/16 Chas. I/E/17; cf. também E 134/16-17 Chas. I/H/4.

(60) St. Ch. a/75/6.

(61) Mais tarde, os presumíveis autores deste libelo asseguraram duplamente a existência de matéria para a *Star Chamber*. Foram a uma locanda de cerveja, onde "logo no local beberam, embriagaram-se e embebedaram-se, até estarem todos muito entornados e emborrachados. Nesse estado partiram para a igreja de aldeia de Withington, e tocaram os sinos durante meia hora. Quando os paroquianos esta-

vam reunidos, um dos borrachos fez uma proclamação: "Saibam quantos que tocámos os sinos para chamar os vitelos de Knollis, mas agora tocamos a despedi-los porque são os vitelos de um touro."

St. Ch. 8/190/34.

(62) St. Ch. 8/38/5.

(63) Um caso a propósito é a querela acerca da paróquia de North Cerney em 1634-36. Os dois pretendentes lutaram mesmo na igreja, até que o *Privy Council* interveio para estabelecer a paz, através da mediação de *justice of peace* locais. Dois anos mais tarde, o pároco em exercício foi violentamente posto fora pelo seu rival; este, por seu turno, foi posto fora pelos *justice of peace*, e a questão foi enviada aos tribunais. Ms. acts of the Privy Council, xliv, 88-89; xlvi, 161162, 209- - 210; xlvii, 138-139.

(64) Tal caso ocorreu em Minchinhampton. O pároco era homem de temperamento impulsivo. Insultou os oficiais de polícia da cidade, "e disse que saíram de um saco de farinha (sendo eles padeiros de seu ofício)". Acusou alguns *justice of peace* de receberem luvas, "e também afirmou publicamente pensar em sua consciência que nunca houvera um *gentleman* ou *justice of peace* no condado imbuído do espírito de Deus; mas que [eles] eram hipócritas dissimulados." Foi destituído de pároco, em 1618, pela *Court of High Commission*. Quando o subchefe da polícia veio para o pôr fora, encontrou cerca de 20 homens barricados no presbitério. Desafiaram-no e disseram-lhe que o assunto "poria, em breve, em conflito o rei e os bispos e o que havia de melhor em Inglaterra". O subchefe da polícia foi buscar ajuda e também consultar o advogado mais próximo sobre a validade da sentença. Tendo obtido reforços e novas garantias, regressou e pôs violentamente fora os ocupantes. St. Ch. 8/85/13.

DESIGUALDADE NA PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA E NA FREQUÊNCIA DOS PROCESSOS CIVIS NA SOCIEDADE DE ESTADOS DA PRÚSSIA CERCA DE 1750 (1)

CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER

Tradução de
Maria Armanda Saint-Maurice Esteves

(1) Extraído de NORBERT HORN (ed), *Europäisches Rechstdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* [© C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung] (Munique 1982) 435-451].

DESIGUALDADE NA PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA E NA FREQUÊNCIA DOS PROCESSOS CIVIS NA SOCIEDADE DE ESTADOS DA PRÚSSIA CERCA DE 1750 [1]

CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER

Tradução de
Maria Armanda Saint-Maurice Esteves

(1) Extraído de NORBERT HORN (ed), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag [© C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung] (Munique 1982) 433-451].

DESIGUALDADE NA PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA E NA FREQUÊNCIA DOS PROCESSOS CIVIS NA SOCIEDADE DE ESTADOS DA PRÚSSIA CERCA DE 1750

Ajudar pobres e ricos a alcançar justiça e julgar sem olhar a classe social e às pessoas faz parte dos mandamentos fundamentais da ética judicial. O Estado de direito exige que a justiça se aplique a toda a gente. Menos evidente é a questão de saber se este aspecto processual da ideia de igualdade é válido igualmente para a instituição da administração da justiça civil como um todo. Nem o juiz, individualmente, nem o Estado, escolhem as partes de um processo. Pelo que não são directamente responsáveis por quem faz uso da oferta desta decisão imparcial dos conflitos. Mas, se se quiser avaliar da função dos tribunais e do direito civil que eles impõem à sociedade, ganha então sentido perguntar se a prestação da justiça pelo Estado se exerce igualmente em todos os grupos sociais. A favor de quem e contra quem é prestada justiça? Que camadas sociais fazem realmente uso da possibilidade de solucionar conflitos por vias legais?

Observações de sociologia do Direito mostram, relativamente à actualidade, que de modo algum surge perante os tribunais civis uma amostra representativa da população. Muito pelo contrário, o mundo dos negócios pertencente à classe média domina entre os queixosos[1]. Na história do direito muito menos ainda será de esperar que a administração da justiça civil tenha sido procurada uniformemente pelas camadas sociais de sociedades mais antigas. En-

quanto houve escravos, estes viam impedido *de jure* o acesso aos tribunais; em Roma os escravos terão correspondido a um quarto da população[2]. Desde sempre os altos custos do processo afastaram os desprovidos de meios da prossecução legal. A oposição entre ricos e pobres, sobretudo, terá sempre contribuído para que certos grupos da população hajam sido os principais autores de processos civis. Quem tinha meios de fortuna e participava da circulação comercial, levava a cabo mais frequentemente actos jurídicos, de onde poderiam vir a surgir conflitos. Quem mais possuía, tinha os direitos mais vulneráveis a qualquer ofensa e, assim, mais passíveis de serem repostos por via processual. À desigual repartição dos bens e dos direitos materiais que os protegiam devia consequentemente corresponder uma desigualdade social na prestação da justiça.

Esta hipótese será posta à prova nas páginas seguintes, no quadro da administração da justiça civil na Prússia, em meados do séc. XVIII. A relação da justiça com a sociedade estruturada por estados será examinada através da questão de saber em que medida nobres, burgueses nas cidades e rurais nos campos participavam em processos. Para tal, têm de ser correlacionados os dados da antiga estatística prussiana da justiça e os da estatística populacional. Uma rápida análise dos temas em litígio ilumina as principais causas da elevada actividade da nobreza em processos civis. No campo, o número diminuto dos processos torna visíveis os limites sociais do vigor efectivo do direito civil, especialmente do direito comum. Isto conduz à questão de saber até que ponto se teria já dado no séc. XVIII a tão falada "Recepção".

I. FONTES DE ESTATÍSTICA JUDICIÁRIA

A visão de alguns factos jurídicos históricos, como frequência, partes, temas e montantes em litígio nos processos civis, é permitida pelos primórdios da estatística prussiana da administração da justiça civil. Esta surgiu nos primeiros anos do reinado de Frederico Guilherme I (1713-1740) e foi estabelecida em 1717 como instituição permanente[3]. Os tribunais tinham de enviar anualmente, em formulário adequado, informação sobre o número global das acções pendentes, das apresentadas de novo, das despachadas e das não despachadas. A par destas "tabelas de processos", que se limitavam a fornecer elementos quantitativos, deviam ser fornecidas listas de todas as causas singulares, o que permitia um controlo ainda mais preciso do empenhamento dos juízes. (Estas "listas de processos" foram chamadas, também, na linguagem de chancelaria, até para além de meados do século, " Tabellen" "Specificationen" ou "Designationen" dos processos. Mais tarde foram, contudo, chamadas "Prozeß--Listen" [listas de processos][4], designação preferível para identificar estas fontes riquíssimas de conteúdo. Elas registam as partes em litígio, princípio e situação do processo, às vezes também temas e montantes em litígio. Permitem, pois, saber bastante mais do movimento dos tribunais que as tabelas de processos, que só incluem valores numéricos sobre processos anónimos.

Os resultados do primeiro século da estatística da administração da justiça prussiana infelizmente só nos chegaram de forma fragmentária. As listas de processos de modo algum eram publicadas

como actas da administração judicial. Os relatórios, apresentados trimestral ou até mensalmente[5], são raros mesmo nos arquivos, provavelmente porque os pacotes de actas enviados para a corte pelos tribunais superiores deviam parecer demasiado pormenorizados e desinteressantes para ser permanentemente conservados. As tabelas de processos foram pela primeira vez publicadas em 1780, no início do periodismo jurídico, embora reduzidas aos elementos dos tribunais superiores (*Kammergericht*, *Hofgerichte*)[6]. Para o período anterior e, sobretudo, para os tribunais inferiores só individualmente foram conservadas em arquivo. Mesmo assim, encontram-se algumas delas nas actas da administração judicial central do tempo de Samuel von Cocceji como *ministre chef de justice* e Grande Chanceler (1738-1755). As tabelas de processos eram para ele um instrumento de controlo constantemente usado, com o qual supervisionava com êxito as suas reformas judiciárias, tão energicamente levadas a cabo.

Em consequência da escassez das fontes, o volume global da administração da justiça civil de então só pode ser reconstituído como um mosaico, a partir de informações sobre tribunais e anos diversos.

II. LITIGANTES NOBRES E BURGUESES NO *HOFGERICHT* DE KÖSLIN EM 1746

1. Parte essencial dos privilégios aristocráticos era o foro privilegiado dos tribunais superiores. Aí deviam os nobres ser acusados, a fim de ter assegurado o julgamento através de seus pares ou, pelo menos, de juízes com formação adequada. Para os processos contra burgueses eram competentes os tribunais de primeira instância (tribunais das cidades, *Ämter* reais [tribunais rurais da coroa], tribunais senhoriais). Esta delimitação das competências segundo os estados podia permitir esclarecer o recurso à justiça das partes nobres ou burguesas através da comparação do volume global dos processos nos tribunais superiores e nos de primeira instância. No entanto, isto não é possível a partir da estatística geral da justiça no séc. XVIII, pois as tabelas de processos indicam, para os tribunais superiores, os processos de primeira instância em que os nobres são partes passivas conjuntamente com os recursos de nobres e burgueses. As estatísticas também não fazem, nos tribunais de primeira instância, a distinção entre os conflitos de burgueses entre si e os que eram movidos por nobres contra burgueses.

Esta falha da estatística pode ser pontualmente colmatada pelas listas de processos do *Hofgericht* de Köslin, na Pomerânia Ulterior, para o ano de 1746[7]. A designação das partes litigantes permite identificar a pertença à nobreza pelo nome; também aí são registados sexo, estado civil, profissão e outras características sociais. As sete listas, no seu conjunto, foram produzidas em Fevereiro/Março

de 1747 pelo presidente, vice-presidente e cinco conselheiros. Indicam os processos trabalhados por cada juiz, no ano de 1746, separando-os em "novos" e "velhos". O momento da sua redacção situa-se na (segunda) reforma judiciária de Cocceji, iniciada na Pomerânia; precisamente entre a visitação dos *Kollegialgerichte* de Stettin, em Janeiro de 1747, e o despacho de processos antigos em Köslin, durante as férias da Páscoa[8]. As listas de processos de Köslin iluminam a situação da administração da justiça pouco antes destas históricas viagens, das quais saiu o modelo do código processual unificado, o *Codex Fridericianus*.

2. A fonte exige, em primeiro lugar, um exame crítico acerca da questão de saber se subsiste completa e se é fidedigna. O escrito que a acompanha, designado como "*VII Specificationes der Processe*", garante que das actas nada se perdeu. Também não há indicação de que algum dos juízes não tenha participado na sua elaboração. É, pois, de concluir que os sete subscritores das listas constituíam o colégio completo dos juízes em actividade[9].

Não obstante, os 265 "novos" e os 77 "velhos" processos não constituem a totalidade das causas pendentes no ano reportado. É que só são apontados como "velhos" os processos incluídos numa "*Specification*" anterior e que ainda não estavam concluídos no fim de 1746. São, assim, processos "velhíssimos", já pendentes pelo menos há dois anos. O número dos processos que faltam, designadamente os dos "velhos" já despachados, pode todavia ser calculado a partir de dados numéricos indicados no fim das listas[10]. No total, em suma, pairavam, no ano de 1746, cerca de 530 processos civis no *Hofgericht* de Köslin; cada juiz tinha, em média, um *pensum* de 76 causas para trabalhar.

A distinção entre processos "novos" e "velhos" que está na base desta compreensão estatística, cria dificuldades, porque cerca de um quarto de todos os processos apontados como "novos", de acordo com a data de início, já tinha começado antes do ano reportado. Esta falta de precisão pode ser resolvida e explicada no quadro do estudo agora empreendido. A contagem só deve referir-se aos processos que são também "novos" segundo os nossos critérios actuais e que, comprovadamente, segundo a data, passaram a estar pendentes

no ano reportado. O conjunto do movimento, no ano de 1746, contou nesse caso apenas com 201 processos.

3. Se observarmos agora a pertença social das partes litigantes, 62% das queixas feitas no ano reportado são contra nobres. Estes estavam também metidos em procedimentos de recurso contra burgueses (10%). A nobreza representava, assim, cerca de dois terços do movimento do *Hofgericht*. O resto (27%) recaía sobre recursos de burgueses entre si[11]. As queixas da nobreza entre si constituíam, com 36%, o grupo mais forte. A preponderância dos litigantes aristocráticos repousava todavia, substancialmente, nas queixas de primeira instância de burgueses contra nobres (26%).

A participação maioritária da nobreza aumentaria se se pudesse estudar a energia dos juízes dedicada aos processos de cada estado. Por isso, devia ser calculada a parte da nobreza no conjunto dos processos pendentes. Na realidade, isto não é viável devido à referida falha no que respeita aos processos "velhos" já despachados. Mas a apreciação dos processos "velhíssimos" não despachados demonstra que os nobres litigavam mais tempo e com mais intensidade do que os burgueses. Destes processos, pendentes já por um período que ia dos 2 anos a um máximo de 22 anos, só 15% se dirigiam contra burgueses. Os nobres entravam profusamente em processos relacionados com heranças e propriedades fundiárias; aqui as listas indicam mais destes processos "velhíssimos" do que processos há pouco pendentes.

4. A sobrerrepresentação da nobreza, já patente nos valores da participação, torna-se definitivamente evidente ao tomarmos consciência de que este estado apenas constituía uma pequena parte da população. Só isto não demonstraria uma desigual prestação de justiça, porque a população não nobre podia buscar o seu direito junto dos tribunais de primeira instância. Para ultrapassar a distorção, ocasionada, nos tribunais superiores, pela regulamentação das competências de acordo com os estados da sociedade, há que considerar separadamente o número de processos civis para cada 1000 participantes dos dois estratos sociais.

a) Para calcular a percentagem de processos civis da nobreza há, em primeiro lugar, que apurar o número de pessoas nobres no círcu-

lo do *Hofgericht* de Köslin, no ano reportado de 1746. Ele não pode ser derivado da estatística populacional, porque esta (nos finais do séc. XVIII) só contava os aristocratas, sem inclusão dos familiares[12]. Ainda no séc. XIX, a parte da nobreza era calculada, muito por alto, como 1% da população[13].

Esta base de partida seria, no entanto, demasiado insegura porque a densidade da aristocracia variava fortemente, de acordo com os princípios de direito patrimonial e os costumes que presidiam ao levantamento estatístico do conjunto deste estado. Precisamente a nobreza da Pomerânia, por exemplo, descrita como muito numerosa[14], enquanto no Münsterland só uma élite reduzida de famílias pertencia a este estado[15].

A "Vasallentabelle" da Pomerânia para o ano de 1756[16] permite, todavia, um cálculo suficientemente seguro. A tabela está organizada por círculos, de forma que o círculo do *Hofgericht* de Köslin, diferente da repartição feita pela administração territorial, pode ser exactamente calculada[17]. Está tão próxima no tempo do ano reportado, que muitas partes litigantes ainda podem ser identificadas pelo nome, com a sua propriedade fundiária. Isto assegura que o número da aristocracia, apesar do forte absentismo do campo[18], reconhecível a partir dos elementos sobre residência incluídos na tabela, é ainda suficientemente alto. Por outro lado, é possível pôr de parte aqueles nobres que não são tomados em conta quanto a processos civis junto do *Hofgericht*: filhos e irmãos ausentes do proprietário de uma mansão senhorial, que eram militares ou funcionários do Estado, na maioria das vezes, bem como aqueles vassalos ausentes que, sem mansão senhorial que lhes pertencesse, não tinham jurisdição fundiária no círculo; o que perfaz, no conjunto, pelo menos um sexto de todos os nobres abrangidos na tabela. O número da população global nobre no círculo do *Hofgericht* de Köslin é, portanto, de calcular para 1756 em 1340 pessoas[19].

b) Os processos civis movidos por nobres também não são calculáveis sem falhas. O procedimento dos tribunais de primeira instância só pode ser calculado através dos recursos de nobres contra burgueses apresentados ao *Hofgericht* (21). Este número pode ser aceite, como valor aproximado, pondo-se a hipótese de que, na primeira

instância, os aristocratas ganhavam pelo menos tantos processos como comprovadamente perdiam.

Além disso, há que ter em conta que cada processo tem pelo menos duas partes. Isto não é considerado na contagem habitual da frequência de processos civis. Tem, no entanto, de ser atendido aqui, porque devem ser representadas as proporções entre as classes parciais de queixosos e réus. Para salvaguardar a possibilidade de comparação com a forma de contagem habitual, os processos mistos nobres-burgueses só serão incluídos por metade nos grupos de estados sociais.

5 a) A percentagem de processos civis da nobreza, no círculo do *Hofgericht* de Köslin, no ano de 1746, é de estimar, de acordo com o já referido, em 90 novos processos para cada 1000 pessoas[20]. Em média, um em cada cinco nobres foi portanto envolvido, naquele ano, em novo processo, como queixoso ou como réu. Mais revelador é relacionar isto com o número de 391 proprietários de mansões senhoriais no círculo do tribunal, os quais podem ser comparados aos chefes dos agregados familiares burgueses: dois em cada três agregados familiares nobres foram, em 1746, parte litigante num conflito legal.

Para mostrar o encargo corrente com processos civis, pode ainda ser calculado o número dos processos tornados pendentes, no conjunto do ano, por cada 1000 pessoas nobres (261), ou por cada proprietário de mansão senhorial (1,0)[21]. Em média, resulta daí que cada família nobre se vê anualmente envolvida em dois processos! Tudo junto leva à conclusão surpreendente de que os processos civis pertenciam, em meados do séc. XVIII, ao quotidiano da aristocracia da Pomerânia.

b) Este resultado deve seguidamente ser sujeito a exame, no sentido de avaliar da sua representatividade para a época. Das fontes da estatística judicial geral não se podem, de facto, extrair dados igualmente precisos. Mas elas excluem, todavia, a possibilidade de olhar a alta incidência de processos civis entre a nobreza como consequência de circunstâncias singulares. Na verdade, as tabelas de processos do próprio *Hofgericht* demonstram, para anos vizinhos, ain-

da mais processos novos que em 1746[22]. Também o desenvolvimento económico do período não permite reconhecer um aumento dos litígios provocado pela crise. O ano reportado situa-se três decénios após as últimas destruições provocadas pela guerra nórdica (1711-1715) em solo da Pomerânia; as próximas destruições só sobreviriam mais de um decénio depois, durante a guerra dos sete anos (1757)[23]. A última má colheita fora há seis anos[24]. Os preços dos cereais não evidenciam aumento significativo, o que seria indício de crise agrária[25]. O ano reportado situa-se, assim, num período de desenvolvimento calmo e seguro.

Uma comparação regional, situada mais ou menos no mesmo espaço de tempo, só pode ser estabelecida com a ajuda de uma medida relativamente grosseira, designadamente a quota dos processos civis entrados de novo nos tribunais superiores, no ano de 1751, por cada 10 mansões senhoriais[26]. De acordo com ela, no ano reportado entraram no *Hofgericht* de Köslin três novos processos por cada dez mansões senhoriais, mas, em 1751, em toda a Pomerânia foram 8, no Kurmark 12, no Magdeburgo 21 e em Minden-Ravensberg 25, enquanto na Silésia, devido ao alto número de cerca de 4000 mansões aristocráticas, só se atinge um valor de 2. O indicador aponta, pois, para diferenças regionais importantes. Mas comprova a asserção de que a demonstrada actividade processual da nobreza na Pomerânia Ulterior de modo algum é atípica; ela foi, inclusive, ultrapassada em vastas regiões do Brandenburgo-Prússia, nomeadamente foi-o de maneira muito significativa na região central do Kurmark. Acrescente-se a isto a observação de que o movimento do *Kammergericht* de Berlim continuou a aumentar no decurso do séc. XVIII[27]. Pode, portanto, ser inferida para toda a época em referência, e a longo prazo, uma implicação crescente da nobreza em processos civis.

6. Uma análise rápida dos temas em litígio designados pelas listas de processos de Köslin, permite pôr em evidência esquematicamente as causas do enorme encargo da nobreza com processos civis. Queixas por dívidas (*debitum*) constituíam quase dois terços de todos os novos processos (62%). Execuções judiciais (*executio, Edictalcitation* = insolvência, *prioritas, liquidatio*, arresto) constituíam, depois, o maior grupo (12%), seguido por conflitos sobre

propriedade fundiária (8%) e heranças (5%). Os 13% restantes distribuem-se por delitos e outras acções obrigacionais, conflitos sobre bens móveis, relações entre senhores e camponeses, questões à volta de menores e, finalmente, "diversas pretensões".

O endividamento da nobreza deve, por conseguinte, ser considerado a principal fonte dos muitos processos civis. As pessoas pediam dinheiro emprestado ou compravam com empréstimo e hipotecavam as propriedades. Se não podiam pagar, ia-se para tribunal, primeiro a fim de reaver o dinheiro, depois sobre a mansão senhorial hipotecada, em seguida para execuções singulares e declaração de insolvência, que acabava com a venda em hasta pública da mansão senhorial. Entre a nobreza, e em média acerca de somas menores também entre nobres e burgueses, existia evidentemente um movimento intenso de prestação de crédito, que se desenvolvia ainda inteiramente sem bancos e outras instituições de crédito, como as "*Landschaften*", só criadas após a Guerra dos sete anos. Como nem credor nem devedor tinham expectativas de poder recorrer a meios financeiros de outra fonte, qualquer paralisação deste sistema desorganizado de crédito devia, a curto ou longo prazo, levar a um processo; em caso de crise, só restava a cobrança de dívidas através dos tribunais.

As consequências reflectem-se na forte flutuação verificada na propriedade das mansões senhoriais, aparente nas histórias contemporâneas da propriedade. Desde logo, um exame aproximado, na base de uma amostra de 2 %, dá como resultado que das 139 mansões senhoriais no círculo do principado de Cammin, cerca de um terço mudou de proprietário entre 1740 e 1780, através de insolvência ou por "decisão judicial"[28]. O lugar da mudança súbita de mãos de todos esses imóveis era o *Hofgericht* com sede nesse círculo. Aí estavam ao todo pendentes, em 1746, nada menos de 15 insolvências declaradas sobre mansões senhoriais; a isso somavam-se mais 14 litígios pendentes sobre terras de aristocratas (sem processos de limites, servidões e arrendamentos). Só nesse ano, em todo o círculo, uma em cada 20 das 649 mansões senhoriais esteve em jogo perante o tribunal. A alta actividade processual assinala uma crise económica da nobreza, indo de par com a perda de poder político deste estado na época do Estado territorial[29].

III. CIDADE E CAMPO

O exame dos processos nos tribunais de primeira instância na cidade e no campo leva até ao outro extremo da larga escala da frequência de processos civis no séc. XVIII. A linha de diferenciação social entre o estado da burguesia e o do campesinato, na primitiva estatística judicial, pode ser seguida na medida em que a organização judiciária prussiana mantém ainda em grande parte a rigorosa delimitação entre as cidades e o respectivo termo rural, delimitação que em geral caracteriza a administração do *Ancien Régime*[30]. A administração da jurisdição civil dos *Magistrate* e dos *Stadtgerichte* está, por isso, na maior parte das vezes indicada separadamente nas tabelas de processos.

Examinaram-se, ao todo, nove tabelas sem falhas evidentes, dizendo respeito a quatro regiões (Prússia Ocidental, Pomerânia, Kurmark incluíndo Altmark e Uckermark, bem como Minden-Ravensberg). Os números da população para os anos reportados pela estatística judiciária, por estes não coincidirem com os dos recenseamentos, ainda muito raros, foram obtidos através de contagens retrocedendo a partir do excedente de nascimentos ou por interpolação linear entre as datas dos recenseamentos. Para estabelecer os resultados sobre uma base tão larga quanto possível, foi calculada, região a região, a frequência de processos civis, o que sem dúvida cobre uma larga dispersão dos valores localmente observados. Finalmente, foram calculados valores médios a partir de todos os dados disponíveis, operação que reuniu regiões e anos muito afastados.

Este processo só se justifica pela pobreza das fontes. Desta forma se consegue, todavia, tornar visíveis as ordens de grandeza dos fenómenos; uma precisão comparável à da moderna estatística obviamente não é atingível.

Os resultados obtidos a partir dos dados das tabelas de processos permitem reconhecer uma grande diferença dos valores entre a frequência de processos civis na cidade e no campo. Anualmente, nas cidades abrangidas, surgem em média, na primeira metade do séc. XVIII, 16 processos por cada 1000 habitantes; e no campo só 2. Para confirmação suplementar da fraca incidência de processos civis entre a população camponesa podem ser aduzidos os resultados das listas de processos de Xanten[31]. Neste círculo judicial, composto de cidade e campo, pouco menos de metade dos 10.000 habitantes vivia em quatro "cidades". O número respectivo de habitantes, entre 500 e 2.000, mostra contudo que, sem prejuízo do seu estatuto legal, se trata realmente de comunidades rurais. A partir de 1754, e por mais de trinta anos, não surgem aqui mais de três processos por cada 1000 habitantes, o que, devido à amplitude do período considerado, está bem salvaguardado contra oscilações anuais ocasionais.

A diferença comprovada entre cidade e campo não pode surpreender, pois a circulação comercial urbana produz ainda hoje mais litígios do que a vida rural. Isto foi demonstrado sobre seguro fundamento empírico para a actualidade bem como para o séc. XIX[32]. A integração em meio urbano deve por isso ser considerada como uma das mais antigas e mais fortes determinações da actividade processual civil.

O afastamento entre a nobreza e as cidades não resulta menos nítido. Pode aqui ser feita uma comparação ainda mais precisa com os elementos colhidos nas listas de processos de Köslin. Uma tabela de processos da Pomerânia que especifica uma a uma as cidades para o mesmo ano reportado[33], fornece um valor de 19 processos para 1000 burgueses no ano de 1746, sob as mesmas condições económicas e jurídicas. A nobreza recorria, portanto, à justiça cinco vezes mais frequentemente que os burgueses.

Sobre o movimento nos *Ämter* e nos tribunais senhoriais pode obter-se informação a partir de uma "*General-Prozeβ tabelle*" para

o ano de 1745[34]. De facto, esta tabela, incluindo todo o Brandenburgo-Prússia, não especifica os tribunais a que se refere. A comparação com os números da tabela da Pomerânia para 1746 mostra, contudo, que se deve tratar dos "Kollegialgerichte" de Stettin e dos restantes tribunais de primeira instância da Pomerânia. Na verdade, entre os processos não despachados de 1745 e aqueles que, na tabela de 1746, são "velhos de mais de um ano" e "provindos de 1745", verifica-se uma diferença de 55. Estes devem, consequentemente, ser os processos não despachados dos *Ämter* e dos tribunais senhoriais da Pomerânia em 1745[35]. Com esta base, resulta um movimento de cerca de 150 processos nos tribunais de primeira instância em espaço rural, se se inferir que estes têm uma frequência de trabalho semelhante à dos tribunais urbanos. A percentagem processual civil da população rural da Pomerânia, no ano de 1745[36], seria, consequentemente, de menos de 1 por 1000 habitantes. A nobreza litigava, assim, acima de cem vezes mais do que a população rural. Mesmo que se calcule só na base das restantes regiões do Brandenburgo-Prússia, cujos dados são directamente disponíveis, a distância, com o factor 50, é ainda suficientemente grande.

IV. DESIGUALDADE NA PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA E "RECEPÇÃO" NA ZONA RURAL

1. A análise da estatística judicial ilumina directamente a actividade dos tribunais civis e o comportamento da população que recorre à justiça. O seu resultado confirma a tese, avançada inicialmente, de que a prestação de justiça, por parte do Estado, não se distribuía de igual forma pelas diversas camadas da sociedade estruturada por estados. Em todo o caso, a dimensão da distância entre a actividade processual civil dos rurais, citadinos e nobres, poderia surpreender. Os tribunais trabalhavam, em meados do séc. XVIII, no máximo para a nobreza, que era já política e economicamente privilegiada, através das prerrogativas do seu estado e da propriedade fundiária, e, no mínimo, para a população rural, que era ainda predominantemente feudatária; a burguesia urbana estava entre ambas, como destinatária da administração do direito civil.

As diferenças quantitativas são ainda agudizadas pela qualificação totalmente desigual dos juízes entre si. Os tribunais superiores, providos de juízes nobres ou com formação jurídica, forneciam naquele tempo as melhores condições para uma aplicação competente do direito. Estavam especializados nesta missão; os conselheiros dispunham, devido ao estudo e à experiência prática, do conhecimento necessário da matéria. Às faculdades de Direito, às quais se poderá certamente atestar os melhores conhecimentos em direito romano, faltava a visão directa do material litigioso e o contacto com a elaboração legal contemporânea própria do território. A adminis-

tração da justiça devia, no séc. XVIII, ser exercida nas cidades já por uma maioria de juristas de formação, embora o estudo não fosse ainda condição indispensável para o exercício do cargo de juiz[37]. Uma aplicação do direito equivalente à dos critérios actuais só poderá contudo ser aceite no que respeita àquelas grandes cidades que dispunham de *Stadtgerichte* independentes e providos de um colégio de juízes ou cujo *Justizbürgermeister* se dedicava exclusivamente à administração da justiça. Nas cidades mais pequenas, esta era, antes da separação entre poder judicial e poder executivo, uma das muitas missões do *Magistrat*. Menos ainda se pode esperar das qualificações jurídicas dos responsáveis dos *Ämter* da coroa e dos *Justiziare* instituídos pelos senhores dos tribunais patrimoniais, e menos que tudo uma formação universitária. Neste contexto falta uma forma de avaliação eficaz, com a qual os respectivos conhecimentos jurídicos pudessem ser avaliados[38]. Só as reformas judiciárias da segunda metade do séc. XVIII permitiram o aparecimento na Prússia de uma classe de juízes com formação uniformizada.

O ordenamento em classes da sociedade por estados correspondia, assim, a uma participação por escalões, tanto quantitativos como qualitativos, das diversas camadas sociais na administração da justiça civil. Quanto menor era o recurso aos tribunais, pior era a prestação da justiça que ofereciam. Pelo contrário, a oferta nos tribunais superiores era melhor, aí onde a nobreza dela mais necessitava. A competência dos juízes e a procura do direito eram directamente proporcionais.

2. Por fim, o recurso à administração da justiça ilumina, também, a validade efectiva do direito civil, especialmente do direito comum. Pois o direito civil material daquele tempo só de forma mínima tinha a eficácia de orientar directamente o comportamento dos sujeitos de direito, como o fazem hoje, por exemplo, as regras de trânsito. Na realidade, o direito comum só podia actuar mediatamente, através dos órgãos da administração da justiça, na medida em que fornecia a juízes e advogados argumentos e indicações para a solução de conflitos. A língua latina e a tecnicidade especializada do direito romano constituíam obstáculos intransponíveis para o pessoal de justiça sem formação, para consultores jurídicos sem habilitação e para o próprio povo.

Sob esta perspectiva, a reduzida frequência de processos civis, apurada para as zonas rurais, lança a questão de saber até que ponto se dera no séc. XVIII uma "Recepção" nas zonas rurais. Se o juiz dos *Ämter* ou o *Justiziarius* só tinha uma pequena mancheia de processos por ano para decidir, como podia ele aplicar o direito comum? Dever-se-á esperar que no seu gabinete houvesse um *Corpus Juris* ou pelo menos um *Klagespiel* [tipo de obras sobre direito processual letrado] ou, nas suas sentenças, citações do Digesto? Muito mais provável parece a ideia de que ele decidia de acordo com a sua concepção de justiça e o costume, com base na autoridade própria, não diferentemente da forma como o faziam os jurados da antiga organização judicial, de cuja função era o herdeiro. Esta questão tem um peso considerável, porque em 1750 dois terços da população viviam ainda no campo[39]. O reduzido recurso à administração da justiça civil e a sua modesta qualidade caracterizam, assim, a maior parte da sociedade do tempo.

Uma resposta pode aqui, talvez, ser avançada. É desde logo de tornar claro que existia, sem dúvida, a possibilidade de dirimir conflitos por vias legais, segundo o direito comum. Esta possibilidade foi, como o prova a estatística judicial, realmente utilizada. Nas listas de processos de Köslin encontramos um processo versando a liberdade do vassalo de um senhorio, uma rapariga que reclamava a sua jorna, ou camponeses e trabalhadores agrícolas em conflito sobre um privilégio de aldeia. O processo do moleiro Arnold contra o conde de Schmettau passou à história do direito. O estado do campesinato não estava sem cobertura jurídica.

Com a referência exclusiva aos tribunais superiores, a imagem seria, contudo, incompleta e mesmo indutora de erro. Pois estes casos, ao todo 6 processos com participação camponesa nas listas de processos de Köslin, constituem apenas uma parte mínima em relação aos já de si raros processos junto dos tribunais de primeira instância em zona rural. Também estes têm que entrar na observação. Quando se fala da "Recepção" como cientificização da classe dos juristas, cuja formação e actividade assentava no fundamento racionalmente discutível do direito comum[40], trata-se então de um processo de facto, concernente à sociologia das profissões. Deve-se,

pois, reclamar uma certa intensidade e estabilidade da evolução para caracterizar adequadamente uma situação histórica através deste conceito. Os poucos processos nos tribunais superiores não provam por isso uma aplicação socialmente relevante do direito comum em zona rural. Quando se fala de "Recepção" no campo, é a actividade de primeira instância que deve constituir a medida determinante. Ora aí os resultados da estatística judicial mostram que a resolução de conflitos na base do direito era ainda, no séc. XVIII, muitíssimo rara. Isto obviamente não pode ser explicado apenas pelo facto de haver poucos conflitos em zona rural; não se deveria cair na ilusão de um campesinato vivendo pacífica, bondosamente e sem conflitos. Muito mais provável é que os conflitos rurais se resolvessem sobretudo por via da mediação pré-processual. Mediação e não solução jurídica terá sido a regra para dirimir institucionalmente conflitos no campo, como, pela via da sociologia do direito, foi demonstrado para um país subdesenvolvido da actualidade (México)[41]. Só a distinção entre poder judicial e poder executivo e o continuado provimento dos lugares de juiz com juristas de formação puderam criar, no séc. XIX, as condições para se poder julgar, no campo, e também na primeira instância, regularmente, segundo o direito no sentido moderno, sentido viabilizado pela "Recepção". Só uma classe jurídica cientificamente formada podia, seguindo a missão do Estado de direito liberal, actuar em todas as camadas da sociedade. Por último, a "Recepção" não estaria completada antes da *segunda* "Recepção", precisamente quando os juízes dos *Ämter* levaram até às zonas rurais os seus conhecimentos das Pandectas. Até lá, a solução de conflitos pelos tribunais de acordo com o direito foi um privilégio utilizado quase exclusivamente pela nobreza e pela burguesia, no qual a maior parte da sociedade, camponesa, não tinha participação.

Frequência dos processos civis nos tribunais de primeira instância da Prússia, na cidade e no campo, 1717-1751.

Região	Tribunais	Ano	Nº			Nº		
Reino da Prússia	3 cidades Königsberg	1717	301	D	a)	39475	k)	8
	3 cidades Königsberg	1737	842	D	b)	47600	k)	17
	Pequenas cidades	1717	262	D	a)	31900	l)	8
	Pequenas cidades	1737	187	D	b)	51700	l)	4
	Ämter e trib. senhoriais	1717	884	D	a)	275800	l)	3
	Ämter e trib. senhoriais	1737	209	D	b)	391600	1)	0.5
Kurmark	*Ämter*	1738	376	N	c)	250600	m)	1.5
Altmark	Cidades	1738	240	N	d)	20500	n)	12
	Ämter e trib. senhoriais	1738	63	N	d)	54900	n)	1
Uckermark	Cidades principais	1738	135	N	e)	19600	o)	7
	Tribunais senhoriais	1738	36	N	e)	40100	o)	1
Pomerânia	Cidades	1746	1350	N	f)	82840	p)	16
	As mesmas cidades do círculo do *Hofgericht* Köslin	1746	364	N	f)	19600	q)	19
	Cidades	1748	1531	N	g)	86008	r)	18
Minden-Ravensberg	Cidades	1747	108	N	h)	18800	s)	6
	Cidades	1751	67	N	i)	18700	s)	4
	Ämter	1747	443	N	h)	106700	s)	4
	Ämter	1751	265	N	i)	108000	s)	2
Média das cidades								16
Média dos *Ämter* e dos tribunais senhoriais								2
Média de todos os tribunais de instância								5

* D = processos civis despachados, N = processos civis novos

Fontes:

a) Staatsarchiv Königsberg em Berlim-Dahlem, EM 59e Nr. 2 fol. 44 ss.
b) ZStA Merseburg, R. 9 Allg. Verw. X 1 G 153;
c) *ibd.* X 1 B 8;
d) *ibd.* X 1 G 23;
e) *ibd.* X 1 G 175;
f) *ibd.* X 1 G 42;
g) *ibd.* X 1 G 55;
h) *ibd.* X 1 G 70;
i) *ibd.* X 1 G 72;
k) LEONHARDI, *op. cit.* I 459;
l) contagem retrocedente com base em BEHRE, *op. cit.* 444,456;
m) interpolação a partir de BRATRING, *op. cit.* I 60;
n) " *ibd.* I 229;
o) " *ibd.* II 471;
p) " LEONHARDI, *op. cit.* III/2 603 ss e BEHRE, *op. cit.* 457;
q) contagem com base em LEONHARDI, *op. cit.* III/2 603 ss;
r) BEHRE, *op. cit.* 457;
s) interpolação com base no *Westphälisches Magazin.* vol. I, 1784, caderno 1, p. 59.

NOTAS

(1) BLANKENBURG, "Der Anteil gerichtlicher Verfahren bei der Austragung sozialer Konflikte", *Jb. f. Rechtssoziologie* 4 (1976) 84. 89 ss; YNGVESSON/HENNESSY, "Small Claims, Complex Disputes", *Law & Society Review* 9, 1974/75, 219-274, 235 ss com outros exemplos.

(2) KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*. 1966, § 28 II 1; BRUNT, *Italian Manpower* (1971) 121 ss ; 124: 2 milhões num conjunto de 7,5 milhões de habitantes. Sobre a desigualdade de facto da administração da justiça romana em geral, KELLY, *Roman Litigation*, 1966, *passim*.

(3) "VO wegen jährlich einzusendenden Tabellen derer Processe v. 11 Nov. 1717" in MYLIUS, *CCM* Teil 2, Abt.1 Sp. 625. Cf. também WOLLSCHLÄGER, "Zivilprozeßstatistik und Wirtschaftswachtum im Rheinland von 1822 bis 1915" in LUIG/LIEBS (ed.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*. 1980, 373, 376 s.

(4) Assim sobre um impresso de formulário, datado de 1788. Zentrales Staatsarchiv Merseburg, Rep. 9 Allg. Verw. X 1g 187 fasc.1. Mais elementos nas "Anweisungen über die Führung der Registratur" *in*: *Project eines Codicis Fridericiani...*, Stettin 1747, Teil 2 Tit. a 8 § 9.

(5) Cf. a "Zirkular v. 16 Feb. 1766", *Acta Borussica, Behördenorganisation* XIII, Nr. 389.

(6) V. HYMMEN, *Beyträge zu der juristischen Litteratur in den preußischen Staaten*, 1 Slg. 1775, Vorbericht; 4. Slg. 1780. 298 ss.

(7) ZStA Merseburg, R. 9 Allg. Verw. X 1 G 52 Vol. I

(8) Cf. SPRINGER, *Die Coccejische justizre form*. 1914, 158 ss, 167, 172, 175.

(9) Isto não é isento de dúvida pois o *Hofgericht* de Köslin foi constituído, em 1720, com 12 conselheiros, e em 1740 tinha ainda 11 conselheiros (O. HINTZE, "Die Behrördenorganisation und die allgemeine Saatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert", Acta Borussica, *Behördenorganisation* VI/1, 1901, 385). A diferença deve ser, sobretudo, explicada pela dilatada ausência de muitos conselheiros (*ibd.* 382 s, 385 s.).

(10) O valor não indicado numa das listas pode ser calculado através da média dos das restantes.

(11) Neste grupo estão também algumas, poucas, causas de primeira instância de *personae miserabiles* (viúvas, menores); cf. *Project des Codicis Fridericiani Marchici*. Berlim 1748, Teil 3 Tit. 2 § 21. A *Neue Proceßordnung für die pommerschen Hofgerichte zu Stargard und Coeslin v. 16.12.1733*, Stettin 1733, válida para o ano reportado, não esteve ao mesmo alcance para consulta.

(12) Assim, por exemplo, a "Tabelle von den Bewohnern des platten Landes" para 1788 *in* BRATRING, *Statistisch-topographische Beschreibung der gesamten Mark Brandenburg*, vol. I, 804, 74 (reedição 1968); também LEONHARDI, *Erdbeschreibung der preußischen Monarchie*, vol. III Abt. 2, 1794, 563; e ainda BRÜGGEMANN. *Beiträge zu der ausführlichen Beschreibung des Königl, Preußischen Herzogthums vor und Hinterpommern*, Stettin 1800, 396.

[13] DIETERICI, *Handbuch der Statistik des preußischen Staats*, 1861, 185.

[14] LEONHARDI, *op. cit.* III 2, 562 s; VON ZEDLITZ-NEUKIRCH, *Neues Preussisches Adels-Lexikon, vol. I,* Leipzig 1826, 17.

[15] 1760: 71 famílias; *in* H.REIF, *Westfälischer Adel. 1770-1860*, 1979, 43, 58.

[16] Impressa em: R.KLEMPIN/G.KRATZ, *Matrikeln und Verzeichnisse der Pommerschen Ritterschaft vom XIV. bis in das XIX. Jahrhundert,* 1863, 344-446.

[17] Aquele círculo incluía os chamados círculos posteriores da Pomerânia Ulterior sem as regiões do Lauenburgo e Bütow, que em 1773 se encontravam ainda sob vassalagem polaca. LEONHARDI, *op. cit.* III/2, 592.

[18] Relativamente à nobreza do Kurmark ele é comprovado por MARTINY, *Die Adelsfrage in Preußen vor 1806*, 1938, 14 ss, 110 s.

[19] 321 proprietários de mansões senhoriais + 70 ausentes + 256 filhos residentes + 23 irmãos residentes = 670 pessoas do sexo masculino (x 2).

[20] Processos civis: 72 nobre/nobre + 0,5 x (53 burguês/nobre + 21 nobre/burguês no *Hofgericht* + 21 nos tribunais de primeira instância) = 120 unidades.

[21] Como faltam os processos "velhos" despachados (cf. acima em II.2), tem de calcular-se por alto, a partir da participação da nobreza em todos os processos reportados, a participação no total dos 530 processos pendentes.

[22] 1744: 262 p.c.; 1745: 353 p.c.; 1747, 9 meses: 202 p.c.. Fontes: ZStA Merseburg, R. 9 Allg. Verw. X 1 G 52 vol. 1 e 2.

[23] WEHRMANN, *Geschichte von Pommern,* vol. II, 1921^2 , 203-211, 236.

[24] *Id.* II 223.

[25] Cf. os preços *in* BRÜGGEMANN, *op. cit.* 447.

[26] Fontes: a) Processos civis: cálculo sobre as tabelas de processos de 1750 e 1751; *Acta Borussica, Behördenorganisation* IX Nr. 65, 217. b) Mansões senhoriais: VON ZEDLITZ-NEUKIRCH, *op. cit.* 16 ss; círculo do *Hofgericht* de Köslin: cálculo sobre os elementos fornecidos in BRÜGGEMANN, *Beschreibung des preußischen Vor und Hinterpommern*, 2. Teil, vol. II., 1784, 550 ss.

[27] WOLLSCHLÄGER, "Zivilprozeb-Statistik und Wirtschatsentwicklung in Preußen im 18. Jahrhundert", Z. f. *Neuere Rechtsgeschichte* 1981, 16, 19 s.

[28] Enumeração das histórias de propriedades in BRÜGGEMANN, *ibd.*

[29] Esta conclusão coincide com as observações tiradas das histórias familiares sobre endividamento, incidência processual e insolvência na nobreza por KELLENBENZ, "Die wirschaftliche Rolle des schleswigholsteinischen Adels im 16. und 17. Jahrhundert" in LOHMEIER (ed.). *Arte et Marte*, 1978, 15. 22 ss. - Cf. também para o Kurmark, no fim do séc. XVIII, MARTINY, op. cit. passim.

[30] Cf. em geral HINTZE, op. cit. 239. Excepção constituem os tribunais de primeira instância criados em 1753 no Cleve-Mark, cujos círculos incluem cidades e Ämter; cf. WOLLSCHLÄGER op. cit. 20 s.

[31] WOLLSCHLÄGER, op. cit. 20 s com outros exemplos.

[32] BLANKENBURG "Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit", *Tatsachen zur Reform der Justizreform*, vol. II, 1974, 12 ss.; WOLLSCHLÄGER, op. cit. 24 s.

[33] ZStA Merseburg, R. 9 Allg. Verw. X 1 G 42.

(34) BEHRE, "Geschichte der Statistik" in *Brandenburg-Preußen*. 1905, 296.

(35) Falta na tabela de 1746 o *Hofgericht* de Köslin porque este presta informação directa à corte em Berlim. Além disso, o número dos processos não despachados de 1745 seria ultrapassado se os seus dados fossem incluídos (cf. acima nota 22).

(36) Calculada em cerca de 225.000 segundo BEHRE, op. cit. 457.

(37) DHÖRING, *Geschichte der deutschen Rechspflege seit 1500*, 1953, 61

(38) DÖHRING, op cit. 59.

(39) Calculado para o Brandenburgo-Prússia por BEHRE, op. cit. 455 ss.

(40) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967(2) , 131 ss.

(41) GESSNER, *Recht und Konflikt*, 1976, 210 ss.

INSTITUIÇÕES SENHORIAIS E OPINIÃO PÚBLICA NA CATALUNHA ENTRE 1751 E 1808: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DO ESTUDO DE ALGUNS CONFLITOS SENHORIAIS.

ALBERT COTS I CASTAÑÉ

Tradução de
António Manuel Hespanha

I.

Na maior parte dos Estados da Europa ocidental, e desde os finais do século XVIII, propagou-se, entre importantes sectores da classe política, uma atitude de recusa, senão de todas, pelo menos de um bom número de instituições senhoriais[1] que tinham estado vigentes havia muitos séculos. As fases e os processos que se seguiram para as fazer desaparecer e, também, os resultados deste desaparecimento foram diferentes de um caso para o outro, pois dentro de cada Estado as instituições senhoriais não eram uniformes e as decisões político-legislativas que se tomaram em cada um deles foram diversas: de estritas abolições a transformações jurídicas (que permitiam a subsistência de algumas daquelas instituições sob novas formas) até à sua supressão por resgates em numerário.

O Estado espanhol não constituiu uma excepção a esta tendência[2]; só que o processo não se iniciou antes de 1811 e não culminou antes de 1837: entre estas duas datas sucederam-se diferentes medidas legislativas, muitas delas de sinal contrário, condicionadas pela evolução política da época[3]. Depois de 1837, no entanto, o mundo senhorial, ou tinha desaparecido, ou havia de se adaptar a novas formas de ser, mais ou menos favoráveis, segundo os casos, aos interesses dos senhores[4].

Estas transformações jurídicas foram o resultado das decisões da classe política desta época. Para lá das vicissitudes específicas da história política deste processo de desaparecimento legal, parece lícito pôr-se a questão de saber o que pensava a sociedade catalã, ou

melhor, os estratos desta sociedade que estavam vinculados a instituições senhoriais, sobre a existência destas e se houve interrelações entre esta opinião e as atitudes que daí derivaram, bem como o processo de desaparecimento jurídico mencionado.

Dada a considerável variedade das características das instituições senhoriais no Estado espanhol, é oportuno centrar o estudo desta problemática num território de indubitável especialidade e unidade históricas, como é o principado de Catalunha. E como o tema era excessivamente amplo para ser desenvolvido numa tese de licenciatura, decidi centrá-lo, nomeadamente, num seu aspecto: concretamente, a atitude da opinião pública[5] em relação às instituições senhoriais nos derradeiros decénios da existência destas[6].

Indubitavelmente, um estudo que se propõe avaliar o estado da opinião pública em relação às instituições senhoriais neste período continua a ser um projecto muito ambicioso. Por esta razão, vou optar por estudar a conflitualidade senhorial (concretamente, um determinado tipo de conflitos senhoriais: os "colectivos",[7]) como um dos possíveis indicadores para averiguar o estado dessa mesma opinião pública.

Apesar de todas as limitações que se podem colocar a um tratamento do tema a partir deste enfoque, este pareceu-me, numa primeira aproximação, positivo, podendo-se recolher um número considerável de informações que permitissem elaborar hipóteses gerais válidas para toda a Catalunha.

Para atingir estes objectivos, pareceu-me que a fonte documental centralizada mais adequada que estava disponível era a documentação do Real Acordo, organismo que, neste período aqui estudado, tinha a seu cargo o governo da Catalunha[8].

Deve ter-se, no entanto, presente que, de 1714 a 1775 e de 1797 a 1799, o poder governativo da Catalunha esteve nas mãos de capitães gerais, apesar do que estava previsto no decreto de Nova Planta e que o Real Acordo não pôde dispor plenamente das suas competências de 1775 a 1797 e de 1799 a 1808. Ora bem. Na documentação que se conserva deste Real Acordo, reflectem-se todos os temas de cariz governativo do período estudado, dado que no período do

governo absoluto dos capitães gerais, estes transmitiam ao Real Acordo os problemas de governo que se iam apresentando, para que o próprio Real Acordo os aconselhasse das medidas que cresse mais pertinentes para os resolver.

Como a documentação do Real Acordo que se conserva (a maior parte dela no Arquivo da Coroa de Aragão) é muito extensa, vou utilizar como fonte deste trabalho uma das suas séries de registos: concretamente, a chamada de "Expedientes". Esta decisão vai ser tomada a partir de uma série de razões. A primeira é a de que toda a documentação governativa que chegava à Secretaria do Real Acordo se redigia um extracto, registado na série "Expedientes". A segunda, porque nesta série se registavam informações de tipo judicial: tanto sobre processos que se enviavam ao Conselho de Castela ou da Fazenda, como sobre as petições de cópia de documentos conservados no Arquivo da Coroa de Aragão que os solicitantes necessitavam para apresentar em processos que estavam em curso. A terceira, porque nesta série se contém toda a espécie de conflitos, dos mais importantes aos mais ínfimos; enquanto que em outras séries governativas apenas há, em geral, referência aos mais importantes. E, quarta razão, porque, tal como disse, nesta série de registos não se copiava a documentação geral na íntegra (memoriais, petições, etc.), mas antes aí se resumia em poucas linhas. Este facto tem, evidentemente, vantagens e inconvenientes. A vantagem mais importante: permite um tratamento rápido, poupando a leitura de documentos longos e fastidiosos. O inconveniente mais importante: estas sínteses trazem escassa informação sobre os motivos ou a natureza dos conflitos. Assim, podem-se encontrar registadas dezenas de discussões e/ou pleitos; mas fica-se sem se saber as razões destes conflitos ou quem são as pessoas ou grupos sociais que neles participam.

Tendo em conta todas estas matizações, parece-me que a série de registos de "Expedientes" satisfaz os requisitos mais indispensáveis, para o período de 1751-1808, para poder recolher um bom número de informações sobre os conflitos senhoriais[9].

II.

Tendo em conta o tipo de instituição senhorial a que fazem referência, os conflitos contidos na série de "Expedientes" foram subdivididos em dois grupos: os que se relacionam com instituições senhoriais de tipo económico e os que se relacionam com instituições senhoriais de tipo jurídico-administrativo. Em cada um destes dois grupos há diferentes tipos de direitos objecto de conflitos; uma parte deles foram tratados individualmente (pela sua importância qualitativa), enquanto que os restantes foram agrupados a partir de diferentes denominadores comuns. Convém não esquecer que em muitos casos as classificações são susceptíveis de matizes, porque os limites entre o contingente jurisdicional e não jurisdicional de muitos direitos senhoriais nem sempre se podem distinguir com facilidade.

Dentre os conflitos de tipo económico cabe distinguir dois grupos: os relacionados com direitos dominicais e os relacionados com outros aspectos da vida económica.

Com a expressão "direitos dominicais" faz-se referência ao conjunto de direitos relacionados com o domínio senhorial da terra (censos enfitêuticos e laudémios), com o direito de perceber certas prestações (de origem e características muito diversas), com o direito a perceber os dízimos (tributo de origem não senhorial, mas que se pode considerar como tal) e com o direito a perceber partes da colheita (também de origem e tipologia muito diversa).

Tal como se pode observar no Quadro I, este conjunto de conflitos representa 61,34% dos conflitos sobre direitos económicos e

36,1% do total dos conflitos sobre direitos económicos e jurisdicionais. Dentro do mesmo grupo, o tipo de direito mais conflitual é o dízimo (possivelmente um dos direitos senhoriais mais pesados), seguido do domínio directo sobre a terra, em que as prestações mais gravosas deviam ser os laudémios.

O resto dos conflitos económicos dizem respeito a conjuntos diversos de direitos: concretamente, ao domínio exclusivo (sobre moinhos, águas dos rios) e ao domínio sobre determinados bens considerados de cariz comunal (pastos, arrendamentos de terras comuns e outros). Tudo junto, representam 36,4% dos conflitos sobre direitos económicos e 22,5% do total dos direitos sobre direitos económicos e jurisdicionais.

Em relação à evolução do número de conflitos aparecidos em cada ano ao longo do período estudado, esta quantidade tende a aumentar entre 1751 e 1787 (o ano em que aparecem mais), ainda que com fortes oscilações de um ano para o outro (veja-se o Gráfico I, no final da comunicação). Depois de 1787 o seu número tende a baixar e, se bem que torne a aumentar nos primeiros anos do séc. XIX, fá-lo a um nível mais baixo do que nos anos mais conflitivos do período estudado: de 1784 a 1793.

Do ponto de vista geográfico, os conflitos sobre os direitos dominicais tendem a concentrar-se em algumas zonas da Catalunha: especialmente nas comarcas ocidentais da Depressão Central e na franja de costa do baixo Penedès ao Rossilhão. Em menor medida, no "passo" La Selva-Vallès-Penedès e em algumas comarcas isoladas: Alt Empordà, Garrotxa, Osona, Ripollès, Pallars Jussà, Ribera d'Ebre e Terra Alta (veja-se o mapa 2, no final da comunicação).

Em relação aos conflitos sobre jurisdição, foram agregados neste grupo todos aqueles casos que se referem às competências jurídicas e administrativas dos senhores jurisdicionais; entre os diferentes grupos de conflitos há, porém, importantes diferenças qualitativas.

O tipo de conflito mais importante, embora o seu número siga sendo reduzido, é o que trata das tentativas de reincorporação na coroa da jurisdição e dos outros direitos de uma vila ou povoação, por iniciativa da comunidade e/ou de grupos de vizinhos contrários ao

QUADRO I.

TIPOS DE INSTITUIÇÕES SENHORIAIS OBJECTO DE CONFLITO NA CATALUNHA: 1751-1808

Conflitos sobre direitos económicos	Valores absolutos	% sobre o total de conflitos sobre dir. senhoriais	% sobre o total dos conflitos sobre dirs. económicos e jurisdicionais
Domínio directo	51	17,28	10,17
Prestações	29	9,83	5,78
Dízimos e primícias	74	25,08	14,77
Partes da colheita	27	9,15	5,38
Domínio exclusivo	49	16,61	9,78
Bens comunais	65	22,03	12,97
TOTAL PARCIAL	295	99,98	58,85
Conflitos sobre direitos jurisdicionais	**Valor absoluto**	**% sobre o total dos conflitos sobre dirs. económicos**	**% sobre o total dos conflitos sobre direitos económicos e jurisdicionais**
Sobre o domínio jurisdicional	52	25,24	10,37
(Pleitos de reincorporação)	(23)	(11,16)	(4,59)
(Outros conflitos sobre jurisdic.)	(29)	(14,07)	(5,78)
Sobre os procuradores jurisdicionais	59	28,64	11,77
Sobre homenagem	32	15,53	6,38
Sobre queixas por "excessos"	46	22,33	9,18
Sobre nomeação de cargos comunais	17	8,25	3,39
TOTAL PARCIAL	206	99,99	41,09
NÚMERO TOTAL DE CONFLITOS IDENTIFICADOS			501
CONFLITOS NÃO IDENTIFICADOS			35

senhor. Este conjunto de conflitos foi agrupado com outros conflitos sobre jurisdição, cujo conteúdo não pode ser precisado, embora se tenham especificado, também, os dados de ambos os grupos em separado.

O resto dos outros conflitos sobre jurisdição trata de aspectos mais parciais das atribuições jurisdicionais, como as prerrogativas dos procuradores jurisdicionais, as prestações da "homenagem", a nomeação dos cargos das comunidades e outros conflitos sobre jurisdição e/ou queixas pelo que chamam, na época, "excessos", tendo sido estes últimos agregados sob o título comum de "conflitos sobre excessos" (veja-se o número de conflitos jurisdicionais em termos absolutos e em termos relativos no Quadro 1).

Tendo em conta os conflitos verificados pela primeira vez, o seu número tende também a aumentar à medida em que se avança na segunda metade do séc. XVIII. Especialmente conflitivo é o período de 1779-1793. E, se bem que decaia o número de conflitos por ano, este torna a aumentar nos princípios do século XIX: 1802 e 1807 são os anos mais conflitivos de todo o período estudado (veja-se o Gráfico 2, no fim do texto).

Geograficamente, este tipo de conflitos encontra-se de forma mais extensa na Catalunha, ainda que se possam realçar algumas zonas onde eles se verificam em maior número: especialmente as comarcas ocidentais da Depressão Central, a Anoia e a parte do Maresme que era de senhorio jurisdicional. Em menor medida, o Alto Empordà, o Ripollès, o Pallars Jussà, a Terra Alta e a Ribera d'Ebre (veja-se o mapa 3, no final da comunicação).

Parece poder concluir-se, portanto, que a partir dos dados recolhidos existem muitos pontos em comum, tanto na evolução como na localização geográfica entre os conflitos senhoriais económicos e jurisdicionais.

Finalmente, e para acabar de dar uma visão global dos conflitos senhoriais, convém recordar que existem 35 povoações em que se produzem conflitos que não puderam ser identificados; para além disto, há outras povoações com conflitos identificados e não identi-

ficados: estes últimos, no entanto, não foram tidos em conta, porque não é possível saber se eles são os mesmos dos identificados, ou não[10].

III.

A problemática da conflitualidade senhorial também foi estudada na perspectiva da distribuição dos conflitos por aldeias.

O número total de conflitos verificados (sem contar os 35 não identificados, como já se disse), entre 1751 e 1808 é de 501; e estes distribuem-se de forma desigual entre as diferentes povoações da Catalunha, como se pode ver a seguir:

	Número de povoações	% sobre o total de povoações	Número total de conflitos
Povoações com um só conflito	206	67,32	1 x 206 = 206
Povoações com dois conflitos	53	17,32	2 x 53 = 106
Povoações com três conflitos	24	7,84	3 x 24 = 72
Povoações com quatro conflitos	9	2,94	4 x 9 = 36
Povoações com cinco conflitos	7	2,28	5 x 7 = 35
Povoações com seis conflitos	4	1,30	6 x 4 = 24
Povoações com sete conflitos	2	0,65	7 x 2 = 14
Povoações com oito conflitos	1	0,32	8 x 1 = 8
TOTAL	306	99,97	501

Como se pode observar, a grande maioria dos afrontamentos entre senhores e comunidades e/ou entre senhores e grupos de vizinhos referem-se a um aspecto muito concreto do domínio senhorial; em contrapartida, o número de povoações em confrontos que afectam várias instituições senhoriais é muito reduzido.

Também é interessante observar a relação entre o tipo de conflitos (ou económicos, ou jurisdicionais, ou das duas naturezas) verificados nas povoações e o tipo de jurisdição a que estas estavam sujeitas:

Tipos de jurisdição	Tipos de conflitos				
	Económicos	Jurisdicionais	Ambos	Total	
Real	35	4	3	42	(13,72%)
Senhorial	120	81	56	257	(83,98%)
Repartida (rei/senhor)	2	1	4	7	(2,28%)
	157 (51,30%)	86 (28,10%)	63 (20,58%)	306	

Se bem que se tenha verificado um certo número de conflitos senhoriais em povoações de jurisdição real (nas povoações de jurisdição repartida o seu número é muito reduzido), é claro o predomínio deste tipo de conflitos nas povoações de jurisdição senhorial. Também sobressai o predomínio de conflitos económicos, estritamente considerados, no seio do conjunto dos conflitos senhoriais; mas os conflitos jurisdicionais, tanto se verificados exclusivamente sobre este aspecto, como relacionados com aspectos económicos, não podem também deixar de ser tidos em conta, pois representam 48,68% dos conflitos senhoriais.

De qualquer forma – e com isto não se deve sobrelevar a importância dos conflitos senhoriais – convém ter presente o número de termos de cada jurisdição na Catalunha – e ver em que proporção aí se verificaram conflitos senhoriais. Os dados com que trabalhei são de 1765, e entre esta data e o ano de 1808, a distribuição das jurisdições viu-se afectada por algumas modificações[11].

Cada termo pode conter mais do que uma povoação, pelo que se se contasse o número de povoações de cada jurisdição e não o número de termos, a proporção de povoações afectadas por conflitos senhoriais seria mais baixa.

Número de termos segundo o tipo de jurisdição		Numero de povoações com conflitos senhoriais segundo o tipo de jurisdição
Real	451(22,67%)	42 (9,31% dos termos de jur. real)
Senhorial	148(74,45%)	257(17,35% dos termos de jur. sen.)
Repartida	57 (2,86%)	7(12,28% dos termos de jur. rep.)
1989		

IV.

Como já foi indicado, uma das deficiências importantes da documentação consultada é a falta de informação que permita conhecer com certa profundidade as motivações e as características dos sectores sociais que estavam em conflito com o seu senhor.

Em geral, recolheram mais informações quando era mais elevado o número de conflitos que se produziam numa povoação, e inversamente. A partir, portanto, destas informações, classificaram-se os conflitos de cada povoação em três grupos diferentes: as povoações em que a conflitualidade apresenta menor intensidade; as povoações em que a conflitualidade apresenta bastante intensidade; e as povoações em que a conflitualidade é muito intensa.

Em trabalho anterior, descrevi uma cinquentena de casos correspondentes a estes grupos. Se bem que convenha considerar a sua representatividade com uma certa cautela (como já se disse, a grande maioria dos conflitos senhoriais é precisamente de conflitos que versam sobre um tema concreto), vale a pena recolher as conclusões mais importantes:

a) Apesar de o número de senhores jurisdicionais laicos ser superior ao dos senhorios jurisdicionais eclesiásticos, estes últimos são mais afectados pelos conflitos do que os primeiros;

b) A imensa maioria dos conflitos, por mais radicalizados que sejam, não costumam ultrapassar o âmbito local. De casos como o do condado de Erill, em que a maior parte das suas comunidades se

junta para confrontar-se com o seu senhor, há poucos exemplos. Geralmente, cada um dos conflitos era o resultado da interacção de diferentes variáveis que não eram iguais nem se relacionavam da mesma forma com as outras possíveis. De resto, há aqui um facto importante: a distribuição de senhorios económicos e/ou jurisdicionais costumava ser muito diversa de uma povoação para a outra e, portanto, se uma povoação tinha um conflito com o senhor, as povoações próximas, que geralmente tinham outros senhores, não se sentiam afectadas por aquele conflito.

c) Em relação aos interesses sociais ou pessoais que existem por detrás dos conflitos, cabe distinguir aqueles vizinhos que tinham a liderança no confronto com o senhor do resto da opinião pública local (ou seja, das opiniões da comunidade vicinal).

Em relação a este último ponto, cabe referir que é difícil chegar a estabelecer um modelo único de comportamento social. Tudo parece indicar que o que se produzia, na realidade, era um conjunto de situações diferentes em função das características sociais, económicas e pessoais (no sentido psicológico) do conjunto dos habitantes de cada povoação. Assim, os casos verificados podem ser sintetizados nesta gama de casos diferentes:

– os líderes contrários ao senhor têm o apoio de um sector maioritário da opinião dos vizinhos;

– os líderes contrários ao senhor têm o apoio de um sector minoritário da opinião dos vizinhos;

– a comunidade ou grupos determinados de vizinhos confrontam-se com o senhor, sem que seja possível conhecer a opinião do resto da vizinhança;

– uma parte, pequena, da comunidade ou vizinhança colabora com o senhor, enquanto que o resto dos vizinhos se confronta com ele;

– a opinião pública local está dividida em dois grupos: um favorável ao senhor e outro contrário. Cada um destes grupos dispõe dos seus líderes e de um apoio mais ou menos grande no resto da vizinhança.

Deve ter-se em conta, de resto, que as opiniões das pessoas podem modificar-se segundo as circunstâncias. E é bem possível que em muitos pleitos que se iniciavam com um certo consenso geral, na altura de pagar a factura dos procuradores e dos advogados, muitas vezes aquela unanimidade se dissolvesse ou aparecessem dissenções internas ou, simplesmente, muita gente preferisse deixar morrer o pleito.

Um fenómeno de grande interesse é a divisão da opinião pública dos vizinhos em dois grupos irreconciliáveis, um favorável ao senhor e outro contrário. O caso verificou-se, muito especialmente, em algumas das povoações de senhorio jurisdicional eclesiástico onde houve conflitos. Este é o caso, por exemplo, de Banyoles, de Ripoll, de Menarguens ou de S. João de les Abadesses, entre os mais destacados.

Esta divisão de opiniões em bandos rivais parece ser antiga e geralmente caracterizada pela vontade do sector contrário ao senhor de querer-se libertar do senhorio deste, enquanto que o outro sector apoia os interesses do senhor na medida em que se opõe às pretensões dos primeiros.

À margem destes casos tão particulares, no resto das povoações de senhorio jurisdicional era frequente que os senhores contassem com o apoio de um grupo mais ou menos numeroso de vizinhos fiéis, muitos dos quais costumavam ser nomeados como alcaides ou como regedores, para proteger os interesses senhoriais; pelo menos, são estas as acusações que lhes lançam muitas vezes os outros vizinhos.

Com respeito a saber se os líderes contrários aos senhores pertencem a algumas categorias sociais determinadas, também se verifica uma diversidade de situações: em alguns casos, grupos mais ou menos homogéneos de camponeses; noutros, são "partidos" ou "parcialidades", usando os termos da época, em que está representada a maior parte da escala social a nível local[12].

Creio que as informações que extraí dos dados recolhidos nas fontes documentais permitem apontar algumas conclusões gerais para toda a Catalunha pelo que diz respeito ao tema da conflitualidade senhorial, indicador importante no estudo das relações entre a

opinião pública e as instituições senhoriais na Catalunha na segunda metade do século XVIII e princípios do século XIX, últimas décadas em que estiveram vigentes todas aquelas instituições no Estado espanhol.

A conflitualidade senhorial tendeu a aumentar na segunda metade do século XVIII, com oscilações de um ano para o outro, especialmente em certas regiões da Catalunha, tendo os níveis mais elevados desta conflitualidade correspondido à década dos anos oitenta e princípios dos anos noventa do mesmo século XVIII[13].

As características destes conflitos e o tipo de instituições senhoriais a que se referem foram muito variados. Também o foram os diversos estratos sociais que dirigiram os confrontos com os senhores e as proporções em que o resto dos habitantes das povoações apoiou estes sectores dirigentes (ou se lhes opôs, defendendo, directa ou indirectamente, os interesses dos seus senhores[14].

Na documentação não se encontram muitas informações sobre as motivações concretas dos conflitos; nos poucos casos em que estas se encontram, o leque de causas que aparecem também é amplo. Umas vezes, é o intento dos senhores de perceberem de forma mais favorável certos direitos (por exemplo, o dízimo ou alguma prestação) ou auto-outorgar-se novos direitos (como a nomeação dos cargos da comunidade ou competências inovadoras dos procuradores jurisdicionais); outras vezes, são os próprios vizinhos que se negam a pagar ou a aceitar velhos direitos que, se as informações estão certas, tinham estado vigentes há muitas gerações.

Em todo o caso, e à margem das motivações destes conflitos, é muito frequente que as comunidades e/ou os grupos de vizinhos em conflito com os seus senhores dessem apoio moral às acções na defesa dos "interesses" da comunidade. Embora conviesse ter mais dados sobre este aspecto, penso que é provável que num certo número de casos os opositores ao senhor fundassem a sua postura numa concepção particularista dos seus interesses: assim, a sua concepção da vida pública teria muito mais pontos em comum com a situação baixo-medieval do que com concepções abstractas e generalizadoras que, posteriormente, e por influência francesa, se po-

riam em moda em sectores importantes da classe política catalã e espanhola.

Apesar de não se ultrapassar este âmbito local, parece, no entanto, que à medida que o século XVIII avança se produz, numa parte da sociedade catalã, uma mudança de mentalidades em relação às instituições senhoriais: cada vez há mais gente que, por um motivo ou por outro, neste ou naquele aspecto concreto, entra em conflito com o seu senhor.

Falo da mudança de mentalidades porque, se se tem em conta a diversidade de motivações, de características, de termos e de grupos sociais nos conflitos senhoriais, não será lícito pôr a hipótese de uma corrente de opinião adversa a estas instituições senhoriais?[15].

Ora bem, supondo que esta hipótese fosse certa, não quero dizer com ela que as instituições senhoriais fossem algo de residual e de decadente na sociedade catalã do século XVIII. À margem dos conflitos e das razões que estes tenham motivado, as instituições senhoriais funcionaram com considerável normalidade até 1808, tanto a nível jurídico como a nível socioeconómico.

De facto, as formas de organização não tinham penetrado nunca em certos aspectos da vida social, tanto em tempos anteriores como em épocas recentes: o artesanato, o comércio ou as novas manufacturas. Mas, em contrapartida, estavam presentes numa parte do mundo rural, tendo-se extinguido aí ao longo do século XVIII na medida em que se estabeleceram novas terras em enfiteuse, por exemplo.

Assim, as instituições senhoriais não se hão-de considerar como algo de "fechado" no contexto da sociedade da época. Os dados que recolhi fazem-me pensar, pelo contrário, que tinham uma considerável capacidade de adaptação às transformações sócio-económicas daqueles anos. Porque uma coisa era o desenvolvimento de uma economia de mercado como a economia catalã do séc. XVIII e outra era a existência de formas de domínio (eminente) sobre a terra, de percepção de determinados tipos de direitos económicos e de competências jurídico-administrativas, que não entraram, em geral, em contradição com aquele crescimento.

Desta forma se entende que os ditos senhoriais desempenhem um papel importante na conjuntura económica[16] e que, ao longo duma boa parte do século XVIII, estes rendimentos aumentem consideravelmente[17].

De resto, nos conflitos verificados não há indicações que permitam pensar que os direitos senhoriais tenham impedido este crescimento económico. O caso do Campo de Tarragona, e o de Reus, em particular, é suficientemente ilustrativo: foram uma das zonas de maior crescimento económico do século XVIII, em que a imensa maioria das jurisdições era senhorial e onde a percepção de direitos senhoriais (especialmente, dízimos e os laudémios) permitia enormes rendimentos. E, em contrapartida, encontram-se aí poucos conflitos senhoriais. O próprio Reus era um senhorio jurisdicional do Arcebispo de Tarragona. Parece indubitável o desenvolvimento do comércio e das manufacturas que aí se produziram na segunda metade do século XVIII. Mas não há qualquer queixa de comerciantes, artesãos ou industriais em que se defenda que as instituições senhoriais impedissem o desenvolvimento das suas actividades económicas.

Em resumo, a hipótese mais importante que creio poder extrair-se de todos os dados recolhidos é que, se o número de conflitos senhoriais aumentou na Catalunha na segunda metade do século XVIII não foi porque estas instituições representassem um freio ao desenvolvimento económico e social, ou porque uma classe determinada tivesse entrado em alguma contradição abstracta com os interesses dos senhores, mas porque em certas regiões da Catalunha se produziu uma mudança de mentalidades num sector da opinião pública que fez com que fossem cada vez menos aceitáveis as instituições senhoriais e, portanto, a sua existência gerasse cada vez mais conflitualidade.

Um outro problema, no entanto, é o de saber se este aumento de conflitualidade influi de alguma forma nas posições da classe política catalã dos princípios do século XIX. Concretamente, se influi nos membros da Junta Superior da Catalunha e bons deputados catalãos às Cortes de Cadiz. Mas este é um tema que ultrapassa os objectivos deste trabalho[18].

NOTAS

[1] Para me referir ao conjunto dos aspectos socioeconómicos e jurídico-administrativos da sociedade catalã da segunda metade do século XVIII, que se caracterizavam pela proeminência da figura do senhor, como detentor de diferentes direitos e privilégios relacionados com eles, usei a expressão "instituições senhoriais".

[2] Este processo de desaparecimento jurídico não constituiu um acto isolado, devendo ser entendido num contexto mais amplo de medidas legislativas que fizeram desaparecer outros tipos de instituições centenárias, como os grémios ou os morgados.

[3] V. S. DE MOXÓ, *La dissolución del régimen señorial em España*, C.S.I.C., Madrid 1965.

[4] As instituições senhoriais eram muito diferentes de uma região a outra do Estado espanhol; e os efeitos do processo de desaparecimento jurídico foram diferentes em função desta diversidade. V. M. PESET, *Dos ensayos sobre la propriedad de la tierra*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1982.

[5] Cabe precisar que, por opinião pública, entendo o estado, ou melhor, os estados de consciência colectiva perante o fenómeno senhorial.

[6] Centrei esta comunicação no período 1751-1808 porque as informações que irei recolher para o período 1809-1837 são muito fragmentadas e com baixo grau de representatividade.

[7] Por "colectivos" entendo os conflitos entre senhores, por um lado, e comunidades ou grupos de vizinhos, por outro. Os conflitos entre senhores e particulares não são tratados, pois encontrei poucas referências a eles.

[8] Sobre o Real Acordo, dispus da tese de doutoramento, inédita, de S. SOLÉ, *La Governació General del Principat de Catalunya sota el règim de la Nova Planta* (1716-1808), Universitat Autónoma de Barcelona, 1981. A maior parte das indicações sobre o Real Acordo foram recolhidas desta obra.

[9] Apesar de a data de 1808 ser justificável, a ideal seria a de 1811, quando se promulgou o decreto sobre os senhorios. Mas na série de registos de "Expedientes" não há dados para a segunda metade de 1808 nem para a maior parte de 1809, e os que aí existem para este último ano e para os de 1810 e 1811 são pouco representativos. Em contrapartida, a data de 1751 é menos justificável: de facto, esta última é aleatória, dado que o que se pretendia era conhecer a conflitualidade na segunda metade do século XVIII, época de importantes mudanças económicas e sociais.

[10] Os 35 casos enumerados não foram contabilizados em nenhum quadro, mapa ou gráfico.

[11] Entre 1765 e 1808, 51 termos mudaram de jurisdição na Catalunha: à jurisdição real passaram 9 termos da Companhia de Jesus, quando foi expulsa em 1767, e 24 outros termos de jurisdição senhorial eclesiástica, por assim ter sido decidido em pleitos de reincorporação na coroa; 8 termos sob jurisdição do Conde de Erill e que a coroa tinha arrestado, tornam ao senhor em 1808; e, finalmente, encontrei 10

termos onde se produziram modificações diversas (da jurisdição senhorial à real ou à repartida, etc.), sobre as quais não pude averiguar as razões.

(12) J. M. TORRAS I RIBÉ, em *Els municipis catalans a l'Antic Règim*, 1983, p. 215, é de opinião de que a composição sociológica dos bandos favoráveis ao senhor era diversa segundo as povoações.

(13) E. LE ROY LADURIE, em "Révoltes et contestations rurales en France de 1675 à 1778", *Annales*, 29è. année, num. 1, Janvier-Février 1974, Armand Colin, Paris, pp. 6-22, assinalou que, em diferentes regiões do Estado francês, a conflitualidade senhorial aumentou ao longo do séc. XVIII.

(14) I. MORANT, em *El declive del señorio. Los dominios del Ducado de Gandia. 1705-1837*, Institució Alfons el Magnànim. Diputació de València, 1984, p. 192, afirma que as hostes da oposição anti-senhorial no país valenciano na idade moderna, eram compostas de um conjunto muito heterogéneo de categorias sociais: camponeses enfiteutas (geralmente, pequenos e médios proprietários), classes médias e profissionais. Afirma: "Não deve esquecer-se a participação na oposição de membros das elites das povoações e cidades dominadas pela classe feudal, que se sentiam vexados pelas intromissões de uma nobreza, frequentemente absentista, nos assuntos locais". Veja-se também, em I. MORANT, *op. cit.*, pp. 214-215, explicando que em Gandia existiram dois bandos que dirigiam a luta contra e a favor do senhor e como o último conseguiu que se pusesse a votação a iniciativa do bando contrário ao senhor de iniciar um pleito de reincorporação na coroa; bem como, por uma pequena maioria, os vizinhos contribuintes do povo recusam o início do pleito. Depois de analisar as listas dos contribuintes favoráveis e contrários a este pleito, I. Morant conclui: "A análise destas listas evidencia uma composição socioeconómica semelhante em ambas" (*op. cit.*, p. 215).

(15) L. TRENARD, em "Survivances féodales et régime seigneurial dans les provinces septentrionales de la France au XVIIIè. siècle", em *L'abolition de la féodalité dans le monde occidental,* Ed. C.N.R.S., Paris 1971, I, pp. 181 a 203, afirma: "À revolução camponesa", anuncia-se pela acumulação crescente de conflitos locais, cujos motivos não relevam sempre de uma contestação generalizada do sistema feudal..." (p. 193). Não pretendo, no entanto, falar de "revolução camponesa" no caso da Catalunha.

(16) Para a análise da evolução dos rendimentos de diferentes patrimónios nobiliárquicos, veja-se I. MORANT, *op. cit.*, P. RUIZ, *Señores y proprietarios en el sur del Pais Valenciano (1650-1850)*, Institució Alfons el Magnánim, Diputació Provincial de Valencia, 1981; E. SERRA, "Evolució d'un patrimoni nobiliari català durant el segles XVII i XVIII. El patrimoni nobiliari dels Sentmenat", *Recerques*, n.° 5, Curial, Editorial Ariel, Esplugues de Lobregat, 1975, pp. 33-72.

(17) Veja-se *Catalunya dans l'Espanya moderna*, de P. VILAR, Ed. 62, Barcelona 1964-68, III, 523-537. Veja-se também M. CAMINAL, E. CANALES, A. SOLÁ e J. TORRAS, "Moviment de l'ingrès senyorial a Catalunya (1770-1835). Els arrendaments de la casa de Medinacelli", *Recerques*, num. 8, Curial, Barcelona, 1978, pp. 51-72.

(18) Toda uma questão – e também muito importante – é a política de administração real em relação às instituições senhoriais entre 1714 e 1811. Se bem que eu toque indirectamente o tema em anterior trabalho, aproveitando os contributos de J. MAURI, *Notas sobre la configuración del régimen señorial en la Cataluña del si-*

glo XVIII, tese de licenciatura inédita, Universitat Autónoma de Barcelona, 1977, de S. SOLÉ, op. cit., e de J. M. TORRAS RIBÉ, op. cit., prefiro não o tratar sem fazer estudos mais detalhados.

DA «IUSTITIA» À «DISCIPLINA» TEXTOS, PODER E POLÍTICA PENAL NO ANTIGO REGIME [1]

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

SUMÁRIO

Com base na análise comparada do discurso da literatura criminal dos *ius commune* clássico e do projecto do código criminal de Pascoal José de Melo Freire, procura-se surpreender o impensado de duas matrizes de compreensão da função penal e de dois modelos da sua institucionalização na sociedade do Antigo Regime.

(1) Artigo publicado no número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia", 1986.

I. INTRODUÇÃO

Em 26 de Novembro de 1786 – quatro dias antes da promulgação daquele que é considerado como primeiro «código penal moderno», o código de Pedro Leopoldo da Toscana –, Pascoal de Melo apresentava à *Junta do Novo Código* a primeira parte do seu projecto de código criminal.

Apesar de objecto de três edições[1] e de ser geralmente conhecido e citado, este texto não tem despertado grande atenção. E, no entanto, trata-se, a meu ver, de uma peça ímpar, quer no confronto com a tradição legislativa europeia, quer pela importância que vai ter como modelo (muitas vezes implícito ou silenciado) das futuras tentativas de codificação penal em Portugal[2].

Neste estudo, pretendo contribuir para colmatar esta lacuna da nossa historiografia.

Ao fazê-lo, dou-me conta, porém, do carácter inusitado do empreendimento, no contexto das actuais tendências da história institucional e jurídica. Numa fase de crítica generalizada, e globalmente justa, a uma história jurídico-institucional voltada para os textos – legislativos ou doutrinais – e *separada* do estudo dos factos sociais, eis que me re-proponho um estudo textual[3], numa área onde, para mais, proliferam leituras antropológicas, sociológicas e políticas – a história do crime e da pena[4].

Ocorre, portanto, colocar algumas questões preliminares sobre o estatuto teórico da história textual nesta época que rompeu definiti-

vamente com os postulados da historiografia jurídico-institucional de cariz dogmático (*Dogmengeschichte*).

A primeira questão a ser levantada é a de saber se tem sentido, para quem pretenda fazer uma história dos sistemas de controlo e marginalização sociais, preocupar-se assim com os textos.

Na verdade, e quanto aos textos legais, todos sabem que as leis – mesmo as penais – nunca são pontualmente cumpridas e que, em alguns casos, nem sequer visam – como diremos ádiante – essa aplicação pontual. Que, ademais, elas não constituem todo o direito, existindo normas socialmente eficazes no plano da marginalização e da punição de diversíssima origem, desde os estilos de julgar até a regras muito pouco estruturadas de comportamento social[5]. Quanto à doutrina, todos os que estão familiarizados com a literatura jurídica cedo descobrem que ela constitui, não um espelho da realidade social, mas um seu filtro e reconstrução. Que reclassifica e revaloriza os factos sociais, que silencia outros, que cria realidades «imaginárias» – e não me refiro apenas àquilo que os próprios juristas consideram como *fictiones iuris*, mas a coisas de cujo carácter «construído» eles parecem não se dar conta – e as trata como reais.

E, no entanto, os textos, não apenas são, eles mesmos, *realidades* da história jurídica e institucional, como mantêm uma íntima relação com outras realidades de que se alimenta quotidianamente a tal história social das instituições.

Começo por este último aspecto. Um dos temas actuais da história penal europeia é o das grandes linhas de evolução da criminalidade na Europa, da Idade Média aos nossos dias. Explorando uma sugestão inicial de uma transição da criminalidade violenta para a criminalidade patrimonial (*from violence to theft*)[6], tem-se procurado, com base em estudos estatísticos dos registos judiciais, comprovar ou infirmar esta tese. Mas, «furto» ou «violência» são realidades *conceituais* e não empíricas (no sentido mais lhano da palavra). E realidades conceituais que, como se verá, experimentaram mudanças bruscas no decurso da evolução dogmática, da ciência penal. Como os factos sociais do passado nos chegam através de textos – e de textos que os filtram pelas categorias da grande tradição dogmá-

tica europeia – esta tradição textual acaba por constituir uma chave indispensável para fazer a história dos factos empíricos.

Mas, mais do que isto, parece importante sublinhar como os textos, em si mesmos, são *factos sociais «historiáveis»*. Como não são apenas receptáculos neutros e disponíveis de ideias ou de coisas, mas realidades internamente estruturadas, dotadas, por assim dizer, de uma vida e lógica evolutiva próprias. Realidades que seleccionam as *coisas* (*os objectos*) de que neles se pode falar; que atribuem um certo estatuto sócio-institucional ao *autor* e que pré-figuram um certo *auditório*; que autorizam certa maneira de argumentar ou de provar e excluem outras; que, entre si, autonomamente dialogam, convidando à leitura de outros textos e, em contrapartida, interditando certas referências (i. e., que criam uma certa *intertextualidade*)[7].

Falar de autonomia dos textos pode constituir um equívoco, se não se esclarecer imediatamente que este sistema interno dos discursos é a outra face das condições sociais e institucionais e até materiais em que eles são produzidos. Condições sociais, institucionais e políticas modelam o universo dos autores e dos leitores e estabelecem o modelo das suas relações recíprocas. Circunstâncias materiais (v. g., estado das bibliotecas) e culturais (v. g., linguísticas) condicionam o universo das referências. Por sua vez, são de novo condições sociais e políticas que estabelecem os limites do impacto social (*da recepção*) de um texto[8].

É este o contexto teórico, é esta a pré-compreensão metodológica, em que vai decorrer a seguinte apresentação do *Projecto de Código Criminal* de Pascoal de Melo.

Numa primeira parte (caps. II e III), procuraremos definir o espaço político em que se situa (em que é eficaz) o grande discurso penalista de que faz parte a obra de Pascoal de Melo. Estudaremos, para isso, o espaço punitivo do direito legal-doutrinal – a que por simplificação chamaremos o direito real –, na órbita do qual este discurso se situa, a fim de surpreender as apostas políticas que aí se jogam.

Num plano, as apostas da coroa, enquanto promotora desta específica ordem penal; noutro, as dos próprios juristas, enquanto titulares da mediação jurídica letrada.

No primeiro plano, veremos como, durante o período da monarquia «corporativa»[9], o direito real constituiu uma ordem jurídica apenas virtual, mais orientada para uma intervenção simbólica, ligada à promoção da imagem do rei como sumo dispensador da justiça, do que para uma intervenção normativa que disciplinasse, efectivamente, as condutas desviantes. Este carácter virtual da ordem penal real explica, por sua vez, o carácter «livresco» da teoria penal que incide sobre ela e a sua aparente insensibilidade aos problemas sociais e humanos da punição. Tanto como a lei, o discurso dos juristas não está decisivamente vocacionado para uma modelação quotidiana da prática penal. Não é que esta esteja completamente fora do horizonte do discurso, mas impõe-se aí tanto como a tradição literária. Por isso, gritantes questões de política criminal – como, por exemplo, a da utilidade social das penas ou a da prevenção penal – são completamente submergidas pelo peso da tradição textual e pelos *clichés*. O discurso fecha-se sobre si, sobre o seu *intertexto*, e pode, assim, manter-se fiel a tradições textuais antiquíssimas, prolongar durante séculos as mesmas classificações e hierarquizações, repetir os mesmos temas e tópicos da tradição jurídica romana, canónica e medieval. E, com isto, reforçar ainda um *habitus* intelectual dos juristas que, subvertidas as condições de produção e de intervenção social deste discurso, continuará a ser responsável pela supervivência das fórmulas literárias tradicionais, ainda que preenchidas com um novo conteúdo.

No segundo plano – o das apostas políticas dos mediadores jurídicos –, destacaremos como este fechamento do discurso sobre si se transforma num factor de construção do poder corporativo dos juristas. Pela *hetero-integração* dos textos legislativos com os textos do direito comum, os juristas escapavam aos limites do direito legislado (ele mesmo, em grande parte, da sua feitura); daí a importância política da discussão em torno dos tópicos *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, segundo cremos, não deve, neste período, ser tão relacionado com a defesa das garantias dos particulares quanto

com as tensões políticas acerca do arbítrio dos juristas. Pela defesa de um domínio arbitrário de acção – na busca e prova dos factos, na sua avaliação, na interpretação da norma jurídica, na decisão sobre a oportunidade da sua aplicação – os juristas constituem-se em mediadores monopolistas do direito e averbam, assim, o capital político e simbólico daí decorrente. O próprio carácter fechado e esotérico do discurso favorece esta estratégia, ao acentuar ainda o monopólio dos juristas sobre o saber jurídico e ao decorar este último com o ar de uma disciplina altamente técnica e formalizada (i. e., distante e neutra em relação aos interesses sociais e vitais em discussão)[10].

A ruptura iluminista corresponde, por sua vez, a vários fenómenos.

No respectivo capítulo, destacaremos a modificação das modalidades de intervenção social do direito real. No seio de um projecto político que intenta reduzir os pólos periféricos de poder, construir o Estado e fazer deste o pólo único de disciplina social, a função do direito penal real vai ser, agora, verdadeiramente normativa e disciplinar.

Isto implica, naturalmente, mudanças institucionais – como a reforma do direito, da organização judiciária e do sistema das penas, a que se aludirá nesta primeira parte. Mas também mudanças discursivas, quer no plano sintáctico – i. e., da organização formal do discurso –, quer nos planos semântico – i. e., dos temas e problemas tratados – e pragmático – i. e., do estatuto dos locutores e do público visado. Destas mudanças se falará, sobretudo, na segunda parte; mas destacaremos, por ora, dois aspectos.

Um deles, correlativo da aquisição, pelo discurso jurídico-penal, de uma mais efectiva intenção prático-normativa, é o facto de nele passarem a estar continuamente presentes os temas de política criminal, substituindo as discussões dogmáticas usuais na tradição textual. A *utilidade* das soluções impõe-se agora à sua *elegância*. E, com isto, ganham-se um novo tom, um novo sistema de argumentação e de comprovação das proposições, um novo universo de referências e autoridades. Novas questões se abrem – como, por exemplo, a do «humanitarismo» – que, menos do que numa maior sensibilidade moral, se fundam antes na maior responsabilização social

dos juristas pelas opiniões que formulam no seio de um discurso que deixou de ser um jogo literário ou dogmático para se transformar num instrumento de disciplina social.

O outro aspecto diz respeito aos novos estatutos dos sujeitos do discurso.

Da parte dos autores, as modificações institucionais no plano da reforma das fontes do direito, do ensino jurídico e da organização judiciária, abalam-lhes o anterior monopólio da discussão jurídico-penal. Agora, eles têm, mais frequentemente, que convencer os leigos e que dialogar com uma literatura não técnica. No seu intertexto – i.e., no seu campo virtual de diálogo – deixam de estar apenas os textos da tradição penal letrada, para passarem a estar, também, os textos da nova ciência de polícia e a literatura sobre temas penais, mais ou menos panfletária, consumida avidamente pela opinião pública europeia na segunda metade do séc. XVIII. E, com isto, é todo um universo discursivo que se transforma.

Da parte do auditório, experimentam-se as modificações respectivas. Os textos, assim dirigidos à opinião pública e correspondentemente organizados no plano formal – na sistematização, na língua, no vocabulário, nas referências bibliográficas –, modelam um novo leitor, criam um novo auditório, não já o dos peritos em direito, mas o dos «homens ilustrados e amantes do bem público». E, com isto, modifica-se também a situação semiótica do texto e as apostas político-culturais em que este passa a estar comprometido.

Definidos o espaço discursivo e as mutações que aí se verificam, abordaremos, depois (cap. IV), a tradição literária que constitui o intertexto do *Projecto*. Procurando detectar aí, quer os momentos de ruptura, quer as continuidades na organização do discurso. Como veremos, as continuidades discursivas aparecem como imponentes, constituindo as categorias de apreensão dos problemas do crime e da pena, vigentes durante séculos para os técnicos das ciências do poder e da sociedade. Uma tão longa vigência destes quadros classificativos e valorativos não pode ter deixado de marcar muito profundamente a cultura penal europeia, mesmo nas suas manifestações populares (como o documenta a literatura popular sobre temas

penais)[11]. Nesse sentido, não seria totalmente despropositado tentar recuperar, com base neles, alguns dos traços da antropologia cultural da sociedade europeia[12]. Mas, seja como for, o que tais quadros representam é, pelo menos, a antropologia espontânea dos juristas, o cabedal impensado com o qual gerações e gerações de titulares de uma mediação político-social decisiva vão avaliar os homens e a sociedade do seu tempo e propor-lhes modelos de organização.

É aqui – ao nível de estruturas textuais e discursivas que, a um tempo, manifestam e modelam a sensibilidade mais profunda dos mediadores jurídicos da Europa moderna – que as mutações (na maneira de classificar, de hierarquizar, de relacionar ou de opor, de valorar) são mais decisivas e reprodutoras. Daí que, se concluirmos – como algumas vezes concluiremos – que é neste plano que o novo discurso de Pascoal de Melo (ou melhor, que tem em Pascoal de Melo o seu *medium*) rompe com o passado, então estaremos a justificar plenamente aquilo que antes dissemos sobre o carácter epocal da sua obra.

II. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA CORPORATIVA

O sistema penal da monarquia corporativa caracterizava-se por uma estratégia correspondente à própria natureza política desta. Ou seja, se, no plano político, o poder real se confronta com uma pluralidade de poderes periféricos, frente aos quais se assume sobretudo como um árbitro, em nome de uma hegemonia apenas simbólica, também no domínio da punição, a estratégia da coroa não está voltada para uma intervenção punitiva quotidiana e efectiva[13].

De facto, a função político-social determinante do direito penal real não parece ser, na sociedade «sem Estado» dos séculos XVI e XVII, a de efectivar, por si mesmo, uma disciplina social. Para isso lhe falta tudo – os meios institucionais, os meios humanos, o domínio efectivo do espaço e, por fim, o domínio do próprio aparelho de justiça, expropriado ou pelo «comunitarismo» das justiças populares ou pelo «corporativismo» dos juristas letrados. Essa função parece ser, em contrapartida, a de afirmar, também aqui, o sumo Poder do rei como dispensador, tanto da justiça como da graça.

É nesta perspectiva que, a meu ver, deve ser lido o direito penal da coroa. Se o fizermos, não deixaremos de convir que, em termos de normação e punição efectivas, ele se caracteriza, mais do que por uma presença, por uma ausência. Vejamos como e porquê.

Comecemos pelos aspectos ligados à efectivação *positiva* por assim dizer, da ordem real.

Com esta se relaciona, desde logo, a questão da eficácia conformadora da mediação dos juristas, ou seja, capacidade que os juristas têm, no sistema do *ius commune*, de estabelecer autonomamente o direito. No entanto, como esta questão nos irá sobretudo interessar num ulterior momento, deixemo-lo por agora. Fixemo-nos, para já, no grau de aplicação prática da ordem penal legal.

Os dispositivos de efectivação da ordem penal, tal como vinha na lei, careciam de eficiência.

Primeiro, pela multiplicidade de jurisdições[14], origem de conflitos de competência – descritos por muitas fontes como intermináveis –, que dilatavam os processos e favoreciam fugas ao castigo. Depois pelas delongas processuais – de que todas as fontes nos dão conta –, combinadas com o regime generoso de livramento dos arguidos, a que nos referiremos[15]. Finalmente – e é este o tema que, agora, nos passa a interessar – pelos condicionalismos de aplicação das penas.

Condicionalismos de dois tipos. De natureza política, isto é, relacionados com o modo como a política penal da coroa se integrava numa política mais global de disciplina régia; ou de natureza prática, relacionada com as limitações dos meios institucionais, logísticos e humanos na disponibilidade da coroa. Comecemos por estes últimos e, no final, concluiremos com os primeiros.

Tomemos para exemplo a pena de degredo. Quando aplicada para o ultramar, ela obrigava à espera, por vezes durante meses ou anos, de barcos para o local do exílio[16]; o réu ficava preso à ordem da justiça, nas cadeias dos tribunais de apelação, tentando um eventual livramento, aquando das visitas do Regedor da Justiça[17]. De qualquer modo, uma vez executada a deportação, faltavam os meios de controlo que impedissem a fuga do degredo[18].

As mesmas dificuldades existiam nas medidas, preventivas ou penais, que exigissem meios logísticos de que a administração da justiça carecia. Era o que se passava com a prisão – de resto, raramente aplicada como pena –, que obrigava à existência de cárceres seguros, à organização de operações onerosas de transporte de presos (as odiadas *levas de presos*), à disponibilidade de meios de sus-

tento dos detidos, embora parte do cibo corresse à conta destes. As únicas penas facilmente executáveis eram as de aplicação momentânea, como as açoites, o cortamento de membro ou a morte natural. Mas, como veremos de seguida, mesmo estas parece terem sido, por razões diferentes, raramente aplicadas.

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[19]. Prevista tantas vezes que, nos fins do séc. 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.

Como não existem estudos empíricos sobre os modelos de punição, nem sequer ao nível dos tribunais da corte – por onde todos os casos de penas superiores à de açoites tinham que passar em apelação[20] –, temos que nos socorrer de indícios dispersos e menos sistemáticos.

Comecemos por uma fonte – uma relação dos presos da cadeia da cidade de Lisboa, entre 1694 e 1696, a que nos referiremos mais detidamente nos parágrafos seguintes[21] – que nos faculta dados relativos às medidas penais aplicadas a cerca de 300 (em geral, grandes) criminosos; a ela se referem o Quadro I e os Gráficos I a III do Anexo. Por aí se vê que a pena capital apenas foi usada em 3 casos, todos de homicídio (um caso de homicídio do marido pela mulher, do carcereiro por um preso e «de hum rapaz»). Mas escaparam com outras penas (nomeadamente, de degredo): um «renegado e traidor, um falsificador de moeda, um salteador de estradas, quase todos os homicidas (que eram 66, dos quais 57 condenados), todos os condenados como ladrões (57 condenados, em 112 casos), os adúlteros (3, em 7), os sodomitas (1), os raptores (3, em 4), os violadores (1), os incriminados por masturbação (2, em 6), etc. (v. Quadro I, em anexo).

Trata-se, é certo, de uma fonte situada num momento preciso do tempo, embora com um número significativo de casos. Mas outros testemunhos pontuais apontam no mesmo sentido[22].

É ilustrativo tentar completar esta perspectiva reportada a um momento com uma outra, esta diacrónica, relativa à aplicação da pena de morte. Recorremos, para isto, às listagens das condenações à morte, sobretudo àquela que foi feita, no século passado, por Henriques Secco[23], completada pelos poucos casos referidos na literatura especializada e que aí não foram incluídos. Não se trata, naturalmente, de uma lista cuja exaustividade esteja garantida[24] Mas, para o Sul do país e para o período que medeia entre 1693 e 1754, ela deve conter poucos lapsos, pois se baseia no rol dos condenados constantes dos cadernos dos padres que os acompanhavam ao lugar do suplício, em Lisboa. Sendo certo que, como veremos, os tribunais da corte eram instâncias de recurso obrigatório para todas as justiças do centro-sul do reino, nestes casos.

O Gráfico III resulta da aplicação da análise factorial de correspondências[24a] aos dados anteriores. A intenção foi a de efectuar um agrupamento dos tipos criminais, a partir do tratamento de que eram objecto; e, ao mesmo tempo, agrupar as medidas penais, de acordo com a gama de crimes a que eram aplicadas. No gráfico, os pontos correspondentes às penas estão marcados com uma cruz e os correspondentes aos tipos penais com um quadrado, num caso ou noutro de tamanho proporcional ao peso da respectiva coluna ou linha da matriz.

O gráfico documenta:

a) uma grande proximidade do tratamento pena – tendendo para o degredo ou para o livramento – dos crimes de adultério, falso e injúrias;

ANEXO

Crimes, condenações e livramentos dos presos da cadeia da Relação de Lisboa (1694 a 1696)

(Fonte: *Lembranças dos criminozos...*)

	Morte	Galés	Degredo				Des-terro	Incorp.	Solto	Total
			Tot.	Índ.	Áfr.	Bra.				
L. Mag.[1]			1		(1)				1	1
Violência[2]		2	6	(3)	1	2	1	1	11	21
Rapto			(3)	(1)	(1)	(1)	(1)		(1)	(5)
Resist.			(2)	(1)		(1)	(1)		(6)	(9)
Outros		(2)	(1)	(1)			(1)	(1)	(4)	(9)
Feitiçaria[3]									2	2
Homicídio[4]	3	1	47	(16)	(22)	(9)	6		9	66
Inj. corp.[5]			6	(1)	(3)	(2)	(4)		20	30
Crimes sexuais		1	4	(1)	(2)	(1)			20	25
Estupro			(1)	(1)					(13)	(14)
Sodomia		(1)								(1)
Masturbação			(2)		(1)	(1)			6	(8)
Outros[6]			(1)							(1)
Adultério			2	(2)			1		4	7
Furto[7]		1	52	(20)	(26)	(6)	3		55	111
Falsificação[8]			4	(49)			3		14	21
Documentos			(4)	(4)			(2)		(8)	(14)
Contrabando									(2)	(2)
Ofícios									(3)	(3)
Outros							(1)		(1)	(2)
Polícia					1	(1)			2	10
Armas					1	(1)			(6)	(8)
Outros									(2)	(2)
Totais	3	5	124	(47)	(56)	(21)	18	1	143	294

[1] «Renegado e traidor».

[2] Inclui casos de arrombamento de casa, assalto a quintas, desafios, fogo posto, rapto, resistências, vandalismo.

[3] Inclui casos de superstição e de administração de beberagens.

[4] Inclui casos de homicídio duplo ou acumulado com outros crimes, de infanticídio e de conjugicídio.

[5] Inclui casos de açoites, ferimentos, tiros, bofetadas, briga, envenenamento, facadas, maus tratos à mulher.

[6] Violação.

[7] Inclui casos de furtos, burlas, carteiristas, receptação de objectos roubados.

[8] Inclui falsificações de chaves, de documentos, de papéis, uso de nome falso, uso de hábitos sem direito a eles, erros de ofício, contrabando de tabaco.

GRÁFICO I
Distribuição dos mesmos presos por tipo de crime

Distribuição por tipos penais

Presos da Relação de Lisboa, 1694-1696

(distribuição por crimes)

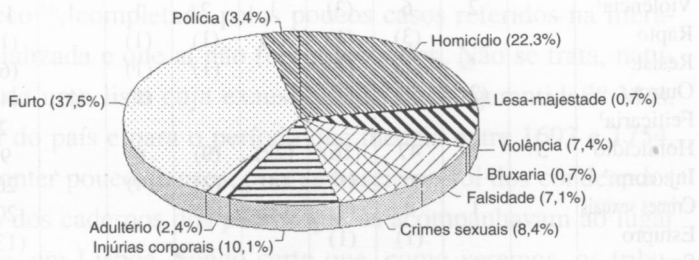


GRÁFICO II
Distribuição por condenações

Presos da Relação de Lisboa, 1694-1696

(distribuição por crimes)

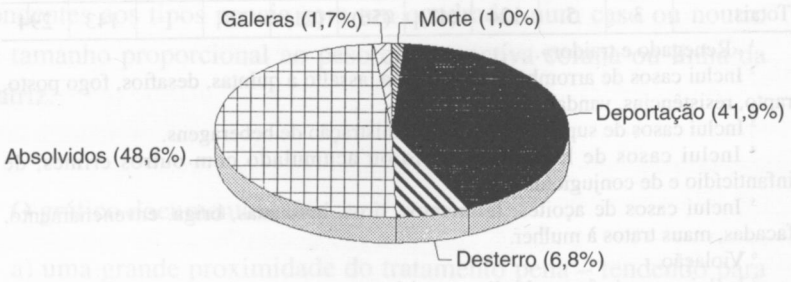
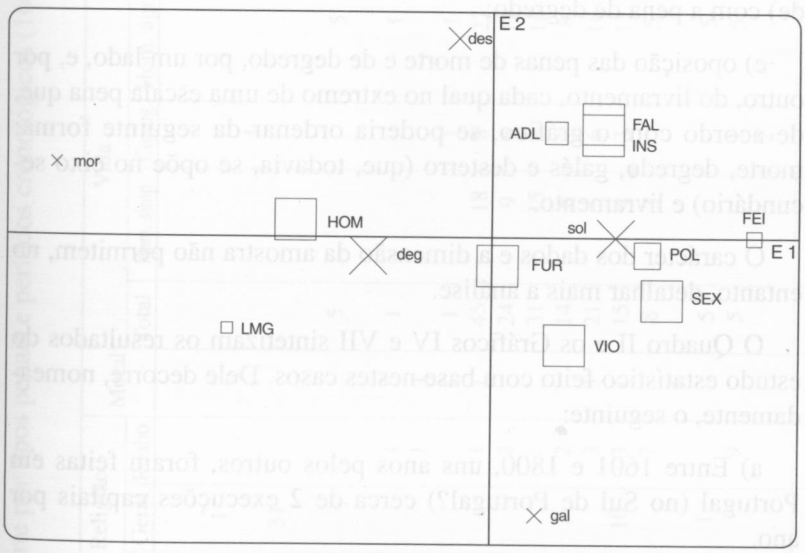


GRÁFICO III
Tipos penais e penas aplicadas



Legenda:

mor (pena de morte)
deg (degredo)
des (desterro)
sol (livramento)
gal (galés)

HOM (homicídio)
LMG (lesa-majestade)
FUR (furto)
ADL (adultério)
FAL (falso)
INS (injúrias)
VIO (violência)
SEX (cr. sexuais)
POL (cr. de polícia)
FEI (feitiçaria)

Resultados:

População total	293
Valor máximo da relação	4
Valor real da relação	302
% do eixo 1	73%
% do eixo 2	15%
% dos 3 eixos	88%

b) uma forte tendência para o livramento nos crimes sexuais e de polícia;

c) um tratamento multifacetado do furto (cujo ponto se encontra muito perto da origem);

d) uma tendência forte para tratar o homicídio (e a lesa-majestade) com a pena de degredo;

e) oposição das penas de morte e de degredo, por um lado, e, por outro, do livramento, cada qual no extremo de uma escala pena que, de acordo com o gráfico, se poderia ordenar da seguinte forma: morte, degredo, galés e desterro (que, todavia, se opõe no eixo secundário) e livramento.

O carácter dos dados e a dimensão da amostra não permitem, no entanto, detalhar mais a análise.

O Quadro II e os Gráficos IV e VII sintetizam os resultados do estudo estatístico feito com base nestes casos. Dele decorre, nomeadamente, o seguinte:

a) Entre 1601 e 1800, uns anos pelos outros, foram feitas em Portugal (no Sul de Portugal?) cerca de 2 execuções capitais por ano.

b) Se a fonte tivesse sempre a mesma fiabilidade – e pensamos, apesar de tudo, que há que distinguir, a este respeito, o período de 1601 a 1692 do que decorre entre 1693 e 1800 – teríamos que opor um séc. XVII relativamente pouco cruel (c. de uma condenação capital por ano) de um séc. XVIII que aplicou, quase até ao seu termo (a fase «humanitarista»), com relativa frequência (c. de quatro vezes por ano) a pena última.

c) Não insistindo demasiado neste aspecto, notemos a distribuição tipológica das condenações (Gráfico V): cerca de 50% das execuções respondem a uma política de salvaguarda de bens «públicos» (crimes políticos, crimes religiosos, crimes morais) [25], a restante metade corresponde à salvaguarda de bens «privados» – a vida, a honra e o património. Mas o que é ainda mais esclarecedor é verificar a evolução deste equilíbrio ao longo dos anos (Gráfico VI).

QUADRO II

Distribuição das condenações à morte por tipos penais e períodos cronológicos (1601-1800)

Anos	Ordem política				Religião			Moral	Vida				Honra	Patrim.	Totais
	Total	Tr./Sed.	Falso	Viol.	Total	Geral	Roubo		Total	Hom. simp.	Conjug.	Hom. agr.			
1603-1610					1	1		2							1
1611-1620											1				2
1621-1630					3	31									3
1631-1640	1		1		1										2
1641-1650	14	13	1						5			5			19
1651-1660	2	1	1												2
1661-1670					1		1		1			1			2
1671-1680	8	7		1	1		1	3							9
1681-1690								1	1		1	1			1
1691-1700	6	1	4	1	1		1	1	45	18	8	27		7	62
1701-1710	7	4		3	2		2		24	9	6	15	1	1	36
1711-1720	4		1	3					31	15	3	16		4	40
1721-1730	5			5	4	2	2		14	6	1	8		2	25
1731-1740	9			9	3		3	3	21	5	6	16		6	42
1741-1750	19	5	2	12	13	10	3	1	15	4	3	11	1	7	56
1751-1760	41	33	7	1	7		7		8	3		5		8	64
1761-1770	48	34	8	6				1						5	55
1771-1780	2	2			1	1			5			5			8
1781-1790	15	15			9		9		5		1	5			29
1791-1800	9	1		8							2				9
1601-1800	190	116	25	49	47	18	41	12	175	60		115	2	41	467

GRÁFICO IV
Evolução por tipo de crime (totais)

Penas de morte executadas, 1601-1800 (por décadas).

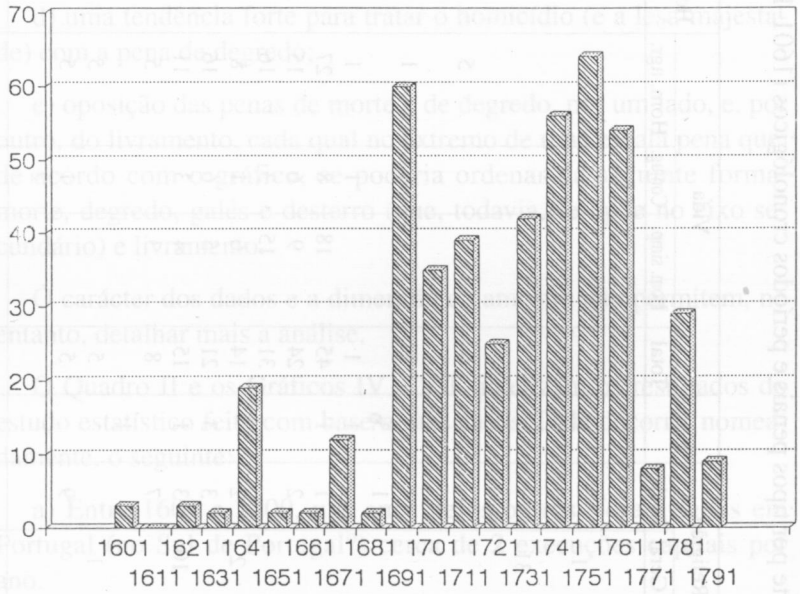


GRÁFICO V
Composição total (por tipos de crime)

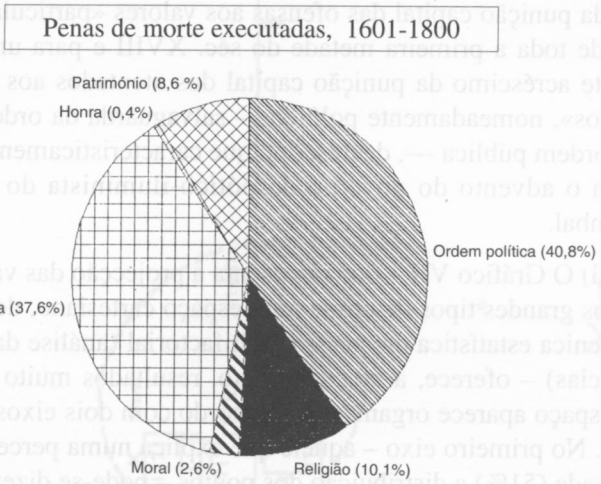
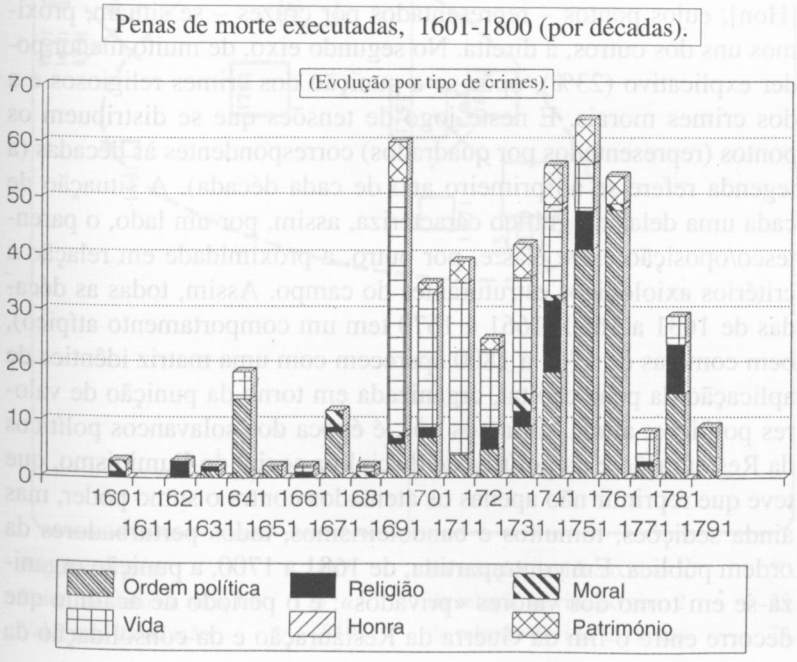


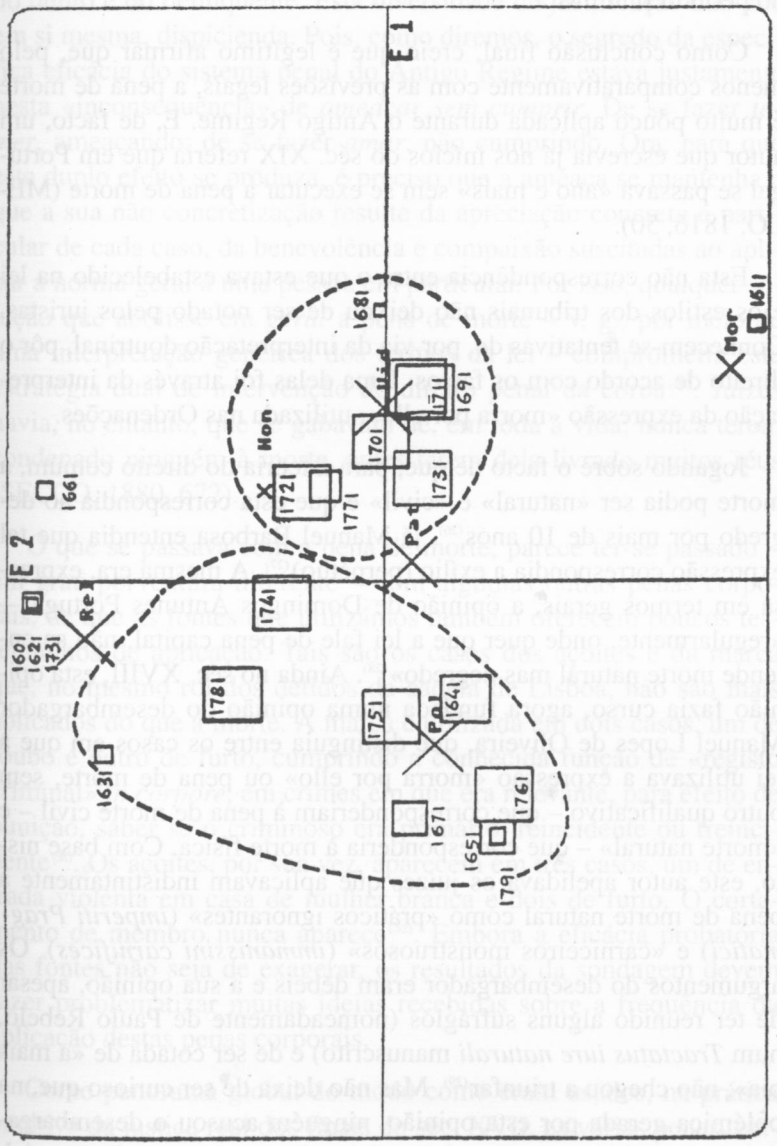
GRÁFICO VI
Evolução por tipo de crime (parcial)



Os dados disponíveis, sobretudo para os anos de que temos mais informação, apontam ineludivelmente para um decréscimo progressivo da punição capital das ofensas aos valores «particulares» ao longo de toda a primeira metade do séc. XVIII e para um correspondente acréscimo da punição capital dos atentados aos valores «públicos», nomeadamente políticos – salvaguarda da ordem política e da ordem pública —, decréscimo que caracteristicamente se acentua com o advento do governo despótico-iluminista do Marquês de Pombal.

d) O Gráfico VII – que representa a projecção das várias décadas e dos grandes tipos de crime num espaço cartesiano, de acordo com a técnica estatística da análise multifactorial (análise das correspondências) – oferece, a este propósito, resultados muito impressivos. O espaço aparece organizado de acordo com dois eixos de polarização. No primeiro eixo – aquele que explica numa percentagem mais elevada (51%) a distribuição dos pontos – pode-se dizer que se opõe a criminalidade política (Pol), situada à esquerda, da criminalidade contra os valores particulares (vida [Vid], património [Pat] e honra [Hon]; eujos pontos – representados por cruzes – se situam, próximos uns dos outros, à direita. No segundo eixo, de muito menor poder explicativo (23%), opõe-se a punição dos crimes religiosos e a dos crimes morais. É neste jogo de tensões que se distribuem os pontos (representados por quadrados) correspondentes às décadas (a legenda refere-se ao primeiro ano de cada década). A situação de cada uma delas no gráfico caracteriza, assim, por um lado, o parentesco/oposição entre elas e, por outro, a proximidade em relação a critérios axiológicos estruturantes do campo. Assim, todas as décadas de 1631 a 1660 (1661 a 1670 tem um comportamento atípico), bem como as de 1741 a 1800 aparecem com uma matriz idêntica de aplicação da pena capital, organizada em torno da punição de valores políticos; afinal, diríamos nós, é época dos solavancos políticos da Restauração e da política de disciplina social do Iluminismo, que teve que reprimir não apenas os atentados contra o sumo poder, mas ainda sedições, tumultos e bandoleirismos, todos perturbadores da ordem pública. Em contrapartida, de 1681 a 1700, a punição organiza-se em torno dos valores «privados»: é o período de acalmia que decorre entre o fim da Guerra da Restauração e da consolidação da

GRÁFICO VII



População total	467	da relação devida ao eixo 1	50.4
Valor máximo da relação	5	da relação devida ao eixo 2	23.9
Valor real da relação	.8191	da relação devida aos eixos	74.3

dinastia brigantina até à renovação das relações Estado/sociedade do período Iluminista.

Como conclusão final, creio que é legítimo afirmar que, pelo menos comparativamente com as previsões legais, a pena de morte é muito pouco aplicada durante o Antigo Regime. E, de facto, um autor que escrevia já nos inícios do séc. XIX referia que em Portugal se passava «ano e mais» sem se executar a pena de morte (MELO, 1816, 50).

Esta não correspondência entre o que estava estabelecido na lei e os estilos dos tribunais não deixou de ser notado pelos juristas. Conhecem-se tentativas de, por via da interpretação doutrinal, pôr o direito de acordo com os factos. Uma delas foi através da interpretação da expressão «morra por ello», utilizada nas Ordenações.

Jogando sobre o facto de que, para a teoria do direito comum, a morte podia ser «natural» e «civil» e que esta correspondia ao degredo por mais de 10 anos[26], já Manuel Barbosa entendia que tal expressão correspondia a exílio (perpétuo)[27]. A mesma era, expressa em termos gerais, a opinião de Domingos Antunes Portugal – «regularmente, onde quer que a lei fale de pena capital, não se entende morte natural mas degredo»[28]. Ainda no séc. XVIII, esta opinião fazia curso, agora fundada numa opinião do desembargador Manuel Lopes de Oliveira, que distinguia entre os casos em que a lei utilizava a expressão «morra por ello» ou pena de morte, sem outro qualificativo – que corresponderiam à pena de morte civil – e «morte natural» – que corresponderia à morte física. Com base nisto, este autor apelidava os juízes que aplicavam indistintamente a pena de morte natural como «práticos ignorantes» (*imperiti Pragmatici*) e «carniceiros monstruosos» (*immanissini carnifices*). Os argumentos do desembargador eram débeis e a sua opinião, apesar de ter reunido alguns sufrágios (nomeadamente de Paulo Rebelo, num *Tractatus iure naturali* manuscrito) e de ser cotada de «a mais pia», não chegou a triunfar[29]. Mas não deixa de ser curioso que, na polémica gerada por esta opinião, ninguém acusou o desembargador de laxismo ou a sua opinião de perigosa para a ordem social. Na verdade, o que ele tentava fazer era justificar com argumentos legais uma prática geral, por outros menos provocatoriamente fun-

dada no poder arbitrário do juiz de adequar a pena às circunstâncias do delito e do delinquente. Esta diversidade de justificação não era, em si mesma, dispicienda. Pois, como diremos, o segredo da específica eficácia do sistema penal do Antigo Regime estava justamente nesta «inconsequência» de *ameaçar sem cumprir*. De se fazer *temer*, ameaçando; de se fazer *amar*, não cumprindo. Ora, para que este duplo efeito se produza, é preciso que a ameaça se mantenha e que a sua não concretização resulte da apreciação concreta e particular de cada caso, da benevolência e compaixão suscitadas ao aplicar a norma geral a uma pessoa em particular. Por isso, qualquer solução que abolisse em *geral* a pena de morte – v. g., por meio de uma interpretação genérica dos termos da lei – comprometia esta estratégia dual de intervenção do direito penal da coroa[30]. Juízes havia, no entanto, que se gabavam de, em toda a vida, nunca terem condenado ninguém à morte, antes terem dela livrado muitos réus (SECCO, 1880, 672).

O que se passava com a pena de morte, parece ter-se passado – em grau porventura diferente – com algumas outras penas corporais, de que as fontes que utilizámos também oferecem poucos testemunhos de aplicação. Tais são os casos dos açoites e da marca que, no mesmo rol dos detidos da cadeia de Lisboa, não são mais aplicados do que a morte. A marca é utilizada em dois casos, um de roubo e outro de furto, cumprindo a conhecida função de «registo criminal» *in corpore*, em crimes em que era relevante, para efeito de punição, saber se o criminoso era primário, reincidente ou treincidente[31]. Os açoites, por sua vez, aparecem em três casos, um de entrada violenta em casa de mulher branca e dois de furto. O cortamento de membro nunca aparece[32]. Embora a eficácia probatória das fontes não seja de exagerar, os resultados da sondagem devem fazer problematizar muitas ideias recebidas sobre a frequência da aplicação destas penas corporais.

Como panorama global do modo como eram usados, na prática punitiva da justiça real dos finais do séc. XVII, as várias penas, elaborámos o Quadro I, baseado nos dados colhidos do já citado manuscrito *Lembrança de todos os criminosos...*, onde se faz uma lista dos 454 presos da cadeia da cidade, presentes ao Regedor da Jus-

tiça, aquando das visitas que regimentalmente devia fazer à cadeia da corte[33]. A lista terá sido feita em 1694, conforme se lê no rosto dos dois tomos; mas tem acrescentos, de outra mão, reportados a datas posteriores, até 1696. Em relação a cada réu, regista-se em geral, o nome, o crime de que vinha acusado, o lugar do crime, há que tempo estava preso, o estado da causa, o seu destino final e o nome do escrivão do processo. Há casos em que falta algum destes dados. Com indicação, tanto do crime de que vinha acusado, como da decisão final, existem 294 casos.

Com base nesta amostra não se pode, evidentemente, fazer qualquer estudo estatístico sobre a criminalidade da época, não tanto pela exiguidade do número de casos, como sobretudo pelo carácter não representativo da amostra, em relação ao universo da criminalidade. Mas pode ter-se uma ideia do modelo de punição adoptado no tribunal da corte.

Os traços deste modelo são os seguintes (v. os Gráficos I a III, em anexo).

Em primeiro lugar. Praticamente, os detidos ou eram soltos (48%) ou enviados para o degredo, no ultramar (42%) ou no reino e Norte de África (6 %). As razões do livramento – por absolvição, por perdão ou por fiança – não se conhecem. Algumas vezes, parece que seria por falta de culpas, mas em muitos casos as expressões usadas para descrever o estado da causa deixam supor que se tratava antes de livramento ou por fiança ou por perdão. Nestes últimos casos, não deixaria de ter sido tido em conta o facto de os arguidos já haverem sofrido um – por vezes longo, mas sempre duro (há 14 casos de morte na cadeia) – período de prisão.

Em segundo lugar, no que respeita às penas. A pena de morte foi rarissimamente aplicada (3 casos de homicídio, correspondendo a 1% do total e a 2% das condenações). Embora a lista abunde (38%) em crimes a que corresponderia forçosamente a pena capital (lesa majestade, violência, feitiçaria, homicídio, moeda falsa, estupro e violação); contendo ainda muitos casos de furto (38%) alguns deles de objectos descritos como valiosos), a que também podia competir pena de morte. Os açoites são aplicados em três casos (arromba-

mento, dois furtos); sempre combinados com o degredo ou galés. A condenação às galés aparece em cinco casos (dois arrombamentos, um furto, um homicídio e um caso de sodomia). A incorporação no exército, num caso (assalto a quintas).

Finalmente, pelo que respeita à utilização da prisão preventiva como meio punitivo arbitrário. Encontram-se não poucos casos de indivíduos detidos à ordem de qualquer entidade (rei, um desembargador, o regedor, outros juízes), sem qualquer acusação precisa («não se sabe porquê») ou por actos que, normalmente, não dariam lugar a punição, como adultério ou maus tratos à mulher. Teriam sido apanhados nas devassas de estilo sobre os «pecados públicos»; em geral, acabaram por ser libertados; mas, entretanto, a prisão funcionou como pena.

Parece, em vista disto, que o leque das penas praticadas no plano do sistema punitivo régio ficava afinal muito reduzido e, sobretudo, carecido de medidas intermédias. No topo da escala, teoricamente, a pena de morte; mas, sobretudo, o degredo, com todas as dificuldades de aplicação – e consequente falta de credibilidade – a que nos referimos. Na base, as penas de açoites – inaplicáveis a nobres e, em geral, aparentemente pouco usadas, pelo menos a partir dos fins do séc. XVII – e as penas pecuniárias.

Assim, e ao contrário do que muitas vezes se pensa, a punição no sistema penal efectivamente praticado pela justiça real no Antigo Regime – pelo menos até ao advento do despotismo iluminado – não era nem muito efectiva, nem sequer muito aparente ou teatral. Os malefícios, ou se pagavam com dinheiro, ou com um degredo de duvidosa efectividade e, muitas vezes, não excessivamente prejudicial para o condenado. Ou, eventualmente, com um longo e duro encarceramento «preventivo».

Ou seja, mais do que em fonte de uma justiça efectiva e quotidiana, o rei constitui-se em dispensador de uma justiça apenas – e, acrescente-se, cada vez mais – virtual. Independentemente dos mecanismos de graça e da atenuação casuística das penas, que estudaremos a seguir, o rigor das leis – visível na legislação quatrocentista e quinhentista (a legislação manuelina tende a agravar o rigor e

crueldade da punição) – fora sendo temperado com estilos de punir cada vez mais brandos.

Passemos, agora, ao pólo oposto da punição: o perdão ou, mais em geral, as medidas que, na prática, traduziam a outra face da intervenção régia em matéria penal – o exercício da graça.

Tem sido ultimamente destacado o carácter massivo do perdão na prática penal da monarquia corporativa[34]. E tem sido mesmo destacado que o exercício continuado do perdão destruía o seu carácter imprevisto e gracioso e o transformara, pelo menos para certos crimes, num *estilo* e, com isto, num expediente de rotina.

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, 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 súbditos, que mais se devia fazer amar do que temer[35]. 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)[36], estabelecia-se como regra de ouro que, ainda mais frequentemente do que punir, devia o rei ignorar e perdoar («principem non decere punire semper, nec semper ignoscere, punire tamen saepe, ac saepius ignorare officium regium esse; miscere clementian, & severitatem pulchrius esse»)[37], não seguindo pontualmente o rigor do direito («Ex praedicitis infertur non esse sequendum regulariter, quod praecipuit jus strictum… summum ius, summam crucem [vel] injuriam»)[38]. Este último texto aponta já para um outro fundamento teórico da moderação da punição – ou seja, o contraste entre o rigor do direito e a equidade de cada caso. Fundamento que, valendo para todos os juízes – pelo que reservamos uma referência mais alargada para o momento em que tratarmos dos fundamentos teóricos do poder arbitrário dos juristas –, valia ainda mais para o juiz supremo que era o rei.

Tal quadro doutrinal e ideológico tinha reflexos directos no plano institucional. Um dos tratamentos mais completos do regime do

perdão na doutrina portuguesa é o de Domingos Antunes Portugal[39], onde se discutem os requisitos a que devia obedecer a sua concessão. Em primeiro lugar, é destacado o seu carácter de *regalia* (mesmo de *regalia maiora ou quoe ossibus principis adhoerent*[40]); em segundo lugar, a necessidade de uma justa causa para a sua concessão, embora logo se adiante que «justa, & magna causa est principis voluntas» (n.° 11); em terceiro, a precedência de perdão de parte (Ord. fil., I, 3, 9; III, 29), embora se exceptuassem os casos em que o perdão fosse concedido *pro bono pacis* (n.° 30) ou em que o príncipe exercitasse, com justa causa, a sua *potestas absoluta* (n.° 40 ss., *maxime*, n.° 47)[41-42].

A doutrina, porém, atestava uma prática do perdão mais permissiva do que o faziam supor as determinações legais e, mesmo, doutrinais. Manuel Barbosa informa que era estilo comutar as penas mesmo sem o perdão da parte, decorrido um terço do seu cumprimento[43]. E que, embora Jorge de Cabedo aconselhe em contrário, se perdoavam mesmo os crimes mais graves, recordando casos ocorridos na sua terra de perdão de penas capitais, sem perdão de parte: «eu próprio vi, no entanto, perdoar a pena capital a um nobre de Guimarães, sem perdão de parte, e ouvi dizer que o mesmo acontecera a um certo homem de Monção, mas para isto deve ocorrer grave causa, pois o príncipe não pode facilmente perdoar contra o direito da parte lesada»[44].

O perdão e comutação da pena combinavam-se, de resto, com uma outra medida de alcance prático semelhante – a concessão de alvarás de fiança (*liberatio sub fideiussoribus*), que permitiam aos réus aguardar em liberdade o julgamento ou o «livramento» por perdão ou comutação[45]. Também aqui, o regimento do Desembargo do Paço procura estabelecer um maior rigor (cf., *ibid.*, 24) para evitar que tais alvarás «dêm occasião aos delinquentes commetterem os delictos tão facilmente com sperança de haverem os ditos Alvarás para se livrarem soltos». Mas, na prática, o regime parece ter continuado a ser bastante permissivo. No rol de réus presos à ordem da Casa da Suplicação, a que já nos temos referido, quase metade (mais exactamente, 48 %) daqueles de que se sabe o destino saem soltos, por perdão, fiança ou, eventualmente, por falta de culpas; e, em relação a muitos outros, «corria livramento» por meios ordinários.

Além das cartas de perdão e dos alvarás de fiança, existiam ainda as *cartas de seguro* (*securitatis ou assecurationis litterae*), passadas pelos corregedores e outros juízes, que garantiam o acusado contra a prisão antes da conclusão da causa[46]. Do relevo prático deste instituto na instauração da permissividade criminal, diz-nos o testemunho de Manuel Mendes de Castro: «Digo-te que em nenhuma outra parte estão em uso senão neste reino, embora este costume português pareça um tanto alucinado... Se o meu juizo vale algo, penso que seria melhor aboli-las completamente, se fossem tomadas outras medidas de que adiante falarei [refere-se ao alargamento da competência para passar alvarás de fiança, baseado no direito comum e no facto de os processos, em Portugal, se prolongarem muito por malícia das partes; cf. *ibid.*, app. III]»[47].

Esta situação de permissibilidade era incentivada pelo poder. O influente valido de D. João V recomendava rispidamente ao desembargador Inácio da Costa Quintela: «Sua Magestade manda advertir V. M., que as leis são feitas com muito vagar e socego, e nunca devem ser executadas com aceleração; e que nos casos crimes sempre ameaçam mais do que na realidade mandam [...] porque o legislador he mais empenhado na conservação dos Vassalos do que no castigo da Justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor que ellas impõem» (MELO, 1816, 9).

Concluindo. Pelos expedientes de *graça* realizava-se o outro aspecto de inculcação ideológica da ordem real. Se, ao ameaçar punir (mas punindo, efectivamente, muito pouco), o rei se afirmava como *justiceiro*, dando realização a um tópico ideológico essencial no sistema medieval e moderno de legitimação do poder, ao perdoar, ele cumpria um outro traço da sua imagem – desta vez como *pastor* e como *pai* –, essencial também à legitimação. A mesma mão que ameaçava 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 no *temor*, não investia menos no *amor*. Tal como Deus, ele desdobrava-se na figura do Pai justiceiro e do Filho doce e amável.

Assim, o perdão e as outras medidas de graça, longe de contrariarem os esforços de construção *positiva* (pela ameaça) da ordem

régia, corroboram esses esforços, num plano complementar, pois esta ordem é o instrumento e a ocasião pelos quais se afirma ideológica e simbolicamente, em dois dos seus traços decisivos – *summum ius, summa clementia* – o poder real.

Da parte dos súbditos, este modelo de legitimação do poder cria um certo *habitus* de obediência, tecido, ao mesmo tempo, com os laços do temor e do amor. Teme-se a *ira regis*; mas, até à consumação do castigo, não se desespera da *misericordia*. Antes e depois da prática do crime, nunca se quebram os laços (de um tipo ou de outro) com o poder. Até ao fim, ele nunca deixa de estar no horizonte de quem prevarica; que, se antes não se deixou impressionar pelas suas ameaças, se lhe submete, agora, na esperança do perdão. Trata-se afinal, de um modelo de exercício do poder coercitivo que evita, até à consumação final da punição, a «desesperança» dos súbditos em relação ao poder; e que, por isso mesmo, tem uma capacidade quase ilimitada de prolongar (ou reiterar) a obediência e o consenso, fazendo economia dos meios violentos de realizar uma disciplina não consentida.

Em comunidades em que os meios *duros* de exercício do poder eram escassos, modelos que garantissem ao máximo as condições de um exercício consentido do poder eram fortemente funcionais.

Tudo combinado – no plano da estratégia punitiva, do funcionamento do perdão ou do livramento e da escala de penas efectivamente aplicável e aplicada –, o resultado era o de um sistema real/oficial de punição pouco orientado para a aplicação de castigos e, finalmente, pouco crível neste plano. O controlo dos comportamentos e a correspondente manutenção da ordem social só se verificava porque, na verdade, ela repousava sobre mecanismos de constrangimento situados num plano diferente do da ordem penal real.

A disciplina social baseava-se, de facto, mais em mecanismos quotidianos e periféricos de controlo, ao nível das ordens políticas infra-estaduais – a família, a Igreja, a pequena comunidade[48]. Neste conjunto, a disciplina penal real visava, sobretudo, uma função política – a da defesa da supremacia simbólica do rei, enquanto titular supremo do poder punitivo e do correspondente poder de agraciar.

Para isto, nem era preciso punir todos os dias, nem sequer punir *estrategicamente* do ponto de vista dos interesses de disciplina da vida social (i. e., punir os atentados mais graves ao convívio social). Disto se encarregavam, usando tecnologias disciplinares diversas, os níveis infra-reais de ordenação. À justiça real bastava intervir o suficiente para lembrar a todos que, lá no alto, meio adormecida mas sempre latente, estava a *suprema punitiva potestas* do rei. Tal como o Supremo Juiz, o rei devolvia aos equilíbrios naturais da sociedade o encargo de instauração da ordem social.

Por outro lado, para se fazer lembrar e reconhecer, para manter a carga simbólica necessária à legitimação do seu poder, o rei dispõe de uma paleta multímoda de mecanismos de intervenção. Pode, decerto, punir; mas pode também agraciar, assegurar ou livrar em fiança; como pode, finalmente, mandar prender. Pode optar, isto é, tanto pelo meio desgastante da crueza, como pelo meio económico do perdão. Ao fazer uma coisa ou outra, afirma-se na plenitude do seu poder e no cabal exercício das suas funções. Pois – segundo uma conhecida máxima do início do Digesto – a realização da justiça (leia-se, da disciplina social) exige uma estratégia plural, em que, ao lado do medo das penas, figuram os prémios e as exortações (*non solum metu poenarum, verum etiam premiorum quoque exhortatione*, D., 1, 1, 1, 1).

Segundo creio, o traço específico da estratégia política do Antigo Regime – e, também, consequentemente, a sua estratégia punitiva – é, justamente, esta constante consciência da multi-dimensionalidade das tecnologias do poder. Este aproveitamento sábio das formas «doces» de condicionamento, como vicariantes do uso de formas «violentas» de disciplina. No fundo, isto não era senão o sintoma, no plano político, das intenções do poder da coroa em relação aos equilíbrios sociais estabelecidos. Longe de os querer alterar, a coroa queria arbitrá-los, assumindo-se não como centro único do poder, mas como pólo coordenador de uma sociedade politicamente policentrada.

Procurámos, até aqui, caracterizar a estratégia política da coroa que explica o modelo de intervenção social do direito régio e «letrado». Mas este modelo adequa-se também aos jogos políticos dos ju-

ristas, como mediadores exclusivos de uma tradição textual, dogmática e doutrinal.

Na verdade, na perspectiva destes interesses de corpo, o essencial não era que a ordem punitiva real-letrada tivesse um impacto normativo alargado. Essencial era, pelo contrário, que ela garantisse aos juristas um grau máximo de mediação, obtido através de uma máxima autonomia de julgamento. Isto conseguia-se defendendo, a todo o transe e numa pluralidade de planos, o arbitrário dos critérios de decisão.

O primeiro esteio do *arbitrium iudicis* era constituído pela existência de inúmeras penas arbitrárias, quer na ordem jurídica real[49], quer no direito letrado[50]. Neste domínio, competia ao juiz fixar a pena, embora a doutrina dominante defendesse que ele não podia exceder a pena de morte civil (= degredo)[51].

Mas a defesa do arbitrário do juiz (do jurista) entronca ainda num tópico que antes já encontrámos, o da correcção do direito (*ius*) pela equidade (*aequitas*). Baptista Fragoso – professor em Évora nos finais do séc. XVI e aí contemporâneo de Luís de Molina – discute longamente os limites do arbítrio jurisprudencial, a propósito da questão «utrum magistratus possunt augere, vel minuere peonas a lege, vel consuetudine statutas?»[52]. Depois de estabelecer o princípio geral de que o juiz está limitado pelas disposições da lei quanto às penas (ns. 238-242), o autor introduz limitações a esta regra, enumerando as causas que justificavam o tempero do *rigor iuris* pela *aequitas*.

Esta correcção casuística da lei seria, desde logo, normal, pois «hoje todas as penas estão no arbítrio do juiz, tidas em consideração as circunstâncias dos factos e das pessoas [...] pois as leis não podem exprimir todas as circunstâncias; e, assim, é deixada a faculdade ao arbítrio do juiz de, segundo a contingência dos factos e de acordo com o seu arbítrio, aumentar, diminuir ou mudar as penas» (n.° 243). De onde decorreria que todos os juízes, salvo os inferiores[53], poderiam corrigir as penas legais *per modum epikeiae*, por motivos tão diversos como o bem da república, o bem da fé, a observância da *ratio leigis ou iuris*, a paridade de situações, etc.[54].

Por outro lado, a literatura jurídica enumera uma série de causas e circunstâncias em geral relevantes para este juízo de equidade[55]. Entre elas estão, decerto, as causas de exclusão da ilicitude ou de exclusão e atenuação da culpa, hoje tipificadas (a menoridade, o grau de intenção, a legítima defesa, a obediência devida). Mas estão também circunstâncias como a senectude[56], a pobreza[57], a rusticidade[58], a hierarquia social do réu[59] e, mesmo, as relações de amizade com o juiz[60].

A este arbítrio na fixação da pena, somava-se o arbítrio no desencadear da acção penal[61]; depois, no estabelecimento e valoração dos factos [62] e no decretar a prisão; consumando-se na possibilidade de aplicação de penas arbitrárias no caso de insuficiência de provas[63].

Este enorme âmbito do arbítrio de juízes – e juristas, pois na teoria do direito comum o juiz devia conformar-se, no uso dos seus poderes arbitrários, com a *ratio iuris* desvendada pela doutrina – transformava os operadores jurídicos nos titulares de um poder de decisão (de punição, de ilibação) muito importante.

A estratégia de desenvolvimento deste poder não exigia, seguramente, que o discurso jurídico fosse socialmente «praticável», adequado ou «legível». Em contrapartida, ganhava se ele tivesse uma lógica circular de fundamentação; i. e., se se fechasse sobre si, fundamentando-se na tradição textual dos juristas, tomando-se a si próprio como referência autoritária e, mesmo, assumindo-se, orgulhosamente, como desligado da realidade e da racionalidade comum.

III. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA «ESTATALISTA»

O despotismo iluminista marca o advento de novas intenções do poder da coroa. Se muitas limitações estruturais da prática punitiva real permanecem, existe, em contrapartida, um projecto novo de actuação política dos monarcas. Agora, no plano das ideias-guia da acção política, à *justiça* substitui-se a *disciplina*. A coroa vai pretender constituir-se em centro único do poder e da ordenação social, esvaziando os centros políticos periféricos e pondo, com isto, fim à constituição política da monarquia pluralista.

Todo este programa político – a que aqui cabe apenas fazer uma referência genérica – tem consequências directas na política penal, agora posta directamente ao serviço destes intentos disciplinadores da monarquia. Se, antes, a punição real cumpria uma função quase exclusivamente simbólica, agora ela passa a desempenhar um papel normativo prático. Ao punir, pretende-se, de facto, controlar os comportamentos, dirigir, instituir uma ordem social e castigar as violações a esta ordem. Para isto, o direito penal da coroa tem que se converter num instrumento efectivo, funcionando eficazmente e sendo, por isso, crível e temido.

Isto significava uma inversão quase completa da matriz anterior de intervenção penal e implicava uma não menor alteração das condições de exercício da prática penal.

Desde os meados do séc. XVIII que deparamos, em Portugal, com os sintomas desta mutação.

Um deles é já o referido agravamento do rigor do sistema penal da coroa, visível no aumento de frequência da aplicação da pena de morte e, sobretudo, na mais visível funcionalização desta aplicação aos objectivos políticos conjunturais da coroa. Lembrem-se os casos da punição exemplar dos implicados na sedição do Alto Douro, dos culpados no atentado contra D. José, dos culpados de falsificação de títulos de crédito, do Pe. Malagrida, dos sediciosos de Goa, Angola e Cabo Verde, dos bandoleiros, etc..

Outro é a multiplicação, na legislação josefina, da cominação da pena de morte, por vezes rodeada de desusados ingredientes de crueldade [64]. Mas a estratégia de compensar a falta de efectividade do aparelho penal pelo carácter exemplar das penas tinha limitações. Por um lado, ao aumentar desmesuradamente as penas, estas perdiam toda a relação com o crime e, subvertido o princípio da proporção entre malefício e punição já recomendado por Cícero (*De legibus*, III, 20), a punição perdia a sua legitimação e o justiçado transformava-se em vítima. Por outro, se, por ineficácia do aparelho judicial, claudicasse a aplicação efectiva das penas, o seu rigor tornava-se irrisório.

Daí que a política iluminista desde cedo tenha definido como objectivo central o da reforma da justiça, no sentido de aumentar a sua eficácia. Em Portugal, respondem a esse escopo conhecidas medidas pombalinas, aqui apenas enumeradas: a certificação das fontes de direito e a disciplina da jurisprudência, promovidas pela Lei da Boa Razão, de 1769[65], a sistematização da formação jurídica e a disciplina do discurso dos juristas, impulsionadas pela Reforma dos Estudos Jurídicos na Universidade de Coimbra, de 1772[66], a sistematização do direito legislativo, prosseguida pelo Projecto do Novo Código[67], a reforma da organização judiciária senhorial de 1790 e 1792 (parcial e preparatória de medidas mais globais de reorganização judiciária, como a da reforma das comarcas)[68], a criação da Intendência Geral da Polícia[69]. É possível reunir todas estas medidas sob uma única palavra de ordem: promoção do legalismo e limitação do arbítrio doutrinal e judiciário. Com o que se recolhia um dos tópicos correntes em todo o iluminismo europeu, exemplarmente formulado por Montesquieu, quando propunha transformar os juízes em meras bocas que pronunciem as palavras da lei.

Aparte estas medidas de racionalização da prática jurídica, a política penal da coroa, bem traduzida na literatura criminal do pombalismo, estabeleceu algumas linhas de orientação – no plano dos objectivos, do âmbito dos meios e da legitimação, – específicas para o domínio penal, as quais visam responder às insuficiências da anterior prática penal na perspectiva dos novos desígnios de instauração da disciplina social.

A primeira delas é a da *redefinição dos níveis e objectivos de controlo social a cargo da coroa.*

Esta redefinição decorre de um novo conceito de *delito*, que agora é feito equivaler, muito estritamente, aos factos que ofendam a ordem *externa* da sociedade, entendida como a soma da utilidade pública com a utilidade dos particulares. Com isto, deixam de ser perseguíveis, quer os actos que careçam de manifestações externas, quer mesmo aqueles que, tendo-as, não consubstanciem uma ofensa concreta dessas utilidades, embora possam contrariar certos padrões de conduta julgados desejáveis[70]. O crime é, agora, nitidamente distinguido do pecado ou do vício. Assim, tende-se para uma descriminalização das ofensas à religião, desde que não consubstanciassem uma ofensa externa à religião *estabelecida* (não à religião *verdadeira*)[71], o mesmo acontecendo a outros actos, viciosos ou censuráveis, mas não socialmente perturbantes, como a embriaguez, a masturbação, a usura, o jogo, o «maquiavelismo», a maledicência ou o suicídio[72]. Do ponto de vista da implantação efectiva da ordem penal real, esta restrição do seu campo de intervenção evitava a dispersão de esforços dos aparelhos de justiça na punição de factos que, para além de dificilmente averiguáveis, eram irrelevantes na perspectiva da instauração da ordem social. A segunda linha de orientação é a do *redimensionamento do espaço punitivo do direito régio.*

Neste plano, promove-se o alargamento desse espaço, pela abolição ou restrição dos espaços punitivos periféricos[73].

Neste novo espaço, porém, a punição régia devia ser efectiva. Assim, a nova política penal da coroa reage, como já vimos, contra todas as formas de, pelo arbítrio judicial ou pelas delongas processuais, se eximir o criminoso às sanções previstas na lei. É por isto

que se reaje contra o *probabilismo* da ciência penal anterior – protagonizado emblematicamente por Prospero Farinaccio – em que «para tudo, se acha doutrina» (*Codigo...*, XXX), contra o arbítrio na aplicação das penas (*Codigo...*, XXV), contra o abandono da regulamentação penal à doutrina, o que daria origem a uma jurisprudência caótica (*Ins. iur. crim.*, t. 8,§1), contra a latitude dos poderes do juiz no decretar da prisão (*ibid.*, t. 15, pr) e na inquirição dos réus (*ibid.*, t. 17, pr.). Mesmo a faculdade real de agraciar é discutida, embora Pascoal de Melo se desvie daqueles que a proscreviam – como G. Filangieri, etc. – baseado sobretudo na sua necessidade para temperar as leis, enquanto estas fossem demasiado severas[74].

A terceira linha de orientação consiste *na redefinição do lugar do direito e da lei no contexto das tecnologias de disciplina social.*

Neste plano, combinam-se as virtualidades disciplinares do direito penal com a de outras tecnologias de controlo agora conscientemente promovidas. Embora não desista da coerção pela lei e pelo direito, a coroa integra-os, de forma mais perfeita do que até aí, numa panóplia mais vasta de técnicas de condicionamento dos comportamentos sociais, de que fazem parte a propaganda, a educação, a ridicularização, etc.. Tanto nas *Institutiones* como no *Codigo...*, Pascoal de Melo destaca com frequência esta nova fronteira entre a disciplina pelo direito e a disciplina por meios não jurídicos[75]. Pereira e Sousa, por sua vez, enumera toda uma série de factores que, tanto ou mais do que a ameaça de punição, preveniriam o crime: a bondade do governo, o melhoramento dos costumes, a reforma de educação, o cultivo das artes e das ciências, a extirpação da mendicidade, a polícia da sociedade, a criação de estabelecimentos úteis e o prémio das virtudes[76].

A própria lei se torna agora, também ela, num instrumento de propaganda. Isto nota-se, desde logo, no estilo legislativo josefino, em que a parte expositiva se encontra dissolvida em longos prólogos e circunlóquios carregados de intenções pedagógicas e em que até a grafia está repassada de conotações ideológicas[77]. Mas também as técnicas de sistematização e de exposição propostas para a redacção das leis a partir do racionalismo – o tal método *sintético, compendiário, sistemático*, de que nos falam os textos teóricos do

pombalismo jurídico – se orientam para uma democratização da leitura da mensagem legislativa (para um seu *populariter intellegere*). As novas leis – *maxime*, os novos códigos – já não são instruções, dirigidas a juízes técnicos, sobre a ordem a guardar no juízo (*Gerichtsordnungen*)[78], mas textos dirigidos aos cidadãos, escritos em linguagem que lhes seja acessível e organizados de modo a poderem ser facilmente apreendidos e memorizados. A mesma intenção pedagógica tem a insistência no método axiomático, visível, por exemplo, em Pascoal de Melo; que, por outro lado, inclui no seu *Codigo*, disposições sem conteúdo normativo, destinadas exclusivamente à definição dos cidadãos.

A quarta linha de orientação é a do *reforço da legitimação ideológica da punição*.

Isto obtém-se, desde logo, no plano do discurso penal, por uma nova valorização de tópicos, conceitos e estratégias argumentativas que destaquem valores agora dominantes. Tal é o caso do conceito de *utilidade* ou de *liberdade civil*[79], centrais no discurso penal português, a partir de Pascoal de Melo.

Mas exige, também, modificações normativas e institucionais, relativas, nomeadamente, ao modo como a punição se manifestava publicamente. Era preciso que, neste plano, a pena se legitimasse automaticamente aos olhos da opinião pública. Desde logo, pelo seu carácter especular, preocupação que não era nova na reflexão penal. A pena, na sua própria natureza, devia ser um livro aberto no qual o público lia o mal praticado: «aqueles que ofendem a Religião, devem ser castigados com os direitos que decorrem do seu culto e obediência; os que não observam os bons costumes e uma vida honesta, devem ser desprezados, fulminados com a deshonra e marcados com a infâmia; os que perturbam a segurança pública, devem ser expulsos da cidade ou privados da liberdade; os que ofendem a segurança dos cidadãos, no seu corpo, bens ou fama, devem sofrer penas corporais, pecuniárias ou a perda da reputação» (PASCOAL DE MELO, *Inst. iur. crim.*[...], I, 12)[80]. Uma das formas mais gritantes de desproporção entre delito e pena era a das penas excessivamente rigorosas e, sobretudo, das penas cruéis, portanto proscritas, pois, para além de inúteis, corroíam a legitimidade da punição e do poder (como diz Pereira e Sousa, «gastam a móla do governo»)[81].

Modificações na estrutura profunda do discurso penal não decorrem, porém, de modificações no plano das intenções políticas da coroa, exigindo antes uma recomposição das características da prática que os produz – um novo estatuto social, político ou institucional dos produtores do discurso, novas expectativas quanto ao auditório, novas funções sociais do discurso, ligação a novos universos textuais de referências, erupção de novos objectos.

Algumas destas modificações também se estavam a realizar.

No plano do estatuto político e institucional dos autores, a oposição entre o jurista e o político (entre *prudentia iuris e razão de Estado*), que marcara o séc. XVII, tende a atenuar-se. Com o projecto reformador do despotismo esclarecido, os juristas são chamados, não já a garantir os equilíbrios sociais estabelecidos, mas a colaborar na construção de uma nova ordem social e política. Entre nós, isso transparece claramente dos objectivos assinalados à jurisprudência nos *Estatutos pombalinos*, obtendo realização prática pela chamada a funções políticas (no sentido de «funções de organização da cidade»), durante o período josefino e mariano, de inúmeros juristas[82].

No plano do auditório visado, ganha uma importância determinante a referência à opinião pública, aos «cidadãos ilustrados e amantes da pátria», ou seja, a uma nova camada culta, de extracção não universitária e de formação e leituras enciclopedistas, com a qual os poderes políticos e culturais se propõem agora dialogar. Este novo auditório tem interesses, leituras e expectativas completamente diferentes do anterior auditório dos textos jurídicos: no plano dos temas e no próprio plano da organização formal do discurso (sistematização, estilo, organização formal, língua). Os novos textos, para serem aceites, terão que contar com estas novidades.

No plano das funções do discurso, já referimos que, enquanto o antigo se referia a um direito de aplicação apenas virtual, o novo se relaciona com uma ordem jurídica que se torna cada vez mais efectiva; e que, com isso, se lhes passam a colocar os problemas (de política penal) decorrentes desta nova vocação do direito real-letrado.

Estas novas condições pragmáticas do discurso jurídico-penal – que são, afinal, as do novo discurso jurídico *tout court* – provocam

(mas são, também, provocadas por) novas condições no plano do «referente» do discurso. Nele aparecem novos problemas e situações: os problemas da política penal, a nova delinquência dos crimes «de polícia» – suscitada (constituída como objecto da ciência penal), quer por um projecto mais apertado de controlo social, quer pela criação de instituições que a faziam emergir (v. g., a Intendência Geral da Polícia) –, etc.; com o que se alteram as suas condições semânticas. O mesmo se passa no plano sintáctico – *grosso modo*, no plano da organização interna –, onde também se manifestam novidades, desde a língua utilizada, até à sistematização, passando pelo sistema de argumentação e pelo universo das referências temáticas. Disso falaremos dentro em pouco.

Em todo o caso, o discurso não corta totalmente com a tradição textual anterior. Uma nova linguagem não se inventa do nada, antes se produz pela recomposição (*bricolage*) de elementos das anteriores. Por isso, sob o novo texto permanece – aflorando frequentemente, impondo pontualmente a sua lógica, emprestando conceitos, terminologias e classificações, reproduzindo maneiras de ver, de ordenar e de avaliar, constituindo-se em referência argumentativa ou mesmo autoritária – o *palimpsesto* da tradição textual original.

Como veremos, os fundamentos das novas soluções propostas continuam a ser os textos da grande tradição jurídica europeia, nomeadamente, os textos de direito romano, agora usados como forma de legitimação histórica das regras «naturais» ou «racionais» patenteadas pela nova penalística. Ou seja, embora tenham mudado as normas, o processo da sua legitimação (ou fundamentação) no plano do discurso não se modificou ainda radicalmente; embora ganhe um novo vigor a afirmação de que «nem sempre se podem aceitar como boas as soluções do passado», a justificação encontrada para tal é, ainda, um texto de Julianus, no tit. *De legibus* do Digesto (*Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*, D., I, 3, 20)[83].

É a este balanço do novo e do velho no discurso penal iluminista de Pascoal de Melo que dedicaremos os seguintes capítulos.

IV. O SISTEMA DISCURSIVO DO CÓDIGO CRIMINAL. «ARQUIVO» TEXTUAL E SISTEMÁTICA

Na «Introducção» ao *Codigo*, o próprio Pascoal de Melo fala da mutação do campo de referências do discurso penalista, ao analisar a literatura jurídico-penal de que se socorrera. Insiste, em primeiro lugar, no facto de que a reforma do direito penal se deve fundar em bases teóricas novas, naquilo a que ele chama uma «nova philosophia politica», cujos autores enumera: antes de todos, o Marquês de Beccaria, mas também Hugo Grócio, Locke, Montesquieu, um conjunto heterogéneo de juristas (criminalistas ou não) do jusracionalismo alemão[84], uma série de publicistas, sobretudo franceses, das questões penais, dos finais do séc. XVIII[85], além de um punhado de autores italianos de compêndios sistemáticos de direito penal[86].

Estas referências iniciais[87] são confirmadas no decurso do trabalho: as notas justificativas que acompanham o projecto estão cheias de remissões para esta literatura.

Se se abre, desta forma, um novo contexto literário, fecham-se, paralelamente, contextos antigos. Na mesma «Introdução», Pascoal de Melo designa também os arquivos literários excluídos. A obra paradigmática deste universo textual é a de Prospero Farinaccius (1618), autor de uma verdadeira enciclopédia da tradição dogmática do direito penal – a *Praxis, et theoricae criminalis* [...] – de citação obrigatória para os penalistas dos séculos XVII e XVIII. Eis a apreciação que dela é feita por Pascoal de Melo: «Falando de Farinaccio –

– que foi e ainda é tido como o príncipe dos jurisconsultos criminais – temos que o considerar como o principal responsável pela corrupção universal e penosíssima que invadiu a ciência criminal. Na verdade, ele não só a tratou de forma não douta, deselegante e desordenada nos grossos volumes que publicou, como ainda a tornou incerta e variável e, finalmente, a obscureceu com enorme número de defeitos»[88]. Com Farinaccio, é toda a tradição penalista do direito comum que fica excluída – dos europeus, sobretudo Andreas Tiraquellus, Mateo de Afflictis, Tibério Deciano e Júlio Claro; dos peninsulares, António Gomez, dos portugueses, sobretudo os comentários ao livro V das *Ordenações* de Manuel Barbosa e, para a prática processual, Manuel Mendes de Castro[89].

Cada um destes arquivos literários tinha a sua estrutura interna.

A cada um correspondia, por exemplo, um *certo modelo da ordem do discurso*. Aos «modernos», um modelo axiomático, segundo o qual um discurso bem ordenado se devia fundar numa definição das grandes categorias ou axiomas (como a definição do delito e da pena), articular-se sobre *taxinomias* (v. g., divisões dos delitos e das penas, espécies do processo) e progredir por *dedução*. Aos «antigos», um modelo legal-casuístico, orientado pela *ordo legalis* – a da legislação particular dos reinos ou a das fontes romano-canónicas, nomeadamente a ordem dos livros 47 e 48 do Digesto ou do livro 5 das Decretais –, progredindo pelos mecanismos casuísticos da *quaestio*, da *ampliatio* ou da *distinctio*. Com isto – como, também, com uma recomposição da estrutura de fundamentação das proposições, a que nos referiremos –, os textos tornam-se mais *legíveis*, mais próximos de um *populare intellegere*, e, assim, mais capazes de atingir o novo auditório esperado.

Por outro lado, cada um tinha as suas *referências e autoridades textuais*. Os modernos, a legislação dos soberanos iluminados, a produção das academias e das sociedades *savantes* do séc. XVIII, por vezes reunidas em colecções (como, para a questão penal, a de Brissot de Warville), bem como a literatura da *Statistik* ou *Kameral-wissenschaft*, sobretudo alemã e austríaca. Enquanto que, para os «antigos», as obras canónicas eram, a mais das fontes do direito comum e particular, as da literatura jurídica do *ius commune* clássico e moderno e os escritos da teologia moral[90].

A mesma dualidade quanto aos *critérios de validação das proposições*. Na literatura penalista tradicional, o probabilismo, que arrancava de uma averiguação casuística da razoabilidade das soluções, realizando uma ponderação minuciosa das circunstâncias de cada hipótese e das regras doutrinais, sempre provisórias e muitas vezes conflituais, a esse respeito formuladas pela doutrina. É esse probabilismo que agora vai ser posto em causa, como factor da permissibilidade; pois – como diz Pascoal de Melo – «para tudo acha doutrina». Agora, em contrapartida, o fundamento das soluções há-de ser encontrado em *axiomas* – como os formulados na abertura da *Institutiones* de Melo Freire –, nos «princípios da verdadeira medida dos delictos e suas penas» («Introducção» ao *Código...*, XXX). Por outro lado, esta nova estrutura da fundamentação das proposições garantia aos textos uma *legibilidade* muito maior e, com isto, uma legitimação fácil das soluções neles propostas.

A ligação da ciência penalista a um ou outro destes universos textuais era, portanto, decisiva do ponto de vista do que aí podia vir a ser dito.

Mudança de universos de referências produz-se também no plano das fontes propriamente jurídicas, sobretudo no que respeita ao uso do direito romano. Não é que ele não volte sempre, no curso das justificações, como uma referência quase obrigatória. Do que se trata é, antes, da nova liberdade com que ele é encarado: as suas soluções são criticadas, os seus fundamentos são escalpelizados, os limites históricos da sua racionalidade são postos a nu. Numa palavra, ele perde a sua eficácia normativa. Mas, paradoxalmente, a sua ordem dogmática é, por vezes, revalorizada. Não só as grandes categorias do crime voltam a ser, aproximadamente, as resultantes do recorte conceitual romano – lesa-magestade, violência, homicídio, injúrias, roubo, falsificação, danos –, como o tratamento conceitual e taxinómico de muitos campos (v. g., as injúrias) retoma dos textos romanos as classificações e os conceitos.

Um outro plano de caracterização do discurso é o do *modelo de organização das matérias* no seu seio.

Neste domínio, a tradição legislativa europeia dispunha de alguns modelos. Em primeiro lugar, a *ordo legalis* dos livros 47 e 48

do Digesto, cujo eixo era a distinção entre *delicta privata* e *delicta publica* ou *crimina*[91]. No entanto, esta distinção tinha perdido todo o sentido, quer com a subversão da ordem processual romana, quer com a obliteração das concepções «estatistas» romanas pelo pluralismo político medieval. Com efeito, para o direito Canónico – que corporiza, em geral, uma concepção «trans-individualistas» do crime —, todos os delitos eram públicos e, no que dizia respeito aos direitos estatutários, a necessidade de acusação do ofendido estava sujeita aos regimes mais variados. Com os progressos do processo inquisitório, a acusação particular torna-se rara, o que, segundo este critério, levaria a uma «publicização» de todos os crimes[92]. Assim, o modelo sistemático do Digesto perdera a sua eficácia estruturante, sendo substituído por uma sistemática inspirada no livro V das Decretais. Nesta compilação, o tratamento dos delitos e das penas é levado a cabo no quadro da descrição do processo penal. Com efeito, o livro V começa pelo regime da acusação, segue com o regime dos diferentes delitos (tits. 3/34) e termina com o regime das provas, das penas e da sentença (tit. 35/39). Este modelo sistemático das Decretais, que parece ter sido influenciado pelo *Tractatus de maleficiis*, de Alberto Gandino, decorre da constituição, por volta do séc. XIII, de uma ordem autónoma para os processos criminais no seio do direito canónico. Em virtude do carácter tecnicista desta ordem, os textos legais e doutrinais transformaram-se em «regulamentos judiciais» (*Gerichtsordnungen*), dirigindo-se sobretudo aos juízes, para os instruir nesta nova e fina tecnologia de averiguar e provar os factos e de buscar para eles a pena conveniente. Seja como for, esta submissão, no plano expositivo, do direito penal material ao direito processual constituirá um fenómeno de longa duração. As mais importantes codificações europeias de direito penal adoptarão o modelo: é o que acontece com o livro VII das *Siete Partidas* (séc. XIII), com a *Constitutio criminalis carolina* (1521) e com os códigos criminais austríaco (*Josefina*, de 1787) e toscano (*Leopoldina*, 1786). Excepções – por isso notáveis – são as *Ordenações* portuguesas, que adoptam uma sistematização «substantiva»[93]. A própria doutrina é frequentemente atraída por esta ordem de exposição, que segue o desenrolar «cronológico» do processo, iniciado pela deposição da queixa ou pela inquisição oficiosa, prosseguido pelo enquadramento

dos factos num tipo penal (de onde a necessidade de descrever os crimes nesta ocasião), pelas diligências da prova e, finalmente, pela edição da sentença e sua execução.

Os sentidos implícitos desta sistemática – assim como a compreensão do direito penal que ela *inculcava* – não devem ser ignorados. Aparentemente, ela levava a eufemizar as dimensões extra-judiciárias do problema penal, arrumando-o entre as questões puramente técnicas do processo. As relações da questão penal com valores políticos – como as da defesa do Estado e da ordem pública, a dos interesses em jogo –, eminentes no critério romano de ordenação, tendem a ser obliteradas, tornando-se objectos dificilmente arrumáveis no seio do discurso penal. Por outro lado, esta arrumação «processualista» das questões penais contribui para valorizar os aspectos intra-individuais – os conflitos de interesses privados – das questões criminais.

Pascoal de Melo, ao organizar o seu projecto de *Código*, corta com toda esta tradição sistemática das *ordines legales* (quer do direito romano, quer do direito canónico, quer do direito português), rendendo-se à ordem sistemática que ele tinha encontrado nos juristas alemães ou holandeses das escolas jusracionalistas ou nas *institutiones* dos penalistas italianos do último quartel do séc. XVIII, como Cremano ou Renazzi, que – tal como ele mesmo o faz nas suas *Institutiones* – abrem a exposição por capítulos dedicados aos axiomas do direito penal, tais como a definição de delito e de pena. Os primeiros capítulos do *Código* são, portanto, consagrados ao estabelecimento de uma teoria geral do delito e da pena, em que podem ser colocadas todas as questões de política penal – estratégias de criminalização, fins das penas, etc. – que a sistemática processualista deixava *sem lugar*. Além disso, os critérios «políticos» de arrumação dos crimes – i. e., em função dos interesses atingidos – das fontes romanas reaparecem. Antes de tudo, a distinção entre crimes públicos e privados; que, agora, é ainda mais claramente relacionada com a natureza pública ou privada do bem ofendido[94].

Por outro lado, desta modificação de sistema expositivo resulta um outro factor de marginalização da tradição textual, cuja *ordem* se torna, agora, em *desordem*. Cortada a correspondência entre esta

ordem doutrinal e a nova ordem legal, o *lugar* doutrinal das matérias torna-se difícil de encontrar; as proximidades e as distâncias doutrinais tradicionais são subvertidas e perdem o contacto com as proximidades e distâncias estabelecidas no plano da lei. O discurso penal do direito comum tende a tornar-se, progressivamente, um texto confuso, desordenado e longínquo da (nova) prática.

V. OS CÓDIGOS IDEOLÓGICOS DO DISCURSO LEGISLATIVO

Até aqui, a investigação foi conduzida ao nível das estruturas mais globais do discurso (contexto textual, modelo sistemático). Estes temas não foram esgotados, pois ainda se poderiam utilizar outras características estruturais globais, quer do discurso, quer da prática discursiva de que ele decorre. No entanto, a economia deste texto obriga a preferir a este um outro plano de análise, em que se possa detectar a evolução dos códigos ideológicos responsáveis pela valorização jurídico-penal das condutas humanas.

O crime *em si* não existe. Ele é produzido por uma prática social de discriminação e de marginalização, prática mutável e obedecendo a uma lógica social muito complexa. É sobre esta primeira *classificação-constituição* dos «objectos criminais» que se enxerta uma segunda grelha de classificação, esta doutrinal, produzida pelo discurso jurídico-penal. Não apenas na medida em que este redefine os «crimes vividos», construindo novos conceitos, mas ainda enquanto organiza e inter-relaciona estes últimos em meta-objectos tipológicos (a que chamaremos «campos penais»). É sobre as estruturas discursivas que presidem a esta criação, classificação e arrumação dos «crimes» pelo discurso que incidirá, daqui em diante, a nossa análise.

Neste sentido, tomaremos, de cada vez, um dos vários «campos criminais»[95] do projecto de Pascoal de Melo, procurando desvendar as relações que aí se estabelecem, quer com os campos vizinhos,

quer, no interior de cada campo, com os «objectos» («tipos penais») que o constituem.

Na base dos resultados adquiridos, esperamos poder contribuir para identificar os códigos ideológicos (i. e., o conjunto das grandes categorias axiológicas) subjacentes ao discurso penal, bem como o traçado da sua linha histórica de evolução.

1. Os crimes contra a ordem religiosa[96].

Nesta breve análise dos códigos ideológicos subjacentes ao tratamento que no *Codigo* é dado ao campo dos crimes contra a religião começamos por destacar os sistemas de *tipificação* – i. e., de identificação dos traços relevantes das condutas –, de *argumentação* e de *punição*, bem como à lógica valorativa que lhes está subjacente.

Sublinharemos, em primeiro lugar, a evolução verificada no plano da *argumentação*.

Enquanto que, no discurso tradicional, a argumentação do discurso punitivo se baseava, essencialmente, em valores religiosos, com o *Codigo*, o regime destes crimes é fundado na ofensa feita, não à religião *verdadeira*, mas à religião *estabelecida* e à ordem social de que esta faz parte. Dir-se-ia mesmo que, no primeiro plano, se encontra a ordem social; que esta se substitui à religião como valor fundamental, quase sacralizado. Neste sentido, não interessa, por um lado, que a religião estabelecida seja a verdadeira[97]; e, por outro como Pascoal de Melo, de resto, o diz (*Inst. iur. crim.*, II, § 2) –, qualquer crime contra a ordem social pode ser considerado como crime religioso[98].

A heresia, por exemplo, é, antes de tudo, «um crime público civil, pois se entende que todo aquele que ofende ou despreza a religião pública destrói os mais fortes vínculos sociais» (*Inst. iur. crim.*, II, § 4); ou, como se diz no *Código* («Provas», 15), porque ela «obsta e se opõe à religião da sociedade e à lei geral, que a manda seguir; e porque della commumente nascem infinitas desordens, tumultos e perturbações, que a mesma sociedade deve acautelar». Daí que este crime, enquanto punido civilmente, não seja «conside-

rado relativamente ao espiritual», pois «os homens não foram postos para castigar, e vingar as offensas feitas a Deus» (*ibid.*). Assim, a gravidade do crime não é avaliada pela magnitude espiritual ou teológica da ofensa (*deorum injurias diis cura*), mas pela medida das perturbações sociais provocadas (v. g., a heresia sediciosa ou de que resulte a criação de partidos, *Cod.*, V, 6), pelo escândalo causado (v. g., a blasfémia deve ser punida em função do escândalo ou perturbação pública, *Cod.*, «Provas», 24), ou pelo mal real provocado (os feiticeiros, v. g., não são punidos senão pela malícia e sofrimentos físicos a que as beberagens derem causa, *ibid.*, 94-95; e os perjuros são responsáveis pelos prejuízos provocados a terceiros e não pela ofensa feita a Deus, *Cod.*, VII, 1).

Se o carácter criminal destas condutas passa a ser fundado na violação de valores sociais, então, tanto a caracterização de cada tipo (*tipificação*), como o sistema das penas, quer a competência jurisdicional devem ser modificadas correspondentemente.

Um exemplo destas modificações, no plano da *tipificação*, é fornecido pela nova caracterização da heresia, na qual se prescinde dos traços que apenas tinham significado numa concepção puramente religiosa (ou teológica) do crime. Por exemplo, as distinções entre herege *confitens* ou *inconfitens*, entre heresia, cisma e apostasia, tornam-se supérfluas; enquanto que são introduzidas novas distinções, estas relacionadas com a perigosidade social dos actos (v. g., a distinção entre heresia simples e heresia sediciosa, *Cod.*, V, 6)[99].

No plano da *natureza* e *medida* da *pena*, as consequências desta «laicização» do conceito de crime religioso são também importantes. A pena deve corresponder, não à magnitude da ofensa feita a Deus, mas à perturbação da ordem social estabelecida. «A razão [da proposta de atenuação drástica das penas da heresia] – explica o autor – é porque a pena e castigo deve ser à medida da perturbação causada na ordem social, e tanto quanto quanto for necessário para conseguir e manter a tranquilidade pública; e para esta se manter e conservar, não é necessário que o homem morra queimado» (*Cod.* «Provas», 20). Por outro lado, o simbolismo religioso perde todo o sentido; a morte pelo fogo, que se ligava a uma antiga ideia de purificação, é agora considerada como cruel e sem proporção com o de-

lito. Por isso, vão ser propostas novas penas, não apenas mais brandas mas, sobretudo, com uma nova simbologia, espelhando a ofensa, não a Deus, mas aos vínculos sociais. As penas vão, então, encenar as consequências do delito, numa dramatização em que o criminoso é o protagonista. Ele, que pôs em risco os vínculos da sociedade, vai ser objecto de uma dessocialização, vai representar o papel do indivíduo ignorado pela ordem social: vai perder a consideração pública (infâmia), a capacidade jurídica (confisco, incapacidade sucessória, perda de ofícios) e, finalmente, vai ser expulso do convívio social (degredo), (*Cod.*, V).

Finalmente, no que respeita à competência jurisdicional, a secularização do conceito de crime religioso exige que o seu conhecimento compita aos tribunais seculares. É esta a solução adoptada no projecto, mesmo no caso de heresia: aos tribunais eclesiásticos apenas pertence a qualificação da conduta como herética, cabendo aos tribunais laicos a matéria da prova e a fixação da pena[100-101].

2. Os crimes contra a ordem moral.

Sob a rubrica de crimes «morais», reúne Pascoal de Melo uma série de tipos que, na tradição doutrinal anterior, já apareciam, agrupados com outros agora separados, no apartado dos crimes *mixti fori*. Os principais são: o adultério, o estupro e os crimes «contra a natureza» (sobretudo sodomia, bestialidade, masturbação).

A punição do adultério tinha obedecido a duas lógicas diferentes, uma de direito romano e outra de direito canónico. No direito romano, o adultério era considerado como uma violação da «lei conjugal» (*thoro conjugalis*: *alieni thori seu matrimonii ivolato*, como dizem os juristas), ou seja, da exclusividade que a mulher deve ao marido quanto às relações sexuais. O que estava em causa, fundamentalmente, era o interesse familiar em impedir a *turbatio sanguinis*, a dúvida quanto à paternidade dos filhos nascidos na constância do matrimónio – «comete-se na mulher casada, sendo o seu nome assim composto a partir de 'parto concebido por outro' (*adulterium in nupta committitur, propert partum ex altero concepto composito nomina*, D., 48, 5, 34,1). Consequentemente, o adultério

podia ser cometido por mulher casada e pelo seu amante. Mas já não: por homem casado, com mulher solteira; por mulher casada de mau porte (*exceptio plurium*); etc.. E, por outro lado, requer-se a consumação das relações sexuais ou, mesmo, a gravidez[102].

No direito canónico, em contrapartida, o adultério é encarado como a violação da fidelidade conjugal (*Decretum*, C. XXXII, qu. 5, c. 15; c. 20-23), podendo, por isso, ser cometido por ambos os cônjuges. Para além de que o critério de avaliação dos actos é naturalmente diferente e menos rigoroso, aceitando-se a relevância de certas formas de adultério por pensamentos[103].

Torna-se claro como este diferente tratamento do adultério se relaciona estreitamente com duas «economias» da sexualidade e da família, em conflito na cultura europeia desde a baixa Antiguidade: uma, que alguns autores fazem corresponder a um ambiente de recessão demográfica, de maior permissibilidade sexual, embora limitada pela lógica da defesa da identidade da família, enquanto instituição política; outra, correspondente a áreas ou épocas de plétora demográfica, dominada por uma concepção negativa e restritiva da sexualidade, que procurava confinar esta ao âmbito da família rigorosamente organizada em termos monogâmicos[104]. 0 direito canónico e a disciplina eclesiástica da família encarnaram a promoção e defesa deste segundo modelo, desenvolvendo uma acção combinada para estirpar dos costumes europeus a sexualidade extrafamiliar, profundamente enraizada.

As Ordenações (*Ord. fil.*, V, 25; 28; *Ord. man.*, V, 15: 25; *Ord. af.*, V, 7; 12; 20) seguiram, fundamentalmente, a via do direito romano, com todos os seus consectários. Assim, concretamente, o adultério do marido não era, por regra, punido[105]; e o da mulher só era considerado relevante quando tivesse havido consumação de relações sexuais (pelo menos, era esta a interpretação mais próxima dos termos da lei). Mas, neste caso, a lei era muito severa na protecção dos interesses político-familiares, o que era característico de uma sociedade onde prevaleciam valores casticistas e linhagísticos: o adultério era, em geral, punido com a morte, sendo o marido ofendido autorizado a tirar desforço por suas próprias mãos (*Ord. fil.*, V, 38). Legislação extravagante da segunda metade do séc. XVIII

(alv. 26.9.1769) reforçara ainda o carácter «familiar» dos interesses protegidos, ao tornar a perseguição do crime totalmente dependente de acusação do marido.

A análise do regime penal do concubinato reforça ainda a asserção de que, no seio desta tradição de enquadramento penal das práticas sexuais, o que estava em causa não era tanto a defesa de uma ordem moral, como a defesa dos interesses da família enquanto grupo político. De facto, o concubinato era permitido pelo direito romano (D., 25, 7, *De concubinis*), apenas tendo sido proibido pelo direito canónico. Embora, de acordo com o «critério do pecado» (formulado pela doutrina jurídica medieval e recolhido nas nossas Ordenações, *Ord. fil.*, III, 64), tal proibição devesse ter passado para o direito civil, o certo é que a nossa lei só punia o concubinato de casado e, ainda assim, só no caso de este decorrer com escândalo público e, sobretudo, com dissipação, a favor da concubina, do património familiar. Isto acontecia quando o marido a sustentasse (*illi prastet omnia necessaria*, cf. Ord. *fil.*, V, 28, pr.); mas não já quando ele «tivesse o costume da promiscuidade carnal, mesmo que tivesse algum filho... desde que não preste à concubina tudo aquilo de que ela necessite»[106]. Tão pouco eram proibidos o «coito vago» e o meretrício.

Apesar deste tom um tanto laxista da legislação – pelo menos, em relação à sexualidade masculina[107] –, desenvolvia-se, paralelamente, uma política sexual mais repressiva, amparada, sobretudo, pelo aparelho disciplinador da Igreja. De facto, nas visitações, os bispos deviam inquirir dos casos de concubinato e barregania, procedendo contra eles criminalmente, nos termos do direito canónico (cf *Ord. fil.*, II, 1, 13). Por influência destas visitações, surge legislação que comete a magistrados civis o encargo de devassar sobre os «pecados públicos» (v. alv. 25.12. 1608, §§21 e 22) e, segundo nos diz Pascoal de Melo, ocorria a punição, por juízes «moralistas», de homens casados por adultério simples (dormir com mulher solteira) (*Cod.*, «Provas», 32). É, justamente, contra este rigorismo – que perturbava, muitas vezes, a ordem familiar estabelecida, levantando suspeitas falsas ou sobre as quais os próprios maridos tinham preferido guardar discrição – que reage a citada legislação josefina[108] e, em geral, toda a doutrina iluminista.

No *Codigo...* (t. XI), dá-se acolhimento a uma concepção totalmente diferente da ordem sexual, recebendo-se, no essencial, a concepção canónica do adultério, como violação da fidelidade matrimonial. Com isto, passa a punir-se, tanto o adultério do marido, como o da mulher, embora com penas diferentes, explicadas pela diferente natureza dos sexos segundo o «pensar geral da nação» (mas, afinal, mais dura para a mulher)[109]. E, acolhendo a orientação da legislação josefina, condiciona-se a acção penal à acusação do marido. Assumindo um papel subsidiário em relação à família, a punição estatal do adultério liberta-se, pela primeira vez, dos interesses político-familiares (i. e., de defesa da legitimidade dos filhos de mulher casada, nascidos na constância do matrimónio), para chamar a si a defesa de uma certa ordem sexual, até aí promovida apenas pela Igreja. Anuncia-se, com isto, o puritanismo da sociedade burguesa, identificando estritamente a sexualidade permitida com a sexualidade entre cônjuges, embora admitindo, como válvula de escape, uma promiscuidade sexual policiada e «exterior» à sociedade oficial, proporcionada pela prostituição[110].

O regime penal do estupro confirma as matrizes da valoração da sexualidade a que antes nos referimos.

O direito romano punia, como estupro, dois tipos de conduta – ou as relações sexuais com virgem (*puella, defloratio*, D., 48, 6, 34) ou as relações sexuais impostas com violência a uma mulher (D., 48, 5, 6, 2 e Nov. 141 e 150), enquadrando-as no crime de violência. Em contrapartida, quaisquer outras relações sexuais eram, em princípio, permitidas. Esta continuou a ser a regra geral do direito civil. Mas, também aqui, se impôs, como limitação à «liberdade sexual», a defesa da ordem familiar; defesa que, em certos autores, aparece mesmo como o primeiro valor a proteger, mesmo antes do da virgindade. A. C. Amaral, fundando-se numa opinião comum, diz que «o que estupra uma virgem na casa do pai, comete o rapto de virgindade e aleivosia, mesmo que a não leve para outro lugar, devendo ser punido com as penas dos raptores...; pois com o estupro não se ofende apenas a virgem, mas também os seus pais e consanguíneos... [Em contrapartida], o que estupra uma virgem, que o quer e consente, a nada está obrigado para com essa mulher, nem no

foro da consciência, nem no foro contencioso, desde que a rapariga não esteja sob o poder do pai, mãe, tutor, curador, ou de algum consanguíneo ou afim; pois a mulher emancipada tem poder sobre o seu corpo quanto ao foro externo e, nas suas coisas, cada um é o moderador e o árbitro». Apenas se exigia que não usasse de fraude para obter o consentimento (*suasiones, dona, blanditiæ*)[111]. Para além desta limitação, outras introduziam algumas restrições à actividade sexual *inter volentes*: a consanguinidade, as ordens clericais, certas relações político-sociais (ama e escravo ou criado, tutor e tutelada, etc.), a diversidade de religião, bem como aquilo que era considerado como a natureza do sexo[112].

Outra era a perspectiva dos canonistas, subsidiária da moral sexual da Igreja. Aqui, o princípio era o do carácter ilícito e pecaminoso do coito, sobretudo do praticado fora do matrimónio (*omnis autem alius coitus est illicitus, et reprobatus de jure divino* [...] *unde fugiendum est a fornicatione tanquam a peste*)[113].

As Ordenações (*Ord. af.*, V, 5; *Ord. man.*, V, 14; *Ord. fil.*, V, 18 e 23) recolhem, no fundamental, o sistema romano, punindo como estupro as relações sexuais com violência (*Ord. fil.*, V, 18, pr.) ou fraude (*ibid.*, 18, 3) ou com virgem ou viúva, honesta e menor de 25 anos *in patris potestate* (*ibid.* V, 23, 3).

A legislação extravagante mais importante é constituída pelas leis de 19.6.1775 e de 6.10.1784 (A.D.S.). A primeira visa proteger as famílias contra a utilização do estupro como forma de forçar a casamentos que os pais, de outro modo, não consentiriam; para isso, à estratégia canónica de reparar o pecado pelo matrimónio subsequente opõe-se a de devassar oficialmente de tais crimes e de aplicar aos culpados penas civis. O pecado permaneceria, mas os interesses políticos das famílias ficariam mais salvaguardados. A segunda, além de abolir a querela de estupro para as mulheres (maiores de 17 anos) que tenham consentido na sua corrupção, diferencia as penas aplicadas ao estupro de menores ou maiores de 17 anos. Afinal, não se verifica uma modificação estrutural no sistema de punição, apenas se reforçando a protecção dos interesses familiares, mesmo com o sacrifício da ordem «moral» da sociedade.

Tal é, também, a orientação do *Cod.* (Tit. XII) que, porém, descriminaliza o estupro de donzela com quinze anos feitos (XII, 10). Com o que, não apenas se baixa a idade estabelecida na anterior legislação como, sobretudo, se veda aos pais da estuprada (e não apenas a ela mesma) a perseguição criminal do estuprador. Afinal, esta decisão parece representar a constatação do fracasso de duas estratégias – a do direito canónico que, visando a coonestação da situação pelo casamento, desprotegia a disciplina familiar; e a do direito josefino que, para proteger esta disciplina, acabava por comprometer o decoro das famílias, sujeitando-as ao escândalo de acções penais de que não tiravam quaisquer benefícios práticos.

3. Os crimes contra a ordem política – a lesa-majestade.

O projecto de Pascoal de Melo inclui sob as epígrafes de alta-traição e da lesa-majestade as ofensas mais graves contra a ordem política.

Estas categorias não eram desconhecidas da tradição textual do direito europeu[114]. Em todo o caso, são interessantes as recomposições internas sofridas pelo campo desde os textos romanos até à codificação iluminista.

Não se trata, aqui, de retomar uma história da dogmática da lesa-majestade, de resto já existente[115]. Mas apenas de destacar as modificações dos traços distintivos do campo penal e, portanto, os conjuntos de condutas que ele sucessivamente cobriu ou deixou a outros campos. O que nos vai permitir revelar as matrizes subjacentes de identificação do delito político e, portanto, do próprio *político*.

A tradição (ibérica) medieval, no domínio da tipificação da lesa-majestade tinha perdido o sentido da especificidade dos delitos políticos contra o poder supremo. Enquanto que as fontes romanas tinham definido a lesa-majestade como uma ofensa à comunidade política – «illud est, quod adversus populum romanum, vel adversus securitatem eius committitur», D., 48, 4, 1; v. também, D., 48, 4, 3, definição mais antiga –, as *Siete partidas* (VII, 2) incluem no mesmo título tanto a traição contra o rei como qualquer acto praticado

com falsidade e vileza (VII, 2, 20). Em todo o caso, o texto distingue a lesa-majestade ou traição – contra o rei, ou seu senhorio ou contra o bem comum da terra – do aleive (contra outro homem). Note-se que, na traição, não se incluía a ofensa feita aos senhores, mas apenas aos «adelantados mayores del Rey, o de los consejeros hõrrados del Rey, o de los caballeros que son establecidos para guardar su cuerpo, o de los judgadores que han poder de judgar por su mandato, en su corte» (VII, 2,1, *in fine*), com o que parece aderir-se a uma concepção que distingue o poder político do monarca dos poderes senhoriais.

No direito português, a primeira providência legislativa sobre a lesa-majestade, aparece com D. Afonso II (cf. *Ord. af.*, V, 2), numa lei em que a traição aparece confundida, quer com a aleivosia (de acordo com o modelo que será o das *Partidas*), quer com a heresia (de acordo com uma aproximação que provém dos textos romanos do Baixo Império, depois retomada na distinção, feita por legistas e canonistas, entre lesa-majestade temporal e espiritual); «a saber, se os devanditos trabalharom em nossa morte, ou de nosso filho, ou de nossos parentes achegados, os quaees, teemos que som parte de nosso corpo, ou em morte de seu senhor, ou ereges...» (*Ord. af.*, V, 2, 1). As *Ord. af.* (V, 2) continuam a ignorar a especificidade da ofensa ao rei, ao incluir no título da lesa-majestade a ofensa contra o senhor e o amigo, praticada com traição e vileza (*aleivosa*).

Ou seja, para toda esta tradição legislativa – acompanhada até tarde pela doutrina, pelo menos no que respeita à extensão da lesa-majestade às ofensas feitas ao senhor – os modelos de tipificação inculcavam uma imagem das relações políticas em que o laço rei-súbdito não era essencialmente diferente dos que ligavam os amigos entre si, o senhor e o vassalo ou mesmo o pai e o filho (alguns textos aproximam a lesa-majestade do parricídio)[116]. Imagem que remetia para uma matriz de legitimação complexa (pluridimensional) dos laços sociais, em que estes são ao mesmo tempo justificados pelos deveres da religião (note-se a aproximação entre lesa-magestade e heresia), da natureza e da piedade doméstica (v. a aproximação entre lesa-majestade e parricídio), da fidelidade feudal e da amizade. Os textos documentam, assim, como que uma progressiva

regressão do conceito de «Estado», seguindo um caminho que, partindo dos textos «publicistas» do *Corpu. Iuri.*, passa pelas versões já menos nítidas das *Partidas*, até desembocar num estádio de (surpreendente) obliteração da especificidade do supremo poder e dos vínculos de dependência em relação a ele.

As *Ordenações* seguintes marcam a ruptura com esta matriz da classificação e o advento, neste plano, da consciência da especificidade do poder real. A lesa-majestade é agora um crime dirigido especificamente contra o poder supremo, embora a sua gravidade conheça gradações consoante o carácter mais ou menos directo, mais ou menos grave, da ofensa. Os familiares do rei contra os quais este crime pode ser cometido aparecem enumerados, ademais segundo certa hierarquização, correspondente à proximidade simbólica que mantém com o poder eminente. Os conselheiros régios e os magnates deixam de aparecer entre os protegidos pela punição; o mesmo se passa com os senhores ou com oficiais subalternos, para os quais as *Ord. Fil.* reservam outros tipos (v. g., tits. 48 ss.). Por outro lado, a lesa-majestade aparece agora claramente distinta da aleivosia, à qual aparece dedicado um título independente (tit. 37).

Em contrapartida, o poder supremo continua a ser concebido como intimamente relacionado com a pessoa do rei. Enquanto que os textos romanos falavam do *populus* ou da *civitas*, os textos medievais e modernos falam do rei, do seu corpo (realmente, sobretudo de um dos seus corpos, o físico), da sua família (hierarquizada segundo a proximidade do parentesco, cf. *Ord. fil.*, V, 6,1 e 21), do seu palácio (como lugar especialmente protegido, *ibid.*, n. 24), da sua imagem (*ibid.*, V, 6, 8), da sua presença pessoal (*ibid.*, n. 7), das suas ordens directas e pessoais (*ibid.*, n. 22). A defesa da segurança colectiva ou da ordem pública é também contemplada (*ibid.*, ns. 2-6, 23-26); mas, no conjunto, o que sobreleva é uma concepção personalizada do poder, em que o crime político é configurado, não como uma ofensa à ordem política estabelecida, seja quem for que a actue, mas como uma ofensa à sua cúspide, representada pela pessoa física do rei. Enfim, o sujeito eminente da relação política continua a ser uma pessoa, dotada de características carismáticas, e não uma entidade política abstracta e difusa, servida por uma multidão de agentes

e susceptível, portanto, de ser ofendida por condutas diversas, não necessariamente relacionadas com a pessoa física do soberano.

O modelo de tipificação do projecto de Pascoal de Melo rompe com estas duas tradições – a de «banalização» dos laços políticos rei-súbdito e a de uma concepção personalizada do poder.

Em primeiro lugar, a ruptura da fidelidade política é, desde o início, distinguida de outras formas de infidelidade (doméstica, religiosa, familiar); «a principal obrigação do súbdito é a fidelidade; e por isso, o maior crime que elle pode cometer, é a traição, e lhe chamo alta em diferença dos crimes particulares; porque o amigo infiel a seu amigo e benfeitor, o criado ao amo, o clérigo ao seu bispo, e o súbdito ao seu superior, não é tão criminoso, como aquelle, que o é à sua pátria» (*Cod.*, «Provas», 36/7).

Mas, por outro lado, o poder torna-se impessoal. A *república*, como um todo politicamente organizado (o «Estado», o «império supremo», a «sociedade») torna-se no objecto do crime de traição. Quer quando se ataca directamente a organização fundamental («alta traição», *Cod.*, XIII), quer quando se atinjam as prerrogativas do soberano («lesa-majestade», tit. 14). Esta nova definição do tipo alarga o universo das condutas nele compreendidas. As ofensas aos magistrados – pelo menos aos magistrados «comissários» – tornam-se puníveis nesta sede (*Cod.*, XIII, 13-14). Mas também os atentados graves contra a ordem pública (sedição, tumultos; *Cod.*, XIII, 11-13)[117-118].

4. Os crimes contra a ordem pública – a violência.

A punição da violência tinha uma longa tradição textual, desde os títulos 48, 6, *ad legem Corneliam de vi publica*, e 48, 7, *ad legem Corneliam de vi privata*, do Digesto. No entanto, esta distinção entre *vi publica* e *vi privata* partia, não da qualidade das pessoas ou valores ofendidos, nem das intenções da acção violenta, mas de certas características objectivas da acção (como, nomeadamente, a utilização de armas). Entre os casos de violência pública estavam, por isso, arrumadas condutas tão diversas como o estupro, a violação de uma casa pela força, a usurpação violenta da posse, a convocação

de homens armados para actos violentos, o abuso de poder por um magistrado. O traço comum de todos estes tipos parece residir na violação do monopólio «estadual» da força, como forma de garantir uma certa paz pública; punindo todos os actos que a violavam ou a colocavam em risco grave, quaisquer que fossem o estatuto ou a intenção dos autores. Assim, a tradição romana da punição da violência insinua uma matriz de classificação em que os delitos de violência contra pessoas privadas coexistem indistintamente com os delitos contra pessoas públicas ou contra as funções do soberano e dos seus magistrados como «mantenedores» da paz.

A tradição medieval portuguesa de punição da violência baseia-se, antes de mais, na legislação (muita dela respondendo a capítulos de cortes) que proscrevia a vindicta privada ou que reprimia os abusos dos senhores e dos clérigos (cf. *Ord. af.*, V, 36; 45; 50; 66; 76/7; 95/7; 106). Ao lado desta tradição «prática» existe também uma tradição «letrada» – baseada no *Cod. visigotico* (VIII, 1, de *invasionibus et direptionibus*: diversos tipos de violação do domicílio e de esbulho violento) e nas *Partidas* (VII, 10: «fuerça») – que adoptava a casuística das fontes romanas ao contexto político-social medieval, dando um novo relevo aos tipos penais correspondentes às políticas régias de instauração da paz e de monopólio da força legítima – proscrição da violência nos juízos, repressão das «forças» dos clérigos, dos senhores e dos oficiais (sobretudo fiscais), regulamentação dos desafios, das tréguas e pazes.

Em suma, o rei, como fonte da «justiça» (i. e., do equilíbrio da ordem social «espontaneamente estabelecida») impõe a sua «paz»; ou seja, proíbe qualquer ofensa desta ordem, sobretudo por meios violentos. Em rigor, ele não impõe a sua *ordem*; impõe a sua *paz*. E impõe-a, sobretudo, contra os poderosos, aqueles que podiam utilizar os seus meios materiais para romper os equilíbrios sociais.

Nas *Ordenações* mais modernas, esta preeminência da paz real cede o lugar à preeminência da *ordem* real. Assim, entre as condutas puníveis como violentas, ganham relevo as ofensas aos oficiais (cf. *maxime*, *Ord. af*, V, 91; 104; *Ord. man.*, V, 36; 75; *Ord. fil.*, v, 48/51). Enquanto que as violências contra as pessoas privadas, antes pertencentes a este «campo», passam a ser tratadas noutros contex-

tos – v. g., a violação e o estupro, no conjunto dos crimes sexuais; a usurpação violenta da posse, no das medidas processuais de tutela da posse – e que a punição da vingança privada se torna cada vez menos enfática (salvo no que respeita ao duelo, *Ord. fil.*, V, 43), vários títulos são dedicados às ofensas ao corpo ou à honra dos magistrados e dos oficiais, camada que, agora, tornava visível *a ordem real*.

A esta emergência institucional-burocrática da ordem política real corresponde, no plano doutrinal, uma *reinterpretatio* da distinção romana entre violência «pública» e «privada». Sintomática, a definição de violência pública dada por *Cajacius* e transcrita numa edição muito conhecida do Digesto[119] – «quae contra ius infertur personis publicis, qui imperium et potestatem habent», ainda que acrescente «ad alias tamen personas pertinet, qui vim cum armis inferunt». Ou seja, a violência torna-se mais grave, não já (não apenas) quando se manifesta pelo uso de armas, mas também quando é «sediciosa», isto é, dirigida contra um magistrado público ou ofensiva da ordem política superior.

A organização deste campo dos crimes de violência aparece totalmente modificada no projecto de Pascoal de Melo (tits., 16-24). Agora, o grande eixo de classificação é já, de todo, o que distingue a violência «pública» – concebida como violência atroz, cometida com dolo mau, com armas ou sem armas, contra a segurança pública, por pessoa pública ou contra pessoa pública, ou em lugares decorados com um especial carácter sagrado» (*Inst. iur. crim.*, IV, 1) – da violência «privada», tratada noutros «campos», como o das injúrias e do dano. Como eixo secundário de classificação, o carácter individual ou colectivo da conduta. Em contrapartida, o uso ou não de armas perde toda a importância (cf. *Cod....*, XVII, 19). A acusação de confusão, dirigida ao direito anterior, por ele incluir num mesmo campo condutas essencialmente diferentes, reflecte justamente esta nova matriz de organização tipológica e conceitual do campo. A punição da violência torna-se, assim, na outra linha de protecção da ordem política, complementar da lesa-majestade. Nas *Institutiones*, tudo isto se torna ainda mais claro; pois se torna visível como é pela incriminação como violência que se punem os atentados à ordem pública que o não podem ser como alta-traição ou

lesa-majestade (tumultos, simples e sediciosos, reuniões clandestinas, resistência aos oficiais, libertação de presos, etc.) (cf. *Inst. iur. crim.*, IV, 4 ss.).

Por outro lado, confirma-se a tendência para identificar a ordem política com a defesa das prerrogativas dos funcionários. A maior parte dos títulos desta secção do *Codigo* ... refere-se às ofensas feitas aos magistrados ou à usurpação da sua jurisdição.

Em suma. Também neste plano, a punição da violência pública completa a garantia da nova ordem pública «estatal», fundada, não já sobre a protecção – nomeadamente contra actos de força – dos equilíbrios sociais espontâneos, mas sobre a existência e impacto social de um aparelho burocrático e administrativo encarregado da *disciplina* da sociedade, agora civil[120].

5. Os crimes contra as pessoas – a honra.

No direito romano, todos os valores pessoais não patrimoniais estavam protegidos pela punição das injúrias (v. D., 47,10, *De iniuriis et famosis libellis*). As injúrias eram perseguidas por uma *actio poenalis* (*actio iniuriarum*). Apesar da tendência pós-clássica para a punição criminal de certas categorias de injúrias, o sistema romano tendia a tratar as injúrias sobretudo do ponto de vista dos interesses meramente individuais, compensáveis pela indemnização (*poena*). Por outro lado, a indemnização não cobria senão os danos morais, mesmo no caso de ofensa corporal (pois *in homine libero corpore nulla corporis aestimatio fieri potest*, regra fundada em D., 9, 3,1, 5).

Estes traços do regime romano das injúrias pesaram sobre o sistema medieval[121] e moderno. O direito comum segue esta mesma via «privatizante», ao classificar as injúrias como um delito privado[122], e ao preferir, no plano da ênfase doutrinal, a acção penal à criminal. Em Portugal, a opinião dominante era a de que as injúrias não verbais deviam ser intentadas pela via criminal[123]: mas a pena (pecuniária [arbitrária]) revertia sempre para o ofendido.

Na prática, o móbil de muitas acções de injúrias era, decerto, o interesse económico. Mas, na imagética dos textos, a *actio iniuria-*

rum não prosseguia recompensas pecuniárias, pois «a honra não se paga». As fórmulas de estimação da indemnização constituem, então, prodígios de retórica que visam avaliar o inavaliável – «antes queria ter perdido ou não ter ganho tal soma do que ter sofrido esta injúria»[124]. Por outro lado, a honra não é, de modo algum, um bem puramente individual. Na sociedade, organizada corporativamente, existem grupos de pessoas de tal modo ligadas que a ofensa feita a uma se reflecte no património moral das outras; é o que se passa com a comunidade doméstica, pelo que as injúrias feitas à mulher ou aos filhos eram consideradas como feitas ao pai (fonte textual, D., 47, 10, 1, 3); mas a doutrina tinha identificado outros círculos do mesmo tipo.

Enfim, o regime de punição das injúrias, com a latitude que este tinha no direito comum, reflecte bem a extensão e hierarquias da ideia de honra na sociedade antiga, medieval e moderna.

As *Ordenações* portuguesas não se ocupam *ex professo* das injúrias (não corporais)[125], recebendo, por isso, de forma implícita, o sistema do direito comum. A imagem da honra aí contida projecta-se, então, sobre o direito português e, por intermédio deste, sobre a própria sociedade. O mesmo se passa com o regime «privatista» da punição. Longe de se comprometer na vingança da honra de cada um, estabelecendo punições «públicas», «criminais», a coroa deixava subsistir o sistema de indemnização «privada», canalizando todos os seus esforços no sentido de evitar meios violentos de reparação, como o duelo ou a vingança privada.

No *Codigo*... (t. 35), a principal novidade consiste na punição pelo encarceramento e multas a favor de obras pias, que substitui a indemnização privada. A honra individual torna-se num bem público, garantido pelo Estado. O confronto com a longa tradição «privatista» antes referida não deixará de salientar a importância da ruptura ideológica que agora se efectua.

Mas, ao mesmo tempo, a protecção efectiva da honra é enfraquecida. Por meio de uma estratégia múltipla, o Estado procura reduzir a perseguição judicial dos pontos de honra. Na verdade, com a supressão das penas pecuniárias a favor do queixoso, este deixa de

tirar proveito das vantagens económicas que a anterior *actio iniuriarum* lhe trazia. Por outro lado, certas condutas antes consideradas altamente ofensivas – como as bofetadas, chamar alguém por uma alcunha, apontar defeitos físicos reais – são banalizadas do ponto de vista da sua carga injuriosa (cf *Cod.*, XXXIV, 19-20; «Provas», p. 112). Finalmente, a honra tende a tornar-se numa questão puramente pessoal e intransmissível, insusceptível de ser vingada por outrem (com excepção do marido, em relação às ofensas feitas à mulher e aos filhos, *Cod.*, XXXV, 1-2).

6. Crimes contra as pessoas – o corpo.

Salvo no que respeita ao homicídio, a tradição textual dos crimes contra as pessoas provém dos textos romanos relativos às injúrias (nomeadamente, de D., 47, 10, *De iniuriis et libellis famosis*).

As ofensas corporais eram, portanto, tratadas, no direito romano, como uma espécie das injúrias (*iniuria facto data*), pelo que para elas vale tudo quanto antes foi dito, quer sobre a natureza «simbólica» das ofensas, quer sobre o carácter privatista da punição.

Pelo que respeita ao primeiro aspecto, é interessante destacar que, apoiada num texto singular do Digesto (D., 47, 10, 15, 1), a doutrina do direito comum pune duramente condutas que, do ponto de vista da ofensa física, eram quase irrelevantes – como as bofetadas ou mesmo a ameaça de as dar[126]. Como também pune com dureza a deformação do rosto («dar cutilada no rosto», *Ord. fil.*, V, 35, 7), pois neste se reflectia a formosura de Deus. O que nos leva a uma conclusão mais geral.

O corpo, durante todo o período do direito comum, foi considerado como um apêndice ou suporte da honra. Por isso, as ofensas infligidas ao corpo eram apenas encaradas – salvo nos casos extremos – como atentados à consideração social devida. Daí que, por um lado, as consequências físicas das feridas não fossem, em princípio, consideradas para a fixação da indemnização[127]; como, por outro lado, à mesma ofensa podiam corresponder punições diferentes, *considerata dignitate personae inferentis injuriam et eam recipientis,* como no regime geral das injúrias.

Pelo que respeita ao carácter «privatista», o regime das ofensas corporais não se libertou facilmente deste traço típico do regime das injúrias. Assim, a tradição legislativa peninsular confirmava esta tendência. As *Partidas* (VII, 6) incluíam as feridas nas injúrias, punindo-as pelo estabelecimento de uma *poena* a favor do ofendido. Uma lei portuguesa da segunda metade do séc. XVI (cf. *Ord. af*, V, 32) estabelece uma punição criminal para todas as feridas dolosas, o que, para a época, era notável; mas as *Ord. af.* (V, 32, 4) voltam ao sistema do direito romano; no que são seguidas pelas seguintes que, todavia, estabelecem sanções criminais para as feridas «atrozes».

Os critérios, de classificação das feridas são, também, interessantes, sobretudo se confrontados com os do projecto de Pascoal de Melo. Com efeito, para a determinação da atrocidade das feridas são relevantes: a intenção do agente (v. g., ferir a soldo, *Ord. fil.*, V, 35, 3), o local da ferida (v. g., a face, *ib.*, V, 35, 7), o lugar do delito (v. g., o palácio real, *ib.*, V, 39, 2), a arma utilizada (v. g., as armas de arremesso, *ib.*, V, 35, 4), a qualidade do ofendido (v. g., o pai, o oficial, o companheiro de prisão, *ib.*, V, 41,1; 6, 25; 35, 6). Em contrapartida, a gravidade física ou fisiológica das feridas não interessa para a fixação de pena civil[128]. O que confirma o que já se disse sobre a imagem implícita do corpo na antropologia cultural medieval e moderna. Os critérios de valorização das ofensas – e, portanto, dos valores corporais atingidos – não se relacionam com uma concepção fisiológico-funcional do corpo, mas, antes, com várias hierarquias simbólicas sobrepostas, umas provindas dos usos culturais do corpo, outras de antigas tradições textuais (como, v., g., a da especial punição das ofensas feitas com arma de arremesso, que provém das Decretais, V, 15, *De sagitariis*).

No *Codigo* (t. 34), as feridas tornam-se num objecto criminal autónomo, ainda que vizinho do seu «campo» de origem, as injúrias (t. 35). A pena já não consiste numa multa a favor do ofendido, mas numa sanção «criminal» – galés, trabalhos públicos, prisão —, à qual se juntava a indemnização civil. Afinal, o mesmo movimento de «publicização» com que nos havíamos deparado nas injúrias.

Para além disso, o corpo torna-se objecto de uma nova valorização, desta vez dominada por critérios fisiológicos e funcionais

(§§ 1-7). As feridas são graduadas pela sua gravidade: mortais, perigosas, que provoquem deformação ou perda de membro ou, finalmente, feridas simples. Os valores propriamente corporais ganham uma dimensão jurídico-penal autónoma. O corpo, como organismo e como instrumento (de trabalho, nomeadamente), adquire uma dignidade própria, não se limitando mais a ser um suporte de valores simbólicos[129]. Em todo o caso, as bofetadas (§ 18) continuam a ser punidas do toque ao espancamento (§17).

7. Crimes contra a verdade.

Os crimes de falso tipificavam, desde a época romana, os atentados à verdade das coisas – *falsitas est delictum publicum, quod committitur quando quis sciente et dolose mutat substantiam veritatis in praeiudicium alterius*[130]. Não se trata, evidentemente, de uma protecção global a uma qualquer verdade. Em cada época, no entanto, o poder deve garantir, no mínimo, que *certas coisas* são o que *parecem ser*.

No direito romano, esta protecção dos limites mínimos do verdadeiro era garantida pela punição do crime de falso. A principal fonte era o título 48, 10, de *lege Cornelia de falsis et de senato consulto Liboniano* do Digesto[131], fonte da maior parte da doutrina e legislação medieval e moderna sobre o tema. Assim, as *Partidas* (VII, 7) seguem de perto a casuística e tipificação romanas, apesar de bastante mais libertas da temática da falsificação do testamento que domina o título do Digesto, e mais atraídas por uma outra perspectiva sobre o mínimo de verdade que deve ser garantida pelo poder.

As *Ordenações* portuguesas[132] recolhem a casuística romana, desenvolvendo-a num sentido já perceptível nas *Partidas*. Em primeiro lugar, a verdade dos aparelhos «protoburocráticos» do poder ganha um relevo e uma dimensão desconhecidos até aqui: uma parte muito importante de campo gira em redor das «falsificações» – com o sentido alargado que o termo aqui recebe – cometidas por oficiais. O poder garante a verdade dos actos, dos escritos, dos testemunhos, dos selos, do saber dos oficiais. Pois todos estes elementos – mas, antes de tudo, os escritos dotados de fé pública –

são, por sua vez, a garantia dos actos de comunicação com o poder (ou perante o poder)[133]. Em contrapartida, a verdade dos escritos particulares (a comunicação entre particulares) não é quase nunca protegida; a única excepção é constituída pela punição (com pena arbitrária) da violação de cartas particulares (*Ord. fil.*, V, 8, ult.).

A seguir, neste domínio da «verdade garantida», aparece a verdade da identidade pessoa; não somente da identidade familiar, mas também da identidade «estatutária». A punição dos partos supostos (*Ord. fil.*, V, 55, pr.) e da apropriação de nomes e de títulos ou brasões (*ib.*, V, 92) garante a primeira, enquanto que a proibição de usar (ou não usar) trajos «estatutários» (de clérigo, hábitos de ordens militares) (*ib.*, V, 93-94) protege a segunda. Note-se que, em rigor, a verdade da identidade «pessoal» não era garantida, pois não se encontra nenhuma pena para aquele que forje uma identidade[134].

Um outro domínio da verdade garantida é o da verdade das coisas, ou melhor, de certas coisas estratégicas no seio das relações sociais e modernas: a moeda (*Ord. fil.*, V, 12), os metais e pedras preciosas (*ib.* 56) os géneros alimentícios (*ib.*, 57; 59), as medidas (*ib.*, 58), a terra (*ib.*, 76). Certas limitações ao uso das coisas que aparecem neste «campo» dos crimes de falso – como a proibição de comprar cereais (ou pão) para vender – relacionam-se com esta salvaguarda da verdade das coisas. Uma verdade que não se refere apenas ao seu valor de troca, mas também ao seu valor de uso, segundo a ética económica do tempo: o pão (revestido na imagética popular de uma dignidade quase sagrada) serve para consumir, não para especular.

Protegida, também, a verdade de certos negócios; de onde decorre a punição da dupla venda da mesma coisa (*Ord. fil.*, V, 65) ou da falência fraudulenta (*ib.*, 66).

A lógica subjacente aos títulos do *Codigo* sobre o crime de falso manifesta algumas modificações interessantes.

O traço mais importante é o facto de que o lado económico do crime de falso se torna mais evidente, ou mesmo decisivo. Não se trataria apenas (ou sobretudo) de uma ofensa à verdade, mas ainda de um desejo de realizar um lucro ilegítimo, causando prejuízos a

outrem. Esta mutação de perspectiva traz consigo algumas consequências. Por outro lado, uma nova consciência da proximidade entre falso e furto; proximidade que se manifesta, quer pela transferência para o «campo» do furto de certos tipos até aí tidos como de falso (como a falsificação de medidas, *Cod.*, «Povas», 125), quer pelo facto de o falso ser, em geral, punido como furto (*Cod.*, XXXVIII, 1 ss.). Por outro lado, esta ligação mais estreita entre falso e prejuízo leva a que não sejam punidas as falsificações que não originem prejuízos (v. g., o uso de nomes falsos, se daí não resultar prejuízo de terceiro, *Inst. jur. crim.*, V, 8).

Um outro traço característico do novo tratamento do falso não representa senão o desenvolvimento de uma tendência já encontrada na análise de outro campo. Refiro-me à importância crescente atribuída aos crimes dos magistrados e, em geral, dos oficiais (cf. *Cód.*, XLIII e XLIV; v., já, *Ord. fil.*, V, 71, pr.). Se aqui se reflecte o papel político cada vez mais decisivo do aparelho burocrático (ou «proto-burocrático»), não se reflecte menos uma política da coroa visando a redução do poder autónomo desta nova camada que, apoiada nos seus privilégios e, sobretudo, no seu domínio dos circuitos da comunicação política (e, portanto, dos instrumentos de governo), desviava a seu favor as prerrogativas – e, também, os rendimentos – do soberano[135].

8. Crimes contra o património.

O sistema moderno dos crimes contra o património é fortemente estruturado pela tradição textual romana.

No direito romano, as ofensas ao património davam lugar a acções privadas dirigidas à indemnização do ofendido (*actio furti, actio iniuriarum, actio legis Aquiliae*, a que correspondiam os três grandes «campos» dos crimes de incidência patrimonial – furto, dano e injúrias). O carácter fundamentalmente «privatista» destas acções e dos interesses que elas protegem exprime-se ainda na oposição entre *delicta* – que davam lugar a *actiones poenales* – e *crimina* – que originavam um *publicum iudicium*, sob a forma de uma *quaestio*. Em certos casos, o aspecto público do delito (v. g., pelo

carácter violento da conduta que produzia o dano) levava a uma agravação da pena (pena quádrupla)[136].

As sanções «criminais» que se encontram no sistema moderno de punição dos delitos contra o património documentam uma progressiva «publicização» do campo, já detectável em textos jurídicos pós-clássicos, justinianeus e alto-medievais[137].

Por este motivo, enquanto que o direito romano clássico tendia a considerar o furto sobretudo como um delito privado, tratando-o com medidas «civilistas» (*poena* privada, ainda que de *duplum* ou de *quadruplum*), o direito comum medieval encara-o, predominantemente, como uma ofensa à paz, cumulando a pena civil com uma sanção criminal (pena de morte, corte de membro, flagelação). Como dizem as *Partidas* (VII, 14, 17): «tornar... la cosa furtada... pechar quatro tanto como aquello que valia... Otrosi deuen los jugdadores... escarmentar los furtadores publicamente cõ feridas de açotes».

O crime de furto aparece, assim, fortemente atraído pelo de violência, este último claramente tingido por conotações publicistas. Tanto como à defesa do património, a punição do furto liga-se à manutenção da paz pública. E, assim, as circunstâncias que agravam a pena não se relacionam, em geral, com o valor da coisa roubada, mas com a gravidade da ofensa da paz[138].

Em Portugal, existia uma tradição antiga de punição criminal do furto[139]. Nas *Ord. man.* (V, 37), estabelece-se o regime que se vai manter durante os séculos seguintes (*Ord. fil.*, V, 60): o furto é sempre objecto de uma punição criminal, agravada no caso em que se verifiquem circunstâncias especiais, já previstas pelo direito comum clássico (reincidência, coisa ou lugar sagrado, valor da coisa)[140]. Com esta consideração autónoma do valor da coisa (decerto importada da citada const. *de pace tenenda*), o furto ganha, do ponto de vista dos valores protegidos, uma completa autonomia relativamente à violência. O património e a sua defesa são, agora claramente, objectos autónomos de protecção criminal, embora apareçam, neste campo, critérios de tipificação que remetem ou para a protecção de outros bens – nomeadamente, valores religiosos (*Ord. fil.*, V, 60, 4)

ou a paz (*ib.*, V, 60,1; V, 61) – ou para antigas tradições textuais – v. g., a da especial punição da reincidência, por atracção da punição criminal, no direito romano, dos *latrones famosi*.

O *Codigo*... representa a consumação desta tendência para a autonomização e progressiva hegemonia da protecção dos valores patrimoniais sobre todos os outros. Autonomização e hegemonia, cujas manifestações são as seguintes. Em primeiro lugar, a importância determinante do valor da coisa como critério de tipificação (*Cod.*, XXXVI, 2-5). Depois, a força polarizadora do tipo penal «furto» sobre outros tipos que, ainda que incluíssem também ofensas a valores patrimoniais, eram antes encarados sobretudo do ponto de vista de outros valores (v. g., a usura, o roubo de coisas sagradas, o cerceamento de moeda). Agora, eles são considerados, sem mais, como espécies de furto, com isto se manifestando a supremacia que os valores patrimoniais (digamos, a defesa da propriedade privada) vão adquirindo na valoração penal.

Esta nova valoração dos interesses patrimoniais tem também consequências sobre o regime penal do dano. Enquanto que, para o direito romano e para o direito comum[141] a produção de danos não tinha senão consequências «civis» (indemnização), o *Cod.* (XXXII e XXXVII) estabelece sanções «criminais» para toda a conduta dolosa que provoque prejuízos a outrem.

9. Conclusão.

Neste ensaio da identificação de alguns dos traços mais relevantes dos códigos ideológicos que presidiram à tipificação jurídico-penal e à organização dos vários «tipos» penais em «campos» estruturados, procurámos situar a análise *no plano do discurso* (e não *no plano das ideias* dos seus autores). O que nos permite atingir um nível «anterior» àquele a que, normalmente, se dirige a «história das ideias» penais. Na verdade, esta ocupa-se das formulações manifestas e conscientes de cada autor; ao passo que uma descodificação ideológica de textos identifica o impensado valorativo que o próprio texto carrega no seu bojo e que exprime (e, ao mesmo tempo, estabelece) como que o horizonte axiológico possível dos seus autores – do seu grande Autor colectivo, como outros preferem dizer.

As matrizes de classificação e de valoração atingidas são, portanto, entidades trans-individuais que modelam, ao nível do impensado, cada manifestação discursiva. Se não se tratasse de discursos produzidos no seio de uma prática discursiva socialmente situada – decorrente, isto é, de formas limitadas e sectoriais de aculturação –, poder-se-ia dizer que, por esta forma, se atingiam as categorias antropológicas da sociedade medieval e moderna. De qualquer modo – e ainda que a estrutura particular do campo de produção do discurso jurídico aí provoque algumas distorções –, existem certamente laços muito fortes entre estes códigos axiológicos dos juristas, provenientes do seu *habitus* intelectual e revelados pela análise do seu discurso, e os contextos ideológicos da sociedade, no seu conjunto. Por isso, esta empresa analítica pode, a meu ver, ser integrada numa linha de orientação da mais recente história do direito, que coloca a análise da dogmática jurídica (da epistemologia impensada dos juristas) ao serviço de um estudo antropológico da sociedade moderna[142]. E, assim, tanto as matrizes de tipificação de cada crime – a qualidade dos autores ou das vítimas, as características da conduta, o lugar e o tempo, a natureza ou qualidades do objecto ofendido – como os valores com que tais crimes são relacionados – a religião (*verdadeira* ou *estabelecida*), o poder, a moralidade, a honra, o património, a verdade, a paz – permitiriam um olhar sobre as categorias mentais europeias e a sua evolução, durante esse período-charneira que é a época moderna.

BIBLIOGRAFIA CITADA

RAFFAELE AJELLO, 1976, *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, 1976.

RAFFAELE AJELLO, 1985, «Continuità e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematicismo», *Rivista storica italiana,* 97. 3 (1985), 884-930.

MARIA PAZ ALONSO, 1982, *El processo penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982.

ANTONIO CARDOSO DO AMARAL, 1610, *Summa seu praxis iudicum*, Ulyssipone, 1610 [ed. util. *Liber utilissimus judicibus et advocatis, Conimbricae*, 1740].

MANUEL BARBOSA, 1618, *Remissiones doctorum de officiis publicis jurisdictione, ordine judiciario, contractibus, ultimis voluntatibus, & delictis,* Olyssipone 1618; ed. cons., Conimbricae, 1730.

L. BERLINGER (ed.), 1986, *La «Leopoldina». Criminalità e giustizia criminale del settecento europeo,* Siena, 1986, 3 vols. (pre-print das actas do congresso).

PIERRE BOURDIEU, 1976, «Le champ scientifique», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2-3 (1976), 88-104.

PIERRE BOURDIEU, 1980, *Le sens pratique,* Paris, 1980.

PIERRE BOURDIEU, 1984, *Homo academicus*, Paris, 1984.

JORGE DE CABEDO, 1601, *Practicarum observationum sive decisionum supremi senatus, regni Lusitaniae,* Olyssipone, 1602-1604; ed. cons. Antuerpiae 1620.

GREGORIO MARTINS CAMINHA, 1549, *Tratado da forma dos libellos…*, Coimbra, 1549.

MANUEL MENDES DE CASTRO, 1619, *Practica lusitana*, ed. cons., Conimbricae, 1696 (1.ª ed., 1619).

Código criminal [por PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE], ed. MIGUEL SERTARO), 1823; ed. FRANCISCO FREIRE DE MELO, 1823; (ed. citada: ed. Imprensa da Universidade de Coimbra, 1844).

Collecção chronologica de leis extravagantes – [«Collecção da legislação antiga e moderna…»], ed. cons. Coimbra, 1819 (cit., C. L. E.).

JAIME DE CORELIA, 1744, *Pratica de confessionario* […], Coimbra, 1744.

EDUARDO CORREIA, 1977, «Estudo sobre a evolução das penas no direito português», *Bol. Fac. Dir.*, Coimbra, 53 (1977), 75 s., 88 s., 99 s.

JOÃO MARTINS DA COSTA, 1622, *Domus Suplicationis curiae Lusitaniae stylique Supremi Senatis consulta*, Ulyssipone, 1622; ed. cons. Civitas Virginis 1745.

DE LA CROIX, 1778, *Reflexions philosophiques sur l'origine de la civilisation*, 1778

GUILHERME BRAGA DA CRUZ, 1976, «O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte (Resenha histórica)», *Bol. Min. Justiça*, 170-172, (1976).

ÁLVARO D'ORS, 1973, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 1973.

LUÍS MIGUEL DUARTE, 1986, «Justice et criminalité au Portugal au moyen age et au début de l'époque moderne – les traces, les silences, les problèmes», em L. BERLINGER (ed.), 1986, 2321-2332.

DUMONT, 1784, *Plan de législation criminelle*, 1784.

PROSPERO FARINACCIUS, 1606, *Praxis, et theoricae criminalis...*, V partes, ed. cons Lugduni, 1606.

VÍTOR FAVEIRO, 1968, «Melo Freire e a formação do direito público nacional», *Bol. Dir. Geral Contribuições e Impostos*, 109 (1968), 7-69 et 110 (1968), 71-97.

MANUEL LOPES FERREIRA, 1730, *Practica criminal...*, Lisboa, 1730-3.

SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, 1841, *Memória sobre a administração da justiça criminal*, Lisboa, 1841.

OTTO FISCHL, 1913, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung* [...], Breslau, 1913 (reimpr., 1973).

MICHEL FOUCAULT, 1969, *L'archéologie du savoir*, Paris, 1969.

MICHEL FOUCAULT, 1975, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975.

BAPTISTA FRAGOSO, 1641-1652, *Regimen reipublicae christianae*, ed. cons. Coloniae Allobrogum, 1737.

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, 1789a, *Institutiones iuris civilis lusitani*, Ulyssipone 1789; ed. cons. Conimbricae, 1853.

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, 1789b, *Institutiones iuris criminalis lusitani*, Ulyssipone, 1789; ed. cons. Conimbricae, 1853.

FELICIANO DA CUNHA FRANCA, 1765, *Additiones auraeque illustrationes ad [...] Praticae lusitanae Emmanuelis Mendes de Castro*, Lisbonae, 1765.

ANTÓNIO GOMEZ, 1552, *Variae resolutiones* [...], Salamanticae 1552; ed. cons., *Opera omnia*, Venetiis, 1747.

ANTÓNIO GOMEZ, 1555, *Comentarii in leges Tauri*, Salamanticae 1555; ed. cons *Opera omnia*, Venetiis, 1747.

JACK GOODY, 1872, «The evolution of the family", em PETER LASLETT (ed.), *Household and family in past time*, Cambridge, 1972.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1972, «Recomeçar a reforma pombalina», *Rev. dir. estudos sociais*, 19 (1972), 5-34.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1978a, *A história do direito na história social*, Lisboa 1978.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1978b, «O materialismo histórico na história do direito», em ANTÓNIO M. HESPANHA, 1978a.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1978c, «A prática dogmática dos juristas oitocentistas», em ANTÓNIO M. HESPANHA, 1978a.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1978d, «Forma e valores nos Estatutos pombalinos da Universidade», em ANTÓNIO M. HESPANHA, 1978a.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1984, «Representation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration», em E.-V. HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, Frankfurt/Main 1984, 1-28.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1986a, «Une nouvelle histoire du droit?», P. GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'incontro di studio*, Milano 1986.

ANTÓNIO M. HESPANHA, 1986b, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal – séc. XVII*, Lisboa, 1986.

CH. HINCKELDEY, (ed.), 1980, *Strafjustiz in alter Zeit*, Rothenburg o. d. Tauber, 1980.

JENS CHR. V. JOHANSEN & HENRIK STEVNSBORG, 1986, «Hasard ou myopie. Rélexions autour de deux théories de l'histoire du droit», *Ann. Ec. Soc Civ.*, 1986. 3, 601-624.

P. L. DE LACRETELLE, 1784, *Discours sur les peines infamantes*, 1784 (contém uma *Réflexions sur la législation pénale*).

DUARTE NUNES DE LEÃO, 1569, *Leis extravagantes* [...], Lisboa, 1569, ed. cons. Coimbra, 1796.

MATEUS HOMEM LEITÃO, 1645, *De jure lusitano in tres tractatus. 1. De gravaminibus. 2. De securitatibus. 3. De inquisitionibus*, Conimbricae, 1645.

Lembrança / de / todos os criminozos / e / estado / Dos Liuramentos dos pre / zos da Cadeia da Corte que / apareceram na primeira uizita / que nella fes O Exc.mo Sn.or Lourenço / de Mendonça Conde de Val / de REYS / *Regedor da Iustiça / em 25 de / Agosto de /1694 / ao dito / Senhor / Offerecido pello Dez.or / Ignacio Lopes de Mou / ra prom.or da Iustiça / a Caza do Sup.am*, 2 tomos, Arq. Rel. Lisboa.

LINGUET, 1783, *Mémoire sur la Bastille et sur la détention de M. de Linguet*, Londres, 1783.

HANS-JÜRGEN LÜSEBRINCK, 1983, *Kriminalität und Literatur im Frankreich des 18 Jahrhunderts. Literarische Formen, soziale Funktionen und Wissenschaftenkonstituenten von Kriminalitätsdarstellung im Zeitalter der Aufklärung*, München, 1983.

BONNET DE MABLY, 1775, *Dissertation sur la composition des lois criminelles*, Leyde, 1775.

LOUIS PHILIPPON DE LA MADELAINE, 1770, *Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales*, 1770 (edit. no vol. IV da *Bibliothèque* [...] de BRISSOT DE WARVILLE).

MÁRIO REIS MARQUES, 1985, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do direito moderno*, Coimbra [1985], diss. à Fac. Direito de Coimbra.

FRANCISCO FREIRE DE MELO, 1816, *Discurso sobre os delictos e as penas e qual foi a sua proporção nas diferentes épocas da nossa jurisprudência*, Londres, 1816.

PASCOAL DE MELO, v. PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE.

LUÍS CABRAL DE MONCADA, 1949, «Origens do moderno direito português. Época do individualismo filosófico ou crítico», *Estudos de história do direito*, 2, Coimbra, 1949, 55-178.

ANTÓNIO BRAZ DE OLIVEIRA, 1982, «As execuções capitais em Portugal num curioso manuscrito de 1843», em *Revista da Biblioteca Nacional*, 1 (1982), 109-127.

TULIO PADOVANI, 1986, «Lettura della Leopoldina. Un'analise struturale», em L. BERLINGER, (ed.), 1986, 1, 259-312.

DE PASTORET, 1790, *Des lois pénales*, 1790.

MANUEL ALVARES PEGAS, 1669, *Commentaria ad Ordinationes regni Portugaliae* [...] ed. cons. Ulyssipone,1669-1703.

MANUEL ALVARES PEGAS, 1682, *Tractatus de potestate Senatus Aulii, ejusque, jurisdictione..., in Commentaria ad Ordinationes regni Portugaliae...*, cit., vol. Vll, (1682).

MELCHIOR PHAEBUS, 1619, *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae...*, Ulyssipone, 1619.

DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, 1673, *Tractatus de donationibus regiis* [...], Ulyssipone, 1673; Ed. cons. Lugduni, 1699.

Repertorio das Ordenações e leis [«Collecção de legislação antiga e moderna [...], ed. cons., Coimbra, 1857.

P. RISI, 1768, *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, 1768.

PH. ROBERT et R. LÉVY, 1986, «Histoire et question pénale», *Révue d'histoire moderne et contemporaine*, 1985, 481-526.

PIER LUIGI R....OVITO, 1981, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento. 1. Le garanzie giuridiche*, Napoli, 1981.

Repertorio das Ordenações e leis do reino de Portugal [Collecção da legislação antiga e moderna do reino de Portugal], ed. cons. Coimbra, 1857.

S. SALMONOWICZ, 1986, «Leopoldina: il codice penale toscano dell'anno 1786», *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 96 (1969),173 ss.

M. SBRICCOLI, 1974, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, 1985, «Éléments pour une histoire du droit moderne», *I seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación,* Bellaterra, 1985, 423-524.

ANTÓNIO LUIZ DE SOUSA HENRIQUES SECCO, 1880, *Memórias do tempo passado e presente para lição dos vindouros*, Coimbra, 1880.

V. SCIUTI-RUSSI, 1983, *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società italiana dei secoli XVI e XVII,* Napoli, 1983.

MICHEL DE SERVANT, 1767, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767 (publ. no vol. 11 da *Bibliothèque* [...], de BRISSOT DE WARVILLE).

SERVIN, 1782, *De la législation criminelle*, Basle, 1872.

ANTÓNIO DELGADO DA SILVA, *Collecção da legislação portugueza* [1750-1820], Lisboa, 1825-1830, 6 vols. [e 3 suplem.]. Cit.: A. D. S..

JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA, *Collecção chronologica da legislação portugueza* [1603-1711], 10 vols., Lisboa, 1854-1859. Cit.: J. J. A. S.

NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, 1985, *História do direito português*, Lisboa, 1985.

JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, (J. J. C. P. e S.), 1785, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Lisboa, 1785.

JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, 1803, *Classes dos crimes por ordem systematica*, Lisboa, 1803.

JOSÉ MANUEL LOPES SUBTIL, 1986, *O vintismo e a criminalidade (1820/1823)* Lisboa, 1986, diss. de «mestrado» na Fac. de Ciências Sociais e Humanas da Univ. Nova de Lisboa.

G. F. LE TROSNE, 1777, *Vues sur la justice criminelle*, Paris, 1777.

F. M. VERMEIL, 1781, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle,* 1781 (= tomo IX da *Bibliothèque* [...], de BROISSOT DE WARVILLE).

FRANCISCO TOMAZ Y VALENTE, 1969, *El derecho penal de la monarquia absoluta*. Madrid, 1969.

P. F. MUYART DE VOUGLANS, 1757, *Institutes du droit criminel*, 1757.

J.-P. BRISSOT DE WARVILLE, 1781, *Théorie des lois criminelles*, Berlin, 1781,

J.-P. BRISSOT DE WARVILLE (et.), *Bibliothèque philosophie de législation criminelle,* Berlin, 1782 ss. (10 vols.).

PETER ZYMA (ed.), 1977, *Textsemiotik als Ideologiekritik,* Frankfurt/Main, 1977.

PETER ZYMA, 1980, *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980.

NOTAS

(1) *Ensaio do Código Criminal, a que mandou proceder a rainha D. Maria I*, Lisboa, (Tip. Maigrense, 1823), XIII-459 pp. Ed. Miguel Setaro. ex-cônsul de Portugal na Rússia, que utilizou um manuscrito cedido pelos herdeiros do autor. *Código criminal, intentado pela rainha D. Maria I... segunda edição, castigada dos erros*, Lisboa, 1823 (Tip. Simão Tadeu Ferreira), 1823, XIX-144. Ed. Francisco Freire de Melo que, possivelmente com a colaboração do próprio Pascoal de Melo nos últimos anos de sua vida, retocou a versão original «porventura com mais algum fim, do que o de a depurar e corrigir» («Advertência» da 3.ª ed., IV), pelo que, no dizer dos mesmos terceiros editores, a transformou «por assim dizer, numa obra nova». Não inclui as «Provas». *Código criminal, intentado, pela rainha D. Maria I, com as provas*, Coimbra, 1844 (Imprensa da Universidade). Segue, fundamentalmente, a primeira edição. Mas os editores prometem incluir a final, uma tabela das variantes, entre as duas anteriores edições; todavia nos exemplares que conheço, tal tabela não aparece. No presente texto, seguiu-se a terceira edição. Sobre Pascoal de Melo, v., por todos, VÍTOR FAVEIRO, 1968.

(2) Sobre elas, v. por último, o original trabalho de J. M. LOPES SUBTIL, 1986.

(3) A. M. HESPANHA, 1986a; J.-M. SCHOLZ, 1986.

(4) Para um balanço actual, v. PH. ROBERT, 1985; conjunto significativo das orientações hoje correntes, em L. BERLINGER, 1986.

(5) Sobre a multiplicidade de normas de conduta e de tecnologias de controlo social, v. A. M. HESPANHA, 1987.

(6) Sobre o tema, v. JENS CHR. V. JOAHNSEN, 1986.

(7) Cf., para estes aspectos, M. FOUCAULT, 1969 (estruturas discursivas e condições da prática discursiva), P. ZYMA, 1977, 1980 (sobretudo para o conceito de intertexto). Apresentação geral destes temas, em português, CARLOS REIS, 1981. Aplicação ao discurso jurídico, A. M. HESPANHA, 1978a.

(8) Sobre o conceito de «recepção», v. as obras citadas na nota 7. Sobre a análise pragmático-política dos textos e dos discursos – além de M. FOUCAULT, 1969 —, P. BOURDIEU, 1976, 1980 e 1984.

(9) Utilizamos este conceito com o sentido que resulta das conclusões apresentadas em *As vésperas do Leviathan* (A. M. HESPANHA, 1986b).

(10) V., sobre estes temas, hoje centrais, da sociologia do discurso jurídico-moderno, sobretudo os trabalhos do R. AJELLO e sua escola, nomeadamente, R. AJELLO, 1976, 1985; L. ROVITO, 1981; V. SCIUTI-RUSSI, 1983.

(11) V., sobre a literatura popular francesa sobre temas penais, com métodos inovadores, H.-J. LÜSEBRINCK, 1983.

(12) Retomo, neste ponto, uma interessante proposta de B. Clavero (em B. CLAVERO, 1985).

(13) Limito-me, neste estudo, a considerar o direito penal da coroa no domínio secular. A prática punitiva da Inquisição – que, formalmente deveria ser integrada no universo da punição real, dada a natureza do Tribunal – funciona, a meu ver, num plano diferente, pouco tendo a ver com o discurso jurídico-penal cujas condi-

cionantes estamos a estudar. Por um lado, realiza uma função político-ideológica diferente, não se orientando prevalentemente para a promoção da imagem do rei como sumo dispensador da justiça e da graça; depois, não apresenta as mesmas dificuldades de implantação prática, sobretudo pelo facto de se impor através de mecanismos institucionais e processuais muito mais eficazes, importados do modelo eclesiástico de organização; por fim, porque a esta prática não corresponde o mesmo universo de discurso, pois os juristas não se ocupam, senão lateralmente, da prática punitiva da Inquisição mesmo quando tratam de crimes que, em Portugal, são do seu foro.

(14) V., para além das indicações que dei no meu *As vésperas do Leviathan* [...], a descrição sucinta de CASTRO, 1619, V. II 1, 1, c. 2, 78 ss. [pg. 55 ss.] (jurisdições eclesiásticas).

(15) O tema das «delongas processuais» carece de estudo, para que não se aceite acriticamente um tópico comum. *A Lembrança de todos os criminosos* [...], adiante mais detidamente referida, não fornece dados definitivos para uma avaliação do assunto, nos finais do século XVII: ao lado de presos com vários anos de cárcere à espera de decisão, outros tinham os feitos conclusos para julgamento ao fim de dois ou três meses. Sobre as dificuldades de implantação da ordem punitiva real, mesmo na capital, e sobre o diagnóstico das causas destas dificuldades, v. o preâmbulo do alv. de 31.3.162 (C.L.E., 1, 422 ss.), onde se referem, sobretudo, a falta de estruturas «policiais» e de controlo da ordem pública, as «inumeráveis indústrias e subterfúgios» com que se podia iludir o castigo ou dilatar a sua execução e a demora dos processos (nomeadamente no caso de réus pobres – os escrivães não queriam realizar actos de que sabiam não ir ser pagos – ou naqueles em que não havia acusação de parte).

(16) Isto levou a que se determinasse que o lugar do degredo fosse fixado genericamente («para Angola», «para o Brasil»), embora conheça decisões de degredo «para Bissau», «para Cacheu», «para a Ilha do Príncipe», «para o Maranhão».

(17) Sobre estas visitas, v., *infra*.

(18) No manuscrito *Lembrança de todos os criminozos* [...], encontram-se (poucos) casos de criminosos fugidos do local do degredo. A pena é, normalmente, a de voltar a cumprir o degredo por inteiro. Noutros casos, o crime é punido com a pena de degredo, convertida na de morte natural se o criminoso regressar, fugido, ao reino. Isto correspondia à doutrina geral sobre o tema, que estabelecia, para estes casos, a repetição do degredo, em local considerado mais agravado (v. g., se o primeiro degredo era no norte de África, o segundo seria em Angola; ou, sendo-o primeiro aqui, o segundo seria no Brasil; fugindo-se, neste último caso, a pena era a morte).

(19) V. os casos de aplicação da pena de morte ao período das Ordenações, E. CORREIA, 1977.

(20) A lei previa a apelação oficiosa (por parte da justiça) nos casos em que a acusação pública devia ser aceite (casos de «querela», *Ord. fil.*, v, 122 pr.). Os casos de querela (em que o processo era prosseguido por parte da justiça, *ibid.*, V, 117, 16) eram todos aqueles a que correspondia a pena de açoites ou superior (v. lista *ibid.*, 117, pr.). Nestes casos, os juízes eram punidos se não procedessem oficiosamente (*ibid.*, V. 122, 10).

(21) Trata-se da *Lembrança de todos os criminozos...*, adiante mais detalhadamente descrita.

(22) Por exemplo. As *Ord.* puniam com morte a bigamia (V. 19); no entanto, uma fonte dos finais do séc. XVIII informa que «hoje, entre nós, esta pena raramente se pode praticar, pois, os Inquisidores da depravação herética, que conhecem deste crime pelo direito de prevenção [pois se tratava de um delito de misto foro], punem os réus com a pena de açoites, de desterro temporário e, por vezes, com pena de galés» (*Reportório...*, v. «Pena de morte», IV, 27 (a). A mesma fonte (I, 443 (d)) refere que um réu condenado à morte natural na primeira instância por tomar pela força os bens do devedor viu, em embargos, essa pena comutada em morte civil (degredo).

(23) V. SECCO, 1880, 227-626; cf. também, ANTÓNIO BRAZ DE OLIVEIRA, 1982, que, em todo o caso, não teve em conta os dados de Henriques Secco; além dos casos aqui listados, considerámos ainda os referidos por PHAEBUS, 1619, Aresto 151, p. 159; BARBOSA, 1618, ad V, 18, n. 10, p. 298; F. DA C. FRANCA, 1765, ad p. I, 1. V, c. 2, n. 474, p. 384); *Repertório...*, 1, 442 (a); e ainda as referidas na *Lembrança de todos os criminosos* [...], I, 23 v., I, 29 e I, 36 v.

(24) Não está, naturalmente, garantido que não existam outras condenações capitais, para além das que aparecem nestas listas. Em todo o caso, a coincidência fundamental de todas elas aponta para uma listagem exaustiva destes casos que a memória colectiva retinha, até – acrescento em abono das minhas teses – pelo seu carácter inusitado. Note-se que, por disposição expressa das *Ordenações* (v. g., *Ord. fil.*, V, 19, 1; V, 25, pr.; V, 35, 1; V. 137, 1) ou pelo funcionamento da apelação de ofício (v., *supra*, n. 19), todas as penas de morte eram aplicadas nos tribunais centrais de justiça (Casa da Suplicação e Casa do Cível).

(24a) Literatura sobre este método: obra básica, J.-P. BENZÉCRI, & colab., *L'analyse des données*. 1. *La taxiconomíe*. 2. *L'analyse des correspondances*, Paris 1973, obras mais acessíveis, com os correspondentes instrumentos informáticos T. FOUGART, *Analyse factorielle. Programmation sur micro-ordinateurs*, Paris 1985 (2.ª ed.); JEAN DE LAGARDE, *Initiation à l'analyse des données*, Paris 1983.

(25) O critério de agrupamento dos crimes, aqui adoptado, parece-me justificado, em função do que se dirá na V parte.

(26) PHAEBUS, 1619, d. 156, ns. 5-10.

(27) BARBOSA, 1618, ad Ord. V, 18, 3, n. 10 [p. 298].

(28) D. A. PORTUGAL, 1673, 1, 2, c. 25, n. 53/5.

(29) Sobre esta discussão, com exposição e crítica dos diferentes argumentos, v. *Repertório...*, *maxime*, IV, 40 (a) e I, 434 (b).

(30) Notem-se as palavras finais do excurso do *Reportório...*, que vimos citando: «Sed quamvis isti sit verissimus sensus Legis circa verba morra por ello; attamen a clementissimis Judicibus exoro, ut semper prae oculis habeant, quod aliquae sunt Leges, quae magis ad terrorem videntur conditae, quam ut corum rigor ad ungem observetur [...] et per-pensis circunstantiis per benignior sensu, quantum Leges suffere possint, eas interpretare intentant» (p. 44 (a) [da p. 40] *in fine*).

(31) No furto, a treincidência era especialmente punida, sendo o furto triplo equivalente ao *furto magnum*; daí que se estabelecesse a marcação dos ladrões, no pri-

meiro furto com um L ou um P, consoante a condenação fosse feita no distrito da Casa da Suplicação ou no da Casa do Cível; no segundo; furto com uma forca (v. a Lei da Reformação da Justiça de 6.12.1612, § 20). No entanto, a marca já não se utilizava nos finais do séc. XVIII (v. JOAQUIM J. C. PEREIRA E SOUSA, 1803, I, § 22, nota 35).

(32) «Há muito que estão entre nós em desuso», J. J. C. PEREIRA E SOUSA, 1803, I, § 22, n. 35.

(33) Cf. *Ord. fil.*, I, 1, 30 (visitas mensais, na última sexta-feira ou sábado) o Regimento da Casa da Suplicação, de 7.6.1605, §11 (visitas no primeiro dia de cada mês; o promotor da justiça tome um rol dos presos, informando do estado de cada um, e o mostre ao Regedor para que este decida sobre o seu livramento); a Ref. da justiça, de 6.12.1612, § 9 (que, contra o que abusivamente estava em prática, não se despachassem senão os casos leves, pois as visitas apenas se destinavam a despejar as cadeias e a aliviar o trabalho dos requerentes [de livramentos] da Misericórdia) (J. J. A. S., 1603-1612), e, sobretudo, o Alv. de 31.3.1642 §§ 5-10 (importante, não só para se conhecer o regimento das visitas, mas ainda os pontos de vista dominantes na corte sobre o grau de eficácia da justiça real) (C. L. E., I, 422 SS.). V., ainda, M. A. PEGAS, 1669, I, ad *Ord. fil.*, I, 1, 30; J. M. DA COSTA 1622, ad. 2, n. 42; M. M. DE CASTRO, 1619, 1. V, c. 1, n. 31; MELO, 1789a, XII, § 11.

(34) V. DUARTE, 1986.

(35) Cf. sobre o tema, largamente, FRAGOSO, 1641, I, 1. 1, disp. 1, § 3 p. I, 2; («principem pastoris nomine, imperioque adornat, & sic nomen imperii superbum pastoris nomine dulcescit: quasi dicat imperare populo, ac pascere populo idem esse... ex quo manifestum est clementiam, masnuetudinem, & misericordiam maxime competere in principibus, atque illorum vices tenentibus», n. 37 [p. 22], com fonte na Sagrada Escritura, e em S. Ambrósio; n. 38, fontes clássicas: Séneca, *De clementia*: «Nullum magis decet clementiam quam principem»). Sobre se o príncipe se deve antes fazer amar do que temer, v., *ibid.*, n. 44: «Magis decere principem amari, quam metui».

(36) *Ibid.*, n. 42-43, 52, *in fine*, 53 e 60-62. Na literatura clássica, estabelecera-se uma larga polémica com os estóicos, para quem a *clementia* em relação aos criminosos equivalia à licença (*venia*). Mais tarde, penalistas iluministas reagirão, de novo, contra o perdão, com idêntico fundamento.

(37) *Ibid.*, n. 52.

(38) *Ibid.*, n. 57.

(39) D. A. PORTUGAL, 1673, p. II, §. 18, p. I, 264 ss.

(40) Logo, insusceptível de doação (n. 1-5); o príncipe podia, no entanto, cometer a certos magistrados a instrução dos processos de perdão (v. *Ord. fil.* , I, 3; *Reg. Paço*, § 18).

(41) Refere ainda: que, em Portugal, o rei não costuma perdoar os crimes mais atrozes, mesmo com o perdão de parte (n.° 48); que os crimes de reincidentes não devem ser perdoados; que o rei pode perdoar contra o pagamento de certa quantia (*Reg. Des. Paço*, §§ 21 e 23; n.° 124).

(42) O regime de concessão de perdões fora modificado pelo Regimento do Desembargo do Paço de 27.7.1582, num sentido mais rigorista; os desembargadores

são proibidos de aceitar pedidos de perdão dos crimes mais graves – em geral, aqueles a que correspondiam penas de açoites ou daí para cima (*Ord. fil., Reg. Des. Paço*, §§ 19/20; cf regime anterior em *Ord. Fil.*, I, 3, 8 ss.); para os crimes mais leves (em relação aos anteriores), exige-se o perdão de parte, quando a houver (*ibid.*, 21); o perdão deve, em princípio, traduzir-se numa comutação de pena (*ibid.*, 21) – a comutação era feita, em geral, numa pena pecuniária; para isso, corria um expediente especial (livramento); no caso de réus pobres, as misericórdias podiam assumir o pagamento, quer da multa, quer da fiança («livrar-se pela Misericórdia»); a concessão deve ser sempre do rei, cabendo aos desembargadores apenas o parecer (*ibid.*, 22). Sobre o regime do perdão (*remissio, indulgentia*) v. PEGAS, 1669, ad I, 3, 8, ss. (vol. II) e ad. *Reg. Sen. Pal.* cap. 19/21 (vol. 7) e CABEDO, 1601, I, d. 75.

(43) BARBOSA, 1618, ad. I, 3, 9, n. 2 [p. 8]. No mesmo sentido CASTRO, 1619, p. II. 1.1, c. 2, n. 19 ss. [p. 13/14]: justificando a praxe «ob delinquentis merito, & beneficio in rem publicam» e invocando o direito comum, D. 49, 16, 5, 8.

(44) *Ibid.*.

(45) Sobre os alvarás de fiança, v., por todos, CASTRO, 1619, p. I (e também II), 1. 5, c. 1, app. III [p. 173], para além dos comentários de Manuel Barbosa e de M. A. Pegas ao parágrafo do regimento (com ulteriores indicações bibliográficas).

(46) *Ord. fil.*, V, 124 e 129; Alv. 21.1.1564 [DNL. LE., 3,3,3]; Alv. 6.12.1612, §§ 3 e 4; em *Ord. fil.*, V, 128, um outro tipo de garantia, ainda mais genérica – a segurança real. Sobre as cartas de seguro, seu regime e espécies, além das fontes legais, v., por todos, CASTRO, 1619, P. I, L. 5, c. 1, app. II n. 19 ss. [p. 172] e P. II, L. 5, c. 1, app. II [p. 255]; LEITÃO, 1645 e MELO 1789b, c. 16, §§ 1 ss., este favorável à sua manutenção e alargamento (§§ 2 e 9).

(47) *Ibid.*, p. 172/3

(48) Sobre os poderes punitivos destas ordens infra-reais: (*i*) sobre o poder punitivo do *pater*, FRAGOSO, 1641, I, disp. 1, 4, n.° 89 e III, disp. 3, § 2; AMARAL, 1610, s. v. «pater», n.° 34 ss.; c.f *Ord. fil.*, V, 38 e V, 95, 4 e respectivos comentadores; (*ii*) sobre o poder punitivo da Igreja, v. o vol. II da mesma obra, *per totum*.

(49) Sobre as penas arbitrárias, no nosso direito legislado moderno v. E. CORREIA 1977, 85, 93 e 102.

(50) A pena é arbitrária quando não se prevê pena no direito (AMARAL, 1610, v. «*poena*», n. 45).

(51) *Ibid.*, n. 45-46.

(52) B. FRAGOSO, 1641, p. I, 1.4, disp. 11, ns. 238 ss. (p. 430); v. também FARINACCIUS, 1606, p. I, qu. 17, n. 6 ss..

(53) Esta regra só era aplicada aos magistrados *majores*, mas não aos *minores*, *ibid.*, 247. Magistrados *minores* eram os que decidiam as causas menores, ou seja, as causas civis até uma certa quantia, «qui de rebus parvi momenti judicant (= juízes pedâneos), *ibid.*, 248; *majores*, os que têm jurisdição pleníssima, como os *proconsules* (= corregedores), *praetores* (= juízes ordinários ou de fora), ou os que conhecem das apelações (= desembargadores) (*ibid.*, 248). Sobre estas classificações, v. HESPANHA, 1984.

(54) AMARAL, 1610, v. «poena», n.° 21 ss.

(55) *Ibid.*, n.° 24 ss.

(56) FRAGOSO, 1641, *ibid.*, n.° 244.

(57) *Ibid.*, n.° 245: o princípio valia, no domínio das penas, para as pecuniárias; no domínio da ilicitude, considerava-se, por exemplo, que a necessidade manifesta escusava a ilicitude do furto.

(58) *Ibid.*, 244: «Mitius puniri potest, qui ex rusticitate delinquit, quia excusatur ex simplicitate».

(59) V. AMARAL, 1610, v. «poena», n. 44 e literatura aí citada.

(60) «Na verdade, os juízes podem temperar as penas estabelecidas na lei em razão da amizade, quando a pena for arbitrária; pois neste campo podem agir de forma mais branda com o amigo, de acordo com a inclinação da consciência», FRAGOSO, 1641, 245; o A. põe, no entanto, algumas restrições (magistrados *majores*, *causa choarens delicto*). Mas há opiniões divergentes (v. g., Domingo de Soto, *De iustitia et de iure*, III, q. 6, art. 5).

(61) Restringida nos casos de existência de querela (*Ord. fil.*, v, 117, pr.) ou em que deva haver acusação por parte da justiça (*Ord. fil.*, v, 122); mas plenamente existente no caso de processo iniciado por inquirição ou devassa (o que, na época moderna, era o mais comum – v. MELO, 1789b tit. 13, § 4 nota).

(62) Correspondente à estrutura inquisitória do processo, dominante no processo penal depois do séc. XIII (cf. ALONSO, 1982) e à latitude que acabava por ficar ao juiz na apreciação da prova, apesar do sistema das provas legais tarifadas (prova plena, meia prova, quarto de prova, indícios, etc.; sobre o regime probatório, AMARAL, 1610, II, v. «Probatio», maxime ns. 46 ss.; CASTRO, 1619, 1. 3, c. 12; para a época iluminista, v. FREIRE, 1789b, tit. 17 e 18).

(63) AMARAL, 1610, v. «poena», n. 41.

(64) V. g., CR. 21.10.1757, Alv. 17.1.1759, L. 12.6.1769, L.3.8.1770, L. 25.5.1773.

(65) Sobre a lei da Boa Razão, v., SILVA, 1985, 276; HESPANHA, 1978c., 73 ss.

(66) Sobre a reforma pombalina dos estudos jurídicos, v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, 1985, 279; A. M. HESPANHA, 1972; 1978d.

(67) Sobre o Projecto do Novo Código, v. CRUZ, 1967, 49 ss.; SILVA 1985, 284 e, por último, MARQUES, 1985.

(68) Sobre o projecto de reforma das comarcas, v., por último, MENDES, 1981, 1 ss.

(69) V., por último, SUBTIL, 1986, 168 ss.

(70) «Os factos, que não offendem a sociedade, nem os indivíduos della posto que sejão illícitos, não serão reputados como verdadeiros delitos» (*Codigo*[...], *Provas*, I, 5); v., SOUSA, 1803, I, § 2, nota 2).

(71) É este o sentido do tratamento dos crimes religiosos feito por Pascoal de Melo, em que o desacato à religião se pune mais pela perturbação social que causa do que pela impiedade. V. *infra*.

(72) Cf. MELO, 1789b, t. 1, § 15; *Código...*, § 23, t. 10, XII, 25.

(73) Cf., v. g., *Codigo...*, II, 21-22 (restrição de licitude da punição da adúltera pelo marido); XX, 6 a 11 (restringe os poderes de encarceramento dos bispos); XX, 17-21 (regulamentação em sentido restritivo dos poderes punitivos do pater).

(74) Cf. MELO, 1789b, I, 26 nota. Sobre este ponto, v., ainda FERREIRA, 1841, 14.

(75) Cf., v. g., MELO, 1789b, tit. 10, § 16 nota *in fine* (o trabalho como meio vicariante da punição nos delitos «políticos»; tit. 4,14 nota (o duelo combate-se pela acusação da opinião pública); Código, tit. 8 (a ridicularização dos feiticeiros), etc.

(76) SOUSA, 1803, I, § 28, nota 46.

(77) V. HESPANHA, 1978d.

(78) V. *infra.*

(79) C. MELO, 1789b, I, § 7; IV, § 6.

(80) Note-se como, a partir deste princípio de proporcionalidade entre o crime e a pena, se aponta subtilmente para uma descriminalização dos delitos religiosos e morais. Sobre o carácter especular das penas e o simbolismo penal HINCKELDEY, 1980, 210 ss.

(81) SOUSA, 1803, I, § 9, nota 31.

(82) Impõe-se a realização de uma prosopografia do pessoal político pombalino, mariano e joanino, que esclareça as continuidades e rupturas, quer com o período anterior, quer com o vintismo.

(83) Cf. MELO 1789b. tit. 16, 9 nota.

(84) Tais como Benedictus Carpzow (1595-1666), A. Mathaeus (1601-1654), Samuel Stryk (1640-1710), J. Brunneman (m. 1627), G. A. Struve (1619-1692), S. Puffendorf (1623-1694), J. H. Bohmer (1674-1749) [bem como J. F. Bohmer, autor de uns *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 1732], J. G. Heineccius (1681-1741), A. Leyser (1683-1752), Chr Wolf (1679-1754), Chr. Thomasius (1655-1728).

(85) La Croix, Le Frosne, Linguet, Philippon de la Madeleine, Servant, Vermeil, etc., bem como as publicações da *Société économique de Berne* e da *Académie de Chalons* ou os 10 volumes da 1.ª série da *Bibliothèque philosophique des lois criminelles*, publicada por Brissot de Warville.

(86) Entre eles, LUIGI CREMANO, *De iure criminali*, 1779, e FILIPPO MARIA RENAZZI, *Elementa iuris criminalis e Synopsis elementorum iuris criminalis in ususm auditorum*, ed. alt. 1805. Em geral, sobre a literatura criminalista europeia da segunda metade do séc. XVIII, v. FISCHL, 1913, e LÜSEBRINCK, 1983.

(87) Existem outras referências, de sentido semelhante, à literatura disponível no prefácio das *Inst. dit. crim.*

(88) MELO, 1789b, prefácio.

(89) Para a doutrina peninsular, v. o belo livro, e também pioneiro, no seu género, de F. TOMAS Y VALIENTE, 1969; em Portugal, a produção dogmática do direito penal é escassa; para além dos comentários de Manuel Barbosa ao livro V (BARBOSA, 1618 e de alguns parágrafos de Baptista Fragoso (FRAGOSO, 1641), as matérias penais não são objecto de um tratamento sistemático, a não ser no que respeita ao processo penal, em que existem os «tratados» de Gregório. Martins Caminha (CAMINHA, 1549) e Manuel Lopes Ferreira (FERREIRA, 1730), Outros títulos, de menor interesse: FRANCISCO CALDAS PEREIRA DE Castro «Relectio nova... in legem cod. ex delicto defuncti», em *Opera omnia*, Francofonti, 1630; GASPAR PEGADO, *Practicae criminalis,* Conimbricae, 1604; JOSÉ THOMAZ DE NEGREIROS, *Introductio ad commentaria legum criminalium...*, Olysipone, 1754; ID., *Commen-*

taria ad regias Ordinationes, (cf.,ms. 486 Bib. Univ. Coimbra); ANTÓNIO VANGUERVE CABRAL, *Practica judicial...*, Lisboa, 1712-1717; ID., *Epilogo juridico de varias causas civeis, e crimes concernentes ao especulativo e pratico,* Lisboa, 1729.

(90) Tudo o que acaba de ser dito fica bem expresso por Pascoal de Melo quando expõe os fundamentos das suas soluções: «... hei de consultar as nossas leis e as visinhas, e a practica das nações: mas protesto desde já não me embaraça muito com o que ellas dizem; porque tendo o livro quinto das nossas Ordenanças poucas regras, que se aproveitem, as leis criminais estrangeiras ainda tem muito menos. Comeste protesto, e usando da liberdade, que me é própria, sem transgredir os seus justos limites principalmente a razão natural e civil das penas, o fim das sociedades, a segurança pública, o estado, genio, indole, e character, singular da nação portugueza, e sobre tudo a lei da humanidade, entendida e combinada sempre com a lei da justiça e da segurança pública», (*Código*... XXXI) .

(91) Os crimes «privados» (quorum accusatio vel persecutio permittitur ei cuius proprie privatim ac specialiter interest, id est qui laesus est, [Duarenus]: furto, violência privada, injúria, dano, etc.) eram tratados no livro 47 e os «públicos» («quae in omnium ferentur iniuriam, quod antiquis temporibus eorum cognitio & animadversio ad populum pertinet», [id.]: lesa-majestade, adultério, homicídio, falsificação, violência pública e privada, rapto, peculato, plagiato, etc.), no livro 48.

(92) V., para Portugal, o que diz Pascoal de Melo sobre os progressos da acusação oficiosa (MELO, 1789b, tit. 13, § 4, nota).

(93) O modelo sistemático dos códigos portugueses em matéria penal pode ter sido influenciado pelo do liv. VII das *Siete Partidas* que, depois de um só título relativo às matérias de processo (VII, 1), se ocupa dos crimes e das penas, não voltando ao processo senão no fim do livro. Mas as Ordenações «purificam» ainda mais o modelo, suprimindo os *incipiti* e *excipit* processualistas. Apenas as Ord. man. (V, 1) incluem uma referência ao processo no início do livro. Sobre o problema das ordens sistemáticas da legislação europeia, sem referências, no entanto, à legislação peninsular, SALMONOWICZ, 1986, e PADOVANI, 1986.

(94) V. MELO, 1789b, I, 4: os crimes públicos são os que lesam a sociedade ou a segurança pública (e, logo, perseguidos por acusação pública); os particulares são os que apenas lesam interesses particulares (e, logo, perseguidos por iniciativa destes); confronto com o critério romano de distinção na respectiva nota. No mesmo sentido, SOUSA, 1803, I, 12 ss.

(95) Utilizamos a expressão «campo penal» – por analogia com a expressão «campo semântico» – para designar o conjunto de condutas puníveis (de «tipos penais») entre as quais o discurso estabelece relações de vizinhança, em termos tais que o significado de cada uma depende do significado das outras. Estas relações de vizinhança resultam do facto de a punição, no interior do campo, ser referida, fundamentalmente, a um valor protegido pelo direito penal (v. g., a paz, o património, a integridade física, a honra, etc.).

(96) Tradição textual dos principais tipos integrados no campo. A heresia era tratada no *Cod. Th.*. XVI, 5, 43 e 52-54 (= C., I 5, 3); no *C. i. civ.*, em C., 1, 5, de *haereticis et manicheis et samaritis* (11/12: pena capital; 15, incapacidade testamentária); C., 1, 7, de *apostatis*; C., I, 9 *de iudais et coelocolis* (3: morte pelo fogo); no *C. i. canonici, Dec. Grat.*, C. I, qu. 6 (penas); C. 6, qu. I, c. 17. C. 23, qu. 7

(confisco); C. 24, qu. 1-3 (privação de ofício, excomunhão, maldição eterna, de seus sequazes e famílias); *Decretales*, V, 7 *de haereticis et manicheis; Sextum*, V, 2 *de haereticis* (fonte dos regimentos inquisitoriais). No direito peninsular, ela aparece na lei 3 da cúria de 1211 e nas *Partidas* (Vll, 26, Pr. e ss.). Literatura: AMARAL, 1610, V. «haeresia». FRAGOSO, 1641, I, 1. 2, d, 4, § 12. A blasfémia é punida em D., 12, 2, *de iureiurando* e nas *Decretales*, V, 26, C. 2, *de maledictione*; no direito peninsular nas *Partidas* (Vll, 28) e em leis de 6.7.1315 e de 3.1.1416 (em *Ord. af*, V, 99, 1). Literatura: A. C. AMARAL, *Liber...*, v. «blasphemia», FRAGOSO, 1641,I,1. 2, disp. 4, § 5. A feitiçaria no *Dec. Grat.* II P., C. 26, qu. 1, c.l; *ibid.*, qu. 3 e 4; *ib.*, C. 9,18 e nas *Partidas* (VII, 23). Literatura: AMARAL, 1610, V. «sortilegium», FRAGOSO, 1641, I, 1. 2, disp. 4, § 6 ss. Quanto ao perjúrio, as fontes textuais são, sobretudo D., 3, 2, 21; D., 12, 2, 13, 6; C., 2, 4, 4. Literatura: AMARAL, 1610, V. «juramentom», n. 36 ss.; FRAGOSO 1641,I,1. 5, disp. 13, § 6 (p. 629).1.

(97) Cf. MELO, 1789b, tit. 2, 1 («... a Nação, a qual dificilmente se pode conceber sem alguma religião, verdadeira ou falsa»). Crítica ao ateismo dos livres pensadores, *ibid.*, tit., 2, 8.

(98) Pascoal de Melo chega, neste sentido, a definir como crimes religiosos todos os actos que atentem contra os bons costumes, as leis divinas, as naturais e até as civis («todos os delitos podem ser chamados eclesiásticos, estando sujeitos, no foro da consciência, à punição da Igreja, às penitências censuras e penas canónicas», MELO, 1789b, tit. 2, 2).

(99) Um outro exemplo de elemento tipificador tornado inútil é o da distinção entre ofensa à religião católica feita por um baptizado ou por não baptizado. Tal distinção tinha antes sentido, na medida em que na heresia, como violação da ortodoxia, não podia cair senão um crente. No entanto, a extensão do conceito aos não crentes tinha uma antiga tradição no direito português (lei de 3.1.1416, baseada num costume anterior e num texto do *C. i. canonici* (*Sextum*, V, 13). Também o perjúrio estava, há muito tempo, fortemente «laicizado», pois a doutrina fazia equivaler ao perjúrio *stricto sensu* a violação de compromissos tomados sem juramento religioso (BARBOSA, 1618, ad. Ord. V, 54, n.° 7). Em todo o caso, Pascoal de Melo mantém, no projecto, a distinção entre perjúrio e promessas feitas sob palavra de honra (VII, 12).

(100) MELO, 1789b, II, 6; *Cód.*, «Provas», 10. Para o direito canónico, alguns delitos pertenciam a uma área de competência privativa da jurisdição da Igreja. Era este o caso da heresia (*Sextum*, V, 2,18, § Prohibemus). Contudo, os tribunais eclesiásticos não podiam aplicar penas de sangue (*Decretales*, V, 13; 15,1), devendo, portanto, remeter os culpados aos tribunais seculares que, todavia, tinham que se submeter à decisão daqueles. Em Portugal, as *Ord. af.* (V, l) e *Ord. man.* (V, 2) ainda acautelam a revisão dos processos pelas justiças temporais, na esteira de uma opinião de Bártolo (v. ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus...*, v. haeresia, n. 16). Mas as *Ord. fil* (V, 1) abandonam esta restrição. Outros delitos religiosos podiam ser conhecidos por uma ou outra jurisdição, de acordo com sistema que iam da *preoccupatio* à *alternativa*.

(101) Note-se, finalmente, algo que poderia destoar desta laicização do «campo» dos crimes religiosos. No projecto de Pascoal de Melo, o «campo» dos crimes contra a religião – como unidade de tipos inter-relacionados – ganha um âmbito nunca atingido nas anteriores codificações. A secção respectiva (tits. 5 a 10) en-

globa, a mais da heresia, da apostasia, da blasfémia e da feitiçaria, já agrupados nas *Ordenações*, ainda o perjúrio, o sacrilégio e a usura. Aparentemente, o fio que une todos estes tipos penais no início do projecto é o conceito de «casos de foro misto» – apesar de Pascoal de Melo, nas *Institutiones* entender ser perturbadora a confusão entre os delitos de foro misto e os crimes contra a religião (MELO, 1789b, I, t. 5, § 49 *i. f.*). Este alargamento do «campo» dos crimes religiosos constitui um curioso exemplo do que vimos dizendo sobre a prevalência de uma lógica textual sobre uma lógica intencional. Trata-se, na verdade, da reprodução de uma lógica dogmática, herdada da tradição textual anterior, disfuncional em relação à assumida intenção laicizadora do pensamento penal iluminista. Seja como for, este aparente alargamento do elenco dos crimes religiosos, esta concentração *sub specie religionis* de tipos antes dispersos, pode ter, afinal, consequências funcionais. Ou constituindo uma forma de esvaziar, a garantia penal dos tipos incluídos neste «campo», pois, em obediência ao princípio da correspondência entre crime e pena, às ofensas aos valores religiosos deveriam caber sanções também de tipo religioso (caso do concubinato simples: «multum sane in Deum peccant concubinarii, delictum tamen et crimen in Rempublicam simplex concubinatus non est, quod modo ordinario leges coerceant», MELO, 1789b, I, t. 5, § 48 nota). Ou reforçando a legitimação da punição de certos delitos civis, decorando os valores temporais ofendidos com a dignidade de valores sagrados (caso do perjúrio).

(102) A doutrina estabelecia uma completa casuística sobre as situações amorosas que configuravam o adultério, bem como sobre os factos que os indiciavam. Neste último plano, os juristas eram bastante estritos, não se contentando alguns sequer com o facto de os amantes serem encontrados no leito, *solus cum sola, nudus cum nuda*. Com este rigor probatório – que se encontra também noutros crimes sexuais (como a sodomia ou a bestialidade; v. GOMEZ:, 1555, ad. I, 80, n. 33 ss.) – procurava-se decerto limitar a perseguição penal destes actos, pois deveria haver uma razoável distância entre o rigor destas leis e a permissividade sexual da sociedade. No plano dos actos relevantes todavia, a doutrina considerava já como situações adulterinas os actos preparatórios do coito («veluti mutuis amplexibus, & osculis», BARBOSA, 1618, ad. V 38, 2, p. 31).

(103) V. CORELIA, 1744, p. 66, ns. 1-2.

(104) V. GOODY, 1972.

(105) Excepção: *Ord. fil.*, v, 28, Pr (concubina «teúda e manteúda» no domicílio conjugal).

(106) AMARAL, 1610, V. «Concubinatus», pg. 218, col. 1.

(107) A sexualidade extra-matrimonial das mulheres casadas também não deixava de ser, indirectamente, protegida (talvez na medida em que ela era a outra face da sexualidade masculina...) pelo conceito restrito de adultério e pelas exigências probatórias, a que já nos referimos.

(108) V, CL, 19.8.1769, § 12. Note-se que esta possibilidade de denúncias extra-familiar dos casos de adultério constituía, muitas vezes, a via para forçar os pais a casar filhas «desonradas» com pretendentes indesejados (v. alv. 26.9. 1769, am A.D.S.).

(109) Cf. § 6 e «Provas», p. 33-34.

(110) O «coito vago» ou o «meretrício» continuam a não ser puníveis nem como adultério (*Cod.*, XI, 3), nem como outro crime moral (XII, 30) embora seja sujeito a medidas de polícia.

(111) AMARAL, 1610, V. «Stuprum, ns. 11-12.

(112) V., por todos, GOMEZ, 1555, ad. 1, 80, ns. 5 ss. (com um curioso e desenvolvido tratamento das práticas sexuais contra natura, donde decorrem as concepções da época sobre a normalidade e a perversão do uso do sexo).

(113) Mesmo no matrimónio, a castidade era a virtude máxima, pecando venialmente o marido «qui solum causa libidinis, & voluptatis explendae ad uxorem accedat (GOMEZ, 1555, ad. 1, 80, n. 3).

(114) Tradição textual: D., 48, 4, *ad legem Juliam magestatis*; C., 9, 8, id. Esta tradição é recolhida, pelo *Código visigótico* (II,1, 8), ainda com um sentido predominantemente «estatalista», pelos textos de direito canónico (v., *Decretum*, II, C. VI, q. 1, c. 22 [onde se recebe a const. *Quisquis*, C., 9. 8. 5, de Honório e Arcádio, sobre a conjura contra personalidades políticas importantes]; *De Poenit.*, D. I, c. 9) e, mais tarde, nas *Partidas* (VII, 2).

(115) Sobre a lesa-majestade na tradição europeia de punição do crime político, v. SBRICCOLI, 1974.

(116) A questão de saber se a ofensa aos senhores e aos magistrados constituía ou não lesa-majestade foi discutida até muito tarde; a maior parte dos autores respondia afirmativamente (base textual) D., 48, 4, 1 – *quis magistratus populi romani, quive imperium, potestatemve habeat, occidere*; v. também, Extr. 2, 2 (*Qui sint rebelles: contra nos et officiales nostros*). Para a doutrina, FARINACCIUS 1606, q. 112, n. 176 ss. (no sentido de que o crime apenas cobria as ofensas *contra domini qui superiorem non recognoscant*); CABEDO, 1601, II, d. 82, n. 2; GOMEZ, 1552, t. 3, c. 2, n. 11 (ambos no mesmo sentido).

(117) Outras características do regime da lesa-majestade: substituição da antiga distinção entre «prima caput» e «secunda caput» pela distinção entre alta traição e lesa-majestade; tipificação mais rigorosa dos delitos, apesar de ainda se prever a imposição de penas «económicas» ou arbitrárias: abolição das penas cruéis, conservando, porém, as infamantes (no entanto, não transmissíveis).

(118) Um crime que a tradição textual aproxima da lesa-majestade é a falsificação de moeda (D., 48, 10,1,13, integrando este crime no tipo mais geral dos crimes de falsificação; C., 9, 24: que, em contrapartida, o encara do ponto de vista da ofensa da majestade imperial), para a tradição legislativa portuguesa, *Ord. af*, V, 5, *Ord. man.*, V, 6,1.; *Ord. fil.*, V, 12; evolução no sentido da valorização dos aspectos políticos do delito. No *Cod.*, (tit. XXV), em contrapartida, encara-se o crime sobretudo do ponto de vista das suas consequências patrimoniais.

(119) *Corpus iuris civilis*, ed. DIONISIUS GODOFREDUS, Colonia Allobrogum 1615, ad. rubr. tit. 48, 6 e 48, 7. GOMEZ, 1552, em contrapartida, mantém-se fiel ao critério romano (v. III, cap. IV, p. 76).

(120) Na sistemática do projecto de Pascoal de Melo, aos crimes de violência seguem-se os «crimes políticos», no sentido de crimes «que perturbam a ordem pública e a economia» [= «direcção do governo interno da sociedade»]: armas defesa (t. 23), caça e pesca defesas (t. 24), vadios (t. 25) jogos e teatros (t. 26), luxo (t. 27), contrabando (t. 28), delitos edilícios (t. 29).

(121) As *Partidas* seguem de perto os textos romanos (VII, 9); em Portugal, os forais tipificam algumas formas de injúria e fixam para elas as respectivas penas pecuniárias. No plano legislativo, sabemos – por uma lei de 1335 (*Ord. af*, V, 59, 1) – que, por essa época, a *actio iniuriarum* constituía uma novidade («que elles [os homens] novamente usavam as ditas injurias, o que nos nossos Regnos nom era «acustumado»), a que as pessoas recorriam com tanto gosto que o rei teve que a dificultar.

(122) V. GOMEZ 1552, t. III, ch. 6

(123) V. PEGAS, 1669, V, ad. 1, 6, 25, n. 3, p. 74.

(124) V., por todos, GOMEZ, 1552, III, ch. 4, n. 7, p. 86.

(125) Excepções: injúrias aos co-litigantes e aos oficiais de justiça (*Ord. fil.*, V 42; 50) e escritos infamantes (*ibid.*, V, 84).

(126) Para a doutrina dominante, dar bofetadas constitui mesmo uma injúria atroz, que dava lugar a uma pena arbitrária, «até à morte, de acordo com a pessoa que comete a injúria ou que a recebe» (v. JUAN DE AYLON LAYNEZ, comentário a GOMEZ, 1552, III, ad. cap. 4, n.° 5, p. 91). Para Portugal, v. a lei de 15.1.1652.

(127) A base textual era uma já citada lei do Digesto – D., 9. 3. 7: «cicatrix autem aut deformitas nulla fit aestimatio: quia liberum corpus nullat recipit aestimationem. Mas a doutrina do direito comum introduzira uma excepção muito importante: devia estimar-se a cicatriz ou deformidade causada a uma rapariga não casada, aos escravos (e aos animais), pois nestes casos a integridade física tinha um valor económico (v. GOMEZ, 1552, III, ch. 4, n.° 12, p. 88). A doutrina mais moderna (Zasius, Covarrubias, Farinaccius, António Gomez) tendia a valorizar, por meandros dogmáticos mais ou menos especiosos, estas consequências físicas permanentes dos ferimentos.

(128) Na doutrina do direito comum, encontram-se referências à *vuluaris magnituto*, como critério de agravamento da injúria, na esteira de D., 47, 10, 8 – «Vulneris magnituto atrocitatem facit, & nonunquam locus vulneris, veluti oculo percusso»; mas recebem muito mais atenção os elementos simbólicos enumerados logo no texto seguinte do Digesto (D., 47, 10, 9), tanto mais que o já citado D., 9, 3, 7 expressamente excluía a avaliação da gravidade da ferida.

(129) Para o homicídio, v., tits. 30-32.

(130) A. GOMEZ, 1555, ad. 1, 83 *finalem*, p. 337.

(131) A casuística do título é dominada pela falsificação do testamento mas encontram-se nele outros tipos de falsificação: julgamento contra o direito (D., 48, 10, 3), falsificação de documentos (*ib.*, 4), entrega abusiva de documentos (*ib.*, 6), falsificação de moeda (*ib.*, 10), uso de nome falso (*ib.*, 13); venda de justiça (*ib.*, 21), venda dupla da mesma coisa (*ib.*,21), parto suposto (*ib.*, 19,1, redacção de documento não correspondente à vontade das partes (*ib.* 14-15), etc.

(132) *Ord. af*, V, 37; 38; 39; 40; 82; 38; 39; 55; 89; 60; 31; IV, 32,1, 2; *Ord. man.*, V, 7; 8; 9; 86; 65; 95; 56; 59; 62; *Ord. fil.*, v, 52/59; 64/67; 76; 71/74.

(133) Note-se que a verdade dos escritos apenas é protegida no caso de escritos garantidos pelo poder – cartas do rei, de conselheiros, de cidade ou concelho, documentos notariais ou de escrivães públicos.

(134) Com efeito, o tit. 32 visa a protecção de interesses honoríficos e linhagistas, como se pode ver do seu intróito. Com base em textos doutrinais, o direito do séc. XVIII começa a garantir também a verdadeira identidade (V. MELO, 1789b, V, 8).

(135) A inclusão dos crimes dos oficiais no campo dos crimes de falso aparece-nos, hoje, como totalmente arbitrária; ela explica-se, no entanto, por uma tradição textual proveniente, como se viu, do direito romano. Responsável por esta arrumação era também a atracção exercida pelo tipo criminal mais antigo e mais típico desta administração que, progressivamente, se apoiava sobre a escrita – a falsificação de documentos.

(136) Era o que se passava nos casos de roubo (furto violento, D., 4, 2, 14, 12), do furto cometido durante naufrágio ou incêndio (D., 47, 9), dos danos causados por bandos de salteadores ou das extorsões praticadas pelos colectores de impostos (D., 39, 4, 1, 4).

(137) V., D., 47, 2, 92, Ulpianus: «nunc furti plerumque criminaliter agi... quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam...»; mas, sobretudo, a Nov. 134, em que o roubo violento aparece equiparado às violações da paz imperial, e a constituição fredericiana *De pace tenenda* (*Lib. feud.*, II, 27), em que são enumeradas e punidas (com a morte pela forca) todas as violações da paz, entre as quais o furto de coisa de valor superior a 5 soldos. Também o direito canónico previa punições «criminais» para o furto (de coisas sagradas). E os direitos costumeiros medievais continham disposições semelhantes que realçavam o carácter «criminal» do furto e a natureza pública da sua sanção.

(138) A classificação do *fortum magnum* como furto qualificado é problematizada pela doutrina. A. Gomez, v. g., reage contra esta equiparação (que tinha, de resto, uma base textual muito frágil) do furto de coisa valiosa ao furto continuado, pois «impõe-se a pena de morte em função de frequência do delito e não em função da sua grandeza» (GOMEZ, 1552, III, ch. 5, n.° 8, p. 79); esta era, ainda a opinião da maior parte dos juristas modernos (L. Molina, *De iustitia et de iure*, III, d. 695, n.° 90; Farinaccius 1606, qu. 267, n.° 47). Em todo o caso, a *opinio communis* dos juristas da baixa idade média era favorável, à consideração do valor da coisa roubada.

(139) Cf. *Ord. af.*, V, 65.

(140) Um caso especial de agravamento, não estabelecido expressamente na nossa lei, mas previsto na tradição textual do direito romano, era o do furto *improbissimus* ou *plus quam improbissimus*, praticado nas estradas por bandoleiros («ladrões famosos», *grassatores, latronesfamosi*); e, ainda, o furto de gado (D., 47 14,1; Partidas, Vll, 14,19); ambos punidos com a morte.

(141) O dano ilícito (*damnum iniuria datum*) – doloso ou culposo – era, no direito romano, um delito, dando lugar a uma actio poenalis (cf. D'ORS, 1973, 382 ss.). Algumas hipóteses particularmente graves de dano doloso eram, no entanto, configuradas como *crimina*: assim, o dano causado com violência, o causado durante calamidade pública, ou o causado por publicanos. Semelhante é a orientação do direito comum e, logo, das *Partidas* (VII, 13-15). As *Ordenações* são, em geral, omissas quanto ao dano, remetendo, por isso para o direito comum. V., em todo o caso, *Ord. fil.*, IV, 57; V, 79; 86; 87.

(142) V. CLAVERO 1985.

JUSTIÇA E ADMINISTRAÇÃO ENTRE O ANTIGO REGIME E A REVOLUÇÃO [1]

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

1. Introdução. A justiça como um campo de conceitos. – 2. Justiça e Governo. – 3. Justiça, graça, economia, política. – 4. A justiça, tecnologia modelar do poder. – 5. O campo da justiça. – 5.1. 'Iurisdictio ordinária' v. 'extraordinaria' ou a defesa dos aparelhos políticos tradicionais. – 5.2. 'Iurisdictio generalis' v. 'specialis' ou o apogeu e queda do corporativismo. – 5.3. 'Iurisdictio compromissoria' v. 'iurisdictio stricti iuris' ou a integração da informalidade. – 5.4. 'Iurisdictio contenciosa' v. 'voluntaria' ou uma antropologia jurisdicionalista. – 6. A justiça, um mundo de homens. – 6.1. O campo judiciário letrado. – 6.2. As consequências do modelo ideológico da justiça letrada. – 6.3. O mundo da justiça tradicional. – 6.4. Os destinatários de justiça. – 7. Um relance sobre o crepúsculo do mundo judiciário do Antigo Regime. – 8. Conclusão.

(1) Publicado em HISPANIA, *Entre Derechos Propios y Derechos Nacionales. Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, a cura di Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente. Tomo I.

I. INTRODUÇÃO. A JUSTIÇA COMO UM CAMPO DE CONCEITOS.

A história da justiça e do direito judiciário não têm conhecido muita fortuna. A imagem que hoje temos de uma e de outro, como zonas *adjectivas* da ordem jurídica, contribuem fortemente para isso. Interessante – do ponto de vista teórico e do ponto de vista histórico – será sobretudo a actividade constitutiva ou substantiva de fazer a lei e não a actividade subordinada de a aplicar.

O próprio princípio da legalidade – que atinge a sua máxima intensidade no domínio da justiça (o juiz, *longa manus* da lei) – desvaloriza ainda a autonomia da actividade judiciária, mesmo quando confrontada com outras actividades «de aplicação da lei», como a administração, onde os actos discricionários e os momentos de apreciação desvinculada obtêm um maior peso.

O que se passa no plano da análise das várias funções jurídicas reflecte-se no plano da análise sociológica ou histórica dos grupos sociais nelas interessados. Também aqui, esta subvalorização do produto social autónomo da actividade judiciária faz com que, nos planos da auto-representação, da análise sociológica e da análise histórica, aos agentes judiciários seja atribuído um peso social e político menos importante do que o atribuído aos agentes políticos.

As raízes deste modelo de hierarquização das várias práticas políticas e jurídicas estão, evidentemente, num paradigma de leitura dos factos de poder que privilegia os efeitos políticos e jurídicos

produzidos pelos aparelhos políticos «centrais» ou «estaduais» e, nestes, ainda pelo seu centro, identificado com o aparelho legislativo. Reconhecemos facilmente neste paradigma os traços típicos da construção liberal do Estado, dominada pelas ideias de *unidade da soberania* e de *primado da lei*, cujas primeiras manifestações aparecem nos cultores do *jus publicum* iluminista[1].Aí, de facto, a *potestas legislatoria* aparece como o primeiro *officium regis*; e a *justitia* como uma actividade subalterna, incluída no conjunto de outras actividades dirigidas a fazer observar as leis[2]. 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[3].

Antes, porém, a justiça ocupava um outro lugar na imagem que se fazia da panóplia dos meios de poder. É a esta imagem que dedicaremos em seguida a atenção. Não apenas pela importância que este tema do lugar da justiça nos mecanismos do poder tem na teoria política e jurídica moderna. Mas também porque, através das classificações que ele comporta, se torna visível uma matriz de distinção e de hierarquização das funções políticas e dos seus portadores que dominou a cultura europeia entre os séculos XIII e XVIII.

II. JUSTIÇA E GOVERNO.

A primeira grande distinção que interessa o nosso tema, estabelecendo a repartição fundamental entre o campo judiciário e os campos em que se desenvolvem as outras práticas do poder, é a que se estabelece a partir da definição do que seja «justiça». Recolhendo numa síntese os elementos da longa tradição do direito comum, pode dizer-se que a justiça – entendida como campo de actividade do poder [4] – é a actividade dos *rectores civitatis* (*maxime*, do príncipe) que consiste num *iudicium*, ou seja, na resolução de uma questão envolvendo direitos distintos e contraditórios, de modo a fazer justiça, *scl.*, a atribuir a cada um o que lhe é devido[5].

Mas a justiça não era apenas uma das actividades do poder. Ela era – enquanto se manteve pura a sua imagem tradicional[6] – a primeira, se não a única, actividade do poder. Já Santo Agostinho o afirmara – «remota iustitia, regna latrocinia» (Santo Agostinho, *Civitas Dei*, Ib. 4, cap. 4). E toda a tradição jurídica e moral o repete até quase aos finais do Antigo Regime. Ela é a «ars artium, & animarum regimen»[7], a primeira virtude do príncipe, pela qual lhe competiria, *ex officio*, atribuir a cada um – república ou particulares – aqueles bens que lhe fossem devidos[8].

No desempenho deste múnus, exercido ordinariamente (segundo a sua ordem ou proporção, *potestas ordinaria*), o rei estava limitado pelo direito (pela *justitia*, *scl.*, o dever de *suum cuique tribuere*) e, logo, sujeito a *iudicia*, no caso de a sua acção colidir com direitos (ou aparências de direitos) de particulares. Tratava-se, isto é, de

uma função *essencialmente jurisdicional*, pelo que, como refere L. Mannori, «a aplicação de uma qualquer medida coactiva em relação a um súbdito que nela não consentisse – ou de um «invitus», para usar a expressão da glosa – não pode ocorrer sem a participação do destinatário, ao qual deve ser oferecido um meio de se defender». Daí a necessidade, nestes casos, de um prévio juízo contraditório [9].

A concepção jurisdicionalista do poder, para que apontava esta identificação entre *iustitia* e *officium regni*, era, em todo caso, capaz de integrar os actos do poder que não visavam, estritamente, dirimir um conflito de direitos. A tradição jurídica medieval tinha, como se sabe [10], desenvolvido, a partir das definições romanas de *iurisdictio* e *imperium*, uma grelha conceitual em que cabiam algumas das prerrogativas que hoje incluímos na «administração activa». O conceito--chave era, para este efeito, o de *merum imperium*, considerado pela doutrina do *ius commune* clássico como uma espécie da *iurisdictio*, justamente aquela em que o juiz exercia o seu múnus oficiosamente, tendo em vista a utilidade pública [11]. O *imperium merum* não abrangia, apenas, a punição de criminosos, embora para aqui apontasse directa e principalmente a definição do *imperium* como *gladii potestas*, contida no Digesto (D., 2,1,3,); mas ainda actos como a edição de leis, o comando dos exércitos, a expropriação por utilidade pública, a imposição fiscal [12]. Numa formulação geral mais tardia, citada por L. Mannori (Mannori 1988, 186), os poderes de *imperium* do juiz existiam «ubicumque concernit et respicit publicam utilitatem» (ASINIO, *Tractatus de exequutionibus*..., [1689]).

Esta ideia de uma relação essencial entre *imperium* e *iurisdictio*, fazia com que os actos de poder, mesmo estes que se compreendiam no âmbito do mero império, estivessem sujeitos aos requisitos mínimos de um *iustum iudicium*, nomeadamente, a audição prévia dos interessados (*citatio* [*late sumpta*]) e uma averiguação metódica da situação (*causae cognitio* [também *late sumpta*]). E isto valia no centro mesmo das matérias «políticas». Um exemplo. Tão tarde como nas cortes portuguesas dos meados do séc. XVII, o rei reenvia para o conhecimento ordinário ou para os tribunais de justiça todos os pedidos que coenvolvem direitos particulares. Ou seja, mesmo quando estava em causa a utilidade pública, o poder não deixava de

estar limitado pela natureza *jurisdicional* das suas prerrogativas, nem deixava de estar obrigado a exercê-las de acordo com os métodos típicos da ordem judiciária. Embora esta ligação essencial entre *iurisdictio* e *imperium* se torne controversa a partir de certa altura[13], ela colhe sufrágios dominantes até muito tarde nos juristas do sul de Europa («valde absurdum dicere tantam vim, et potestatem esse datam sine aliqua causae cognitione», Menochio, citado por Mannori, *loc. cit.*)[14]. Em Portugal, tão tarde como na segunda metade do séc. XVII, António de Sousa Macedo escreve «o fim ou objecto da jurisprudência, não he so a decisam das demandas, como cuidam os imperitos, mas igualmente o Politico decoro do governo na paz, as legitimas conveniencias da Republica na guerra, a justa rezão de Estado com os Estrageiros, a decente soberania com os Vassalos, e quanto pertence à direcção do Príncipe perfeito»[15]. Só com o iluminismo, o império se separa radicalmente da jurisdição e o governo da justiça. Em Portugal, por exemplo, Melo Freire introduz a categoria de *summum imperium*, global, absoluto e arbitrário — «summum illud jus est, et quo scilicet continentur omnia, ut civitatem tueri possit et debeat, et omnia facere, sine quibus securitas cum interna, tum externa civium, et salus populi, quae suprema lex est, commode obtineri non possunt» (*Inst. iur. civ.*, I, 1,2); «jus actiones subditorum *pro arbitrio* dirigendi» (*Inst. iur. civ.*, I, 1,2, nota).

Resta dizer que, mesmo na plena vigência desta concepção jurisdicionalista do poder, nunca se duvidou de que o rei, tendo em conta a *suprema necessitas* (*scl. necessitas quae non habet legem*) ou *urgens et suprema publica utilitas*, dispusesse de poderes especiais (*potestas extraordinaria*), que lhe permitiam arredar os obstáculos dos direitos de terceiro e, assim, furtar-se ao *iudicium*. Em todo o caso, o exercício da *potestas extraordinaria* sempre foi tido como um meio odioso (no sentido técnico em que os juristas utilizam a palavra) e, logo, excepcional[16].

III. JUSTIÇA, GRAÇA, ECONOMIA, POLÍTICA.

Potenciando a justiça – como virtude do governo político está a graça. À qual corresponde, por isso, também um domínio de actuação. A graça consiste na atribuição de um bem que não competia por justiça nem cumutativa, nem distributiva (i.e., que não era, de qualquer forma, *juridicamente devido*). Porém, não destrói a justiça – como não destrói a natureza – antes a aperfeiçoa[17] [18]. Daí que, pelo exercício da graça, o rei não pudesse ofender ou frustrar direitos adquiridos. Por isso se não admitia, por exemplo, a concessão do perdão quando, havendo ofensa de parte, esta não tivesse perdoado; ou – outro exemplo – a criação de ofícios (*v.g.*, de tabelião) que viessem lesar oficiais já estabelecidos. Por outro lado, a própria graça contém um elemento «objectivo» que a aproxima da ideia de «medida», de «razão» e, logo, de justiça. Na verdade, o pensamento moral medieval e moderno concebeu uma espécie de «economia da graça», a que correspondia, no plano social, à «economia do serviço», esse equilíbrio dos «serviços» mutuamente prestados, em que se baseavam a socialização e os vínculos políticos. Daí que o exercício da própria graça fosse também objecto de um *iudicium*, de um processo metódico de decisão, e que se falasse de graças devidas em razão de um *debitum morale*.

No entanto, nem todo o campo de exercício do poder real era coberto pelo âmbito da justiça. Desde logo porque o pensamento medieval e moderno tinha bem claro que o príncipe, para além de *pessoa pública*, era também *pessoa privada*[19] e, assim, para além da

sua prerrogativa de *senhor de justiça* – e da prerrogativa conexa de *senhor da graça* –, tinha as prerrogativas – i.e., as virtualidades de acção – de que gozavam os particulares, incluídas pela filosofia-moral nos âmbitos da *monástica* e da *economia*. Para os presentes objectivos, interessa-nos sobretudo salientar a oposição entre a *economia*, a *política* e a *justiça*. A política distingue-se da economia pelo carácter comum dos bens que prossegue[20]. A justiça, por sua vez, pelo facto de envolver interesses duais e contraditórios; enquanto que, no seio da família, existe só um interesse, dependendo a decisão, por isso, apenas de uma avaliação sobre a melhor ou mais oportuna maneira de o prosseguir. Não há, portanto, lugar para um *judicium*, em sentido estrito; mas apenas para uma decisão de oportunidade.

A doutrina moderna do governo foi particularmente expressiva sobre esta proximidade entre governar a cidade e governar a família. Mas, até há pouco tempo, a historiografia não levou suficientemente a sério o que os textos diziam, encarando esta aproximação entre o rei e o pai como um piedoso enfeite do discurso. Ora a verdade é que a assimilação entre um e outro ofício era profunda e de sentido não metafórico, autorizando, nomeadamente, que as regras do governo doméstico valessem para o governo da cidade e que a literatura dirigida ao pai de família (*Hausvaterliteratur*) tivesse, afinal, uma intenção claramente política[21]. «A casa dos príncipes – escreve Baptista Fragoso – é a cidade; a cidade constitui o fim da casa. Por isso é preciso que aqueles que vão dirigir as coisas públicas exercitar-se antes nas coisas económicas ou domésticas... pois a casa é uma pequena cidade e a economia uma forma compendiária da política; tal como a cidade é uma grande casa e a política uma economia comum» (Fragoso, 1641, *Proem.*, 7)[22]. Também Castillo de Bobadilla afirma: «Equipárase la politica a la económica que trata del gobierno de la casa, porque la familia bien regida es la verdadera imagen de la Republica, y la autoridad doméstica semejante a la autoridad suprema y el justo gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la Republica ... La casa es una pequena ciudad y la ciudad es una casa grande»[23]. A *gubernatio* é, assim, uma expressão geral, aplicável a uma actividade de governo largamente homogénea, quer se aplique no âmbito da família (*gubernatio filiorum, uxoris et servi*), quer no âmbito de república (*regimen politicum*).

Fugiam, assim, à área da justiça todas aquelas decisões que, por se deixarem circunscrever no âmbito da casa do príncipe, podiam ser objecto de avaliações de mera oportunidade. João Pedro Ribeiro, nos meados do séc. XVII, exprime-o com clareza: «Nas materias que não são deste lote e gravidade, procedem os Reys com um governo economico, a exemplo de hum bom Pay de familias. Como este por seus criados e familiares governa, e dispõe os negocios de sua casa, & familia, & o que pertence a sua fazenda, assi os Reys, que materialmente respeyta a boa administração da sua mayor familia ... Estas materias que respeytão a casa, & familia mayor do Principe, & sua Republica não são as essenciaes, & substanciaes: antes accidentaes, & attributos extrinsecos da soberania Real: porque esta so consiste em administrar a justiça a seus Vassalos» (Ribeiro, 1649, cp. 1, 39/40, p. 9). Por aqui passava, desde logo, a gestão da casa real, do palácio. Mas também a administração do património régio – que tendia a ser globalmente considerado, dada a indistinção dominante entre *aerarium* e *fiscum* –; o que incluía, nomeadamente, as questões da fazenda. Num círculo mais vasto, o governo económico incluía todas as matérias que não envolvessem direitos adquiridos de particulares, pois o rei teria um domínio especial (*eminens*, *quoad iurisdictionem*, sobre todo o reino)[24]; domínio esse que, se não era suficientemente forte para se impor aos direitos adquiridos dos particulares, era pelo menos suficiente para autorizar a sua gestão económica, *iuribus acquisitis servatis*. Por aqui, entravam no âmbito do governo económico as doações régias, a atribuição de privilégios e, de um modo geral, todos os actos graciosos.

Mas não era apenas o governo económico que escapava ao *iudicium*. Na verdade, *tamquam publica personae* – já, portanto, no domínio da política – o príncipe podia editar, *ex officio* e *figura iudicii non servata*, comandos *ad consequendum bonum communem* (ou *publicam utilitatem*), de acordo com o seu múnus de governo.

Não se pode dizer que o conceito de governo político fosse muito popular na literatura moderna peninsular sobre o governo, sendo conhecida a suspeição em que eram tidos os «políticos» e o estilo de governo que eles propugnavam (cfr. Albuquerque, 1985, *loc. cit.*). Apesar disso, há temas em que a invocação das prerrogativas

políticas do rei tinha tradição. O primeiro é, decerto, o da punição criminal, que as fontes clássicas descreviam já como sendo levada a cabo oficiosamente pelo juiz (*officio nobili*); mas, como vimos, a tradição literária do direito comum tende a integrá-la no âmbito da justiça. Na tradição textual mais tardia, o tema que assume um particular relevo é o da *regia protectio*. Para justificar o seu poder de castigar os clérigos, o rei não podia invocar a sua jurisdição, pois a ela escapavam os eclesiásticos. Daí que seja obrigado a justificar-se pelo exercício do poder económico ou, mesmo, do poder político. É o que acontece num conhecido texto das *Ordenações Filipinas* (II, 3): «[punição de esclesiásticos culpados de malefícios] ... o dito Senhor ... não como juiz, mas como seu *Rei e Senhor*, por os castigar, e evitar que taes malefícios se não cometessem, os lancaria de seus moradores, e tiraria as Terras, Jurisdicões..., que delle, ou de seus antecessores de graça ou enquanto fosse sua mercê tivessem ... E isto não por via de jurisdição, nem de Juizo, mas *por usar bem de suas cousas*, e afastar de si os malfeitores, e que não houvessem delle sustentação, nem mercêz...»[25] Este conceito de punição «política, informal e arbitrária, vai-se alargando. No século XVI e XVII, é ele que suporta a prática da punição «de câmera» ou «cameral», comum na corte de Espanha, e de que se encontram traços em Portugal[26].

Progressivamente, o conceito de governo político vai-se estendendo, abrangendo, sucessivamente, um domínio mais vasto. No período iluminista, encontramo-lo plenamente desenvolvido. Considera-se, então, que ele engloba todas as medidas necessárias para a defesa interna e externa do reino[27]. Aqui se incluiria o *jus gladii* ou *merum imperii*; além da *potestas legislatoria*, da *potestas judiciaria*, do *jus fisci*, do *jus circa sacra*, do *jus asylii*, da *potestas circa agriculturam, commercium et res nauticas*, do *jus politiae*, do *jus militaris*. Mas, mesmo então, não falta quem reaja contra esta extensão das prerrogativas régias, sobretudo em matéria penal, a título de governo económico ou político, com a consequente restrição do âmbito do *judicium*. Nas suas *Notas ao plano do projecto* de «Novo Código» de Melo Freire, António Ribeiro dos Santos, um «constitucionalista de raiz tradicional[28], escreve: «Se o *poder económico* se tomasse aqui n'outro sentido, e se entendesse por ele o *poder came-*

rario, arcano e absoluto, de que possa usar o Príncipe a respeito de todos os seus vassalos, castigando extra-judicialmente e sem processo, e com penas arbitrarias, certos factos ou delictos, menos lugar deveria ter neste tempo e neste Código»[29] (p. 55).

IV. A JUSTIÇA, TECNOLOGIA MODELAR DO PODER.

A justiça era, portanto, um domínio de actividade do poder. Não apenas, porém, um domínio de actividade ao lado dos outros, compreendidos nas esferas «económica» ou «política». Mas antes um domínio que é susceptível de cruzar todos os outros, de se apropriar dos negócios de todos os outros, de, numa palavra, sobredeterminar todos os outros, desde que estes colidissem com *iura radicata*. Numa sociedade em que uma enorme gama de situações sociais, políticas, simbólicas, eram configuradas como direitos adquiridos, o âmbito da justiça era, então, vastíssimo. Para além de que, uma vez estabelecida certa situação por um acto gracioso, económico ou político, ela se consolida num direito e não pode voltar a ser modificada senão da justiça[30]. Com isto, a esfera de descricionaridade do poder – o seu domínio económico ou político – vai sendo progressivamente ocupada por uma actividade vinculada aos critérios da justiça.

Mas, além de vasto, o domínio da justiça era, ainda, um domínio *superior* ou *de controlo*, em relação às restantes actividades do poder. Sobre ele repousava a fiscalização da legitimidade (hoje diríamos «constitucionalidade») dos seus actos, em face da regra suprema de que a acção do poder devia respeitar os equilíbrios estabelecidos pelo direito («ius suum cuique tribuere»). Isto atribuía ao *iudex* (em geral, ao *iurisconsultus*), um papel correspondente nos jogos políticos.

Finalmente a força atractiva da *iustitia* e do *iudicium* sobre toda a actividade do poder decorria ainda do facto de, numa acepção larga, *iudicium* significar exame ou deliberação («ponitur pro examinatione vel deliberatione», Scott 1601, v. «iudicium»). E incluir, assim, qualquer processo *regulado ou metódico* de decisão; ou seja, dotado de requisitos processuais ou metodológicos mínimos, como a *citatio* ou *causae cognitio*. Neste sentido, *iudicium* opõe-se a *arbitrium*[31], tal como a *ratio* se opõe à *voluntas*. E, assim, se existia uma ciência do governo, ela não podia ser senão a jurisprudência[32].

Esta matriz teórica e conceitual não podia deixar de pesar fortemente sobre a imagem das actividades do poder, sobre a representação das regras deontológicas que presidir a elas e, finalmente, sobre a avaliação da importância respectiva dos seus titulares. E é por isso – por este peso das estruturas intelectuais de classificação sobre a regulação das práticas e sobre os equilíbrios políticos dos grupos que as suportam – que dedicámos tanta atenção ao lugar ocupado pela justiça na panóplia dos poderes da sociedade moderna. Em síntese, que decorre deste lugar?

Decorre, antes de tudo, a ideia da superioridade da justiça sobre as restantes matérias de governo. O que importa, no plano orgânico, a supremacia dos tribunais de justiça sobre todos os outros; no plano processual, a promoção da metodologia do *iudicium* a metodologia ordinária de governo; no plano político-social, a elevação dos juristas ao papel de mediadores por excelência das relações político-sociais.

As expressões da ideia da supremacia dos tribunais de justiça sobre todos os outros[33] são tão comuns que bastará citar uma obra onde os argumentos estão compendiariamente reunidos. Sirva, para tal, a obra do jurista português João Pinto Ribeiro, *Lustre ao desembargo do Paço* (Ribeiro, 1649), em que se defende a preeminência do Desembargo do Paço, tribunal de graça em matérias que tocam à justiça, sobre todos os outros tribunais, enquanto «conselho de sua Magestade, em quanto Rey, e Senhor soberano» (n. 26)[34]. Mas já é interessante reunir alguns indícios dos sinais da sua dissolução, a partir dos meados do séc. XVI, justamente em favor de tribunais onde se ventilavam matérias políticas. Na sua obra *Tratado del conse-*

jo y de los consejeros de los principes[35], Bartolomeu Filipe dá a primazia aos conselhos da fazenda («fazenda é a quinta essência, assim nos negócios públicos como nos particulares», 15), de Estado («neste se estriba todo o governo da Republica»), da guerra e dos «mantimentos e provisões que à República são necessários», (*ibid.*). O «das leis ou da justiça» aparece depois e com uma competência já bem restrita àquilo que se poderia chamar, utilizando uma expressão das *Ordenações filipinas*, «assuntos de graça em matéria de justiça»: supervisar a administração da justiça, criar e prover magistraturas, declarar e reformar as leis (*ibid.*)[36].

Do facto de, numa acepção larga, *iudicium* significar exame ou deliberação, decorriam ainda duas importantes consequências quanto ao predomínio da matriz jurisdicionalista da actividade do poder.

A primeira, relativa à metodologia de decidir nas matérias de governo, consiste em se entender que toda a decisão política – como *iudicium late sumptum* – deve consistir num processo *regulado* ou *metódico* de decisão; ou seja, dotado de requisitos processuais ou metodológicos mínimos, como a *citatio* ou a *causae cognitio*, e respeitando uma ordem processual estabelecida. A sua materialização prática é a *consulta,* emitida por um órgão competente, *raisonnée*, articulada em «votos», registada e criando precedentes e estilos. O seu peso era tanto que, em relação ao príncipe, a sua falta como suporte de uma decisão era bastante para comprometer gravemente a validade desta; e, em relação aos particulares, a consulta gerava um *ius ad rem* para a parte favorecida[37]. Mas, para além disto, como o *iudicium* supõe o contraditório, o facto de se conceber a actividade do poder como actividade judiciária, levou a um reforço dos mecanismos de intervenção e de defesa dos destinatários dos actos do poder. Isto explica a importância e eficácia dos meios de defesa dos particulares face ao poder (interditos, embargos, agravos), mesmo contra actos em que este, hoje, ou goza do «privilégio de execução prévia» (como é o caso dos actos administrativos) ou beneficia de pura e simples intangibilidade, do ponto de vista jurídico (como é o caso dos actos de governo e das leis)[38] Em todo o caso, o poder procurava impor limites à vulnerabilidade dos seus actos. Isto foi muito nítido no período do governo dos Austrias, em que se assistiu a

uma crise (de raízes teóricas e práticas) do paradigma «jurisdicionalista»[39]. Mas esta orientação prosseguiu no período brigantino, embora seja aí menos visível: em 1642 (dec. 16.2), declara-se que a nenhuma pessoa é lícito embargar leis gerais, pelo que a Mesa do Desembargo do Paço não deve conhecer tais recursos, devolvendo a lei à Chancelaria Mor do Reino para que se sele (JJAS, 128); em 1644 (Alv. 10.7) declaram-se inadmissíveis os embargos às cartas régias (JJAS, 216); em 1661 (dec. 5.2) ameaça-se com a desnaturalização quem ataque (e não só juridicamente) o imposto da moagem[40][41]. No período pombalino, tal estratégia é ainda reforçada.

A segunda relativa ao papel da *jurisprudência* como ciência das coisas do governo. *Iudicium* opõe-se a *arbitrium*, tal como a ratio se opõe à voluntas. O governo é, assim, uma ciência, embora uma ciência de tipo prático (*prudentia*). Uma ciência do *iustum*, a *iusti atque iniusti scientia, a iusrisprudentia*. Tão tarde como na segunda metade do séc. XVII, António de Sousa Macedo escreve que «o fim ou objecto da jurisprudencia, não he so a decisam das demandas, como cuidam os imperitos, mas igualmente o Politico decoro do governo na paz, as legitimas conveniencias da Republica na guerra, a justa rezão de Estado com os Estrangeiros, a decente soberania com os Vassalos, e quanto pertence à direcção do Príncipe perfeito» [42]. O que, se coloria de tons jurisdicionais qualquer actividade regulada (quanto à competência, quanto à forma ou processo, quanto aos cânones de decisão) do poder e a contradistinguia, assim, dos actos ou decisões puramente informais e arbitrários, subordinava tendencialmente todo o domínio do governo aos cânones do *iudicium* e aos ditames da *iurisprudentia*. A oposição entre a «honestidade» e «utilidade», entre «razões achadas» e «engenho», entre «razão do direito» a «razão de Estado», entre *consulta* e *alvitre*, entre «conselho» e «junta», tão típica da sensibilidade política seiscentista, não é mais do que o reflexo desta radical diferença entre a opinião que decorre da actividade regulada e racional de um tribunal e aquela que decorre da avaliação arbitrária e espontânea de um indivíduo ou de um grupo informal de indivíduos (de uma *junta*)[43].

Que os critérios do bom governo incluam, para além do *justo*, o *útil* e que a ciência do bom governo contenha elementos estranhos à

jurisprudência são coisas em que só o pensamento político iluminista convirá abertamente. Em Portugal, a insistência em que «convem aos Juristas não serem hospedes nos principios da Politica, e da Economica», pois «da essencia das Leis não so ha serem justas, e racionaveis, mas tambem serem uteis tanto ao Estado, como aos Cidadãos» é típica dos textos políticos do pombalismo[44].

No plano político-social, a hegemonia da justiça sobre as matérias de governo conduz à hegemonia política dos juristas, embora em contínuo e crescente despique com os *políticos* que, à medida que aumenta a pressão da «razão de Estado», substituem a tradicional nobreza militar como opositores dos juristas na cena do poder. O tema é hoje conhecido e não tem que ser aqui desenvolvido[45].

V. O CAMPO DA JUSTIÇA

O campo da justiça não era, porém, homogéneo.

A própria teoria traçava aí não poucas classificações, também elas relevantes para apreender tensões simbólicas e sociais internas. A elas dedicaremos os parágrafos seguintes.

As distinções mais importantes no campo da justiça decorrem das oposições que se estabelecem em torno das modalidades da prerrogativa de julgar, da *iurisdictio*. A maior parte destas distinções têm uma longa tradição textual, ligada à exegese das fontes romanísticas (sobretudo do tit. *De iurisdictione omnium iudicum,* do Digesto [D., I, 2]). Nem sempre, portanto, se reportam a tensões actuais do campo; algumas apenas cristalizam oposições ou intenções estruturantes que algum dia tiveram um sentido prático; outras foram sofrendo reinterpretações que as foram fazendo corresponder à geometria deste campo da prática jurídico-política.

5.1. 'Iurisdictio ordinaria' vs. 'extraordinaria' ou a defesa dos aparelhos políticos tradicionais.

Uma oposição desta última categoria — e, ao mesmo tempo, uma das mais permanentes e visíveis — é a que contradistingue a jurisdição *ordinaria* da *extraordinaria*. Na literatura anterior ao séc. XVIII, a distinção baseou-se, sobretudo, na origem dos poderes jurisdicionais. A *ordinaria* era a que era inerente, por natureza, à pró-

pria magistratura (ou a que o príncipe, por uma norma geral, lhe tivesse acrescentado).[46] Enquanto que a *extraordinaria* (*delegata, mandata*) era a concedida por um mandato especial[47]. Os magistrados ordinários tinham, portanto, uma jurisdição própria, enquanto que os extraordinários apenas gozavam do «uso da jurisdição».[48] Os primeiros eram o próprio rei, os membros dos tribunais superiores, os corregedores, os juízes ordinários das terras.

O relevo simbólico e institucional desta distinção é clara. Ela visa privilegiar a repartição estabelecida, tradicional (*more maiorum*), das competências e restringir, como odiosa ou excepcional[49], qualquer sua alteração ocasional ou repentina. Não se tratava tanto de privilegiar a jurisdição comum sobre a especial, pois o juiz competente apenas para uma certa espécie, definida em termos gerais (v.g., causas eclesiásticas, de órfãos, etc.), de causas era ordinário. Mas, antes, de preservar uma certa ordem tradicional das jurisdições. Na mira estava a restrição das comissões, pelas quais alguém (*maxime*, o príncipe) atribuía a um juiz o conhecimento de uma certa causa, dispensando as leis que distribuíam as competências e, porventura, as leis que regulavam o processo. Assim, esta distinção constituía mais um dos múltiplos dispositivos pelos quais as sociedades do antigo regime garantiam a estabilidade dos equilíbrios de poder.

5.2. 'Iurisdictio generalis' vs. 'specialis' ou o apogeu e queda do corporativismo.

A partir do séc. XVIII, esta distinção começa a ser recoberta pela oposição entre jurisdição (ou competência) *geral e especial*. A primeira, abrangendo todas as causas; a segunda, somente as causas privilegiadas, seja em razão das pessoas, seja em razão da matéria[50]. Aqui, claramente, o que está em causa é já uma outra questão – a da existência de foros especiais para certas causas, em contradição com um novo princípio estruturante do discurso sobre o poder, o da unidade deste e da nivelação política da sociedade. O carácter especial ou privilegiado da jurisdição – sobretudo se o privilégio é *rationae personae* – é, agora, tão odioso como antes o era o seu carácter

extraordinário. Mesmo antes do advento do constitucionalismo, que proporá, logo nas Bases da Constituição, a abolição dos privilégios de foro[51], Melo Freire pronuncia-se claramente quanto aos privilégios pessoais de foro: «Se não me engano, nada de vantajoso resulta para a república deste privilégio de foro; ne verdade, para além de tornar as causas imortais, dificeis e complicadas, uma vez que sobre a competência para as conhecar se costumam mover dúvidas infinitas, que coisa há de mais desumana e injusta que fazer vir à corte longínque, os agricultores, os artífices, etc. ? E justamente a favor dos poderosos, que nela moram, na qual têm muita autoridade e em que abundam muitas riquezas?»

O problema da complexidade da repartição das competências não era, evidentemente, novo. Nem era de agora a constatação de que daqui resultavam muitas das demoras da justiça. No entanto, a estratégia de redução de todas as jurisdições especiais a uma jurisdição ordinária nunca se impôs. Desde logo porque, como vimos, esta distinção jurisdição comum e jurisdição especial nem era particularmente visível no plano das taxinomias da jurisdição. Depois, porque as demoras das lides eram sobretudo relacionadas com a falta de diligência dos juízes ou com os expedientes dilatórios dos advogados. Se algo se pedia, era que os critérios de repartição das competências forenses – nomeadamente, das competências relativas do foro secular e eclesiástico – fossem clarificados, por lei ou concordata[52]. Eventualmente, encarava-se a extinção de um ou outro privilégio[53]. Mas, globalmente, a estrutura jurisdicional orientada para os privilégios não era posta em causa. E, assim, nos finais do antigo regime, eram inúmeros os privilégios de foro: eclesiásticos (com distinções internas), militares, estudantes e professores, cavaleiros das ordens militares (e, ainda aqui, com distinções), moedeiros, desembargadores, rendeiros fiscais, moradores das terras dos donatários, pescadores, estrangeiros, órfãos, viúvas e mulheres honestas, juízes e deputados da Bula da Cruzada, do Santo Ofício, da alfândega, das secretarias de Estado, da Junta do Comércio e de mais uma série de repartições ou tribunais [54]. Aos privilégios do foro acresciam os privilégios em razão da causa: eclesiásticos, de almotaçaria, fiscais, comerciais, de falência, de contrabando, de capelas e resíduos, da corte, da cidade de Lisboa, de inúmeras institui-

ções privilegiadas (Misericórdia, Hospital de Todos os Santos, Protomedicato, etc.) e outras[55][56].

5.3. 'Iurisdictio compromissoria' vs. 'Iurisdictio stricti iuris' ou a integração da informalidade.

A definição do âmbito da justiça interessa ainda uma entidade conceitual — a de jurisdição *compromissória* ou *arbitral,* exercida por árbitros eleitos pelas partes. Nunca é demais salientar a importância desta figura dogmática, pois é por aqui que, como veremos, a teoria da justiça pode integrar as vias informais de resolução de conflitos, estatisticamente dominantes.

A teoria do direito comum define o árbitro como «aquele juiz, escolhido por acordo das partes, para julgar a causa de acordo com a ordem do direito»[57]. Outros, com menos rigor, descrevem-no como «uma espécie de juízes a que as pessoas costumam recorrer, para que, por intermédio deles, as questões sejam resolvidas sem estrépito de foro e se terminem em menos tempo, terminando com menos demora, despesas e outras incomodidades».[58] Todos concordam, de qualquer modo, em que os árbitros, pelo menos os estatutários ou de direito, são juízes e gozam de jurisdição (*quasi delegata*), que podem estender às questões conexas e incidentais, mesmo que o compromisso não o estabeleça. Seguem, em princípio, a ordem do juízo (salvo convenção das partes em contrário) e os actos praticados perante eles têm os mesmos efeitos que os praticados perante um juiz ordinário[59]. O direito comum dava força definitiva às suas sentenças; mas, na Península Ibérica, quer o direito castelhano, quer o direito português permitem que delas se apele, como de outras sentenças de juízes ordinários, para o tribunal da corte[60]. Trata-se, enfim, de um regime que alarga, muito para além do aparelho judiciário formal, a função judicial, encarando a função dos árbitros como um exercício de verdadeira e própria jurisdição, com as prerrogativas de poder que esta comporta. Mesmo quando se trata de árbitros voluntários, embora os juristas hesitem em lhes reconhecer jurisdição, o compromisso tem consequências tão importantes[61] que bem se pode dizer que, também por aqui, o sistema da justiça trans-

borda dos limites dos aparelhos formais e oficiais e recobre os mecanismos de uma justiça popular ou espontânea.

Não é aqui necessário repetir a abertura que a teoria do direito comum mantém em relação aos mecanismos informais e espontâneos de resolução de conflitos.

Não se pode dizer que a ulterior evolução da doutrina relativa à jurisdição arbitral seja unívoca. Por um lado, o individualismo e contratualismo que marcam o pensamento jurídico e político iluminista e liberal não deixam de jogar a favor da manutenção e extensão do papel das formas privadas de resolução dos conflitos. Por exemplo, na discussão do projecto de constituição portuguesa de 1821, as vozes a favor da arbitragem e da conciliação em matéria judicial são muito fortes, quase tanto como aquelas que elogiam as vantagens de um sistema formal e letrado de administração da justiça[62]. Na verdade, para além de ir no sentido da estratégia liberal de abrir crédito à autonomia da vontade das partes, o acolhimento de mecanismos informais de regular os conflitos visava também tornar a justiça mais rápida e mais barata, pois se pensava que a sua anterior lentidão (e, logo, o seu elevado custo) decorriam tanto da complexidade do processo letrado, como da deformação profissional e até da ganância dos juízes de carreira. «Quando se funda uma villa nova, que tinha juizes ordinários, – diz o deputado Barata – esta villa augmenta 20 ou 30 meirinhos, 400 certidões falsas, e 800 demandas em cada ano ... Quando se fundou a villa de Santo Amaro [de Oeiras], foi para ali um juiz de fora: em lugar de conciliar as demandas, tem-nas aumentado, e todos se encaminham a tirar cada um 80 000 rs. em 3 anos» (*Diário...*, V, 121). Em contrapartida, outros sonham com uma era em que «feitos porem os codigos com o methodo, e perfeição que he de esperar, quaisquer cidadãos poderão saber direito, sem que para isso seja necessario fazer um curso academico» (deputado Bastos, *ibid.*, VII, 185).

No entanto, também é visível uma grande discrição da doutrina sobre este instituto. Melo Freire é tão sucinto ao tratar dos juízes árbitros que o seu comentador Lobão não deixa de referir «o muito que nele falta» (Lobão, 1818, I, 46). Por sua vez, Pereira e Sousa, confunde árbitros com arbitradores ou louvados, julgando apenas

matéria de facto (Sousa, 1834, I, § 255, p. 242). Enfim, ambos parecem hesitantes em conceder a estes juízes escolhidos pelas partes o relevo e as prerrogativas dos juízes instituídos pelo Estado. Para um e para outro, esta justiça compromissória parece estar, definitivamente, fora da esfera do Estado e remetida para o domínio da autonomia dos particulares. Tal como noutros domínios, cava-se aqui também, no universo dogmático da justiça, a separação entre Estado e sociedade civil.

Na discussão parlamentar antes citada, ocorrem as mesmas resistências perante o projecto de marginalização da justiça letrada e de carreira. Uns realçam a importância da formação académica como garantia de uma justiça digna, neutral, rápida e económica [63]. Outros sublinham a dependência dos juízes leigos em relação aos poderes da terra – «a experiencia faz que eu compare os juizes ordinarios à sphinge do Egypto, por cuja boca falarão os sacerdotes ao povo, para o illudir, e entreter. Todos sabem que nos logares de juizes ordinarios quem despacha he o assesor...» (deputado Sarmento, *ibid.*, 3667) .

5.4 'Iurisdictio contenciosa' vs. 'voluntaria' ou uma antropologia jurisdicionalista.

Da taxinomia da jurisdição fazia ainda parte a distinção entre jurisdição *contenciosa* e *voluntária*. A primeira era a jurisdição exercida pelo juiz mesmo em relação àqueles que a ela não se tinham sujeitado voluntariamente[64]. Compreendia a generalidade das acções e actos equiparados (como as *missiones in possessionem* e os *interdicta*). A última era exercida pelo juiz apenas *inter volentes* e relativamente a actos extra-judiciais[65]. Incluía actos como a adopção, a manumissão, a emancipação, a dação de tutor. Em sentido próprio, o nome «jurisdição» deveria limitar-se à primeira, pois apenas aqui havia um juízo em sentido próprio. Quanto à segunda, o carácter não contraditório (não conflitual) da disputa aproximava-a da jurisdição económica. Para alguns autores, pertencer-lhes-ia a jurisdição económica que certas corporações exercem sobre os seus membros, sem «estrépito forense ou figura de juízo»[66].

Esta intervenção dos juízes em matérias não contenciosas – bem como a intervenção notarial na consolidação de situações jurídicas – constitui um traço característico dos modelos sociais de certificação e de prova próprios das tecnologias políticas do antigo regime. Numa sociedade dominada pelos modelos processuais de actuação, a forma de constituir e provar as situações, situações de todo o tipo, tende a ser, exclusivamente, a forma válida em juízo. Ou o acto judicial de jurisdição voluntária, em que o juiz cria ou convalida uma situação, ou o acto extrajudicial, realizado perante o notário, em que este atesta, com a autoridade que lhe advém do facto ser um *publicus officialis*, a vontade das partes de criarem certos efeitos[67]. A certificação social das situações era, assim, muito menos variada do que hoje, em que a pluralidade dos modelos de intervenção político-administrativa criou uma grande variedade de títulos constitutivos – registos administrativos, bancos de dados públicos e privados, cadastros, registos civil e comercial –, com a consequente variedade dos seus suportes documentais – bilhetes de identidade e cartões de toda a espécie, números de contribuinte e beneficiário, certidões administrativas, registos magnéticos, etc.... Sempre que houvesse necessidade de constituir um título ou uma prova, isso passava pelo tribunal ou pelo notário e o seu suporte era, inevitavelmente, o acto judicial ou o documento autêntico ou autenticado produzido pelo notário. No notário se documentavam, naturalmente, as transmissões e alterações do estatuto dos bens imóveis, a constituição e quitação, a dotação da mulher ou da filha, o testamento, as fianças e hipotecas. Mas, para além disto, faziam-se inúmeras declarações, certificavam-se serviços prestados ao rei ou a outrem, renunciava-se a ofícios, reconheciam-se filhos, registravam-se licenças administrativas, prometiam-se actos futuros (e nem sempre de natureza jurídica), etc.. Fora desta realidade actuária, tende a não existir outra realidade (*quod non est in actis non est in mundo*). Isto é assim, quase sem excepção, no domínio do direito[68]; mas tende também a sê-lo, em geral, na vida social. *Civiltà della carta bollata*, já se chamou, assim, a esta época.

A imagem da vida é, nestes tempos, se não a imagem de um grande processo – que culmina, escatologicamente, num grande juízo, o Juízo Final –, pelo menos uma imagem constituída de módulos concebidos à maneira dos actos judiciais ou extrajudiciais.

A própria literatura não jurídica é seguro testemunho disso mesmo. O que nos remete para um último tema desta secção – o da força estruturante, no plano psicológico, social e político, da ideia de ordem processual.

Ao tratar da ordem judiciária, Baptista Fragoso interroga-se se, mesmo no foro (note-se a palavra) interior e no juízo (de novo a palavra é significativa) sobre os pecados, existe uma ordem judiciária como a do foro judiciário, com as suas partes necessárias – autor, réu e juiz – e com o seu curso processual. Trata-se de uma discussão situada, não no plano do direito, mas da teologia moral e, em última análise, daquilo a que se virá a chamar psicologia. Mas, mesmo aqui, o modelo mental para apreender a realidade é a do processo. «Em primeiro lugar, encontramos a nossa consciência, que de vez em quando faz as vezes e o ofício de juiz e, por isso, se as acções praticadas são rectas, absolve e defende a vontade, enquanto autora delas, e se são más, acusa e censura-a... Outras vezes, a consciência faz as vezes de testemunha, testemunhando tanto contra como a nosso favor... Do mesmo modo, também faz as vezes de acusador junto de Deus, o verdadeiro Juiz...». E prossegue, tirando todos os paralelos entre este juízo espiritual e o juízo legal[69].

Foro da consciência, tribunais dos costumes, pleitos de amores, tantos são os exemplos que nos oferecem as fontes literárias desta estrutura judiciária de apreensão do real. Uma estrutura que se caracteriza pela ideia básica de que a acção recta, o juízo justo, deve ter uma ordem e que desta ordem fazem parte, essencialmente, certos actos. «No juízo – escreve Fragoso – encontra-se regularmente uma ordem, que consiste em o libelo vir antes de tudo, se lhe juntar a contestação e a pronúncia da sentença, bem como outras solenidades que aí intervêm necessariamente»[70].

A grande oposição estabelece-se, então entre *iudicium ordinarium e tumulturarium*. O primeiro é aquele em que se progride, observada a ordem do juízo, mediante uma citação prévia, o oferecimento do libelo, a contestação da lide, a pronúncia da sentença e, finalmente, a sua execução[71] [72]. O último, aquele em que não se observa qualquer formalidade, nem sequer as exigidas pela mesma ideia de juízo[73]. Mas, entre os dois extremos existiam gradações.

Por vezes, admitia-se, em razão da natureza ou valor da causa, uma certa atenuação do rigor processual. Estamos, então, perante os juízos *sumários*, nos quais se procede sumária e simplesmente, sem estrépito nem figura de juízo, observando apenas aquelas formalidades que são exigidas pela própria natureza do processo[74]. Alguma doutrina falava ainda em *juizos sumaríssimos*, nos casos em que se procede sem estrépito nem forma de juízo – *maxime,* em processo verbal – e em que se julga de plano e pela verdade sabida[75], de acordo com um modelo estabelecido pela decretal *saepe contingit*, de 1306, incluída nas *Clementinae*[76]. Outra, ainda, de processo *extraordinario*, que englobaria aqueles casos em que se procedia sem verdadeira acção ou acusação, no âmbito das prerrogativas *ex officio* do juiz[77].

Quaisquer que tenham sido as simplificações processuais introduzidas sob a pressão dos prejuízos sociais e políticos causados pelo excessivo prolongamento das demandas[78], a ideia de um processo ordenado, em que as formalidades naturais fossem irredutíveis, sempre foi inseparável da ideia de um juízo justo. E, com isto, o formalismo processual tornou-se numa característica de toda a prática jurídica e, mais em geral, de toda a prática social e política da sociedade de Antigo Regime, ocupando, no plano das tecnologias da comunicação política, o mesmo papel estruturante de que goza a ideia de justiça, no plano das estruturas ideológicas de legitimação do poder. Com isto, o formalismo processual está na origem de um estilo de comunicar que abrange usos linguísticos, fórmulas documentais, modelos de prova, estratégias de discussão, rituais e, até, elementos lúdicos (o tantas vezes descrito espírito «chicaneiro» ou «rabulista»). Denunciado por muitos, em nome de um processo «natural» e expedito, ele resiste bem até aos finais do antigo regime (se não até aos dias de hoje). Por um lado, enraiza-se numa tradição doutrinal e textual que a dogmática do direito comum tinha «naturalizado» e que, constituía, portanto, uma evidência, para juristas e, mesmo, para leigos. Depois, banalizava (ou «eufemizava») a questão de fundo, dissolvendo-a num combate ritualizado de peças processuais, de decisão aleatória e sempre reiterável, pelos mecanismos das sentenças interlocutórias, dos embargos, das apelações, dos agravos, das revistas[79].

VI. A JUSTIÇA, UM MUNDO DE HOMENS

O mundo da justiça é, assim, um mundo de ideias; mas é também um mundo de homens. Antes de mais, um mundo de juristas. A este segundo aspecto dedicaremos, então, os parágrafos que se seguem.

Os estudos mais recentes da história das mentalidades, da história social e dos grupos profissionais não cessam de mostrar o papel central desempenhado pelos juristas na organização do espaço social moderno. Não se trata apenas (ou sobretudo) do facto – de que se têm ocupado os estudos prosopográficos – da centralidade dos grupos sociais de que eles são originários, nem sequer da sua proximidade relativamente aos círculos do poder. Trata-se, pelo contrário, de uma centralidade mais vasta que tem a ver, simultaneamente, com o papel do direito (e da justiça) como instrumento de disciplina social, um instrumento que, na sociedade europeia da época moderna, se está a tornar cada vez mais importante na panóplia das tecnologias disciplinares. Um instrumento que disciplina por meio de uma violência que se tornou, no plano da polis, a única legítima. Mas que, ao mesmo tempo, difunde – por meio de uma rede literária e retórica multiforme (desde os grandes tratados da literatura jurídica erudita até à «littérature bleue» dos práticos, passando pelos brocardos e provérbios jurídicos) – um quadro para a compreensão das relações sociais e políticas. E que, finalmente, institui mecanismos tidos, cada vez mais, como os mais eficazes para resolver os conflitos entre os indivíduos e os grupos.

Num texto recente, Pierre Bourdieu fez uma síntese dos factores desta eficácia (crescente) do direito erudito e oficial e da centralidade que daí decorre para o campo jurídico e para o pessoal que o ocupa.[80] Um deles seria constituído pelo facto de, a partir da época moderna, o direito erudito e oficial ver ampliar-se a extensão do domínio em que ele constitui a estrutura de legitimação e a norma de decisão dos conflitos. Com efeito, os espaços de «autoconsumo» jurídico (p. 12: justiças comunitárias, poderes de decisão e de punição do *paterfamilias*, instituições arbitrais de comerciantes e de industriais, etc.) estão a ser continuamente «oficializados» e, portanto, a subordinar-se ao domínio do direito oficial. Outro, o crescimento da eficácia social dos mecanismos jurídicos, sobretudo através da distanciação progressiva da «razão jurídica erudita» em relação aos sentimentos jurídicos espontâneos, com os ganhos que daí decorrem no plano do prestígio social do saber «especializado» dos juristas profissionais letrados[81]. Assim, e pelo jogo combinado destes mecanismos de extensão «espacial» e de rentabilização, o campo jurídico torna-se um dos pólos principais de realização do controlo social desde a época moderna.

Se se partir desta progressiva centralidade do direito, facilmente se entenderá a centralidade homóloga das lutas sociais pelo controlo da competência para dizer o direito, de que seguidamente daremos alguns tópicos.

Estas frentes de luta são diversas.

Por um lado, a luta global dos actores do campo para instituir e, depois, reforçar o seu monopólio de dizer o direito («apropriação da força simbólica do direito», na expressão de P. Bourdieu) – tecnificação dos instrumentos intelectuais (dogmas, conceitos, métodos «artificiais» [ou «artísticos»] de discorrer e de provar) e linguísticos (língua técnica, calão pofissional), criação de barreiras institucionais de acesso ao campo, tais como exigências de títulos académicos ou profissionais ou instituição de exames de acesso à profissão.

Todos estes mecanismos visam, *prima facie*, a produção de resultados para o exterior – no limite, a exclusão de qualquer possibilidade, para um estranho ao campo, de produzir efeitos socialmente re-

conhecíveis como sendo «direito». Mas, ao mesmo tempo, eles têm também efeitos para o interior: reforçam a aculturação dos participantes no campo e o seu sentimento de corpo. Asseguram, além disso, uma reprodução tendencialmente endogâmica deste pessoal. E, finalmente, estabelecem, no interior do campo, hierarquias correspondentes à maior ou menor proximidade dos vários grupos de intervenientes em relação a este modelo ideal de competência jurídica.

Outras lutas produzem-se *no* campo, entre os diferentes grupos de actores (*v.g.*, juristas teóricos ou «académicos» «práticos», civilistas, canonistas, letrados, não letrados, juízes, advogados letrados, «procuradores») em torno da sua hierarquização mútua no seio do campo. Na verdade, uma vez que o campo jurídico é um campo especialmente hierarquizado, em que a legitimidade das interpretações (o discurso correcto, a *ortoglossia*) é decidida pelas instâncias dominantes (a doutrina, os tribunais superiores) segue-se que se tecem no seu interior relações dominantes/dominados, segundo as quais certos grupos adquirem poderes e competências de nível mais elevado do que outros. Esta hierarquização não é, evidentemente, pacífica; e é em relação às tensões por ela suscitadas no campo que ganham muito do seu sentido mais profundo as querelas correntes sobre o objecto, o método, a política, do direito. Pois cada grupo tenta instituir um paradigma da prática e do discurso jurídicos que lhe seja favorável e valorize as suas posições no campo. Nesta perspectiva, compreende-se imediatamente o carácter *prático* (*político*) da definição do direito como uma «ciência de professores» (*Professorenrecht*), como uma ratio (por oposição, quer a uma *voluntas*, quer uma *practica*); ou do *iudicium* como um modelo canónico de decisão; ou da linguagem jurídica como uma linguagem técnica (*i.e.*, por natureza distinta da linguagem natural).

A geometria e o desfecho destas lutas no interior do campo têm muito a ver com a organização do processo de produção dos diferentes efeitos jurídicos. Os grupos concorrentes são o que são porque, no campo da produção jurídica, cada um se especializou na produção de um certo tipo de produtos (doutrina académica, proposições de política do direito, resolução de conflitos, actos e documentos, assistência jurídica de diferentes tipos), cada um dos quais

ligado a um certo processo de produção, a uma certa organização dos meios de produção, a certas competências da parte dos juristas produtores.

Mas, por outro lado, as hierarquizações no seio do campo parecem ter uma certa homologia com hierarquizações no exterior. Pois as oportunidades, para cada grupo de juristas, de se tornar hegemónico relaciona-se com o peso, no espaço social exterior, das camadas com as quais o grupo dos juristas em questão mantém relações (de origem social, de clientela, de afinidades temáticas) mais estreitas.

É este o enquadramento teórico da seguinte análise do campo jurídico na época moderna.

6.1. O campo judiciário letrado

Pode dizer-se que, na sociedade peninsular da época moderna, o modelo de justiça hegemónico era, já, o modelo letrado[82]. A justiça era essencialmente um *iudicium* ordenado e este tinha como padrão a controvérsia escrita e baseada na ordem processual estabelecida nas fontes de direito erudito (direito romano e direito canónico), apesar de todas as interfaces que permitiam manter os contactos com uma justiça iletrada e popular que continuou, por muito tempo, a constituir um mecanismo estatisticamente dominante.

Como já disse, noutro lugar, a adopção de um modelo de justiça baseado na escrita e na tradição culta do direito europeu ocidental teve consequências decisivas na evolução das estratégias de composição de conflitos[83]. Mas teve-as também no plano dos grupos sociais interessados no campo da justiça. A primeira delas foi a de, progressivamente, instituir a formação letrada como condição de acesso aos cargos da justiça.

O exemplo português é significativo da hegemonia deste mundo dos juristas letrados – o mundo dos *desembargadores* (membros dos tribunais e conselhos da corte), dos *corregedores*, dos *ouvidores letrados*, dos *juizes de fora* e dos advogados letrados. Todos eles tendem a ser, obrigatoriamente, juristas de profissão. Na verdade, uma lei de 1539 (1 3 .1)[84] – na sequência lógica da reforma da Uni-

versidade de 1537, mas ratificando, decerto, uma prática algumas décadas mais antiga e copiando anteriores disposições do direito do reino vizinho[85] — institui a obrigatoriedade de estudos universitários de direito para o exercício de algumas das mais importantes profissões jurídicas. Para os juízes dos tribunais (*desembargadores* [da Casa da Suplicação ou da Casa do Cível]) exige-se, daqui em diante («que se houvessem de tomar») um mínimo de 12 anos de estudos em direito civil ou canónico na Universidade de Coimbra ou, em alternativa, oito anos de estudos e quatro anos de prática como juízes letrados (*juiz de fora, ouvidores, corregedores*) ou como advogados (*procuradores*) na Casa da Suplicação. Para os procuradores ou advogados junto dos mesmos tribunais curiais, são requeridos oito anos de estudos. A medida deve ser, no entanto, um pouco matizada. Além de reconhecer os estudos feitos em universidades estrangeiras ou em colégios universitários, isentava do disposto na lei os juízes de segunda instância ou os advogados «que ja tivessem começado a julgar ou a procurar» pelo menos há doze anos. Mas, para os mais recentes, parece que os estudos seriam obrigatórios. Para além disso, continuava a não se fazer qualquer exigência de estudos para o exercício das outras magistraturas – nomeadamente, dos juízes ordinários, que constituem, por essa época, a esmagadora maioria dos juízes das terras –, bem como para o exercício da profissão de advogado fora da corte[86]. Esta lei é recebida nas *Ordenações filipinas* (I, 35,2) e nos *Estatutos da Universidade* de 1597, que estabeleciam a obrigatoriedade de estudos de oito anos, culminando num exame de *bacharelamento* (eventualmente seguido de *formatura*), para todos os juristas que quisessem entrar na carreira das magistraturas letradas («nem otrosi os Iuristas poderão ler...», III, 19, pr. e 2)[87].

A partir de certo momento, anterior aos meados do séc. XVI, institui-se (por assento?; cfr. alv. 29.7.1649) um exame régio dos letrados que queiram seguir uma carreira jurídica junto dos tribunais letrados. É a conhecida *leitura de bacharéis*, já existente em 1541, efectuada perante a *Mesa do Desembargo do Paço*[88]. Nestes primeiros vinte anos de que há notícias, lêem no Paço 152 juristas, a maior parte deles bacharéis, em geral por Coimbra; 145 deles são aprovados[89]. Durante a primeira metade do século XVII, o acesso

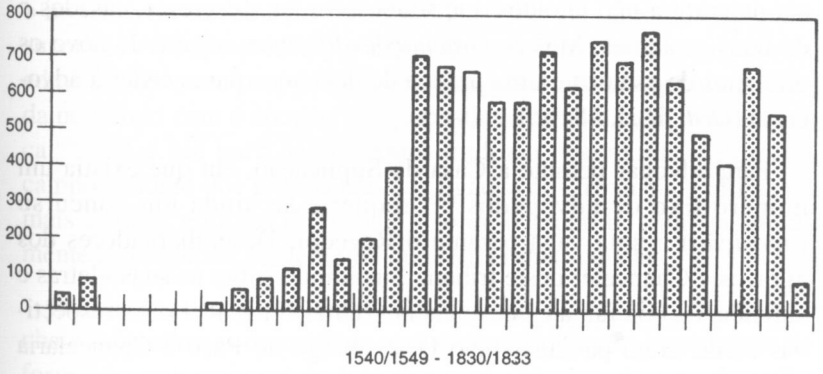
às leituras tornou-se mais difícil, quer pelo progressivo fechamento social e rácico da carreira de jurista[90], quer em virtude de medidas de restrição do acesso às profissões jurídicas. Assim, em 1600 (25.10) – e, depois em 1614 (21.1.) – proíbe-se aos letrados «medíocres» a leitura[91]. Talvez por isso, talvez por outras medidas que não são conhecidas, o número anual de registos de leituras é muito baixo: um par de letrados por ano na primeira década do século; um pouco mais na segunda. Nos finais da década de vinte, o número de leituras sobe substancialmente. Mas, logo em 1632 (29.6), decide-se uma suspensão das leituras, em vista do excessivo número de letrados à espera de despacho[92]. Em 1638 (cfr. CR 19.2.1638), as leituras ainda não teriam sido restabelecidas. Mas o que é certo é que, para este período, existem registos de exames, embora menos do que antes. São restauradas pouco depois (1640 ?). Em 1649 (D. 29.7; BUC, ms. 704)[93], renovam-se as disposições de um assento do Desembargo do Paço sobre as condições de admissão – oito anos de estudos e dois de prática, que parece não serem cumpridas. Em 1650 (D. 2.6) é decidida uma reforma, cujos resultados não são conhecidos[94].

O número de leituras por década está expresso no gráfico 1[95].

No entanto, o mecanismo das «leituras», como via de acesso aos lugares de letras parece não ter sido tão universal. Na verdade, os filhos dos desembargadores costumavam ser providos automaticamente nos lugares de letras, desde que tivessem estudos[96]. Assim, em 1654, o conhecido desembargador Diogo Marchão Themudo pede ao Desembargo do Paço que despache o seu filho como corregedor para uma comarca do primeiro banco, por ser esse o costume[97]. E Lourenço Correia de Lacerda pede para um filho, logo que perfaça 12 anos, um lugar extravagante de desembargador do Porto, em atenção aos serviços de seu pai[98]. Isto apesar do dec. de 4. 12 .1651 (JJAS, 91), no sentido de se extinguirem as becas extraordinárias (i.e., extravagantes e, decerto, providas sem leitura). Em 1660 (dec. 20.4) este provimento extraordinário dos filhos é dado como excepcional e dependente de graça especial do rei. Mas não era apenas no caso dos filhos de desembargadores que o provimento em lugares de letras se fazia sem exame. Isto também acontecia com certos len-

tes das Faculdades de Leis e Cânones e com os ministros do Santo Ofício[99]. Enfim, diferentes sinais de uma mesma concepção estatutária da carreira jurídica para que outros autores já têm chamado a atenção[100].

GRÁFICO 1 – Evolução das leituras de bacharéis por décadas (1540/1549 - 1830/1833)



(as colunas a branco correspondem à primeira década dos séculos).

Estes magistrados, ocupados nas magistraturas «de letras» da coroa (e, eventualmente, de alguns senhores que dispusessem de ouvidores ou juízes de fora letrados[101]), não esgotavam o universo dos letrados, pois este englobava, também, os próprios professores da Universidade. E, além disso, parte dos advogados.

Os advogados letrados participavam das características, do prestígio e dos privilégios do mundo judiciário letrado. As *Ordenações manuelinas* (de 1521) reconheciam já as vantagens de dispor de advogados letrados na corte e nos restantes tribunais («*muito proveitosa cousa he aver hi procuradores letrados, e entendidos, que procurem os feitos, que se tratarem assi em nossa corte, como em a nossa Casa do Civel, e nas cidades, e villas de nosso Reino*», I, 38, pr.). Daí que tenham instituído exames de aptidão (comentário de um ponto de direito erudito tirado à sorte na véspera do exame) para os candidatos ao exercício da advocacia perante a Casa da Suplicação ou a Casa do Cível. Quanto aos advogados que exerciam peran-

te as justiças de outras cidades ou vilas, aqueles que não tinham qualquer grau universitário (de «*qualquer Estudo geral*»), mesmo de bacharelato, deviam sujeitar-se a um exame de suficiência e admissão perante o chanceler-mor do reino. A já referida lei de 1539 (13 .1) fixa a exigência de estudos, para os advogados da corte, em oito anos de estudos jurídicos. Trinta anos mais tarde, em 1576 (lei 7.5; Leão, 1796, 220), recua-se, abrindo provisoriamente a advocacia da corte a não letrados que soubessem ler e escrever, casados e de bons costumes. Mas as *Ordenações filipinas* exigem de novo os oito anos de estudos e uma prática de dois anos para aceder à advocacia (*Ord. fil.*, I, 48, pr.).

Para advogar perante a Casa da Suplicação, em que existia um número fixo de advogados[102], requeria-se ainda um concurso (*oposição*) a uma vaga perante o Regedor, Desembargadores dos agravos e Chanceler deste tribunal, incidindo sobre as suas «letras e suficiência, boa fama e consciência» (*Ord. fil.*, I, 48,1). As respectivas cartas eram passadas pelo Desembargo do Paço e Chancelaria Mor[103].

Já para exercer na Casa do Cível, bastava a graduação universitária e a admissão, sem exame (entre, provavelmente 1603 e 1651[104]), pelo Governador da Casa. Mas o alv. 16.6.1651 estabeleceu, também aqui, um número máximo de procuradores (16 a 20) e, logo, um exame, como em Lisboa; inicialmente observado, mas depois caído em desuso, este alvará foi reposto em vigor pelo ass. de 27.4.1723 (que nomeou 21 advogados) tendo o contingente sido elevado para 25 por provisão de 30.1.1724 (cfr., antes, prov. 27.6. 1722).

O regime da admissão nas carreiras letradas – aqui descrito nos seus traços mais gerais – mostra que a distinção baseada nas letras e favorecida, naturalmente, pelos próprios letrados recebe uma ratificação cada vez mais nítida por parte da coroa. Na verdade, a frequência dos estudos jurídicos – de estudos jurídicos bastante prolongados (oito anos, contra os cinco exigidos pelo direito comum [105], mas aproximando-se dos dez exigidos em Castela) e feitos em Coimbra – constitui um requisito para o desempenho de cargos de justiça nos tribunais régios.

O estabelecimento, também progressivo, de exames de suficiência (leituras de bacharéis perante o Desembargo do Paço, exames de advogados perante a Casa da Suplicação), denota uma tensão entre os grupos de juristas académicos e aqueles ligados aos altos tribunais. Noutros países, como a Inglaterra, essa tensão existiu também e levou mesmo a que os tribunais tenham constituído instituições de formação jurídica letrada – as *inns of the courts*. Em Portugal, a universidade manteve a função de formação; mas a de selecção para o ingresso na carreira das letras ou da advocacia junto dos tribunais superiores foi apropriada por estes. Que o reforço deste controlo da admissão às carreiras jurídicas letradas pelos altos tribunais coincida no tempo com o apogeu da «praxística» sobre a ciência académica[106] não é um puro acaso. Antes traduz a hegemonia, dentro do campo jurídico dos grupos letrados ligados aos tribunais – afinal, os mais lídimos cultores da justiça – sobre o grupo dos juristas puramente académicos. Hegemonia que terá outras sequelas.

Na verdade, o agravamento destes mecanismos de distinção tinha consequências dramáticas para o equilíbrio entre os volumes da formação universitária de letrados e os volumes da sua absorção profissional pelas carreiras de letras. Com o número de leituras nos últimos anos do séc. XVI, as carreiras de letras, ainda numericamente pouco desenvolvidas, depressa se saturaram. No início do século XVII, as fontes descrevem-nos uma situação em que, uma vez aprovados, os letrados vagavam na corte, aguardando despacho e procurando ganhar a vida como advogados, consultores ou procuradores. Em qualquer destas profissões, viviam das disputas e eram acusados, não só disso, mas de as fomentarem. As medidas que, no início do séc. XVII, restringem as «leituras» visam pôr cobro a esta situação. Mas, sem decerto resolverem o problema, pois se mantinha a situação do bacharel ou licenciado vagante, esperando a oportunidade de «ler», cuja única saída era a advocacia. É sobre este ponto que, agora, se exerce toda a pressão dos excedentes de juristas. São procuradas vagas ou lugares supranumerários de advogados na corte. Na Casa do Cível, a inexistência de contingente e de exame (depois de 1604 [?]) facilita o acesso; mas esta válvula de escape termina em 1651, como vimos. Resta a província. É para aí, decerto, que se encaminham os excedentes, quer de licenciados sem

«leitura», quer de letrados sem «despacho», sobretudo, decerto, a partir do disparo do número das leituras, na segunda metade do século XVIII.

No entanto, a insistência na «suficiência e merecimento» dos candidatos tinha, progressivamente, consequências, ainda como factor de reforço dos mecanismos de selecção corporativa dos juristas letrados. Na verdade, a selecção pelo mérito desvalorizava critérios como o da origem nobiliárquica, esse externo e incontrolável pelo grupo dos juristas. O princípio de que se devem escolher os candidatos «beneméritos», apesar do seu nascimento, que consta expressamente de um alv. de 20.5.1625, está de acordo com um tópico literário corrente. E, como se vê, é um importante apoio para a instauração de um espírito «meritocrático», típico das carreiras burocráticas «modernas»[107]. Só que este princípio do mérito tinha também consequências internas às carreiras letradas – e consequências geradoras de fortes tensões –, pois levava à preferência dos melhores aos mais antigos, em contradição com um princípio estruturante fundamental na organização das precedências da sociedade da época – o da antiguidade[108].

Na província, os advogados letrados constituem um factor de promoção do direito letrado, tanto ao aconselhar as partes, como ao assessorar os juízes. Foi através deles – e, porventura, também através de estudantes fracassados, exercendo como procuradores ou como escrivães – que os mundos jurídico-judiciais da periferia entram em contacto com o direito oficial e erudito do centro. Os advogados eram, de facto, os mediadores que suscitavam, junto dos clientes, o desejo de prosseguir a causa com um recurso para um tribunal da corte; e que, ao mesmo tempo, traduziam as pretensões das partes nos termos das fórmulas e mecanismos do direito erudito aí em uso. Esta intenção de recurso obrigava, de resto, a uma intervenção prévia junto das justiças não letradas de primeira instância, pois o processo deveria desenrolar-se aí de maneira que possibilitasse o recurso (i.e., em geral, com respeito das formas processuais e actuárias reconhecidas pelos tribunais de recurso). Daí o relevo que algumas fontes dão à figura do «assessor», previsto pelo direito comum para aconselhar o juiz leigo acerca dos pontos de direito[109]. Ainda nas

cortes constituintes de 1821, um deputado afirma que «todos sabem que nos logares de juiz ordinario, quem despacha he o assesor» (deputado Sarmento, *Diario*..., 3667)[110]. A mesma função cabia, segundo outros, aos tabeliães, também eles conhecedores das fórmulas actuárias do direito erudito.

Mas a advocacia de província não era exclusiva destes advogados letrados. Na verdade, se ela estava aberta, sem mais, aos bacharéis (*Ord. fil.*, I, 48,3[111]), continuava-o, também, embora mediante exame pelo Desembargo do Paço e respectiva provisão, a todas as pessoas aptas (*Ord. fil.*, I, 48,4; alv. 24.7.1713)[112]. Manuel Alvares Pegas – ele mesmo um advogado letrado de sucesso – informa, a este propósito que, nas aldeias em que faltam os advogados, o Desembargo do Paço concede a faculdade de advogar aos que se mostram aptos de algum modo (*aliquo modo*) por exame[113]; e que lhes dá as respectivas cartas. Nestas cartas, a que se chama de *procuradores do número*, põe-se normalmente a cláusula de que possam advogar enquanto não houver dois letrados graduados; mas se não se puser tal cláusula, os titulares podem advogar sem limite, sem se lhe poder impor tempo para concluir a formatura[114].

Estes procuradores, não letrados, eram, afinal, os sucessores dos «vozeiros» medievais, especializados nos processos do direito tradicional e, sobretudo, bons conhecedores das técnicas tradicionais da mediação («avir», «chegar») (v. A.M. Hespanha, 1983, 35). A doutrina erudita zurzia-os generosamente. Se o juiz iletrado era tratado de forma benevolente, a presunção e ignorância destes advogados de poucas letras (*doctores monetae tonsae, cum litteras non habeant; doctores necessitatis, cum necessitas non habet legem; doctores tibi quoque*) era, em contrapartida, duramente castigada. João de Carvalho (*De una et altera...*, 1631, 292) aconselha a evitar estes «advogados chicaneiros normalmente chamados procuradores do número, como parte extremamente perigosa», cujas ineptas petições deveriam ser rasgadas com os dentes pelos juízes[115].

6.2. As consequências do modelo ideológico da justiça letrada

Estamos, neste caso dos procuradores não letrados, perante uma das oposições estruturantes, internas ao campo jurídico – de um la-

do, os que dispõem da *scientia legalis*, os *litterati*; do outro, os que se valem de um conhecimento espontâneo do direito, os *idiotae, pectorales* ou *rustici*. Embora não volte aqui a explicitações e detalhes já dados alhures[116], sempre acrescentarei que esta distinção se torna inevitavelmente cardinal, desde o momento que se defina a justiça como uma *ratio*, e que esta seja identificada com um discurso tecnificado como o direito comum. Então, a capacidade de «dizer o direito» (ou de «fazer a justiça») passa a ser algo que nem se possui naturalmente, nem se adquire pela tradição. Mas só pelo estudo. Ou seja, os meios de produção do discurso deixam de ser um património comum, para se tornarem monopolizáveis por um grupo, que se tornará por isso hegemónico no campo e que, uma vez hegemónico, não deixará de continuar a reforçar essa hegemonia, sublinhando ainda mais o carácter hermético do seu saber.

Mas, quanto a oposições estruturais provocadas pela assimilação da justiça a uma ciência e, mais concretamente, a esta ciência do justo e do injusto, do *suum cuique tribuere*, existe ainda outra, também estruturante – a que opõe os juristas, os especialistas desta *prudentia iuris*, aos políticos, os especialistas da *arte de governo*, da razão de Estado. A oposição entre juristas e políticos é típica, como se tem dito[117], do pensamento político peninsular entre os finais do séc. XVI e os meados do séc. XVII. Mais típica, porventura, do que a oposição entre as armas e as letras, de que tanto se fala[118]. Com ela se distinguem aqueles que entendem o governo como uma actividade dirigida pelos cânones «naturais» da ética e do direito, dos que o concebem como orientado pelas máximas «artísticas» («voluntárias», «da engenho») da razão de Estado. Os primeiros perseguem a justiça e exprimem-se no *iudicium* e na consulta *more iuridico*; os segundos buscam a utilidade e expressam-se no alvitre. Mesmo quando não acusam expressamentre os «políticos» de ímpios e imorais, os juristas distinguem-se cuidadosamente deles[119]. Assim, embora aconselhe o rei a ouvir o parecer de uns e outros, Bartolomeu Filipe traça uma fronteira nítida entre «letrados» e «idiotas astutos», não escondendo que existe uma hierarquia de dignidade (se bem que não de eficácia) entre ambos os grupos, favorável ao primeiro: «Teniendo los principes de negociar con muchas y muy diversas personas, no menos necessario les es aprovechar-se de

las cautelas y astucias de los idiotas que de las letras y ciencia de los letrados, porque, como dicen, la mitad del año se vive con arte y engaño, y la otra con engaño y arte. Para los negocios que penden de conciencia y justicia aporvechan los letrados, y para cobrar las rentas y tractar los negocios que pertenecen a la hacienda de la Republica los idiotas astutos... Los letrados son preplejos en resolverse en los negocios sobre que se consulta porque se les representan muchas dificultades y muchos inconvenientes que los hacen llenos de respectos y imaginaciones que ningun provecho hacen»[120]. Ciência, astúcia e valor são, pois, os valores que sustentam três campos agora concorrentes no palco do poder — a justiça (as letras), a política, a milícia (as armas) .

Com o advento do iluminismo, modifica-se, como já vimos, sensivelmente, se não o recorte, pelo menos a hierarquia entre «justiça» e «política». O que se repercute necessariamente na hierarquia entre «juristas» e «políticos». Agora, a jurisprudência, é uma actividade secundária e derivada: «hum habito de interpretar, e de aplicar as leis aos factos; [....] consistindo os Officios do Jurista interpretação, e applicação das Leis» (*Compendio histórico*..., p. 159). Ancilar da política, ou seja, da ciência da organização da sociedade, cuja interface com o direito é constituída pelo Direito Público Universal («regras comuns, e universaes para todas as sociedades civis», Ibid., 216) e Particular («ou Economico, que se compõe das bases respectivas à Constituição, ou Governo público do [de cada particular] Estado», *Ibid.*, 215). Assim, a oposição entre letrados e políticos atenua-se – o letrado «não deve ser hospede» nas matérias políticas e económicas, «porque da essencia das leis não so he serem justas, e racionaveis, mas também serem uteis tanto ao Estado, como aos cidadãos» (*ibid.*, 173 e nota b). O campo jurídico torna-se permeável, no direito público, no direito penal e, até, no direito civil, aos politólogos e outros publicistas e ao discurso por eles produzido[121]. E, com isto, a oposição cardinal a que nos vínhamos referindo perde o vigor, tendendo-se, durante algumas décadas, para uma indiferenciação entre o campo jurídico (ou melhor, o subcampo da jurisprudência teórica ou académica[122]) e o campo da politologia, indiferenciação da qual decerto não resultaria para os juristas um papel claramente hegemónico face aos políticos.

Voltemos, porém, às definições. Montado o dispositivo teórico que consiste na assimilação da justiça a uma *scientia* (a *prudentia iuris*), ele não cessará de produzir ulteriores resultados simbólicos, responsáveis, por sua vez, por novas fontes de distinção, algumas das quais se projectavam para fora do campo social do direito. Ou seja: A imagem da eminente dignidade das letras, se produzia, no estrito universo da prática jurídica, as consequências descritas, produzia ainda, noutros planos da prática social, traços distintivos favoráveis à produção e reprodução, nesses planos, do poder do grupo dos juristas letrados, duplicando assim, noutros registos sociais, a hegemonia do grupo.

Desde logo, no plano da política, a assimilação do governo à justiça e desta a *uma ratio* – mais, a uma *scientia* – produz, para os titulares desta ciência, um lugar político privilegiado. Na verdade, sendo o direito uma *ratio*, mais do que uma *voluntas*, eles eram – como detentores socialmente reconhecidos de uma *notitia rerum humanarum atque divinarum* ou de uma *iusti atque iniusti scientia* – os depositários dos critérios para julgar a legitimidade do direito, mesmo do direito real (Hespanha, 1986, I, 725). Neste plano, a única concorrência possível era a dos teólogos. Mas a progressiva dessacralização da teoria do poder impedia uma aplicação directa do discurso teológico ao mundo da política, exigindo, em contrapartida, a mediação dos juristas (que as fontes romanas decoravam, de resto, com o título de *sacerdotes*)[123]. Assim se, no plano doutrinal, se duvidava da validade de actos reais (nomeadamente, de actos legislativos ou, em geral, de actos jurídicos) praticados sem o seu conselho (*ibid.*, I, 726), no plano prático, os seus pontos de vista materializados em decisões (para os assuntos de justiça) ou consultas (para as matérias de governo) não apenas decidiam os mais importantes conflitos políticos e sociais como, registadas e coligidas por uma tradição literária cada vez mais imponente, convertiam-se na própria memória política e jurídica da sociedade, na sua tradição e, logo, na sua constituição.

Isto convertia os juristas num grupo político insindicado e quase insindicável. Nem no momento da sua admissão – pois os exames eram da competência de membros letrados dos tribunais superiores,

em que as solidariedades corporativas (colegiais, universitárias) jogavam a fundo. Nem no momento das inspecções periódicas (*residências*), quando existiam[124], pois elas estavam a cargo de companheiros de grupo que «sendo todos de uma profissão, dissimularão as culpas que acharem»[125]. Nem no momento das promoções, decididas formalmente pelo rei, mas de facto pelos desembargadores com assento no Desembargo do Paço ou nas Relações. Nem, finalmente, no momento da verificação da qualidade dos seus actos, cuja apreciação, quer no momento do registo (das decisões dos tribunais superiores, pelo Chanceler-Mor), quer no momento do recurso, era feita por juristas. Como síntese da sua posição face ao poder supremo é característica uma decisão, tomada na Relação do Porto, em 1600, no sentido de que «os ministros inferiores devem obedecer aos superiores mesmo contra ordem real, ficando aos superiores dar ao Rei a razão do seu proceder[126]. Era, enfim, a tentativa final de fechar qualquer hipótese de sindicância. No entanto, o carácter ancilar da justiça e da cidade terrena em relação à cidade divina deixou sempre em aberto, como *ultima ratio* do poder, a possibilidade de intervenção inspectiva e correctiva em ordem à salvaguarda de valores espirituais, tais como a pureza da fé ou a da moral. A intervenção da Inquisição[127] e a realização de devassas gerais à justiça[128] constituem as concretizações (apesar de tudo excepcionais, posteriores aos inícios do séc. XVII e sobretudo características do governo filipino) desses meios últimos de controlo. Apesar disso, os letrados não deixam de se envolver em provas de força com o poder político. O exemplo mais interessante, neste período, foi o do afrontamento entre a coroa e os desembargadores da Casa da Suplicação a propósito da retenção do primeiro quartel de todas as rendas pagas pela coroa (incluindo, portanto, os salários dos ministros dos altos tribunais), em 1634 (CR 10.5.1634, JJAS). Os desembargadores assentam, em Mesa Grande, a prisão do tesoureiro da Alfândega (em cujas rendas estavam «situados» os seus salários[129]) por este se recusar a pagar-lhos (assento de 8.7.1634). 0 rei, todavia, apoia o tesoureiro e repreende o Regedor das Justiças (CR 19.7.1634, JJAS, 34)[130].

Se, no plano da política, o paradigma da ciência produz estes resultados, no plano das distinções sociais, a ciência produz a nobreza[131].

Ao tratar das fontes a nobreza política, um dos mais interessantes (embora dos menos utilizados hoje) tratadistas portugueses desta época, João de Carvalho, enumera, naturalmente a ciência (ao lado da milícia, do ofício e do privilégio)[132]. Trata-se da ciência em geral. Mas logo uma das primeiras citações localiza mais as coisas – «meritum scientiae Juris civílis ipso jure redit peritum nobilissimum».

Assim, a ciência do direito nobilitava, sem mais e ao mais alto grau, os juristas, tornando-os credores de todas as honras por parte dos príncipes («unde Jurisperiti Principes reverentiam exhibent [...] & merito a Principibus praehonorantur», *ibid.*).

Nobreza escalonada, decerto. No primeiro grau, os doutores aprovados na Universidade, para o que se encontrava disposição expressa no direito português e castelhano[133] . Acima destes, ainda, os lentes há mais de vinte anos, decorados, mas apenas pelo direito comum, com a dignidade condal (n. 265)[134]. Depois, os licenciados, que gozavam, pelo menos, de alguns dos privilégios da nobreza (*privilegia favorabilia*, mas não dos *odiosa*, i.e., de que podiam resultar ofensa de direitos de outrem) (n. 275 ss.). Já quanto aos bacharéis em geral, duvidava-se da sua nobreza (n. 284); mas, se fossem advogados, esta dúvida desaparecia, pois exerciam um ofício nobre – «do mesmo modo que os militares defendem a República dos inimigos, também os advogados defendem as nossas causas e riqueza dos litigantes injustos (*ibid.*) – que dava, enquanto tal, nobreza. Na nobreza dos advogados se detém o autor, abundando citações de autoridades. A única restrição que opõe é, ainda ela, significativa: «...em virtude o que [a nobreza] é concedida aos advogados peritos e doutos, que sejam de boa consciência, fiéis e misericordiosos. Mas não aos que, mirando só ao lucro e riqueza, se abstêm do estudo e não curam da defesa das causas; pois estes defendem todas as causas, justas ou injustas, aborrecem a verdade, esfolam os inocentes, entregando toda a substância da advocacia a uma vociferação incómoda; dos quais se deve fugir enquanto peste da República e fonte de discórdia entre os pais e família» (*Ibid.*). Do mesmo modo, os advogados não letrados, «rábulas», vulgarmente chamados procuradores do número (v. *supra*), não gozariam de qualquer nobreza, nem o seu ofício se deveria considerar nobre, antes vil e ínfi-

mo. De entre os advogados, a maior honra ia para os da corte e do fisco; mas todos eles gozavam de privilégios da nobreza, semelhantes aos dos doutores (cfr. n. 286)[135].

Ao tratar da nobreza política *ex officio* (n. 405 ss.), surgem as restantes profissões jurídicas, já em parte abrangidas nos parágrafos anteriores: regedor da justiça (n. 406), presidentes dos tribunais da corte (n. 409 ss.), chanceler-mor (n. 414), desembargadores ou membros de outros conselhos da corte (n. 416 ss.), corregedores e provedores (n. 422 ss.), juízes de fora de terras régias (n. 427 ss.) ou de donatários (n. 431). Quanto aos juízes ordinários, aparecem significativas dúvidas. Trata-se, com efeito, de não letrados, por vezes rústicos e peões (n. 423 *in fine*); mas, por outro lado, exercem um ofício que «tem jurisdição anexa, e, logo, honra e nobreza... pois é quase o mesmo administrar a autoridade pública e exercer a jurisdição» (n. 433). Perplexo, entre este paradoxo de o esplendor do exercício da jurisdição poder recair num rústico, João de Carvalho remete a solução para a opinião pública, pois «nesta matéria de nobreza, o decisivo é a estimação comum do povo» (n. 434); e, assim, se num concelho se considera comumente que os juízes eleitos são nobres, sê-lo-ão; mas não já no caso contrário (n. 343-435).

Menos óbvia era a situação, a este propósito dos notários e escrivães. Alguns textos do direito comum (nomeadamente, a Glosa), inclinavam-se para, não só negarem a eficácia nobilitadora das escrivaninhas, como ainda as tacharem de ofício vil, que tirava a nobreza a quem a tivesse (cfr. n. 443). Alguns hispânicos (Covarrubias, Valenzuela, Caldas Pereira, Cardoso do Amaral) afastavam-se deste rigor, considerando o ofício de tabelião como não vil e indiferente do ponto de vista da nobilitação: nem daria, nem tiraria a nobreza (n. 444). A esta opinião se encosta o autor (n. 446).

Finalmente, no plano do poder económico, ciência, nobreza e predomínio político produzem riqueza e, com isto, a possibilidade de hegemonia noutros espaços da vida social. Que esta assimilação entre o exercício das profissões jurídicas letradas e a fortuna não é abusiva mostram-no os dados que recolhi, noutro lugar, sobre os rendimentos de desembargadores, corregedores, juízes de fora[136]. Mas só estudos de detalhe poderão comprovar em que medida o exercício

das profissões jurídicas produzia no plano das hierarquias económicas e, em contrapartida, o que retornava, do ponto de vista do poder interior ao campo do direito, destas situações de abastança.

6.3. O mundo da justiça tradicional.

Apesar de a literatura erudita procurar – como vimos – excluir do campo jurídico tudo o que não dissesse respeito à justiça letrada, o que é certo é que, na sociedade moderna, muitos «efeitos jurídicos» continuavam a ser produzidos fora desta galáxia do direito e da justiça eruditos.

Esta realidade de uma prática jurisdicional não letrada era estatisticamente tão gritante que não podia ser completamente ignorada pela literatura culta. Aí, ela ocupava um lugar marginal, sob epígrafes como a de *iura rusticorum*[137], o que denotava o seu lugar dominado, no plano da representação. Mas, do ponto de vista historiográfico, tem que se fazer a crítica deste imaginário culto, dando-se-lhe um outro relevo.

Neste mundo da justiça não letrada, que coincidia quase absolutamente com as justiças tradicionais das comunidades locais, a figura central era a do juiz ordinário, figura institucional híbrida, pois gozava de um estatuto que o punha em contacto, ao mesmo tempo, quer com o mundo da justiça oficial, quer com o da justiça comunitária tradicional. Formalmente, era um oficial real. As *Ordenações* obrigavam-no a aplicar o direito real e a seguir a ordem de juízo estabelecida no direito erudito. A forma devia ser, em princípio, a forma escrita. Mas, por outro lado, os juízes tinham muito de magistrados «tradicionais»[138]. Em primeiro lugar, eles eram cooptados pelas (e nas) elites locais. Depois, exerciam os seus cargos sem abandonar as suas actividades normais e sem serem pagos. Não se lhes exigia nenhuma formação profissional especializada, nem mesmo (pelo menos antes do séc. XVII) o saber ler e escrever. Finalmente, pelo mesmo facto de serem, frequentemente, analfabetos, eram incapazes de aplicar um direito real ou doutrinal transmitido por escrito e fundado numa comunicação judiciária dominada pela escrita.

Apesar do cerco e do hegemonismo do mundo judiciário erudito, este mundo da justiça tradicional tinha uma grande capacidade de resistência; mas também as suas contradições internas. A primeira explica a sua sobrevivência até à aurora da época contemporânea (em Portugal, praticamente até 1837), data de extinção da maior parte dos pequenos concelhos. As contradições, por sua vez, explicam as tensões locais que se manifestam a propósito da administração da justiça.

O primeiro trunfo deste mundo da justiça local decorria do facto de que os poderes das justiças municipais eram o corolário das hierarquias sociais locais. O processo de eleição dos juízes limitava, de facto, o universo dos eleitores e dos eleitos aos membros das famílias que, tradicionalmente, ocupavam os cargos de governo («que costumavam andar na governança»). Em contrapartida estavam deles expressamente excluídas todas as camadas marginalizadas da sociedade: os cristãos novos e os que tinham ofícios vis («mecânicos»). O processo de eleição acabava por se limitar a ratificar uma competência natural de intervenção na direcção social e regulação sociais (resolução dos litígios).

Esta imbricação entre as estruturas da justiça comunitária e as hierarquias sociais locais explica os testemunhos existentes sobre a simpatia de que estas gozavam no seu pequeno mundo, contrastando com a sensível hostilidade em relação à implantação de juízes de fora. Na verdade, ainda que haja testemunhos contraditórios[139], os juízes locais constituíam uma instituição querida das comunidades. Há disso bastantes testemunhos durante todo o antigo regime (*Ibid.*). Mais tarde, já no período liberal, um deputado continua a dar conta de sentimentos do mesmo tipo, ao afirmar que na Comissão de Estatística das Cortes se encontravam muitos requerimentos de câmaras expondo como a criação de um juiz de fora tinha sido para os povos «uma grande calamidade» (*Diário...*, 3671). Alguma desta animosidade perante as justiças letradas era explicada pela ideia de que elas ficavam mais caras; mas existem motivos de outra natureza, relacionados, nomeadamente, com a distância entre os padrões régios e comunitários de julgamento.

Depois – nesta enumeração dos factores que favoreciam a durabilidade das áreas de cultura jurídica oral e não erudita – o analfabe-

tismo[140] desempenhava o papel de um cordão sanitário em relação ao direito e administração reais. Não me refiro apenas ao facto de as leis e outros comandos do monarca não poderem ser directamente conhecidas neste mundo de analfabetos. Refiro-me também à dualidade entre culturas orais e escritas, tal como tem sido descrita pela mais recente sociologia das formas de comunicação (Goody, 1968, 1977; Ong, 1977, 1982), e às suas consequências no plano da organização do poder nas sociedades dualistas (Boaventura S. Santos, 1980; Spittler, 1980). Uma delas seria, em particular, a diferente estratégia de resolução de conflitos («compromisso versus «adjudicação») e a necessidade de encontrar *interfaces* que realizem a tradução das necessidades mútuas e respectivas de cada um dos mundos em relação ao outro (*Brokers, Mittelsmänner*). Com efeito, do ponto de vista das relações entre os dois mundos, o juiz ordinário local garantia, por um lado, este *quantum* de paz social necessário para que o Estado não se sinta forçado a intervir. Mas, por outro lado, pela sua integração na cadeia hierárquica de justiça real, permitia que a comunicação fosse possível entre os dois mundos, que as partes pudessem, esgotados os recursos da justiça da «pátria» (no sentido original do termo, da comunidade «patriarcal»), apelar dela para esta fonte longínqua e virtual de justiça que era a corte, como patria *communis omnium*. Uma das condições de eficácia deste espaço livre deixado à justiça local era justamente esta virtualidade de ver reconhecidos os seus produtos pelo ambiente político-jurídico em que se situava, sob forma de um reconhecimento que não destruía a autonomia dos julgamentos locais pela intromissão dos modelos da corte. Esta limitava-se, com efeito, a fixar certos quadros externos (regras de designação dos juízes, obediência formal ao direito comum, respeito de certas regras processuais, uso da forma escrita), em vista da admissibilidade do recurso para a justiça mais elevada do rei.

À volta das justiças locais giravam procuradores do número, advogados e escrivães. Das duas primeiras categorias já antes falámos. Resta dizer algo sobre a terceira.

Os escrivães eram os representantes típicos, nas comunidades, do mundo do direito escrito (ainda que não fossem letrados).

Nomeados pela coroa – em obediência ao princípio de direito comum segundo o qual a nomeação dos notários era uma *regalia* –, os escrivães notários ou escrivães judiciais deviam ser aprovados num exame de aptidão («*se bem escrevem e se são pertencentes para os officios*») perante o *Desembargo do Paço* (A.M. Hespanha, 1986, I, 246). Ainda que a venda de ofícios não fosse permitida pela lei, há boas razões para crer que o modo de acesso a estes cargos foi quase sempre ou a herança ou a compra, esta última mais ou menos disfarçada em renúncia (A. M. Hespanha, 1986, I, 719 ss.). Com efeito, um ofício de escrivão constituía uma fonte de rendimento. Por um lado, enquanto que as magistraturas locais eram puramente honoríficas, os cargos de escrivão podiam produzir rendas importantes, pagas pelas partes, a título de emolumentos. Por outro lado, podia-se sempre aumentar estes proventos por meio dos pequenos ou grandes abusos de que fala, na época, a *légende noire* dos escrivães. E, na verdade, as fontes disponíveis sobre as rendas dos oficiais situam os escrivães entre os oficiais locais mais bem pagos, com rendas que os situariam no topo das elites económicas locais, pelo menos nos concelhos menores (Hespanha, 1986, I, 247).

Neste mundo de analfabetos, o recurso ao escrivão constituía uma decisão arriscada e, sem dúvida, temida. O escrivão era objecto de uma animosidade generalizada. A literatura moral[141], as sátiras, os capítulos gerais e especiais dirigidos às cortes abundam em imagens fortemente críticas dos notários e dos escrivães judiciais: corruptos, maus cristãos, falsários, almas negras dos juízes iletrados. Aquando das revoltas ou tumultos, os seus cartórios (frequentemente, as suas próprias pessoas) eram um alvo clássico. Mas, paradoxalmente, eles constituíam também as chaves de acesso ao universo prestigiado da justiça oficial. Se se queria escapar ao universo político local e recorrer ao ambiente da justiça real, a passagem pelo cartório do escrivão era indispensável. Era aí que se produziam os meios de prova exigidos pela corte; como era aí que se redigiam e registavam os únicos actos jurídicos reconhecidos pela justiça real. Para certos actos decisivos, o direito real vinha exigindo um regime probatório cada vez mais exigente. Era o caso das doações de bens da coroa, de *regalia* e de jurisdições, para as quais apenas se reconhecia como fonte probatória o documento escrito (*Ord. fil.*, II, 27;

II, 35; II, 45); mas era também o caso dos actos de disposição de imóveis (para cima de um certo valor, 4000 *reis*, *Ord. fil.*, III, 59); ou, mesmo, de móveis de valor superior a 60.000 *reis* (*ibid.*) (v. *supra*). Ainda que, em matéria de intervenção efectiva dos escrivães, houvesse uma sensível não coincidência entre a lei e a prática, a política real de incansável promoção do direito oficial levava a um aumento da influência destes oficiais no seio do mundo local. Pelo lugar estratégico que ocupavam no seio dos sistemas de comunicação jurídico-política, entre o centro e a periferia, os escrivães eram cativados, sobretudo pelas elites locais. É de supor que se tecessem, então, relações de clientela, de apoio e de protecção contra a antipatia popular em troca dos seus serviços jurídicos, nomeadamente a propósito de títulos documentais (muitas vezes inexistentes ou inadequados, em matéria de contratos agrários).

Interfaces entre o mundo letrado e o mundo oral, os escrivães não participavam, ainda, no mundo da justiça letrada, no sentido forte do termo. Eles não eram *letrados*. Os seus estudos jurídicos, se os tinham (como seria o caso de alguns estudantes fracassados)[142], deviam ter sido rudimentares. E, como se viu, as *Ordenações* não exigiam mais do que isto. Apenas tinham que «escrever bem» e ter as qualidades exigidas pelo ofício. Para o distinguir do mundo jurídico *letrado* – de que os únicos representantes locais eram os advogados letrados de província –, poder-se-ia falar, aqui, de mundo jurídico *escritural*.

6.4. Os destinatários da justiça.

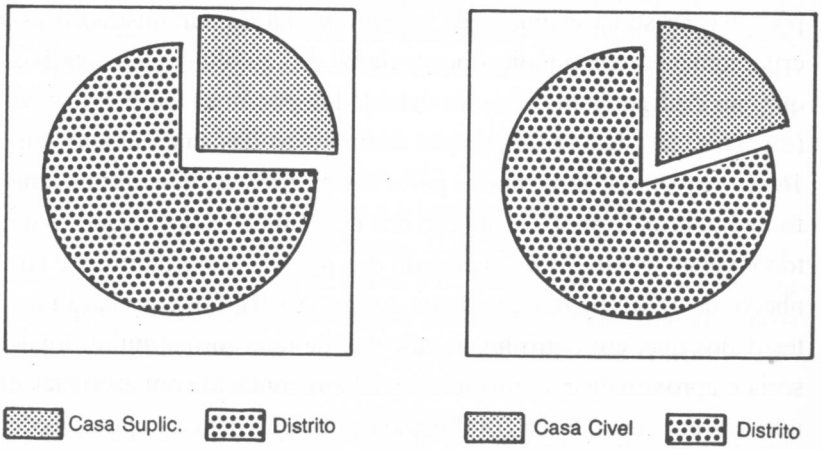
Estes mundos – comunitário e letrado – da justiça tinham (criavam) clientelas porventura não coincidentes. Uma investigação sobre os intervenientes nos respectivos processos permitir-nos-ia, decerto, traçar os domínios de aplicação de uma e outra modalidade da função judiciária. Domínios caracterizáveis pelo seu poder económico, pelo seu estatuto social, pelo seu grau de familiaridade com a cultura escrita, pela sua proveniência regional. Tal como nos permitiria identificar universos de questões (*v. infra*). De momento, apenas dispomos de dados que nos permitem tentar uma avaliação,

puramente quantitativa, da dimensão do universo humano tocado pelos mecanismos da comunicação judiciária escrita. Um tal cálculo pode basear-se na evolução da procura social da administração escrita, tomando como indicador o volume dos emolumentos notariais que, no Antigo Regime, eram calculados por linha ou por página (cfr. *Ord. fil.*, I, 84). A criação do imposto das mais anatas, em 1632, (mais tarde substituídos pelos *novos direitos*) deixou-nos uma fonte importante para a avaliação dos emolumentos dos escrivães de todo o país: os «*livros de avaliação dos ofícios*» (o primeiro que conheço, de 1640; outros dos finais do séc. XVII). Foi com base nestes dados que, em outro lugar, calculei, de uma forma muito provisória e aproximativa, o universo social em contacto com escrivães e notários em cerca de 260.000 pessoas; ou seja, para a população de então, uma em cada dois fogos[143].

Recorrer ao notário não quer dizer, de modo algum, saber ler e escrever e, portanto, poder controlar o que estava a ser escrito. Com efeito, os cálculos disponíveis sobre as taxas de analfabetismo da época dão valores entre 60% e 90% para o universo estrito da elite dos oficiais dos concelhos (v. Hespanha, 1986, I, 633). O que explica esta reacção contra os escrivães de que antes se falou: agentes de uma cultura jurídica escrita, os escrivães tinham-se tornado interlocutores cada vez mais necessários, mesmo para quem não tinha qualquer acesso à tecnologia e comunicação de que eles se serviam. Daí, a desconfiança e o ódio de que eram objecto.

A separação entre clientes do mundo judiciário comunitário e clientes do mundo judiciário letrado não é, porém, absoluta. Sobretudo porque, por efeito do recurso, questões que se iniciam junto dos juízes ordinários podem terminar nos tribunais letrados de segunda instância. Com que frequência, porém. Também aqui, apenas dispomos de dados indiciários, resultantes, de novo, da exploração do valor dos emolumentos dos escrivães dos respectivos tribunais.

GRÁFICO 2.1 e 2.2 – Comparação dos emolumentos dos escrivães dos tribunais superiores com os dos escrivães dos seus distritos.



Na verdade, comparando o volume global dos emolumentos dos escrivães dos tribunais da corte com os dos tribunais da sua circunscrição respectiva pode arriscar-se uma avaliação muito grosseira da frequência com a qual as causas subiam dos últimos aos primeiros. Cálculos feitos noutro lugar (Hespanha, 1986, I, 339) autorizam a situar esta frequência em um para três. Valor extremamente elevado; pois, hoje, ele é, em Portugal, bastante inferior a 5%. Em todo o caso, deve sublinhar-se que o que foi considerado como índice de litigiosidade foi o valor dos emolumentos dos escrivães. Ou seja: apenas se consideraram, na primeira instância, aqueles litígios que já tinham desembocado num processo escrito. Ora, transposto este limiar da forma escrita (que era, ao mesmo tempo, a antecâmara do direito letrado), o recurso tornava-se natural. Na verdade, todos os mecanismos de comunicação e de organização da lide em uso nos tribunais superiores, já tinham sido accionados. O que restava era, apenas, a disponibilidade para aceitar novas delongas e novos custos. Mas, também deste ponto de vista económico, a exclusão dos incapazes de suportarem os encargos já fora levada a cabo, quando se optou pela via da justiça escrita e oficial em detrimento da composição informal. Esta intensidade da comunicação entre centro e

periferia é, assim, antes o sinal de uma comunicação entre mundos judiciários complementares (mundo *letrado*/mundo *escritural*) do que o sintoma da integração global de toda a rede da comunicação jurídico-judiciária (i.e., integrando tanto os mecanismos da justiça letrada oficial, como os da oral não oficial).

VII. UM RELANCE SOBRE O CREPÚSCULO DO MUNDO JUDICIÁRIO DO ANTIGO REGIME.

O movimento de reforma da justiça civil e criminal incentivado, em Portugal, com o advento do liberalismo gerou uma série de documentação – relatórios, projectos, mapas estatísticos, discussões parlamentares – preciosa para avaliar a situação da justiça nos inícios do séc. XIX[144]. Para o presente objectivo de avaliar os contornos do universo (de pessoas e de causas) tocado pela função judiciária, seleccionei uns interessantes *Mappas demonstrativos da administração da justiça nas Comarcas do Reino, seus districtos, classificadas numericamente as differentes qualidades de acções, e processos que tem occorrido desde o 1.° de Janeiro até 31 de Agosto de 1822*[145]. Trata-se, como o título indica, da uma lista exaustiva do movimento judicial de cada um dos concelhos do reino durante os primeiros 8 meses de 1822. As acções aparecem classificadas em diversos tipos, embora o significado exacto da classificação não seja totalmente claro. Das perplexidades damos conta nas observações que acompanham o quadro de classificação seguinte:

1. Acções crime:

1.1. sentenças definitivas [pronunciadas];

1.2. diversas acções [propostas ?][146];

1.3. devassas [iniciadas ?][147];

1.4. querelas [propostas ?][148]

2. Acções cíveis:

2.1. sentença definitiva em acções ordinárias;

2.2. sentenças de «10 dias»[149];

2.3. sentença de penhora;

2.4. sentença de «juramento de alma»[150];

2.5. diversas acções [especiais, decididas];

2.6. sentença definitiva em acções executivas;

3. Acções de órfãos:

3.1. inventários;

3.2. processos diversos.

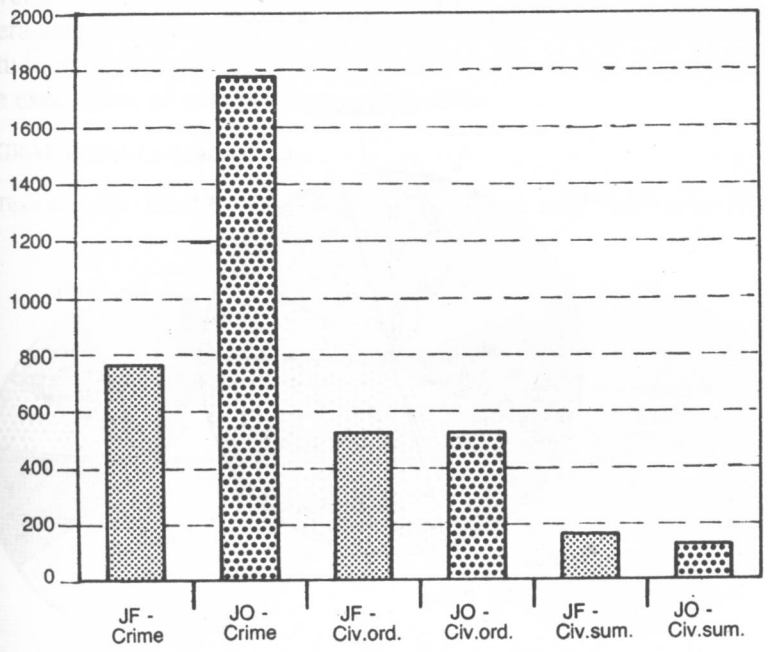
4. Réus presos: homicidas, salteadores ou desertores.

O estudo estatístico dos dados contidos nos *Mappas...* permitem-nos algumas conclusões:

1) para uma população de cerca de 2.600.000 habitantes (c. de 683.000 fogos)[151], registam-se 63.172 acções dos tipos mencionados, respectivamente:

	Crimes			Cíveis			Orfanol.		
Tipo	Quer.	Outr.	Ordin.	Sumár.	Poss	Exec.	Outr.	Inv.	Outr.
8 mes.	2.562	7 335	5.240	19.467	812	7.347	8.367	6 528	5.514
% do total	4	12	8	31	1	12	13	10	9
(por categoria)		16					65		19

GRÁFICO 3 - Habitantes/acção (por tipo de acção e tipo de magistrado)

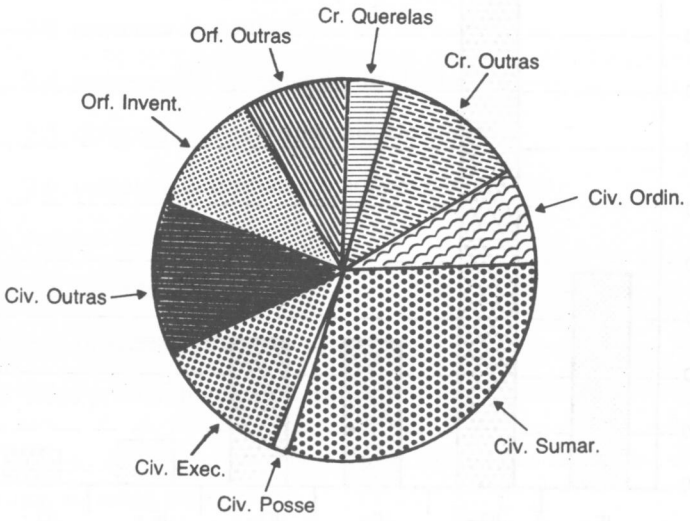


JF - juiz de fora
JO - juiz ordinário
Civ. ord. - acções cíveis ordinárias
Civ. sum. - acções cíveis sumárias
Civ. ord. - acções crime ordinárias
Civ. sum. - acções crime sumárias

Projectados para o período de um ano (judicial), estes valores deveriam ser aumentados de cerca de 25%. Ou seja, no período de um ano propunha-se uma acção, de qualquer tipo, para cada 34 habitantes. Se este último número apenas pode ter interesse para comparações inter-regionais ou inter-epocais, já pode ser relevante sublinhar a distribuição por tipos de acções. Por aí verificamos que as causas cíveis, mesmo se nelas não compreendermos as orfanológicas, perfaziam 65% do total. E que, de entre elas, as causas sumárias constituíam quase 50%. A justiça crime continuava[152], assim, a constituir uma actividade francamente minoritária dos tribunais (1/6 das causas), ainda que, no seu âmbito, a iniciativa pública («devassa») desempenhasse um papel dominante.

GRÁFICO 4.1

1822 (Jan.–Out.) – Tipos de acções



2) Interessa, porém, cindir a análise, considerando, separadamente, as terras que tinham justiças letradas e aquelas que as não tinham. Simplificando um pouco o quadro anterior e escolhendo apenas alguns tipos mais significativos de acções, foram obtidos os seguintes resultados:

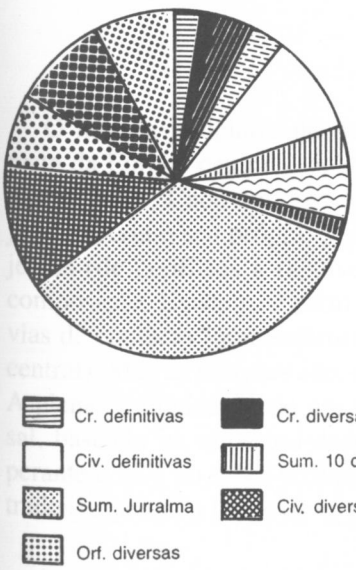
	Crimes Sent. def.	Cíveis Sent. def.	Sumárias[153]	População (aprox.)
Juízes de fora				1.582.000
Habits./acção	771	561	161	
Juízes ordinár.				1.067.000
Habits./acção	1.846	555	136	

Ou seja, o exercício da jurisdição-crime era muito mais efectivo por parte das justiças letradas (das terras mais importantes) do que

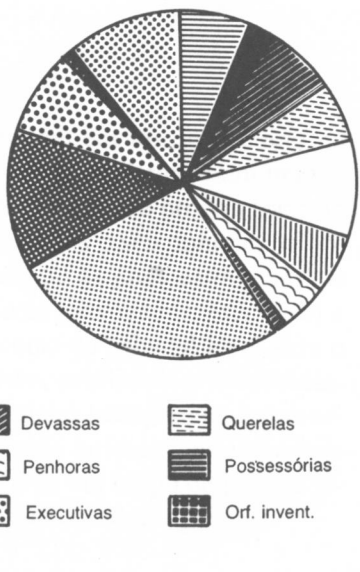
por parte das justiças eleitas (das pequenas terras). A jurisdição cível ordinária era exercida com a mesma intensidade. Mas a sumária era exercida sobretudo pelos juízes ordinários, constituindo (sobretudo as acções de juramento de alma), com as acções orfanológicas e executivas, as suas principais actividades.

GRÁFICOS 4.2 e 4.3

Tipos de acções - juízes ordinários (1822)



Tipos de acções - juízes de fora (1822)



3) A exploração estatística tendente a identificar áreas geográficas de idêntico comportamento judiciário não deu, por ora, resultados significativos.

VIII. CONCLUSÃO

O mundo judiciário de Antigo Regime, em Portugal como no resto da Europa central e ocidental da época moderna, é um mundo fragmentado. Cada um dos seus sectores vive a sua própria tradição jurídica, cria o seu próprio pessoal, selecciona o seu domínio de objectos (de conflitos a resolver), prossegue as suas estratégias de composição. Existem, é certo, mediadores (advogados, escrivães) e vias de contacto (nomeadamente, o recurso do tribunal local para o central). Mas as relações são, apesar disso, conflituais e refractárias. A plena comunicação de um mundo judicial transparente e universal, baseado na universalidade das normas jurídicas, na igualdade perante a lei e no saber profissionalizado de um corpo de juristas letrados, está ainda longe de se poder considerar adquirida.

BIBLIOGRAFIA

RICHARD ABEL (1973), «A comparative theory of dispute institutions in society», *Law & society review*, 1973, 217-347.

— (1979), «Theories of litigation in society 'modern', dispute institutions in 'tribal' society, and 'tribal' dispute institutions in 'modern' society as alternative legal forms», em E. Blankenburg & alii (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. IV, Opladen, 1979, 167-200.

MARTIM DE ALBUQUERQUE (1983), *Estudos de cultura portuguesa*, I, Lisboa Imprensa Nacional.

MARIA PAZ ALONSO, *El processo penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982.

BENJAMIN GONZALEZ ALONSO (1988), «La justicia», *Enciclopedia de historia de España*, II, Madrid, Alianza, 1988.

ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (1610), *Summa seu praxis judicum, et advocatorum a sacris canonibus deducta*, Ulyssipone, 1610 (ed. cons. e cit. *Liber utilissimus...*, Conimbricae, 1740 [edições de José Leitão Teles]).

E. BLANKENBURG *et al.* (1979), *Alternativen Rechtsformen und alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Opladen, 1979.

HANS ERICH BÖDEKER (1989), «'Verwaltung', 'Regierung' und 'Polizei' in deutschen Wörterbüchern und Lexika de 18. Jahrhunderts», em ERK VOLKMAR HEYEN (ed.), *Formation und transformation des Verwaltungswissens in Frankereich und Deutschland* (18.19. *Jh.*) (= *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte* I (1989), 15-32.

PIERRE BOURDIEU (1986), «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique», *Actes le la recherche en sciences sociales*, 64 (1986.11) 3-19.

JOÃO BRANDÃO (de Buarcos) (1923), *Tratado da magestade, grandeza e abastança da cidade de Lisboa*, ed. Anselmo Braancamp Freire e Gomes de Brito, Lisboa, 1923.

JORGE DE CABEDO (1601), *Practicarum observationum sive decisionum supremi senatus regni Lusitaniae*, Olyssipone 1601-1604 (ed. cons. Antuerpiae, 1620).

ANTÓNIO VANGUERVE CABRAL (1730), *Pratica judicial, muito util e necessaria...*, ed. cons. Coimbra, 1730.

JOÃO DE CARVALHO (1631), *De una, & altera quarta falcidia...*, Conimbricae, 1631 (ed. util. Colonia Allobrogum, 1746).

NICOLE CASTAN (1980), *Justice et repression en Languedoc a l'époque des Lumières*, Paris, 1980.

JERONIMO CASTILLO DE BOBADILLA (1597), *Politica para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz y de guerra*, Madrid, 1597, 2 vols.

Compendio historico de Universidade de Coimbra[...], Coimbra, 1770.

ALBERT CREMER (1989), «L'administration dans les encyclopédies et dictionnaires français du 17e et du 18e siècle», em ERK VOLKMAR HEYEN (ed.), *Formation und transformation des Verwaltungswissens in Frankereich und Deutschland* (18./19. *Jh.*) (= *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte* 1 (1989), 1-14.

JAIME DE CORELLA (1744), *Pratica de confessionario...*, Coimbra, 1744.

PIETRO COSTA (1969), *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale* (1100-1433), Milano, 1969.

DIOGO RAMADA CURTO (1988), *O discurso político em Portugal* (1600-1650), Lisboa, Universidade Aberta, 1988.

RODOLFO DE MATTEI (1973), «La resistenza tra 'filosofi' e 'legisti' nel seicento italiano», *Rivista st. lir. ital.*, 46 (1973) 5 ss.

JORGE DIAS (1948), *Vilarinho das Furnas. Uma aldeia comunitária*, Lisboa, 1948.

JOSÉ ANASTÁCIO FIGUEIREDO (1790), *Synopsis chronologica. ..*, I, Lisboa, 1790.

BARTOLOMEU FILIPE (1684), *Tractado del consejo y de los consejeros de los principes... dirigido al muy alto y serenissmo señor Cardenal Alberto, legado y archiduque d'Austria*, Coimbra, 1584.

BAPTISTA FRAGOSO (1641), *Regimen reipublicae christianae...*, Coloniae Allobrogum, 1641-1648, 3 vols. (a obra foi escrita, presumivelmente, nos finais do séc. XVI; ed. cons. e cit., Colonia Allobrogum, 1737).

DANIELA FRIGO (1985a), *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'«economica» tra Cinque e Seicento*, Roma, 1985.

— (1985b), «*La dimensione amministrativa nella riflessione política (secoli XVI-XVIII)*», em C. MOZZARELLI (ed.), *L'amministrazione nella Italia moderna*, Milano – Giuffrè 1985, I, 21-94.

— (1988), «L'affermazione della sovranità: famiglia e corte dei Savoia tra cinque e settecento», em C. MOZZARELLI (ed.), «*Familia*» *del principe e famiglia aristocratica*, Roma-Bulzoni, 1988, I, 277-332.

M. GALANTER (1984), «La justice ne se trouve seulement dans les décisions des tribunaux», em M. CAPPELLETTI (ed.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, 1984.

V. GESSNER (1976), *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen 1976.

ALEXANDRE CAETANO GOMES, *Manual pratico, judicial, civel e criminal*, Lisboa, 1746.

JOSÉ DA COSTA GOMES (1863), *Collecção de leis da divida publica portugueza, coordenada e publicada pela Junta do Crédito Publico. Divina interna*. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883.

ANTÓNIO GOMEZ (1555), *Commentarii in leges Tauri*, Salamanticae 1555 (ed. cons., Venetiis, 1747).

JACK GOODY (1968), *Literacy in traditional societies*, Cambridge, 1968.

— (1977), *The domestication of savage mind*, Cambridge, 1977.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA (1981), «O projecto constitucional do tradicionalismo reformista. Um projecto de constituição de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato (1823)», em *O liberalismo na península ibérica na primeira metade do séc. XIX*, Lisboa, 1981, I, 63-90.

— (1983a), «Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique», *Ius commune* 10 (1983) 1 ss. (versão port. *Revista crítica de ciências sociais*, 25-26 (1988) 31-69).

— (1983b), «L'identification d'aires juridico-culturelles à l'aide de l'analyse statistique de la corrélation. Un rapport de recherche», *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983), 142-156.

— (1984), «Para uma teoria de história institucional do Antigo Regime», A.M. HESPANHA (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa, 1984, 7-90.

— (1984a), «Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration», *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 1-28.

— (1986), *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal - séc. XVII*, Lisboa, 1986, 2 vols.

— (1986a), «Centro e periferia no sistema político português do Antigo Regime», em *Ler história* 8 (1986) 65-84.

— (1988), «De 'iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no antigo regime», *Anuario de história del derecho*, 1988, 493-578.

— (1989), «O governo dos Áustrias e a «modernizacão» da constituição política portuguesa», *Penélope* 2 (1989), 49-74.

RICHARD KAGAN (1974), *Universidade y sociedade en la España moderna*, Madrid, Tecnos, 1979 (trad. esp. de *Students and society in early modern Spain*, 1974).

COLIN KAYSER (1980), «The deflation in the volume of litigation at Paris in the eighteenth century and the waning of old judicial order», *European studies review* 10 (1980), 309-337.

DUARTE NUNES DE LEÃO (1796), *Leis extravagantes collegidas e redactadas pelo licenciado...*, Coimbra, 1796.

Livro das avalliações de todos de officios do Reyno de Portugal. Anno 1640, Arq. Ajuda, 49-12-11/12, dois tomos, de 619 pp. e 248 ss.

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO (1886), *Tratado prático compendiário de todas as acções summarias*, ed. cons. 1886.

H.-J. LÜSEBRINCK (1983), *Kriminalität und Literatur im Frankreich des 18. Jharhunderts. Literarische Formen, soziale Funktionen und Wissenschaftenkonstituenten von Kriminalitätsdarstellung im Zeiltalter der Aufklärung, München*, 1983.

ANTÓNIO DE SOUSA MACEDO (1651), *Armonia politica dos documentos divinos com as conveniencias d'Estado*, Haia, 1651.

— (1653), *Perfectus doctor in quacumque scientia maxime in iure canonico et civile*, Londini, 1653.

DUARTE RIBEIRO DE MACEDO (1680), *Sonho politico, breve discurso das partes de hum juis perfeito, em Discursos politicos & obras metricas*, Lisboa, 1729.

LUCA MANNORI (1988), *L'amministrazone del territorio nella Toscana granducale. Teoria e prassi di governo fra antico regime e riforme*, Firenze, 1988.

PASCOAL JOSÉ DE MELO ... FREIRE (1789), *Institutiones iuris civilis lusitani*, Ullysipone, 1789 (ed. cons. e cit., Conimbricae 1853).

JEAN-LOUIS MESTRE (1985), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris-PUF, 1985.

FRANCISCO J. DUARTE NAZARETH, *Elementos do processo civil*, ed. cons. Coimbra, 1860, 2 vols.

ANTÓNIO OLIVEIRA (1981), «Alvaro Ferreira de Vera, arbitrista», *Rev. port. hist.*, 19 (1981).

— (1988), «A violência do poder dos cavaleiros de S. João no período filipino», *Estudos e ensaios em homenagem a Vitorino Magalhães Godinho*, Lisboa, Sá da Costa, 1988, 263-276.

WALTER ONG (1977), *Interfaces of the word*, V.P. Cornell, 1977.

— (1982), *Orality and literacy. The technologizing of the word*, London, 1982.

MANUEL ALVARES PEGAS (1669), *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Ulyssipone 1669-1703, 12 tomos + 2.

JEAN-MARC PELORSON (1980), *Les letrados. Juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'Etat*, Poitier, 1980.

FILIPPO RANIERI (1988), «De corpo e profissão», *Penélope*, 1(1988) 41-64.

JOÃO PINTO RIBEIRO (1649), *Lustre ao Desembargo do Paço*, Lisboa, 1649 (ed. cons. e cit., Coimbra, 1729).

PIERRE LUIGI ROVITO (1982), *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento*, Napoli, 1982.

FRANCISCO COELHO DE SOUSA E SAMPAIO (1793), *Prelecções de direito patrio publico, e particular*, Coimbra, 1793.

— (1795), *Observações ás prelecções de direito patrio, publico, e particular*, Lisboa, 1795.

ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS (1844), *Notas ao plano do novo Codigo de direito publico de Portugal do Dor Paschoal José de Mello feitas e apresentadas na Junta da Censura e Revisão pelo Dor António Ribeiro em 1789*, Coimbra, Imprensa de Universidade, 1844, 55.

BOAVENTURA SOUSA SANTOS (1980), *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia de retórica jurídica*, Coimbra, 1980.

— (1982), «O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder e do Estado nos países capitalistas avançados», *Revista crítica de ciências sociais*, 10 (1982) 9-40.

STUART B. SCHWARTZ (1979), *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*, S. Paulo, Perspectiva, 1979 (trad port. de *Sovereignity and society in colonial Brazil*).

ALEXANDRE SCOTT (1601), *Vocabularium utriusque iuris* [com adições de António Nebrija], Luguni, 1601.

TH. SHANIN (1971), *Peasants and peasant societies*, London, 1971.

ANTÓNIO DELGADO DA SILVA (1825), *Collecção de legislação portuguesa*.... Lisboa, 1825-1830, 6+3 vols.

JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA (1854), *Collecção chronologica de legislação portuguesa* [1603-1711], Lisboa, 1854-1859.

MANUEL GONÇALVES DA SILVA (1731), *Commentaria ad Ordinationes regni Portugaliae*, Ulissipone Orientali, 1731-1740, 4 vols.

NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA (1964), *Humanismo e direito em Portugal no séc. XVI*, Lisboa, 1964.

FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA (1669), *Tractatus de regia protectione*.... Lugduni, 1669.

JOAQUIM J. E CAETANO PEREIRA SOUSA (1830), *Primeiras linhas sobre o processo criminal*..., ed. cons. Lisboa, 1830.

— (1834), *Primeiras linhas sobre o processo civil*..., ed. cons. Lisboa, 1834.

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (1818), *Notas de uso pratico e criticas... Sobre os títulos e paragraphos do livro primeiro da Instituições do direito civil lusitano, do doutor Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, 1818 (ed. cons. e cit., Lisboa, 1918) .

GERD SPITTLER (1980), «Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1980), 4 ss.

— (1980a), «Abstraktes Wissen als Herrschaftsbasis zur Entstehungsgeschichte bürokratischer Herrschaft im Bauernstaat Preussen», *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozalpsychologie*, 1980.3., 574 ss.

JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES (1853), *Doutrina das acções accommodada ao foro de Portugal*, ed. cons. Coimbra, 1853.

JUAN JOSÉ TOHARIA (1974), *Cambio social y vida judical en España*, Madrid, 1974.

LUÍS REIS TORGAL (1982), *Ideologia política e teoria do Estado na restauração*, Coimbra, 1982, 2 vols.

MARGARITA TORREMOCHA HERNANDEZ (1988), «La formación de los letrados en el Antiguo Regimen», *Arqueologia do Estado. Comunicações*, Lisboa, *História & Critica*, I, 507-536.

R. VOIGT (1983), G*egentendenzen zur Verrechtlighung* (= *Jahrbuch f. Soziologie und Sozialpsychologie* 1980.3), 574 ss.

VINNIUS (1748), *Jurisprudentiaa contractae sive partitionum juris civilis. Tractatus de pactis*, Lugduni, 1748.

MAX WEBER (1956), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundrias des verstehenden Soziologie,* Köln-Berlin, *1956.*

H.-V-WEHLER (1975), *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Göttingen, 1975.

CHR. WOLLSCHLÄGER (1982), «Ungleich Justizgewähr und Zivilprozesshäufigkeit in der preussischen Ständesgesellschaft um 1750», *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift f Helmut Coing...*, I, München, 1982, 435-451 (trad. port. *Festschrift* neste volume).

ABREVIATURAS

ADS - Silva, 1825

alv. - alvará

ANTT - Arquivo Nacional de Torre do Tombo

BLN - Biblioteca Nacional de Lisboa

BUC - Biblioteca da Universidade de Coimbra

dec. – decreto

JJAS – Silva, 1854

NOTAS

[1] Sobre o «paradigma estadualista» e os seus efeitos na historiografia político-institucional, Hespanha, 1984.

[2] V., v.g., as enumerações e hierarquizações dos «ofícios do imperante» feitas por Melo 1789, I (*potestas leges condendi, judiciaria, jus gladii, jus fisci*, etc., por esta ordem) e Sampaio, 1793, 71 (legislativo, policiativo, judicativo e executivo, no qual inclui a justiça). Os modelos eram, num caso e noutro, Heinneccius e Martini.

[3] «É certo que todos os magistrados são Políticos, e Económicos, porque toda a administração da Justiça se dirige a economizar, e civilizar os povos, e promover a segurança pública (Sampaio, 1793, 191 nota (a)).

[4] A justiça pode ainda ser entendida como uma das virtudes morais cardinais (*prudentia, iustitia, fortitudo, temperantia*, S. TOMÁS, *Summa Theol.*, I-2, qu. 61; I qu. 66 4c). Neste sentido é, segundo a conhecida definição de Ulpianus, «perpetua et constans voluntas suum cuique tribuere», (D., 1, 1, 10, pr.) [uma vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que lhe é devido].

[5] Algumas definições de *iudicium* tiradas de literatura jurídica usual na península: «Iudicium est investigatio, quam secundum iuris ordinem facit iudex per varios modos ad veritatem eliciendam, & elicitam costudiendam» *apud* Scot. 1601, v. «iudicium»; «legitima rei controversiae inter litigantes apud iudicem disceptatio, seu tractatio», Fragoso, 1641, I, 458, 2; «Juris status, quo discutitur justitia ab illo, qui habet jurisdictionem», Amaral, 1610, v. «Judicium» I, 665.

[6] V. Costa 1969, *per totum*; Hespanha, 1984a, *per totum*; Mannori, 1988, 165 ss.

[7] Pegas, 1669, I, *in proem.* gl. 23 n. 2.

[8] «Ex quibus definitionibus constat principis esse facere judicium & justitiam. Cujus virtutis objectum est debitum alteri, sive debitum sit commune reipublicae, sive regno, quod pertinet ad justitiam legalem, sive bonum particularem alicujus privati, quod pertinet ad justitiam particularem, & utrumque bonum incumbit principi procurare ex ofiicio», Fragoso, 1641, I, disc. I, §11, n. 18 (p. 17).

[9] O qual pode, decerto, ser também integrado por *nuda decreta* ou *praecepta iudicis*, mas privados de qualquer autonomia em relação ao *iudicium*, Mannori, 1988, 192.

[10] V. Hespanha 1984a. Lembremos as principais definições, tal como aparecem na sua fase mais estável. *Iurisdictio late sumpta* – «potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi vel aequitatis statuendae» (Azo). *Iurisdictio presse sumpta* – «quae exercetur officio judicis mercenario, scl. officium. quod servit actione mere civili... ad petitionem partium» (Fragoso, 1641, I, 393, n. 96). *Imperium* – «iurisdictio quae exercetur officio judicis nobili, quod non deservit actioni civili, neque ad instantiam partium dumtaxat, sed per se, & de se movet judicem ad inquirendum de delictis ad puniendum, vel absolvendum», Fragoso, 1641, I, 393, 96.

[11] «Merum imperium est iurisdictio quae officio iudicis nobili expeditur, vel per accusationem, publicam utilitatem respiciens principaliter», BÁRTOLO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria, in 1. imperium, ff De iurisdictione omnium iudicum* (D., 2, 1, 3); «iurisdictio quae exercetur officio judicis nobili, quod non deservit actioni civili, neque ad instantiam partium dumtaxat, sed per se, & de

se movet judicem ad inquirendum de delictis ad puniendum, vel absolvendum, Fragoso, 1641, I, 393, n. 96.

[12] Hespanha, 1984a, 11, Mannori, 1988, 186.

[13] Cfr. Mannori, 1988,189 n. 62; a acrescentar à lista de autores que a recusam, Vinnius, no seu *Tractatus de jurisdictione et imperio* (I, ns. 1 e 2; em Vinnius, 1748, p. 72).

[14] Embora a especial dignidade das matérias pudesse justificar um *iudicium* privilegiado, sujeito a regras especiais de constituição, de prova ou de execução. O exemplo mais típico é o dos privilégios do fisco (cfr. a concepção do direito do fisco como *jus publicum*) .

[15] Macedo, 1651, pt. 3, par. 9, 3. Cfr. sobre este tema da omnivalência da jurisprudência como ciência do governo, Torgal, 1982, I, 105 ss.; Albuquerque, 1983, I, *maxime*, 199 ss. e 202 ss.).

[16] Cfr. Hespanha, 1982, 317; Hespanha, 1986, 680.

[17] «Gratia excedit conditionem naturae creatae», S. Tomás, I-2 qu. 112 lc; qu. 114 2, 5c; «gratia proprie est donum Dei, excedens ordinem naturae et sine meritis», *ibid*, I-2 qu. 112 lc; «gratia non tolit naturam, sed perficit et supplet defectum naturae», *ibid*., 1, qu. 1. 8 ad 2.

[18] Um exemplo de acto de graça é a *dispensatio*: «Dispensatio est iuris relaxatio facta cum causae cognitione ab eo qui potest relaxare», Fragoso, 1641, I, p. 270, n. «dispensationis gratia quaedam tolerantur, quae canonum rigor condemnat», *Decretum*, C. I., qu. 7, c. 15 e 16; «rectores multitudinis possunt dispensare in legibus humanis quando deficiunt in aliquo casu, vel necessitas imminet», S. Tomás, *Summa Th*., I-2 qu. 96 6c; «cum dispensatur in aliqua lege humana, non fit ut lege humana non obediatur...; sed fit ut hoc quod erat lex, non sit lex in hoc casu», S. Tomás, *Summa Th*., II-2 qu. 88 10 ad 2; «rescriptum gratiae differt a iustitiae, quod primum est ad lites (*in 1. & si legibus, C. si contra jus, vel utilitatem publicam*); rescriptum autem gratiae est ad beneficia, & similia (*Sextum, de rescriptis cap. gratia* Fragoso, 1641, vol. III, lib. IV, 11, 2, 32, p. 418).

[19] Como persona publica (scl. *loco multitudine constituta*), o príncipe prosseguia o *bonum communem*; enquanto *persona privata*, prosseguia o *bonum unius domus* (cfr. Fragoso, 1641, *Proem*., 10).

[20] Sobre eles, Fragoso 1641, *Proem*., 12. A distinção vem de Aristóteles, como se sabe. Eis, porém a formulação moderna, sobre o ponto que nos interessa mais de perto. «Politia est hominum multitudo unanime consensu, ac voluntate in unum corpus politicum congregata, ut mutuo in ordine ad unum finem se adjuvent... Oeconomia vero... est rei domesticae gubernatio, seu dispositio... oeconomia prior fuit quam politia, & potestas dominativa, qua utitur oeconomia, prius orta fuit quam potestas jurisdictionis, qua utitur communitas politica (Fragoso, 1641, I, *proem*., I, 4-6). A economia, por sua vez, «coalescit ex tribus partibus praesertim, conjugali videlicet paterna, ac dominica, & insuper additur pars quarta... disciplina rei familiaris, quae versatur in acquirendo... acquisita vel pecunialis», *ibid*. 1 1 (justificação e natureza de cada uma destas partes) .

[21] Como vem sendo referido, em obras muito importantes, por Daniela Frigo (Frigo 1985a, 1985b, 1988).

[22] Refira-se ainda um impressivo texto peninsular do séc. XVII, recentemente valorizado por L. Mannori (Mannori, 1988, 176) — Crespi di Valdaura, *Observationes illustratae dicisionibus Sacri Regni Aragonum Consilii*, Lugduni, 1662. *Observatio III. De usu et exercitio oeconomiae et politicae potestatis*, p. 70 ss.: «residet tamen in principe alia oeconomica et politica potestas, quae ei, tanquam Reipublicae capiti et parenti, ut cuilibet patrifamilias in propria domo competit» (72) ... «nom enim criminum punitionem; sed preservationem continet, ad quam non plena est necessaria probatio, sed suspicio. Non iudicialis citatio, sed via facti executio. Atque ita plura, quae contentiosa iurisdictione iniusta forent, potestate oeconomica fieri non prohibentur, et aequissimo imo, et in qualibet bene constituta Republica necessaria sunt» (72).

[23] *Politica para corrigedores...* I, p. 71.

[24] A teoria do dominium aplicada aos poderes do rei sobre o reino tinha fundamentos textuais romanos (C., 7, 37, 3; D., 14, 2, 9); mas não foi aceite nem pelos glosadores nem pelos bartolistas que entendem dever distinguir-se domínio de jurisdição (Mestre, 1965, 192). A teoria jurídica iluminista propendeu para revalorizar a ideia de um domínio eminente do rei sobre o reino (Melo, 1789, I, 4, 7; crítica em Lobão, 1818, I, 76).

[25] A este poder do rei relativamente à disciplina dos eclesiásticos chamam alguns *herenarquia* (cfr. Santos, 1844, 54 s). O seu fundamento é assim descrito pelo seu mais famoso tratadista ibérico («Objectum enim, et finis supremi regiminis temporalis, est pax publica, & vassalorum tranquillitas», Somoza, 1669, *De regia protectione*, I p., ca. 1, ns. 44, 53; «Ex principiis juris naturalis, divini, canonici, & positivi, suprema Regiae Magestati facultas, & potestas tollendi violentias, & vi opressos liberare, atque defendere», ns. 95 ss).

[26] Faltam estudos sobre o tema. Mas, pelo menos, o desterro para fora da corte era decisão corrente. A expressão «camararíamente» para designar este procedimento — que não deve ser confundido com o julgamento pelo tribunal da corte, i.e., os corregedores dos feitos cíveis e dos feitos crime da Casa da Suplicação — é usada, por exemplo, pelo Conde da Ericeira, ao descrever o desterro dos nobres partidários da rainha regente, em 1662 (cfr. Conde da Ericeira, *História de Portugal restaurado*, IV, Porto 1946, 80).

[27] «[Princeps] debet *pro sua virili parte* civitatem et ab intestinis, et ab externis hostibus liberare, et hanc in rem ea omnia facere quae necessaria ipse existimaverit, quin unquam ad redendas gestorum rationes adigi possit», Melo, 1789, I, 1, 2.

[28] Sobre estas correntes, v. Hespanha, 1981 e bibliografia aí citada.

[29] *Notas ao plano do novo codigo de direito publico de Portugal do Dor Paschoal José de Mello feitas e apresentadas na Junta da Censyra e Revisão pelo Dor António Ribeiro em 1789*, Coimbra, 1844, 55.

[30] «Licet principis gratia sit gratiam facere, attamen post factam, de iustitia est, ut suum effectum habeat», Pegas, 1669, II, ad Ord. I, 3, gl. 20, n. 64.

[31] Embora se possa falar em *iudicia arbitraria*, num outro sentido, *scl.*, quando o direito não formula uma regra de decisão genérica.

[32] Daí que a não intromissão dos encarregados do governo (v.g., vice-reis, governadores) nas matérias de justiça fosse considerada indesejável. Cfr. a interessante série de conselhos dados ao rei pelo Regedor das Justiças, Manuel de

Vasconcelos, no início do séc. XVII, sobre a reforma da justiça (outros conselhos: que se aumente o número de desembargadores; que se escolham e promovam os melhores [e não os mais antigos]; que se lhes aumentem os salários; que se vele por que não joguem, não sejam vagarosos e não revelam os segredos da justiça; que se atalhem todos os factores de descrédito do aparelho judicial [excesso de privilegiados, abundância de perdões, isenções estabelecidas nos contratos com os rendeiros]) (ANTT, Arq. Galveias, maço 32 (antigo 14.1). Cfr., também, neste sentido de não intromissão dos «políticos» nas coisas da justiça, BNL, cod. 241, 69 (CR. de 1617). Outras sugestões para a reforma da justiça: Bibl. Ajuda, *Livro II de consultas do Desembargo do Paço. 1589-1592*, cod. 44-xiii-4; *ibid.*, 51-vi-33, fls. 164 ss. (outra consulta do Desembargo do Paço, c. 1630). Dados sobre a crise da justiça nesta época em Oliveira 1988, 265.

(33) Do mesmo modo, a ideia da supremacia dos oficiais de justiça sobre os outros. Cfr. Hespanha, 1989, 60.

(34) O tema da supremacia da justiça já fora abordado pelo autor noutro discurso, a *Preferencia das Letras às Armas* (1645). Edição consultada, JOÃO PINTO RIBEIRO, *Obras várias...* Coimbra, 1739, 2 tomos.

(35) Coimbra, 1584.

(36) Numa «relação» anónima «sobre a precedência que se deve dar ao conselho da India entre os maes conselhos e tribunais deste reino») (c. 1613, Arq. Aju., 51-vi-54), depois de se distinguir entre «conselhos» («só para tratar das cousas e referir tudo ao príncipe», 70) e tribunais (com jurisdição), ordenam-se os conselhos segundo a seguinte hierarquia: o de Estado («pois seu fim é a conservação do Estado», 71 v.), o da religião (posto que sem religião não se conserva o Estado, está-se a tratar de coisas temporais relativas ao principe secular), o da justiça, o da guerra e o da fazenda. Quanto ao da justiça pondera que, ainda que Aristóteles [*Polit.*, IV 13] o coloque em quinto lugar, deve ser posto antes pois dá lei aos outros e, nas matérias de guerra e fazenda, «é sempre questão prejudicial a justiça ou injustiça delas» (*ibid.*)

(37) Hespanha, 1986, I, 726.

(38) Cfr. Hespanha, 1986, I, 684 ss.

(39) Cfr. Hespanha, 1989, 61 e nota 27; e, ainda, CR de 2.11.1627, proibindo embargos em casos «de governo» e limitando o recurso à súplica ao rei, sem eficácia suspensiva (JJAS, 117); CR 9.8.1634 (e 20.9.1634), estranhando que todos (!!!) os provimentos de ofícios fossem objecto de embargos e impondo, portanto, penas para os que se revelassem insubsistentes (JJAS, 46 e 48); CR 30.6.1636, ameaçando o Chanceler Mor com suspensão de salários se continuasse a recusar o registo de cartas régias de perdão ou de comutação de penas (JJAS, 85).

(40) Gomes, 1883, 43 n. 1.

(41) Umas já citadas sugestões sobre a reforma da justiça (de 1590) atribuem o «flagelo» dos agravos à ignorância e ganância dos advogados (Bib. Ajuda, *Livro de consultas do Desembargo do Paço. 1589-1592*, 191 ss.).

(42) Macedo, 1651.

(43) Sobre a antipatia da doutrina em relação às juntas, v. Hespanha, 1989, 57 ss. Sobre arbítrios e os arbitristas, Hespanha, 1989 *ibid.*: Oliveira, 1981; Curto, 1988, 138 s.

[44] É através do conceito de *jus publicum* que esta integração do *justo* e do *util* se fará. Cfr., para Portugal, *Compêndio histórico do Estado da Universidade de Coimbra*, 1771, pt. II, c. 2, n. 64/65 (donde se extraíram os textos citados). Os autores que inspiram o texto são, como é de esperar, os publicistas alemães da época (Chr. Thomasius, A. Struvius, Ph. R. Schroeder, A. Kaestner).

[45] V., para Espanha, as obras clássicas de Kagan 1979 e de Pelorson 1980 (por último, em especial para Valhadolide, Torremocha Hernandez 1988) e, para Portugal, Schwartz, 1979 e Hespanha, 1986, I, 725.

[46] «Iudex ordinarius est ille qui in aliquo territorio suo iure vel principis beneficio universalem iurisdictionem exercet» (Baldo, *Comm. in Dig. Vet., lex more maiorum, tit. de iur. omn. iud.*, n. 4, ed. Lugduni, 1562, 69, col. 1); «quae introducitur ad universitatem causarum, quamvis sint unius generis, & per comissionem, dummodo comissio sit perpetua», Fragoso, 1641, I, 393,97; para vincar o carácter *natural* da jurisdição ordinária, alguns autores referem que ela tem sempre origem na lei, *inanimata* (scll *lex vel canon*) ou *animata* (scl. *princeps vel universitas*); ou que «iurisdictio territorio adhaeret».

[47] «Quae competit ex specialis concessione legis aut principis, non jure ordinario» (A. Vinnius, «Tractatus de iurisdictione et imperio academico-forensis» [1644], 81, ed. em *Jurisprudentiae contractae sive partionum iuris civilis*, ed. cons. Lugduni, 1748; «concessa ad causas particulares, in specie & non in genere, vel ad tempus», Fragoso, 1641, I, 393, 98. A literatura fala, preferentemente de *iurisdictio delegata vel mandata*.

[48] Fragoso, 1641, I, 395, n. 105; I, 400, n. 130.

[49] Cfr. Fragoso, 1641, I, 395, n. 106; Hespanha 1986, I, 711. Outras consequências práticas desta hierarquização em Hespanha, 1984a, 14 n. 31. Sobre a antipatia que suscitavam as alçadas e comissões, cfr. os capítulos das cortes de 1641 (JJAS, 24 ss.), povo, 26; nobreza, 19.

[50] Cfr. Melo 1789, IV, 7, 23; Sousa, 1834 I, 1,19 (p. 10).

[51] Cfr. *Bases da Constituição*, art. 9; depois, Const. de 1822, art. 11; no debate apenas foi defendida a continuação do foro militar e eclesiástico; ainda L. 11.7.1822, Carta Constitucional de 1826, art. 145, pars. 15 e 16 e D. 16 de 16.5.1832.

[52] Cfr. Cortes de 1641, caps. 21 da nobreza e 23 do clero.

[53] Cortes do séc. XVII — conservatórias dos contratadores e das religiões (cortes de 1641, cap. 18 da nobreza).

[54] Cfr. Melo, 1789, IV, 7,32 (p. 119), Sousa, 1834 I, 1,33 (p. 21 ss.).

[55] Cfr. Melo, 1789, IV, 7,31 (p. 119); Sousa 1834, I, 1,32 (p. 18 ss.). Sobre as jurisdições especiais na organização judicial portuguesa de Antigo Regime v. as indicações dadas na secção «Portugal» (António M. Hespanha e Mário R. Marques) do vol. «Rechtssprechung 19. Jahrhundert» do *Handbuch der Quellen und Literatur...*, Max-Planck Institut f. europ. Rechtsgeschichte, Frankfurt/Main.

[56] No caso de concorrência de privilégios, o da causa preferia ao pessoal (Melo Freire, IV, 7,31;1. 23.10.1604, par. 2;1. de 20.5.1733); entre os primeiros: (a) de igual hierarquia, anulam-se (O.F., III, 53,3; D. *de minor 25 ann.*, 11,6; (b) de diferente hierarquia, prefere o mais forte; (c) a hierarquia resultava da lei — o dos es-

trangeiros prefere ao dos nacionais (ass. 15.2.1791); o dos desembargadores prefere todos os outros (O.F., I, 52,10); o dos académicos prefere o das viúvas; o destas prefere ao dos moradores nas terras de donatários (O.F., II, 45,46); os anteriores preferem os posteriores, etc. (Sousa, 1834, *Primeiras linhas...*, I, 1,34 n. 83).

(57) «Arbiter simpliciter talis dicitur ille qui consensu partium eligitur, & in eum sub poenae stipulatione compromittituro», «arbiter iuris, nihil est quam quasi delegatus quidam judex, electus de consensu partium, ut procedat servato ordine iuris in substantiali», Fragoso, 1641, *Regimen...*, P. I, 1. V, d. 14, n. 1, p. 709, 1.

(58) Silva, 1731, I, ad. O.F., III, 16 *ad rubr.* n. 1 (p. 21).

(59) Assim, os actos praticados perante o árbitro fazem fé perante o juiz ordinário; a confissão é tida como judicial, 47 (Fragoso, 1641, p. I, 1. V, d. 14, par. 1, p. 727, n. 46 e 347). A sua sentença, porém, embora constituísse título executivo bastante, não podia ser executada senão pelo juiz ordinário, pois careciam de império (Silva, 1731, I, *ad* O.F., III, 16,2, p. 29; Fragoso, 1641, I, 712, n. 14 ss.). Sobre a observância da ordem judiciária, Fragoso, 1641, n. 10, 12, 56.

(60) Em Portugal, apela-se deles para os desembargadores dos agravos das Relações, como juízes superiores aos juízes ordinários (O.F. I, 6,12; I, 37, pr.; cfr. tb., III, 16, pr.; Espanha, para o tribunal da corte, *Part.*, III, 4,1). Em Portugal, pode pedir-se provisão ao Desembargo do Paço para não se poder apelar (Reg., § 54), derrogável por outra provisão para se poder apelar (ou pedir revista); com a *Carta Constitucional de 1826* (art. 127) é de per si válido o pacto de não apelar, sem provisão.

(61) Uma vez estabelecido, não pode ser afastado. De resto, entende-se que os árbitros voluntários estão no lugar do juiz e, por isso, desempenham as suas funções: «nam citant se coram partes, libellum petitionis sibi edi jubent, testes examinant, & causam secundum judicii ordinem per sententiam terminant, sicut judices; licet non pari potestate, quia arbitrorum potestas est privata... neue jurisdictionem habent sed tantum cognitionem», Silva, 1731, I, *ad* O.F., III, 16, n. 7/8. Diferenças entre árbitros e juízes, Fragoso, 1641, I, p. 730 n. 63.

(62) Cfr. arts. 161 e 162 do *Projecto para discussão*, Lisboa, 1821 (arts. 194 e 195 do texto final); também publicado *Diário das Cortes Extraordinárias e Constituintes*, vol. V, 3. Discussão: *Diário...*, vol. V, 80, 120; VII, 193-195.

(63) É o caso dos que opinam que a maior parte das demandas não surgem pelo interesse dos oficiais de justiça, mas pela ignorância jurídica das partes e pelo facto de os seus advogados (esses sim) tirarem partido dessa ignorância e espírito chicaneiro (cfr. *Diário..*, V, 122). Outros clamam contra os letrados sem estudos (apenas com exame de suficiência no Desembargo do Paço) – «as províncias estão cheias dessa praga, porque na verdade a relaxação em conceder-lhes provisões tem sido excessiva; são, geralmente falando, uns charlatães e impostores, que com uma parolagem forense illudem os litigantes singellos, e hes deitão a perder as causas» (deputado Peixinho, *Diário...*, 3696).

(64) «Quae exercetur in invitos judicio pecuniario seu civili contendentes», A. Vinnius 1748, Vl, 6 (p. 82).

(65) «Quae exercetur auctore magistratu in volentes in iis, quae geruntur extra iudicium», Vinnius, 1748, VI, 6 (p. 82).

(66) Sousa, 1834, p. 10 n. 31.

[67] Sobre a doutrina jurídica do notariado, v., por todos, Fragoso, 1641, I, p. I, 1. V, d. 13, §11 (p. 662 ss.); Amaral, 1610, v. «tabelio».

[68] S. Tomás já o estabelecera, havia muito: «Iudex debet iudicare secundum allegata et probata, etiam contra veritatem quam novit ut persona privata», *Sum. Theol*, II-2, q. 64 6 ad 3; q. 67 2. Havia, no entanto, algumas excepções a este princípio (*v.g.*, os factos notórios).

[69] Fragoso, 1641, I, 469, n. 41.

[70] Fragoso, 1641, *Regimen...*, I, 469, n. 42.

[71] As palavras concretas são de Baptista Fragoso: «in quo proceditur, servato iuris ordine, praevia citatione, libelli oblatione, contestatione litis, publicatione, ac conclusione secuta» (Fragoso, 1641, I, 458, n. 5). Elenco das acções ordinárias em Cabral, 1730, p. I., cap. 10, n. 4 ss. (v.g., reinvindicatória, de depósito, de mútuo, de comodato, de mandato, de arrendamento, de divisão de coisa comum, serviana e *quasi serviana*, de tutela, de petição de herança, de dote, de lesão enorme, de dolo ou de coação, *aquiliana*). Sobre estas acções, compendiariamente, v. também Telles, 1853.

[72] Descrição mais detalhada do processo ordinário, Castro, *Pratica...*, 1. 3, cap. 1-21; fonte legal, para Portugal, O.F., III, 20 (processo cível) e V, 124 (crime); incluía libelo articulado, contrariedade, réplica e tréplica (admitindo todas as excepções dilatórias ou peremptórias), prova, razões finais e sentença, que podia ser embargada e da qual se podia apelar ou agravar, o que também era possível em relação às sentenças interlocutórias; formulários, Gomes, 1746.

[73] «In quo non tam solemnia, quam substantialia ommittuntur, isque a civitate, in qua jus et bonae legis regnant, prorsus eliminandus..., non jam judicium habemus, sed tyrannidem», Melo, 1789, IV, 7,14.

[74] «In quo proceditur summarie, simpliciter, & de plano sine strepitu, & figura iudicii»; observando o direito das gentes, Fragoso, 1641, I, 458, n. 4. A ordem natural do processo consistia na exposição dos factos e direito que fundamentava o pedido (mas não sob a forma de libelo articulado), na citação e audiência do réu, no conhecimento da causa (mas não na contestação da lide) e produção da prova (mas sem dilação ordinária para ela) e, finalmente, na sentença (não precedida, portanto, das alegações finais). São acções sumárias, entre muitas outras: as de pequeno valor, de força nova, de soldadas, de alimentos, de despejo (v. Sousa, 1834, §§ 479-481), as baseadas em escritura pública ou equiparada («acções de dez dias», *ibid.*, 485), a de juramento deferido ao réu («de juramento de alma», *ibid.*, 492 ss.), as acções que decorriam em férias judiciais (O.F., III, 18), as de abolição de vínculos (*ibid*, nota 983), as fiscais (*ibid.*, 513 ss.), etc. V., também Pereira e Sousa, *op. cit.*, §§ 514-545 e, para a evolução ulterior, Nazareth, *Elementos...*, §§ 133-135. Para as acções sumárias criminais (v.g., assalto em estradas, resistência, desafios, contrabando de cereais, delitos atrozes), cfr. Sousa, 1830, 174 ss.

[75] As *Ordenações* estabeleciam um juízo deste tipo para as causas de valor insignificante ou para o processo de injúrias (cfr. I, 65,7; III, 30,1).

[76] «*Saepe contingit, quod causas commitimus, et in earum alquibus simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus: de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat, dubidatur*

[...]», decidindo o Papa a série, já referida, de simplificações processuais. Sobre o tema, Alonso, 1982, 290.

(77) «*Quando proceditur sine actione, vel accusatione vera, quod fit contra regulas iuris communis... [vel]... quod iudicis officio expediur*», Fragoso, 1641, *ibid.*, I, 458, n. 5.

(78) Foi este o constante objectivo de sucessivas medidas de reforma da justiça. V., a título de exemplo, as leis portuguesas de 27.7.1582 e de 6.12.1612. Texto e comentário em Cabral, 1730,103 ss. As cortes também pedem que as causas se abreviem, sobretudo no crime (cfr. Cortes de 1641, cap. 86 do povo e cap. 20 da nobreza).

(79) Note-se que existem outras classificações do juízo. V.g., *Criminale*: «quando principaliter agitur de crimine ad utilitatem publica... vel quando poena pecuniaria applicanda est fisco» Fragoso, 1641, I, 458, 2); «quae tendunt ad commodum reipub. aut fisci» (Scott. 1601, civile: «quando aliquid petitur absque origine criminis, puta, ex contractu aliquo... vel quando poena applicatur parti, quamvis descendat ex delicto» (Fragoso, 1641, I, 458 n. 2); «quae tendunt ad commodum partis» (Scott. 1601) ou *mixtum*: «quando nec mere civiler agitur, nec mere criminaliter... quoties poena venit annotanda fisco, simul, & parti» (Fragoso, 1641, *ibid.*, n. 3).

(80) Bourdieu, 1986.

(81) Esta distanciação é produzida por vários mecanismos. A *apriorização*, que erige o discurso jurídico e as soluções por ele propostas em produtos da razão, destacando-os do seu contexto sócio-político e escondendo os seus fundamentos práticos (pp. 5 e 17); a *naturalização*, ossificando e tornando naturais, pela regra do precedente, as situações verificadas num momento histórico dado (p. 16); a *universalização*, transformando num «facto universal», em «natureza das coisas», os *habitus* e as imagens sociais com os quais os juristas eruditos têm relações privilegiadas; a normalização, promovendo o carácter universal e abstracto (i.e., não corrompido por motivações concretas e particulares) das soluções (p. 16); a *neutralização*, que parte dos factores anteriores para sublinhar a neutralidade da decisão jurídica relativamente às estratégias sociais de que se ocupa (p. 9); e, enfim, a *formalização*, que banaliza (eufemiza) a disputa subjacente, transformando-a num jogo processual (pp. 10 e 17).

(82) Sobre a implantação deste modelo escrito e erudito de direito, Hespanha 1983a.

(83) Cfr. *Ibid.*

(84) Figueiredo, 1790, I, 384; Leão, 1796, 580.

(85) A regra de que os juízes deverão ter estudado direito durante, pelo menos, 10 anos foi estabelecida, em Castela, pela real pragmática de 67. 1493 (Alonso, 1988, 383, e retomada na lei II de Toro (1505); comentário em Gomez, 1555, 6 ss.; v. ainda Perolson, 1980, 17). Segundo a informação de José Anastácio de Figueiredo («Memória sobre a origem os nossos juízes de fora», *Memmorias de litteratura*, I, Lisboa, 1792, 41) todos os juízes de fora (não incluídos nas prescrições da lei de 1561) nomeados a partir de 1561 são, pelo menos, bacharéis.

(86) V. *infra*.

(87) Outra legislação anterior aos finais do séc. XVI sobre provimento de letrados. 1550: modificação da forma dos registos das leituras, devendo ser, daqui em diante, assinadas pelo presidente e conter o resultado (ANTT, Ms. da Livraria 870, fl. 100); alv. 28.5.1568: que os letrados da Casa da Suplicação comecem, de futuro, por servir na Casa do Cível (Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-32, n. 110) alv. 18.8.1576: despacho dos letrados pela Mesa do Paço sem a presença do rei (Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-52, fl. 111; também em ANTT, Ms. da Livraria 870, fl. 164); que os letrados examinados e não despachados, não andem na corte a procurar, mas regressem à Universidade ou às suas terras, a advogar, estudar e aconselhar, esperando aí o despacho régio, (Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-52, 184v.); e os que pretendam ler, procedam da mesma forma, (*Ibid.*, 185 v.). Consultas do Desembargo do Paço sobre este assunto, Bib. Ajuda, 44-xiv-4 [*Livro de consultas do Desembargo do Paço*, tomo 2, 1589-1592], 297 v.-298 v.: faça-se um livro de registo das leituras, com a informação da qualidade desta, a informação do reitor da Universidade, nota dos talentos do candidato e lugares em que será de mais proveito e por este livro se mandem chamar.

(88) É a data dos primeiros registos que conheço (cfr. ANTT, Ms. da Livraria, 870, *Livro I dos assentos do Desembargo do Paço*), fl. 95 v. ss. — assentos de 1541 a 1561. Esta série de registos contém 145 registos. Para cada candidato era aberto um processo, contendo a informação escolar e as provas de limpeza de sangue (local de conservação: ANTT, Desembargo do Paço, *Leituras de bacharéis*, índice onomástico [nums. 259/260]). Para cada exame, era feito um registo em livros apropriados (*Livros de assentos*). Destes e de outros livros de registo (por vezes, não oficiais) de leituras conheço os seguintes:

Data	Arquivo/Cota	Obs.
1541-1561	ANTT/Liv., 870, fl. 95 v.	"Leituras de bacharéis"
1626-1680	Ajuda 44-xiv-8	Assentos de bacharéis
		(livro pertencente a Pero Sanches de Farinha;[312 registos]
1642-1678	Bib Un. Cb./Ms 521 ll5-fls.	"Livro dos assentos dos bacharéis habilitados..."
1642-1682	Bib. Un. Cb./Ms. 522 18-fls.	"Livro dos assentos dos bacharéis habilitados..."
1660-1799	BNL Cod. 10856/10859	Leituras de bacharéis (originais com os registos dos exames:
	1660.10.20- 1736.09.08 1736.09.13 - 1768.01.26 1768.01.27 - 1799.12.20	nome, grau, filiação, naturalidade, data, resultado, assinaturas examinadores)
1680-1700	ANTT/C. 4, E. 16 P. 5	Leitura de bacharéis
	(encad. papel)	[com índice onomástico]
1690-1725	ANTT/C. 4, E. 16, P. 5	Leitura de bacharéis
	(encad. papel)	[com índice onomástico]
1962	ANTT/Min. Just./cod. 10	Leitura de bacharéis

1708-1762	ANTT/C. 4, E. 16, P. 5	Leitura de bacharéis [com índice onomástico]
1706-1719	BUC/Ms. 644 (134 fls.)	"Livro dos assentos dos bacharéis do Desembargo do Paço"
1714-1745	Impresso Arq. Min. Fin., Casa Real, cx. 409	*Magistrados de D. João V*, ed. J. Cunha Saraiva, Lisbona 1943
1725-1745	ANTT/C. 4, E. 16, P. 5	Leitura de bacharéis [com índice onomástico]
1755-1761	BNL/Pomb. cod. 138	"Livros de assentos de bacheréis que têm lido no Desembargo do Paço"
1741-1767	BNL/Cod. 10859	"Leituras de bacheréis da ordem de Aviz"
1775-1812	BNL (Cx. 6)	"Leituras de bacharéis opositores a lugares da Casa de Bragança"

(89) Dados resultantes de uma primeira exploração da fonte, feita pelo meu ex-aluno Simão Miguel Xavier Matos, em 1988.

(90) Cfr. Hespanha, 1986, I, 425 e notas 84 a 86. O problema do acesso de cristãos novos aos ofícios foi discutido nos inícios do séc. XVI; enquanto a coroa procurava não o impedir (ou que, pelo menos, a decisão ficasse como «lei mental»), os tribunais insistiam em que se excluissem (cfr. CR. 15.10.1590, Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-52,n.215); no mesmo sentido se pronunciavam as cortes (cfr. cortes de Tomar de 1580, povos 13; nobreza, 17 [em J.J. LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios para o estudo do direito constitucional portuguez*, I, Coimbra, 1893, 219 e 237/8; cortes de 1640, povos, 25; clero, 21]. Do ponto de vista do estatuto social, a CR de 20.8.1625 precludia a leitura aos letrados «de baixo nascimento, salvo se de virtude e letras. Mas o dec. 22.5.1665, admite, como privilégio, os filhos dos mesteres de Lisboa (tratava-se de uma pretensão antiga, já constante das condições do pedido para o socorro de Ormuz, em 1623) (cfr. EDUARDO FREIRE DE OLIVEIRA, *Elementos para a história do município de Lisboa,* III, 59).

(91) Pela mesma altura, o Regedor das Justiças, Manuel de Vasconcelos, aconselha o rei a que «não se admitam a ler senão os bacharéis para que haja vagas» (ANTT, Arq. Galveias, maço 32 [antigo 14.1]).

(92) A carta régia descreve a necessidade «de dar vazão à multidão de letrados, que tem lido e andam no serviço, de que há grande quantidade, pelos inconvenientes que se seguem de estarem muitos deles muito tempo sem occupação depois de acabarem as suas judicaturas, por cuja razão tratam de se aproveitar dellas para se sustentarem os annos, que andam fóra de serviço». O rei ordena, então, que se não admitam a ler mais letrados enquanto não estiverem empregados os que já tiverem leitura, sendo estes obrigados a aceitar qualquer lugar em que sejam providos (JJAS, 246). Em 1634 (CR 24.8., JJAS, 47) volta a insistir-se na proibição de consultar novos candidatos a lugares de letras enquanto houver letrados à espera de despacho (cfr., ainda, dec. 14.9.1639, em sentido semelhante, JJAS, 196). O problema do provimento dos letrados excedentários e da organização da carreira de le-

tras em termos de evitar as longas esperas entre o termo de uma comissão e a seguinte mantém-se até à segunda metade do séc. XVIII (cfr. BNL, ms. 30, n. 19 [«votos sobre o provimento dos lugares de letras»]).

(93) Impresso em JJAS, vol. resp., 44 (com data de 19.6.1649) e na colecção de leis extravagantes às Ordenações (1749: ad. I, 84, pr., p. 454).

(94) Outras fontes relevantes para o estudo quantitativo dos juristas portugueses: Livro de provimentos dos desembargadores, corregedores das comarcas e regedores, ANTT, Casa Forte; BNL/Pomb., Cod. 249, fl. 162, «Ofícios providos por el-rei» (1559-1588; trata-se, entretanto, sobretudo de cargos da casa real); ANTT, Livr., ms. 870, fl. 201, «Lista dos doutores que há-de haver na Casa da Suplicação» (1569); ANTT, Livr., ms. 870, fl. 201 v., «Lista dos doutores que há-de haver na Casa do Cível» (1569); BUC, ms. 644, «Posses dos desembargadores da Casa da Suplicação», 54 registos (1692-1717); BUC, Ms. 577, «Bispados, ministros e ofícios dados por D. João V» (1707–1750); BUC, ms. 545/6, 556, 559, 570, 574, 582, 591-2, 596, 601-4, 607, etc. (c. 1750 - c. 1761); BNL Cods. 1073/1078, «Memorial de ministros» (sécs. XVI, XVII e XVIII); Ajuda 54-IV-34, n. 14., «Notícias dos lugares de letras» (finais do séc. XVIII); BNL/Cod. 1457, Listas de desembargadores do Porto (de 1674 a 1754), de desembargadores do Paço (de 1614 a 1704), de colegiais de S. Pedro (de 1574 a 1724) e S. Paulo (de 1563 a 1728) e de todos os ofícios de justiça que há no reino (c. 1755).

(95) A contagem foi feita por Simão M. Xavier Matos, a partir dos livros de índices de leituras de bacharéis do ANTT (índices n. 259-60), completados, para o período entre 1541 e 1561, pelo ms. 870 da Livraria do mesmo arquivo.

(96) Cfr. Olival, 1988, I, 140.

(97) ANTT, Desembargo do Paço, Repartição da Justiça, Livro de registo de consultas, livro 32 (1654-1656), fl. 15.

(98) *Ibid*, fl. 16; v. outro caso a fls. 114.

(99) Cfr. Decs. de 20.4.1663 (JJAS, 86) e 10.6.1666 (JJAS, 119)

(100) Cfr., por todos, Ranieri, 1988.

(101) Tal era, nomeadamente, o caso das ordens militares e das casas da Rainha, do Infantado, de Bragança, ou de Aveiro.

(102) Quarenta, pelas Ordenações; mais tarde elevado para sessenta, d. 19.4.1752. Antes, fora de vinte (prov. 7.5.1567, Leão 1796, *Leis extravagantes*, 220), de vinte e quatro e, mais tarde, de trinta (Cabedo, 1601, I, 214, n. 3). Havia, porém, o uso de criar advogados supranumerários, nos impedimentos dos numerários, quando um advogado obtinha uma nomeação temporária — v.g., como juiz de fora — regressando depois ao seu lugar (cfr. Pegas, 1669, IV, ad I, 48,1, gl. 3, n. 2-4, p. 152).

(103) *Regimento do Desembargo do Paço,* § 60; sobre certidão de exame, passada pela chancelaria da Casa.

(104) Pegas (Pegas, 1669, IV, ad I, 48,2, n. 2/3, p. 153) insurge-se contra o facto de não haver exame, como antes teria havido. Abona-se em Cabedo (Cabedo, 1601, I, d. 214, n. 4) que refere ser o exame exigido pelas *Ord. man.* (I, 38, pr.) [e ainda pela prov. de 7.5.1567, Leão, 1796, *Leis extrav.*, 220], além de que era de estilo, mesmo para os licenciados em Coimbra; o mesmo teria acontecido depois da mudança da Casa do Cível para o Porto. Esta prática deve ter-se modificado quan-

do deixa de haver número fixo de procuradores, o que acontece com a entrada em vigor das *Ord. fil* (I, 48).

(105) Pegas, 1669, gl. 2, ad, pr; n. 1.

(106) Sobre isto v. Silva, 1964, 342 ss.

(107) Cfr. Ranieri, 1988.

(108) Que se adopte a promoção por mérito e não por antiguidade é um dos conselhos do Regedor das Justiças, Manuel de Vasconcelos, no início do séc. XVI (cfr. *supra*, nota 91). O mesmo se comunica na CR de 2.4.1664 (JJAS, 94).

(109) Cardoso do Amaral (Amaral, 1610, v. «Assessor») define o assessor como sendo «qualquer letrado que os juízes ordinários, escolhidos por eleição nos concelhos menos notáveis, e que não são letrados, têm para lançar e escrever nos autos todas as sentenças definitivas ou executórias» (n. 1).

(110) Embora outros ponderem que em algumas terras não há letrados que sejam assessores (*Diário...*, VII, 184) ou que, havendo-os, os juízes não ganham para lhes pagar. Na verdade, segundo os costumes portugueses — segundo atesta Cardoso do Amaral (Amaral, 1610, v. «assessor») —, o assessor nunca tem salário das partes, mas do juiz. Esta observação parece ter um alto grau de probabilidade, dado o carácter meramente honorário (e, logo, benévolo), da função de juiz ordinário.

(111) Salvo nas terras em que houvesse um número fixo de procuradores. Esta limitação era raríssima. Pegas não conhece qualquer terra que a tivesse.

(112) V., sobre o ponto, Pegas, 1669, II, gl. 130; IV, *ad* I, 48, gl. 6 n. 1; VII, *ad Reg. Sen. Pal.*, c.45, n. l;XIV, *ad* I, 48, n.5.

(113) Pegas, 1669, (II, ad Reg. Des. Paço, par. 60, gl. 130; IV, ad I, 48, gl. 6 n. 2).

(114) *Ibid*, XIV, I, 48, n.5.

(115) Cfr. Hespanha, 1983a, 20 e 45.

(116) Tratei deste tema em Hespanha, 1983a e, ainda, em Hespanha, 1986, I, *maxime* 629 ss.

(117) V., sobre o tema, Torgal, 1982, II, 156 SS. ; Albuquerque, 1983, 198 ss. ; Hespanha, 1989, 61 ss.; Oliveira, 1981. Para a Itália desta época, De Mattei 1973.

(118) Sobre ela, Hespanha, 1986, I, 414 ss., 703s., 733 (e bibl. aí citada). Fontes: João Pinto Ribeiro, «Preferência das letras ás armas», em *Obras varias*, ed, cons. 1730, 168-203; FRANCISCO MANUEL DE MELO, *Aula política*, ed. cons. 1720, § 28 (polemiza com o anterior); BENTO PEREIRA, *Pallas togata, et armata. Documentos politicis in problemata humaniora digesta*, Eborae, 1636, class. 3; do mesmo, *Academia sev respublica litteraria*, Ulysipone, 1662, disp. 4; ANTT, Ms. Livraria 1112, fl. 1.

(119) V., nomeadamente ANTÓNIO CARVALHO DA PARADA, *Arte de reynar*, Bucelas, 1643, 161 ss.

(120) Filipe, 1584.

(121) Exemplo desta permeabilidade é a importância que tiveram no discurso jurídico as obras destinadas ao público indiferenciado dos cidadãos iluminados. Veja-se o caso dos artigos jurídicos das enciclopédias francesas e alemãs dos finais do séc. XVIII (Bodecker, 1989, Cremer, 1989, Lüsebrinck, 1983, Hespanha, 1988).

[122] Note-se que se propõe, no período iluminista, uma integração da teoria e da prática (*Compendio histórico...*, 278 ss.: «a Jurispruentia não he mais, que huma só, e esta toda Prática», 284). Que, realmente, significa uma tentativa de subordinação da produção jurídica prática (dos tribunais, nomeadamente, dos tribunais superiores, expressa nos «estilos» e na «praxística») à produção teórica das escolas reformadas, agora estreitamente subordinadas à política do Estado.

[123] «Cuius merito nos quis sacerdotes appelet» (Ulpianus, D., 1,1,1,1). Em todo o caso, pureza religiosa e moral constituíram o único flanco por onde pôde ser sindicado e atacado o grupo dos juristas. Cfr. P.L. Rovito 1982; para Portugal, Schwartz, 1980, 55ss.(da trad. bras.), Hespanha, 1986, I, 730 (e bibl. aí citada); para Espanha, Pelorson, 1980, 155 ss.

[124] Só os juízes e corregedores estavam sujeitos a residência. Não já os tribunais superiores. A exigência de «residência como condição de promoção a outro lugar foi imposto pelo rei, contra a opinião dos desembargadores do Paço, em 1595 (cfr. Bib. Ajuda, cód. 44-xiii-4, 298; *Livro de consultas do Desembargo do Paço*, 1589-1592; e ib., *ibid.*, cód 44-xiii-6, 1594-1596, 37 v.). O tema da devassa dos tribunais e da reforma das residências dos juristas está presente nas cortes de séc. XVII. Em 1641, os povos pedem que os tribunais superiores se devassem de três em três anos (cap. 20 e 30); a nobreza, aparentemente menos crente na eficácia das devassas ordinárias, pede que se tomem informações secretas dos tribunais (caps. 14 a 16). Um dec. de 1650 (2.6) manda reformar o regime das residências (JJAS, 62). Mas só em 1678 (26.1) se publica um novo regimento (JJAS, 38; outro, em 18.12.1687, JJAS, 145).

[125] V, cap. 40 dos povos, cortes e 1641, J.J.A.S., vol. rep., 20. Cfr. Hespanha, I, 730.

[126] Citado numa consulta sobre a forma dos exames dos letrados, em ANTT, Desembargo do Paço, Repart. da Justiça, Livros de registo de consultas, n. 32, 1654-. . ., fol. 187. Na década de quarenta, o Desembargo do Paço sugere, no quadro de um conjunto de propostas sobre a reforma da justiça, que a Casa do Cível seja obrigada a executar sem dilação as ordens do Desembargo do Paço, sem pretexto de ir escrever ao rei (Bib. Ajuda, cod. 51-vi-33, fl. 167 [«Apontamentos do Desembargo do Paço sobre a reforma da justiça»). A Relação do Porto parece ter sido, de resto, o protótipo da auto-suficiência e do desregramento: abundam aí as promoções extraordinárias (extravagantes e sem leitura), os seus advogados são providos sem exame (v. *supra*), vigorava aí o «estilo hiper-corporativo de decisão a que nos referimos; segundo diversas fontes, imperava o compadrio (cfr., v.g., Francisco Roiz da Silveira, «Discurso sobre a reformação da justiça, da comarca da Beira, e antre Douro e Minho..». Museu Bri., Add. 25419 [c. 1626]); segundo a fonte que vimos citando, fomentar-se-iam as demandas. Daí que, nestas propostas do Desembargo do Paço, se aconselhe o translado da Relação para Lisboa (fl. 166 v.; o mesmo pedia a própria câmara do Porto, nas cortes de 1619) ou, caso continuasse no Porto, a sua devassa imediata (pois já não era sindicada há mais de 10 anos), a redução do número dos seus desembargadores e a extinção da sua almotaçaria, pelos abusos a que dava lugar (*ibid*).

[127] V., para a Itália espanhola, ROVITO, *La respublica*... . Para Portugal, a questão não está globalmente estudada. V., em todo o caso, alguns dados em ANTÓNIO JOSÉ TEIXEIRA, *António Homem e a Inquisição*, Coimbra, 1895-1902, e ANTÓNIO DE SOUSA E VASCONCELOS SIMÃO, «O Doutor Manuel Rodrigues Navarro, jurista e cristão-novo», *Miscelânea histórica de Portugal*, Lisbóa, 1983. III, 77-116.

(128) Para a devassa do tempo de D. João III, v. as indicações dadas em Hespanha, 1986, I, 730 n. 139; para as devassas ordenadas nos inícios do séc. XVII do bispo das Canárias e do bispo de Leiria, v. Hespanha, 1988, 61s. (notícias ulteriores em MANUEL SEVERIM DE FARIA, *Historia portugeza E de outras Províncias do Occidente, desde o anno* de 1610 até o de 1640..., B.N.L., cod. 241, 26 [devassa do bispo de Leiria em Agosto de 1612], 30 [devassa do bispo das Canárias em finais de 1612], 109 [devassa por Martim Alonso de Mexia, em 1618], 335 v. [devassa do arcebispo de Braga em 1639])

(129) A partir de Janeiro de 1633 (cfr. Ajuda 44-XIII-32, 110 j).

(130) V., sobre este tema, Oliveira, 1981.

(131) Cfr. Pegas, 1669, IV, ad I, 48, gl. 1 ad rubr. (dignidade dos juristas); gl. 2 (só com 5 anos de estudos).

(132) Carvalho, 1631, p. 34, n. 264.

(133) Respectivamente, O.F, III, 29; III, 59,15; V, 120 (equiparando os doutores aos fidalgos matriculados e aos de solar) e *Part*, II, 2,2; II, 23,4.

(134) Os privilégios correspondentes eram o prestar testemunho em casa, não sofrer prisão por dívidas, poderem redigir procuração por mão própria, gozarem os seus escritos particulares de fé-pública, terem direito a homenagem (prisão domiciliária), não poderem ser executados nos seus libros, não poderem, em geral, ser sujeitos a tortura, serem exentos de fintas (por direito comun, de todos os tributos pessoais (ns. 266-270) .

(135) Sobre os advogados e os seus privilégios, JERÓNIMO DA SILVA ARAÚJO, *Perfectus advocatus*, Ulyssipone, 1743 (trad. port., *Bol. Ministério da Justiça,* 1969); BENTO GIL, *Directorium advocatum & de privilegits eorum*, Ulyssipone, 1613.

(136) V. Hespanha, 1986, c. II.5; cfr., para Espanha, Pelorson, 1980, cap. VI. Sobre os advogados não tenho dados sistemáticos. Segundo a informação de João Brandão (de Buarcos), em 1552 (Brandão, 1923), 14 dos letrados de Lisboa faziam 20.000 rs., o que os colocava ao lado do funcionalismo superior da coroa; 15, cerca de 14.000 rd.; e 30, cerca da 4500 rs. No total, arrecadavam cerca de 6,5 contos, o que equivalia ao rendimento que o rei tirava das almadravas ou a um oitavo das rendas da opulenta alfândega de Lisboa.

(137) V. Hespanha, 1983a, *per totum*.

(138) Para o conceito, v. Hespanha, 1983a.

(139) V. Hespanha, 1986, I, 632 ss.

(140) Sobre as taxas de analfabetismo de época, v. as indicações que dei em Hespanha, 1986, I, 632; por último, Curto, 1988, 74. Sobre o comércio de livros, em Lisboa (1552), cfr. Brandão, 1923, 199 e 211.

(141) Cfr., v.g., *Manual de confessores, & penitentes ... Composto por hã religoso da ordem de sam Francisco da provincia da piedade ... vista e examinada e aprovada ... por o Doutor Navarro*, s/l, s/d. [séc. XVI], 447 ss.; JAYME DE CORELLA, *Pratica do confessionario...*, Coimbra, 1744, 120.

(142) Num estudo inédito, realizado por Ana Isabel Cunha e Ana Reis, sobre as carreiras dos escolares e diplomados da Universidade de Lisboa entre 1506 e 1527, se são muito raros os casos de diplomados que se ficam por um lugar de tabelião

(70% terminam como juízes dos altos tribunais), isso já é muito comum em relação aos que apenas aparecem referidos nas fontes como «escolares».

(143) Cfr., para a metodologia do cálculo, Hespanha, 1986a.

(144) Para a reforma da justiça criminal, v. JOSÉ MANUEL LOPES SUBTIL, *O vintismo e a criminalidade (1820/1823)*, diss. mestrado à U.N.L., em via de publicação.

(145) ANTT, Feitos findos, Mc. 332. Parte dos dados (faltam aí as comarcas de Santarém, Ourique e Lamego) foram publicados como anexo ao relatório do Ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça, José da Silva Carvalho, apresentado às cortes na sessão de 3 .12.1822 (D. G., n. 305; também em Arq. His. Parl., secção I e II, cx. 39, doc. 149). Sobre este relatório, cf. Subtil, *O vintismo...* cit.

(146) Exceptuadas as de querela, incluídas em 1.4.

(147) Informação do delito tirada *ex officio* pelo juiz (v. *Ord. fil.*, I, 58,31; I, 65,31 e 39 a 67). Cfr. Sousa, 1830, 16 ss.

(148) A querela era o tipo de acção crime que exigia acusação particular (cfr. *Ord. fil.*, V, 117). Cfr. Sousa, 1830, 27.

(149) Tipo de acção sumária, fundada em título escrito dotado de fé pública. Cfr. Sousa, 1834, §§ 479-485; Lobão, 1886, 428 (§ 605 ss.) e 501 (§§ 713 ss.). v *supra*, nota 69.

(150) Tipo de acção sumária, em que o autor deferia ao réu o juramento sobre o objecto da demanda (v. *supra*, nota 69). V. também MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO, *Segundas linhas de processo civil*, diss. n. 9.

(151) Exactamente, segundo a fonte utilizada, 2 648 558 (682 800 fogos).

(152) Remeto para o que disse, noutro lugar (Hespanha, 1988), sobre o modelo de punição nas sociedades de Antigo Regime. Aí destacava o carácter francamente minoritário da punição penal oficial, pelo menos até aos finais do séc. XVIII.

(153) Acções de 10 dias e acções de juramento de alma.

A ARBITRAGEM DE CONFLITOS SOB O "ANCIEN RÉGIME" (1)

NICOLE CASTAN

Tradução de
Maria Armanda Saint-Maurice Esteves

(1) Extraído de NICOLE CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l' époque des Lumières* (Flammarion, Colecção "Science", Paris 1980), e da versão inglesa do mesmo texto, publicada com o título "The arbitration of disputes under the Ancien Régime" in J. BOSSY(ed.). *Disputes and Settlements. Law and human relations in the West* (Cambridge U. Press 1983).

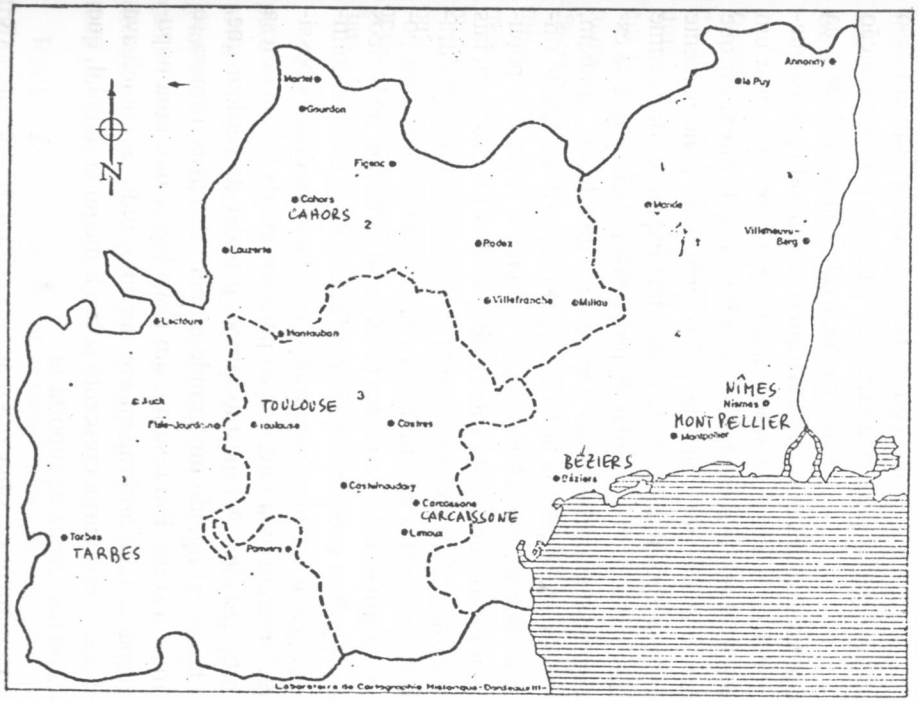
AS INTERMITÊNCIAS DA LEI

As tensões e os conflitos são factos de civilização e, quando exasperados, dão origem a prejuízos e sofrimento que podem ser profundamente sentidos. Às autoridades públicas cumpre decidir o que é permitido e proibido, ordenando em categorias a multiplicidade dos actos ilegais. Mas compete à vítima, individual ou colectiva, reclamar justiça, reparação ou castigo. As fontes de tensão, as suas mutáveis origens, as formas de penalização são, por conseguinte, elementos encobertos da dinâmica social que temos de compreender. Mas, para abarcar o processo em toda a sua realidade, à análise dos procedimentos formais necessitamos juntar a das instituições que são postas ao dispor dos ofendidos e às quais se confia a manutenção das regras de conduta dominantes. Estudando os seus termos, podemos avaliar do nível de sensibilidades e dos métodos usados para fazer face à agressão; nas suas formas de revelar submissão ou resistência às realidades sociais subjacentes é possível reconhecer a interacção subtil das forças em presença e dos objectivos perseguidos.

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 objecto 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 de uma punição exemplar, escolheram deliberadamente resolver o conflito por meio de acordo privado. Há, assim, muitas soluções que podem ser preferíveis aos procedimentos legais; estes, contudo, seja ou não restrito o seu campo de acção, têm a vantagem inestimável de trazer à luz assuntos que, de outra forma, permaneceriam na obscuridade. Ao recorrer à lei, as partes mudam de táctica: 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 de 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. Os rituais do combate judicial não devem ser olhados como uma simples representação de um estado de coisas externo, pois não há forma de medir a distância entre litigiosidade absoluta e procedimentos judiciais; o que eles fazem é definir um limiar de irritação para além do qual a vítima, sem tomar conhecimento de todas as dificuldades subsequentes, decide aceitar o desafio e procurar este remédio extremo. Qual seja este limiar não é fácil de determinar nem depende exclusivamente da natureza ou carácter escandaloso da agressão: tem de ser, também, investigado, através de uma análise profunda das relações de poder que agem no sentido de desviar o caso do domínio privado e do controlo das partes para entregá-lo ao domínio público, organizado pelo Estado.

Há, pois, três tipos possíveis de comportamento, fáceis de distinguir em teoria – inacção, compromisso e procedimentos judiciais. Na prática, as atitudes são muitas vezes menos claramente delineadas e podem tergiversar, devido a hesitações e desvios de umas para as outras e de regressos à conduta inicial. Mas continua a ser verdade que os procedimentos formais, infelizmente e num grau indeterminado menos numerosos do que os conflitos realmente existentes, oferecem a única fonte adequada a um estudo exaustivo por métodos quantitativos.



Área de Jurisdição do Parlamento de Toulouse
Sénéchaussées: 1. Gasconha. 2. Guyenne.
3. Alto Languedoc. 4. Baixo Languedoc.

Um estudo deste tipo, como é evidente, requer ser situado num contexto histórico e geográfico particular. O contexto presente é a vasta área abrangida pela responsabilidade judicial do Parlamento de Toulouse, o maior da França a seguir ao de Paris.

Durante a segunda metade do séc. XVIII, a população do Languedoc apelava para a lei com regularidade crescente. Não era caso único. As razões gerais para esta expansão parecem residir na acção simultânea e recíproca das mudanças ocorridas na sociedade e na política repressiva do Estado. A monarquia, procurando persistentemente racionalizar a administração e a justiça, intentava ganhar um maior domínio sobre a actividade dos indivíduos. É duvidoso que este esforço, iniciado por volta de 1750, tenha sido genuinamente eficaz, mas o seu resultado é uma deliberada expansão do volume da actividade judicial. O acumular de processos judiciais, que se estavam a expandir em progressão geométrica, prendia-se, também, com uma maior propensão da população para recorrer ao direito oficial. Tanto mais que, nos últimos anos do *ancien régime*, a população se confrontou com esta intensificação dos litígios judiciais num 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 progresso 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 das 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.

Um certo número de situações e acções criminais, até aqui exteriores ou só parcialmente dentro da esfera da acção judicial, têm tendência a nela entrar, a partir de 1750, deixando, no entanto, de fora um espaço vasto e mal definido de iniciativa privada e ineficácia pública. Como é natural, a fonte principal para esta época é constituída pelos documentos judiciários: um queixoso, uma teste-

munha ou qualquer outro participante no processo pode relatar, a propósito, por exemplo, de um conflito sobre baldios, as negociações extrajudiciais cujo fracasso levou ao recurso à justiça. As colecções de correspondência privada, em que os notáveis apontavam cuidadosamente o pormenor das suas negociações, não deixam de fornecer precisões interessantes; passa-se o mesmo com os comentários que os *procureurs du roi* escrevem, à margem dos processos-crime, para assinalar ao *procureur-général* do parlamento e ao *Garde des Sceaux* as insuficiências da justiça.

Estas vacilações não são evidentemente prerrogativa do *ancien régime*. Contudo, o equilíbrio, sempre instável, entre o não-recurso e o recurso à lei, reflecte a passagem de uma concepção antiga para uma concepção moderna do próprio direito oficial. Isto é visível, em primeiro lugar, nas emoções suscitadas. Decerto havia ainda muito de vivo na antiga concepção do poder judicial que, até nos casos mais sérios, tendia a olhar a sua intervenção como uma intromissão mal recebida, semelhante à da imposição fiscal. Mas, ao mesmo tempo, no apelo clamoroso e crescente à força e à justiça públicas deparamos com outra concepção do Estado e da justiça, outro sistema de dominação, de clientelas e solidariedades. Os que optam pelo não-recurso prestam, pois, testemunho da sua desconfiança relativamente à justiça e às suas falhas.

Antes de mais lembremos, a propósito das diversas agressões e para lhes precisar o grau de gravidade, que a lei distinguia dois níveis: a vulgar ou pequena criminalidade e a extraordinária ou grande criminalidade; a primeira engloba as infracções cuja reparação só interessa a particulares, ao passo que a segunda diz respeito a delitos e crimes que também atentam contra a ordem pública; a atitude pública e a privada diferem claramente num e noutro caso.

Resta a dificuldade de informação; não que ela falte, pelo contrário! Escritos da época, livros de assentamentos familiares ou correspondências privadas pululam de relatos, de reflexões, de conselhos dados ou recebidos: "Termine o meu processo", ordena a senhora Goeffrin. "Querem dinheiro? Eu tenho, dê-lhes dinheiro. E que melhor uso posso fazer dele do que comprar com ele o meu repouso?" As classes ricas não são, aliás, as únicas a afrontar o dile-

ma do processo ou da mediação graciosa visando a paz e a economia; no séc. XVIII, basta ter algo de seu para se correr o risco de ser apanhado pela máquina judiciária e para procurar escapar-lhe pelo compromisso.

Pode parecer paradoxal, entretanto, procurar tais vestígios para além dos documentos privados ou nos registos do notários que aí consignam certos resultados. Por outro lado, os arquivos judiciários parecem parciais, pois reflectem o esboço de um acordo mais do que o seu acerto.

Uma análise mais aprofundada justifica, contudo, a utilização desta fonte que exclui, aparentemente, o julgamento equitativo da sua competência. A menor questão de injúrias, de gravidez ou mesmo de roubo mostra a que ponto, ainda no séc. XVIII, o recurso e o não-recurso à justiça estavam estreitamente ligados. Por pouco que as partes se obstinem, é toda uma série de reviravoltas, de golpes de defesa, fazendo alternar, em sábias chantagens ou reservas prudentes, os actos em justiça e as propostas de conciliação. O acordo não é imediatamente inexorável, pelo próprio facto de lhe faltar, para pronunciar a sentença, o rigor de um tribunal fundado no direito. É, pois, normal encontrar bastantes destas peripécias nos processos criminais; a partir deles, pode mesmo arriscar-se o esboço de uma análise quantitativa. Com efeito, adiantar, com base em números, que sobre os 4092 processos crime com recurso para o parlamento de Toulouse entre 1779 e 1790, 7% mencionam um acordo prévio ou em curso tem apenas um valor indicativo.

O que importa é poder decantar, através dessas 306 negociações, modelos de situação e de composição evoluindo de acordo com as estruturas sociais e mentais[1].

1. A ambiguidade da medição

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 mau acordo que um bom processo".

Em primeiro lugar, profundamente reimplantado desde a Contra-Reforma pela pastoral eclesiástica, um dever se impõe a todos os cristãos: o de procurar a paz e o amor do próximo. É certo que compete, principalmente, ao padre-cura apaziguar as disputas, mas a tarefa incumbe, também, a todos os fiéis. Fugir-lhe implica a reprovação geral e não apenas a da autoridade eclesiástica. Há que notar, aliás, que "chicaneiro" é uma das injúrias mais espalhadas no Languedoc e uma das censuras mais frequentemente feitas pelo acusado à testemunha interrogada, da qual, uma vez assim qualificada, não se pode esperar nem razão nem equidade. Uma camponesa que afirma, pelo contrário, não ter querido apresentar contra o sogro uma queixa justificada e ter-lhe até suplicado "na véspera da Páscoa que terminasse o conflito a fim de poder cumprir o seu dever pascal", que busca ela senão lançar a responsabilidade, não só penal mas também moral, da acção em justiça, sobre o velho que recusou a conciliação?

Esta preocupação primacial de paz cristã exprime-se, de resto, com uma frequência menor do que a desconfiança ou o medo da justiça, esse mundo desconhecido e estranho. Prefere-se-lhe o compromisso, que permite a qualquer pessoa acantonar-se num domínio de consequências previsíveis e confiar-se a árbitros aceites e ao corrente de todos os dados.

É, pois, uma evidência dizer e redizer que a justiça aterroriza e que tanto o rico como o pobre são apanhados na armadilha do seu labirinto; a títulos diferentes, pura e simplesmente. O proletário sem bens, vítima de um delito ou de um crime, não poderá, na melhor das hipóteses, mais que entrar num 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 da 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.

Pelo contrário, culpado ou vítima, aquele "que tem algo de seu" parece muito melhor colocado para agir em justiça. Em graus diversos, tudo o favorece: o nível cultural, o uso da linguagem racional e respeitável, o conhecimento do direito, as relações e protecções na classe jurídica, o próprio lazer, pois que se requere, a par de dinheiro, tempo disponível. E, contudo, a sua vulnerabilidade reside precisamente na sua riqueza. Compete-lhe avaliar as hipóteses de uma vitória que, só ela, lhe poderá fazer recuperar os gastos, desde que a parte condenada tenha com quê. Entretanto, tem que pagar adiantamentos aos procuradores e saldar uma quantidade de despesas; e, desde logo, durante todo o curso do processo judiciário, que multiplica as respectivas ocasiões, tem os seus bens sujeitos à confiscação, à administração ou ao sequestro judicial e isto durante longos anos[(2)].

Se o prejuízo sofrido é venial, melhor será seguir a opção do taberneiro de Aubenas que acha que aguentá-lo "lhe custar menos caro que a justiça". A diferença provável entre o montante do prejuízo e os imprevisíveis perigos da lei acalmou muitos fervores litigantes: a mulher de um artesão, insultada pela cunhada, bem pode proclamar no meio da rua, em Montpellier, estar "pronta a gastar a sua parte de vinha no processo" mas não deixa de hesitar, tanto teme perder nele bastante mais que a vinha.

Além da paz de espírito e da salvaguarda do património, o compromisso pode oferecer preciosas vantagens. Se as pessoas toleravam, até aos níveis mais altos, uma violência verbal surpreendente e gestos directamente agressivos, era com a condição, restabelecido o sangue-frio, de "prestar reparação e conviver doravante amigavelmente". Muitos prezavam esta nobreza de atitudes: não esqueçamos que o compromisso assegurava secretismo, o mesmo é dizer a salvaguarda negociável da sua honra, a quem quer que se tivesse metido numa encrenca.

O não-recurso é, assim, uma atitude cómoda, e até um dever, quando se trata de preservar a honra familiar; "não se denuncia um

membro da família", afirma-se em todos os meios. É também o que declara, dignamente, a um jovem eclesiástico, o senhor de Sadoul, conselheiro da *cour des aides* de Montauban, solicitado a intervir num caso de herança: "Ele não aprovava que se dessem passos que poriam seriamente em causa a honra e os melindres de seu irmão mais velho". É um pouco do mesmo espírito de solidariedade que provém a recusa de proceder em justiça contra um membro da comunidade; é que também repugna fazer intervir um poder exterior numa ordem considerada como privada, à semelhança da ordem familiar. Com algumas excepções, todavia: que a agressão não choque as normas em uso pelo seu carácter revoltante, ou então que o culpado seja um forasteiro.

Tudo somado, sob estas motivações mais ou menos explícitas, dissimula-se uma profunda vontade de reduzir ao mínimo os clamores da ilegalidade, de desdramatizar quanto possível uma situação que, a prolongar-se, destruiria o equilíbrio das relações de força, indispensável à comunidade. Graças ao compromisso, fundado sobre bases reconhecidas como justas ou pelo menos aceitáveis, pensa-se apagar a violação do pacto social, cuja reparação, devidamente selada pela cerimónia simbólica da refeição tomada em comum, restaura a amizade e reata os laços rompidos. Poupa-se, assim, às duas partes e à respectiva linhagem, querelas longas e penosas, vinganças quase obrigatórias que o combate judiciário não deixa de provocar, pela notoriedade que dá ao caso e pelo rancor e a humilhação que frequentemente deixa no coração do vencido: "Queimar imediatamente todos os papéis", tal a ordem dada ao seu procurador pelo governador de Saint-Affrique, senhor de Varroquier, na sequência de um acordo laborioso, tanta a sua preocupação de que não fiquem vestígios do conflito.

Em boa verdade, a lei, pelo menos teoricamente, não permite que a acção em justiça seja tão facilmente entravada. Ela estipula, com efeito, que em matéria criminal o compromisso vale entre as partes, mas com a condição de não impor silêncio à parte pública; e é vendo criminosos caírem das nuvens com a ideia de que, por terem prestado reparação, o caso se não havia "acomodado" (isto é, não fora arquivado), que se verifica a distância existente entre a

legislação do séc. XVII e mais ainda a do séc. XVIII, que codifica e castiga com precisão crescente, e uma mentalidade arcaica, sempre muito atida ao direito de regulação interna.

2. A força da medição

Embora uma boa parte dos acordos nos escape, particularmente os concluídos e praticados sem documentos redigidos, as frequências e conotações encontradas nos 306 casos identificados entre 1779 e 1790 permitem uma classificação dos delitos cometidos em meio urbano e rural, estabelecendo a diferença entre a pequena e a grande criminalidade.

As prioridades dos habitantes rurais e as dos citadinos não são as mesmas. Para os primeiros, os acordos relativos a conflitos sobre propriedades são mais importantes (29% contra 6% apenas, nas cidades), conflitos que dizem respeito sobretudo ao uso e abuso da propriedade e que implicam, por este facto, responsabilidades de cada uma das partes; é, pois, preciso, recolocá-los no sistema de relações e de dominação próprio do mundo rural. Porque a propriedade representa para ele antes de tudo um instrumento de trabalho, e instrumento em evolução nos finais do séc. XVIII; a esse título, ela suscita conflitos e contravenções, aumentadas ainda pelas imprecisões e pelo repor em causa dos direitos individuais e colectivos. Contudo, as urgências da exploração impõem, na medida do possí-

Matérias das questões resolvidas de forma amigável

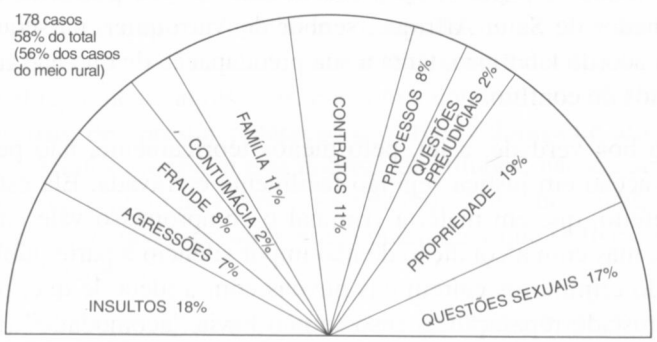


Figura 1. Pequena criminalidade.

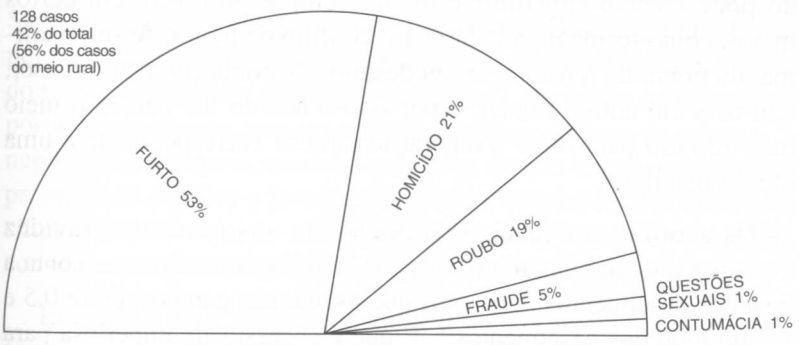


Figura 2. Grande criminalidade.

vel, acordos rápidos e aceites, porque presididos por árbitros conhecidos e reconhecidos. O pastoreio abusivo é o caso exemplar. Ele presta-se tanto mais ao acordo quando apresentado pelo culpado como um acidente; é, aliás, bastante difícil taxá-lo de abuso malicioso, quando o costume é de fazer guardar o gado pelas crianças da família ou pelo mais apoucado dos criados: "O gado escapou-se só por engano", diz-se unanimemente. Como sempre, aliás, o que envenena o conflito e obriga a muitas precauções no debate é a suspeita que tem a vítima de ser provocada, desafiada por esta incursão e afrontada no seu próprio território; há que ter isto em conta nos termos do acordo, que tem então um papel de advertência para o futuro.

Nas crónicas da arbitragem rural, as injúrias e as ofensas corporais não estão em primeiro plano, como nas cidades. Com efeito, a injúria não faz parte da índole do camponês, pouco habituado às habilidades do discurso e desconfiado, como é, de tudo o que compromete e obriga, seja palavra ou assinatura. Quanto às ofensas corporais, o seu medíocre lugar no capítulo da pequena criminalidade é também efeito de um acaso que facilmente transforma o gesto brutal do rural, sempre munido do cajado ferrado ou do facão, em acidente mortal, que se procura dissimular de imediato e com pavor. Contudo, injúrias e ofensas corporais representam quase a quinta parte do total das questões apaziguadas. Oferece-se facilmente reparação pelos excessos sem intenção, vindos de mulheres julgadas irresponsáveis, ou cometidos sob o efeito da impulsividade. O acor-

do pode mesmo substituir o duelo, sempre proposto, em certos meios, como forma de regularizar o conflito de honra. Assim o afirma um nobre do Vivarais: o seu desafio não foi aceite pelo ofensor, tam-bém ele antigo oficial, e por isso o acordo lhe parece o meio mais próprio para obter a reparação pública correspondente a uma ofensa manifesta.

Os acordos amigáveis que põem fim aos casos de gravidez ilegítima são em número considerável (11%), se se tiver em conta a taxa dos nascimentos ilegítimos que oscila, nos campos, entre 0,5 e 1% do total dos nascimentos[3]. É que é necessidade imperiosa para a rapariga e para a família salvar a honra. Tudo depende, contudo, do desnível social entre o sedutor e a sua vítima. Se a sua condição social é bastante análoga, como é o caso de uma criada recrutada na família, o compromisso funda-se numa assaz pronta aceitação do casamento forçado ou, se este é impossível, sobre as menores exigências de uma honra que tem de curvar-se perante os imperativos económicos.

Assim que se sobe na escala social, e isto desde o nível dos pequenos proprietários agrícolas e ainda mais o dos burgueses rurais é o dos nobres de raiz, as dificuldades multiplicam-se. Por um lado, a mulher deseja de qualquer forma o casamento que, só ele, repara a falta e refaz a honra; a sua família deve, então, para o fazer aceitar, oferecer compensações e vantagens a discutir. Por outro lado, o homem, neste nível social, tem sobejas razões e meios de esquivar as suas responsabilidades, se o casamento lhe parece inoportuno (e sabe-se a importância de um bom enlace na sociedade do séc. XVIII); mas pode minorar a sua recusa de casar oferecendo compensações. Enfim, o acordo nasce do equilíbrio pecuniário; e do seu fracasso nasce o processo. Um exemplo: em 1783, na região de Toulouse, uma orfã de boa família com pretensões de nobreza é educada por um tio numa propriedade rural onde as distracções não abundam. A uma mansão próxima chega um oficial, tenente no regimento da Aquitânia, em licença de semestre. Estabelecem-se relações de vizinhança. A jovem fica grávida. Mal a coisa se sabe, o rapaz, antes de voltar precipitadamente para o seu regimento em Champagne, apressa-se a confiar o acordo – "Devereis acabar este assunto em

bem." – a três embaixadores (um oficial da polícia, um cavaleiro de São Luís e um comerciante) que objectam: "Tudo depende do depoimento das testemunhas"– "Ora essa!" reponta o tenente, "quando f... a rapariga, não chamei testemunhas". Recusava qualquer proposta de casamento, sem no entanto rejeitar o encargo da criança. A negociação patinava, quando a ameaça de um sequestro legal da propriedade obrigou o jovem a acorrer e a adoptar atitude mais conciliatória. Um outro, de menor condição, deixar-se-á pelo contrário convencer a casar, desde que o sogro se retire e lhe deixe a loja.

Em todo o caso, um bom meio de o sedutor rejeitar o casamento, sem romper as negociações, é objectar com a impossibilidade de casar contra a vontade dos pais (sob pena de ser deserdado), oferecendo, no entanto, uma reparação e a perfilhação da criança. Neste estádio, desenvolve-se toda uma série de manobras subtis destinadas a exercer pressão sobre o adversário, chantagem, feita por um dos lados, de recorrer à lei, com citação de testemunhas e ameaças de sequestro legal, o outro lado riposta com o anúncio de divulgações inoportunas sobre a honorabilidade da jovem. Mas tudo se pode ainda arranjar com a oferta de indemnizações substanciais e proporcionadas à condição da vítima.

Na cidade, as coisas passam-se diferentemente; os conflitos e acordos da pequena criminalidade assumem um significado diferente; para já, no que diz respeito ao seu quantitativo. À cabeça, os casos de gravidez representam o quarto do conjunto e dominam a jurisdição graciosa urbana, tal como nos campos dominam as agressões contra a propriedade. Contribui certamente para isso uma certa liberdade sexual, devida ao desenraizamento e a modos de vida diferentes; o caso da criadagem enviada para a cidade. As finalidades e as dificuldades do acordo são então idênticas: solicitação, muitas vezes em vão, de casamento e acordo sobre a soma a pagar.

Encontra-se nestas negociações o eco de uma evolução dos prestígios e dos valores tradicionais. Um juiz da coroa, de família da Gasconha, dada à chicana, que lhe obteve as dispensas para desempenhar o cargo aos vinte e quatro anos, bem pode ter por amante a filha de Monsieur de Romécourt, senhor de Saint Orens e antigo presidente da câmara de Mauvezin, mas não deixa por isso de

recusar a casar, quando ela engravida. Argumenta com a sua juventude, com o carácter demasiado livre da menina, farta de disciplina familiar e "disposta a tudo para sair de casa", mas a verdade é outra, e só o confirma a ameaça da família de deserdá-lo se não lhe acata a proibição: "A fortuna da menina é pouca demais em relação ao seu posto e aos seus bens". Mme de Romécourt, em lágrimas, tenta por todos os meios conseguir uma solução honrosa: "Esta questão é tão delicada que há que empenhar todos os meios e empregar nisto pessoas suficientemente importantes para poderem alcançar o objectivo em vista". Em vão, apesar de um último esforço da família de Romécourt, que se cotiza para oferecer 4000 francos de dote.

Porque a cidade evolui e mais rapidamente; prova-o uma extraordinária liberdade de palavra, que toma toda a gente por objecto, sem respeito pela categoria do visado; floresce uma eloquência, que posteriormente vem a desaparecer, e que ofende pudor e honestidade. Injúrias e ferimentos atingem, com 32%, uma percentagem de ocorrência que lembra a dos conflitos de propriedade em meio rural. É verdade que, na cidade, a propriedade não é tão generalizadamente um instrumento de trabalho, que os seus limites e usos estão mais bem fixados e que bom número de conflitos são querelas de vizinhança e contiguidade que depressa degeneram em insultos e ameaças. Mas o que está em jogo é, frequentemente, medíocre, manifestação de mau-humor, "de sensibilidade", mais do que divergências sobre interesses fundamentais; é o caso de inúmeras querelas de vizinhança em que são, frequentemente, as mulheres que se afrontam, como aquela solteirona virtuosa, criada de padre, indignada com a promoção social, todos os dias confirmada, de uma bonita rapariga mantida por um amigo generoso. Mesmo as cartas escritas a vitríolo, as canções difamatórias ou as graçolas do pior gosto não são obstáculo ao acordo. Divertir-se, como o pároco de La Plume (Lot-et-Garonne) e a sua criada Marie Barbe, a convencer uma menina de nove anos, filha de um *receveur des domaines du roi,* a atravessar o esgoto a céu aberto das fossas do hospital, com trinta pés de comprimento, sob promessa de um *sou*, é uma ofensa que pode ir longe, mas que burgueses se apressam a apaziguar. Dá-se o mesmo naquelas cenas de via pública em que o burguês "atingido"

é tão célere a desfechar uns bofetões e, até, a puxar da espada como, no dia seguinte, a dar satisfações e 36 libras de compensação.

Nos conflitos colectivos que prejudicam um grupo ou um membro do grupo, já não é a honra e o interesse de um indivíduo e da sua família que estão em causa, mas sim a ordem da comunidade. Tanto maior é a obrigação de apaziguar tais conflitos, pois o jogo das solidariedades estabelecidas fragmenta a colectividade e põe em perigo o seu equilíbrio social. Uma verdadeira diplomacia entra, assim, em acção, para restabelecer a paz e permitir o regresso às relações habituais. Escolhi o exemplo do "tumulto" ritualizado.

É deste tipo a *paillade*, manifestação do Languedoc ou, melhor ainda, do Baixo Languedoc. Análoga ao charivari no seu desenvolvimento, mas não na sua finalidade, pois não é destinada a constituir sanção para um novo casamento, a *paillade* condena a inusitada subordinação do homem no casal. Em suma, é dirigida tanto contra o marido humilhado como contra a mulher que usa calças". O mesmo é dizer que as ocasiões são múltiplas, do adultério aos gestos de dominação da esposa. Ir buscar o marido à taberna e obrigá-lo, diante dos companheiros, a voltar imediatamente para casa basta para desencadear a *paillade*. E passa-se o mesmo com todas as atitudes contrárias aos costumes que encurralam a mulher numa submissão aparente. Pela sua fraqueza, além disso, o marido trai a condição viril e a sua desonra atinge todos os homens. Compete portanto aos companheiros reparar a situação e obrigar o casal a manter-se no papel tradicional. Este sócio-drama, pela sua espectacularidade, é, pois, um terrível instrumento de coacção colectiva. Com uma condição, no entanto: a de que não degenere em excessos e que seja levado a cabo segundo as regras muito estritas em que a arbitragem tem o seu papel, tão rigoroso como as outras fases do ritual. Em Caveirac, em 1781, um patético pequeno proprietário agrícola é enganado pela mulher; é de notoriedade pública. Como se impõe, o caso é assumido pelos jovens ou, mais exactamente, pelos solteiros. Canções obscenas, cantadas em coro por todos os rapazinhos do burgo, são o primeiro sinal, já que denunciam, aliás em vão, "o cornudo, o *cocu* cujos cornos, se crescessem, seriam mais compridos que a es-

trada para Nimes". Seguir-se-á a mascarada ruidosa de irrisão, perante o burgo reunido; mas antes, por uma prudência inscrita no rito, os chefes da juventude ter-se-ão dirigido, para o que desse e viesse, "a pessoas de categoria" como patronos da *paillade*.

Pelo contrário, e isto no mundo rural mais ou menos como no mundo urbano, o contencioso familiar não está maciçamente representado na arbitragem graciosa. É surpreendente, tratando-se de uma sociedade que pratica correntemente o contrato de casamento e o testamento em favor do mais velho. Este estatuto familiar parece propício à multiplicação das querelas e rupturas diversas. O que, aliás, se verifica ao nível dos processos: particularmente em meio urbano, onde se intensifica, pela presença de uma classe abastada mais densa e pela evolução mais sensível dos modos de vida. Esperar-se-ia encontrar nos acordos maior eco do facto; muitos conflitos terão certamente sido objecto de um acordo interno, do qual não ficaram rastos fora dos papéis da família. Só monografias patrimoniais permitiriam exumá-los. Quanto aos outros conflitos, em que predominam as questões de herança e, mais especificamente, de legítimas, são necessárias rupturas bastante aparentes nas suas manifestações para transpirarem cá fora; muitos deles entram, por isso, na categoria da grande criminalidade, em consequência da violência que envolvem, podendo ir até ao homicídio[4].

Neste domínio da grande criminalidade, lembremo-lo logo de início, a proporção de 42% dá uma imagem errada, pois trata-se realmente de crimes no sentido actual do termo. Ora a quase metade dos julgamentos de equidade dizem-lhe todavia respeito: 58% de roubos, 34% de violências graves, dos quais 19% são homicídios. É a este nível que se reconhece a permanência de uma mentalidade tradicional. Mas, também, é a este nível que, na segunda metade do séc. XVIII, se manifesta a política do Estado que procura infiltrar-se nos mecanismos de auto-regulação e substituir pelo direito oficial, no campo das relações sociais, as puras normas reconhecidas pelo grupo. Um exemplo para exprimir esta situação. Situa-se em Noé (nos arredores de Toulouse). Aí matou um rendeiro, em 1785, um vizinho proprietário, com tão poucas precauções que toda a comunidade fica imediatamente ao corrente. Aos habitantes da aldeia que

lhe prodigam conselhos, o homem responde: "Que queres que me façam, ninguém viu". O que quer dizer que está seguro de não ser denunciado: "Toda a gente murmura que Méras (o rendeiro) matou, mas que está muito triste e que não se pode dizer nada". Ele é lamentado por "ter sido levado a um desespero terrível" por um proprietário impiedoso que lhe retinha o cereal de que precisava para viver, a fim de recuperar os empréstimos por conta, consentidos no tempo da fome do ano precedente.

Tendo havido crime, esta atitude mantém-se, contudo, mais dificilmente. Para haver acordo exige-se que haja presidido ao crime uma motivação honrosa. A vingança de honra, a resposta a um tratamento particularmente iníquo são justificadas mais facilmente que o crime crapuloso. De maneira geral, perdoam-se todas as violências não premeditadas, devidas a um clima de excitação ou cometidas sob o efeito da embriaguês ou da fúria. Todos reconhecem em tais incidentes o seu próprio impulso à brutalidade; os golpes de faca ou os tiros de armas de fogo, trocados no fim de uma refeição nupcial ou na *fête baladoire*, são demasiado espontâneos, ou demasiado conformes ao ritual, para não ser interpretados como simples acidentes – que os acasos da medicina transformam frequentemente em tragédia.

Entretanto, destes contrastes regionais, cidades e campos, pequena e grande criminalidade, que devemos reconhecer como fundamental? Talvez, essencialmente, a débil administração rural em relação à cidade, onde se afirma um poder mais abstracto e mais geral.

Os camponeses, confrontados com as realidades da terra e da sua exploração, necessitam de resolver os seus problemas com menores custos e longe de toda a intervenção exterior; a da justiça não é a menos temida, estranha como lhes é, em especial pela sua linguagem.

A cidade dá menos o flanco a estas críticas. Bem administrada em relação à província, está dotada de uma autoridade judicial presente, munida de pessoal e de auxiliares de polícia. O direito oficial dispõe, pois, de meios muito superiores, que é convidado a utilizar por um Estado muito preocupado em que a ordem reine. Em alguns recantos afastados bem podiam reinar costumes à maneira do Texas;

mas este estado de coisas é, pelo contrário, inadmissível em Toulouse ou em Nîmes.

A atitude dos indivíduos sujeitos à lei adaptou-se, nas cidades, à presença de juízes mais próximos, cuja linguagem e prática se tornaram familiares; mesmo em cidades médias, como Frontignan, existem tribunais de flagrante delito e de procedimento rápido, bem adaptados à fluidez da relação urbana. Era o caso dos *bureaux de police* ou do *petit consistoire*, em Toulouse, cujas audiências, presididas por um membro do conselho da cidade, acolhiam todas as manhãs uma delinquência urbana menor. A resposta imediata, pouco dispendiosa, tomando frequentemente a forma de uma admoestação ou de uma penalidade ligeira, apaziguava as tensões. Estas jurisdições desempenhavam o mesmo papel que as arbitragens nas províncias.

3. Os intermediários

A intervenção arbitral não é de nenhuma maneira indispensável, a menos que haja convenção, escrita e assinada pelas partes, de que decidem entregar-se a uma ou mais pessoas, para resolverem o seu diferendo. A validade do compromisso repousa, de facto, na aceitação de uma dupla responsabilidade: à culpabilidade, pelo agressor, e a da limitação das suas pretensões, pela vítima. Assim, a palavra ou a assinatura dadas são suficientes para fundar um acordo amigável; era, verosimilmente, o processo adoptado por toda uma litigiosidade medíocre, que não merecia o interesse de "pessoas de categoria". Esta parte das ofensas tem poucas hipóteses de ser conhecida, salvo se for exumada anedoticamente, ao acaso de uma narração ou de uma correspondência: "cheguei a compromisso", "decidiram acomodar o caso", diz-se incidentalmente.

Mas se a questão se complica, se a "sensibilidade" endurece as negociações, então as partes, perante uma possível ruptura, sentem logo como é oportuno alargar o quadro das negociações. Confiá-las à objectividade e à autoridade de uma terceira pessoa é viabilizar o acordo e a sua execução. Este processo oferece, pois, mais probabilidades de deixar traços escritos ou testemunhos orais.

Um tal passo supõe, evidentemente, uma sociedade hierarquizada cujos níveis sociais bem definidos são acompanhados, pelo menos alguns deles, da estima e da autoridade indispensáveis à conciliação dos conflitos.

É também indispensável o sentido da honra que obriga imperativamente a cumprir as obrigações, em nome de uma regra de jogo aceite por todos. A necessidade de um comportamento honesto e responsável leva, justamente, a diferenciar a arbitragem imposta da que é apenas solicitada. Com efeito, se nem todo o indivíduo pode accionar a justiça, também não é qualquer um que pode, de sua livre iniciativa, solicitar uma intervenção exterior, tudo depende de relações de força e de situações de dominação que os interessados não querem às vezes explicitar. É evidente, desde logo, que algumas categorias de pessoas, que a lei e o costume tratavam como irresponsáveis, se veriam impor um veredicto sem discussão possível. É assim que o débil mental é tratado como menor, tal como o filho-família, considerado pela autoridade parental incapaz de fazer livremente uma transacção. Passa-se o mesmo com todos aqueles que, por falta de bens e de honra, não atingem o limiar da responsabilidade económica ou da estima social, necessário para obter a caução de "pessoas de categoria". São estas últimas, pelo contrário, que lhes ditam um acordo, tão decididamente como o faria ou o fará, mais tarde, um juiz exterior. Segue-se, claramente, que é necessário ter ultrapassado um limiar de respeitabilidade e de independência para recorrer, por iniciativa própria, a este tribunal privado, podendo mesmo escolher os respectivos membros.

Escolha que, no entanto, não se faz ao acaso; porque os notáveis, a títulos diversos, devem representar as redes indispensáveis da sociabilidade e da autoridade. Eles são os artífices preciosos da manutenção de um certo equilíbrio social, construído sobre um direito consuetudinário mais ou menos de acordo com a lei. O seu papel é ainda mais necessário no Languedoc, província excêntrica, menos firmemente tida em mãos pela administração real que o velho domínio próximo de Paris. A débil administração, num contexto linguístico e cultural específico, exige a intervenção destes intermediários locais, bilingues, impregnados ou apenas tocados de cultura francesa e, só eles, capazes de restabelecer a concórdia pela conciliação.

A sua escolha, de maneira geral, não releva nem do acaso nem do arbitrário, mas sim da lógica das situações. Segundo as condições de actividade e as particularidades locais, eles emergem diferentemente da família, da paróquia, do senhorio, da comunidade ou do grupo profissional, sendo todavia possível reconhecer grandes constantes, que atravessam todo o Languedoc. (Nas 306 negociações de que se fez menção anteriormente, os árbitros foram indicados em 152 casos.)

Quadro 1. Os árbitros, na cidade e nos campos.

	Cidade	Campo	Total
Clero	15 = 29%	33 = 33%	48 = 32%
Nobreza	6 = 12%	27 = 27%	33 = 22%
Burgueses notáveis	11 = 21%	9 = 9%	20 = 13%
Homens de lei	12 = 23%	26 = 26%	38 = 25%
Juízes	5 = 10%	3 = 3%	8 = 5%
Mesteres	3 = 6%	2 = 2%	5 = 3%
Total	52 = 34% do total geral	100 = 66% do total geral	152

Quadro 2. Os árbitros, por sénéchaussés.

	Gasconha (26 = 17%)		Guiana (37 = 24%)		Alto Languedoc (35 = 23%)		Baixo Languedoc (54 = 36%)	
	Cidade	Campo	Cidade	Campo	Cidade	Campo	Cidade	Campo
Clero	2	9	3	11	2	7	8	6
Nobreza (senhores)	–	5	1	4	4	6	1	12
Burgueses notáveis	1	2	2	3	2	2	6	6
Advogados	1	4	2	9	4	6	5	7
Juízes	–	–	1	–	1	–	1	–
Mesteres	1	1	–	1	1	–	1	–
Total	5	21	9	28	13	22	25	29
(% do total por *sénéchaussée*)	19%	18%	24%	76%	37%	63%	46%	54%

A arbitragem urbana

"O ar da cidade torna os homens livres", dizia-se na Idade Média. E, por isso, as cidades foram levadas a segregar a sua própria hierarquia, em perpétua adaptação à renovação demográfica e económica bem como à mobilidade e à intercomunicação social dos seus habitantes. As autoridades ainda reconhecidas nos campos do séc. XVIII, designadamente os senhores, não puderam implantar-se tais como eram em meio urbano. Mais ou menos recentemente fixada, afastada da sua base fundiária, dissociada do poder público, a classe dominante é, pois, aí, mais instável, mais heterogénea. Quer queira quer não, encontra-se numa posição de nova rica, isto é, não solidamente implantada numa cadeia complexa de relações hierarquizadas. Na cidade, ninguém é reconhecido com a mesma adesão incondicional de que goza o aristocrata herdeiro de uma longa linhagem. Tanto mais que, com multiplicação das novas formas de enriquecimento, o poder crescente do dinheiro apaga os prestígios ancestrais fundado no nascimento; e suscita, também, rivalidades de mérito e expectativas de promoção social geradoras de tensões sociais, pelo que elabora uma pirâmide social e cultural mais comunicante e menos elementar do que na aldeia.

Assim surge a possibilidade de uma arbitragem, já não vertical, mas emanando de relações horizontais. Apreciam-se os árbitros pela sua competência, pela sua tecnicidade, tanto mais quanto a racionalização e a complexidade crescente das relações económicas e sociais obrigam a recorrer a intermediários especializados.

Estas pessoas influentes, muito impregnadas dos valores da igualdade e do individualismo, ecos do grande movimento das Luzes, contestam com naturalidade e fazem evoluir as normas que presidiam, até então, às arbitragens internas. Ao consenso fundado sobre o respeito da hierarquia tradicional, substituem o peso de uma opinião pública que, nas vilas e cidades, goza de uma autoridade difusa suficiente para colaborar na obra de conciliação. É então evidente que a autoridade do árbitro se revela limitada, discutível, fora de moda, até, quando não em concorrência com um aparelho de Estado cada vez mais invasor. A sociedade urbana não pode já oferecer recurso a uma hierarquia vertical fundada nas três ordens so-

ciais, mas, em parte, compensa esta mutação pelo desenvolvimento das solidariedades horizontais.

Não que os árbitros tradicionais tenham desaparecido no final do séc. XVIII; eles apagam-se, simplesmente, porque se torna um factor de segregação a distinção em ordens, seriamente afectada pela concorrência do dinheiro; a autoridade das duas primeiras ordens do reino não tem, pois, a mesma força. E isto ainda que na sociedade urbana o clero continue a ser o principal árbitro solicitado, pois preside a 29 % das negociações (embora a 33 % nos campos!). Porque o clero urbano retira grande prestígio de um nascimento, de uma riqueza, de uma formação intelectual e de uma diversidade de funções que o põe acima do pároco de aldeia. Tomemos o caso exemplar de uma capital, a cidade de Toulouse.

O meio clerical ocupa aí um tão grande número de cargos, e dispõe de tantos recursos, que pode oferecer possibilidades de mediação a todos os níveis da sociedade; à volta do arcebispo, o alto oficialato da igreja conta com nove vigários gerais e um secretariado; o cabido da igreja catedral de Santo Estêvão compreende seis arcedíagos, vinte e quatro cónegos, dois hebdomadários, vinte e quatro padres prebendados, vinte e seis padres de coro; enfim, uma boa centena de eclesiásticos gravitam à volta da cátedra episcopal e da catedral, todos provenientes da sociedade educada (da média burguesia à nobreza dos parlamentos) e dotados de uma sólida formação intelectual. Também o cabido de Saint-Sernin tem uma quarentena de dignitários. A todos eles ter-se-ia ainda de juntar os párocos das dez paróquias da cidade (ajudados por um vigário pelo menos, por dois nos bairros de população mais densa e, mesmo, por quatro em Santo Estêvão), os padres dos quatro seminários, dos doze colégios e das igrejas particulares, as das confrarias, por exemplo, ou dos hospitais. Esta multiplicidade de funções, que implica, no plano individual, a prática da direcção de consciência, orienta para o clero um bom número de acordos privados[5].

Não sem contestação, todavia. Nem sem reflexão, também, tanto se prende ao clero uma reputação tenaz de cupidez, partilhada, aliás, por famílias não menos cúpidas: a sua presença como sacerdotes à cabeceira de doentes e moribundos vale-lhes serem acusa-

dos frequentemente de captação de heranças ou, graças à confissão, de uma ingerência demasiado grande nos negócios de família. O pároco de La Plume "aproveita-se das perturbações dos últimos momentos" segundo acusação da família, "para se apropriar dos papéis" (isto é, dos reconhecimentos de dívida). Bem ele pode defender-se retorquindo "que (a defunta) é tão pouco rica por causa das enfermidades continuadas, que era obrigado a prestar-lhe todos os anos socorro, e que a caixa da caridade da cidade lhe dava roupas"; tão pouco verosímil isso parece, que se apela para o vigário geral da diocese.

Tudo isto, quando se trata de uma questão de honra pessoal ou familiar, tal como uma gravidez ilegítima ou roubo, coisas que exigem grande discrição e a que a justiça apenas daria publicidade, não obsta a que as pessoas se voltem com predilecção para um eclesiástico, escolhendo cuidadosamente o que inspirar maior confiança (o director de consciência, por exemplo). Em Caylus, jovens padeiros confiam ao arcipreste a missão delicada de desaconselhar firmemente a mãe de um novo casamento em curso. Poder-se-iam multiplicar os exemplos destas mediações, mais pontuais, no entanto, que de frequência maciça.

A arbitragem nobiliárquica acusa um declínio nitidamente mais acentuado. Julgue-se pelos números: ela representa 12% do total, contra 27% em meio rural. Perda de influência tanto mais paradoxal quanto os nobres nunca foram tão numerosos na população urbana, quer por ascensão social, quer por transferência de uma parte considerável da classe senhorial, que deserta os campos. Se este movimento atinge especialmente as cidades maiores – Toulouse, Montauban, Béziers ou Nîes –, ele diz respeito, também, a todas as restantes. Como muitos nobres da região, Charles de Maffré, senhor de Lastens, instala-se em Lavaur; Pierre Paul de Pagèze, marquês de Saint-Liex, faz o mesmo, ao contrário do pai, que exprime o desejo de morrer nas suas terras e que reserva para si, após a doação dos bens, o gozo da casa senhorial.

Doravante, o prestígio nobiliárquico deixa de poder fundar-se sobre o poder público que o senhorio, designadamente o poder judicial, lhe confere nas suas terras. Pois muito raros são os que podem

exercer estas funções na sociedade urbana, tratando-se então de personagens muito poderosas que não residem aí. *Monsieur*, irmão do rei, adquire de Jean du Barry, por 900.000 libras, em 1775, o senhorio de Lisle-Jourdain e, do príncipe de Conti, o de Grenade, onde não vai; tal como não vai a Pézenas, de que também é senhor.

Por outro lado, a influência social deste grupo mantém-se considerável em todas as sociedades urbanas, principalmente nas vilas onde estão enraizadas famílias nobres, beneficiando, então, de um prestígio incontestado: por exemplo a família d'Hébrail em Castelnaudary, em Limoux, onde o marquês d'Hautpoul é tão solicitado quanto o arcebispo de Narbonne e o advogado Barère de Vieuzac.

Mas os fundamentos desta influência social estão a mudar; doravante, tal influência é fundada tanto sobre a riqueza como sobre a estima, pois a propriedade e a fortuna urbanas conduzem a relações capitalistas de nitidez muito maior. Por outro lado, a velha nobreza, tal como os enobrecidos recentes, deixa-se ganhar pelas ideias novas, seja por essa "prodigiosa aptidão para se desclassificar" notada por Marcel Proust, seja pela sedução de uma libertação social. O poder do dinheiro, denunciado pelo marquês d'Argenson, "com o vento de prodigalidade que sopra de todos os lados em França" reúne, pois, numa aristocracia mais misturada, uma nobreza multiforme, indo do nobre de velha cepa ao burguês muito rico, "vivendo nobremente". Todos, pela fortuna tanto quanto pelo nascimento, participam na mesma vida de sociedade de uma classe rica e ociosa. E, assim, se dilui a força de mediação da nobreza propriamente dita.

Essa força de mediação, mais restringida, exerce-se essencialmente a dois níveis. Subsiste, no sentido hierárquico, em relação aos dependentes tradicionais como os criados, com os quais o nobre mantém uma relação feudal, tanto mais que os traz de bom grado do seu senhorio. Em Puy, o conde de Saint Haon mantém-se o protector de Simão, seu criado, vindo da sua terra do Velay de que se sente obrigado a resolver um caso de roubo em casa de uma certa senhora de Bec-de-Lièvre. A um segundo nível, este poder de arbitragem desenvolve-se mais e mais no interior do próprio meio, com predominância das solidariedades horizontais sobre as hierarquias verticais. No caso Montdésir, trata-se de um quadro prestigioso.

O salão que dá o tom à sociedade polida de Montauban é o da marquesa de Tauriac, frequentado pelos cónegos da catedral, pela nobreza montalbanesa e pelos membros da *cour des aides*. Desde que circula em toda a cidade um libelo difamatório, em que nomes cifrados transparentes designam pessoas conhecidas, fala-se muito do caso no salão da marquesa, e apaixonadamente. O grande jogo de sociedade é identificá-las. "Havia grandes risadas à mesa, diz o mordomo do marquês, pelo carácter estranho dos nomes usados". A marquesa reúne no seu salão uma espécie de comissão de arbitragem, de que faz parte um abade que, pelas suas "saídas" contínuas, fecha todas as possibilidades de acordo[6].

Nesta oligarquia preponderante, complexa e diferente em cada cidade, é de facto o grupo dos notáveis burgueses que ocupa na mediação um lugar crescente – com 21 % do total, ou seja, o dobro da nobreza. E isto devido ao seu número, à sua força económica, às actividades múltiplas e ao papel administrativo que desempenham. Entre eles, tornam-se indispensáveis os juristas, os solicitadores, notários, advogados e todos os demais homens da prática jurídica, técnicos do direito e da jurisprudência, hábeis em examinar as profundidades de um conjunto de relações urbanas, cada vez mais fluidas e abstractas. O especialista no direito feudal lida com problemas de extremas. O notário, por sua vez, é o mediador normal para os casos que tenham de ser concluídos com um documento oficial, precisando, numa família dividida, o direito de cada um ou fixando, para uma agressão, o montante das reparações pecuniárias. O advogado, pelo contrário, será preferido pelas partes que pensam já num recurso judicial. Elas hesitam, informam-se sobre os respectivos direitos, forjam argumentos enquanto o "consultam" – embora estejam, também, prontas a entregar-lhe todos os papéis, após reflexão amadurecida, a fim de evitar um processo pouco seguro; optam, então, por um acordo, onde a defesa proposta pelo advogado servirá como meio de pressão.

Notáveis respeitados e juristas dominavam a negociação nas cidades; poucos artesãos surgiam neste papel, como era de esperar; os médicos apenas apareciam de vez em vez, sendo ainda muito cedo para que eles desafiassem o clero no desempenho de um papel

que nem a sua condição social, nem o estado da sua ciência justificavam[7]. Teria havido um maior domínio para a arbitragem por comerciantes, se esta função não fosse supervisada pelo tribunal da Bolsa, cujas decisões gozavam de tal estima social que muitas cidades do Languedoc pediram a criação de instituições do género durante o séc. XVIII.

Tal como no caso dos juízes e administradores, a posição dos conselheiros dos tribunais superiores, dos procurtadores do rei, dos *subdélégués* ou dos *maires* era ambígua. Assim como os *parlamentaires* de Toulouse, eles eram muito requisitados para influenciar o recurso de uma demanda, mas, tanto como isso, evitados como mediadores potenciais. Pedir-lhes que arbitrassem um conflito era considerado como meio caminho andado para cair no processo legal. Eles apenas eram procurados em parte como pessoas de consideração, sobretudo porque, em face do seu ofício, dispunham da autoridade e do poder para instilar nas testemunhas a honestidade requerida e para assegurar a execução do julgamento. Quando eles apareciam, como o *subdelégué* no caso Verroquier, era claro que as pessoas se voltam para eles porque contam com a sua autoridade para fazer chegar o caso a bom termo.

Este é bem o duplo papel assumido nesta sociedade por qualquer funcionário, seja o pároco, o senhor ou o administrador: de arbitragem a título privado, de julgamento a título oficial. Resta que a área urbana, palco de fricções múltiplas e de variadas tensões, se esvazia cada vez mais da sua autonomia interna, por falta de autoridade suficiente de uma classe dominante dividida, com vantagem para um poder exterior mais poderoso e melhor equipado.

O mediador rural

Os campos apresentam, a este respeito, um notável atraso, e é nisto que testemunham da permanência das hierarquias tradicionais: pelo menos aparentemente, e só em parte, porque este mundo rural não é imutável. Também ele é abalado nas suas estruturas por uma evolução que o atinge progressivamente e em profundidade; é facto adquirido que, a partir dos anos 1740-1750, os campos se agitam,

assim como as cidades ganham uma nova pele. Os campos ficam, no entanto muito mais sob o controlo das jurisdições não oficiais. Assim, em toda a parte "tribunais" informais continuam a assegurar a regulação de conflitos; são compostos por personagens bem conhecidas, árbitros e protectores ao mesmo tempo, que provêm dos "quadros" historicamente dominantes, sobretudo o senhorio e a Igreja. Recorre-se a eles com grande naturalidade, e toda a comunidade sabe bem, segundo o caso, qual o intermediário conveniente, sem que seja geralmente necessário fazer intervir um poder exterior.

No Languedoc, é impossível contradistinguir com o rigor costumado um mundo urbano, regido pela autoridade real, e um mundo rural, submetido à ordem senhorial. Além de que lhe é necessário, como em toda a parte, ter em conta o poder da Igreja, o senhor, nos países de direito escrito, é obrigado a lidar com uma velha tradição de autonomia comunal que, particularmente no plano da mediação, colocaria a comunidade do Languedoc sob a tripla autoridade do senhor, do pároco e do poder municipal. Todo o equilíbrio global depende da interacção bem sucedida desta tríade[8]. Tradicionalmente, o senhor detém a força preponderante, e se colabora com o pároco e os *consuls* do poder municipal, é dominando-os. A sua riqueza fundiária, o poder político e judicial que exerce, as honras a que tem direito valem-lhe o papel de mediador essencial, tanto mais que possui, em caso de dificuldade, graças à sua justiça, uma grande força de persuasão. A percentagem de 27% de compromissos por ele organizados é testemunha do facto.

Em geral, se o senhor é diligente e ponderado na sua maneira de ser e de agir, é ainda a ele que se levam as questões a resolver, com uma espontaneidade que exprime os direitos de patrono que lhe assistem: duplo papel, pelo exercício da arbitragem interna e pela protecção dos membros da comunidade nas suas relações com o mundo exterior.

Estes últimos, isolados por uma cultura oral e a língua, *d'oc*, não podem comunicar senão através de intermediários, de preferência poderosos. O senhor é, pois, altamente indicado para intervir em seu nome, nas relações com o exterior, embora para presidir efectivamente ao regulamento dos conflitos internos lhe seja preciso,

também, marcar presença e cultivar a familiaridade das relações pessoais. Um exemplo, tomado em Lauragais, testemunha da permanência destas relações: trata-se do senhorio de Calmont (*sénéchaussée* de Castalnaudary), mantido na família de Saint-Marcel de Paulo até à Revolução. Uma vagabunda de Ariège veio ter um filho miseravelmente, numa granja, em Março de 1786. Depois de o ter baptizado, como afirmará mais tarde, sufoca a criança e lança-a num poço; e nem lhe passa pela cabeça esconder-se ou negar. Os camponeses, não sabendo que fazer, vão naturalmente, mas com grande rudeza, conduzi-la ao castelo apesar das suas súplicas ("deixai-me ir embora, ides perder-me, deixai-me ir fazer penitência. Deus me perdoará"). A caridade da condessa contrasta com a brutalidade camponesa, mas através dos depoimentos das testemunhas transparece toda a confiança dos camponeses ligados por uma longa tradição a uma família que soube manter a sua autoridade.

Mas tais casos estavam destinados a tornar-se raros, à medida que a nobreza abandonava o campo[9], deixando um vácuo destinado a ser preenchido pelos burgueses, camponeses e advogados num período em que as comunidades rurais estavam em vias de crescimento demográfico e de mudanças económicas fundamentais. O comportamento da classe senhorial era de sorte a nada fazer para mitigar as tensões consequentes. Ou as observou sem intervir, ou as tornou piores com as suas exigências. Em qualquer dos casos, o senhor foi levado a subestimar o carácter genuíno dos laços pessoais implicando obrigações recíprocas, para atender exclusivamente aos seus direitos. E como a evolução histórica do senhorio tendia a fazer do senhor um estranho ou um inimigo, este não estava em posição de continuar a exercer o papel de mediador universal. Pouco respeitado, contestado até por uma juventude cujo comportamento não tinha forma de influenciar, achou-se reduzido, perante a opinião pública, ao estado de simples mortal, não já árbitro mas causa de disputa: a geografia e o tempo desta evolução haviam de ser fixados com alguma exactidão nos tumultos de 1789. E, mesmo quando manteve a sua autoridade e prestígio na comunidade rural, deixaria de ser tido como árbitro de mais do que uma parte apenas do contencioso. Agora, o que se esperava dele era sobretudo o uso do seu poder social e da sua rede de relações com o exterior. O senhor,

novo rico, substituído, ausente ou contestado, deixa o lugar livre. Mas para quem?

O clero da paróquia, párocos e vigários? Sem dúvida e essencialmente sim: eles exercem na aldeia uma influência comparável à do clero na sociedade urbana. Sobretudo porque o equilíbrio social do campo se ressente da perda de duas categorias situadas nos extremos da pirâmide social: os nobres e mesmo os burgueses no cume, e os mais desprovidos na base. Se a perda destes últimos é pouco importante, o lugar deixado livre pelas "elites", ao contrário, vai ser objecto de longos combates pela dominação da comunidade, pelo menos nas aldeias importantes e, neste afrontamento, o pároco não pode deixar de ser muitas vezes o vencedor.

Em primeiro lugar porque ele é o único padre; o recurso único que oferece reenvia ao conhecimento global de um meio que ele penetra graças à sua função e que julga a partir da sua experiência. Viu-se, em 1790, quando o pároco foi excluído pelas novas autoridades municipais de certas tarefas, em particular das distribuições de caridade, que "os pobres envergonhados não são socorridos porque lhes falta confiança e têm acanhamento de mostrar as suas necessidades", como irá deplorar o pároco de Mauguio (Hérault).

Por outro lado, o padre reside aí; constantemente, com algumas excepções que, aliás, não deixam de aflorar pelas perturbações que acarretam. O absentismo verifica-se, sobretudo, nos arredores das cidades e tanto mais quanto estas últimas são mais importantes e mantêm com a retaguarda rural uma relação de sentido duplo, absorvendo os seus quadros leigos e mesmo eclesiásticos, mas implantando-se inversamente pela aquisição de propriedade.

Os arredores de Montpellier eram, sobretudo, dominados pelos grandes domínios geridos por mordomos cujos senhores vivem na cidade, "excepto no tempo das colheitas", e estavam divididos em "paróquias campestres que nunca obrigaram à residência do pároco". As actas das visitas diocesanas assinalam também algum absentismo perto de Toulouse: o pároco do Falga prefere habitar em São-Félix-de-Caraman, grande vila de mais de 1000 habitantes onde goza da sociedade de três professores, de um médico, três cirurgiões e das *Dames de la Miséricorde*.

Os efeitos da residência fixa reforçam-se por uma longa permanência; em Azereix, três padres preenchem o séc. XVIII com 29, 22 e 31 anos de duração respectiva; em Murviel, o prior está em funções desde há 34 anos, e sem atingir esta perenidade, não é raro encontrar permanências de 15 a 20 anos do mesmo pároco numa aldeia. Acrescentemos a esta fraca mobilidade um recrutamento, quando não local e diocesano, pelo menos regional, com a predominância das dioceses limítrofes. E, mesmo havendo variações entre as zonas excedentárias e fornecedoras de padres (os distritos montanhosos da Auvergne, Rouergue, Dauphiné ou pirenaicos) e os sectores deficitários, como as planícies do Baixo Languedoc, não deixa por isso de haver comunidade de civilização e de língua, apesar das diferenças dialectais ou fonéticas. Uma distanciação mais real do pároco em relação ao seu rebanho residiria, sobretudo, na sua origem social, normalmente burguesa ou mesmo nobre, acrescida de uma formação intelectual nem sempre muito avançada mas sempre mais profunda do que nos séculos anteriores, e marcada pelo trilinguismo (latim, francês, língua *d'oc*) que Languedoc caracteriza a classe culta.

Os curas beneficiam, além disso, de uma base económica que os põe acima da massa rural, ainda que seja difícil distinguir em relação a grande número deles, a parte respectiva do rendimento pessoal da do rendimento casual, do benefício ou da côngrua, ou mesmo da porção do dízimo eventualmente guardada, etc.. Retenhamos, no entanto, os índices reveladores de uma abastança tão geralmente reconhecida que a reputação de riqueza ou, pelo menos, de entesouramento, ligada à função fez do presbitério lugar privilegiado de assalto durante os serviços religiosos. Foi assim que os ladrões puderam descobrir alguns pés de meia significativos, de 80 luízes de ouro em espécies e 150 libras em dinheiro numa aldeia do Gers, por exemplo. Noutros locais, é a faculdade de fazer empréstimos em espécies ou em dinheiro que o testemunha, sem que seja fácil demarcar a usura da vontade de ajudar. O pároco de Castelbajac pôde, assim, entre 1740 e 1774, emprestar 475 hectolitros de grão e 4000 libras em espécies[10].

Por outro lado, o padre é também um administrador utilizado largamente pela monarquia, desde o séc. XVI, para enquadrar a po-

pulação, por falta de agentes no local; além de lhe terem sido confiadas as tarefas, bem conhecidas, do registo, o pároco fazia a censura dos costumes e tinha, sobretudo, um encargo de fonte de informação junto de uma massa analfabeta, ignorante do francês e do discurso de Estado. Ele informa, explica, comenta, faz-se intérprete entre o poder e o camponês que, muitas vezes, não compreende o mundo exterior senão por seu intermédio. Turgot queria, aliás, acentuar esta influência, fazendo do pároco o intermediário local e indispensável, porque instruído, à transformação dos campos. Eis um bom exemplo, tomado no Vivarais em 1783. 0 rei envia aí uma comissão do parlamento de Toulouse para devassar e fazer vingar a justiça do rei sobre os práticos do direito e os Juízes locais; o pároco encarregado de incluir, nos seus anúncios aos fiéis, informação do facto, explicando-lhes a importância dessa sindicância: "Ajudai os vossos *consuls,* às vezes pouco letrados, a promulgar as Cartas Patentes do Rei e a Carta destinada a ensinar aos infelizes os meios de se fazer ouvir. Que marcas mais sensíveis da vossa ternura poderíeis dar aos vossos paroquianos que de os fazer conhecer os meios que um Rei que prefere o título de Pai dos seus súbditos ao de seu Senhor lhes preparou na profundidade do seu conselho ?"

Certamente. Mas torna-se bem visível, nesses anos que marcam o início de uma grande mutação que, se o pároco é ainda o árbitro que supre a carência da justiça e da autoridade senhorial, ele se transforma a olhos vistos em auxiliar da justiça quando não consegue sozinho a pacificação interna. Serve a justiça, mas também se serve dela, como de um braço secular, pois está reduzido a comunicar às diversas autoridades as violências e a sua impotência para contê-las.

Na realidade, com 33% da arbitragem rural, o clero está nitidamente em primeiro lugar, e é justo que assim seja, visto que reside no local; mas está à beira de deixar que lhe passe à frente o conjunto dos burgueses e dos juristas, tecnicamente melhor apetrechados. No entanto, parece haver pouca agressividade relativamente à função. O criado do pároco de Maignan bem justifica, em 1781, o roubo feito a seu amo, afirmando alto e bom som "que não teria dificuldade em roubar, quer os senhores, quer os párocos": um tal

desafio não tem eco até aos tumultos de 1789. As declarações mais venenosas dirigem-se ao clero regular insuficiente em número e exigente quanto a direitos das grandes abadias de Saint-Chély d'Aubrac ou de Saint-Sardos, na Gasconha, ao passo que o pároco é denunciado apenas no caso de comportamentos "indignos de um padre". É bem evidente que não pode ser árbitro o pároco Fautrier de Fitou, sempre armado e escoltado, "quando leva o Senhor a um doente, semelhante a um senador romano, com os seus dois criados armados (eles também) e mantendo-se sempre a seu lado"; tal como não o pode ser aquele pequeno senhor "chicaneiro", sempre envolvido em processos abstrusos. Ao inverso, os párocos generosos também não faltam: tudo depende das pessoas e do equilíbrio interno da comunidade.

Em suma e apesar destas restrições, o padre é, ainda assim, o mais indicado para regular os diferendos que exigem discrição. São-lhe confiadas as questões de família e, sobretudo, os casos de gravidez, especialmente nos meios humildes onde parece mais eficaz fundar-se na autoridade do pároco do que na técnica do notário. Este último é, no entanto, preferido mal se passa o patamar da burguesia. Um processo de bruxaria, ou melhor, de difamação, revela, pela complexidade da instância invocada, o papel ambíguo atribuído ao padre na arbitragem e os limites de um poder que lhe não é reconhecido sem restrições. Não é por acaso que a aldeia, perto de Bolonha, na Gasconha, está situada quase no coração da região da caça às bruxas do século precedente. Alvo das atenções comunais uma camponesa é acusada por todos "de provocar a morte do gado e de fazer mal às pessoas"; ela aterroriza, desde logo, pela sua intrepidez e força física: "Não executaria tanto trabalho se não tivesse a mandrágora". Tal ameaça provém do único personagem capaz de a desmascarar e de fornecer remédio e reconforto: o adivinho, cirurgião que tem estanco aberto na aldeia vizinha e parece desempenhar um papel semelhante ao do oficial episcopal na diocese. Vai-se-lhe pedir que exorcize a feiticeira e destrua o feitiço; ele fá-lo mediante conselhos e remédios a colocar no estábulo, a troco de 6 libras (o dobro do que exige um médico vindo da cidade). Depois, ordena que se sequestre a família inteira; perplexidade na aldeia. É então que um pequeno grupo de artesãos propõe que se recorra ao pároco,

não para que decida do caso que não era do seu foro, mas para lhe pedir autorização para "fazer vir um homem esclarecido" com o fim de confirmar ou negar a magia. E, por mais que o pároco, cheio de bom senso, explique as anomalias pueris citadas, nada adianta, e será necessário, em último recurso, dirigirem-se à autoridade exterior. Não se pode esquecer contraditoriamente, aliás que, se num caso tão especial, a intervenção do pároco é marginal embora benevolente, a sua arbitragem é tanto mais buscada quanto os interessados sentem, ulteriormente, necessidade de ser limpos do acto culposo pela absolvição. A penitência substitui então a repressão. Esta transferência exige do padre, evidentemente, uma autoridade moral firme, de que não hesita em fazer uso, se necessário com sanções religiosas tão persuasivas como a recusa dos sacramentos.

Árbitro preferido mas, à falta de melhor, também indispensável a esta sociedade orgânica. Isto quer dizer que o padre pode, neste papel pacificador, apoiar-se sobre a unanimidade ou, pelo menos, sobre um largo consenso?

Trata-se, de facto, do equilíbrio interno da sociedade rural, das novas clivagens que aparecem, das alianças que se fazem e desfazem segundo frentes movediças cujo objectivo é a dominação da comunidade. No centro dos acontecimentos, revestido de autoridade e, frequentemente, homem das Luzes, o padre não pode desinteressar-se de um combate em que, a seu lado ou contra ele, o senhor, os burgueses capitalistas, os juristas, os proprietários abastados e os membros da municipalidade desempenham todos eles o seu papel. O pároco alia-se ou opõe-se, segundo um leque de interesses variado, ora ao senhor, ora ao poder municipal, representante da oligarquia governante, ora aos fiéis. Em qualquer dos casos, quer se apoie ou não sobre um partido local ou sobre um poder externo, torna-se claro que, na maioria das vezes, ele apreciou mais do que deplorou a deserção das "elites". Subtraiu-se a qualquer rivalidade social diferente da de uma classe média, análoga à sua, mas que emerge muito disposta, ela também, a ocupar o lugar vago. Em Saumont (Lodève), o pároco "diz-se mais que o senhor, influenciando as gentes do lugar como pretos, uma vez que são pobres e ignorantes"; em Chusclan (Montpellier), o senhor, conselheiro da *cour des aides* de

Montpellier, regressa no Verão de 1786 para se fazer insultar pelos seus camponeses, "porque o pároco que dirige despoticamente esta comunidade não gosta de ver um senhor sedentário".

Assiste-se sem dúvida à afirmação de um tipo de pároco muito afastado da imagem dada pelo triunfo da Contra-Reforma no séc. XVII. Cada vez mais metido nas preocupações do século, ocupa-se com os problemas económicos e sociais, como administrador desejoso, nas suas reivindicações, de recuperar a totalidade do dízimo, de assegurar o domínio da assistência, do ensino e das obras caritativas; o domínio, em resumo, sobre uma parte crescente da população. Aspirações que levaram alguns (na Gasconha e no Baixo Languedoc, principalmente) a comportar-se cada vez mais como funcionários do culto e não como devotados pastores; por um lado, recusam tudo o que não é estrito cumprimento do serviço divino, em especial como é censurado ao pároco d'Auzun tudo o que não é pago; e resistem liminarmente, por outro lado, a qualquer pedido da comunidade de habitantes, que reclama em grande vozearia vigários "para conter a juventude e ensiná-la". Pelo contrário, exigem com dureza todos os direitos, parte dos dízimos que pretendem alargar às novas culturas ou a manutenção do presbitério. Preocupações muito evidentemente egoístas e duplamente negativas aos olhos dos fiéis, que deixam de ver no pároco um pacificador para ver nele um causador de perturbações[11].

Igualmente grave, ainda que animada de um sentido subidamente espiritual, foi a vontade imperativa de expurgar a religião tradicional das numerosas manifestações julgadas prejudiciais e pagãs, tais como procissões, orações pelo gado, bênção das colheitas, peregrinações ou toque de sinos; em resumo, expurgar o mais possível a festa da religião popular. Se, para cúmulo, nos lembrarmos que bom número de párocos, de concerto com a classe dominante, procuram fazer desaparecer uma parte importante do ritual social que marcou tanto a sociabilidade meridional (*fêtes baladoires* e quermesses, dansas, tabernas) não nos espantaremos de ver exaltar, numa comum adesão à nova moral burguesa, os valores do trabalho e da ordem, isto é, tudo o que está nos antípodas do ócio, do gratuito, da festa. E não é por acaso que, nas dioceses onde padres jansenistas

dispensaram a gerações de seminaristas um ensino destes, se vê aflorar conflitos nascidos desta "reforma", tão semelhante, nas suas aplicações, aos efeitos de uma filosofia esclarecida ou de inspiração anglo-saxónica.

O afastamento ou a contestação do poder senhorial e clerical deixa vago um papel que alguém tem de desempenhar. Os *Messieurs*, principalmente. Estes, burgueses todos eles, embora em graus diversos, dominam a massa rural pela propriedade, a riqueza e a cultura. Olhados globalmente, com 38% do total, representam, sem dúvida, uma mediação inferior à que exercem em meio urbano (54%); nem por isso deixam de constituir, doravante, mesmo na sociedade rural, o principal recurso[12].

Isto numa primeira aproximação e em média geral. Mas importa sublinhar as diferenças que atravessam este conjunto bastante vago. A antiguidade das raízes da abastança, a educação, a riqueza e a função são factores determinantes da consideração e da estima social não reconhecidas a todos por igual. Se, pela sua função, é possível diferenciar três categorias de burgueses propriamente ditos, juristas, e juízes e administradores, constata-se que, no primeiro grupo, são só as famílias "de velha ou boa" burguesia que gozam de um prestígio bastante comparável, em consideração, ao da família senhorial enraizada. O seu papel é essencial em certas negociações que devem ser levadas a cabo por um pai de boa família para "acomodar" o destino de uma filha comprometida; embaixador discreto, amigo das duas partes de que comunica as propostas sucessivas, um certo burguês de Saint-Orens (Gers) vai jantar ao castelo e acalma as susceptibilidades; evita as rupturas devidas a contactos prematuros e só põe os interessados em presença uma vez ratificado por todos o acordo de princípio. Nos meios de "boas famílias", estes notáveis são, pois, encarregados de missões particulares que permitem ao culpado ou à vítima não perder a face ao longo das negociações, nem ser arrastado a concessões sucessivas.

Como "pessoas de categoria", eles acomodam também as mais graves agressões cometidas por gente pobre, mas, então, com a autoridade de padres, à semelhança do senhor, se este estivesse presente, ou do pároco, se ele inspirasse confiança.

Em Durfort, onde as pessoas fogem deste último, como é frequente na região, o jornaleiro que matou um pequeno proprietário rural dirige-se a um burguês estimado; da mesma maneira, um operário de seda do Velay, implicado numa feia história de roubo, vai ter com um *Monsieur*, levando como oferta um saco de meadas de seda. Neste conjunto de arbitragens, é quase exclusivamente a burguesia antiga a assumi-las; ainda que, em paralelo e em grau crescente, se instale uma neoburguesia que os camponeses recusam reconhecer como igual à primeira. Com efeito, tirando proveito de uma conjuntura e de uma legislação económica favoráveis, pequenos proprietários rurais abastados, rendeiros de domínios senhoriais, de direitos feudais ou do dízimo, vão enriquecendo e, ao acusar os desníveis existentes no interior da comunidade, muito fizeram para romper o respectivo equilíbrio. Assim, considerados como novos ricos, neste século que não se cansou de gritar o desprezo por tal condição, se distanciam dos dependentes que dominam e de que só excepcionalmente são os mediadores. Quando muito, presidem à decisão de alguns conflitos entre vizinhos a propósito da demarcação de uma extrema e, ainda assim, muitas vezes se preferirá recorrer à competência de um geómetra ou de um especialista de direito feudal para precisar os limites contestados. Temíveis e temidos, reencontrá-los-emos, portanto, em maior número no capítulo da litigiosidade formal do que no do compromisso.

No fim de contas, podemos espantar-nos, e com razão segundo os números (26 contra 38%), que a arbitragem burguesa venha parar às mãos daqueles que, de perto ou de longe, estão ligados à chicana e à justiça: os *hommes d'affaires*, diz-se no Languedoc, termo vago que engloba tanto os notários como os advogados, os solicitadores, os homens da prática jurídica; melhor se deveria dizer juristas ou *hommes du droit*, pois, neste mundo analfabeto, eles detêm, como monopólio incontestado, o conhecimento e a prática da lei. Durante os últimos anos do Ancien Régime, o senhor de Laudun, conde Dormier, não reside no senhorio, e o delegado fiscal é praticamente analfabeto: "É a desgraça desta aldeia não dispor de pessoas suficientemente entendidas; não temos aqui nem senhor nem juiz nem representante do juiz (...)". Resta o senhor Dutour, notário e primeiro *consul*, que mantém sob o seu domínio a população – porque é o

único a informar as partes sobre os seus direitos mas que é "má pessoa"! Paciência; este técnico competente é necessário quando se trata de questões que exigem um saber jurídico preciso: letras de câmbio ou declarações de dívida contestadas, facturas recusadas, falências de carácter fraudulento, conflitos envolvendo heranças ou propriedades.

Acrescentemos, para melhor entender o nosso homem, que este tende a reunir nas suas mãos numerosas funções e a aumentar, assim, singularmente, a sua influência sobre os habitantes: primeiro, notário, depois, *homme d'affaires* ou *fermier-général* do senhorio de que exerce também a justiça, tabelião da comunidade, primeiro *consul*, colector de impostos. Mesmo que não jogue a fundo nestas diversas atribuições, é evidente que se torna, em vez de árbitro, no verdadeiro detentor do poder, capaz de impor negociações, não para manter um equilíbrio interno mas, pelo contrário, para reforçar o seu domínio; não esqueçamos, aliás, que naqueles anos difíceis, e graças à liquidez de que dispõe, ele faz pesar sobre muitos pequenos proprietários o peso da dívida com a terrível ameaça dos confiscos. É assim que, para dar um só exemplo, quando morre em 1787 o advogado François Rigaud, homem de confiança da família d'Antraygues, se encontra nos seus papéis de família notícia de que, confidencialmente, havia entregue ao conde, no seu castelo de Labastide (Villeneuve-de-Berg), 20.427 libras de obrigações assinadas por pessoas de toda a região. "Tornam-se formidáveis", diz-se. É a perversão da mediação, que faz do pacificador um perturbador; verdadeiras mafias de *hommes d'affaires* dominaram assim regiões inteiras da Guyenne ou do limite oriental do Maciço Central, ao ponto de provocar a rebelião[13].

Necessário é, pois, chegar à conclusão de que, neste final do séc. XVIII se esboroam a autoridade e a confiança atribuídas aos tribunais arbitrais saídos do senhorio, da Igreja ou da comunidade. A desagregação obedece a ritmos desiguais, mas acelera-se na segunda metade do século; a prova está na progressão paralela do recurso à justiça. Mais dado à mudança, o meio urbano já não vê neles mais do que uma mediação marginal, de ordem privada, que só regula questões menores ou de discrição. A sobrevivência é mais tenaz

nos campos; aparentemente, pois também eles estão internamente tocados. Quem são os responsáveis? Pensa-se, primeiro, na monarquia; esta, desde há vários séculos, instala, com sucesso desigual mas obstinadamente, uma justiça pública encarregada de apanhar nas suas malhas todos os que estão sob a alçada das leis e dos tribunais comuns. Os mediadores também não são inocentes. Legitimados pela tradição ou provenientes de uma ascensão recente, eles desnaturaram (ou não souberam fundar) a relação pessoal, que os ligava ao grupo por uma reciprocidade de poderes e de encargos. De forma demasiado frequente e implacável, substituiu-se-lhe uma exigência de ordem económica ou sócio-cultural sempre unilateral, de que os utentes ressentiram especialmente o lado arbitrário, por falta de compensações. Seja como for, a nostalgia deste tribunal, por certo temido mas, também, familiar, ficará sendo grande. Tal nostalgia ganhará voz nas lamentações que, chegado o momento, se farão ouvir, exprimindo a vontade de melhoramento dos métodos da arbitragem, mais do que o desejo de uma justiça abstracta e longínqua.

4. As convenções compromissórias

O compromisso difere essencialmente da sentença que põe fim a um processo; a sentença do juiz resume todos os elementos do processo judiciário e exprime, ao mesmo tempo, a decisão de castigar ou de absolver e a fixação da pena. Na mediação, as partes não se limitam a exigir os seus direitos; aceitando as suas responsabilidades, elas procuram um compromisso que tenha todos em conta. O compromisso toma a forma de uma convenção entre as partes, contrato privado submetido à lei geral dos contratos, que implica o consentimento mútuo e a capacidade legal dos interessados. Havia, naturalmente, a obrigação de respeitar a lei e os bons costumes. Mas, pondo isto de parte, mantém-se intocada a liberdade de estipular as modalidades da compensação; consistindo o ónus da prova, no caso de o compromisso não ser executado, não, como nas questões julgadas pelos tribunais, na prova da culpabilidade, mas na de que o acordo existiu.

De facto, há interesse em concretizar um acordo que induza obrigações e preveja sanções, bem como o possível recurso à lei. Poder-se-ia pensar que, da parte de pessoas que querem evitar toda a publicidade e a engrenagem da justiça, se preferiria os acordos formulados com a maior simplicidade: consentimento mútuo e firme resolução de subscrever o compromisso assumido deveriam bastar. É verdade que o tipo mais rudimentar, o do acordo verbal, existe. Encontram-se aqui e ali traços seus, quando se refere a sua execução; esta forma é bastante semelhante ao aperto de mão que formaliza um contrato de compra na feira.

Este acordo verbal mantém-se em uso em meios em que não existe o anonimato, em que não se põe a hipótese de faltar à palavra dada. A lei não escrita não exige a redacção de um acto, tal como a obrigação de honra relativamente a uma dívida de jogo, noutros tempos e noutros meios. O infractor conhece muito bem a sanção que o atingiria, uma quarentena moral muito temida e muito prejudicial à sua reputação e ao seu crédito.

Uma boa parte dos compromissos, e sobretudo no Languedoc, são sem dúvida, também, objecto de um acto escrito e assinado pelas testemunhas. Se estas são, ainda por cima, mediadores que investem na mediação a caução do seu poder (o senhor), da sua autoridade moral (o pároco) ou do seu peso social (um notável), então o valor do escrito ainda se torna mais forte. A este respeito, é necessário observar que, paralelamente ao declínio da sua influência, se opera uma substituição crescente do simples documento selado pelo acto notarial. Em detrimento das autoridades tradicionais, os notários arbitram um número crescente de conflitos; a sua competência é particularmente requerida para as causas com implicações financeiras ou com aspectos jurídicos; é que também se trata de uma economia de meios solicitar, ao mesmo tempo, os seus serviços de técnico e de mediador. Um pequeno proprietário rural, que pretende salvar o genro da prisão por dívidas, tem todo o interesse em dirigir-se à hospedaria onde o prisioneiro e o seu credor estanciam, com um notário que simultaneamente apazigua a alteração, redige a nota de dívida de 200 libras pelas quais o sogro toma a responsabilidade, e negoceia as respectivas condições de pagamento oferecendo-se

como caução. Retratar-se na sua presença e fazer um documento do sucedido é, na opinião geral, fazer um gesto bastante análogo ao da desistência da queixa em justiça. Os interessados, em suma, têm a convicção íntima de que, procedendo assim perante o notário, um funcionário público, dão maior força aos seus compromissos. Aliás, este documento é usado como a última concessão possível antes do recurso à justiça: chantagem sábia que exige o registo notarial para adquirir força de execução, tanto falta a confiança na garantia dada. Por várias vezes, topa-se com esta ameaça da criada em vésperas de dar à luz: "Ela apresentará queixa se o estuprador não entrar em compromisso perante o notário". Já não se trata, para falar com precisão, de um entendimento, mas de uma chantagem: compete à outra parte pesar as vantagens e os prejuízos (no sentido de uma maior economia) do processo ou do contrato.

Quanto ao *vinage* ou bebida em comum, falando com propriedade, não é uma modalidade de formulação da convenção; é um gesto ritual que simboliza a reconciliação. Ele remata as negociações que muitas vezes, nas classes inferiores, se desenvolvem na taberna ou no decurso de uma refeição, consagrando, por uma convivência recuperada, o esquecimento do conflito e o regresso da paz. De tal modo faz parte dos hábitos que nem é registado ou precisado, excepto se se acompanha de circunstâncias memoráveis; far-se-á, em contrapartida, alusão a ele se degenerou em batalha cerrada, pondo fim a todas as negociações; ou será usado como prova de má-fé de uma das partes que não temeu, com desprezo de todos os usos e costumes, voltar com o assunto para o tribunal; ele serve então de álibi do adversário que recusa entrar por essa via.

Através do conteúdo do acordo é possível medir, em breves pinceladas, uma outra faceta da penetração da lei geral e de uma imagem, forjada fora do grupo, da justiça e do castigo. As distâncias que separam o modelo global das normas aplicadas pelos interessados no seu meio, manifestam as sobrevivências ou as rejeições e, ao mesmo tempo, as linhas de força ou de dominação, bem conhecidas das partes mas raramente expressas. A lei geral do compromisso é, assim, a reparação da ordem material ou moral, com uma diversidade de componentes que permite circunscrever melhor certas noções

da realidade económica ou social. A reparação da honra aplica-se, como na justiça formal, a qualquer injúria, difamação ou agressão contra a autoridade moral, acompanhada ou não de violências físicas, segundo uma ordem de grandeza ligada à gravidade da ofensa e, talvez mais ainda que na justiça oficial, ligada ao estatuto social da vítima; é evidente que a honra de uma pobre rapariga é menos cara que a honra de uma menina "de boas famílias"[14]. As disposições concretas adaptam-se à tipologia do delito. Para uma ofensa contra a reputação, a reparação deve ser pública, tal como a ofensa o foi. A imagem do cerimonial judiciário que obriga o acusado a uma declaração perante o oficial do tribunal ou na sala de audiências e na presença de testemunhas, o acordo fixa ao culpado um ritual comparável em publicidade e em humilhação: retractação diante do notário ou diante de testemunhas cuidadosamente escolhidas. Ao passo que o pedido de perdão não é da mesma natureza, na medida em que consiste numa súplica no sentido de haver renúncia ao direito de castigar para se ficar no terreno da compensação. Espera-se, pelo menos, com este subterfúgio apaziguar o diferendo. A coisa é difícil se houve escândalo ou se a ordem pública foi violada. E, no entanto, ainda em 1791, os novos árbitros acolhem a retractação "o caso não terá seguimento" – de um jornaleiro de dezoito anos, que clamara, afrontado pelos escandalosos pagamentos devidos pelo dia de trabalho: "Todo o que pagar os dias a dez *sous* será enforcado, os jornaleiros, os proprietários e os homens de negócios serão decapitados". O gesto de retractação do culpado continua a ser o mesmo. Simplesmente a arbitragem mudou de mãos; a autoridade já não pertence ao pároco ou ao senhor, mas aos novos funcionários municipais cuja vocação para a pacificação é fundamentalmente idêntica à dos seus antecessores e pelas mesmas razões.

As reparações de ordem material e, mais ainda, as negociações que a elas vão dar, fazem luz sobre a manipulação do dinheiro e os seus diversos substitutos. Uma vez que o princípio fundamental era o de apagar a agressão e todas as suas sequelas, mesmo morais, há razão para avaliar globalmente as indemnizações a pagar à vítima.

Transige-se, pois, em geral através de um número global, 6 libras por uma injúria, 36 libras por um roubo, mas 100 luízes se

houve libelo difamatório. Fixado o preço, resta regular as condições de pagamento. Com efeito, a soma sobre a qual as partes entraram em acordo é muitas vezes apenas um cálculo que não implica pagamento imediato e líquido. É necessário juntar-lhe cláusulas de prazo e de equivalência. Isto quer dizer que, como em todas as sociedades pré-industriais, o uso do dinheiro é minimizado a todos os níveis. Assina-se uma declaração de dívida, coisa de uso geral desde que o devedor mereça confiança ou ofereça caução. É então que a força das solidariedades e das protecções se revela preciosa. O exemplo mais acabado é o da quantia reunida pelos soldados e pelos seus oficiais para salvar um deles que, involuntariamente, tinha cometido um homicídio. Neste jogo de créditos, o sedentário e, ainda mais, o endinheirado levam vantagem. Por falta de dinheiro contante, um pequeno proprietário agrícola pode sempre prometer fazer um corte de árvores e um lavrador abastado oferecer uma soma de 850 libras como entrada de uma quantia global de 3000 libras, mas o criado apanhado em flagrante delito, que garantia pode dar da promessa de saldar em breve uma dívida de 20 libras, pobre como é, quer quanto aos bens, quer quanto a avalistas? Na maioria dos casos, a insolvência persistente que fará com que o caso venha é a ser apresentado à justiça.

Nesta insolvência persistente, os trabalhadores só podem comprometer o seu trabalho, propondo, "como pessoas que causaram prejuízo, decidir-se a trabalhar até terem ganho o preço do pano roubado". E o adversário aceita-o de bom grado, porque sabe perfeitamente que não pode contar com mais e que, em justiça, a esperança ainda seria menor. Declarações de dívida, obrigações, promessas de serviço ou de trabalho, tudo isto é habitual na sociedade do Languedoc, mais habituada às trocas do que ao dinheiro. Um diálogo curioso mostra bem a familiaridade com negociações, prevendo, até ao mínimo pormenor, uma reparação destinada a desarmar o adversário e a evitar a queixa ao procurador da justiça. Em 1788, a filha de um camponês de Quercy é gravemente ferida por um trabalhador, profissional do roubo nocturno. O pai quer entrar em acordo por desconfiar da justiça. Vai então encontrar-se com o culpado: "Porque fizeste aquilo? – Lamento muito, tenho uma mortalha completamente nova, leva-a, dou-ta. Contrata uma criada em

lugar da tua filha ferida, que eu pago. Vai comprar pão à padaria e deixa na minha conta. Escolhe uma galinha das minhas para a cozinhares [...]." Mais estranha ainda é a oferta que faz certo jornaleiro à sua vítima no sentido de esta ir roubar a mesma quantidade de uvas à sua vinha!

Seria aliás necessário, para melhor circunscrever a realidade, analisar a força dos laços de dependência e de clientelismo e, a partir deles, as reciprocidades de serviço que constituem de facto um dos aspectos mais escondidos dos diferentes substitutos do dinheiro.

Como quer que seja, não é no plano das modalidades de pagamento das reparações que se pode medir uma evolução da mediação. Isso seria muito mais notório na mutação do papel arbitral e da finalidade da negociação. Através dela e por ela procura-se, doravante, e sobretudo, fazer pressão sobre o adversário, sondar as linhas de resistência, sem prejuízo de romper as negociações se o acordo não é julgado satisfatório. Pelo contrário, anteriormente, as partes queriam, custasse o que custasse, terminar a questão, por falta de outras soluções de recurso. A mediação tende, por este facto, a tornar-se um combate preliminar.

CONCLUSÃO: Medição em transformação e decadência

Que se há-de dizer ao concluir uma difícil investigação numa área onde muitas coisas não são ditas? Ter-se-ia gostado de a conhecer melhor, de ter sido capaz de penetrar mais profundamente nas imagens e nos sonhos de justiça que ocasionalmente emergem do conteúdo de um acordo. No entanto, é já alguma coisa ter podido oferecer um esquema estatístico da forma como a mediação funcionava no período anterior à Revolução, pois um período de crise pode revelar estruturas ocultas e valores conflituais. Esboçar diferentes formas de arbitragem, no quadro das instituições do *ancien régime*, no seu período terminal, é medir o progresso do estado monárquico na área do direito.

O padrão variável de arbitragem durante o séc. XVIII exprimia concepções do direito e do poder em mutação, bem como modificações no equilíbrio interno de uma sociedade.

Isto por certo não correspondia a uma inovação. Ao longo dos séculos, a estrutura da legislação real, construída sobre a base do aparelho de Estado, tinha vindo a crescer até ensombrar a justiça equitativa, fundada sobre o direito não escrito. As regras por esta aplicadas nem estavam apenas fixadas pelo costume nem eram puras deduções da lei geral. E tornavam a arbitragem uma coisa viva, conferindo-lhe uma atracção especial. Estas regras são, certamente, tão interessantes como as da jurisprudência formal.

O séc. XVIII confirmou a tendência, já iniciada no séc. XVII, da passagem de uma ordem privada para uma ordem pública; o processo de mediação reflecte-o. Largamente dividido do ponto de vista das jurisdições, ele é o índice de um Estado incompleto. A pluralidade dos campos jurídicos e das culturas particularísticas demonstra como a noção de uma lei geral estava longe de ter triunfado antes da Revolução. É certo que, no exercício do poder judicial, o Estado afirmava e punha crescentemente em prática o princípio de uma ordem pública violada pelo crime. Mas a intenção de repressão era dificultada pelos obstáculos postos por uma administração mal equipada, ansiosa por deixar as questões, sempre que possível, à regulação privada, e por uma desconfiança atávica em relação a todas as intervenções exteriores. Comunidades e grupos, ocupados sobretudo com a salvaguarda da sua coesão interna, faziam os maiores esforços para sufocar as discórdias através da reconstituição, tão rápida quanto possível, do tecido das relações normais. Daí, a sobrevivência da ideia de que o crime era questão exclusiva da comunidade local. Mas, entretanto, os administradores convertiam lentamente em realidade a ideia de uma lei comum, erigindo o juiz em árbitro das disputas e defensor da ordem pública. Quanto mais o Estado estendia a sua acção, tanto mais se intensificava a decadência da mediação.

Para além das ambições do Estado, temos também de considerar as novas exigências de uma população confrontada com mudanças fundamentais. A justiça equitativa era o efeito de uma sociedade intensamente hierarquizada. Repousava tanto nas clientelas e nas fidelidades como na solidariedade humana básica, solidariedade tornada mais intensa, numa economia fechada, pelos constrangimentos colectivos relativos ao trabalho e à vida. Era, pois, possível que os

intermediários, cuja posição era, em princípio, a de uma classe dominante, se apoiassem num consenso que os reconhecia como legítimos. Sem esta legitimidade, não haveria autoridade e a negociação desembocaria nos acasos do conflito. Quando a economia se abriu, tais relações sociais foram abaladas. A ascensão do capitalismo que minou as relações humanas, o progresso do individualismo agrário e a deslocação das elites para as cidades aumentaram a mobilidade social e desarticularam comunidades. As hierarquias tradicionais ressentiram-se e tornaram-se mais fracas, no seu papel mediador. Passou a ser cada vez mais urgente recorrer à intervenção externa.

Insidiosamente e em especial nas cidades, onde as coisas evoluem mais rapidamente, surgiu um estado de espírito adaptado a um meio ambiente mais flexível. A autoridade tornou-se mais concentrada, monopolizada pelos agentes da coroa, e só lhe resistiam grupos de estrutura mais fluida e de sociabilidade menos intensa. Face à ascensão de um espírito igualitário, não inclinado a admitir a legitimidade das hierarquias tradicionais, os antigos mediadores, quer estivessem presentes quer estivessem ausentes, teriam tendência a ser postos de parte. O senhor já não era uma figura pública: inteiramente ocupado com os seus interesses privados, a justiça consistia para ele no respeito pelos seus direitos e numa estrita organização das próprias despesas. A igreja, devido à imposição por parte dos seus párocos e vigários de uma nova espécie de prática religiosa, alterou a relação familiar que tinha com as gentes. Mas o clero não deixou o lugar vago: de uma forma ou outra, os representantes de uma classe média em rápida ascensão tomaram-lhe de bom grado o lugar e sucederam-lhe na dominação das comunidades. Na senda destas modificações e substituições, a mediação passou a ser sentida, sobretudo, como expressão de interesses particulares, mais do que como expressão de valores comuns; ao mesmo tempo, as pessoas continuaram a insistir que, em princípio, ela era preferível. As novas autoridades não estavam unificadas; a intervenção dos agentes da coroa tinha o inconveniente de despersonalizar a autoridade judicial e de a ligar à administração do Estado. A este respeito, há que referir uma coisa em seu favor: o novo regime tinha o mérito de evitar a arbitrariedade inerente a situações de hegemonia social e muita gente se sentia mais segura com um direito abstracto e unifor-

me. Mas esta não era a única questão: é necessário também saber se o Estado era realmente capaz de exercer a função reivindicada. Em todo o caso, o desejo profundo da maior parte das pessoas continuava a ser o de pôr os seus conflitos nas mãos de um juiz reconhecido como árbitro e conciliador. E a aparência é a de os finais do séc. XVIII terem sido uma fase de incerteza e confusão entre um sistema de regulação social autónoma em estado de colapso e um sistema de regulação estatal em construção.

FONTES:

Os arquivos judiciais do Parlamento de Toulouse, depositados nos Arquivos departamentais da Haute Garonne, constituem a fonte essencial deste trabalho. Contêm os registos das causas-crime e dos réus presos e também maços de processos civis e criminais dos séculos XVII e XVIII. Investiguei cerca de 10.000 casos criminais do séc. XVIII. Também usei as séries extremamente importantes das Plaintes et Placets dirigidas por indivíduos e comunidades às autoridades militares encarregadas de manter a ordem doméstica e pública. Encontram-se depositadas nos Arquivos departamentais de l'Hérault em Montpellier.

Consulte-se também a obra de N. CASTAN, *Les criminels de Languedoc: les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire*, prefaciado por Pierre Chaunu (Association des Publications de l'Université de Toulouse II, 1980). (N. Org.) O texto de Nicole Castan é, no original, capítulo de um livro, tendo sido adaptado, na versão inglesa, por forma a aparecer como artigo. Esta tradução seguiu a versão inglesa no que respeita aos textos de introdução e encerramento (assinalando-se a passagem do inglês para o original francês e vice-versa). Dela aproveitou, também, os quadros e as notas. De resto, mesmo quando seguiu o original francês não perdeu de vista a sua versão inglesa, designadamente no que respeita a certos cortes e soluções de tradução. (N.T.) Segue-se, a partir daqui, a versão inglesa deste texto. (N.T.).

Notas

[1] Cf. J. CHARBONNIER, *Sociologie juridique* (Paris 1972); Y. CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc*, 1715-1780 (Paris 1974); P. DEYON, L. (Université de Lille III 1975); M. FOUCAULT, *Surveiller et punir: naissance de la prison* (Paris 1975); J. BASTIER, *La féodalité au siècle des Lumières dans la région de Toulouse, 1730-1790* (Paris 1975).

[2] O sequestro de propriedade pela justiça podia ser requerido pelos queixosos a fim de salvaguardarem os seus direitos. Punha a propriedade em questão e, mais frequentemente, colocava os respectivos frutos nas mãos da justiça.

Obrigava a custos de inventário e administração, e o regulamento das contas no fim de uma acção provocava numerosas dificuldades e discussões.

[3] Cf. J. L.FLANDRIN, *Les amours paysannes* (Paris 1975).

[4] Este é o caso de um negociante de Figeac que havia sido roubado pelo irmão; uma noite, em Fevereiro de 1788, ameaçou matá-lo. Como os irmãos mais novos através da violência tivessem conseguido receber a sua parte legal da herança, decidira seguir o exemplo deles. Alimentava em seu coração, segundo afirmou, "ressentimento pela existência humilhada que havia levado na casa familiar, onde nada lhe era atribuído a não ser o 'pão negro' dos criados".

[5] Cf. J. SENTOU. *Fortunes et groupes sociaux à Toulouse sous la Révolution* (Toulouse 1969).

[6] O panfleto intitulava-se «Le testament de Lord Temcourt». Ao irmão do padre fora dado o nome de Martial, à irmã Miss Suz (sic), à senhora de Grialou Milady Grasselsalou, etc..

[7] Os médicos são, não obstante, chamados a desempenhar um papel moderador nos casos de feitiçaria ou envenenamento em que, às acusações feitas no calor da refrega, se opunha a opinião generalizada dos juízes e dos médicos.

[8] Cf. G. FRECHE, *Toulouse et la région Midipyrénées au siècle des Lumières* (Paris 1975).

[9] Tal como na versão inglesa, é aqui omitida a discussão deste tema presente no original. (N.T.)

[10] Cf. JF SOULET "A propos de l'endettement rural au XVIIIe siècle dans les communautés du Piémont pyrénéen". *Annales du Midi* (Jan.-Mar. 1973).

[11] Cf B. PLONGERON. *La vie quotidienne du clergé français au XVIIIe siècle* (Paris 1974).

[12] Cf. A. SOBOUL, *Les campagnes montpelliéraines à la fin de L'Ancien Régime: propriétés et cultures d'aprés les compoix* (Paris 1958).

[13] Cf. N. CASTAN, "Caractéristiques criminelles des hautes régions du Languedoc oriental", 44 ème Congrés de la Fédération Historique du Languedoc méditerranéan et du Roussillon, 1972.

[14] Insultos públicos entre camponeses "acomodavam-se" por 6 a 10 libras ao passo que, entre os membros da burguesia, não era excepcional uma soma de várias centenas de libras. Em casos de gravidez ilegítima, a soma variava segundo

o *status* da vítima: 4.000 libras, por exemplo, por uma filha da burguesia, e alguns écus por uma jovem camponesa de condição servil. Eram, também, considerações importantes tanto as circunstâncias da sedução, como o grau da ansiedade posta no empenho em manter o caso secreto.

A EVOLUÇÃO DO RECURSO AO TRIBUNAL DA CÂMARA IMPERIAL DURANTE OS SÉCULOS XV A XVII. A "JURIDISCIONALIZAÇÃO" DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE MODERNA[1]

FILIPPO RANIERI

Tradução de
Maria Armanda Saint-Maurice Esteves

(1) Extraído de F. RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption, Eine rechts und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*, © Böhlan Verlag GMBH Köln-Wien 1985, I Teilband, cap. 4.0.0, pp. 125-154.

INTRODUÇÃO

A primeira questão levantada por ocasião da descrição histórica das funções de uma autoridade judiciária é a da evolução, no tempo, do seu movimento. As indicações sobre os processos entrados ano a ano oferecem de facto a informação mais simples e simultaneamente também a mais concreta sobre a actividade de um tribunal.

A função e a eficácia da Justiça e sua administração nas sociedades estruturadas em Estados na Idade Moderna europeia foram até aos nossos dias ainda pouco estudadas. O que também se aplica à justiça imperial dos séculos XVI e XVII.

Quando se põe a questão da evolução no tempo do movimento judiciário no Tribunal da Câmara Imperial (*Reichskammergericht*)*, isto não quer dizer que se trate aqui apenas da averiguação de dados jurídico-estatísticos daquela época. Precisamente no ano de 1911, Smend anunciara uma "segunda parte" da sua até hoje clássica monografia sobre a Câmara Imperial, que deveria "tratar a situação do tribunal em pormenor,...a sua contribuição, do ponto de vista político, para a efectivação da Justiça e para o desenvolvimento do direito objectivo"[1]; nesta parte em especial, deveria "o material estatístico... ser tratado integralmente e em comparação com as circunstâncias modernas"[2]. Todavia as questões levantadas foram, deste modo, restringidas por um lado, por outro dirigidas para uma perspectiva não histórica. Não é designadamente necessário referir aqui

* V. pág. 549.

que a transformação multisecular de uma sociedade estruturada em estados numa sociedade industrial moderna desde logo proíbe qualquer comparação da evolução no tempo do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial com os dados jurídico-estatísticos modernos. Na verdade, a questão da evolução no tempo do recurso à justiça imperial ultrapassa a mera pesquisa quantitativa dos números absolutos do movimento judiciário anual[3]. Está na realidade certo que se chame a atenção para o facto de um cálculo de longo prazo do movimento da justiça imperial não permitir, "já por causa da posição especial do Tribunal da Câmara Imperial, que se tirem conclusões sobre o movimento nos tribunais territoriais de primeira instância"[4]. Porém, a verificação de que o volume do movimento judiciário do Tribunal da Câmara Imperial não evoluiu durante dois séculos uniformemente nem sem alterações permite a hipótese de trabalho básica de que o acesso à justiça nos séculos XVI e XVII era influenciado e determinado por uma série de factores.

Aqui interessam desde logo as alterações, plenas de vicissitudes, da vida constitucional do Antigo Império, que deixaram o seu rasto na história institucional do Tribunal da Câmara Imperial, pelo que se pode admitir como hipótese de trabalho que a capacidade funcional da justiça do Império era seguida atentamente pelo público, de forma que as pessoas tomavam consciência do facto de a apresentação de uma queixa valer ou não a pena[5]. Numa perspectiva mais larga, porém, muito mais está em jogo: trata-se em última análise da questão sócio-histórica da classificação histórica da propensão para a jurisdicionalização dos conflitos como indicador da modernização da antiga sociedade de estados do Antigo Império[6].

Os dados sobre o movimento da justiça imperial que até ao presente se podiam colher na literatura baseiam-se como foi observado com razão "por regra mais sobre avaliações da situação do que sobre investigações correctas"[7]. O material histórico-estatístico aqui apresentado permite, a meu ver, que o tratamento deste complexo de questões se faça a partir de uma base nova e de confiança. Oferece ao mesmo tempo o necessário distanciamento temporal permitindo examinar e discutir mais intensivamente as diferentes hipóteses de trabalho.

Os dados

As nossas considerações apoiam-se em duas séries temporais obtidas a partir de uma análise estatística de todo o legado arquivístico do Tribunal da Câmara Imperial.

As ilustrações das séries temporais e o material numérico que lhes serviu de base encontram-se nos desenhos e nas tabelas em anexo. Ambas as séries temporais descrevem a evolução no tempo do movimento judiciário do Tribunal da Câmara Imperial desde a sua criação em finais do séc. XV até ao ano da ocupação de Espira pelo exército francês. O material numérico aqui apresentado oferece assim uma visão de conjunto sobre todo o período em que o tribunal esteve sediado em Espira; trata-se pois dos dois mais importantes séculos na história do Tribunal da Câmara Imperial[8] pois, com o recomeço em Wetzlar no ano de 1693, é de admitir um corte substancial na história institucional do tribunal[9].

Como se acabou de referir, ambas as séries temporais foram obtidas a partir de uma análise histórico-estatística do legado arquivístico*. A figura 1 ilustra a evolução do movimento judiciário com base na análise de uma amostra dos autos constituída por todos os autos processuais com a cota "A" proveniente de Wetzlar; para evitar distorções provocadas por valores extremos ocasionais foram calculados valores médios de cinco anos, aí representados por barras; a altura de cada barra corresponde ao número médio do total dos novos processos anualmente apresentados. Foram apenas consideradas as causas objecto de reprodução formal, únicas de que em regra se faziam autos e se assegurava a conservação.

As figuras 2 e 3 ilustram igualmente as séries temporais acima referidas e também os números das questões entradas anualmente, estas últimas todavia apenas na base do material de arquivo recolhido para este estudo, desistindo, portanto, de exigir uma completa

* Nota do prefaciador e organizador da edição: o A. refere-se, aqui, a uma amostra de processos construída de acordo com um método detalhadamente descrito no capítulo 2.2.4. do seu livro.

consideração dos processos provenientes dos círculos imperiais** da Francónia, da Baviera e da Suábia[10]. Cada linha vertical ilustra portanto nestas figuras o número dos processos efectivamente averiguados para cada ano.

A questão da representatividade da amostra dos autos, da qual se obteve a primeira série temporal, bem como dos critérios que presidem à análise histórico-estatística não exige aqui discussão detalhada; ela foi já amplamente debatida noutro local[11]. O mesmo se passa com a questão das perdas que terão sobrevindo no legado arquivístico que chegou até nós, sobre a qual podemos remeter para as considerações feitas noutro local, em que se procurou debater o tratamento deste problema numa base nova e digna de confiança[12].

Ambas as séries temporais mostram no seu curso um desenvolvimento idêntico da evolução do recurso ao tribunal. É patente como os dados das figuras 2 e 3 são paralelos aos dados da amostra dos autos. Os altos e baixos da evolução no tempo das entradas de processos anualmente verificadas têm na série temporal da amostra dos autos uma correspondência exacta até ao pormenor. A verificação do curso paralelo de ambas as séries temporais oferece, a meu ver, uma confirmação convincente da representatividade da escolha feita para a amostra dos autos e da confiança científica merecida pela estratégia de investigação seguida[13].

As figuras 2 e 3 mostram, mais ainda, uma superfície não tracejada, limitada em cima pela série temporal da amostra dos autos e em baixo pelos dados das entradas de processos anualmente averiguadas. A superfície corresponde quase exactamente àquela parte do legado arquivístico que na recolha de material foi descurada. Trata-se de processos de círculos do Império como a Baviera, a Francónia e a Suábia. A altura desta superfície não tracejada fornece-nos uma impressão óptica da relação aproximada entre o número

** Nota de prefaciador e organizador: Círculos imperiais (Reichskreise) são divisões do Império Alemão, para fins eleitorais, financeiros e monetários, a partir de 1500-1512; englobavam uma série de territórios (Territorien) mas não se estendiam a todo o Império, deixando de fora os Estados da Boémia e os senhorios dos cavaleiros imperiais (Ritterkreise).

Figura 1: 1490-1689

Evolução no tempo do movimento do Tribunal da Câmara Imperial nos séc. XVI-XVII (amostra dos autos com a cota A).

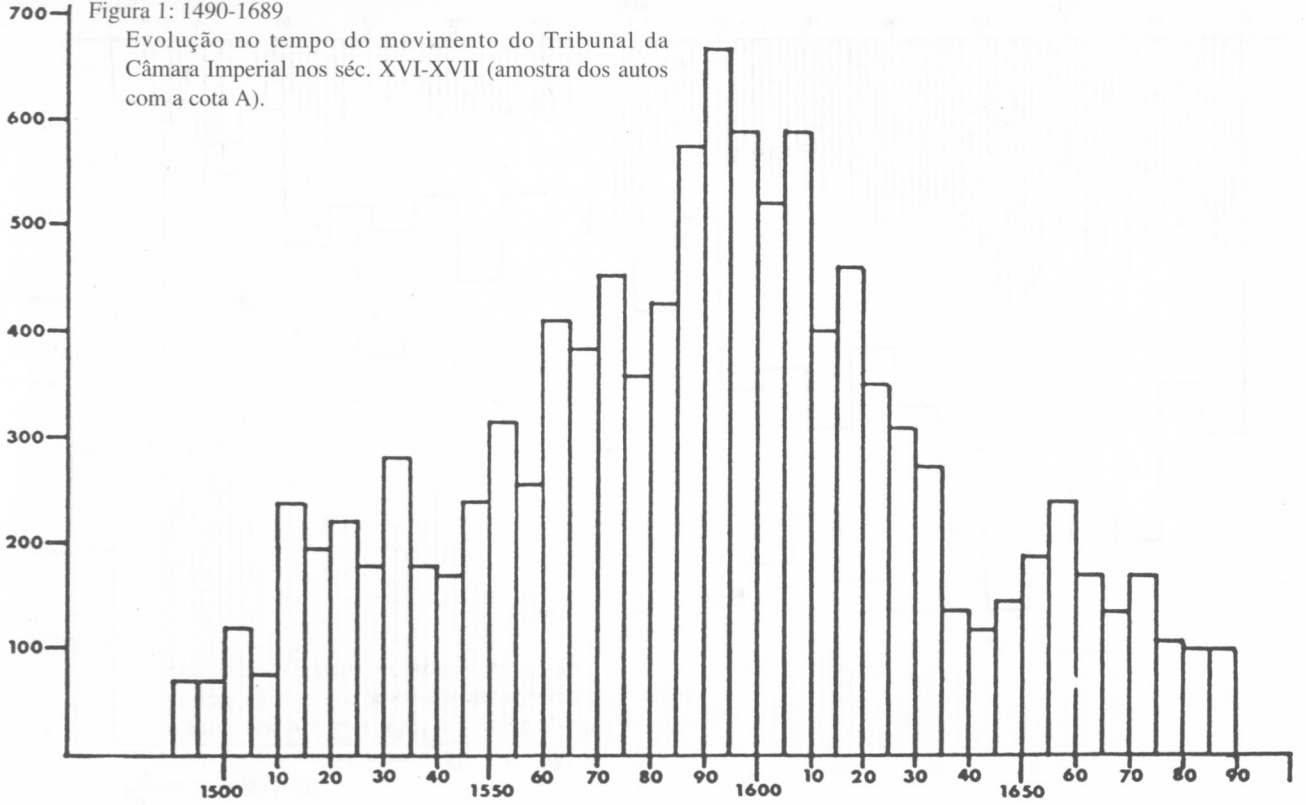


Figura 2: 1490-1620

Evolução do movimento no Tribunal da Câmara Imperial nos séc. XVI-XVII (a altura das linhas verticais ilustra o número dos processos entrados em cada ano de acordo com o material de arquivo recolhido).

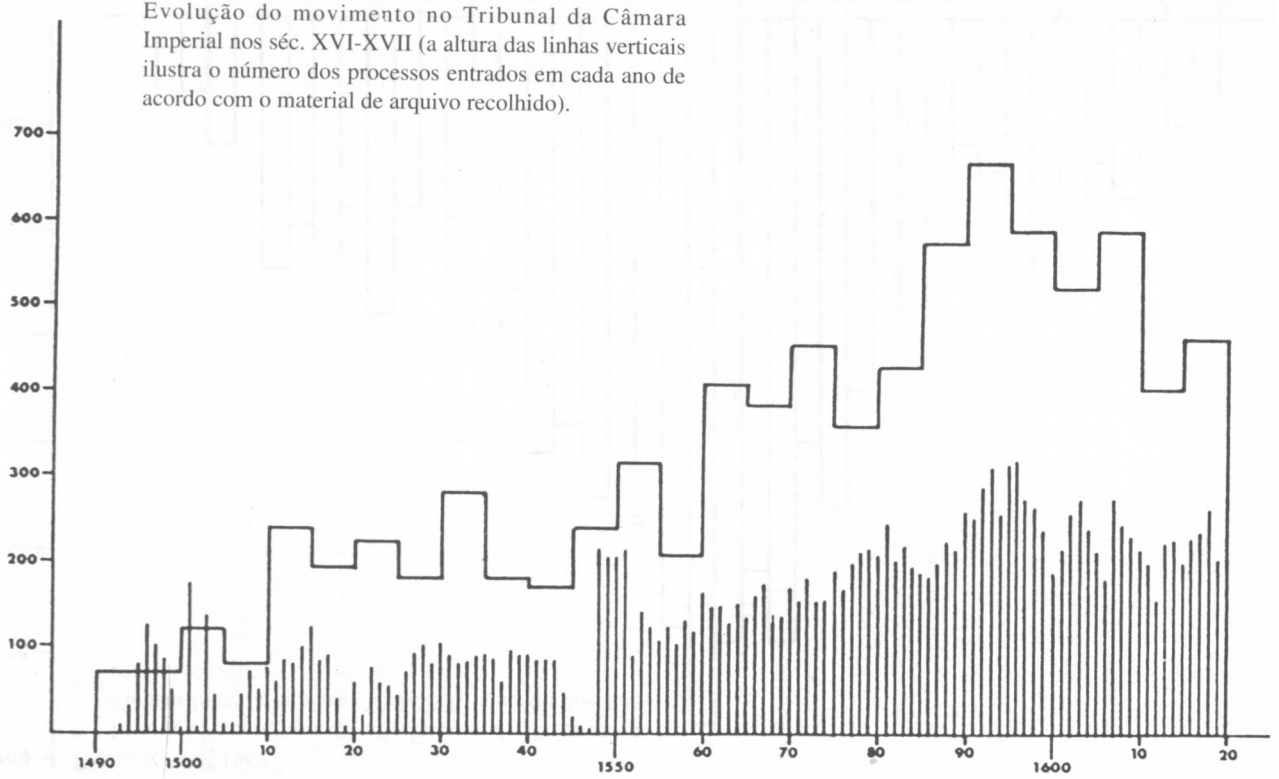


Figura 3: 1590-1689

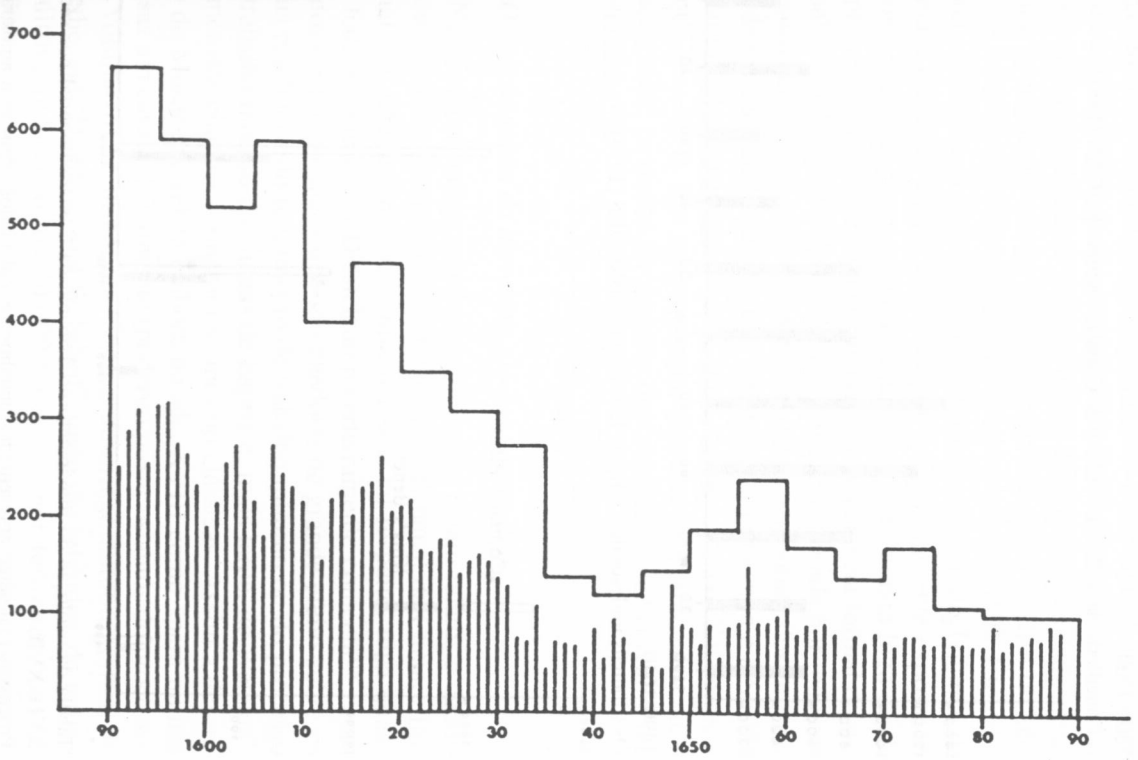
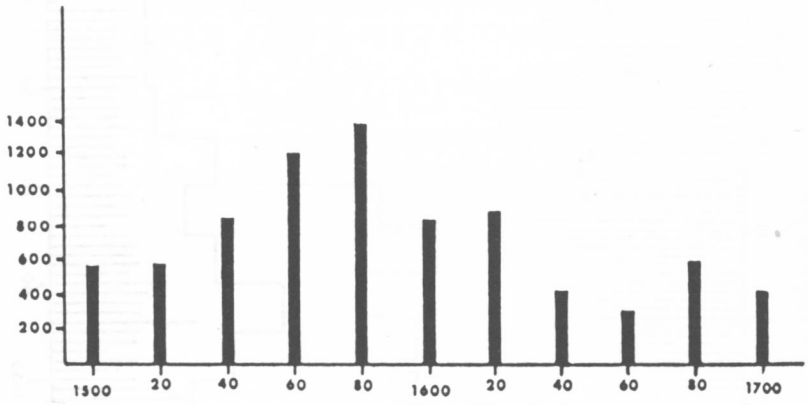


Figura 4:
A evolução no tempo do movimento de alguns supremos tribunais europeus no séc. XVI

1500-1700
A Cancilleria de Valladolid (Reino de Castela) segundo KAGAN (1981)



1490-1640
Os tribunais ingleses de Common Law segundo BROOKS (1978).

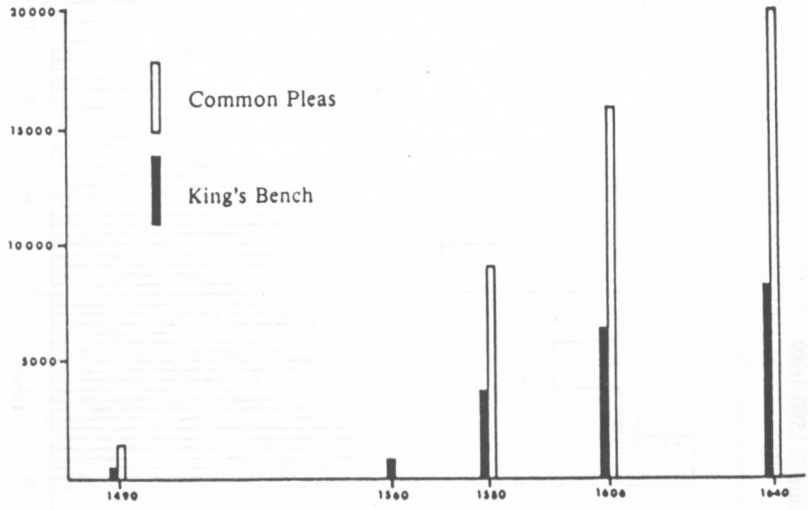


Tabela da evolução do movimento no Tribunal da Câmara Imperial nos séculos XVI e XVII.
Processos realmente apresentados anualmente, calculados segundo a amostra dos autos processuais com a cota "A" proveniente de Wetzlar (valores médios quinquenais).

das causas que averiguadamente deram de facto entrada, em determinados anos, no Tribunal da Câmara Imperial, e o número calculado da entrada total de processos nos mesmos anos. Como as imagens mostram, esta relação não permanece nada estável durante os séculos XVI e XVII, pelo contrário é sujeita a oscilações consideráveis, pelo que a diferença entre os dados da amostra e os dados realmente averiguados atinge um valor máximo cerca do fim do séc. XVI e decresce tendencialmente no decurso do séc. XVII. Isto relaciona-se com as alterações da área de influência real do Tribunal da Câmara Imperial. Como virá a ser pormenorizadamente exposto[14], a nossa investigação mostra que a jurisdição da Câmara logo desde os primeiros anos independentemente da competência formal do tribunal, não é de modo algum uniformemente solicitada por todos os círculos do Império. Especialmente a quota percentual dos processos de círculos do Império como a Baviera, a Francónia e a Suábia variam muito consideravelmente entre meados do séc. XVI e meados do séc. XVII. Em consequência, altera-se proporcionalmente a relação entre os dados da amostra dos autos e os dados realmente averiguados[15].

Os testemunhos da literatura até aos nossos dias.

Na literatura antiga como na recente não faltam relatos e depoimentos sobre a intensidade do trabalho do Tribunal da Câmara Imperial. Se alguém pretender informar-se a tal respeito, topa quase em toda a parte como Diestelkamp certeiramente comenta[16] "com relatos contemporâneos que são anedotas de grande efeito sobre os fatais resultados do rendimento de trabalho mínimo ou do processo de trabalho moroso dos juízes de Espira e, mais tarde, de Wetzlar". Numerosas citações tormaram-se mesmo clássicas. Assim a descrição de Moser que relata embora no séc. XVIII como "para muitas causas um cavalo dificilmente (poderia) puxar os autos do processo, tão volumosos se tornaram"[17] ou a descrição autobiográfica de Goethe, em "Dichtung und Wahrheit", onde são referidos, do tempo da última inspecção, os 20.000 processos por terminar mais as 50.000 revisões[18]. Esta imagem negativa das narrações contemporâneas influenciou sem dúvida a literatura mais tardia que em regra

sobre este tema não vai além da repetição dos relatos transmitidos[19]. Também a monografia de Smend contém sobre o nosso tema numerosas indicações disseminadas que, no entanto, nem sempre são escudadas em dados quantitativos; assim, por exemplo, afirma em relação aos primeiros anos de actividade do tribunal: "A frequência dos processos na Câmara parece nesse tempo ter aumentado continuamente"[20] ou, noutro local: "O número das causas apresentadas não pode ser apurado com segurança: mas não deve ser... muito diferente da frequência dos processos cerca de 1517"[21]. As asserções de Smend foram sempre sendo adoptadas despreocupadamente pela literatura posterior. Assim, por exemplo, Coing sublinha recentemente com referência expressa ao trabalho de Smend: "la nouvelle Cour a travaillé très effectivement pendant les premières décades de son existence"[22]. Encontram-se constantemente afirmações semelhantes que em regra se não apoiam em indicações quantitativas ou noutras formas de prova[23].

Smend fundamenta as suas considerações e as indicações quanto à evolução do movimento judiciário sobre os testemunhos das fontes contemporâneas. Assim sendo, não obtém as suas informações a partir de uma exploração quantitativa do legado arquivístico, de cuja integridade a meu ver injustamente[24] tanto duvidava. Efectivamente, escreve: "o número exacto...poderia ser averiguado a partir dos reportórios de Wetzlar; desisti de o fazer, pois com um esforço desproporcionado obviamente só se teria obtido um número consideravelmente inferior ao dos processos realmente postos"[25]. O próprio Smend baseia as suas considerações sobre uma multiplicidade de testemunhos históricos dos quais lhe parece, pelo menos indirectamente, poder obter conclusões sobre as proporções da actividade do Tribunal. Para o primeiro período da actividade jurisdicional da Câmara interessam aqui as indicações de Harpprecht[26] e especialmente fragmentos das contas de *Pfennigmeister** nos anos 1514--1517. Que constituam "base de confiança"[27] parece-me, porém,

* Nota do prefaciador e organizador da edição: o *Pfennigmeister* era o oficial encarregado da cobrança do *gemeiner Pfennig*, um imposto de capitação criado nos inícios do séc. XIV para o financiamento da guerra contra os hussitas e aplicado, a partir dos finais desse século, às despesas de funcionamento do Tribunal da Câmara Imperial.

bastante duvidoso, sobretudo quando se pensa que como o próprio Smend concede[28], os "processos", no sentido das contas do *Pfennigmeister*, não são apenas os processos tendo dado entrada formal, mas "escritos introdutórios de processo, entre os quais também quantidade de "*Inhibitionen, Promotorialien, Compulsorialien, Commisionen*"[29].**

Para o período mais tardio da actividade do tribunal Smend invoca relatos de contemporâneos[30] e também informação numérica recolhida nas inspecções regulares[31]. A confiança merecida por este material parece-me igualmente levantar problemas consideráveis. Com razão foi comentado, precisamente a este respeito, que "na adopção de tais números de fontes contemporâneas se (depara) com insuperáveis contradições demonstrando que elas praticamente não podem dar informação de confiança sobre a situação real. Muito mais deveriam...ser usadas como fontes de informação sobre a forma como determinados contemporâneos avaliaram a sobrecarga de trabalho do tribunal"[32].

As informações de Smend.

Uma análise precisa das nossas séries temporais permite a meu ver uma revisão das indicações dadas por Smend na sua pesquisa sobre o movimento judiciário do Tribunal da Câmara Imperial. Em primeiro lugar, as suas conclusões sobre a frequência dos processos nos primeiros anos de actividade do Tribunal da Câmara Imperial parecem realmente ser demasiado altas. "Uma noção", escreve[33], "quando não do número absoluto da frequência dos processos, pelo menos da sua relação com a dos anos seguintes, é fornecida pela quantidade das rubricas processuais, conhecidas de Harpprecht através dos reportórios de então"; sem fornecer aqui as correspondentes provas detalhadas no que respeita às fontes, continua: "Os processos realmente intentados dificilmente terão ultrapassado o quádruplo daqueles números"[34]; na nota de rodapé acrescenta ainda "de

** Nota do prefaciador: trata-se de diversos actos processuais avulsos a que não correspondem causas autónomas, mas antes incidentes de uma causa.

acordo com o material existente para o período seguinte"[35]. Assim atinge Smend para os primeiros anos uma média de entrada de processos de cerca de 200 novos procedimentos legais por ano[36]. Para os anos 1507-1519 é calculada por ele uma frequência de processos de cerca de 300 a 400 novas causas[37].

Muito abaixo estão as entradas anuais de processos por mim averiguadas a partir da já referida amostra dos autos na base do cálculo de valores médios quinquenais; assim, de início, só nos anos 1510--1514 se verificou uma entrada anual de mais de 200 processos.

Esta hipótese parece-me mais plausível do que as indicações de Smend. Estas são susceptíveis de ser impugnadas por diversos lados. Em primeiro lugar, Smend parte, a meu ver erradamente, da suposição de que os autos dos processos dos primeiros anos se terão na maior parte perdido; por tal facto quadruplica os números que se podem obter a partir da obra de Harpprecht. No entanto, podem adiantar-se, como foi exposto, boas razões contra a suposição de perdas maiores no legado arquivístico[38]. Por outro lado, deveria ser levado em conta que Harpprecht, na sua obra, de nenhum modo poderia tomar em consideração todos os autos conservados no seu tempo[39]. Também os cálculos que Smend adianta com base nas contas do *Pfennigmeister* dos anos de 1514-1517 não são convincentes; isto é tanto mais válido quanto se atenda ao facto de, como o próprio Smend reconhece, nem todos os documentos sujeitos a taxa serem de considerar como entrada formal de uma nova causa[40]. Uma estatística de confiança só poderia referir-se aos procedimentos judiciais formalmente entrados, para os quais, exclusivamente, são em regra feitos e conservados os autos. Por fim, uma análise mais exacta dos dados de Smend prova que estes são contraditórios entre si. Assim, ele afirma, reclamando-se de informações contemporâneas provenientes das actas do *Reichstag*, que no ano de 1521 havia 3000 processos por resolver, um número que aumentou no ano de 1556 para 5000[41]. Com base na frequência anual de processos suposta pelo próprio Smend, estes números teriam contudo de ser multiplicados até uma cifra muito mais alta. Com base na minha amostra conclui-se todavia que, de facto, até ao ano de 1520, cerca de 3500 processos e, até ao ano de 1550, cerca de 9900 processos haviam dado entrada.

Quando se leva simultaneamente em consideração a baixa cota de despacho do tribunal, podem-se considerar neste ponto as acima referidas indicações de números com origem nas actas do Reichstag como pertinentes e críveis. Não obstante tal material numérico oriundo de fontes contemporâneas é em princípio de utilizar só com o máximo cuidado. Um exemplo é dado pelo próprio Smend ao citar um relato da Embaixada de Altenburgo, de meados do séc. XVII, segundo o qual no ano de 1620 se teriam acumulado mais de 50.000 processos por resolver; a inverosimilhança destas informações é fundamentada por Smend com a indicação de que na última visitação se havia apurado que até ao ano de 1700 se teriam contado no total apenas cerca de 47.000 processos entrados[42].

Contudo, também oferecem semelhantes discordâncias as informações do próprio Smend sobre a frequência dos processos no fim do séc. XVI, no apogeu do tribunal, portanto. Com base numa compilação de dados dos relatórios das visitações e das actas do *Reichstag,* ele chega à conclusão de que por volta dos anos 1595-1600 cerca de 1100 novos processos deram anualmente entrada[43]; trata-se nesta indicação de números de uma avaliação que é muito mais alta do que o cálculo feito a partir da minha amostra dos autos. Na base desta amostra calculei designadamente o número total dos processos então entrados. Chega-se assim a uma base numérica que de facto em parte se afasta consideravelmente das apreciações dos contemporâneos e dos dados de Smend, mas que todavia é conclusiva em si própria e está em sintonia com os levantamentos estatísticos da época merecedores de confiança.

Segundo os meus cálculos, oferece-se assim até ao ano de 1550 um número de cerca de 9.900 processos entrados. Sobre a mesma base de cálculo tinham entrado no ano de 1594, em Speyer, ao todo, cerca de 29.200 processos. No fim do período de Speyer haveria aproximadamente cerca de 54.800 processos. Tais hipóteses sobre o volume da sobrecarga de trabalho do Tribunal da Câmara Imperial não estão longe das informações que possuímos do início do período de Wetzlar do tribunal. Como já referido, na última visitação do Tribunal da Câmara Imperial do séc. XVIII contaram-se 47.000 processos que haviam dado entrada formal até ao ano de 1700. Se

pelo contrário as indicações de Smend servissem de base para um cálculo, obter-se-ia um número total de processos muito mais alto, tal como por exemplo o avançado pelo próprio Smend para meados do séc. XVI. O número total de 5000 processos que Smend refere para o ano de 1556 teria designadamente sido atingido logo no início dos anos 20.

A ESTRUTURA DA SÉRIE TEMPORAL

A tendência secular.

Se nos inclinarmos agora para uma análise da estrutura e da evolução das nossas séries temporais e, para já, designadamente, na perspectiva do longo prazo, nota-se de imediato que o número dos processos entrados cresce de novo maciçamente entre a primeira e a segunda metade do séc. XVI. Esta observação não é em si nova. Com base na análise de algumas listas impressas de autos, surge de onde em onde na literatura precisamente a verificação do aumento substancial de processos no Tribunal da Câmara Imperial na segunda metade do século. Assim, Diestelkamp procurou, por exemplo, obter desta forma uma "visão parcial sobre o acervo dos autos legado"[44], submetendo a uma avaliação sumária o reportório impresso dos autos de Koser (conhecido por "Untrennbarer Bestand") e dos arquivos estaduais de Münster e Coblença[45]. Noel utilizou de novo, numa análise com disposições similares, os reportórios de Koser e em parte do arquivo estadual de Coblença[46]. Mas explorações deste tipo não permitiram mais, como o próprio Diestelkamp comenta, do que obter "um indício grosseiro"[47] sobre a evolução no tempo do recurso ao tribunal. O limite de tais análises reside designadamente no facto de a zona de efectiva influência territorial do Tribunal da Câmara Imperial, como já foi referido, se ter consideravelmente modificado no decurso de dois séculos. Em consequência, é inevitável que a análise de um só arquivo de processos só possa fornecer uma imagem grosseira, em parte consideravelmente distorcida, da

evolução real no tempo do movimento judiciário na Câmara[48]. Tais distorções não se dão só quando o material dos autos examinado é suficientemente representativo. O material de arquivo reunido para esta análise e especialmente a amostra dos autos aqui usada e estudada parece dever oferecer uma muito melhor base de estudo.

Uma análise de longa duração da evolução no tempo das séries temporais revela uma transformação secular no recurso ao Tribunal da Câmara Imperial. Na base de cálculo da acima referida amostra dos autos pode verificar-se que na primeira metade do séc. XVI até 1550 entraram em Speyer em média 180 novos processos por ano e que, pelo contrário, na segunda metade do século, durante os anos 1551-1594, surgiu uma média de 438 novos processos por ano; na base do valor médio da primeira metade do século trata-se de um incremento do movimento judiciário da Câmara de mais de 140%. A evolução ulterior mostra que a tendência secular durante o séc. XVII evolui inversamente.[49] Nos anos 90 do séc. XVI, o movimento anual do tribunal atinge uma intensidade máxima de quase 700 novos processos. Instala-se depois um decréscimo, inicialmente lento mas, após os anos 20 do séc. XVII, mais rápido, da entrada anual de processos. A partir do meio dos anos 30, o número dos processos chegados retrocede para valores que são em parte mais baixos que os dos primeiros anos de actividade do tribunal. Em meados do séc. XVII, o percurso da curva mostra um ligeiro aumento nas entradas anuais de processos, o qual cessa, no entanto, precisamente a meio dos anos 60. Nos últimos quinze anos, o movimento do tribunal decai outra vez para valores mínimos de não mais de cerca de 100 processos anuais, em parte, portanto, menos que nos primeiros decénios do séc. XVI. Perante tais números pode, pois, verificar-se que o Tribunal da Câmara Imperial no fim do séc. XVII, precisamente antes da ocupação de Speyer pelos franceses, havia limitado consideravelmente a sua actividade.

A estrutura de longo prazo da evolução secular do recurso ao tribunal encontra comprovação nos depoimentos de testemunhas contemporâneas que Smend cita abundantemente na sua análise[50]. De facto, "escritores dos séculos XVI e XVII" – como o próprio Smend sublinha[51] celebram "a segunda metade de XVI como o verdadeiro apogeu da Câmara de Justiça". Algumas testemunhas podem ser ci-

tadas, de forma que as fontes de carácter qualitativo da transmissão literária realmente fornecem, neste aspecto, um comentário acompanhando as nossas recolhas histórico-estatísticas. No ano de 1549 queixaram-se, por exemplo, os representantes dos estados dos Alpes Julianos de que os súbditos desde a reabertura do Tribunal da Câmara Imperial cada vez mais amiúde se tornavam "mui convencidos da mesma e importunos"[52]. Da mesma forma se podem citar a este respeito as advertências dos relatórios das visitações dos últimos decénios do século. Assim, num memorial da visitação do ano de 1581[53] diz-se que apesar dos processos despachados "ainda (há) um resto de mais de 290 causas conclusas e muitas centenas de outras interlocutórias, de forma que quanto mais duram, mais se amontoam..."; "Tal acumulação de tantas causas conclusas" continua o citado memorial "...(é) para os estados e para as partes litigantes muito molesto". Dois anos depois, em 1583, a comissão de visitação verificou que "as causas conclusas de ano para ano quanto mais duram tanto mais se amontoam pelo que (é) desnecessário cogitar em meios e caminhos de como resolver proficuamente as restantes causas conclusas"[54]. Em 1585, o memorial da comissão de visitação censurava de novo que "desde 1 de Maio do ano passado muitas mais causas conclusas se tenham ajuntado às restantes anteriores"[55]. No ano de 1586, a comissão de inspecção recorda de novo que "diariamente mais (processos) se ajuntam aos conclusos, pelo que é muito claramente de ver que as causas quanto mais duram tanto mais se amontoam[56]." No fim do século a situação tinha-se tornado ainda mais difícil. No ano de 1595, a comissão de visitação apurava resignadamente que "ainda um número consideravelmente grande (de processos)...de há 14 e mais anos para cá permanecem por expedir nas mãos dos relatores e um número muito maior...está ainda nas prateleiras sob a abóbada e por distribuir, sem falar do que diariamente ainda...é concluso e incessantemente cada vez mais e mais inumerável se ajunta"[57].

O decréscimo dramático dos processos no séc. XVII encontra também confirmação nos testemunhos das fontes contemporâneas. Smend nota expressamente, em relação com os últimos decénios do século que "a diminuição do número dos processos...(é) frequentemente testemunhada mas ainda mais frequentemente a insuficiente resolução mesmo desta diminuída tarefa do tribunal"[58]. Desde os

anos trinta as lamentações sobre a paralisia do tribunal são inúmeras[59]. No memorial do *Kurfürstenkolleg* (Colégio dos príncipes eleitores) do ano de 1636 dirigido ao imperador Fernando II sobre a administração da justiça no reino, é, por exemplo, expressamente deplorada a situação do Tribunal da Câmara Imperial de então; a actividade em Espira encontra-se quase paralisada pelo que "por isso a administração da salutar justiça põe praticamente só a sua esperança no *Reichshofrat* de vossa Imperial Majestade[60].

As alterações de curto prazo.

Na estrutura da evolução secular do recurso à justiça imperial nos séculos XVI e XVII há todavia igualmente alterações de curto prazo que são eminentemente interessantes. Assim a evolução da entrada anual de novos processos mostra grandes irregularidades nos primeiros decénios do séc. XVI.

Os anos da primeira metade do século constituem para a sociedade e as estruturas políticas do Antigo Império uma época de mudança radical. O terceiro decénio principia com a deflagração da revolta camponesa, o quarto termina com o auge das confrontações confessionais. As crises políticas e os conflitos reflectem-se visivelmente na série temporal do recurso anual à Câmara. Também para a sua história institucional, cheia de vicissitudes nos dois primeiros decénios de actividade, isto se verifica, designadamente quando a sua instalação e financiamento ainda são objecto de constantes confrontações entre o imperador e os estados. Uma análise mais exacta das novas entradas anuais na base do conjunto do material de arquivo mostra que o movimento, após um ponto culminante no ano de 1496, decresce até à paragem do tribunal no ano de 1500. Depois seguem-se irregularmente anos de actividade intensiva (1501, 1503) e outros praticamente de paragem sem novas entradas. A série temporal neste ponto corresponde na sua evolução aos altos e baixos da história institucional do novo tribunal, que Smend descreveu minuciosamente nos seus pormenores[61]. O mesmo se passa no primeiro período mais longo e coerente/contínuo de actividade do tribunal durante os anos 1507-1518[62] e na paragem de 1519, ano da morte do imperador Maximiliano[63].

Na série temporal também se reconhece no princípio dos anos 20 um rasto claro da revolta camponesa. O mesmo se passa para a "guerra jurídica" durante as confrontações confessionais que no seu auge levaram à paragem da actividade do tribunal na segunda metade dos anos quarenta[64]. A guerra de Schmalkald bloqueia totalmente o tribunal (1546-1547). Com o *Reichstag* de Augsburgo inicia-se um novo período de consolidação da justiça do reino. Os anos de 1548-1551 mostram de facto um aumento maciço de novos processos[65]. Assim o movimento jurídico estabiliza doravante num aumento constante na segunda metade do século.

As alterações de curto prazo das novas entradas de processos voltam a aumentar a partir da guerra dos 30 anos. De assinalar são o ponto baixo na segunda metade dos anos 30 (1635 Paz de Praga) e o surpreendente aumento das novas entradas de processos após a paz da Vestefália de 1648.

O *Jüngste Reichsabschied* e a reforma jurídico-processual de 1654[66] têm na série temporal uma correspondência no aumento, aliás passageiro, do movimento jurídico que se verifica entre os anos 1655-1660.

As acima descritas oscilações de curto prazo na evolução temporal do movimento do tribunal mostram de facto um paralelismo singularmente preciso entre as variações temporais da entrada de novos processos em Espira e as diferentes fases da política do Reich tal como das transformações na vida constitucional do Antigo Império. Assim somos remetidos de novo para a hipótese de trabalho inicialmente formulada. Que a actividade do tribunal fique paralisada durante uma crise política, pode não ser excessivamente surpreendente; mas que a entrada de novos processos seja também visivelmente influenciada é que continua a ser de assinalar e se mantém por esclarecer. A hipótese de haver uma relação, respectivamente, entre o número dos que buscando justiça se voltavam para Espira e a mutável situação institucional e política de então de modo nenhum é nova na literatura. Smend punha precisamente em realce que "para a regular administração da justiça (representava) na verdade uma diferença sensível que a instância suprema do Reich estivesse ou não em actividade"[67]. "Que as partes de nenhum modo

actuavam cegamente", escreve Diestelkamp, "mas sabiam visivelmente avaliar bastante bem a actividade do tribunal, é coisa evidenciada pelo retrocesso dos números de novas entradas nos tempos de dissolução passageira do Tribunal da Câmara Imperial"[68]. Com base no nosso material numérico, parece-me de facto claramente demonstrado que as intermitências na evolução temporal do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial fornecem uma prova clara para o facto de a capacidade funcional da justiça imperial ser seguida atentamente pelo público alemão dos séculos XVI e XVII e de as pessoas terem consciência de valer ou não a pena apresentar uma queixa.

Também aqui a análise caso a caso dos dados histórico-estatísticos permite uma confirmação. Um processo do arquivo estadual de Coblença[69] fornece-nos designadamente uma exemplar prova contemporânea desta análise.

Trata-se de um processo de apelação contra a sentença do *Weltlichen Hofgerichts* de Coblença num caso de ofensas entre dois conselheiros desta cidade. O processo foi introduzido formalmente em Espira no ano de 1543, mas depois ficou à espera e arrastou-se por mais duas dezenas de anos; uma das razões decisivas residiu precisamente no facto de se ter esperado por 1544 como é expressamente afirmado num documento do processo, para ver "se no Império é criada outra Câmara de Justiça ou instituição semelhante"[70]; por isso o processo foi neste caso adiado pelas partes até que a situação se resolveu por um acordo.

O CENÁRIO SÓCIO-HISTÓRICO NA EVOLUÇÃO TEMPORAL DO RECURSO AO TRIBUNAL DA CÂMARA IMPERIAL

As questões de história social.

As considerações feitas até aqui tornaram claro que as reviravoltas da situação política e da vida constitucional do Antigo Império tal como as alterações recheadas de vicissitudes da história institucional do Tribunal da Câmara Imperial, podem perfeitamente oferecer um quadro esclarecedor, permitindo classificar as oscilações de curto prazo das tarefas anuais do tribunal. Não há, porém, que nos quedarmos por este resultado. Tal perspectiva oferece de facto uma moldura para a classificação da "conjuntura" de curto prazo da justiça do Reich, dos altos e baixos de curto prazo na entrada de novos processos em Espira. O que no entanto ela não pode oferecer é um modelo explicativo satisfatório para a característica evolução secular do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial. A capacidade limite de uma análise histórica deste tipo de problemas reside precisamente no facto de ela se reduzir a uma estreita observação jurídica e político-institucional. Aqui, sobretudo, se situam a meu ver os limites da investigação de Smend.

Se se pretende ir mais além das respostas encontradas até agora, então a alternativa reside em conscientemente levar o questionamento a ultrapassar uma perspectiva jurídico-formal, procurando inserir o problema da actividade da justiça do Reich no séc. XVI num contexto de história social. Para eliminar mal-entendidos, seja de

antemão sublinhado que obviamente de modo algum se põe aqui em causa a legitimidade de uma historiografia de perspectiva político-institucional. Isto é igualmente válido para a história do Direito; o grande número de investigações valiosas que surgiram nos últimos anos precisamente sobre o tema da justiça do Reich prova, muito pelo contrário, como o evidenciar cuidadoso da função das normas e instituições políticas na trama dos percursos do acontecer político pode enriquecer uma análise jurídico-histórica[71]. Contudo não se pode negar que, numa perspectiva situada em plano de maior recuo, a investigação em história do Direito tem privilegiado até aqui, no seu questionamento, sobretudo o lado formal das normas e instituições jurídicas. Desta forma se mantém à margem do interesse científico, em especial, os aspectos da efectivação do direito, da sua tradução na prática e da acção dos sistemas normativos e das instituições jurídicas.

Uma comparação europeia.

A figura 4 oferece uma boa introdução à análise histórico-social dos nossos dados. Na forma sintética de diagramas escalares reproduz os resultados de algumas investigações histórico-quantitativas sobre a evolução no tempo do recurso a três importantes tribunais europeus durante os séculos XVI e XVII. No primeiro caso trata-se da Cancilleria de Valladolid, o mais alto tribunal de apelação do reino de Castela; as indicações provêm da investigação de um historiador americano, recentemente dada à estampa[72]. O segundo e o terceiro exemplos dizem respeito aos dois mais importantes tribunais ingleses da *Common Law*. Os dados foram retirados do trabalho de um historiador inglês sobre a evolução do movimento destes tribunais durante o séc. XVI[73].

A existência de uma relação entre a evolução no tempo do recurso a um tribunal e as circunstâncias específicas da sua história institucional, bem como as singularidades específicas do seu sistema jurídico, foi obviamente, também para estes tribunais exactamente como para o Tribunal da Câmara Imperial, posta em relevo na literatura[74]. Mas em regra a literatura não foi além de um quadro explicati-

vo deste tipo[75]. Um tal aumento de entrada de processos em todos estes tribunais não se deixa explicar pela simples indicação dos problemas de técnica processual levantados pelos sistemas normativos então existentes[76]; nem também se interpreta apenas através da referência à chamada explosão demográfica da população do séc. XVI, quando nomeadamente se pensa que ele se situa claramente acima do crescimento percentual da população de então[77]. Uma comparação das séries temporais da figura 4 com os nossos levantamentos sobre a actividade do Tribunal da Câmara Imperial conduz à surpreendente conclusão de que há um paralelismo impressionante no percurso secular da evolução no tempo do recurso a todos estes tribunais. O séc. XVI é caracterizado por um incremento positivamente explosivo da sobrecarga de trabalho dos tribunais, o qual atinge o auge cerca do fim do século. O séc. XVII por seu lado mostra, ao contrário, uma diminuição considerável da actividade forense. Fora dos dados fornecidos na imagem, a mesma tendência da evolução é também válida para os tribunais ingleses do séc. XVII[78].

Justiça imperial e evolução da sociedade.

Uma análise histórico-quantitativa não oferece na verdade explicações causais imediatas mas permite chamar a atenção para eventuais conexões estruturais[79]. É realmente impressionante como a tendência da evolução do recurso a estes tribunais se desenvolve, ainda que com um compreensível deslocamento no tempo, paralelamente ao desenvolvimento secular da conjuntura na Europa Central. Recordem-se aqui alguns dados bem conhecidos[80]. O desenvolvimento económico e social do Antigo Regime é caracterizado por uma tendência secular em toda a Europa: o séc. XVI e o início do séc. XVII são determinados por um movimento ascendente da conjuntura económica e social. O chamado "longo século XVI" define-se especialmente por um crescimento poderoso da actividade económica e sua primeira e vasta diferenciação. Este fenómeno, que implica toda a Europa, desencadeado inicialmente por um desenvolvimento demográfico considerável, implica pela primeira vez na história europeia o aparecimento de uma diferenciação social com a manifestação, também pela primeira vez, de uma economia monetá-

ria alargada. Do ponto de vista económico, a circulação monetária aumenta continuadamente e é caracterizada por um aumento inflaccionário dos preços. Com a crise da introdução dos metais preciosos da América no início do séc. XVII, instala-se em toda a Europa, embora com alguns deslocamentos no tempo, uma queda dos preços e uma fase de deflação. Na Alemanha, a crise de conjuntura, dados os efeitos inflaccionistas da guerra dos 30 anos, só começa nos anos 40 do séc. XVII, mas depois, em virtude das consequências demográficas da guerra, tem uma acção mais longa e mais intensa. A crise europeia global do séc. XVII atinge a sociedade europeia em todas as suas diferenciações.

Também para a história do Direito se pode levantar a questão formulada nos últimos tempos por alguns historiadores e que é nomeadamente a de saber se "os modelos de classificação surgidos da descoberta de situações de transformação económica de longo prazo, não apenas para o estudo histórico da evolução económica...(também poderão servir para) abrir um ângulo de visão fascinante da transformação noutros sectores da vida"[81]; pergunta-se se a história da conjuntura "poderá contribuir" para o esclarecimento "das conexões estruturais... funcionais entre forças económicas, sociais e políticas e também as correntes espirituais"[82]. Sem pretender ver aqui um modelo de evolução e esclarecimento englobante ou sequer integralmente suficiente, creio que a tese citada nos pode fornecer uma hipótese de trabalho utilizável. A questão que aqui se põe é se, numa sociedade que se está a diferenciar, como as do séc. XVI europeu, não apenas aumentam os pontos de conflito mas, também, simultaneamente, a propensão para os resolver no interior de um sistema jurídico igualmente em vias de diferenciação. Numa perspectiva teórica do desenvolvimento mais alargada, pergunta-se "se, após a formalização e a diferenciação de um sistema jurídico capaz de decisão, no curso da evolução da sociedade, a tematização de questões jurídicas é ou não mais fácil."[83]

A análise histórica parece-me aqui fornecer precisamente a confirmação de uma tal tese. Numa literatura sócio-histórica entretanto tornada muito volumosa pode, em síntese, colher-se o diagnóstico histórico de que, na verdade, a propensão para resolver juridicamente os conflitos se desenha como uma manifestação típica da so-

ciedade europeia do séc. XVI. Não passa aqui despercebida sobretudo a relação estrutural com a ascensão em toda a Europa de então da profissão do jurista com formação académica e com a profissionalização que lhe está ligada da prestação de serviços jurídicos[84]. A análise qualitativa dos testemunhos das fontes literárias comprova não apenas os dados quantitativos dos levantamentos histórico-estatísticos mas mostra também que esta tendência não passou despercebida aos próprios contemporâneos[85]. Neste quadro se incluem igualmente os testemunhos contemporâneos citados a respeito do aumento do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial. O movimento crescente do tribunal deve, a partir daqui, ser visto em relação com o alargamento efectivo do seu campo geográfico de acção; a análise no próximo capítulo mostrará na verdade que a instância de Espira só no curso do séc. XVI pode alargar também a sua influência real às régies nórdicas do Antigo Império[86].

Foi Max Weber quem formulou a tese da "jurisdicionalização" da sociedade europeia da Idade Moderna; recentemente tem-se falado de uma "Legal Revolution"[87]. Esta perspectiva é válida a meu ver também para a sociedade do Antigo Império[88]; ultimamente foi adiantada, por exemplo, por Schulze, a tese central de que se deu no Reich desde a revolta camponesa uma "jurisdicionalização de conflitos sociais"[89]. A análise nas próximas secções desta investigação mostrará ainda que ao Tribunal da Câmara Imperial surge na segunda metade do séc. XVI não apenas como instância de apelação para contendas privadas mas também cada vez mais como instância de eliminação e orientação por via jurídica do potencial conflitual inerente à crescente constituição de estados territoriais[90]. A imposição final da paz no território, a qualificação jurídica das confrontações confessionais tal como o aparecimento, em constante aumento de queixas incontáveis à Câmara Imperial surgidas entre os estados do Reich como meio da política territorial, mostram na verdade como Willoweit ultimamente sublinhou que "o ordenamento jurídico do Império aponta para uma pacificação e delimitação de conflitos de ordem técnico-processual"[91].

Os dados histórico-estatísticos que foram acima analisados dizem respeito apenas a um sector especialmente estreito e específico dos conflitos jurídicos de então e, designadamente, apenas ao recur-

so aos tribunais de suprema instância. Parece-me contudo inteiramente admissível reconduzir igualmente este caso especial à atrás desenhada estrutura de desenvolvimento. Desta forma a actividade do Tribunal da Câmara Imperial encontra também sob esta perspectiva a sua integração no contexto europeu geral[92]. Ao mesmo tempo se torna assim claro que o visível aumento da actividade da justiça do Reich durante o séc. XVI se integra no processo secular que pode ser caracterizado pelos temas "escrita", "burocratização", "mentalização para as questões económicas", "racionalização da prática do poder feudal"[93] e que distingue a passagem das sociedades europeias para a modernidade.

Anos	Processos (núm. aproxim.)
(1494-1499)	71
(1500-1504)	120
(1505-1509)	77
(1510-1514)	240
(1515-1519)	197
(1520-1524)	223
(1525-1529)	180
(1530-1534)	283
(1535-1539)	180
(1540-1544)	171
(1545-1549)	240
(1550-1554)	317
(1555-1559)	257
(1560-1564)	412
(1565-1569)	386
(1570-1574)	454
(1575-1579)	360
(1580-1584)	429

Anos	Processos (núm. aproxim.)
(1585-1589)	575
(1590-1594)	669
(1595-1599)	592
(1600-1604)	523
(1605-1609)	592
(1610-1614)	403
(1615-1619)	463
(1620-1624)	351
(1625-1629)	309
(1630-1634)	274
(1635-1639)	137
(1640-1644)	120
(1645-1649)	145
(1650-1654)	188
(1655-1659)	240
(1660-1664)	171
(1665-1669)	137
(1670-1674)	171
(1675-1679)	111
(1680-1684)	103
(1685-1689)	103

Nota do prefaciador e organizador da edição: O *Reichskammergericht* (Tribunal da Câmara Imperial, *judicium camerae*) é o Tribunal imperial de justiça, com origem no Tribunal de Justiça da Câmara ou Corte (*Hofgericht, Kammergericht*), sediado em Espira (Speyer) de 1527 a 1689, depois em Wetzlar até 1806. A sua competência compreendia, em primeira instância, as quebras da paz territorial e o julgamento de vassalos directos do imperador; em segunda instância, o julgamento de agravos e apelações das justiças territoriais, por vezes em concorrência com o *Reichshofrat*. O *Reichshofrat* (Tribunal da Corte, *judicium aulicum imperiale*) é o conselho instituído na primeira metade do séc. XV, como tribunal do governo e, concorrentemente com o *Reichskammergericht*, de justiça. A sua competência, neste último domínio, abrangia as questões criminais em que fossem partes vassalos directos do Imperador, as questões sobre privilégios reais e os processos provenientes da Itália imperial.

Notas

(1) SMEND, Das Reichskammergericht, I. Teil: Geschichte und Verfassung (Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des deutschen Reichs im Mittelalter und Neuzeit, Weimar 1911, "Nota Introdutória", p. VII.

(2) Com razão sublinha DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht im Rechtsleben des 16. Jahrhunderts' em FS Erler, 1976, especialmente p. 477 n. 192, que a comparação projectada é "inadmissível, pois as estruturas judiciárias e condições processuais modernas não são comparáveis com as da primeira Idade Moderna". DIESTELKAMP refere-se também à possibilidade de comparar os resultados de uma análise da actividade do Tribunal da Câmara Imperial com o bem explorado material das sentenças do Oberhof de Lübeck bem como do Grobes Rat de Mechelen. Recorde-se ainda que desde há cerca de dez anos o problema da dimensão social da justiça civil e criminal na sociedade dos séculos XVI e XVII se tornou objecto de interesse para a investigação histórica em inúmeros países. Seja apontada, por exemplo, a abundante literatura sobre os tribunais ingleses do séc. XVI ou a monografia de KAGAN, Lawsuits and Litigants in Castile. 1500-1700, 1981. O paralelismo impressionante de muitas das questões levantadas com o material de informação histórico-quantitativo aqui apresentado sobre a justiça do Império no séc. XVI será posto em relevo nas próximas secções sobre os aspectos respectivos da problemática. Sobre a actual situação da investigação histórico-jurídica, cf. HESPANHA, "Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique", em Ius commune 10 (1983), especialmente p. 14-17.

(3) Neste sentido, SMEND, op. cit., p. 187 n. 1.

(4) WOLLSCHLÄGER, "Zivilprozebstatistik und Wirtschafstswachstum im Rheinland von 1822 bis 1915", em Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition, Ebelsbach 1980, especialmente p. 382 n. 41. Contudo, a sua observação (op. cit., p. 382) de que "para o período anterior ao séc. XVIII faltam por enquanto dados comparativos" parece-me na sua indeterminação não totalmente exacta.

(5) É mérito de DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 462, ter chamado a atenção para o facto de o número de processos apresentados "sem dúvida ter força de prova quanto à confiança na actividade" do Tribunal da Câmara Imperial. Veja-se à frente sobre este problema n. 68.

(6) Sobre este quadro teórico cf. pormenorização atrás, secção 1.3.2. Cf. também KAGAN, Lawsuits and Litigants in Castile, "Introdução", p. XX-XXIII. As considerações feitas nesta secção apoiam-se numa comunicação que o autor fez por ocasião de uma reunião da Deutschen Forschungsgemeinschaft (Associação de Investigação Alemã) em Königstein em Fevereiro de 1983; elas correspondem de maneira geral a F. RANIERI, "Die Tätigkeit des Reichskammergerichts und seine Inanspruchnahme im 16. Jahrhundert", em Forschungen aus Akten des Reichskammergerichts (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich), Köln-Wien 1984, pp. 41-70.

(7) Cf. DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 462 n. 120.

(8) Sobretudo SMEND, op. cit., p. 181 ss.; WEITZEL, «Der Kampf um die Apellation ans Reichskammergericht», 1976, pp. 346-347.

(9) A propósito cf. SMEND. op. cit., p. 216.

(10) Para uma visão de síntese sobre a questão das fontes cf. RANIERI, "Die Inanspruchnahme des Reichskammergerichts in den ersten Jahrzehnten seiner Tätigkeit", em ZNR (1982), especialmente p. 115. Para uma discussão mais completa da situação das fontes ver acima secção 2.

(11) RANIERI, op. cit., p. 116. Detalhadamente sobre a questão ver acima secção 2.4.4.

(12) Em síntese RANIERI, op. loc. cit. Para uma discussão deste problema cf. igualmente a secção acima, 2.2.1.

(13) A questão da representatividade da amostra dos autos foi debatida em pormenor na secção acima 2.4.3. A apresentação gráfica da série temporal baseia-se em números absolutos. Uma correcção matemática através da apresentação da entrada anual de novos processos através de curvas semilogarítmicas cf. também F. RANIERI, "Versuch einer quantitativen Strukturanalyse des deutschen Rechtslebens im 16.-18. Jahrhundert anhand einer statistischen Untersuchung der Judikatur des Reichskammergerichts. Ein Arbeitsplan" em F. RANIERI (ed.), Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte, Ius Commune Sonderheft 7, p. 15 – pareceu supérflua.

(14) Em síntese, RANIERI, "Die Inanspruchnahme", p. 119 ss. A uma análise mais estreita da influência territorial real do Tribunal da Câmara Imperial está reservada uma investigação especial na secção 5.

(15) Exactamente por esta razão parece-me levantar dúvidas consideráveis a investigação do movimento judiciário da Câmara Imperial que se baseia apenas na avaliação de alguns poucos arquivos regionais. A este respeito, ver abaixo com maior detalhe N. 48.

(16) Neste sentido, DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 460.

(17) Citado por H. WIGGENHORN, «Der Reichskammergerichtsprozeß am Ende des Alten Reichs», Diss. jur. Münster 1966, p. 8 n. 5.

(18) Citado por DIESTELKAMP. "Das Reichskammergericht", p. 461.

(19) Cf. por exemplo A. ZYCHA, Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, 2.ª ed., Marburgo 1949, p. 64, com a citação de Goethe; MITTEIS/LIEBERLICH, Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch, 15.ª ed., Munique 1978, p. 267; H. HATTENAUER, Zwischen Hierarchie und Demokratie. Eine Einführung in die geistesgeschichtlichen Grundlagen des geltenden deutschen Rechts, Karlsruhe 1971, p. 4, que no entanto recomenda uma revisão da imagem do Tribunal da Câmara Imperial transmitida até aos nossos dias.

(20) Neste sentido, SMEND, "Das Reichskammergericht", p. 82.

(21) Neste sentido, E. SMEND, op. cit., p. 71.

(22) Neste sentido COING, "Le Reichskammergericht", em Consilium Magnum, 1977, p. 53.

(23) Cf. por exemplo ADERS/RICHTERING, «Das Staatsarchiv Münster. Reichskammergericht», I, 1966, "Introdução", p. VIII: "um tribunal muito procurado, periodicamente até sobrecarregado"; LIEBERICH, "Frühe Reichskammergerichtsprozesse aus dem baierischen Reichskreis", em Festschrift für Hellbling, 1971, especialmente p. 422, que refere um "acesso relativamente constante de novos processos". "Foram depois sobretudo os atrasados que provocaram as dificuldades do tribunal".

(24) Sobre a questão das perdas sofridas no legado arquivístico existente, cf. acima secção 2.2.1. Para uma síntese, entretanto, RANIERI. "Die Inanspruchnahme", p. 116. Já STÖLZEL, Die Entwicklung der gelehrten Rechtsprechung, II, 1910, p. 105, notava "que uma tão alta instância do Império...o seu acervo de autos...nos tenha sido transmitido lacunarmente, é dificilmente aceitável."

(25) SMEND, op. cit., p. 16 n. 3.

(26) Neste sentido SMEND, op. cit., p. 16: "uma ideia se não do montante absoluto da frequência dos processos pelo menos da sua relação com a dos anos seguintes é fornecida pelo número das rubricas processuais conhecidas de Harpprecht a partir dos reportórios de então: 20 para 1494, 35 para 1495, depois 59 para 1496, 49 para 1497, 44 para 1498; os processos realmente apresentados dificilmente ultrapassariam o quádruplo dos números acima referidos". Vejam-se as objecções levantadas a este respeito por DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 475 N.° 182.

(27) SMEND, op. cit., p. 107 n. 3.

(28) SMEND, op. loc. cit.

(29) SMEND, op. loc. cit.

(30) Sobre os anos do Tribunal da Câmara Imperial em Nuremberga SMEND cita as recordações de Hans von der Planitz, conselheiro palatino da Saxónia. Este, uma das personalidades mais destacadas do *Reichsregiment*, relata que o conde Adam von Beichlingen, juiz da Câmara, lhe contara que do período anterior havia ainda 3500 causas entradas. Os processos, muitas centenas, tinham sido também trazidos. (Hans von der Planitz, Berichte aus dem Reichsregiment in Nürnberg, ed.

por H. VIRCK, Leipzig 1899 (18 de Outubro de 1521), p. 15). Cf. SMEND, op. cit., p. 186; cf. recentemente a este respeito também SCHAPER, em «Festschrift für H. Kellenbenz», V, 1981, especialmente p. 96-97.

(31) Cf. para a segunda metade do séc. XVI os dados em Visitationsabschiede und Memorialien...das Kayserl. und des Reichs Cammergericht betreffende..., Wetzlar 1714; sobre esta fonte veja-se a apreciação de DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 461 n. 118.

(32) Neste sentido DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 461. Parece no entanto abrir uma excepção para os números recolhidos nas conclusões das inspecções (cf. op. loc. cit., n. 118). Sobre os relatórios das conclusões das inspecções cf. abaixo N. 53-57.

(33) SMEND, op. cit., p. 16.

(34) SMEND, op. loc. cit.

(35) SMEND, op. loc. cit., n. 3.

(36) SMEND, op. cit., p. 71.

(37) SMEND, op. cit., p. 107.

(38) Cf. acima N. 24.

(39) O próprio Harpprecht, Staats-Archiv des Kayserl. und des H. Röm. Reichs Kammergerichts, II, 1757, § 7, p. 32, nota expressamente que ele só utilizou as rubricas processuais do então denominado "Reportório de Frankfurt"; "estes autos" escreve ele "contêm um tesouro admirável dos mais antigos processos". Como noutro local (§ 174, p. 194) também é sublinhado, esta lista das rubricas processuais foi estabelecida "sem que seja provável encontrar algo mais, futuramente, na organização dos seus autos de Aschaffenburgo". Sobre a relação entre as informações de Harpprecht e o legado arquivístico dos autos cf. LIEBERICH, op. cit., p. 425, cuja apreciação negativa me parece todavia merecer correcção. Cf. ainda DIESTELKAMP, op. cit., p. 475 N.° 182. Também esta questão da situação das fontes não pode ser aqui debatida. Remete-se portanto para as considerações feitas acima, secção 2.3.2., especialmente N. 78.

(40) SMEND, op. cit., p. 107.

(41) SMEND, op. cit., p. 186. Como prova cita os já referidos Berichte de Hans von der Planitz (N. 30) e as Deutschen Reichstagsakten, Jüngere Reihe (ed. da Academia das Ciências da Baviera), reimpressão Göttingen 1962, II, 791 e III, 10. Cf. também Arquivo Estadual de Detmold , RKG-Visitation von 1556, L 41a IV E 9 vol. 1 (cit. por BENECKE, Society and Politics, cit., p. 64).

(42) Cf. SMEND, op. cit., p. 187 n. 1; a propósito cf. as afirmações de DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 461.

(43) Cf. SMEND, op. cit., p. 186-187: "a ocupação do tribunal, ocorrida por três vezes por volta do fim do século (teve como consequência) apenas 70 sentenças finais por ano, no máximo;...como esta cifra se confronta com a das causas entradas, cerca de vinte vezes superior, bem se pode falar neste alegado período áureo do tribunal numa total bancarrota da sua actividade". Cf. ainda os números fornecidos op. loc. cit., N.° 1, segundo os quais "de 1 de Maio de 1595 a 1 de Maio de 1600 as 257 sentenças definitivas dadas" se confrontavam com as 5504 novas causas apresentadas"; (segundo Briefen und Akten zur Geschichte des dreissigjährigen Krieges, V, p. 517).

(44) DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 460.

(45) Cf. os dados de DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 462 n. 123 que – pelo menos tendencialmente coincidem com os da nossa série temporal. Também é de salientar que DEETERS, em Archivalische Zeitschrift 71 (1975), p. 15, ficou com a mesma impressão por ocasião da nova indexação dos processos do A.E. de Wolfenbüttel; embora sem ter feito levantamentos estatísticos, verifica que: "a metade de todos os autos de processo provém dos anos de 1565 até 1624...". Completamente despropositada se revela assim a afirmação de BERGER, Die Entwicklung der zivilrechtlichen Relationen und ihrer denktechnischmethodischen Argumentationsformen, Diss. Frankfurt 1976, p. 89, segundo a qual o número dos casos pendentes terá "aumentado constantemente da criação ao fim do tribunal (RKG e RHR)".

(46) Cf. J.F. NOEL, "Les pays rhéno-mosellans et la Chambre Impériale de justice (Reichskammergericht). 1500-1600", em XVIIe Colloque intern. de Tours. Théorie et pratique politiques à la Renaissance, 1977, p. 159 ss., especialmente p. 163-165. Cd. idem, Le Saint-Empire, Paris 1976, p. 86-87.

(47) DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 462 n. 121.

(48) Assim, por exemplo, DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", p. 462 n. 123, vê um incremento de entradas nos anos de 1538-1543 quando na verdade eles são marcados por um recuo do número de novos processos. Semelhantes dúvidas levanta a tabela estabelecida por NOEL, op. loc. cit., segundo a qual no fim do séc. XVI os processos na Câmara Imperial decresceriam. Sem em princípio pretender negar que se justifica uma investigação local e sectorial parece-me contudo que um tal trabalho pode acabar dando uma impressão totalmente falsa. Uma análise que se limite aos autos de processos de um único arquivo regional leva inclusive a uma visão distorcida do curso secular do recurso ao tribunal. Sobre uma investigação deste tipo, cf. G. BENECKE, «Society and Politics in Germany» 1500-1750, 1974, p. 275 ss. (Autos de processo do Arquivo Estadual de Detmold); STÖLZEL, «Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien», II, 1872, p. 392 (Processos do A.E. Margurgo, fundo de reserva Hessen-Kessel); A. v. BRANDT, em «Hans. Geschichtsblätter 78» (1960), especialmente p. 128 (Processos do A.E. Lübeck), que em parte supõem um aumento dos processos da Câmara Imperial no séc. XVII. Por razões semelhantes parece-me também problemática a série temporal em A. KORTE, «Die Grafschaft Waldeck im Spiegel ihrer Reichskammergerichtsprozesse» (Processos do A.E. Margurgo, fundo de reserva Waldeck). (manuscrito não editado de conferência proferida por ocasião da DFG-Tagung em Königstein 1983: Forschungen aus Akten des Reichskammergerichts).

(49) Assim se confirma inteiramente a hipótese por mim formulada em 1977-cf. "Versuch einer quantitativen Strukturanalyse des deutschen Rechtslebens im 16.-18. Jahrhundert", em RANIERI (ed.), Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte, 1977, especialmente p. 16 e 19. De "dúvidas no método de avaliação devido a material de arquivo incompleto" fala a este respeito com acerto WOLLSCHLÄGER, «Zivilprozebstatistik», cit., p. 382.

(50) SMEND, op. cit., p. 181 ss.

(51) SMEND, op. loc. cit.; cf. por exemplo PÜTTER, «Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des Teutschen Reichs», Göttingen 1798, I, p. 450, "a partir dessa altura (1555) o tribunal encontrou...realmente plena aceitação".

(52) Cf. v. BELOW, «Landtagsakten von JülichBerg», Düsseldorf 1895, I, p. 612; idem, «Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland», 1905, p. 38. Os estados da Frísia Oriental no ano de 1596 também se queixaram de que as apelações para Speyer não eram "já pura e simplesmente de contar". Cit. por H. SCHAUMBURG. «Das ostfriesische Hofgericht». 1593-1751, Diss. jur. Münster 1977, p. 7 n. 3. Cf. a este respeito com alguns exageros, O. KLOPP, «Geschichte Ostfrieslands», Osnabrück 1856, II, p. 52; T.D. WIARDA, «Ostfriesische Geschichte», III, Aurich 1791, p. 211. Sobre os planos de reforma em consequência do grande aumento da sobrecarga de trabalho do tribunal, cf. a literatura de reforma que surge a partir da segunda metade do séc. XVI; são deplorados sobretudo o longo tempo durante o qual os processos ficam pendentes no Tribunal da Câmara Imperial e a montanha de processos por encetar. Consultar a propósito a documentação de W. SELLERT, Prozebgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, Aalen 1973, p. 48 N.° 75; ver também K. THOMASIUS (Präs.), Dissertatio sustinens emendationem administrationis iustitiae neque facilem, neque impossibilem, valde tamen difficilem esse et caute suscipiendam, Halle 1717, especialmente p. 11-23, com a utilização de memoriais e pareceres do séc. XVI.

(53) Cf. em Visitationsabschiede und Memorialien, cit., "Memorial...Anno 1581", p. 162.

(54) Cf. op. cit., "Memorial...Anno 1583", p. 167.

(55) Cf. op. cit., "Memorial... Anno 1586", p. 174.

(56) Cf. op. cit., "Memorial... Anno 1586", p. 184.

(57) Cf. op. cit., "Memorial...Anno 1595", p. 197.

(58) SMEND, op. cit., p. 213 n. 2; cf. também o recente WEITZEL, Der Kampf, cit., p. 347.

(59) SMEND, op. cit., p. 205.

(60) Assim reza um memorando do Kurfürstenkolleg para o imperador Fernando II sobre a administração da justiça no reino (Regensburgo 1636); cópia existente no A.E. Marburgo, fundo de reserva 4e, N. 4. Sobre outras queixas cf. SMEND, op. cit., p. 206, especialmente n. 1. De facto, a diminuição do movimento no Tribunal da Câmara Imperial prende-se também com a crescente actividade judicial do Reichshofrat no séc. XVII; neste quadro se integra também a deslocação geográfica do centro de gravidade da zona de influência territorial da Câmara Imperial de Justiça (a propósito, secção abaixo 5.2.3).

(61) Cf. SMEND, op. cit., p. 67-114.

(62) Cf. SMEND, op. cit., p. 101 ss.

(63) Cf. SMEND, op. cit., p. 114.

(64) Cf. SMEND, op. cit., p. 160 ss. A redução do movimento no Tribunal da Câmara Imperial ocorrida nesta época confirma-se compulsando as notas de protocolo do então assessor Viglius von Aytta dos anos de 1536-1537, através de P. NÈVE/R. SPRENGER, "Das Plenum des Reichskammergerichts als Spruchkörper. Zwei Jahre während des "rechtlichen Krieges": 1535-1537", em Recht und Staat im sozialen Wandel. FS für H.U. Scupin, 1983, p. 145-159, especialmente p. 152. Nos anos 1536-1537, só foram tratados cerca de 30 processos. Os autores conside-

ram a este respeito que o plenum do tribunal neste período "se ocupava principalmente de questões internas próprias".

(65) Cf. SMEND, op. cit., p. 176. Recentemente foi expressamente posto em relevo que a política, encetada já em 1521, de reforço do poder judicial imperial teve a sua acção até aos anos 40 e levou também a um reforço da posição do Tribunal da Câmara Imperial. Cf. H. ANGERMEIER, "Reichsreform und Reformation" em HZ 235 (1982), p. 529-604, em especial p. 568-569. É aí refutada a tese de Smend segundo a qual é de "ver o fim do período de reforma no ano de 1530"; Smend terá sobretudo julgado "a actividade da Câmara Imperial de uma forma estreita fortemente jurídico-histórica". De acordo com ANGERMEIER, op. cit., p. 568 n. 74. Cf. também WEITZEL, Der Kampf, cit., p. 346, que igualmente chega à conclusão de que os meados do séc. XVI marcam o verdadeiro apogeu do Tribunal da Câmara Imperial. O RKGO de 1548-1555 e a paz religiosa de 1555 terão sido precisamente expressão desta situação estabilizada. Cf. também NOEL, "Les pays rhénomosellans et la Chambre Impériale", cit., segundo o qual (p. 163) "a acalmia política consecutiva à Reforma favorece o encaminhamento dos conflitos para as vias legais". Estas reavaliações da actividade do Tribunal da Câmara Imperial na segunda metade do séc. XVI integram-se no seu conjunto numa revisão geral da forma herdada de compreender a política do Império em finais do séc. XVI. Exemplar disto é a investigação de W. SCHULZE, «Reich und Türkengefahr im späten 16. Jahrhundert. Studien zu den politischen und gesellschaftlichen Auswirkungen einer äuberen Bedrohung», Munique 1978. Aí mostra que este período não foi de forma alguma um período de dissolução da constituição do Império; a análise por exemplo da constituição financeira do antigo Império leva à conclusão surpreendente de que o Türkensteuer (imposto dos turcos) da época foi realmente recebido em mais de dois terços e a intervenção da justiça imperial não foi dos factores de menor importância.

(66) Cf. SMEND, op. cit., p. 211, que sublinha que estas inovações terão "alterado apenas pouco o andamento dos trabalhos".

(67) SMEND, op. cit., p. 176.

(68) DIESTELKAMP, "Das Reichskammergericht", cit., p. 462, que sublinha que "o número (dos processos apresentados) sem dúvida ganha...força de prova de confiança quanto à actividade deste tribunal". Também NOEL, "Les pays rhénomosellans et la Chambre Impériale", cit., p. 163, que comenta: "esta concomitância mostra bem que os habitantes do Império inclusive as simples pessoas privadas...estavam suficientemente informadas das vicissitudes políticas da Câmara, para adaptar um comportamento em adequado".

(69) Cf. os autos C.398/1154 de 1543, de Cölln ca. von Boitzheim (A.E. Coblença N.° 1124).

(70) Cit. por K. EILER, «Stadtfreiheit und Landesherrschaft in Koblenz, Untersuchungen zur Verfassungsentwicklung im 15. und 16. Jahrhundert», 1980, com referências pormenorizadas a este processo, p. 221-222; cf. em especial p. 222.

(71) Veja-se, por exemplo, D. SCHULZ, «Die politische Einflubnahme auf die Entstehung der Reichskammergerichtsordnung 1548», 1980; B. DICK, «Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555», 1981.

(72) Cf. KAGAN, «Lawsuits and Litigants in Castile», cit., p. 7; idem, "Pleitos y poder real. La chancilleria de Valladolid (1500-1700)", em Cuadernos de investiga-

cion histórica 2 (1978), p. 291-316; idem, "Lawyers and Litigation in Castile", em Lawyers in Early Modern Europe (PREST W. ed.), 1980, p. 181-204.

(73) Cf. C.W. BROOKS, "Litigants and Attorneys in the King's Bench and Common Pleas, 1560-1640", em BAKER (ed.), Legal Records and the Historians, 1978, p. 41-59, especialmente p. 42-45, comentando "há um grande,...provavelmente um aumento sem precedentes no número dos litígios."

(74) Cf. L.R. KAGAN, "Pleitos y poder real", cit., p. 300-305; idem, Lawsuits and Litigants, cit., p. 4–20; C.W. BROOKS, "Litigants", cit., p. 46.

(75) Para uma excepção cf. KAGAN, "Pleitos y poder real", cit., p. 192, que avalia o recurso ao tribunal como prova de confiança; cf. ainda op. cit., p. 303-305, com uma perspectivação sócio-histórica deste problema. Em sentido idêntico cf. também T.G. BARNES, "Star Chamber Litigants and their Counsel 1596-1641", em BAKER (ed.), Legal Records, cit., p. 7 ss., especialmente p. 8; idem, em *The American Journal of Legal History 6* (1962), p. 337-338.

(76) Cf. por exemplo M. BLATCHER, «The Court of King's Bench 1450-1550. A Study in Selfhelp», London 1978, em especial p. 20 ss.; cf. também J.A. GUY, «The Cardinal's Court. The Impact of Thomas Wolsey in Star Chamber», 1977, p. 110 ss. e p. 126; C.W. BROOKS, "Litigants", cit., p. 45.

(77) Assim, NOEL, "Les pays rhéno-mosellans", cit., p. 163: "O fenómeno pode explicar-se em parte pelo crescimento da população."

(78) Cf. a respeito T.G. BARNES, "Due Process and Slow Process in the late Elizabethan-Early Stuart Star Chamber", em The American Journal of Legal History 6 (1962), p. 315 ss., em especial p. 330 com indicações quantitativas. Também para a Court of Chancery foi verificado um aumento do movimento quase para o triplo durante o séc. XVI; cf. W. J. JONES, «The Elizabethan Court of Chancery», 1967, em especial p. 305-306 com dados quantitativos; cf. ainda p. 314 sobre o aumento geral do recurso aos tribunais ingleses durante o séc. XVI. Sobre a diminuição verificada no séc. XVII, cf. ainda L. R. KAGAN, "Pleitos y poder real", cit., p. 309--310; idem, «Lawsuits and Litigants», cit., p. 276 ss. O aspecto geral em toda a Europa desta "conjuntura jurídica" do séc. XVI, encontra nova confirmação nos resultados de uma tese que se encontra em preparação em Amesterdão. Cf. A.A. WIJFFELS, "De Allegaties in de noordnederlandse Processtukken van de Grote Raad van Mechelen (ca. 1460–1560)", conferência em Leiden a 8.11.1982 perante o Nederlands/Belgische Studiekring voor Rechtsgeschiedenis, cujo manuscrito me foi gentilmente cedido pelo Autor. Um estudo quantitativo dos inventários impressos dos autos e sentenças do Grote Raad de Mechelen leva à conclusão de que se observa uma multiplicação dos processos neste tribunal durante o séc. XVI: assim, uma análise quantitativa da evolução no tempo do número dos "dossiers" de processos (em intervalos de dez anos) mostra um aumento claro entre 1500 e 1580 para mais do triplo; imagem semelhante é dada pela análise da evolução no tempo do número das sentenças do Grote Raad entre os anos 1490-1540; uma confirmação deste resultado encontra-se no salto dado pelo aumento dos processos das províncias do Norte dos Países Baixos durante o mesmo período e isto apesar da participação percentual na actividade do Grote Raad de Mechelen se ter mantido estável.

(79) Sobre o quadro teórico, cf. acima secção 1.3.3. Aqui se procura orientação segundo o modelo paradigmático de uma historiografia comparativa estrutural (Braudel) com o objectivo de esboçar uma análise estrutural de comparação histó-

rica de processos de transformação de longo prazo ("longue durée"). No aspecto aqui examinado da evolução de longo prazo, as objecções levantadas por B. DIESTELKAMP, op. cit., p. 477, contra "a confrontação de estatísticas das decisões de diferentes tribunais deste período", parecem não ser procedentes.

(80) Aqui sobretudo a exposição global de C.M. CIPOLLA (ed.), The Fontana Economic History of Europe. The Sixteenth and Seventeenth Centuries, 1974; P. KRIEDTE, «Spätfeudalismus und Handelskapital», 1980, em especial p. 28-115; H.G. KÖNIGSBERGER, "Die Krise des 17. Jahrhundert", em ZHF 9 (1982), p. 143-165; BRAUDEL/SPOONER, "rices in Europe from 1450 to 1750" em The Cambridge Economic History, IV, 1967, em especial p. 391 ss; CHAUNU, «La Civilisation de l'Europe classique», 1966, em especial p. 371 ss. É aliás de pôr em relevo que já um autor do séc. XVIII, WIARDA, «Ostfriesische Geschichte», cit., III, p. 90 explica o aumento das apelações na Frísia Oriental do séc. XVI como consequência do incremento comercial de então.

(81) H. ROSENBERG, «GroBe Depression und Bismarckzeit». Frankfurt 1976, p. 1. E também H. HAAN, "Prosperität und DreiBigjähriger Krieg", em *Geschichte und Gesellschaft* 7 (1981), p. 91-92.

(82) H. HAAN, op. loc. cit.

(83) N. LUHMANN, "Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen", em Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt 1981, em especial p. 63. Numa perspectiva da sociologia do Direito aí se sublinha (op. loc. cit.), que "uma investigação mais exacta da propensão para a juridiscionalização em diversas regiões da sociedade de hoje...certamente (iria) conduzir a resultados muito diferentes". A criação institucional de um tribunal ainda não explica o recurso que efectivamente se faz a ele. "Também historicamente a instituição no quadro do poder político da função jurisdicional como capacidade de decisão obrigando colectivamente é apenas uma das condições para a diferenciação do sistema judicial"; de acordo com LUHMANN, Ausdifferenzierung des Rechts, ibd., em especial p. 36.

(84) Sobre a "jurisdicionalização do séc. XVI" cf. os aspectos clássicos de R. BENDIX, «Könige oder Volk. Machtausübung und Herrschaftsmandat», II, Frankfurt 1980, p. 87-95, und von STONE, «Crisis of the Aristocracy. 1558-1641», Oxford 1965, p. 199-270; cf. ainda L.R. KAGAN, «Lawsuits and Litigants», cit., p. 150-161, em especial p. 160; C.W. BROOKS, "Litigants", cit., p. 51-52. Sobre a questão alemã, vejam-se os recentes R.v. DÜLMEN, "Formierung der europäischen Gesellschaft in der frühen Neuzeit. Ein Versuch", em *Geschichte und Gesellschaft* 7 (1981), especialmente p. 31-33; W. WETTGES, «Reformation und Propaganda. Studien zur Kommunikation des Aufruhrs in süddeutschen Reichsstädten», 1978, p. 122-123; W. SCHULZE, «Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit», 1980, p. 101-102; V. PRESS, "Führungsgruppen in der deutschen Gesellschaft im übergang zur Neuzeit um 1500", em Deutsche Führungsschichten in der Neuzeit, 1980, p. 29 ss., que (p. 52) sublinha expressamente que "a propagação de juristas burgueses...(exprimia) a ascensão das cidades"; em especial a este respeito, cf. WIEACKER, «Privatrechtsgeschichte der Neuzeit», 1967, p. 159-160; p. 175-176.

(85) Cf. L.R. KAGAN, "Pleitos y poder real", cit., p. 300-305; idem, «Lawsuits and Litigants», cit., p. 4-20 e em especial p. 129-132; C.W. BROOKS, "Litigants", cit., p. 46.

(86) Veja-se secção 5.2.2.

(87) L.R. KAGAN, «Lawsuits and Litigants», cit., "*Introdução*", p. XXI.

(88) Veja-se por exemplo V. PRESS, "Von den Bauernrevolten des 16. Jahrhunderts zur konstitutionellen Verfassung des 19. Jahrhunderts", em WEBER (ed.), «Politische Ordnungen und soziale kräfte ru Alten reich», 1980, p. 84-55., Em especial p. 87-88 Cf. também W. WETTIGUES, «Reformatrion und Propaganda», cit., em especial p. 31-33.

(89) Cf. o recente W. SCHULZE, «Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft», cit., p. 101-102.

(90) Veja-se em pormenor nas secções 6.0.0 e 7.0.0.

(91) WILLOWEIT, em ZNR (1982), p. 200.

(92) Sobre a integração sócio-histórica desta problemática, cf. L.R. KAGAN, «Lawsuits and Litigants», cit., p. 133-135. Veja-se a contribuição recente de HESPANHA, "Savants et rustiques", p. 14-17. A este respeito vale a pena uma comparação com o desenvolvimento de longo prazo do número de estudantes nas universidades europeias. Uma série de investigações (L. STONE (ed.), The University in Society, 1974; R.L. KAGAN, «Students and Society in Early Modern Spain», Baltimore 1974, Cap. 9; CHARTIER/REVEL, em «Revue d'histoire moderne et contemporaine» (1978) mostra que os números mais altos de estudantes não se verificam por exemplo no séc. XVIII mas sim entre 1590 e 1630; a maioria é constituída por estudantes de direito, pelo que nos finais do séc. XVI se manifesta um sensível aumento dos juristas profissionais: cf. R. L. KAGAN, «Students and Society», cit., p. 81-87; idem, «Lawsuits and Litigants», cit., p. 57 ss., *max.*, p. 64; 140 ss.; R. CHARTIER, Education, em: J. LE GOFF (ed.), La nouvelle histoire, Paris 1978, p. 158, caracteriza por isso esta época como a época de uma "revolução educacional" em que se assiste em todos os Estados a uma procura de funcionários administrativos e judiciais.

(93) Neste sentido v. DÜLMEN, «Formierung der europäischen gesellschaft», cit., p. 31.

ÍNDICE

A. M. HESPANHA, Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma 5

MARC GALANTER, A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais 59

ANDREAS AUER, O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia 119

MICHAEL CLANCHY, Lei e amor na Idade Média 139

E. POWELL, A arbitragem e o direito na Inglaterra dos finais da Idade Média 167

WILLIAM B. WILLCOX, Juristas e litigantes na Inglaterra dos Stuart. O exemplo de um condado 195

CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, Desigualdade na prestação da justiça e na frequência dos processos civis na sociedade de estados da Prússia cerca de 1750 233

ALBERT COTS I CASTAÑÈ, Instituições senhoriais e opinião pública na Catalunha entre 1751 e 1808: uma perspectiva a partir do estudo de alguns conflitos senhoriais 261

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, Da "iustitia" à "disciplina". Textos, poder e política penal no Antigo Regime 287

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução 381

NICOLE CASTAN, A arbitragem de conflitos sob o "Ancien Régime" 469

FILIPPO RANIERI, A evolução do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial durante os sécs. XV a XVII. A "Jurisdicionalização" dos conflitos na sociedade moderna 521

Esta 1.ª edição de JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE: HISTÓRIA E PROSPECTIVA, de António Hespanha, foi fotocomposta, impressa e brochada para a *Fundação Calouste Gulbenkian*, nas oficinas da Orgal - - Orlando & Ca., Lda. - Porto. A tiragem é de 3.000 exemplares.

Setembro de 1993

Depósito Legal n.º 54116/92

ISBN 972-31-0597-7

Edições da FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN

Manuais Universitários

No prosseguimento dos fins gerais que a orientam, foi a Fundação levada a intervir na produção de livros portugueses, patrocinando e editando obras diversas e de diverso carácter — científico, técnico, artístico, histórico. Pretende agora, através de um plano amplo e sistemático, atingir aqueles sectores onde seja mais flagrante a necessidade de amparo ou de incentivo. Nesta primeira fase do plano estabelecido, pensou-se no ensino superior: estudantes que não encontram livros adequados e de preço acessível, professores que por vezes deparam com dificuldades para publicar as suas lições ou os seus trabalhos de investigação. A uns e outros oferece a Fundação facilidades que possibilitem a eficiência cada vez maior desse escalão fundamental da nossa cultura. Originais e traduções, mestres portugueses e estrangeiros, vão figurar nesta colecção, que se procurou rodear dos maiores cuidados e exigências técnicas.

226 volumes publicados

Próximas publicações:

Psicologia – Gleitman

Direito Comunitário, IV vol. – J. Mota Campos

Textos Clássicos

14 volumes publicados

Próxima publicação:

A cidade de Deus, III vol. – Santo Agostinho

Cultura Portuguesa

35 volumes publicados

Próxima publicação:

Obra Completa de Joaquim de Carvalho, VIII vol.

Capa de Sebastião Rodrigues