

UEM

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: EDUCAÇÃO**

GILMAR ALVES MONTAGNOLI

**JUSTIÇA E CONFIGURAÇÃO SOCIAL: AS ORDENAÇÕES
FILIPINAS COMO ELEMENTO EDUCATIVO NA AMÉRICA
PORTUGUESA (SÉCULO XVII)**

GILMAR ALVES MONTAGNOLI

**MARINGÁ
2017**

2017

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: EDUCAÇÃO**

**JUSTIÇA E CONFIGURAÇÃO SOCIAL: AS ORDENAÇÕES
FILIPINAS COMO ELEMENTO EDUCATIVO NA AMÉRICA
PORTUGUESA (SÉCULO XVII)**

GILMAR ALVES MONTAGNOLI

**MARINGÁ
2017**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: EDUCAÇÃO**

**JUSTIÇA E CONFIGURAÇÃO SOCIAL: AS ORDENAÇÕES FILIPINAS
COMO ELEMENTO EDUCATIVO NA AMÉRICA PORTUGUESA (SÉCULO
XVII)**

Tese apresentada por GILMAR ALVES MONTAGNOLI ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá, como um dos requisitos para a obtenção do título de Doutor em Educação.

Área de Concentração: EDUCAÇÃO.

Orientador:

Prof. Dr.: CÉLIO JUVENAL COSTA

MARINGÁ
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(Biblioteca Central - UEM, Maringá – PR., Brasil)

Montagnoli, Gilmar Alves
M758j Justiça e configuração social: as
ordenações Filipinas como elemento
educativo na América Portuguesa (Século
XVII) / Gilmar Alves Montagnoli. --
Maringá, 2017.
165 f.

Orientador: Prof. Dr. Célio Juvenal
Costa.

Tese (Doutorado em Economia)-
Universidade Estadual de Maringá. Centro
de Ciências Humanas, Letras e Artes.
Programa de Pós-graduação em Educação.

1.História da Educação. 2.América
Portuguesa. 3.Império Colonial. 4.
História do direito português. 5.Processo
civilizador - Elias, Nobert, 1897-1990.
6. Monopólio da violência. I.Costa, Célio
Juvenal, orient. II. Universidade Estadual
de Maringá. Centro de Ciências Humanas,
Letras e Artes. Programa de Pós-graduação
em Educação.

370.9 21.ed.

Cicilia Conceição de Maria
CRB9- 1066
CC-003899

GILMAR ALVES MONTAGNOLI

**JUSTIÇA E CONFIGURAÇÃO SOCIAL: AS ORDENAÇÕES FILIPINAS
COMO ELEMENTO EDUCATIVO NA AMÉRICA PORTUGUESA (SÉCULO
XVII)**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Célio Juvenal Costa (Orientador) - UEM

Prof^a. Dr^a. Magda Carmelita Sarat Oliveira - UFGD -
Dourados

Prof^a. Dr^a. Vanessa Campos Mariano Ruckstadter - UENP
- Jacarezinho

Prof. Dr. Sezinando Luiz Menezes - UEM

Prof. Dr. Mário Luiz Neves de Azevedo - UEM

Aprovação: 31 de março de 2017

Dedico

Aos meus pais, Emanuel e Zélia.

À Gisele, exemplo de superação.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. Célio Juvenal Costa, pela amizade, confiança e dedicação.

Aos/às professores/as que contribuíram na apreciação da tese: Dr^a. Magda Sarat Oliveira, Dr^a. Vanessa Campos Mariano Ruckstadter, Dr. Mário Luiz Neves de Azevedo, Dr. Sezinando Luiz Menezes, Dr. Rivail Carvalho Rolin e Dr. Paulo de Assunção.

Ao Programa de Pós-Graduação em Educação da UEM, especialmente ao secretário Hugo Alex e à secretária Márcia Galvão, pela atenção.

Ao Laboratório de Estudos do Império Português (LEIP/UEM), pelos estudos proporcionados.

Ao Programa de Educação Tutorial (PET-Pedagogia), que ainda na graduação possibilitou vivências acadêmicas importantes.

Ao Departamento de Teoria e Prática da Educação (DTP), pelo apoio.

Aos familiares e amigos que acompanharam os desafios que envolveram a realização deste trabalho. Foi imprescindível poder contar com o apoio, a torcida, o companheirismo e a paciência de todos ao longo dessa jornada.

À Amanda, que chegou no final do processo, justamente quando mais necessária se fez sua presença.

Muito obrigado!

Li, certa vez, a história de um grupo de pessoas que subia cada vez mais alto no interior de uma torre desconhecida e muito elevada.

Os da primeira geração chegaram até o quinto andar, os da segunda, até o sétimo, os da terceira até o décimo. No decorrer do tempo, seus descendentes atingiram o centésimo andar. Foi então que a escada desmoronou.

As pessoas se instalaram no centésimo andar. Com o passar do tempo, esqueceram-se de que um dia seus ancestrais haviam habitado os andares inferiores, e também a maneira como elas mesmas haviam chegado ao centésimo andar.

Passaram a considerar o mundo, bem como a si mesmas, a partir da perspectiva do centésimo andar, ignorando como os seres humanos haviam chegado ali.

Chegavam até a acreditar que as representações que forjavam para si mesmas a partir da perspectiva de seu andar eram compartilhadas pela totalidade dos homens.

NORBERT ELIAS – SOBRE O TEMPO

MONTAGNOLI, Gilmar Alves. **JUSTIÇA E CONFIGURAÇÃO SOCIAL: AS ORDENAÇÕES FILIPINAS COMO ELEMENTO EDUCATIVO NA AMÉRICA PORTUGUESA (SÉCULO XVII)**. 165 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá. Orientador: Prof.º Dr. Célio Juvenal Costa. Maringá, 2017.

RESUMO

O objetivo da tese é analisar a administração da justiça na América portuguesa do século XVII, a fim de identificar suas possibilidades educativas. A pesquisa se insere nas produções do Laboratório de Estudos do Império Português (LEIP-UEM), que realiza estudos e pesquisas sobre o Império Colonial Português da época Moderna. Como contribuição aos estudos do grupo, estabelece relação entre educação e direito, considerando a primeira em sentido amplo, como fenômeno social, um processo de aprendizagem da forma de ser que ocorre nas relações humanas, e o segundo em seu caráter de controle e comprometimento com determinada organização social. Para tanto, são tomadas como fonte as Ordenações Filipinas, código jurídico publicado no ano de 1603. Sua análise é fundamentada na teoria de Norbert Elias, especialmente no modo como o autor analisa as alterações ocorridas na estrutura da personalidade dos indivíduos. Partiu-se do entendimento de que, tal como propõe a teoria, as Ordenações reais expressam o esforço de controle do Estado sobre os indivíduos, possível graças à monopolização da violência física pelo Estado. Assim, a norma expressa o anseio de controlar as ações humanas, coibindo comportamentos indesejados e motivando práticas tidas como ideais no contexto. Traduz a necessidade de regulamentação das atividades do Estado e, mais especificamente, das ações individuais, expressando a constante correspondência entre estrutura social e estrutura do ser individual. A análise revelou iniciativas no sentido de exercer o monopólio da violência e, desse modo, a prática do mecanismo de internalização das coerções sociais. Além da força física, foram identificados dispositivos capazes de estimular a vigilância mútua e que despertavam sentimentos com condições de atuar na formação de uma “segunda natureza”, na internalização de hábitos. Conforme a hipótese inicial, a administração da justiça na América portuguesa explicita iniciativas de controle que atuavam na configuração social, dadas as condições dos mecanismos explorados de agir sobre a estrutura da personalidade dos indivíduos. Considerando que as estruturas sociais exercem certo constrangimento sobre aqueles que as formam, teria o direito ocupado algum lugar na configuração social analisada, uma vez que dispositivos que atuam nesse padrão estabelecido socialmente foram identificados. Conclui-se que, na perspectiva daquilo que Norbert Elias chama de “processo civilizador”, a fonte do estudo pode ser considerada como um mecanismo na definição dos termos da vivência social, uma maneira de estabelecer condutas ideais, revestida de caráter educativo.

Palavras-chave: Educação; América portuguesa; Ordenações Filipinas.

MONTAGNOLI, Gilmar Alves. **JUSTICE AND SOCIAL CONFIGURATION: THE PHILIPPINE ORDINATIONS AS AN EDUCATIONAL ELEMENT IN PORTUGUESE AMERICA (17th CENTURY)**. 165 f. Thesis (Doctorate in Education) – State University of Maringá. Supervisor: Dr. Célio Juvenal Costa. Maringá, 2017.

ABSTRACT

This present thesis has on its purpose to analyze the administration of justice in the Portuguese America of the seventeenth century in order to identify their educational possibilities. The research is part of the Laboratory of Studies of the Portuguese Empire (LEIP-UEM) production, which conducts studies and researches on the Portuguese Colonial Empire of the Modern period. As a group's studies contribution, it establishes the relationship between the education and the law, considering the first in a more broad sense, as a social phenomenon, a process of learning the way of being that occurs in human relations, and the second in a character of control and commitment to some social organization. Therefore, the Philippine Ordinances, a legal code published in 1603, were taken as a source. Their analysis was based on Norbert Elias's theory, especially in how the author analyzes the personality structure changes of the individuals. It was based on the understanding, as proposed by the theory, that the Royal Ordinances express the effort of physical violence control of the State over individuals. Therefore, the norm state the desire to control human actions, curbing unwanted behaviors and motivating what is considered ideal practices in this context. It expresses the need to regulate the activities of the State and, more specifically, the individual actions, expressing a constant correspondence between the social and individual structure. It was revealed by the analysis initiatives to use the monopoly of violence and, thus, the practice of a mechanism of social coercion internalization. In addition to physical strength, were identified devices capable of stimulating mutual vigilance and awakening feelings of a "second nature" in the internalization of human habits with conditions to update its formation. According to the initial hypothesis, the Portuguese America administration of justice explicitly controls the initiatives that acts on social configurations, given as conditions of mechanisms explored to act over an individual personality structure. Although social structures affect certain constraint on those who form them, it would have the same place of right occupied in the analyzed social configuration, since devices that act in this socially established pattern were identified. From the perspective of what Norbert Elias calls the "civilizing process", it is concluded that the source of the study can be considered as a mechanism in the definition of the terms of social experience, a way of establishing ideal conducts, with an educational character.

Key words: Education; Portuguese America; Philippines Ordinations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. SOBRE AS ORDENAÇÕES FILIPINAS.....	25
1.1 A Legislação do Reino de Portugal: As Ordenações Filipinas	25
1.2 A Administração da Justiça como Possibilidade de Análise do Império Português no Século XVII	34
2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PORTUGUÊS	38
2.1 Transformações Sociais, Centralização do Poder Real e Alterações Legais	38
2.2 A Administração da Justiça na América Portuguesa.....	47
3. DIREITO: RELAÇÃO SOCIAL, PODER E EDUCAÇÃO	57
3.1 Direito e Configuração Social.....	57
3.2 O Direito como Poder Simbólico	71
3.3 Controle dos Impulsos e Aprendizagem Humana em Norbert Elias	86
3.4 Educação, Direito e Controle das Pulsões: a Norma, o Exemplo e o Castigo nas Ordenações Filipinas.....	91
4. EDUCAÇÃO, DIREITO E CONTROLE SOCIAL: AS ORDENAÇÕES FILIPINAS E A ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE COLONIAL BRASILEIRA	119
4.1 A Religiosidade	124
4.2 A Realeza	132
4.3 Economia e Sociedade	141
CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS.....	159

INTRODUÇÃO

Os caminhos percorridos até aqui são reveladores de muitas opções feitas na tese. O tema, os objetivos definidos, o recorte temporal delimitado, a fonte selecionada para a análise, a bibliografia e todos os demais elementos que dão forma ao trabalho resultam de uma trajetória acadêmica que necessita ser mencionada.

Merece registro, nessa trajetória, uma licenciatura em História, concluída no ano de 2005, seguida de outra, em Pedagogia, motivada pela ânsia de melhor compreender questões acerca do ensino e da aprendizagem. No novo curso, inevitáveis foram as relações estabelecidas entre as áreas de conhecimento, com destaque ao exercício da pesquisa em História da Educação. A oportunidade de integrar o Laboratório de Estudos do Império Português (LEIP/UEM)¹ possibilitou o contato com estudos e pesquisas sobre o Império Colonial Português da época Moderna, experiência decisiva à tese desenvolvida.

O exercício de pensar o período por meio de diferentes enfoques revelou a necessidade de uma abordagem no âmbito do direito, que se mostrara promissor no sentido de compreender o contexto o qual se debruça o grupo. Um Projeto de Iniciação Científica e um Trabalho de Conclusão de Curso foram realizados, ainda explorando aspectos mais abrangentes da legislação portuguesa e suas possibilidades de análise. Abririam espaço ao desenvolvimento de uma dissertação de Mestrado² e da presente tese de Doutorado, estas considerando as relações entre educação e direito.

¹ Propõe-se o LEIP a: Estimular a elaboração de Projetos de Iniciação Científica voltados para o estudo de temas relacionados ao Império Colonial Português; dar suporte ao desenvolvimento de projetos vinculados a diferentes programas de pós-graduação da UEM voltados para as temáticas do laboratório; promover cursos de extensão, ciclos de estudos, palestras, mesas redondas, simpósios e demais atividades centradas nos estudos da história do Império Colonial Português; estimular a produção de material didático (inclusive para o ensino a distância) sobre temáticas relacionadas ao LEIP; captar recursos financeiros junto a órgãos de fomento para o desenvolvimento de atividades didáticas, de pesquisa e de extensão; realizar levantamento de fontes visando a formação de um acervo próprio em mídia digital; estimular a publicação dos resultados dos trabalhos desenvolvidos. No grupo, diversas possibilidades de compreender o período são colocadas em prática por meio da pesquisa.

² O trabalho (MONTAGNOLI, 2013) teve como foco o livro V (penal) das Ordenações, com destaque ao caráter punitivo da norma. O referencial teórico que embasa esta tese abriu a

Já na elaboração da tese, o contato com o Grupo de Pesquisa Processo Civilizador, da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), teve importante papel, levando em conta os encaminhamentos aqui possibilitados. A participação em eventos nacionais e internacionais promovidos pelo grupo, bem como o acesso ao material produzido, que permitiu a leitura de respeitados intérpretes do pensamento eliasiano, possibilitaram um olhar melhor fundamentado ao lugar do direito na configuração social, explorado na tese. Isso posto, a apresentação do trabalho em si se faz mais revestida de sentido.

Realizada no Programa de Pós-Graduação em Educação (PPE-UEM), linha de pesquisa História e Historiografia da Educação, esta tese tem como foco a sociedade colonial brasileira, especificamente no século XVII, período cujo início é marcado pela publicação da fonte analisada, as Ordenações Filipinas (1603), legislação portuguesa de alcance na Colônia. O estudo parte das relações que se estabelecem entre educação e direito, aquela considerada em uma concepção ampla, como fenômeno social, e este analisado em suas possibilidades educativas, dado seu comprometimento com determinado projeto de sociedade.

Considerando tais relações, a pesquisa problematiza o caráter educativo do direito e suas possibilidades de interferência nos rumos de determinada sociedade. O objetivo, então, é analisar a administração da justiça na América portuguesa do século XVII buscando suas possibilidades educativas. A tese formulada parte de uma percepção inicial acerca do direito português de que seus dispositivos teriam atuado no controle das pulsões, com condições de modificar a natureza humana. A hipótese de que a norma contém mecanismos educativos instigou o estudo da administração da justiça vigente na América portuguesa na busca por elementos que teriam sustentado aquela organização social.

Entendendo a educação como um processo de aprendizagem da forma de ser que ocorre nas relações humanas, a pesquisa associa educação e direito buscando as possibilidades deste de suscitar valores, de adaptar o sujeito à sua sociedade. É nesse sentido que se estabelece, com base nas formulações de Norbert Elias, relações entre educação, punição e controle das pulsões. É

possibilidade de ampliar o estudo aos demais livros da fonte e aprofundar a análise, explorando elementos educativos que extrapolam a punição.

considerado que há íntimas relações entre as transformações gerais sofridas pelas sociedades e as alterações ocorridas nas estruturas de personalidade dos indivíduos que a compõem. Logo, modificações ocorridas na estrutura das sociedades afetam a estrutura da personalidade de seus membros, agindo no controle dos impulsos e levando ao autocontrole.

De acordo com as formas de relações sociais que se configuram e o grau de interdependência das pessoas, o nível de controle das emoções é alterado. Na medida em que as pessoas são obrigadas a viver pacificamente em sociedade, entra em cena o controle social, que é a observação de uns pelos outros. Pouco a pouco as pessoas passam a policiar o próprio comportamento, controlando seus desejos, suas pulsões.

O exposto sugere, como anunciado, que a fonte explorada teria atuado na configuração social³ da América portuguesa, no século XVII, percepção que conduz à análise do lugar da justiça no contexto. Entende-se que a administração da justiça é a chave para a compreensão de aspectos educativos da sociedade colonial brasileira, isto porque revela os rumos pretendidos para aquela sociedade e os meios buscados para atingi-los. Em outras palavras, o código possui um caráter educativo, considerado o ideal de homem e de mundo que ali está posto, bem como o projeto de sociedade vislumbrado.

Acerca da justificativa da pesquisa, importante apontar dois elementos: a escassez de estudos histórico-jurídicos da América portuguesa no período

³ Em Elias (1970), o problema das interdependências humanas é colocado no centro da teoria sociológica. Assim, a configuração é entendida como um “padrão” criado pelos jogadores, padrão este mutável que compreende o conjunto criado pelos jogadores através de ações nas relações com os outros. Jogo, por sua vez, é um sistema de interdependência complexo que o autor se utiliza para pensar relacionalmente os grupos humanos. Tais aspectos serão melhor discutidos ao longo do trabalho, agora, necessários são esclarecimentos sobre os termos *figuração* e *configuração*, fundamentais na obra de Elias e muito presentes neste trabalho, entendidos e tomados como sinônimos, sendo a diferença decorrente da tradução. A consideração é baseada no primeiro volume de *Escritos & Ensaio*s, organizado e apresentado por Federico Neiburg e Leopoldo Waizbort (2006), que traz textos dispersos escritos por Norbert Elias. Sobre *figuração*, é ressaltado o seu caráter humano e seu potencial organizador na sociedade. Nessa forma de entendimento, “[...] Embora não possuam um começo absoluto, não tendo nenhuma outra substância a não ser seres humanos gerados por mãe e pais, as sociedades humanas não são simplesmente um aglomerado cumulativo dessas pessoas. O convívio dos seres humanos em sociedades, tem sempre, mesmo no caos, na desintegração, na maior desordem social, uma forma absolutamente determinada. É isso que o conceito de *figuração* exprime.” (NEIBURG; WAIZBORT, 2006, p. 26). Em virtude de sua interdependência, os seres humanos agrupam-se sempre na forma de *figurações* específicas. A definição apresentada para *figuração* converge com o entendimento de *configuração* presente em obras de Elias, que por sua vez respalda discussões ao longo da tese.

abordado, situação ainda mais evidente no campo da educação; e a relevância da fonte ao período da análise. No que se refere ao primeiro, há iniciativas diversas de uso das Ordenações Filipinas como documento histórico, no entanto, relações com a educação na América portuguesa não foram encontradas. Em levantamento realizado nos mencionados estudos anteriores e atualizado para a tese, o ineditismo da abordagem aqui proposta merece destaque.

No Programa de Pós-Graduação em Educação (PPE/UEM) não foram escritas dissertações ou teses que analisam de maneira privilegiada as Ordenações Filipinas. Questões educacionais do período têm sido abordadas sob vários enfoques e, por sua vez, contribuem na compreensão do contexto histórico desta pesquisa. É o caso das dissertações de Anderson dos Santos de Oliveira (2015), que tem como título *A vida e a mercância jesuítica na América portuguesa quinhentista: um estudo a partir de um inventário das cartas enviadas do Brasil no século XVI*, a de Natália Cristina de Oliveira (2015), sobre *A educação jesuítica e o colégio de Santo Antão, de Lisboa, no século XVI*, o trabalho de Cíntia Mara Bogo Bortolossi (2015), *Universidade Jesuítica de Évora: atividades administrativas, pedagógicas e científicas no século XVI*, de Priscila Kelly Cantos (2009), que analisa *A educação na Companhia de Jesus: um estudo sobre os colégios jesuíticos*, de Amanda Melissa Bariano de Oliveira (2012), que discute *Educação e religião no Brasil do século XVII: padre Antonio Vieira e a escravidão*, a de Vanessa Campos Mariano Ruckstadter (2007), que trata da *Presença jesuítica na Vila de Paranaguá: o processo de estabelecimento do colégio jesuítico (1708-1759)* e a dissertação de Flávio Massami Martins Ruckstadter (2006), intitulada *Análise da construção histórica da figura “heróica” do padre José de Anchieta*. Apenas para citar alguns exemplos.

São pesquisas, como mencionado, que tratam de aspectos educacionais referentes ao período do estudo aqui realizado, logo, possibilitam compreender elementos do contexto e refletir sobre a atividade educacional praticada. No entanto, não há pesquisas dedicadas ao estudo da legislação colonial, mais especificamente. Na linha de História e Historiografia da Educação e no âmbito do direito, merece menção a dissertação de Solange Montanher Rosolen (2013), intitulada *As reformas pombalinas e as mudanças no ensino jurídico na Universidade de Coimbra*, que aponta elementos de reflexão sobre os

fundamentos do ensino jurídico português, a partir da análise das alterações promovidas pela reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra, em 1772. Também nessa linha, a dissertação de Cássia Giseli Beraldo Pereira Maciel (2009), *As origens medievais do ensino de direito em Bolonha*, que analisa acontecimentos históricos que pautaram a sociedade medieval dos séculos X ao XIII, buscando os reflexos ao ensino. O estudo foca mais o contexto de criação da Universidade, discussão que perpassa a estruturação do curso de Direito na cidade de Bolonha, objeto da pesquisa.

No banco de teses e dissertações da Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), há iniciativas de uso das Ordenações Filipinas como fonte em variados sentidos. Em dissertação de Mestrado, Daniel Tomazine Teixeira (UFF/2011) discute o *Enquadramento da pobreza em Portugal do Baixo Medieval: assistencialismo e repressão estatal (séculos XIV/XV)*, estudo da área de História Social que analisa o enquadramento da pobreza pelo Estado em fins da Idade Média portuguesa, valendo-se de um corpus documental constituído, basicamente, pelo Livro das Leis e Posturas, Ordenações Del-Rei Dom Duarte, Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas e de cartas, testamentos e doações para as misericórdias e para o “amparo dos pobres”, disponíveis no acervo do Real Gabinete Português de Leitura, no Rio de Janeiro.

Em dissertação da área de História Econômica, intitulada *Economia da palavra: ações de almas nas minas setecentistas*, Cláudia Coimbra do Espírito Santo (USP/2003) analisou o desenvolvimento das relações econômicas e, paradoxalmente, a ausência de moeda para as transações comerciais vivenciada pela população de Vila Rica no decorrer do século XVIII. O objetivo do trabalho é estudar as estratégias sócio-econômicas adotadas pelos moradores para a obtenção de crédito. As Ordenações Filipinas forneceram o status jurídico e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia fundamentaram a crença no valor da palavra, por meio da qual as dívidas e créditos eram contraídos, sendo que muitos foram demandados na justiça civil de Vila Rica, sistema que gerou uma sociedade de dívida generalizada.

Outro estudo realizado com base nas Ordenações Filipinas é a tese de Ana Maria Colling (PUC-RS/2000), *A construção da cidadania da mulher brasileira –*

igualdade e diferença. Recorre-se à compilação a fim de abordar a construção da cidadania feminina no Brasil, com foco à histórica exclusão das mulheres do direito de cidadania.

Além das pesquisas citadas, há várias outras iniciativas, porém situadas na área do direito, o que é mais comum. Em dissertação de mestrado, Beatriz de Souza Cabezas (PUC-SP/2008) discutiu os *Crêterios judiciais de aplicaçaõ das medidas socioeducativas*, analisando as peculiaridades e diferenciações destes com relação às penas. Para tanto, analisou a legislação relacionada à matéria desde as Ordenações Filipinas até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Normalmente, no campo do direito, quando o estudo requer uma abordagem de cunho histórico das leis, as Ordenações Filipinas são retomadas. O que se quer evidenciar é a ausência de estudos na área da História da Educação tendo como fonte a legislação portuguesa do século XVII. Analisar as Ordenações Filipinas no âmbito da História da Educação colonial é, nesse sentido, um desafio necessário.

No que se refere ao segundo ponto que justifica a pesquisa, que é a relevância da fonte ao período de análise, algumas considerações se fazem necessárias. Primeiro, que a compilação de normas vigorou durante boa parte do período colonial. É preciso considerar que “Antes da proclamação da Independência, em 1822, o Brasil não possuía legislação própria positivada e o Direito Penal oficial previsto para a aplicação das sanções aos delinqüentes no território brasileiro era o Direito português, em especial as Ordenações Filipinas” (PAULO, 2008, p. 174-175). Outros conjuntos de normas antecederam às Ordenações Filipinas, tais como as Ordenações Afonsinas (1446) e as Manuelinas (1521). A opção por analisar o código filipino é justificada pelo fato de este ter vigorado por mais tempo no Brasil.

As Ordenações portuguesas, ao longo de sua história, levaram o nome de seus mandantes régios. As primeiras a vigorar foram as Ordenações Afonsinas (1446), ordenadas por Afonso IV. Tendo iniciado a fase das codificações modernas na Europa, elas resultaram de um vasto trabalho de consolidação e possuíam cinco livros que versavam, numa categorização mais moderna, sobre Direito Administrativo (Livro I), Direito Constitucional (Livro II), Processo Civil (Livro III), Direito Civil (Livro IV), e Direito e processo Criminal (Livro V). Em 1521 as Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas,

elaboradas no reinado de D. Manuel. Além das Ordenações Afonsinas, mantendo inclusive a mesma sistematização, as Manuelinas foram constituídas pelas leis extravagantes⁴ promulgadas até então. Finalmente, entraram em vigor as Ordenações Filipinas (1603), que continham a mesma orientação técnica das compilações anteriores (cinco livros subdivididos em títulos e parágrafos). Apesar de sua vigência ter iniciado em 1603, no reinado de Filipe II, sua elaboração iniciou-se em 1583, sob a égide de Filipe I.

Em resumo, as Ordenações foram compilações jurídicas organizadas pelos monarcas da época (séculos XV, XVI e XVII), com o intuito de reunir em um só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes de direito, que por estarem avulsas, tornava-se muito difícil a correta aplicação do direito. Conforme mencionado, as Ordenações Filipinas não alteraram a sistematização adotada pelas Ordenações anteriores. Tentou-se simplesmente fazer uma atualização do texto manuelino inserindo as leis extravagantes surgidas nesse período.

Assim, a seleção das Ordenações Filipinas para a análise da América portuguesa se deve ao fato de a compilação, de certa forma, conter a mesma estrutura e preservar os principais aspectos das anteriores. Outra justificativa é que o código filipino vigorou no Brasil por mais tempo, inclusive após a independência, em 1822. A historiadora Sílvia Hunold Lara, que organizou a edição comentada de Ordenações Filipinas, Livro V (1999), destaca sua “[...] importância para a experiência brasileira, tanto no período colonial como nas primeiras décadas do Império”. A autora afirma que o livro “[...] conserva elementos indissociáveis do mundo em que foi concebido” (LARA, 1999, p. 45).

Ao pretender regulamentar todos os aspectos da vida dos súditos, as Ordenações Filipinas expressam determinado ideal de sociedade. Nesse sentido, as normas possibilitam reflexões acerca daquela organização social, os valores tidos como importantes, as principais preocupações, os anseios. O próprio caráter punitivo da legislação, por exemplo, evidencia elementos relevantes da sociedade analisada. Com base no rigor da punição aplicada em cada situação prevista nas

⁴ Na sequência de cada um dos períodos em que foram publicadas as Ordenações, houve novas necessidades, gerando as leis extravagantes. Com a passagem do tempo, também estas leis tiveram de ser compiladas.

Ordenações, é possível refletir acerca daquilo que era essencial aos súditos portugueses, os comportamentos tidos como aceitáveis, bem como aqueles que deveriam ser reprimidos e combatidos.

Importante considerar que o direito oficial no Brasil Colônia tinha como objetivos principais garantir a arrecadação tributária pela Metrópole, a exploração da matéria-prima e a previsão de penas cruéis aos desobedientes a fim de evitar que o poder do soberano fosse ameaçado (WOLKMER, 1994). Para tanto, a atuação do direito extrapolava a força física, considerando suas possibilidades educativas. Com base no entendimento de que todo comportamento social é resultante de um processo de aprendizado, um aprender que diz respeito ao viver coletivamente, em contato com os outros, a legislação portuguesa do século XVII teria desempenhado um papel decisivo na formação dos súditos e, conseqüentemente, na efetivação do modelo de sociedade que estava posto.

A legislação do período colonial brasileiro é considerada nesta tese como elemento de um projeto de sociedade, atuando como parte de um processo civilizador⁵. A compilação, com suas normatizações e punições previstas, manifestou iniciativas no sentido de controlar os impulsos, bem como atuar no autocontrole. No contexto em que o código vigorou, conforme indica a análise de Elias (1994), a teia de ações se tornara mais complexa e extensa, exigindo do indivíduo maior esforço para se comportar “corretamente” dentro dela. A progressiva divisão de funções e o crescimento de cadeias de interdependência⁶, direta ou indiretamente, se tornavam integrados em cada ação do indivíduo.

Tais transformações expressam elementos da relação entre indivíduo e sociedade, relevante na perspectiva de análise adotada. Na compreensão de Elias (2006), “sociedade [...] somos todos nós; é uma porção de pessoas juntas”.

⁵ Norbert Elias, tomando como objeto os variados tipos de comportamento das sociedades de corte, constatou, de um ponto de vista a longo prazo, um movimento de controle cada vez maior dos instintos. Esse é o processo civilizador, no qual as estruturas emocionais incorporam controles e se modificam de acordo com as transformações que acontecem na própria sociedade. A análise, sociogenética e psicogenética, destaca o processo de afastamento cada vez maior da “naturalidade”, ou, uma caminhada ao controle dos impulsos infundável.

⁶ O problema das interdependências humanas é colocado no centro da teoria sociológica de Norbert Elias. O autor defende que a sociologia tem como campo de estudo as configurações de seres humanos interdependentes. Logo, devido à sua interdependência e ao modo como suas ações e experiências se interpenetram, os indivíduos formam um tipo de configuração, uma espécie de ordem dominante (ELIAS, 1970).

(ELIAS, 2006, p. 13). O autor ressalta que as sociedades são diferentes dependendo do contexto. Sua existência e manutenção é explicada por ações de um grande número de pessoas que agem isoladamente, ainda que independa de intenções de qualquer pessoa em particular.

O teórico rejeita o modelo conceitual da criação racional e deliberada de uma obra, que “[...] aborda as formações sócio-históricas como se tivessem sido concebidas, planejadas e criadas tal como agora se apresentam ao observador retrospectivo, por diversos indivíduos ou organismos” (ELIAS, 2006, p. 13). É rejeitada também a compreensão oposta, para a qual o indivíduo não desempenha papel algum. Nesse entendimento, “A sociedade é concebida, por exemplo, como uma entidade orgânica supra-individual que avança inelutavelmente para a morte, atravessando etapas de juventude, maturidade e velhice”. (ELIAS, 2006, p. 14).

É argumentado que o fato de cada ser humano ser criado por outros que existam antes dele, vivendo como parte de uma associação de pessoas, não indica que o indivíduo seja menos importante do que a sociedade, nem que ele seja um “meio” e a sociedade o “fim”. A relação entre a parte e o todo é uma certa forma de relacionamento, nada mais. Levanta-se uma problemática em torno do termo “todo”, geralmente referente a algo mais ou menos harmonioso, o que definitivamente não expressa a vida social dos seres humanos, repleta de contradições e tensões. De qualquer maneira, é observado que “[...] há também, claramente, uma ordem oculta e não diretamente perceptível pelos sentidos”. (ELIAS, 2006, p. 15). Esta ordem invisível oferece ao indivíduo uma gama mais ou menos restrita de funções e modos de comportamento possíveis.

Essa ordem, em que são introduzidos os objetivos individuais, não deve sua origem a uma simples soma de vontades. Ao mesmo tempo, em virtude do que o autor chama de “inerradicável interdependência das funções individuais”, os atos de muitos indivíduos distintos precisam vincular-se ininterruptamente, para que as ações de cada indivíduo cumpram suas finalidades. Define o autor: “É essa rede de funções que as pessoas desempenham umas em relação a outras, a ela e nada mais, que chamamos ‘sociedade’”. (ELIAS, 2006, p. 23).

Com base no exposto, considera-se que a fixação do autocontrole mental enquanto traço de personalidade do ser humano acontece em função de vários

elementos, tal como a monopolização da força física e a crescente estabilidade dos órgãos centrais da sociedade. O controle, como é enfatizado em alguns momentos da tese, pode ser o controle exercido pelo Estado sobre o indivíduo, através de suas leis, como pode ser o controle exercido pelos outros indivíduos dentro do convívio social, ou ainda o autocontrole, um código social de conduta gravado tão fortemente no indivíduo a ponto de tornar-se um elemento constituinte dele próprio, agindo até quando se encontra sozinho. Juntamente com essa crescente divisão do comportamento no que é e não é publicamente permitido, a estrutura da personalidade também se transforma. As proibições apoiadas em sanções sociais se reproduzem no indivíduo como formas de autocontrole, ao passo que a pressão para restringir seus impulsos e a vergonha sociogenética que os cerca atuam na internalização de hábitos.

É fundamental à análise desenvolvida a consideração de Elias (1994) de que geralmente o monopólio da violência física não controla o indivíduo por meio de ameaça direta, mas o controle mais importante se dá dentro do próprio indivíduo. O autor destaca a importância desse tipo de controle ao argumentar que sociedade alguma pode sobreviver sem que seus indivíduos não internalizem esse tipo de controle. A relação é de uma constante correspondência entre “[...] estrutura social e estrutura da personalidade, do ser individual” (ELIAS, 1994, p. 189). Os mecanismos de controle do Estado sobre o indivíduo, então, contam com o estímulo de meios desses indivíduos controlarem uns aos outros dentro do convívio social e situações que levavam ao autocontrole e à internalização de hábitos.

Considerando as possibilidades de análise que a compilação permite e com base no referencial teórico adotado, a tese tem como foco o caráter educativo do direito e seu lugar na configuração social no período em questão. Para tanto, o trabalho segue uma organização que se inicia com a caracterização inicial da fonte, passando pela justificativa de sua seleção para a análise, pela relação entre direito e configuração social, pelo poder simbólico do direito, pelas relações entre direito e educação e a organização da sociedade colonial brasileira com base na fonte. Os capítulos são os seguintes:

No primeiro, intitulado *Sobre as Ordenações Filipinas*, é caracterizada a fonte analisada na tese e apontada a justificativa de sua escolha. Não é ainda a análise proposta, mas o fornecimento de alguns elementos importantes para a compreensão da discussão empreendida ao longo da tese. Questões como os esforços que envolvem o acesso e a leitura do documento, bem como seu conteúdo, organização e contexto de elaboração são tratadas no capítulo. No item *A administração da justiça como possibilidade de análise do Império português no século XVII*, é evidenciado que a justiça era a primeira responsabilidade do rei, o que revela o valor da lei e justifica a abordagem realizada.

No segundo capítulo são discutidos alguns *Aspectos históricos do direito português*, encaminhamento que se justifica pela necessidade de entendimento da sociedade para a qual foram produzidas as Ordenações. Evidencia-se o fato de os códigos terem sido formulados a fim de atender exigências de uma nova ordem econômica, jurídica e política, além de se pensar o que ocasionou as novas configurações. São destacados acontecimentos que conduziram à centralização do poder do rei, bem como os seus desdobramentos. Um deles é o próprio ordenamento jurídico analisado, manifestação dessa centralização. São estabelecidas, portanto, relações entre transformações sociais, centralização do poder real e alterações legais, que por sua vez interferem na organização da América portuguesa.

O item intitulado *A administração da justiça na América portuguesa* reafirma que a aplicabilidade das Ordenações do Reino de Portugal se estendia às possessões portuguesas. É discutida a centralização administrativa da Colônia de maneira mais efetiva com a nomeação de um governador-geral, após o sistema de capitanias hereditárias não ter logrado o êxito esperado por Portugal. A mudança significou alterações nos rumos do poder judiciário, com o início da profissionalização/burocratização do sistema e dos seus agentes operadores (CRISTIANI, 2003). Essa maior centralização é analisada com base no Regimento de Tomé de Souza, expedido por D. João III, que estabelece a instituição do governo-geral no Brasil. Esclarecimentos são feitos acerca da delegação de poderes, que por sua vez não excluía o soberano, o qual mantinha um extenso poder de intervenção, já que a concessão de jurisdição não implicava sua perda, mas criava uma simultaneidade de jurisdições. Além disso, dispunha o

soberano de amplos poderes de revogação da jurisdição concedida. Destaca-se que os governadores-gerais do Brasil eram representantes do rei e possibilitaram ao monarca português, mesmo distante, exercer diversos poderes, compreensão que fortalece a análise das Ordenações.

No terceiro capítulo, intitulado *Direito: relação social, poder e educação*, a realidade é apresentada como uma construção social. No item *Direito e configuração social*, o conceito de direito é discutido em diálogo com o conceito de “configuração social”, central na teoria sociológica de Norbert Elias. É explicitada a compreensão de direito que permeia a análise, bem como o método que a embasa. O direito é apresentado como um instrumento de controle do comportamento dos indivíduos de uma sociedade, atuando assim na configuração social, um “padrão” estabelecido socialmente, por sua vez mutável de acordo as relações que vão se estabelecendo. Fundamental na discussão empreendida é o constrangimento exercido pelas estruturas sociais sobre aqueles que as formam (ELIAS, 1970) e a atuação do direito nas chamadas forças sociais, que são forças exercidas pelas pessoas, sobre outras pessoas e sobre elas próprias. Dado o caráter incontornável das teias entrecruzadas de relações formadas pelas pessoas, o direito pode manter ou mesmo transformar determinadas configurações sociais.

A discussão acerca das formas de controle da sociedade estabelecidas pelo direito é ampliada levando em consideração a perspectiva do poder simbólico. Nesse sentido, o item *O direito como poder simbólico* explora as possibilidades do direito de atuar na construção do mundo social, também sendo por este construído. É apontado que no campo do direito há relações de poder/saber que perpassam as relações sociais, bem como táticas e técnicas que atuam nessas relações. Pontos como a linguagem jurídica, e a atividade interpretativa, entre outros, são desenvolvidos no texto. A discussão sobre a função simbólica desempenhada pelo texto legal e o papel da norma jurídica na confirmação de valores sociais segue com a compreensão de legislação simbólica, conceito desenvolvido por Neves (2007). É ressaltado que as consequências dos textos legais extrapolam o cumprimento pleno daquilo que está positivado, o que contribui com a análise empreendida, considerando os limites do código tomado como fonte. Nesse sentido, é rejeitada pelo autor o que

ele chama de concepção simplista da inexistência ou irrelevância social da legislação ou dos textos legais carentes de eficácia normativa.

O item seguinte, intitulado *Controle dos impulsos e a aprendizagem humana em Norbert Elias*, é central na tese. Busca-se, nele, identificar o caráter educativo da administração da justiça vigente no período colonial, considerando o controle das emoções e as circunstâncias que nele interferem como elementos do controle social. Recorre-se, para tanto, a formulações de Elias (1970) acerca da aprendizagem humana, imprescindível na evolução dos padrões de comportamento. É destacada na análise a compreensão de civilização do autor, concebida, de modo simples, como o controle de outras pessoas convertido em autocontrole, um processo contínuo, não acabado ou possuidor de uma única causa. O entendimento considera as transformações gerais sofridas pelas sociedades e conseqüentes alterações ocorridas na estrutura da personalidade dos indivíduos que a compõem, o que inviabiliza pensar, como já esclarecido, os conceitos de indivíduo e de sociedade como categorias separadas.

Nesse sentido, modificações ocorridas nas sociedades afetam a estrutura da personalidade de seus membros, especificamente no que se refere ao controle dos impulsos, o autocontrole. As formas de relações sociais que se configuram e o grau de interdependência das pessoas interfere no nível de controle das emoções. Como observa Elias (1993), na medida em que as pessoas são obrigadas a viver pacificamente em sociedade entra em cena o controle social, que é a observação de uns pelos outros. Pouco a pouco as pessoas passam a policiar o próprio comportamento. Merece destaque na tese o entendimento de Elias (1994) acerca da fixação do autocontrole mental enquanto traço de personalidade do ser humano, que por sua vez acontece em função de vários elementos, tal como a monopolização da força física e a estabilidade dos órgãos centrais da sociedade. A formação desse tipo relativamente estável de monopólios faz com que as sociedades adquiram realmente essas características, em decorrência das quais os indivíduos que as compõem sintonizam-se, desde a infância, com um padrão altamente regulado e diferenciado de autocontrole.

Relevante são também as considerações de Elias (1994) que indicam diferentes manifestações de controle: o controle exercido pelo Estado sobre o

indivíduo, por meio de suas leis; o controle exercido pelos outros indivíduos dentro do convívio social; o autocontrole, um código social de conduta gravado tão fortemente no indivíduo a ponto de tornar-se um elemento constituinte dele próprio, agindo até quando se encontra sozinho. Ressalta-se que as proibições apoiadas em sanções sociais se reproduzem no indivíduo como formas de autocontrole, o que provoca transformação na estrutura da personalidade.

Defende-se que há nas Ordenações Filipinas iniciativas de controle, sendo os meios variados. É a análise realizada no item seguinte, intitulado *Educação, direito e controle das pulsões: a norma, o exemplo e o castigo nas Ordenações Filipinas*. Busca-se na fonte elementos que possibilitam pensar os mecanismos apontados. Além da força, é identificada a vigilância do outro, o sentimento de vergonha, o medo e demais ações que levavam ao autocontrole e à formação de uma “segunda natureza”. Conclui-se que, na perspectiva daquilo que Norbert Elias chama de “processo civilizador”, a fonte do estudo pode ser considerada como um mecanismo na definição dos termos da vivência social, uma maneira de estabelecer condutas ideais.

O quarto capítulo, finalmente, que tem como título *Educação, direito e controle social: as Ordenações Filipinas e a organização da sociedade colonial brasileira*, se propõe a compreender a organização da sociedade em que vigorou o código analisado, tomando como base suas próprias determinações. É destacada a questão da religiosidade, da realeza, bem como aspectos da economia e da sociedade do contexto.

Chama a atenção e relação entre direito, moral e religião, uma vez que a moral da sociedade como um todo se confundia com a moral cristã. A religiosidade era a forma de ser da sociedade estudada, cabendo ao rei sua preservação. Na condição de representante de Deus entre os homens e cabeça do corpo social, o rei ocupava posição central, único e legítimo distribuidor da justiça. Na análise, reflexos das transformações do contexto são percebidos, o que evidencia contradições diversas, próprias da complexidade da sociedade em questão.

1 SOBRE AS ORDENAÇÕES FILIPINAS

O objetivo deste capítulo é caracterizar a fonte e justificar sua opção para a análise. Quanto ao primeiro objetivo, não se trata, ainda, da análise propriamente dita, mas de uma caracterização do documento como um exercício no sentido de fornecer elementos para a compreensão da discussão empreendida ao longo deste trabalho. É preciso, desde já, conhecer o documento e as questões que motivaram sua seleção para a análise, o que deve contribuir na compreensão do sentido que a permeia. Quanto ao segundo objetivo, argumentar-se-á acerca da importância da fonte para compreender a administração da justiça como possibilidade de análise do Império português.

1.1 A LEGISLAÇÃO DO REINO DE PORTUGAL: AS ORDENAÇÕES FILIPINAS

É possível encontrar o documento nas versões impressa e digitalizada no Brasil. Inicialmente, a análise foi realizada com base em uma edição da editora Saraiva, de 1957, exemplar do próprio LEIP, e em uma edição do livro quinto, organizada por Sílvia Hunold Lara e publicada pela Companhia das Letras no ano de 1999, localizada na biblioteca da Universidade Estadual de Maringá (BCE). Esta versão muito tem contribuído em virtude da clareza das informações, consequência da atualização realizada em vários aspectos do texto. Oportuno observar que a fonte, em seu aspecto gráfico, expressa o contexto de sua produção, o que impõe algumas dificuldades à leitura. As informações de Lara (1999), acerca das modificações que realizou, fornecem elementos que indicam os desafios que envolvem o estudo das Ordenações:

Atualizei o texto em vários aspectos, a fim de facilitar sua leitura nos dias de hoje. Assim, a grafia das palavras comuns e a dos nomes próprios, bem como o uso de maiúsculas e minúsculas, foram aproximadas do padrão atual. Os arcaísmos sintáticos (pontuação, notação dos tempos verbais e verbos pronominais, regências verbais e nominais) foram também em grande parte atualizados. Algumas exceções foram mantidas, ao arripio da gramática vigente hoje em dia em benefício de algum sabor da época. É o caso da terceira pessoa do plural do verbo *haver* e

vários casos de pontuação, inseparáveis de construções pouco usuais na montagem contemporânea de frases e parágrafos.

As expressões em latim foram mantidas conforme a edição de Cândido Mendes de Almeida e grafadas nesta edição em itálico. Os arcaísmos semânticos e vocabulares foram conservados, sendo esclarecidos em notas ao pé da página. (LARA, 1999, p. 46-47).

A leitura da fonte exige um esforço adicional, diante de marcas do tempo e resquícios de restauração. Apesar dos obstáculos mencionados no que se refere à leitura do documento, encontrá-lo não tem sido um grande problema. Além de arquivos e bibliotecas, o documento é facilmente encontrado em buscas pela *internet*. O empenho, no entanto, tem sido no sentido de buscar edições mais originais, iniciativa que não desconsidera a relevância de versões atualizadas ao estudo. Recentemente foi localizada, em versão digitalizada, uma publicação do ano de 1870, primeira edição brasileira deste código. O documento pode ser baixado do setor de obras raras da Biblioteca Digital do Senado Federal (BDSF), que possui um acervo digital variado, dividindo-se entre livros, obras raras, artigos de revista, notícias de jornal, produção intelectual de senadores e servidores do Senado Federal, legislação em texto e áudio, entre outros documentos. Esta, então, tem sido a opção.

As Ordenações portuguesas foram compilações jurídicas organizadas pelos monarcas da época (séculos XV, XVI e XVII) com o intuito de reunir em um só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes de direito que, por estarem avulsas, tornava-se muito difícil a correta aplicação do direito. Três foram essas compilações: Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Trata-se de códigos abrangentes. Conforme considera Cândido Mendes de Almeida, na apresentação das Ordenações Filipinas, “[...] nos Codigos Portuguezes encontra-se a Legislação administrativa, fiscal, civil, commercial, criminal, militar, florestal e até a municipal; bem como a das relações entre a Igreja e o Estado” (ALMEIDA, 1870, p. 21).

A Ordenação Afonsina, primeira grande compilação das leis esparsas em vigor à época, foi organizada no reinado de D. Afonso V, que reinou em Portugal de 1438 a 1481. Está dividida em cinco livros, os quais tratam desde a história da própria necessidade daquelas leis, passando pelos bens e privilégios da Igreja,

pelos direitos régios e de sua cobrança, pela jurisdição dos donatários, pelas prerrogativas da nobreza e pela legislação especial para os judeus e mouros, pelo chamado direito civil, e, finalmente, o direito penal.

Livro I – Direito Administrativo e Organização Judiciária;
Livro II – Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros;
Livro III – Processo Civil;
Livro IV – Direito Civil e Direito Comercial;
Livro V – Direito Penal e Processo Penal (NASCIMENTO, 1984, p. 200).

As demais compilações seguem basicamente a mesma organização. A Ordenação Manuelina, publicada pela primeira vez em 1514, obteve sua versão definitiva em 1521, ano da morte do rei D. Manuel I. O código foi obra da reunião das leis extravagantes promulgadas até então com as Ordenações Afonsinas, visando a um melhor entendimento das normas vigentes. A invenção da imprensa e a necessidade de correção e atualização de algumas normas foram justificativas para a elaboração das novas leis.

As Ordenações expressam a centralização que marca o contexto estudado, bem como as iniciativas de controle e os elementos que junto a elas atuavam. A centralidade do direito português é um aspecto que merece atenção, dados os elementos políticos e religiosos que são analisados neste trabalho. O título LXIV do livro terceiro, que normatiza “Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações”, expressa um pouco do significado do código:

Quando algum caso fôr trazido em prática, que seja determinado per alguma Lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Còrte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja per elles julgado, sem embargo do que as leis Imperiaes ácerca do dito caso em outra maneira dispõem; porque onde a Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos dispõem, cessem todas as outras Leis, e Direito.

E quando o caso, de que se trata não fôr determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga peccado, per os Sagrados Canones.

E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados canones determinem o contrario.

As quaes Leis Imperiaes mandamos, somente guardar pola boa razão em que são fundadas. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, Liv III, Tit. LXIV).

Importante observar que as Ordenações eram aplicadas nos territórios pertencentes ao chamado Império português e, conseqüentemente, regulavam a vida na América portuguesa. Nesse sentido, as Ordenações Filipinas podem ser consideradas as mais importantes para o Brasil, uma vez que aqui tiveram aplicabilidade durante um grande período de tempo. No próprio documento analisado é apresentada a Lei de 20 de outubro de 1823, a qual “Manda vigorar no Império as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos Reys de Portugal até 25 de Abril de 1821; e, depois dessa epocha, as do Regente D. Pedro e as das Côrtes Portuguezas, enumerada em huma tabela.” (ALMEIDA, 1870, p. 75). Assim decretou a Assembleia Geral Constituinte do Império:

Art. 1.º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reys de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que S. M.⁷ Fidelissima, actual Rey de Portugal e Algarves se ausentou desta Côrte, e todas as que forão promulgadas daquella data em diante pelo Sr. D. Pedro de Alcantara como Regente do Brazil emquanto Reyno, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigio em Imperio, ficão em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, em quanto se não organisar hum novo Codigo, ou não forem especialmente alterados. (ALMEIDA, 1870, p. 75).

Conforme lembra Cristiani (2003), as normas relativas ao Direito Civil constantes das Ordenações Filipinas, por exemplo, vigoraram no Brasil até 1916, quando foi publicado o Código Civil Brasileiro. Em Portugal, é possível considerar que as Ordenações vigoraram até as primeiras décadas do século XIX, posto que a Lei que decretou o código criminal é de 16 de dezembro de 1830.

Trata-se da terceira compilação das leis civis, fiscais, administrativas, militares e penais portuguesas, iniciada entre 1583 e 1585, que ampliou as anteriores Ordenações Manuelinas, incorporando algumas novidades jurídicas e administrativas. Sob o título *Ordenações e leis do reino de Portugal, recopiladas por mandado do muito alto, católico e poderoso rei dom Filipe, o primeiro*, foram promulgadas em 1603, no reinado de Felipe II (Primeiro, em Portugal). Constituíram, a partir de então, o corpo legal de referência para Portugal e suas

⁷ Sua majestade.

colônias. A compilação “[...] constituiu o mais bem-feito e duradouro código legal português” (LARA, 1999, p. 34). As novas Ordenações foram necessárias devido à atualização com o direito vigente, pois algumas normas já estavam em desuso e outras precisavam ser revistas.

Felipe II, espanhol, promulgou as novas leis dentro de um espírito tradicional, respeitando as leis portuguesas e mantendo a mesma forma das Ordenações anteriores. Oportuno lembrar que foi o contexto da União Ibérica, quando o rei da Espanha passou a ser, ao mesmo tempo, rei de Portugal. Trata-se de desdobramentos daquilo que Saraiva (1995) chamou de “A crise de 1578-1580”, quando D. Sebastião morreu sem descendentes. Dos filhos de D. Manuel só sobrevivia, em 1578, o infante D. Henrique, cardeal e durante muitos anos inquisidor-mor, que era o rei. Sua delicada situação é descrita pelo autor:

Tinha sessenta e quatro anos, era adoentado e a probabilidade de vir a ter descendentes era nula. Por sua morte, a coroa portuguesa teria de ir a algum dos netos de D. Manuel: Felipe II de Espanha, D. António, prior do Crato (filho bastardo do infante D. Luís e de uma cristã-nova), ou D. Catarina, duquesa de Bragança. O problema verdadeiro era o da manutenção da independência ou da união ibérica. Dois dos candidatos – D. António e D. Catarina – correspondiam à escolha da independência. O outro, Felipe, representava a união das coroas. (SARAIVA, 1995, p. 170).

O segundo caminho saiu vitorioso, o que não significou grandes alterações na legislação. Do ponto de vista formal, como mencionado, a matéria contida nas três Ordenações era a mesma. É possível afirmar que apenas se procedeu à reunião, em um único corpo legislativo, dos dispositivos manuelinos e dos muitos subsequentes que se mantinham em vigor. Mesmo com o fim da União Ibérica, movimento que ficou conhecido como Restauração, no ano de 1640, as Ordenações Filipinas continuaram vigorando. Assim atesta a Lei de Janeiro de 1643, que “Confirma e revalida as Ordenações Philippinas”.

Pelo que, vendo que depois da recopilação dos cinco livros das Ordenações que o Sr. Rey D. Manoel, meu progenitor e três-Avò, de gloriosa memoria, mandou fazer, sucedendo fazerem-se depois muitas Leis que andavão de fóra das Ordenações, se fez nova recopilação e reformulação das ditas ordenações no anno de 1595, publicadas no anno de 1603 pelos Reys Catholicos de Cástella, meus primos (tendo occupado esta Corôa, reinos e Senhorios della com violencia), das quaes se usou até o presente.

Logo ao tempo de minha legitima acclamação, restituição e juramento solemne, e posse destes meus Reinos e Corôa de Portugal, tendo principalmente presente, com o cuidado da defensão delle com as armas, o zelo de bõa administração de justiça na paz e socego da Republica, que prefiro a todo outro respeito; houve por bem de mandar por Lei geral, que tudo o que estava ordenado, feito e observado até o 1º de Dezembro de 1640 (em que fui acclamado e restituído á legitima successão desta Corôa) se cumprisse e guardasse, como se por mim e pelos Srs. Reys naturaes, meus predecessores, fõra feito emquanto não ordenasse o contrario.

[...]

Hei por bem, de minha certa sciencia, Poder Real e Absoluto, de revalidar, confirmar, promulgar, e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco livros das Ordenações e Leis, que nelles andão, se cumprão e guardem, como se até o presente praticarão e observarão, como se por mim novamente forão feitas e ordenadas, promulgadas e estabelecidas, em tudo o que não estiver por mim feito em minhas Leis e Provisões, e outras, validamente depois dellas feitas, praticadas e observadas emquanto não mandar fazer a dita recopilação, e não mandar o contrario. (ALMEIDA, 1870, p. 76-77).

O exposto evidencia a relevância das Ordenações Filipinas, nas possessões de Portugal e especialmente no Brasil. Como mencionado, foi um duradouro código legal, o qual traz, por sua vez, elementos do seu contexto no âmbito do exercício da justiça. Tais elementos explicam a complexidade da compilação, o que motiva um exercício visando sua melhor compreensão.

O quadro seguinte contém informações mais sistematizadas, tais como os livros, o número de títulos, de capítulos e algumas características acompanhadas de exemplos que dão uma noção da abrangência do código. Lembrando que se trata apenas de uma caracterização da fonte, sem a pretensão de avançar na análise do conteúdo ou mesmo apresentá-lo por completo.

Ordenações Filipinas – Caracterização da Fonte

Livro	Nº Títulos	Nº de Cap.	Características do livro e alguns exemplos
Livro I	100	1368	No livro I é legislado sobre o direito administrativo e organização judiciária. Nele contém as atribuições, os direitos e os deveres dos magistrados e oficiais da Justiça. Logo no primeiro título, <i>Do Regedor da Casa da Suplicação</i> , por exemplo, são legisladas questões que envolvem o maior tribunal de justiça da época e que, portanto, tratava das causas consideradas mais

			<p>importantes. O título define os requisitos para o ocupante do cargo, estabelece como deve ser sua atuação nas mais variadas situações e define quem ocuparia o cargo em caso de possíveis necessidades, entre outras questões. O cumprimento da legislação é enfatizado, conforme consta logo no início do livro primeiro: “E para que o Regedor, que ora he, e qualquer que pelo tempo fôr, possa melhor cumprir com sua obrigação, e nosso serviço, deve ter sempre ante os olhos nossas Ordenações, e specialmente este seu Regimento, e sempre viva a lembrança do grande cargo, que delle confiamos, para assi ser mais atento e solícito no que deve fazer, e desencarregar nossa consciencia e a sua, e com seu exemplo incitar aos outros Officiaes a nos bem servirem”.</p> <p>No livro há ainda deliberações sobre outros cargos importantes para aquela sociedade. Alguns deles: <i>Chancellér Mór, Desembargadores do Paço, Chancellér da Casa de Supplicação, Desembargadores da Casa de Supplicação, Desembargadores dos Aggravos e Apellações da Casa de Supplicação, Corregedores da Corte dos feitos crimes, Corregedores da Corte dos feitos cíveis, Juízes dos feitos Del Rei da Coroa, Juízes dos feitos Del Rei da Fazenda, Ouvidores do Crime da Casa de Supplicação, Procurador dos feitos da Corôa, Procurador dos Feitos da Fazenda, Juiz da Chancellaria da Casa de Supplicação, Promotor de Justiça da Casa de Supplicação</i>, entre tantos outros que são detalhadamente definidos. As funções sustentavam aquela estrutura jurídica, ao mesmo tempo que justificavam a ordem vigente. Cabia ao <i>Chancellér Mór</i> vistoriar os despachos, os <i>Desembargadores do Paço</i>, por sua vez, despachavam as petições, que ainda passariam por vistoria do <i>Chancellér da Casa de Supplicação</i>. Enfim, uma estrutura era pensada visando ordenar e fazer cumprir as ações no âmbito administrativo e judiciário. Para tanto, os perfis para o ocupante de cada cargo eram muito bem definidos, bem como suas atribuições.</p>
Livro II	63	361	<p>No segundo livro estão definidas as relações entre o Estado e a Igreja, os privilégios desta última e os da nobreza, bem como os direitos fiscais de ambas. Diferentemente do livro primeiro, os títulos do livro II legislam a partir de determinadas situações. Alguns exemplos: <i>Em que casos os Clérigos e Religiosos hão de responder perante as justiças seculares</i> (tit. I); <i>Como se cumprirão os mandados dos Inquisidores</i> (tit. VI); <i>Que se faça penhora nos bens dos Clerigos condenados pelos Juizes seculares</i> (Tit. VII); <i>Dos excommungados apelantes</i> (tit. X); <i>De que cousas as</i></p>

			<i>Igrejas, Mosteiros e pessoas Ecclesiasticas não pagarão direitos a El Rei</i> (tit. XI), além de vários outros títulos referentes à Igreja, seus bens e privilégios.
Livro III	98	640	O terceiro livro trata das ações cíveis e criminais. O livro é esclarecedor de determinados procedimentos, como, por exemplo, a citação de alguém, que é o comunicado de que está sendo movido um processo, e das diversas circunstâncias em que isso pode ocorrer. Legisla-se acerca daqueles que podem (ou não) ser citados, quando e os procedimentos adotados. Há ainda casos em que só se poderia fazê-lo com o consentimento do rei (tit. VIII). Evidenciando a centralidade da religiosidade no período, no título XVIII, <i>Das Férias</i> , fica estabelecido que pessoa nenhuma será ouvida em juízo nos dias em que a Igreja manda guardar. No geral, os títulos do livro regulamentam uma série de questões referentes ao andamento dos julgamentos, sua organização, os participantes e os procedimentos adotados. É ainda legislado sobre as testemunhas, as provas e até como proceder nos casos omissos às Ordenações.
Livro IV	67	447	O livro IV determina o direito das coisas e das pessoas, estabelecendo as regras para contratos, testamentos, tutelas, formas de distribuição de aforamento de terras etc. São regulamentados os preços das mercadorias, as formas de pagamento, algumas garantias do comprador, as moedas utilizadas nas transações, formas de pagamento por serviços, enfim, uma série de situações envolvendo negociantes. Logo no primeiro título, por exemplo, " <i>Das compras e vendas, que se devem fazer por preço certo</i> ", fica estabelecido que o preço da mercadoria negociada deve ser acordado por ambas as partes (cap. 1º), além de definida a garantia do produto (cap. 2º). O livro prevê situações variadas que poderiam ocorrer nas relações de compra e venda, inclusive situações fraudulentas, como exemplifica o título VII, <i>Do que vende huma mesma cousa vezes a diversas pessoas</i> e o título XIII, que permite se desfazer a venda em caso de uma das partes ter sido enganada. Casos acidentais também são previstos, como no capítulo VIII, <i>Do perigo, ou perda, que aconteceu na cousa vendida, antes de ser entregue ao comprador</i> . Há ainda proibição de negociações sob quaisquer constrangimentos (tit. IX), a proibição da regataria (comprar para revender) por clérigos e fidalgos (tit. XVI), a rejeição de escravos comprados que possuam alguma doença (tit. XVII). Está previsto, ainda, punição para a rejeição de moeda do rei (tit. XXII), com açoite público para peão e prisão e degredo nos casos que não caibam tais medidas. O

			livro trata de aluguéis, assim proibindo a ocupação de casas alheias (XXIII e XXIV), estabelece regras para a relação entre criado e senhor (tit. XXIX e XXX), apenas para citar alguns exemplos.
Livro V	143	638	O último livro é dedicado ao Direito Penal, estipulando-se os crimes e suas respectivas penas. Nele há punições para os comportamentos considerados impróprios naquele contexto, elas vão desde pequenas restrições até a morte na fogueira, de acordo com o delito cometido e a condição social do acusado. Os títulos do livro V tratam de assuntos variados. Legisla-se acerca da fé católica, da preservação da soberania do monarca e até mesmo situações de crimes sexuais ou outros costumes condenados à época, como a bigamia, o envolvimento extraconjugal, o uso de trajes do sexo oposto (tit. XXXIV), entre outros. É significativo o caso do crime de Lesa-Magestade (tit. VI), que condena todo o tipo de traição ao rei ou ao reino e estabelece como pena uma morte cruel. No mesmo sentido o título <i>Dos que dizem mal del-Rey</i> (tit. VII) chegava a estabelecer a morte como punição a quem falasse mal do rei. Característico do contexto de vigência das Ordenações, o título 1º do livro V, <i>Dos hereges e apostatas</i> , estabelece as punições aos que cometessem heresia e apostasia. Na mesma ordem pode ser mencionado o título 2º, <i>Dos que arrenegão, ou blasfemão de Deos, ou dos Santos</i> , para o qual a punição variava de multa e degredo até açoite público, dependendo da condição do condenado. Outros exemplos do livro que merecem aqui destaque são as punições aos chamados feiticeiros (tit. III), aos que falsificassem mercadorias (tit. LVII), furtassem ou cometessem arrombamentos (tit. LX), praticassem cárcere privado (tit. XCV), apoiassem a fuga de escravos (tit. LXIII), retirassem ouro ou dinheiro do reino (tit. CXIII) e até aqueles que se recusassem ao trabalho para o sustento próprio (tit. LXVIII).

Caracterizada a fonte, o objetivo, agora, é discutir de maneira mais ampla a administração da justiça, especificamente suas possibilidades de análise. Trata-se de justificar a opção pela fonte adotada e, assim, colocar em posição de destaque a compilação apresentada, concebida em determinado contexto como primeira obrigação do rei, logo, um elemento promissor de análise.

1.2 A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA COMO POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO IMPÉRIO PORTUGUÊS NO SÉCULO XVII

Parte-se do entendimento que a administração da justiça é um elemento promissor para a compreensão de aspectos do Império português, especialmente da sociedade colonial brasileira no século XVII, período que sob esse aspecto legal é marcado pela publicação da fonte analisada, as Ordenações Filipinas (1603). A atuação da justiça real revela o que de fato merecia atenção, necessitando, portanto, de regulamentação. Nesse momento do trabalho o objetivo é evidenciar que a justiça era a primeira responsabilidade do rei, o que revela o valor da lei e justifica a abordagem realizada.

A mencionada centralidade da administração da justiça é fruto de significativas alterações na atuação da monarquia portuguesa, que “[...] apresentou, durante os séculos XVI e XVII, uma tendência a uma crescente ampliação da atuação política dos seus reis, indicando um alargamento dos poderes régios, característico de um maior “protagonismo” dos monarcas em Portugal” (COSENTINO, 2010, p. 405). Isso fez com que o monarca personificasse o reino, na concepção própria de um ordenamento que se manteve corporativo durante o Antigo Regime. Assim sendo, a tarefa de governar pertencia ao rei e aos seus auxiliares que agiam a fim de garantir que cada parte do aparelho político-administrativo desempenhasse suas funções. Cabia ao monarca representar a unidade do corpo político, atuando para manter a harmonia entre todos os seus membros, dando a cada um aquilo que lhe era próprio. Para tanto, a justiça ocupava lugar central nos governos. Conforme considera Cosentino (2010, p. 406), “[...] a realização da justiça era a maior finalidade do exercício do poder monárquico português durante o Antigo Regime”.

O entendimento dessa dinâmica requer a compreensão da justiça real como instrumento de consolidação de políticas centralizadoras já no final da Idade Média. Conforme a análise de Wehling e Wehling (2004, p. 28), “A justiça era, desde pelo menos o século XIII, o mais importante atributo da realeza, e ainda assim a encontramos na filosofia política do século XVI”. É preciso, para tanto, o afastamento de visões do constitucionalismo contemporâneo, condição

necessária para que se acesse à complexidade institucional do Antigo Regime. Sobre tal dinâmica, convém destacar alguns aspectos:

O Estado era um amálgama de funções em torno do rei: não havia divisões de poderes ou funções, ao estilo de Montesquieu. O papel da justiça real era diverso, absorvendo atividades políticas e administrativas, ao mesmo tempo em que coexistia com outras instituições judiciais, como a justiça eclesiástica e a da Inquisição. O direito, refletindo tal sociedade e tal Estado, estava longe do sistematismo cartesiano-newtoniano dos juristas-filósofos do liberalismo; era casuístico, justapondo diferentes tradições e experiências jurídicas: romanista, regalista, canônica, consuetudinária (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 29).

O controle da justiça pelo soberano foi um aspecto fundamental no processo de consolidação do poder absoluto das monarquias da Europa. O processo contou com a criação de um funcionalismo nas diferentes funções judiciais e a existência de uma legislação que, gradativamente, aumentava as atribuições reais em detrimento dos costumes e de outros direitos locais. Trata-se de “[...] duas inovações deste âmbito que surgem com o Estado absoluto: o funcionalismo judicial, burocrático ou não, e o direito real” (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 30).

A atuação legislativa e judicial do rei era legitimada, em última análise, pela analogia entre o poder do príncipe e a divindade. Deus teria criado a ordem universal para que o equilíbrio ocorresse naturalmente, sem sua intervenção permanente e milagrosa. Do mesmo modo, o ordenamento jurídico real evitava a intervenção direta do rei em cada caso concreto. Sobre a posição de primazia da justiça no contexto estudado, convém observar a posição de Felipe II, na lei de 1595, ao determinar a elaboração de novas Ordenações: “considerando nós quão necessária é em todo o tempo a justiça [...] a qual aos reis convém como virtude principal e sobre todas as outras mais excelentes”⁸.

No caso de Portugal e Espanha, os burocratas profissionais não eram nobres, mas advogados e juizes cujo treino, ênfase e respeito pelos procedimentos legais e pela tradição do Direito Romano tenham eventualmente

⁸ Lei de 5 de junho de 1595. In: **Ordenações Filipinas**. Comentadas por Cândido Mendes de Almeida. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1595, v. 1, p. 27.

permeado a sociedade como um todo. O crescimento do poder monárquico nessas regiões está relacionado à expansão ultramarina.

Em ambos os casos, e especialmente em Portugal, o investimento e patrocínio reais tiveram papel significativo na descoberta e exploração de novas fontes de riqueza que, por seu lado, passavam a sustentar as crescentes responsabilidades administrativas e militares do Estado. Os processos vagamente contemporâneos da expansão ultramarina e da burocratização do Estado imprimiram nas colônias americanas uma estrutura administrativa bem desenvolvida e um curioso enfoque legalístico do governo e da vida. A tradição do Direito Romano encarnada nos juízes, escreventes, tabeliões e na própria lei foi transferida para o Novo Mundo. A primeira responsabilidade do rei para com seus súditos, tanto das colônias quanto da metrópole, era a justa promoção da lei (SCHWARTZ, 1979, p. 9).

O pelourinho exercia um papel importante na justiça do rei. Tratava-se de um símbolo de justiça e de autoridade real que se erguia no centro da maior parte das cidades portuguesas do século XVI.

À sua sombra as autoridades civis liam proclamações e puniam criminosos. Sua localização, no centro da comunidade, ilustrava a crença ibérica de que a administração da justiça era o atributo mais importante do governo. Portugueses e espanhóis dos séculos XVI e XVII achavam que a administração imparcial da lei e o desempenho honesto do dever público asseguravam o bem-estar e o progresso do reino (SCHWARTZ, 1979, p. 3).

A justiça era a primeira responsabilidade do rei. Tal consciência acerca do valor da justiça e da lei se manifestava também nas colônias. Schwartz (1979) evidencia a situação citando uma anedota de Frei Vicente do Salvador, um dos primeiros historiadores brasileiros: teria um terremoto na Índia Portuguesa arrasado a cidade de Bassein, com exceção do pelourinho e da parede onde os chicotes para castigo judicial ficavam pendurados, logo, Frei Vicente considerara, com base no incidente, que Deus preferia a perda da cidade e pessoas, à suspensão da punição por crimes.

Mesmo com as peculiaridades, é importante lembrar que a lei portuguesa era aplicada em todo o império.

As possessões ultramarinas portuguesas, apesar de distintas por suas condições peculiares e localização geográfica, eram subordinadas ao sistema judicial da metrópole. A lei portuguesa

tornava-se a lei dos territórios recém-conquistados e ministros da justiça, similares àqueles de Portugal, tomavam posse dos cargos coloniais a fim de fazer cumprir esta lei. As condições locais e o relacionamento específico da colônia com a Coroa, contudo, determinavam, de certa forma, a natureza da administração judicial (SCHWARTZ, 1979, p. 3).

A administração da justiça ocupava lugar de destaque na sociedade analisada, o que motiva um olhar privilegiado. Para tanto, faz-se necessário o estudo dos aspectos históricos do direito português, que explicam a centralidade da administração da justiça no período em questão, bem como os encaminhamentos e procedimentos praticados. É o exercício empreendido na sequência.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PORTUGUÊS

O entendimento da sociedade para a qual a compilação analisada foi produzida é fundamental. Além de ter claro que as Ordenações foram formuladas a fim de atender exigências de uma nova ordem econômica, jurídica e política, é preciso compreender o que ocasionou as novas configurações. Para tanto, convém considerar o fato de toda cultura possuir determinado aspecto normativo, que se configura pelo esforço em assegurar determinada ordem social. Os desdobramentos históricos expressam isso.

2.1 TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS, CENTRALIZAÇÃO DO PODER REAL E ALTERAÇÕES LEGAIS

O exposto sugere o cuidado de não limitar a discussão ao contexto em que vigoraram as Ordenações portuguesas, mas avançar no sentido de compreender historicamente as transformações que ocorreram e produziram a necessidade das compilações. Faz-se necessário, portanto, considerar algumas situações do século XIII em diante, quando “[...] verifica-se uma mudança considerável na estrutura da sociedade medieval” (GILISSEN, 2003, p. 239).

As instituições feudo-vassálicas, ainda que tenham subsistido parcialmente até o fim do Antigo Regime, passam então ao segundo plano, provocando a concentração e a consolidação do poder nas mãos de um número limitado de personagens (imperadores, reis, duques, condes ou outros príncipes territoriais). Suplantando a velha hierarquia feudal, desenvolve-se uma organização administrativa estatal. Surgem grandes cidades, centros de comércio e de indústria que, conforme Gilissen (2003, p. 240), “[...] gozam muitas vezes de um direito próprio nascido das necessidades das populações urbanas, e que desempenham um papel considerável tanto no plano econômico e social como no plano político”. Nessa compreensão, a lei aparece como fonte de direito. O costume, no entanto, nesse período da Baixa Idade Média, ainda não deixa de desempenhar um importante papel.

O mundo feudal emergiu com a queda do Império Romano, processo complexo de decadência que contou, entre outros fatores, com o declínio do trabalho escravo, a falência dos pequenos agricultores, o crescimento do cristianismo e retorno ao campo em busca de proteção e segurança (NETO, 2003). Sobre essa nova estrutura econômica, jurídica, política e cultural, Tigar (1987) esclarece:

Na parte da Europa outrora governada por Roma, por conseguinte, o feudalismo representou a retirada, para a casa senhorial e a aldeia, de uma classe governante privada da proteção de um decadente e moribundo governo imperial. Em outras regiões, constitui a mudança de uma existência pastoril, nômade e voltada para a guerra, para uma vida agrícola mais estável (embora ainda bastante guerreira) (TIGAR, 1987, p. 38).

Por volta do século XIII, quando essa organização social (feudal) passa por transformações, o direito também é modificado. Chama atenção fato de “[...] os sistemas de provas racionais substituírem as provas irracionais” (GILISSEN, 2003). Ocorre que as “[...] partes deixam de recorrer a Deus para resolver seus conflitos; pedem a juízes, ou mesmo a árbitros, para investigarem a verdade e decidirem tendo em conta regras de direito. Justiça e equidade aparecem como fundamentos do direito” (GILISSEN, 2003, p. 241).

Na análise de Paiva (2012), a prática mercantil é fundamental para a compreensão da história europeia. Além de mostrar como se originou e se impôs, o autor destaca o papel desempenhado pela prática na transformação das relações sociais, abrangendo costumes, valores, organização social, modelando uma nova forma de pensar. As grandes navegações, a construção de cidades, a formação de Estados, a autonomia em relação à Igreja, entre outros desdobramentos, são explicados nessa perspectiva.

O desenvolvimento comercial forjava um novo modo de viver. Como considera Paiva (2012, p. 181), “As características *mercantis*, assimiladas, produzem efeito sobre todo o comportamento humano. Lentamente, transformam o entendimento - e, por consequência, o comportamento - de tudo o que a vida comporta”. O Direito, por sua vez, teria se *com-formado* necessariamente a essas mudanças das relações entre as pessoas. Via grande comércio, o autor analisa a transformação da civilização ocidental como um processo multissecular.

A formulação de um direito objetivo se sobrepõe à massa dos direitos subjetivos. Nesse sentido, Gilissen (2003) lembra que, durante a época feudal, a formulação de regras jurídicas tende quase exclusivamente para os subjetivos. No entanto, desde o século XII, por toda parte na Europa, podem ser percebidos os primeiros esforços de formulação de um direito objetivo. São regras aplicáveis a todos os habitantes de determinado território ou a todos os membros de um grupo social, gozando de certa autonomia política. Esse movimento tem continuidade na chamada Época Moderna (séculos XVI-XVIII).

Na discussão que faz sobre o período, especialmente da situação política dos principais Estados, Gilissen (2003) possibilita compreender que, no geral, a tentativa de unificação foi prática comum a todos. Logo, no domínio jurídico, “[...] a unificação do direito é um dos objectivos visados pelos soberanos de tendência absolutista; vêem aí um meio para eliminar os particularismos regionais e locais e destruir os privilégios de certos grupos sociais” (GILISSEN, 2003, p. 247).

A partir do século XVI as regras de direito passam a ser estabelecidas por escrito, dando maior segurança aos interessados. O autor afirma que a lei escrita teria suplantado o costume oral, o que também aconteceu com processos e provas. A legislação tornara-se por excelência a fonte viva do direito, tendendo a eliminar progressivamente o costume, que revoga ou suplanta. É o soberano que legifera.

O costume permaneceu a fonte principal do Direito Civil, mas teve seu caráter alterado. Acontece que “[...] os soberanos ordenam a redução a escrito dos costumes; uma vez escrito e homologado (o que quer dizer reconhecido oficialmente), deixa de ser um verdadeiro costume para se tornar uma lei de origem consuetudinária” (GILISSEN, 2003, p. 248). Os soberanos reservam-se o direito de o modificar e o interpretar. Os costumes homologados adquiriram as características essenciais da lei: certeza, estabilidade e permanência.

A nova ordem jurídica, como vem sendo argumentado, foi ocasionada por transformações sociais. A sociedade se complexifica e o direito se *com-forma* necessariamente ao novo panorama. Mais diretamente, a prática mercantil exigiu a regulamentação da prática dos mercadores. Tiveram de ser criadas, por exemplo, “leis” sobre a construção de prédios, sobre instrumentos bancários e

normatizações estruturais para o funcionamento da sociedade de maneira geral. Enfim, prática mercantil, direito e surgimento do novo Estado são pontos intimamente relacionados.

Apesar de não ter analisado especificamente o caso português, discussões realizadas por Norbert Elias fornecem elementos para a compreensão das relações de poder na sociedade portuguesa no período analisado. No segundo volume da obra *O processo civilizador (formação do Estado e civilização)*, o autor possibilita compreender a centralização real que, como fruto da sociedade a qual se insere, é legitimada pelo direito.

A análise de Elias (1993) revela que a maior centralização do poder nas mãos do rei resulta de um processo iniciado ainda no mundo feudal. Trata-se da passagem da figura social do cavaleiro, do guerreiro, para o homem cortês. Logo, o rei, que antes era o principal cavaleiro, passou a ser o principal cortês em uma sociedade que se conformou em rede de interdependências. Assim explica Elias (1993):

1. As lutas entre a nobreza, a Igreja e os príncipes por suas respectivas parcelas no controle e produção da terra prolongaram-se durante toda a Idade Média. Nos séculos XII e XIII, emerge mais um grupo como participante nesse entrelaçamento de forças: os privilegiados moradores das cidades, a “burguesia”. O desenvolvimento concreto dessa luta constante, e as relações de poder entre os adversários, variam profundamente conforme os países. O resultado dos conflitos, porém, é, em sua estrutura, quase sempre o mesmo: em todos os maiores países da Europa Continental, e ocasionalmente também na Inglaterra, os príncipes ou seus representantes terminam por acumular uma concentração de poder ao qual não se comparam os demais estados (ELIAS, 1993, p. 15).

Importante esclarecer, tal como o faz Elias, que “estados” tem aí o sentido de estamentos, sendo os estados que compõem o Estado medieval e moderno, não tendo na época, portanto, o sentido que depois adquiriu. Aos poucos o poder desses estados é reduzido, enquanto se consolida o poder de uma única pessoa. O movimento possui especificidade de acordo com a localidade, mas merece atenção a “[...] emergência fortuita de uma série de grandes príncipes e da ocasional vitória de numerosos senhores territoriais ou de reis sobre estados, mais ou menos pela mesma época.” (ELIAS, 1993, p. 16).

Essa mudança na forma de dominação política, afirma o autor, reflete uma mudança estrutural na sociedade ocidental. É preciso considerar um aspecto central na teoria de Elias, fundamental à análise aqui desenvolvida: a moderação das paixões. O entendimento é que “Não foi mera coincidência que, nos mesmos séculos em que o rei ou príncipe adquiriram *status* absolutista, a contenção e moderação das paixões [...], a ‘civilização’ do comportamento, aumentasse visivelmente.” (ELIAS, 1993, p. 16).

Ao centralizar as decisões, o rei passa a ter um controle mais específico e efetivo sobre as instituições, pois cabia ao soberano zelar atentamente pela independência política do território. Sua figura foi construída como estando acima das classes dominantes, como cabeça do Estado e, portanto, com poder suficiente para manter em equilíbrio as forças em ação. A rede configuracional permanece com certa estabilidade por conta do rei.

As Ordenações evidenciam essa centralização do poder. Era o monarca quem mandava elaborar o código, o qual inclusive levava o seu nome. Cabia ao rei “dizer a justiça” e, juntamente com seus funcionários, fazê-la cumprir. Representante de Deus entre os homens na Terra e cabeça do corpo social, desempenhava o seu papel por meio da legislação, que explicita o ordenamento social. Um exemplo dessa centralização nas Ordenações é o título XXVI, *Dos Direitos Reaes*. Trata-se de um título longo, contendo 33 capítulos, dos quais alguns exemplos são apresentados a seguir:

Direito Real he poder crear Capitães na terra e no mar.

1. Item poder fazer Officiaes de Justiça, assi como são Corregedores, Ouvidores, Juizes, Meirinhos, Alcaldes, Tabelliães, Scrivães e quaesquer outros Officiaes deputados para administrar a Justiça.
2. Item dar lugar a se fazerem armas de jogo, ou de sanha⁹ entre os requestados¹⁰, e ter campo entre eles.
3. Item autoridade para fazer moeda.
4. Direito real he lançar EIRei pedido ao tempo de seu casamento, ou de suas filha.
5. E bem assi servi-lo o povo em tempo de guerra pessoalmente, e levar mantimentos ao Arraial, assi em carros, como em bestas, barcas, navios, ou per qualquer outra maneira que necessario for.

⁹ Armas de brigas, lutas, duelos, torneios ou de divertimentos.

¹⁰ São os desafiados. Requesta seriam os desafios, as brigas, os duelos.

6. Item lançar pedidos, e pòr imposições no tempo de guerra ou de qualquer outra semelhante necessidade.

7. Direito real he poder o Principe tomar os carros, bestas e navios de seus subditos e naturaes, cada vez que cumprir a seu serviço: E assi fazerem-lhes pontes para passar, e levar suas cousas de uma parte para outra a todo o tempo que lhe for necessario. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. II, tit. XXVI).

Além destas e muitas outras decisões expressas no ordenamento, cabia ao rei uma última decisão diante de possíveis limites do código, situações omissas. É o caso do título *Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações*:

3. E sendo o caso, de que se trata tal, que não seja materia de peccado, e não fosse determinado per Lei do Reino, nem stylo de nossa Corte, nem costume de nossos Reinos, nem Lei Imperial, e fosse determinado pelos textos dos Canones per num modo, e per as Glosas e Doutores das Leis por outro modo, mandamos que tal caso seja remetido a Nós, para darmos sobre isso nossa determinação, a qual se guardará (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 3.º, tit. LXIV, § 2º).

Tentava-se, inicialmente, resolver as questões que se apresentavam com base nas leis do Reino ou dos costumes. Já nos casos que envolvessem pecado, a orientação era que se recorresse aos sagrados cânones. Outros meios deviam ser buscados ainda, mas, em último caso, cabe ao monarca fazer o julgamento.

As Ordenações expressam a aura quase mística que os reis possuíam, explicada nos estudos de Ernest Kantorowicz (1895-1963), especialmente na obra *Os Dois Corpos do Rei: um estudo sobre teologia e política medieval*. É apresentada a tradição da teologia política medieval que atribuía ao rei a existência simultânea de dois corpos: um natural e um outro místico. O corpo natural é o corpo biológico, essencialmente igual ao de qualquer pessoa, passível de corrupção natural e de morte. Já o corpo místico é eterno, incorruptível, sagrado. É observado que conceitos utilizados pelos teólogos da Idade Média para caracterizar a Igreja ou o próprio Cristo foram sendo lentamente adaptados e transferidos da esfera religiosa para o campo da política e do direito. Kantorowicz (1998) recupera nas tradições medieval e moderna o corpo místico que envolve a figura do rei nas cortes da Europa, em especial, a inglesa. Acerca da teoria:

Esta migração da “Alma”, isto é, da parte imortal da realeza, de uma encarnação para outra conforme expressa pelo conceito da transmissão do rei é certamente um dos fundamentos de toda a teoria dos Dois Corpos do Rei. Ela preservou sua validade praticamente por todo o tempo vindouro. Contudo, o interessante é o fato de que esta “encarnação” do corpo político em um rei de carne não somente desfaz as imperfeições humanas do corpo natural, mas transmite “imortalidade” para o rei individual como Rei, isto é, em relação ao seu supercorpo. (KANTOROWICZ, 1998, p. 25).

A tradição religiosa cristã medieval compatibiliza-se com o corpo político do rei exatamente porque nele está contida uma condição religiosa perpetuada pelo cargo, apesar de sua natureza humana. O rei seria o mediador entre céu e a terra, entre a instância divina e a terrena. Na Baixa Idade Média a promoção de teorias de mistificação do aparelho político e religioso tendeu a ser cada vez mais forte. A aproximação entre a monarquia moderna e o sistema medieval é analisada com base na racionalização corporativa e mística da Igreja. Os argumentos proferidos em uma sentença¹¹ no período elizabethano e apresentados pelo autor são esclarecedores de sua teoria:

O Rei possui duas Capacidades, pois possui dois Corpos, sendo um deles um Corpo natural, constituído de Membros naturais como qualquer outro Homem possui e, neste, ele está sujeito a Paixões e Morte como os outros Homens. O outro é um Corpo político, e seus respectivos Membros são seus Súditos, e ele e seus Súditos em conjunto compõem a Corporação, [...] e ele é incorporado com eles, e eles com ele, e ele é a Cabeça, e eles os membros, e ele detém o Governo exclusivo deles; e este Corpo não está sujeito a paixões como o outro, nem à Morte, pois, quanto a este Corpo, o Rei nunca morre, e sua Morte natural não é chamada em nossa Lei [...] a Morte do Rei, mas a Transmissão do Rei, se que a Palavra (*Transmissão*) signifique que o Corpo político do Rei está morto, mas que há uma Separação dos dois Corpos, e que o Corpo político é transferido e transmitido do Corpo natural agora morto, ou agora removido da Dignidade real, para outro Corpo natural. De sorte que significa uma Remoção do Corpo político do Rei deste Reino de um Corpo natural para outro. (KANTOROWICZ, 1998, p. 24-25).

Destaca-se o caráter corporativo da coroa, sendo superior a todos os membros individuais, inclusive o rei, ainda que não separada dos mesmos.

¹¹ Trata-se do chamado caso *Willion versus Berkley*. O assunto era uma invasão do lorde Berkey sobre certas terras pelas quais ele afirmava haver pago um tributo para a corte do rei Henrique VII e as quais ele considerava com parte de seu domínio, delimitada por direito de herança.

Manifesta-se como um corpo composto do rei e das pessoas a ele ligadas, co-responsáveis pela condução do *corpus mysticum*. Nesse sentido, Paiva (2012) esclarece que na teologia política do universo ibérico dos séculos XVI, XVII e XVIII essa noção de coroa como superior aos membros individuais e, ao mesmo tempo, por eles constituída, pode ser traduzida pela noção de obediência ao poder público como algo inscrito na *lei natural*. Se, por um lado, o cargo real é a corporificação da união mística do povo sob uma mesma coroa na *persona ficta* do governante a quem se deve obediência, por outro, é igualmente válido afirmar que há um compromisso inalienável do rei com os cidadãos na distribuição da responsabilidade em relação ao bem comum, que significa a manutenção da paz.

A unidade do Império português, assim, não resultaria de uma obediência cega às determinações reais, mas de uma espécie de “comunhão fraterna” entre os súditos co-responsáveis pelo bem-estar do organismo civil corporificado na coroa. A atribuição ao corpo social do termo *corpo místico* tem fundamentos bíblicos, conforme analisa Paiva (2012).

A cultura sagrada transferiu, com naturalidade, da Igreja para o Reino a mesma compreensão. O rei, com efeito, era quase sacerdote, mediador entre Deus e os homens, por-lhe competir, por direito divino, o encargo das almas, cabeça que é do corpo. Há toda uma teologia que justifica a assimilação do rei a Deus e a Cristo (PAIVA, 2012, p. 31).

Sobre o poder o rei, representante de Deus, esclarece:

O poder do rei é o poder de Deus. Esse poder, especificamente, é de Deus, por natureza, e do rei, pela graça. Onde, o rei, também, é Deus e Cristo, mas pela graça; e o que quer que ele faça, ele o faz não simplesmente como homem, mas como alguém que se tornou Deus e Cristo pela graça (KANTOROWICZ, 1988 *apud* PAIVA, 2012, p. 31).

Quer dizer que, no fundo, quem governa é Deus, é Cristo, na pessoa do rei. Nas palavras de Paiva, “O rei é outro ‘cristo’, ungido para realizar aquilo que Deus quer” (2012, p. 31). Tal como Cristo, que tem duas naturezas (divina e humana) e duas funções (rei e sacerdote), o rei participa do poder, que é próprio de Deus, e do sacerdócio, um serviço à comunidade, que é próprio de Cristo. O autor acompanha a derivação para o campo do direito da mística teológica que

fundamentava a constituição do corpo social pelo menos desde o século XII, quando da tentativa primeira de formação do Estado português. A constatação é que

Teologia e Direito se complementam na explicação da realidade. A Teologia lhe dá forma de expressão – imagens que têm força de argumento, de convencimento, de verdade, enfim. O Direito codifica as normas do agir, segundo a compreensão teológica compartilhada e, nestes termos, se impõe. Esse processo de lenta transferência do campo *religioso* para o campo *jurídico* – o discurso e o modelo sempre se fundando no comércio, que provocou o processo de transformação dos caracteres das relações sociais, de religiosas para jurídicas, via individualismo e nacionalidade (PAIVA, 2012, p.32, grifos do autor).

A mística teológica que fundamentava a constituição do corpo social passou a ter derivação para o campo do direito desde a tentativa primeira de formação do Estado português, no século XII. De acordo com Paiva (2012, p. 32), “Teologia e Direito se complementam na explicação da realidade. A Teologia lhe dá forma de expressão – imagens que têm força de argumento, de convencimento, de verdade, enfim. O direito codifica as normas do agir, segundo a compreensão teológica compartilhada e, nestes termos, se impõe”. As Ordenações expressam bem essa centralização real. Todas as leis e, por consequência, as penas pelo seu descumprimento, eram reportadas à vontade do rei. Fazê-las cumprir por quem quer que fosse era tornar pública a vontade real, era a materialização da justiça distribuída, e, em última instância, era a materialização da própria vontade divina.

Depois de explanar sobre os fundamentos e aspectos históricos do Direito Português, o momento seguinte da tese consiste em discutir de maneira mais detida o caso do direito na América portuguesa, considerando as necessidades do código e sua aplicação na possessão.

2.2 A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NA AMÉRICA PORTUGUESA

A análise da administração da justiça na América portuguesa exige a compreensão das iniciativas voltadas à exploração do território. Convém lembrar, inicialmente, que os trinta primeiros anos que seguiram o descobrimento foram marcados por um moroso desenvolvimento. Logo, afirma Schwartz (1979, p. 19), “Até 1530 não houve tentativa de legislação sistemática para a nova terra”, visto que eram poucos os europeus permanentemente estabelecidos. Conforme Boxer (2002),

Nas três primeiras décadas desse período, o contato dos portugueses com o Brasil praticamente limitou-se a mercadores e marinheiros de passagem que vinham trocar utensílios de ferro, bugigangas e ninharias originárias da Europa por pau-brasil, papagaios, macacos e a comida de que necessitavam durante a estadia. Tais atividades não acarretavam nenhuma fixação permanente, apesar de vários proscritos e desertores terem “virado nativos” e se tornado membros de grupos tribais ameríndios. (BOXER, 2002, p. 100).

Uma transição importante foi marcada pela expedição de Martim Afonso de Sousa, que partiu de Lisboa em 1530. De acordo com Schwartz (1979, p. 20), a mudança ocorreu entre “[...] a frouxa administração da justiça imposta pela necessidade militar e uma forma mais concreta baseada no estabelecimento da colonização permanente e no reconhecimento da necessidade de regularização da sociedade”. Amplos poderes judiciais foram dados a Martim Afonso de Sousa.

Convencido de que só a colonização permanente poderia resguardar o Brasil de rivais estrangeiros, Dom João III concedeu a exploração do novo território conquistado a doze fidalgos portugueses, entre 1533 e 1535. A medida visava, esclarece Schwartz (1979, p. 21), “[...] distribuir o encargo da colonização entre certos indivíduos e, assim, diminuir as obrigações reais”.

Os poderes judiciais concedidos aos proprietários enfatizavam o objetivo de colonização. A Coroa reconhecia que a distribuição de terras em sesmarias, e o estabelecimento de cidades conforme a tradição portuguesa requeririam uma estrutura judicial. A alçada dos proprietários era quase idêntica à de Martim Afonso de Sousa (SCHWARTZ, 1979, p. 21).

Importante ressaltar que “[...] a Coroa esperava que os proprietários seguissem as leis de Portugal e impusessem as leis subseqüentes não codificadas – leis extravagantes – ao invés de propor inovações legais radicais” (SCHWARTZ, 1979, p. 21). Com o tempo, o sistema de capitanias hereditárias empregado no Brasil mostrou-se ineficiente na administração da justiça e na promoção da colonização. Nesse último aspecto, as dificuldades eram muitas:

As quatro capitanias setentrionais, situadas entre a Paraíba do Norte e o Amazonas, não foram ocupadas durante o século XVI, ainda que os donatários, a quem haviam sido distribuídas, tivessem tentado, em vão, fazê-lo. Das oito restantes, apenas Pernambuco, no Nordeste, e São Vicente, na extremidade setentrional, conseguiram vencer os “problemas de denteção” dos primeiros tempos, e tornaram-se centros de crescimento populacional e econômico relativamente importantes. As demais, ou foram abandonadas em consequência de ataques indígenas ou vegetaram numa obscuridade total, com pequeno número de colonos que mantinham uma posição precária em locais isolados da faixa litorânea. (BOXER, 2002, P. 100-101).

No que se refere à ineficiente administração da justiça do sistema, Schwartz (1979, p. 22) comenta que “A maioria dos proprietários de capitania pertenciam à pequena nobreza e só possuíam experiência militar; por isso, faltava-lhes treino e vontade para desempenharem os deveres judiciais”. Como resultado, foram praticados abusos frequentes e falta de respeito pela lei.

Diante dos limites verificados e não tendo o sistema de capitanias hereditárias logrado o êxito esperado por Portugal, houve a centralização administrativa da Colônia com a nomeação de um governador-geral. Como afirma Cristiani (2003), “[...] o poder local dos donatários foi excluído e tomaram força as ordenações do reino”. A partir de então “[...] os rumos do Poder Judiciário e do próprio direito tiveram uma substancial modificação, haja vista o início da profissionalização/burocratização do sistema e dos seus agentes operadores” (CRISTIANI, 2003, p. 337). Vale lembrar que no momento inicial da colonização, quando prevaleceu a aplicação dos forais, não havia uma burocratização quanto aos procedimentos, confundindo em uma única pessoa (o donatário) as funções de legislar, acusar e julgar.

Ao instituir o cargo de governador-geral, Dom João III fornece a esta nova forma de governo os oficiais de justiça necessários, decisão que “[...] alterou o sistema de capitanias, sem o abolir” (SCHWARTZ, 1979, p. 23). O papel do ouvidor geral, Pero Borges, em 1549, marcou a significativa cisão da estrutura do judiciário brasileiro em voga até então.

Esta mudança, contudo, estava inteiramente conforme a alteração global da política real em relação ao Brasil. Ao invés de simplesmente abolir o sistema de capitanias por completo, e criar uma administração real bem centralizada, o ouvidor geral foi sobreposto à estrutura já existente de magistrados municipais e ouvidores designados pelos donatários (SCHWARTZ, 1979, p. 21).

O ouvidor geral, aponta Schwartz (1979), deveria visitar cada uma das capitanias para inspecionar a situação da justiça, o que representava agora a extensão do poder da Coroa sobre as várias capitanias. A administração da justiça tornara-se mais centralizada. O cargo real de ouvidor geral “[...] realça o crescente controle real na colônia no período que se inicia em 1549” (SCHWARTZ, 1979, p. 34).

Nesse movimento de maior centralização, inclusive no que se refere à administração da justiça, a atuação do governo-geral merece destaque, dada sua jurisdição para representar a Coroa. O *Regimento de Tomé de Souza*, expedido por D. João III, estabelece a instituição do governo-geral no Brasil e assim possibilita a compreensão dos objetivos da iniciativa. O primeiro governador geral do Brasil, o fidalgo da Casa real, Tomé de Souza, recebeu do rei D. João III, antes de sua partida para o Brasil, um regimento que definia os poderes e normas de seu governo e as prioridades que deveria ter na administração centralizada da colônia. Na apresentação que fazem do documento, Ribeiro e Moreira Neto (1992) chamam a atenção para o envio, na esquadra do governador, da primeira leva de jesuítas para o Brasil, chefiados pelo padre Manuel da Nóbrega, ação caracterizada pelos autores como “[...] um novo elemento de ação política e religiosa e de controle social”. Outro elemento importante da política portuguesa na América apontado foi o envio de um grande número de funcionários, soldados, artesãos, e colonos que, como primeiro passo para a consolidação do domínio colonial. No documento, o rei expressa suas intenções:

Eu el-rei faço saber a vós Tomé de Souza fidalgo de minha casa que vendo eu quanto serviço de Deus e meu é conservar e nobreecer as capitâneas e povoações das terras do Brasil e dar ordem e maneira com que melhor e mais seguramente se possam ir povoando para exaltamento da nossa santa fé e proveito de meus reinos e senhorios e dos naturais deles ordenei ora de mandar nas ditas terras fazer uma fortaleza e povoação grande e forte em um lugar conveniente para daí se dar favor e ajuda às outras povoações e se ministrar justiça e prover nas coisas que cumprirem a meus serviços e aos negócios de minha fazenda e a bem das partes; (In: RIBEIRO; MOREIRA NETO, 1992, p. 142).

Como vem sendo observado, a medida da instauração do governo-geral atua com fins centralizadores, visando a povoação e a própria administração da justiça. Entre as instruções do rei fica evidente a preocupação com as condições necessárias à expansão da fé católica e a manutenção da paz, o que seria buscado por meio de castigos, se necessário. Continua o *Regimento*:

Porque a principal coisa que me moveu a mandar povoar as ditas terras do brasil foi para que a gente delas se convertesse a nossa santa fé católica vos encomendo muito que se pratiqueis com os ditos capitães e oficiais a melhor maneira que para isso se pode ter e de minha parte lhes direis que lhes agradecerei muito terem especial cuidado de os provocar a serem cristãos e para eles mais folgarem de o ser tratem bem todos os que forem de paz e os favoreçam sempre e não consintam que lhes seja feita opressão nem agravo algum e fazendo-se-lhe lho façam corrigir e emendar de maneira que fiquem satisfeitos e as pessoas que lhos fizerem sejam castigadas como for justiça. (In: RIBEIRO; MOREIRA NETO, 1992, p. 145).

As iniciativas centralizadoras perpassam todo o documento, tratando, no geral, da proteção da Colônia e do seu desenvolvimento. Nesse sentido, a instrução era a de "[...] fazer uma fortaleza e uma povoação grande e forte em um lugar conveniente para daí se dar favor e ajuda a outras povoações e se ministrar justiça" In: RIBEIRO; MOREIRA NETO, 1992, p. 142). A determinação era que estas fossem erguidas na Baía de Todos os Santos, local considerado mais adequado, como ocorreu.

Dada a jurisdição do governador-geral para representar a Coroa, convém esclarecer que, desde os tempos medievais, *Iurisdictio* era, do poder político, designado como a possibilidade de fazer leis e estatutos, constituir magistrados, arbitrar conflitos e emitir comandos. No que se refere ao governo-geral do Estado

do Brasil, é importante considerar a qualificação apresentada por Cosentino (2010):

[...] qualificamos o governo-geral do Estado do Brasil como um ofício régio superior que detinha funções delegadas de jurisdição inferior. A natureza superior desse ofício decorria do fato de esse servidor exercer, em nome do rei e por sua delegação, alguns dos poderes próprios do ofício régio. Suas funções eram de qualidade inferior na medida em que, além de exercê-las por delegação temporária, tinha suas decisões submetidas, em última instância, à decisão do monarca. A legislação portuguesa, por meio das ordenações, conferia ao rei o monopólio da constituição de ofícios e de seus respectivos campos de atuação (COSENTINO, 2010, p. 407).

A delegação de poderes não excluía o soberano que mantinha um extenso poder de intervenção, pois a concessão de jurisdição não implicava sua perda, mas criava uma simultaneidade de jurisdições. Além disso, dispunha o soberano de amplos poderes de revogação da jurisdição concedida. De qualquer maneira, os governadores-gerais do Estado do Brasil eram representantes do rei e possibilitaram ao monarca português, mesmo distante, exercer diversos poderes. Assim, a iniciativa de analisar a organização da sociedade colonial brasileira com base nas Ordenações Filipinas é sustentada, mesmo considerando os fatores que limitavam o seu pleno cumprimento.

Com base nos regimentos dos governadores-gerais do Estado do Brasil, Cosentino (2010) busca compreender as relações que se processaram envolvendo jurisdições que coabitavam nos espaços de governação existentes nas terras do Brasil. Todos os regimentos do governo-geral estabeleceram regras que regulamentaram o relacionamento entre a jurisdição régia, representada pelos governadores-gerais, com a eclesiástica, a do Tribunal da Relação e a dos governadores das capitanias.

Conforme lembra o autor,

Esses regimentos tiveram uma grande abrangência temporal e incorporaram as experiências vividas pela colonização e pela monarquia portuguesa. A análise comparativa desses regimentos nos permite perceber um alargamento do 'protagonismo' dos governadores-gerais em relação às outras jurisdições com as quais conviviam estabelecendo relações de subordinação (COSENTINO, 2010, p. 412).

Cabia ao governador-geral, como representante do rei, agir como árbitro, mantendo a harmonia e evitando a intromissão de funções e competências entre os diversos órgãos e poderes. Tal incumbência gerou diversos conflitos envolvendo jurisdições. Ao mesmo tempo, iniciativas por parte da Coroa foram tomadas visando consolidar a autoridade régia depositada nas mãos dos governadores-gerais. Agia o monarca com base no direito, arbitrando conflitos, preservando a paz e mantendo os direitos e as prerrogativas dos corpos do reino.

Nessa estrutura política de poderes ecléticos e concorrentes, os monarcas e aqueles a quem ele delegava poder atuavam como árbitros que buscavam a manutenção da harmonia, paz e segurança, evitando a intromissão de funções e competências entre os diversos órgãos político-administrativos. Nessa ordem corporativa, o direito e a justiça desempenharam um papel essencial [...]. Nesse sentido, fazer justiça e manter intacta a ordem social se constituiu em obrigação dos governantes e em direito dos diversos organismos que formavam o reino, segundo a expectativa dos vassallos. O respeito aos espaços próprios de cada jurisdição e a interferência no sentido da manutenção desses espaços eram uma função dos reis e daqueles que o representavam (COSENTINO, 2010, p. 419-420).

No estudo realizado acerca da ação governativa de alguns governadores-gerais do Estado do Brasil na preservação dos limites e dos espaços de atuação das diversas jurisdições que com a deles coexistiam e se submetiam, o autor constatou que

[...] esse servidor da monarquia portuguesa exerceu um papel de árbitro, mantendo a harmonia e evitando a intromissão de funções e competências entre os diversos órgãos e poderes, que os mesmos princípios que ordenavam o centro do império ultramarino português agiam na sua parte americana. O poder não só devia ser repartido para o bom funcionamento do corpo político, mas também a sua distribuição adequada na república era sinal de bom governo: a cada uma das partes constituintes dos corpos sociais deveria ser conferida a autonomia necessária, para que pudesse desempenhar o seu papel sem comprometimento da articulação natural dos corpos; ou seja, a cada um, de acordo com sua ordem, aquilo que lhe competia. Assim, os governadores-gerais do Estado do Brasil tinham como uma das suas principais funções a de garantir os espaços próprios de cada jurisdição, inclusive o respeito à jurisdição régia que eles representavam. [...] Cabia a ele, como representante maior do rei em terras do ultramar americano, agir preservando jurisdições,

garantindo espaços, mantendo condutas e hierarquias, conciliando, quando possível; punindo, quando necessário (COSENTINO, 2010, p. 423).

O “protagonismo” dos governadores-gerais, na condição de representantes da Coroa, expressa esforços de centralização no contexto em questão. Nesse sentido, ao analisar a burocracia no Brasil colonial, Schwartz (1979) chama atenção para alterações significativas nos rumos da administração, ao longo dos séculos XVI e XVII. As considerações do autor são imprescindíveis para o entendimento do exercício da justiça praticado no período e seu papel na configuração social.

Na mesma época em que começou a expansão ultramarina, outro processo histórico principiou a modelar as sociedades da Europa Ocidental: estados fortemente centralizados surgiram sob a égide da autoridade real. Nesse movimento, os monarcas, na medida em que procuravam estabelecer sua autoridade e diminuir o poder de vários grupos, corporações e classes, passaram a depender cada vez mais da burocracia profissional, cujos interesses se tornaram intimamente ligados aos da coroa. As ‘Novas Monarquias’ enfrentavam as tarefas de recolher os impostos, manter a força militar e **promover a lei** (SCHWARTZ, 1979, p. 9, grifo nosso).

A situação judicial no Brasil recebeu ainda mais atenção no reinado de Felipe II que, como já mostrado, foi o rei espanhol vitorioso na crise que envolveu a dinastia portuguesa, entre 1578 e 1580. Conforme considera Schwartz (1979, p. 34), “Felipe II encarava as deficiências judiciais do Brasil como parte de um colapso geral da lei no império português, e foi para este problema que voltou sua atenção em 1581”.

Demonstrando um interesse pessoal pela melhoria do sistema judicial do império, Felipe II, mesmo antes de 1580, já planejava a reforma judicial e administrativa de Portugal. Para tanto, “Felipe II criou uma pequena junta que incluía o Duque de Alba, seu melhor soldado, e Dom João da Silva, um nobre espanhol ligado à nobreza portuguesa por laços de sangue e de matrimônio” (SCHWARTZ, 1979, p. 37). Para informar à junta acerca da estrutura administrativa e judicial de Portugal, foi escolhido Rodrigo Vázquez de Arce, famoso jurista espanhol e que firmemente apoiava a reivindicação de Felipe II ao trono português.

Além de ganhar adeptos para a causa dos Habsburgo, Vázques foi enviado com a finalidade de “[...] fazer um exame completo do sistema legal português e reportá-lo à junta”. Conforme considera Schwartz (1979, p. 37), “[...] seus relatórios incluíam a descrição detalhada da organização administrativa portuguesa, do procedimento legal, dos abusos mais comuns e sugestões para uma melhoria”. Sua conclusão foi a seguinte: “Que aya falta de justiça em este reyno y necessidade de Remediar llò confiesan todos”¹².

O primeiro problema era o de codificação das leis. Nesse sentido, comenta o autor:

O *corpus* de lei portuguesa era complexo. Tinha se desenvolvido a partir de códigos romanos e visigodos, enriquecidos e complicados pelas concessões e doações reais e pela pressão exercida pela lei do hábito. A codificação tinha se iniciado no século XV com as *Ordenações Afonsinas* (1446) que haviam sido revistas no século XVI por Dom Manuel nas *Ordenações Manuelinas* (1514-1521). Desde essa época, contudo, um considerável corpo de legislação fora promulgado. Por outro lado, hábitos e costumes locais às vezes diferiam das formas legais prescritas (SCHWARTZ, 1979, p. 38).

Baseado em Vázques, Schwartz (1979) lembra que algumas leis eram antiquadas ou injustas, enquanto outras eram boas, porém desrespeitadas na prática. Diversos problemas foram apontados pelo conselheiro, que pode ser, de acordo com Schwartz (1979, p. 38-40), “[...] o arquiteto da reforma judicial e administrativa empreendida em Portugal pelos Habsburgo na década de 1580”.

Felipe II estabeleceu em Portugal uma comissão composta de advogados proeminentes presidida por Damião de Aguiar, jurista português e sólido sustentáculo da causa dos Habsburgo. Conforme afirma Schwartz (1979, p. 41), “[...] embora Felipe II demonstrasse dar aos portugueses alguma autonomia na reforma judicial, recusava-se a arriscar a autonomia política, ou a violação das suas prerrogativas reais”. Damião de Aguiar era sua segurança contra tais riscos.

As Ordenações Filipinas, objeto de análise nesta tese, são fruto, portanto, da reforma mencionada.

¹² “Advertências dadas a Felipe II para La buena administración de la justicia em Portugal”, BNM, Códice 8686, f. 63.

A comissão completou a revisão das *Ordenações Manuelinas* por volta de 1595, acrescentando, cancelando e retificando conforme a necessidade. A publicação do novo código – as *Ordenações Filipinas* – foi postergada até 1603; nesse ínterim, a Coroa instituiu muitas das reformas projetadas. O período entre 1581 e 1590 foi de intensa atividade na reforma das estruturas judicial e administrativa portuguesas. Estas reformas teriam importante efeito não só em Portugal como também em suas colônias (SCHWARTZ, 1979, p. 41).

No que se refere aos resultados da reforma judicial, é destacada a durabilidade e a eficácia da reforma:

Os nacionalistas portugueses de hoje gostariam que se acreditasse que as realizações e os resultados da reforma espanhola tenham sido mínimos. Contudo, o uso continuado das *Ordenações filipinas* depois da separação entre Portugal e Espanha em 1640 e a existência até os dias de hoje da Relação do Porto atestam a durabilidade e a eficácia das reformas judicial e administrativa operadas por Felipe II na década de 1580 (SCHWARTZ, 1979, p. 44).

Importante lembrar que o código não deve ser compreendido como um espelho da vida na Colônia, dado o distanciamento que há entre lei e realidade. A análise do exercício da justiça praticado no período colonial, especialmente com base nas *Ordenações Filipinas*, possibilita a apreensão daquilo que aquelas pessoas vislumbravam, o ideal. Contudo, as dificuldades e os desafios para sua implantação não podem ser ignorados. Nesse sentido, ao discutir o funcionamento da Relação da Bahia, instituição judicial e administrativa estabelecida no Brasil em 1609, Schwartz (1979) informa:

O procedimento da relação do Brasil assemelhava-se ao dos modelos da metrópole. Os Livros I, II, e V das *Ordenações filipinas* tratam extensivamente da estrutura e procedimento do Tribunal e sua leitura cuidadosa confronta o leitor com as sutilezas do processo judicial e a tentativa de tornar as leis compreensíveis. Entretanto, é impossível determinar a que ponto chegaram no Brasil as variações locais não autorizadas e, assim, o mero relato dos regulamentos é de uso limitado, já que, dentro das condições coloniais, legalidade e realidade freqüentemente se opunham (SHWARTZ, 1979, p.114).

De qualquer maneira, as *Ordenações Filipinas* possibilitam análises acerca da organização da vida na Colônia. Além disso, o código fornece elementos para

que relações entre educação e direito sejam estabelecidas, dado, como já apontado, o caráter educativo do direito, aqui compreendido como um instrumento de controle do comportamento dos indivíduos e atuante na própria construção social da realidade. Parte-se do pressuposto de que o direito visa a manutenção de determinada estrutura social e da rede de relações entre os indivíduos, compreensão que motiva a discussão seguinte, que estabelece relações entre direito, sociedade, poder e educação.

3 DIREITO: RELAÇÃO SOCIAL, PODER E EDUCAÇÃO

A relação entre educação e direito, central na tese, exige a compreensão do direito como instrumento de controle social. Mais do que isso, ao considerar os mecanismos de controle presentes no direito é necessário analisar em que medida eles podem interferir no comportamento humano. Para tanto, este capítulo inicia estabelecendo relação entre direito e configuração social, passando pelo poder simbólico do direito e apontando suas possibilidades educativas, de modo a atuar no controle das pulsões dos indivíduos.

3.1 DIREITO E CONFIGURAÇÃO SOCIAL

O objetivo, agora, é discutir o conceito de direito em diálogo com o conceito de “configuração social”. Ao mesmo tempo em que se acena para a compreensão de direito que permeia a análise, é explicitado o método que embasa a discussão. Considerado um instrumento de controle do comportamento dos indivíduos de uma sociedade, o direito atua na configuração social, um “padrão” estabelecido socialmente, somente possível entre os humanos e mutável de acordo as relações que vão se estabelecendo.

Conceito central da teoria sociológica proposta por Elias, “configuração” refere-se à teia de relações de indivíduos interdependentes que se encontram ligados entre si em vários níveis e de diversas maneiras. O entendimento é que as ações de uma pluralidade de pessoas interdependentes interferem de maneira a formar uma estrutura entrelaçada de numerosas propriedades emergentes. Em outras palavras, trata-se da “[...] análise das relações e funções sociais vistas enquanto um conjunto de relações interdependentes, que ligam os indivíduos entre si numa dada formação” (BRANDÃO, 2009, p. 64). Tais relações seriam o que Elias denomina como configuração, cuja especificidade varia de acordo com o tipo de sociedade. Para Brandão (2009), é possível afirmar que a maior expressão do conceito de configuração é a própria sociedade como um todo, admitindo que dentro dessa configuração maior (o conjunto de todas as relações

sociais que formam uma sociedade), há uma série de outras configurações menores (relações sociais entre grupos, classes etc.).

Em estudo realizado sobre o direito nas sociedades primitivas, Wolkmer (2003) observa que “[...] na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas” (WOLKMER, 2003, p. 20). O autor observa na lei a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social. Acerca do modo de se conceber o direito, é oportuna a seguinte advertência de Hespanha (2005):

Uma concepção ingênua do direito tende a vê-lo apenas como um sistema de normas destinadas a regular as relações sociais, assegurando aqueles padrões mínimos de comportamento para que a convivência social seja possível. Neste sentido, o direito limitar-se-ia a receber valores sociais, criados por outras esferas da actividade cultural e a conferir-lhes uma força vinculativa garantida pela coerção (HESPANHA, 2005, p 99).

O direito é considerado uma atividade bastante criativa.

Na verdade, a eficácia criadora (*poética*) do direito é muito maior. Ele não cria apenas a paz e a segurança. Cria, também, em boa medida os próprios valores sobre os quais essa paz e segurança se estabelecem. Nesse sentido, o direito constitui uma actividade cultural e socialmente tão criativa como a arte, a ideologia ou a organização da produção econômica (HESPANHA, 2005, p. 99).

A concepção que se tem do direito como organizador da sociedade, um mecanismo que visa garantir uma melhor organização das convivências sociais, deve ser ampliada. É preciso observar seu caráter controlador, inclusive no sentido de criar determinada realidade, a realidade com que opera.

De facto, antes de a organizar, o direito imagina a sociedade. Cria modelos mentais do homem e das coisas, dos vínculos sociais, das relações políticas e jurídicas. E depois, paulatinamente, dá corpo institucional a este imaginário, criando também, para isso, os instrumentos conceituais adequados. Entidades como “pessoas” e “coisas”, “homem” e “mulher”, “contrato”, “Estado”, “soberania”, etc, não existiram antes de os juristas os terem imaginado, definido conceitualmente e traçado as suas consequências dogmáticas. Neste sentido, o direito cria a própria realidade com que opera. O “facto” não existe antes e independentemente do “direito”. Os “casos jurídicos” têm

realmente muito pouco a ver com os “casos da vida”, como aliás se torna evidente logo que se transpõem as portas de um tribunal ou do escritório de um advogado (HESPANHA, 2005, p. 99).

Considerando o direito um instrumento de controle do comportamento dos indivíduos de uma sociedade, visando a manutenção de determinada estrutura social e rede de relações entre indivíduos (BOURDIEU, 2000), nesta tese seu lugar é enfatizado na configuração social. Com base na teoria de Norbert Elias, para o qual “O constrangimento característico que as estruturas sociais exercem sobre aqueles que as formam é particularmente significativo” (ELIAS, 1970, p. 16), o direito é analisado considerando, entre outros aspectos, a atuação das chamadas forças sociais, que são forças exercidas pelas pessoas, sobre outras pessoas e sobre elas próprias.

Como já indicado, Elias (2006) preocupou-se em romper com a relação antagônica entre indivíduo e sociedade. Para tanto, dedicou-se ao estudo da relação entre a pluralidade das pessoas e a pessoa singular. Seus esforços foram no sentido de superar a dicotomia entre os termos e explorar sua interação. Na discussão realizada sobre o objeto de estudo da Sociologia, a sociedade, o autor esclarece se tratar de unidades compostas, sendo os seres humanos, individuais, suas partes componentes. Logo, não é possível compreender a sociedade se o estudo do ser humano acontecer isoladamente, visto que a Sociologia tem como campo de estudo as configurações dos seres humanos interdependentes.

Falamos do indivíduo e do seu meio, da criança e da família, do indivíduo e da sociedade ou do sujeito e do objeto, sem termos claramente presente que o indivíduo faz parte do seu ambiente, da sua família, da sua sociedade [...]. A sociedade que é muitas vezes colocada em oposição ao indivíduo, é inteiramente formada por indivíduos, sendo nós próprios um ser entre outros. (ELIAS, 1970, p. 13).

Só é possível o entendimento do comportamento humano, dos processos sociais e até mesmo das ações individuais das pessoas se entendida a estrutura das sociedades, as configurações ou interconexões, formadas pelos sujeitos. A sociedade, na perspectiva adotada na análise, é um grupo de pessoas, um grupo social, um grupo de seres humanos interdependentes. Nas palavras de Elias,

As pessoas constituem teias de interdependência ou configurações de muitos tipos, tais como famílias, escolas, cidades, estratos sociais ou estados. Cada uma dessas pessoas constitui um ego ou uma pessoa, como muitas vezes se diz numa linguagem reificante. Entre essas pessoas colocamo-nos nós próprios. (ELIAS, 1970, p. 15-16).

O autor considera que uma das falhas mais sérias das teorias sociológicas convencionais reside no fato de estarem de acordo quando tentam apresentar uma concepção clara das pessoas enquanto sociedades, fracassando quando pretendem fazer o mesmo no que respeita às pessoas enquanto indivíduos.

É óbvio que uma coisa não pode ser feita sem a outra. Ao estudar a humanidade, é possível fazer incidir um feixe de luz primeiro sobre as pessoas singulares e depois sobre as configurações formadas por pessoas separadas. Mesmo assim, a compreensão de cada um dos níveis será afectada, a não ser que ambos os aspectos sejam constantemente considerados. A utilização que hoje fazemos destes conceitos poderia levar-nos a acreditar que o “indivíduo” e a “sociedade” denotam dois objetivos que existem independentemente, enquanto, na verdade, se referem a dois níveis diferentes mas inseparáveis do mundo humano (ELIAS, 1970, p. 141).

O conceito de “configuração”, alternativa de resistência à pressão sofrida por parte da sociedade fazendo com que o conceito de humanidade seja fragmentado e polarizado, visa superar as dificuldades de se pensar as pessoas como indivíduos e, ao mesmo tempo, as pessoas como sociedades. Conforme esclarece Elias (1970), “O conceito de configuração serve portanto de simples instrumento conceptual que tem em vista afrouxar o constrangimento social de falarmos e pensarmos como se o ‘indivíduo’ e a ‘sociedade’ fossem antagónicos e diferentes” (ELIAS, 1970, p. 141).

Como já apontado, o problema das interdependências humanas é colocado no centro da teoria sociológica. Devido à sua interdependência e ao modo como suas ações e experiências se interpenetram, os indivíduos formam um tipo de configuração, uma espécie de ordem dominante. Nesse sentido, Elias (1970) questiona a confirmação do que resumidamente chama de atomismo científico em todos os campos de investigação, e argumenta:

[...] quanto mais intimamente integrados forem os componentes de uma unidade compósita, ou por outras palavras, quanto mais alto for o grau da sua interdependência funcional, menos possível será

explicar as propriedades dos últimos apenas em função das propriedades da primeira. Torna-se necessário não só explorar uma unidade compósita em termos das suas partes componentes, como também explorar o modo como esses componentes individuais se ligam uns aos outros, de modo a formarem uma unidade (ELIAS, 1970, p. 78).

Por isso é enfatizado que não deve a sociologia se reduzir a áreas como psicologia, biologia e física, dada a especificidade do seu campo de estudo (as configurações de seres humanos independentes). Nesse sentido, questiona o autor:

Como é possível chegar à conclusão de que os indivíduos, devido à sua interdependência e ao modo como as suas ações e experiências se interpenetram, formem um tipo de configuração, uma espécie de ordem relativamente autónoma do tipo de ordem dominante, se, tal como os biólogos ou os psicólogos, estudamos os indivíduos quer como representativos da sua espécie quer como pessoas isoladas? (ELIAS, 1970, p. 79).

A questão é respondida com uma série de modelos acerca do modo como se entrelaçam as ações humanas, situações que o autor utiliza como treino para a imaginação sociológica. A análise possibilita reflexões acerca das relações de poder, oportunas à tese desenvolvida. Característica estrutural das relações humanas, o poder possui um carácter relacional. O entendimento que respalda a análise é que “Os modelos de jogo ajudam a mostrar como os problemas sociológicos se tornam mais claros e como é mais fácil lidar com eles se os reorganizarmos em termos de equilíbrio, mais do que em termos reificantes” (ELIAS, 1970, p. 81).

A análise eliasiana contempla o indivíduo que se relaciona com outro (s) indivíduo (s), a relação de poder entre os indivíduos e/ou grupos, a interdependência existente entre os mesmos e as formas de organização existentes. São elementos que contribuem na análise empreendida nesta tese, principalmente no que se refere às relações de poder e situações de interdependência. Trata-se de uma compreensão ampliada de tais relações, como na seguinte argumentação:

Uma solução mais adequada para os problemas de poder seria o considerarmos este, de um modo inequívoco, como sendo uma

característica estrutural de uma relação, que a penetra totalmente; como característica estrutural que é, não é boa nem má. Pode mesmo ser boa e má. Dependemos dos outros; os outros dependem de nós. Na medida em que somos mais dependentes dos outros do que eles são de nós, estes têm poder sobre nós, quer nos tenhamos tornado dependentes deles pela utilização que fizeram da força bruta ou pela necessidade que tínhamos de ser amados, pela necessidade de dinheiro, de cura, de estatuto, de uma carreira ou simplesmente de estímulo. Seja qual for a razão, numa relação directa entre duas pessoas, a relação que A tem para com B é também a relação que B tem para com A. (ELIAS, 1970, p. 101).

É destacado o carácter incontrolável das teias entrecruzadas de relações formadas pelas pessoas. Em meio a estas relações, o direito, instituição cuja função é o controle social, pode manter ou mesmo transformar determinadas configurações sociais. Considerando esse entendimento, o papel do direito na configuração social é analisado com base na administração da justiça no império português ao longo do século XVII, contexto em que a promoção da lei era a grande preocupação da Coroa. Convém, portanto, recorrer a formulações de Hespanha (1993) que contribuem com o objetivo de pensar o sentido em explorar textos no caso de estudos de sistemas de controle.

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 [...] 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. 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 classifica e revaloriza os factos sociais, que silencia outros, que cria realidades ‘imaginárias’ [...] e as trata como reais. (HESPANHA, 1993, p. 290).

É preciso considerar nesta análise que os textos não são apenas realidades da história jurídica e institucional, mas mantêm uma íntima relação com outras realidades de que se alimenta cotidianamente a história das instituições. Os fatos sociais do passado nos chegam por meio de textos, o que torna a tradição textual uma chave indispensável para fazer a história dos fatos empíricos. Hespanha (1993) destaca que os textos são, em si mesmos, “factos

sociais ‘historiáveis’” (HESPANHA, 1993, p. 291). Não são receptáculos neutros, mas realidades internamente estruturadas, dotadas de uma vida e lógica evolutiva próprias. O autor assim as caracteriza:

Realidades que selecionam as *coisas (os objetos)* 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 (HESPANHA, 1993. P. 291 grifos do autor).

Faz-se necessário cuidar com a ideia de autonomia dos textos para se evitar equívocos. É preciso considerar que o sistema interno dos discursos é a outra face das condições sociais e institucionais e até materiais em que são produzidos. Condições sociais e políticas estabelecem os limites do impacto de um texto.

Interessa à proposta desta tese o estudo de Hespanha (1993) sobre espaço punitivo do direito legal-doutrinal (chamado de direito real), na órbita do qual este discurso se situa. Convém destacar o fato de no contexto analisado na tese, chamado pelo autor de período da monarquia corporativa, “[...] 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” (HESPANHA, 1993, p. 292).

Há todo um simbolismo que envolve o direito real, sempre relacionado à imagem do rei como aquele que diz a justiça. Alguns apontamentos nesse sentido são oportunos.

O sistema penal da monarquia corporativa caracteriza-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 (HESPANHA, 1993, p. 297).

No contexto estudado (o século XVII) a função político-social determinante do direito penal real não parece ser a de efetivar uma disciplina social, até porque

lhe faltavam condições para tanto. Parece ser a de afirmar o sumo poder do rei como dispensador, tanto como da justiça como da graça. A análise do ordenamento jurídico em questão será realizada nesta perspectiva, o caracterizando mais do que por uma presença, por uma ausência.

Na discussão que faz acerca do grau de aplicação prática da ordem penal legal, Hespanha (1993) destaca que os dispositivos de efetivação da ordem penal, tal como vinha na lei, careciam de eficiência. Aponta como causas a multiplicidade de jurisdições, as delongas processuais e os condicionamentos de aplicação das penas. Como exemplo é apresentada 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; 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. De qualquer modo, uma vez executada a deportação, faltavam os meios de controlo que impedissem a fuga do degredo. (HESPANHA, 1993, p. 298).

Dificuldades são observadas também nas medidas que exigissem meios logísticos de que a administração da justiça carecia. É o caso da prisão, que tornava necessária a existência de cárceres seguros, a organização de operações onerosas de transportes de presos (*levas de presos*) e a disponibilidade de meios de sustento dos detidos. Hespanha (1993) comenta que as únicas penas facilmente executáveis eram as de aplicação momentânea, como os açoites, o corte de membro ou a morte natural, situações também pouco aplicadas. A mais visível das penas previstas pelas Ordenações, a de morte natural, era para um elevado número de casos, mas, acredita Hespanha (1993), pouco aplicada em Portugal em termos estatísticos. A constatação é feita com base em uma relação dos presos da cadeia da cidade de Lisboa, entre 1694 e 1696, que o facultados relativos às medidas penais aplicadas a cerca de trezentos criminosos.

Além do exposto, interessante observar o decréscimo progressivo da punição capital das ofensas aos valores “particulares” ao longo de toda a primeira metade do século XVIII e para um correspondente acréscimo da punição capital dos atentados aos valores “públicos”, decréscimo que se acentua, considera Hespanha (1993), com o advento do governo despótico-iluminista do Marquês de Pombal. O autor considera legítimo afirmar que, pelo menos comparativamente

com as previsões legais, “[...] a pena de morte é muito pouco aplicada durante o Antigo regime” (HESPANHA, 1993, p. 310). É observado que esta não correspondência entre o que estava estabelecido na lei e os estilos dos tribunais não deixou de ser notado pelos juristas, que por sua vez tentaram, via interpretação doutrinal, pôr o conceito de acordo com os fatos. A expressão “morra por ello”, utilizada nas Ordenações, possibilita análises nesse sentido.

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, já Manuel Barbosa entendia que tal expressão correspondia a exílio (perpétuo). A mesma era, expressa em termos gerais, a opinião de Domingo Antunes Portugal – “regularmente, onde quer que a lei fale de pena capital, não se entende morte natural mas degredo”. 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 corresponderam a pena de morte civil – e “morte natural” que corresponderia à morte física.

É apresentada uma diversidade de justificação para a não correspondência entre o que estava estabelecido na lei e a realidade. Com base no exposto é defendida a ideia de que havia uma lógica na “fragilidade” que tem sido apontada no cumprimento da norma. Nesse sentido, “[...] 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. (HESPANHA, 1993, p. 311, grifos do autor).

A eficácia da situação reside na afirmação do sumo poder do rei como dispensador, tanto como da justiça como da graça, uma sintonia entre a ameaça e os efeitos de sua não concretização, conforme fica evidenciado:

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 – por meio de uma interpretação genérica dos termos da lei – comprometia esta estratégia dual de intervenção do direito penal da coroa. (HESPANHA, 1993, p. 311).

É observado que o mesmo se passava com algumas outras penas corporais, tais como os açoites. Assim, a conclusão é que, embora a eficácia

probatória das fontes não seja de exagerar, os resultados da sondagem devem fazer problematizar muitas ideias sobre a frequência da aplicação dessas penas. Conforme esclarece o autor, ainda que a amostra não permita qualquer estudo estatístico sobre a criminalidade da época em virtude do caráter não representativo em relação ao universo da criminalidade, ela permite uma ideia do modelo de punição adotado no tribunal da corte. Logo, as considerações de Hespanha (1993) contribuem com análises acerca da prática punitiva da justiça real do século XVII, realizadas na tese.

Este caráter virtual da ordem penal real é relacionado à teoria penal, que possuía um caráter “livresco”. Tal como na lei, o discurso dos juristas não visa uma modelação cotidiana da prática penal, situação que passaria por alterações no contexto de ruptura do iluminismo, apontado no movimento de modificação das modalidades de intervenção social do direito real. Conforme explica o autor, “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” (HESPANHA, 1993, p. 293). Isso implica mudanças institucionais, como a reforma do direito, da organização judiciária e do sistema das penas, além de mudanças discursivas.

As considerações de Hespanha (1993) acerca do chamado direito real fornecem elementos para a compreensão de direito que permeia a análise: um mecanismo de controle social cuja atuação não se limita àquilo que está positivado ou sua eficácia. O esforço tem sido discutir direito em diálogo com o conceito de “configuração social”, considerando a complexidade que envolve as relações humanas. Nesse sentido, a discussão de Bourdieu (2000) acerca das apreensões que envolvem o direito são oportunas.

Bourdieu apresenta perspectivas que demarcaram o direito ao longo do tempo, com destaque a duas leituras: uma “[...] alternativa que domina o debate científico a respeito do direito, a do *formalismo*, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social”, além do “[...] *instrumentalismo*, que concebe o direito como um *reflexo* ou um *utensílio* ao serviço dos dominantes” (BOURDIEU, 2000, p. 209, grifos do autor). O direito é apreendido, de um lado, como sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode

ser compreendido segundo sua dinâmica interna e, de outro, é tido como reflexo direto das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os interesses dos dominantes (instrumento de dominação). É considerado que “[...] os marxistas ditos estruturalistas ignoram paradoxalmente a *estrutura* dos sistemas simbólicos e, neste caso particular, a *forma* específica do discurso jurídico” (BOURDIEU, 2000, p. 210, grifos do autor).

O autor observa que tanto as leituras de cunho interno (isto é, voltadas à reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos, sobretudo, a partir de uma “teoria pura do direito”) quanto àquelas de caráter externo (em especial, a posição marxista que assume o direito como “instrumento” da burguesia ou “aparelho” de Estado, considerando-o como profundamente imbricado na própria base das relações produtivas), foram incapazes de enunciar a complexidade que perpassa a questão, à medida que não apreenderam a especificidade do universo social em que a mesma se produz e se exerce. Para tanto, argumenta:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas. (BOURDIEU, 2000, p. 211).

Com base no exposto convém indicar que o direito, ao estabelecer formas de controle da sociedade, é aqui analisado levando em consideração a perspectiva do poder simbólico. É relevante a compreensão de que realidade é construída por uma conjunção de fatores sociais, decorrentes da ação humana. O ser humano constrói a realidade social ao mesmo tempo que é por ela influenciado. Nesse sentido, a abordagem da sociologia do conhecimento,

proposta por Berger e Luckmann (1974), aponta elementos acerca da interpretação que o indivíduo faz de sua realidade, dos aspectos que pensa que a compõem. Os autores analisam como é construído o conhecimento humano da realidade, estabelecendo relações entre o pensamento e o contexto social no qual se está inserido.

É preciso, portanto, considerar certa interferência socialmente determinada no desenvolvimento humano e, ao mesmo tempo, ter claro que há uma multiplicidade de determinações socioculturais. Conforme Berger e Luckmann (1974, p. 72), “[...] É um lugar comum etnológico dizer que as maneiras de tornar-se e ser humano são tão numerosas quanto as culturas humanas. A humanização é variável em sentido sócio-cultural”. Em outras palavras, correndo o risco de ser repetitivo, “[...] Embora seja possível dizer que o homem tem uma natureza, é mais significativo dizer que o homem constrói sua própria natureza, ou, mais simplesmente, que o homem se produz a si mesmo. (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 71). Essa autoprodução do homem é sempre e necessariamente um empreendimento social.

Os homens em conjunto produzem um ambiente humano, com a totalidade de suas formações sócio-culturais e psicológicas. Nenhuma dessas formações pode ser entendida como produto da constituição biológica do homem, a qual [...] fornece somente os limites externos da atividade produtiva humana. Assim como é impossível que o homem se desenvolva como homem no isolamento, igualmente é impossível que o homem isolado produza um ambiente humano [...]. Logo que observamos fenômenos especificamente humanos entramos no reino do social. A humanidade específica do homem e sua socialidade estão inextricavelmente entrelaçadas. O *Homo sapiens* é sempre, e na mesma medida, *homo socius*. (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 75).

Partindo do pressuposto de que o organismo humano não possui os meios biológicos necessários para dar estabilidade à conduta humana, a ordem social é concebida como produto humano, mais precisamente uma progressiva produção humana.

A ordem social não é dada biologicamente nem derivada de quaisquer *elementos* biológicos em suas manifestações empíricas. Não é preciso acrescentar que a ordem social também não é dada no ambiente natural do homem, embora certos

aspectos particulares deste ambiente possam ser fatores que determinem aspectos de uma ordem social (por exemplo, sua estrutura econômica ou tecnológica). A ordem social não faz parte da “natureza das coisas” e não pode ser derivada das “leis da natureza”. A ordem natural existe *unicamente* como produto da atividade humana. (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 76).

Visando entender as causas que conduzem à emergência, manutenção e transmissão de uma ordem social, os autores empreendem uma análise que resulta em uma teoria da institucionalização, que ocorre sempre que há uma tipificação recíproca de ações habituais por tipos de atores, logo, qualquer uma dessas tipificações é uma instituição. É acentuada a reciprocidade das tipificações institucionais:

A instituição pressupõe que as ações do tipo X serão executadas por atores do tipo X. Por exemplo, a instituição da lei postula que as cabeças serão decepadas de maneiras específicas em circunstâncias específicas, e que tipos determinados de indivíduos terão de fazer a decapitação (carrascos, ou membros de uma casta impura, ou virgens de menos de certa idade ou aqueles que foram designados por um oráculo). (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 79).

Além disso, as instituições implicam a historicidade e o controle. As instituições têm sempre uma história, da qual são produtos, o que torna impossível compreendê-las adequadamente sem entender o processo histórico de sua produção. No que se refere ao controle, os autores afirmam que as instituições, “[...] pelo simples fato de existirem, controlam a conduta humana estabelecendo padrões previamente definidos de conduta” (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 80).

Ao considerar toda a objetividade que envolve o mundo institucional, destacam-se os aspectos que envolvem sua construção pelo homem. Os autores lembram que o processo pelo qual os produtos exteriorizados da atividade humana adquirem o caráter de objetividade é a objetivação e afirmam que “O mundo institucional é a atividade humana objetivada, e isso em cada instituição particular” (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 87). O mundo social, objetivado, é reintroduzido na consciência no curso da socialização, momento chamado pelos autores de interiorização. Apontados os três momentos dialéticos, institucionalização, exteriorização, e objetivação, é apresentada sua relação na

realidade social: “Cada um deles corresponde a uma caracterização essencial ao mundo social. *A sociedade é um produto humano. A sociedade é uma realidade objetiva. O homem é um produto social.*” (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 87, grifos no original).

Com a objetividade, se tem uma instituição que influencia de forma coerciva os demais indivíduos. Nas palavras dos autores “[...] experimentam-se as instituições como se possuíssem realidade própria, realidade com a qual os indivíduos se defrontam na condição de fato exterior e coercivo.” (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 84). Como mundo objetivo, as formações sociais são passíveis de transmissão a um novo agrupamento ou geração. A transmissão do mundo institucional de uma geração para outra é chamada pelos autores de legitimação.

Destaca-se aí o poder coercivo estabelecido, no qual o indivíduo é inserido em um contexto que deve ser apreendido como único e verdadeiro. O padrão de controle estabelecido por uma geração é incorporado pela geração seguinte, somado à possibilidade de explicação e justificação. Os indivíduos podem apresentar restrições para aceitar a ação de institucionalização da sociedade a que pertencem, em grande parte, por não terem participado do seu processo de estabelecimento. Diante desta possibilidade de desvio, as instituições exercem autoridade (ação coerciva) sobre o indivíduo, a fim de garantir a aceitação de suas definições sem a possibilidade de redefinição das mesmas, garantindo, assim, a sua legitimação. (BERGER; LUCKMANN, 2008).

A nova geração engendra o problema da transigência e sua socialização na ordem institucional exige o estabelecimento de sanções. As instituições devem pretender, e de fato pretendem ter autoridade sobre o indivíduo, independentemente das significações subjetivas que este possa atribuir a qualquer situação particular. A prioridade das definições institucionais das situações deve ser coerentemente preservada das tentações individuais de redefinição. [...] Quanto mais a conduta é institucionalizada tanto mais se torna predizível e controlada. Se a socialização das instituições foi eficiente, é possível aplicar completas medidas coercitivas econômica e seletivamente. (BERGER; LUCKMANN, 1974, p. 89).

É preciso considerar, nessa perspectiva, que os indivíduos analisam o seu mundo social pela ótica construída a partir do próprio mundo, o que dá

legitimação à realidade social. É nesse contexto que qualquer desvio da ordem institucional tem caráter de afastamento da realidade. Além das situações coercitivas, a submissão ao controle exercido conta com a submissão espontânea, que por sua vez se manifesta por meios diversos. O controle das pulsões de Elias, explorado mais à frente, evidencia justamente a necessidade do ser humano de se adequar às exigências das instituições. Assim ele, como indivíduo, é aceito no meio social.

Na discussão que realiza acerca do poder simbólico, Bourdieu (2000) indica as situações que o constitui, o que, por sua vez, contribuem ao percurso construído nesta tese e, por isso, merecem destaque na sequência. A discussão é voltada mais especificamente ao campo do direito, tratando de pontos como o monopólio que se estabelece no campo, a linguagem jurídica, a atividade interpretativa, entre outros. Fica evidente que o direito é capaz, por sua própria força, de produzir efeitos, atuando na construção do mundo social e também sendo por ele construído.

3.2 O DIREITO COMO PODER SIMBÓLICO

Uma sociedade requer um tipo de codificação para reger a sua vida social, um conjunto de normas que lhe conceda alguma estabilidade. Presume-se que os indivíduos que a compõem aceitam como legítimo tanto o poder que cria as normas, quanto válidos o seu conteúdo. A norma, como tem sido evidenciado até aqui, regula a sociedade contratada pelos homens, regulação que adquire formatos variados. Merece destaque, nesse ponto do trabalho, o poder simbólico, um controle que não se limita a ações mais diretas que são praticadas no âmbito do direito positivo, mas que atua na submissão espontânea ao controle exercido.

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for *reconhecido*, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isto significa que o poder simbólico não reside nos “sistemas simbólicos” em forma de uma “illocutionary force” mas que se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os

que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a *crença*. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras (BOURDIEU, 2000, p. 14-16, grifos do autor).

No campo do Direito há relações de poder/saber que perpassam as relações sociais, bem como táticas e técnicas que atuam nessas relações. Especificamente, nesse aspecto, é possível buscar respaldo nos estudos de Foucault (1996), que volta ao medievo e traça um percurso até “[...] um sistema racional de estabelecimento da verdade”, no século XII (FOUCAULT, 1996, p. 73). O autor ressalta que não se trata de um simples progresso da racionalidade.

Nenhuma história feita em termos de progresso da razão, de refinamento do conhecimento, pode dar conta da aquisição da racionalidade do inquérito. Seu aparecimento é um fenômeno político complexo. É na análise das transformações políticas da sociedade medieval que explica como, por que e em que momento aparece este tipo de estabelecimento da verdade a partir de procedimentos jurídicos completamente diferentes. Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e sua história interna daria conta deste fenômeno. Somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder, pode explicar o surgimento do inquérito. (FOUCAULT, 1996, p. 73).

Observa-se, no caso da aquisição da racionalidade do inquérito, uma manifestação de estabelecimento da verdade. A discussão do autor destaca as relações de poder, importante à análise aqui realizada. A chamada ação jurídica é discutida em uma perspectiva ampliada por Bourdieu (2000), cujas formulações contribuem na discussão que vem sendo realizada acerca dos elementos que atuam no controle social e consequente construção da realidade.

Acerca do poder exercido no campo do direito, Bourdieu (2000) discorre sobre a divisão do trabalho jurídico. Parte do entendimento de que o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de “dizer o direito”, no qual se defrontam agentes investidos de competência social e técnica, isto é, na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre e autorizada) textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. Para tanto, diz respeito a um corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que declina sobre as instituições e seus poderes, as normas e suas fontes, assim

como os modos de resolução de conflitos correlatos aos seus intérpretes e/ou interpretações.

A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competência ao mesmo tempo antagonistas e complementares que funcionam como outras tantas espécies de capital específico e que estão associadas a posições diferentes no campo (BOURDIEU, 2000, p. 217).

A linguagem jurídica, por sua vez, segue o efeito de “apriorização” presente no funcionamento do campo jurídico. Assim, combina elementos diretamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao sistema, produzindo uma retórica da impersonalidade e da neutralidade, conferindo a aparência de fundamento transcendental às formas históricas da razão jurídica. Alcançam-se dois efeitos, a saber:

O efeito de *neutralização* é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito de *universalização* é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc.); o uso de indefinidos (“todo o condenado”) e do presente do intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais. (BOURDIEU, 2000, p. 216, grifos do autor).

No que se refere a esta retórica, completa o autor:

Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização, do duplo sentido de Freud e Weber, a que o sistema de normas jurídicas está continuamente sujeito, e isto desde há séculos. (BOURDIEU, 2000, p 216).

A atividade interpretativa opera a “historicização da norma” e, aliada à elasticidade dos textos, adapta as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas, deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco.

Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua *significação* real, determina-se na relação de força específica entre profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do valor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva. (BOURDIEU, 2000, p. 224-225, grifos do autor).

A instituição do monopólio é outro elemento considerado na análise. Para o autor, a instituição de um espaço judicial implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental e, em particular, de toda a postura linguística que supõe a entrada neste espaço social (BOURDIEU, 2000).

A constituição do campo jurídico é inseparável à instauração de um monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização de uma categoria particular de “produtos”: os serviços jurídicos. Além disso, é observado que as instituições jurídicas e seus atores possuem o monopólio do poder de impor – por meio dos atos de *nomeação* ou de *instituição* - o princípio universalmente reconhecido de ciência do mundo social, o *nomos* (isto é, princípio universal de *distribuição* legítima). Assim, o poder judicial (Estado) encerra, por meio dos seus vereditos e sanções, o “monopólio da violência simbólica legítima”, cujos enunciados representam a forma por excelência da palavra autorizada, pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos.

[...] o pleito representa uma encenação paradigmática da luta simbólica que tem lugar no mundo social: nesta luta em que se defrontam visões do mundo diferentes, e até mesmo antagonistas, que, à medida da sua autoridade, pretendem impor-se ao

reconhecimento e, deste modo, realizar-se, está em jogo o monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social, o *nomos* como princípio universal de visão e de divisão (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), portanto, de *distribuição* legítima. Nesta luta, o poder judicial, por meio dos vereditos acompanhados de sanções que podem consistir em actos de coerção física, tais como retirar a vida, a liberdade ou a propriedade, manifesta esse ponto de vista transcendente às perspectivas particulares que é a visão soberana do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima. (BOURDIEU, 2000, p. 236).

Logo, o direito é como a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas. Ainda, “O direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele *faz* o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este.” (BOURDIEU, 2000, p. 237, grifo do autor).

O efeito propriamente simbólico das representações geradas segundo esquemas adequados às estruturas do mundo de que são produto é o de consagrar a ordem estabelecida. Assim o faz o direito, ao consagrar aquilo que enuncia. Trata-se de uma análise, considera Bourdieu (2000), indispensável para se compreender o princípio do poder simbólico. E argumenta:

[...] se não há dúvida de que o direito exerce uma eficácia específica, imputável sobretudo ao trabalho de *codificação*, de pôr em forma e em fórmula, de neutralização e de sistematização, que os profissionais do trabalho simbólico realizam segundo as leis próprias do seu universo, também não há dúvida de que esta eficácia, defendida pela oposição à inaplicação pura e simples ou à aplicação firmada no constrangimento puro, se exerce na medida e só na medida em que o direito é socialmente reconhecido e depara com um acordo, mesmo tácito e parcial, porque responde, pelo menos na aparência, a necessidades e interesses reais. (BOURDIEU, 2000, p. 239-240).

A chamada ação jurídica é discutida em uma perspectiva ampliada pelo autor, que coloca em posição de destaque o conjunto das relações objetivas entre o campo jurídico e o campo social no seu conjunto.

Deixando de se perguntar se o poder vem de cima ou de baixo, se a elaboração do direito e a sua transformação são produto de um “movimento” dos costumes em direção à regra, das práticas colectivas em direção às codificações jurídicas ou, inversamente, das formas e das fórmulas jurídicas em direção às práticas que elas informam, é preciso ter em linha de conta o *conjunto das relações objectivas* entre o campo jurídico, lugar de relações complexas que obedece a uma lógica relativamente autónoma, e o campo do poder e, por meio dele, o campo social no seu conjunto. É no interior deste universo de relações que se definem os meios, os fins e os efeitos específicos que são atribuídos à acção jurídica. (BOURDIEU, 2000, p. 240-241, grifos do autor).

Nessa perspectiva, para explicar o que é o direito, na sua estrutura e no seu efeito social, faz-se necessário ter presente a lógica própria do trabalho jurídico no que ele tem de mais específico, quer dizer, a atividade de formalização, e os interesses sociais dos agentes formalizadores, tal como se definem na concorrência no seio do campo jurídico e na relação entre este campo e o campo do poder no seu conjunto.

Efeitos múltiplos são apontados ao trabalho jurídico pelo autor. A lógica da conservação, por sua vez, constitui um dos fundamentos maiores da manutenção da ordem simbólica, o que se deve a características do seu funcionamento:

[...] pela sistematização e pela racionalização a que ele submete as decisões jurídicas e as regras invocadas para as fundamentar ou as justificar, ele confere o *selo da universalidade*, factor por excelência da eficácia simbólica, a um ponto de vista sobre o mundo social que [...] em nada de decisivo se opõe ao ponto de vista dos dominantes. E, deste modo, ele pode conduzir à *universalização prática*, quer dizer, à generalização nas práticas, de um modo de acção e de expressão até então próprio de uma região do espaço geográfico ou do espaço social. (BOURDIEU, 2000, p. 245, grifos do autor).

Portanto, em uma sociedade diferenciada o efeito da universalização é um dos mecanismos pelos quais se exerce a dominação simbólica, a imposição da legitimidade de uma ordem social. A norma jurídica, sob esse prisma, quando consagra em conjunto formalmente coerente de regras oficiais os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, tende a direccionar as práticas do conjunto dos agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida. Revelando-se, por conseguinte, o direito como um instrumento de normalização da vida social por excelência.

A atuação da norma jurídica na confirmação de valores sociais, portanto seu comprometimento com determinada organização social, é discutida por Neves (2007), que o faz na perspectiva da chamada legislação simbólica¹³, apontada como um meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. A função simbólica desempenhada pelo texto legal é um aspecto central na análise, como expressa o objetivo do autor:

[...] abordar o significado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância, entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais” (NEVES, 2007, p. 1).

É ressaltado que não se trata de simplesmente discutir sobre a ineficiência das normas constitucionais (iniciativa realizada com alguma frequência), mas sua função simbólica, dada a característica carência de concretização normativo-jurídica. Por um lado, esclarece Neves (2007), “[...] pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz” (NEVES, 2007, p. 1).

No debate realizado sobre legislação simbólica é delimitado inicialmente um “[...] conceito sistêmico-teórico de Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas principalmente enquanto um mecanismo de autonomia operacional do direito na sociedade moderna” (NEVES, 2007, p. 2). A estratégia é partir estritamente desse modelo conceitual de Constituição, para questionar-se a sua adequação empírica em caso de constitucionalização simbólica. Assim, procura esclarecer diversos aspectos da “[...] relação entre ineficácia normativo-jurídica e função político-simbólica da Constituição” (NEVES, 2007, p. 2).

A expressão legislação simbólica, “[...] aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental (NEVES, 2007, p. 23). Sua análise exige a discussão dos

¹³ Neves (2007) esclarece que o debate sobre legislação simbólica se desenvolveu na teoria do direito e ciência política alemã nas duas décadas iniciais do século XX e foi propulsor do estudo por ele realizado.

limites de uma concepção instrumental da legislação. Questiona-se o entendimento de que as leis constituem meios para se alcançar determinados fins, especialmente a mudança social. Nesse sentido, argumenta o autor:

Por um lado, observa-se que há um grande número de leis que servem apenas para codificar juridicamente “normas sociais” reconhecidas. Por outro, a complexidade do ambiente social dos sistemas jurídico e político é muito acentuada, para que a atuação do Estado através da legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social. (NEVES, 2007, p. 23).

Diante da problemática apresentada, o autor questiona: “o fracasso da função instrumental da lei é apenas um problema de ineficácia das formas jurídicas?” (NEVES, 2007, p. 30). Ao responder negativamente, chama a atenção para a função simbólica de determinadas leis e argumenta que há leis que desempenham funções sociais latentes em oposição ao seu sentido jurídico manifesto. Neves (2007) recorre ao modelo para a tipologia da legislação simbólica proposto por Kindermann, segundo o qual o “Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade e ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios” (KINDERMANN, 1988 *apud* NEVES, 2007, p. 33).

Sobre o primeiro aspecto, exige-se primariamente do legislador uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. A “vitória legislativa” é para os grupos envolvidos uma forma de reconhecimento da predominância social de sua concepção valorativa. Logo, a eficácia normativa da respectiva lei torna-se secundária. Buscam influenciar a atividade legiferante no sentido de proibir formalmente condutas que não coadunam com seus valores, assim como confirmar seus padrões valorativos. Um dos exemplos apresentados por Neves (2007), que toma como base as considerações de Kindermann (1989), é referente à legislação sobre estrangeiros, uma experiência social europeia mais recente:

O debate a respeito de uma legislação mais rigorosa ou mais flexível em relação aos estrangeiros seria predominantemente simbólico: nesse caso, a legislação teria uma força simbólica muito importante, na medida em que influenciaria a visão que os nacionais têm dos imigrantes – como estranhos e invasores, ou como vizinhos, colegas de trabalho, de estudo, de associação e, portanto, “parte da sociedade”. Primeiramente, a legislação

funcionaria então como “etiqueta” em relação à figura do imigrante estrangeiro (NEVES, 2007, p. 35).

A legislação simbólica, destinada primariamente à confirmação de valores sociais, é um meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Além dessa tipologia é preciso considerar o que Neves (2007), pautado em Kindermann (1988) chama de “Legislação-álibi”, cujo objetivo é fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo. O autor esclarece que “[...] não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político e jurídico” (NEVES, 2007, p. 36). É comentado o fato de o legislador, sob pressão, agir para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que haja condições de efetivação das normas propostas. Assim, o legislador fornece alguma resposta a pressões políticas e apresenta o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

No Direito Penal as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes. Além desses casos em que a legislação-álibi se apresenta como reação a pressões sociais ou como referência na prestação de contas ao eleitorado, Neves (2007) observa sua atuação como mecanismo de exposição simbólica das instituições. O autor cita como exemplo a legislação sobre os meios de comunicação nos Estados Unidos, quando normas sobre controle da radiodifusão e da televisão teriam permanecido sem efeitos regulativos reais, mas teriam servido para dar a aparência das precauções estatais por um mínimo de responsabilidade da mídia. Assim, a legislação teria atuado na exposição abstrata do Estado como instituição merecedora da confiança pública.

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. (NEVES, 2007, p 39).

Parte-se do entendimento de que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, dadas as variáveis não normativo-jurídicas

envolvidas. No entanto, não se pode ignorar o papel desempenhado pela legislação. Nesse sentido, Neves (2007, p. 39) argumenta que “[...] a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de uma maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal”.

É uma forma de manipulação ou ilusão, dada a função ideológica que desempenha. Mas convém considerar que não se trata de uma relação em que legislador simplesmente ilude o cidadão. É preciso observar que os líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas. De qualquer maneira, a legislação-álibi pode induzir um sentimento de bem-estar, levando à resolução de tensão.

Outra alternativa pela qual a legislação simbólica pode servir para adiar a solução de conflitos sociais é por meio de compromissos dilatatórios. Acerca da prática, esclarece o autor:

Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado. (NEVES, 2007, p. 41).

Como exemplo, o autor cita o caso da Lei norueguesa sobre empregados domésticos (1948), cuja função teria sido a regulamentação de relações de trabalho e, instrumentalmente, o seu fim haveria sido a melhoria das condições de trabalho dos empregados domésticos e proteção dos seus interesses. No entanto, o autor argumenta que a suavidade das normas sancionadoras a serem aplicadas às donas de casa nas hipóteses de violação do diploma legal constituía um fator importante para garantir a sua ineficácia. Além disso, é apontada a forte dependência pessoal dos empregados domésticos em relação às donas de casa como condição negativa de efetivação do texto legal. Acerca da situação, explica o autor:

Foi exatamente essa previsível falta de concretização normativa que possibilitou o acordo entre grupos “progressistas” e

tendências “conservadoras” em torno do conteúdo da Lei. Os primeiros ficaram satisfeitos porque a Lei, com os seus dispositivos sancionatórios, documentava a sua posição favorável a reformas sociais. Aqueles que eram contrários à nova ordem legal contentaram-se com a falta de perspectiva de sua efetivação (NEVES, 2007, p. 42).

Com base no exposto, o autor reafirma a rejeição da concepção simplista da inexistência ou irrelevância social da legislação ou dos textos legais carentes de eficácia normativa. Ao diferenciar as funções sociais manifestas e latentes da legislação, são destacados os efeitos sociais latentes da legislação simbólica. Visando melhor compreensão das situações, Neves (2007) apresenta um quadro tipológico dos efeitos da legislação, no qual discute a tradicional distinção entre a eficácia no sentido jurídico-dogmático e a eficácia em sentido “sociológico”. A primeira refere-se à possibilidade jurídica de aplicação da norma, sua aplicabilidade, ao passo que a segunda diz respeito à conformidade das condutas dos destinatários à norma, sua real execução. O autor afirma que o problema da eficácia em sentido “empírico” é a questão que interessa na análise. É realizada a distinção entre observância e imposição (ou execução em sentido estrito) das leis. O autor explica:

[...] a observância significa que se agiu conforme a norma legal, sem que essa conduta esteja vinculada a uma atitude sancionatória impositiva; a execução (ou imposição) surge exatamente como reação concreta a comportamentos que contrariam os preceitos legais, destinando-se à manutenção do direito ou ao restabelecimento da ordem violada. Assim sendo, a observância diz respeito à “norma primária” e a execução em sentido estrito ou imposição refere-se à “norma secundária”, partes da norma que atribuem conseqüências deônticas, respectivamente, à conduta lícita (ou também a fatos jurídico sem sentido estrito) e ao ato ilícito. A eficácia pode decorrer, conseqüentemente, seja da observância da lei ou de sua imposição. (NEVES, 2007, p. 44).

Na análise, não se admite que o conceito de eficácia se reduza à observância autônoma. Ao mesmo tempo, é rejeitada a superestimação da observância, visto que a ineficácia só se configura na hipótese de fracassarem a “norma primária” e a “norma secundária”. A isso relacionado, são introduzidas as noções de “aplicação do direito” e “uso do direito”. O entendimento é o seguinte:

Da mesma maneira que a execução, a aplicação do direito exige, em ordens jurídicas positivas, o agir de um terceiro, o órgão competente, em face dos destinatários da norma. No entanto, a execução em sentido estrito consiste numa atividade impositiva de fato, enquanto a aplicação normativa pode ser conceituada como a criação de uma norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação a um caso determinado. (NEVES, 2007, p. 45).

Assim, é esclarecido que embora aplicação e execução normativa estejam vinculadas, existem atividades de aplicação que não estão relacionadas com execução do direito em sentido estrito. Como exemplo, é mencionado o caso da jurisdição voluntária. A diferenciação entre execução e aplicação implica que surjam discrepâncias entre esses dois momentos da concretização do direito.

Outra distinção relevante para o problema da eficácia das leis é apresentada; ela se estabelece entre observância e uso do direito.

A observância refere-se às “regras de conduta”, isto é, às obrigações e proibições; o uso, às “ofertas de regulamentação”. Não estando presentes as condições (“infra-estrutura”) para o uso das ofertas de regulamentação legalmente postas, pode-se falar, então, de ineficácia normativa. Porém, nesse caso, não se trata de respeito, violação ou burla de preceito legal, mas sim de uso, desuso ou abuso de textos legais que contém oferta de auto-regulamentação de relações intersubjetivas. (NEVES, 2007, p. 46).

Situações variadas estão envolvidas na questão da eficácia da lei. Como discutido, trata-se da observância, da execução, da aplicação e do uso do direito. Genericamente, a eficácia da lei pode ser compreendida como concretização normativa do texto legal. Para Neves (2007, p. 47), “[...] o processo de concretização normativa sofre bloqueios em toda e qualquer situação na qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas intenções concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc.” (NEVES, 2007, p. 47).

É relevante, na análise do autor, a distinção entre eficácia e efetividade, a primeira compreendida como conformidade dos comportamentos ao conteúdo da norma, sendo a segunda referente aos fins do legislador ou da lei. Distinguem-se, quanto aos fins das normas jurídicas, efetividade, inefetividade e antiefetividade de sua atuação. A eficácia de determinada lei (observância, aplicação, aplicação,

uso) pode torná-la efetiva, mas é possível que ocorra eficácia sem efetividade. Pode acontecer de a legislação ser intensamente eficaz, mas antiefetiva, quando os resultados são opostos daqueles vislumbrados.

Considerando a problematização realizada na tese, convém destacar a discussão de Neves (2007) acerca dos efeitos indiretos e latentes da legislação, além dos efeitos da legislação simbólica. Nesse sentido, é argumentado que a eficácia e a efetividade não esgotam o problema dos efeitos da legislação, isso porque “As normas legais produzem efeitos indiretos ou latentes que poderão estar vinculados ou não à sua efetividade e eficácia” (NEVES, 2007, p. 48-49).

É preciso distinguir as consequências da legislação na sua conexão com outros fenômenos sociais, tendo claro que podem ser significativos os efeitos indiretos de uma lei. Um exemplo é, no plano penal, a função ou efeito criminógeno da própria lei penal. Trata-se da criminalização de determinada conduta, tendo como consequência a prática de novos atos puníveis para sua execução e encobrimento. Como exemplo, o autor comenta que, em muitos casos, à promulgação de uma nova lei penal seguem-se contra-reações, atos de resistência e de ajuda aos autores, implicando outras condutas puníveis.

Além disso, a análise dos efeitos indiretos e latentes da legislação requer considerações do ponto de vista psicanalítico. Sustenta-se, nessa perspectiva, que “[...] a legislação pode constituir um processo de estabilização do ego, mesclando-se aí variáveis instrumentais e simbólicas” (NEVES, 2007, p. 50). É como se a legislação servisse para satisfazer, de forma sublimada, a necessidade de vingança do povo. Por leis punitivas ou restritivas satisfaz-se a necessidade de “bodes expiatórios”. Outro efeito indireto da legislação é aquele exercido com relação a quem elabora o respectivo projeto de lei. Há casos em que a legislação pode ser simplesmente simbólica, mas ocasiona efeitos positivos para o elaborador da lei.

O caracteriza a legislação simbólica como

[...] normativamente eficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata “se então” da “norma secundária” (programa condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental “meio-fim” que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha a discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma

lei. Sendo eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não-realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica (NEVES, 2007, p. 51).

Nesse sentido, é argumentado que constituem funções do sistema jurídico tanto a “regulação (ou direção) da conduta” quanto a “asseguração das expectativas”. Logo, a eficácia diz respeito à primeira, enquanto a vivência (social) se refere à segunda. Em relação recíproca estão a capacidade do sistema jurídico de regular as condutas e sua capacidade de assegurar expectativas normativas, ou seja, “O problema de como estão comportando-se as pessoas e a questão da orientação das expectativas de comportamento pressupõem-se e complementam-se mutuamente” (NEVES, 2007, p. 52). Partindo do entendimento de que a função primária do direito não reside na realização de determinado comportamento, mas no fortalecimento de determinadas expectativas, o autor afirma que a legislação simbólica só tem lugar quando a vigência social da norma legal é prejudicada.

Conforme o tipo de legislação simbólica, variarão os seus efeitos. Assim, explica o autor:

No que concerne à legislação destinada à confirmação de valores sociais, podem-se distinguir três efeitos socialmente relevantes. Em primeiro lugar, trata-se de atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito e por ele garantidos. Em segundo lugar, a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem o respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que lhe seriam específicas. Daí resulta que a conduta considerada ilegal tem mais dificuldade de impor-se do que um comportamento lícito (NEVES, 2007, p. 54).

Para além das variações que envolvem os efeitos da legislação simbólica, importante ao estudo realizado é considerar sua possibilidade de atuação. Perceber que as consequências dos textos legais extrapolam o cumprimento pleno daquilo que está posto, positivado, é fundamental à tese, até porque são evidentes os limites do código jurídico tomado como fonte. O exposto evidencia a atuação das relações de poder sobre o indivíduo ou, como diz Foucault (1984), sobre o corpo. Na relação aqui estabelecida, o foco recai sobre as relações de

poder e os mecanismos de dominação, considerando o simbolismo que os envolve.

[...] o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais. [...] Essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência ou da ideologia; pode muito bem ser direta, física, usar a força contra a força, agir sobre elementos materiais sem no entanto ser violenta; pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e no entanto continuar a ser de ordem física. (FOUCAULT, 1984, p. 28).

O autor entende se tratar de uma microfísica do poder posta em jogo pelos aparelhos e instituições, mas cujo campo de validade se coloca de algum modo entre esses grandes funcionamentos e os próprios corpos com sua materialidade e suas forças. O poder exercido nessa microfísica não seria concebido como uma propriedade, mas como uma estratégia. Na análise que realiza, as técnicas punitivas (quer elas se apossam do corpo no ritual dos suplícios, quer se dirijam à alma) são recolocadas na história desse corpo político. As práticas penais são consideradas mais como um capítulo da anatomia política, do que uma consequência das teorias jurídicas (FOUCAULT, 1984). A respeito dessas relações de poder sobre o corpo, é importante mencionar o papel daquilo que o autor chama de “tecnologia do poder”, a qual atua sobre a “alma”.

Não se deveria dizer que a alma é uma ilusão, ou um efeito ideológico, mas afirmar que ela existe, que tem uma realidade, que é produzida permanentemente, em torno, na superfície, no interior do corpo pelo funcionamento de um poder que se exerce sobre os que são punidos – de uma maneira mais geral sobre os que são vigiados, treinados e corrigidos, sobre os loucos, as crianças, os escolares, os colonizados, sobre os que são fixados a um aparelho de produção e controlados durante toda a existência. Realidade histórica dessa alma, que, diferentemente da alma apresentada pela teologia cristã, não nasce faltosa e merecedora de castigo, mas nasce antes de procedimentos de punição, de vigilância, de castigo e de coação. (FOUCAULT, 1984, p. 31).

A citação vem ao encontro da problematização levantada nesta tese, que associa punição, controle, castigo, aprendizagem humana e relações de poder. Toda a sujeição evidenciada só é possível graças a determinados mecanismos,

produzidos socialmente em atendimento a demandas da própria sociedade. Nesse sentido, Foucault (1984) possibilita compreender a execução das penas como um instrumento de aprendizado, que, atuando na alma das pessoas, as predispõem a pensar e sentir de uma determinada forma. É como se a alma, o querer, o sentir, o fazer, tudo fosse modelado.

Falar, portanto, em administração da justiça na América portuguesa é se atentar, também, aos efeitos simbólicos que agiam na educação das pessoas e, conseqüentemente, no controle social. Nessa direção, na sequência será discutido o controle das emoções e as circunstâncias que nele interferem. Ao mesmo tempo e de maneira relacionada são analisados elementos do controle social que vêm sendo apontados.

3.3 CONTROLE DOS IMPULSOS E APRENDIZAGEM HUMANA EM NORBERT ELIAS

Ao abordar o caráter educativo da administração da justiça é válido considerar a compreensão de Elias (1970) acerca da aprendizagem humana. Na relação que estabelece entre sociologia e biologia, cujo objetivo é destacar a especificidade daquela e conseqüente autonomia desta, a constatação é que não há compreensão possível sem que haja conhecimento da adaptação da organização biológica humana em função da aprendizagem. O autor considera que a correta compreensão das formas organizativas dos níveis mais altos de integração requer formas distintivas de pensamento e de métodos de investigação. Na discussão sobre o problema da relação entre sociologia e biologia o autor argumenta que

A autonomia da sociologia relativamente à biologia baseia-se, em última instância, no facto de as pessoas serem realmente organismos, mas organismos que têm um caráter singular em certos aspectos. É necessário assentar neste ponto antes de discutir as características universais da sociedade humana. Mas o que torna o homem singular entre as outras formas de vida, é demonstrado pelo facto de o significado da palavra "natureza" quando referida à humanidade, diferir em certos aspectos do seu significado noutros contextos (ELIAS, 1970, p. 116-117).

Por um lado, a estrutura das sociedades compostas por criaturas não humanas só muda quando se altera a estrutura biológica dessas criaturas. Por outro, as sociedades humanas podem mudar sem que ocorra qualquer alteração na espécie, isto é, na constituição biológica do homem. Para o autor, “Este é um exemplo gritante da autonomia relativa do campo da investigação sociológica no que respeita à biologia – e conseqüentemente também da diferença entre os problemas da sociologia e da biologia” (ELIAS, 1970, p. 118).

Como é possível mudanças nas sociedades humanas e, portanto, no comportamento das pessoas individuais e nos círculos que as unem, sem que haja qualquer mudança na natureza biológica do homem? Nesse sentido, discorre o autor:

Há uma resposta bastante simples para este problema [...]. Por natureza – por constituição hereditária do organismo humano -, o comportamento do homem, mais do que qualquer comportamento de outros seres vivos, é menos dirigido por pulsões inatas e mais orientado por impulsos modelados pela experiência e pelo conhecimento individuais. Devido à sua constituição biológica, não é verdade que os homens estão mais *aptos* a aprender a controlar o seu comportamento do que qualquer outra criatura, como também que o seu comportamento *deve* trazer a marca daquilo que aprenderam. Os padrões de comportamento de uma criança não só podem mas devem evoluir muito por meio da aprendizagem, se é que a criança pretende sobreviver (ELIAS, 1970, p. 118-119, grifos do autor).

Na denominada “sociologia configuracional” de Norbert Elias, discutida inicialmente, é apontada a existência de uma teia de relações de indivíduos interdependentes que se ligam de diversas maneiras. Assim, as relações e funções sociais são vistas como um conjunto de relações interdependentes, que ligam os indivíduos entre si em uma dada formação. Tal formação seria a configuração, que muda de acordo com cada sociedade, em cada época histórica, em cada contexto. Amparado nesta ideia, Elias aborda o conceito de processo civilizador¹⁴. Logo no prefácio do primeiro volume o autor afirma que “[...] grande

¹⁴ Não se pode simplesmente fazer a transposição do conceito de processo civilizador de Elias para o contexto de análise deste trabalho. A análise aqui realizada recorre a elementos da teoria do sociólogo a fim de pensar o projeto de sociedade expresso na legislação do período colonial brasileiro. Importante frisar que na norma está o ideal, mas não necessariamente o real e vivido. Isso posto, a teoria eliasiana fornece elementos para analisar o caráter civilizador das Ordenações Filipinas, além de refletir acerca da organização da sociedade colonial.

número de estudos contemporâneos sugere convincentemente que a estrutura do comportamento civilizado está estreitamente inter-relacionada com a organização das sociedades ocidentais sob a forma de Estados.” (ELIAS, 1994, p. 16). Evidencia-se o entrelaçamento e a interdependência crescente das pessoas.

Civilização, por sua vez, é definida como um processo contínuo, não acabado ou possuidor de uma única causa. Elias (1994) a analisa de maneira relacionada às transformações gerais sofridas pelas sociedades e as alterações ocorridas nas estruturas de personalidade dos indivíduos que a compõem. Dessa forma, não é possível pensar, conforme já analisado, os conceitos de indivíduo e de sociedade como categorias separadas. Modificações ocorridas nas estruturas das sociedades afetam a estrutura da personalidade de seus membros, especificamente no que se refere ao controle dos impulsos, o autocontrole.

De acordo com as formas de relações sociais que se configuram e o grau de interdependência das pessoas, o nível de controle das emoções é alterado. Elias (1993) observa que na medida em que as pessoas são obrigadas a viver pacificamente em sociedade entra em cena o controle social, que é a observação de uns pelos outros. Pouco a pouco as pessoas passam a policiar o próprio comportamento. Pode-se considerar que a sociedade de corte absolutista foi o *locus* social onde mais se desenvolveu o controle dos impulsos pelos indivíduos e, de acordo com Elias (1994), de onde foi herdada parte significativa dos costumes e padrões de comportamento chamamos de civilizados. Nessa sociedade aristocrática de corte, pré-nacional, foram modeladas ou, pelo menos, preparadas partes dessas injunções e proibições que ainda hoje se percebem, não obstante as diferenças nacionais, como algo comum ao Ocidente. Foi delas que os povos do Ocidente, a despeito de suas diferenças, receberam parte do selo comum que os constitui como uma civilização específica (ELIAS, 1993).

Ao analisar o advento da sociedade burguesa, Elias (1993) aponta a pressão da competição sobre as diversas funções sociais como um dos motivos para o aumento do autocontrole. Na medida em que a sociedade se diferenciava, levando ao aumento do número de funções sociais e intensificando o grau de dependência entre as pessoas, o autocontrole passou a fazer parte da personalidade do indivíduo.

À medida que mais pessoas sintonizavam sua conduta com a de outras, a teia de ações teria que se organizar de forma sempre mais rigorosa e precisa, a fim de que cada ação individual desempenhasse uma função social. O indivíduo era compelido a regular a conduta de maneira mais diferenciada, uniforme e estável. [...] O fato seguinte foi característico das mudanças psicológicas ocorridas no curso da civilização: o controle mais complexo e estável da conduta passou a ser cada vez mais instilado no indivíduo desde seus primeiros anos, como uma espécie de automatismo, uma autocompulsão à qual ele não poderia resistir, mesmo que desejasse. A teia de ações tornou-se tão complexa e extensa, o esforço necessário para comportar-se “corretamente” dentro dela ficou tão grande que, além do autocontrole consciente do indivíduo, um cego aparelho automático de autocontrole foi firmemente estabelecido. (ELIAS, 1993, p. 196).

As funções sociais, desde o período do germe da história do Ocidente aos dias atuais, se tornaram cada vez mais diferenciadas, levando ao crescimento do número de funções. Quanto mais diferenciadas, mais crescia o número de funções e, assim, de pessoas às quais o indivíduo constantemente dependia em todas as suas ações. Assim, a teia de ações teria de se organizar de forma mais rigorosa e precisa, a fim de que cada ação individual desempenhasse uma função social, obrigando o indivíduo a regular a conduta de maneira diferenciada, uniforme e estável. A progressiva divisão de funções e o crescimento de cadeias de interdependência, direta ou indiretamente, tornavam-se integrados em cada ação do indivíduo.

As obras de Elias evidenciam que essa redução de contrastes na sociedade e nos indivíduos, essa mistura peculiar de padrões de conduta que derivam de níveis sociais inicialmente muito diferentes, são altamente característicos da sociedade ocidental, constituindo-se uma das peculiaridades mais importantes do processo civilizador. Para Elias (1994, p. 197), a fixação do autocontrole mental enquanto traço de personalidade do ser humano acontece em função de vários elementos, tal como a “[...] monopolização da força física e a crescente estabilidade dos órgãos centrais da sociedade”.

Só com a formação desse tipo relativamente estável de monopólios é que as sociedades adquirem realmente essas características, em decorrência das quais os indivíduos que as compõem sintonizam-se, desde a infância, com um

padrão altamente regulado e diferenciado de autocontrole. Em combinação com tais monopólios, esse tipo de autolimitação requer um grau mais elevado de automatismo, e se torna uma “segunda natureza”. (ELIAS, 1993). O controle pode ser o controle exercido pelo Estado sobre o indivíduo, por meio de suas leis, como pode ser o controle exercido pelos outros indivíduos dentro do convívio social, ou ainda o autocontrole, um código social de conduta gravado tão fortemente no indivíduo a ponto de tornar-se um elemento constituinte dele próprio, agindo até quando se encontra sozinho. Além de autocontrole, Elias (1993), emprestando o conceito da psicologia, chamou este elemento de superego, o qual acompanha constantemente as transformações sofridas pela estrutura social e pela própria estrutura de personalidade do indivíduo.

Juntamente com essa crescente divisão do comportamento no que é e não é publicamente permitido, a estrutura da personalidade também se transforma. As proibições apoiadas em sanções sociais reproduzem-se no indivíduo como formas de autocontrole. A pressão para restringir seus impulsos e a vergonha sociogenética leva à formação de hábitos. Sentimentos socialmente gerados de vergonha e repugnância entram em luta no interior do indivíduo, “[...] estado de coisas que Freud tenta descrever através de conceitos como ‘superego’ e ‘inconsciente’ ou, como se diz não sem razões na fala diária, como ‘subconsciente’” (ELIAS, 1994, p. 189).

Com base no exposto, convém retomar a consideração de Elias (1994), para o qual geralmente o monopólio da violência física não controla o indivíduo por meio de ameaça direta, mas o controle mais importante se dá dentro do próprio indivíduo. O autor destaca a importância desse tipo de controle ao argumentar que sociedade alguma pode sobreviver sem que seus indivíduos não o internalizem. A relação é de uma constante correspondência entre “estrutura social e estrutura da personalidade, do ser individual” (ELIAS, 1994, p. 189).

Não se pode desconsiderar que, embora não planejada e intencional, a ideia de civilização não constitui uma sequência de mudanças desordenadas e desestruturadas. De acordo com Elias (1994), civilizar não resulta de uma ideia central imutável concebida por pessoas isoladas, implantada em sucessivas gerações como finalidade de ação desejada do Estado, mas significa, como se

tem apontado, o controle de outras pessoas convertido, em vários aspectos, em autocontrole. A defesa aqui empreendida é que as Ordenações refletem iniciativas de controle, cujos meios são variados. No código é marcante a presença da violência física, além de, e a ela associados, mecanismos que atuavam no interior do próprio indivíduo. As determinações impostas sugerem o controle do Estado, de outras pessoas e o autocontrole, sustentando toda uma organização social, como será analisado na sequência, na relação estabelecida entre educação, direito e controle das pulsões.

3.4 EDUCAÇÃO, DIREITO E CONTROLE DAS PULSÕES: A NORMA, O EXEMPLO E O CASTIGO NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

O aumento do controle das pulsões foi um processo analisado historicamente por Norbert Elias. Trata-se de mudanças de longo prazo nas emoções e estruturas de controle das pessoas. O pressuposto já informado é que as normatizações presentes nas Ordenações Filipinas atuaram nesse processo, uma vez que tinham como objetivo moldar as ações dos indivíduos levando-os a agir de acordo com o comportamento esperado naquela realidade.

Ao constatar que aos poucos a sociedade passa a exercer um maior controle sobre o indivíduo, Norbert Elias chama a atenção para o relevante papel desempenhado pelo Estado na monopolização da força física e tributação. Entende que o processo de civilização ocorre em pelo menos duas esferas interdependentes: a psicogênese (esfera da psiquê individual) e a sociogênese (esfera social).

Considerando o entendimento de civilização como uma mudança no controle das paixões e da conduta, a legislação desempenha um papel importante no sentido de exercer esse controle, especialmente em virtude de sua monopolização pelo Estado. Logo, os títulos das Ordenações Filipinas refletem iniciativas de controle, seja em assuntos referentes à fé católica, à preservação da soberania do monarca e outros costumes condenados à época, como assuntos de sexualidade, por exemplo. Os súditos portugueses eram cerceados em muitos aspectos de suas vidas. No código analisado, os direitos reais evidenciam centralização e controle, visando a administração do Império português.

Muitos direitos reais são determinados pelo código, tais como rendas dos recursos naturais do reino, os bens chamados vagos (quando não se sabia ao certo o dono), os bens daqueles que cometiam crimes para os quais sua perda estava prevista na legislação, entre outras situações. Ao monopolizar a força, o Estado chama para si a responsabilidade de manter a ordem social. Nesse sentido, as Ordenações trazem títulos como o que trata “Dos que resistem ou desobedecem aos Officiaes da justiça, ou lhes dizem palavras injuriosas”, crime inclusive punido com morte caso houvesse ferimento dos oficiais.

Qualquer pessoa que resistir contra algum dos Desembargadores de cada huma das cazas, assim da Supplicação como do Porto, ou contra alguns dos Corregedores da Corte ou da Caza do Porto ou da cidade de Lisboa, ou Meirinhos da nossa Corte ou da Casa do Porto, ou Alcaides da cidade de Lisboa, querendo-os prender ou mandando-lhes fazer cousa que toque a seu Officio e poder que têm, e na resistencia algum dos sobreditos fosse ferido, que o fizer morra por isso morte natural (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5.º, tit. XLIX).

Resistir a um oficial do Estado significava resistir às iniciativas que visavam o controle social. Como tem sido indicado, ao monopolizar a força o Estado se coloca como guardião da Justiça. Além de preservar a atuação dos seus oficiais, a legislação visava garantir o cumprimento de suas decisões. Um exemplo consta no título XLVIII, “Dos que tirão os presos do poder da Justiça, ou das prisões, em que stão, e dos presos que assi são tirados, ou fogem da Cadeia”.

Qualquer pessoa, de qualquer stado e condição que seja, que depois de algum ser preso em poder do Official de Justiça, que poder tenha para prender, lhe tirar o preso de poder, incorra nas penas, que incorreria, se resistisse á Justiça, tirando armas contra ella, segundo fôr a qualidade dos Officiaes da Justiça a que tirar o preso [...]. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, Liv. V, Tit. XLVIII).

Do mesmo modo, as Ordenações visavam à preservação da Justiça ao punir quem cometesse injúrias aos seus representantes. O título L, “Dos que fazem, ou dizem injurias aos Julgadores, ou a seus Officiaes”, estabelece:

Se algum fizer, ou disser alguma cousa, que não deva, a algum nosso Desembargador, Corregedor, Ouvidor, Juiz, ou outro qualquer julgador, que per nossa autoridade tenha Officio de julgar, ou mandar, em algum acto sobre seu Officio, ou cousa, que a elle pertença, assi em Juizo, como fóra d'elle, se fôr em sua

presença, e ahi tiver Tabellião, ou Scrivão, que tudo visse passar, faça logo no mesmo dia, fazer um acto disso ao Tabellião, ou Scrivão, que presente estiver; o qual dará de tudo sua fé como passou, e pelo dito acto mande perguntar as testemunhas, que presentes forão, e as que elle nomear, per o Tabellião ou Scrivão com hum Enqueredor, sem o Julgador ser a isso presente, e será a parte citada para as ver jurar. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, Liv. V, Tit. L).

O respeito à ordem alcançava sua expressão máxima no caso do crime de Lesa-Magestade¹⁵. O título VI do livro V condena todo o tipo de traição ao rei ou ao reino e estabelece como pena uma morte cruel. A fidelidade ao rei é o bem jurídico preservado no caso, considerado relevante em virtude de o poder do rei, naquele ideário, ser dado por Deus, sendo o rei considerado seu próprio representante na terra e cabeça de um corpo:

Lesas Magestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Stado, que he tão grave e abominavel crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharão, que o comparavão a lepra; porque assim como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversão, pólo que he apretado da communicação da gente: assi o erro da traição condena o que a commette, e empece e infama os que de sua linha descendem, postoque não tenham culpa (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5.º, tit. VI).

As comparações feitas revelam a preocupação com a prática do crime de Lesa-Majestade, uma vez que colocava em risco a própria ordem social. A traição cometida contra a pessoa do rei poderia provocar danos ao Estado. Assim, as penas aplicadas tinham como objetivo advertir quanto aos “perigos” em se praticar tal ação, ou seja, além de punir o infrator, as penas visavam advertir a todos acerca das consequências de tal crime. Nesse sentido, as próprias penas tinham função educativa.

Ainda sobre o controle e sua relação com a ordem estabelecida, o título seguinte trata “Dos que dizem mal del-Rey”.

¹⁵ O título é citado mais de uma vez no trabalho, o que se deve à sua centralidade no código e aos diferentes elementos de análise que remete. Do mesmo modo, a situação se repetirá com outros trechos da fonte analisada.

O que disser mal de seu Rey, não será julgado per outro Juiz, senão per elle mesmo, ou per as pessoas, a quem o elle em special commeter.

E ser-lhe-ha dada a pena confórme a qualidade das palavras, pessoa, tempo, modo e tenção, com que forem ditas.

A qual pena, se poderá estender até morte *inclusive*, tendo as palavras taes qualidades, porque a mereça. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, Liv. V, Tit, VII).

Entre as situações de controle planejadas, o respeito à dignidade do monarca se faz muito presente nas Ordenações. É um formato de organização social que se impõe e, para tanto, necessita de um respaldo legal. Na mesma direção, merecem destaque os seguintes títulos do livro V: “Dos que abrem as Cartas del-Rey, ou da Rainha, ou de outras pessoas” (tit. VIII), “Das pessoas do Conselho del-Rey, e Dezembargadores, que descubrem o segredo” (tit. IX) e “Do que diz mentira a El-Rey em prejuízo de alguma parte” (tit. X).

As Ordenações, na tipificação dos crimes, não se limitam aos elementos que o caracterizam, emitindo juízos sobre a prática dessas condutas, deixando clara a repulsa e a incitação que na sociedade se pretendia. É este um aspecto da relação estabelecida na análise entre o código e os mecanismos de controle das pulsões. Um dos aspectos educativos percebidos nas punições refere-se, como será logo mais analisado, aos intencionais danos que se objetivava causar à imagem pública do transgressor. Com base em Elias, a compreensão do sentimento de vergonha e outros que indiquem possibilidades educativas serão discutidos. Antes, outros pontos das Ordenações que expressam controle serão apresentados, eles servirão de base à análise indicada.

Tem sido destacada a preponderância dos interesses da administração estatal no contexto, também sob comando do rei. Um exemplo é o título XII, “Dos que fazem moeda falsa, ou a despedem, e dos que cerceam a verdadeira, ou a desfazem”.

Moeda falsa he toda aquella, que não he feita per mandado do Rey, em qualquer maneira que se faça, ainda que seja feita daquella maneira e forma, de que se faz a verdadeira moeda, que o Rey manda fazer; porque conforme a direito ao Rey, sómente pertence fazel-a, e a outro algum não, de qualquer dignidade que seja.

E por a moeda falsa ser cousa muito prejudicial na Republica, e merecerem ser gravemente castigados os que nisso forem

culpados, mandemos que todo aquell, que moeda falsa fizer, ou a isso der favor, ajuda, ou conselho, ou fôr dello sabedor, e o não descobrir, morra morte natural de fogo, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa do Reino. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XII).

Nota-se, também nesse caso, punições severas, afinal se atentava contra a administração real e se comprometia a ordem visada, tornando o controle necessário. O atendimento a exigências sociais levava ao cerceamento de vontades individuais. Em um contexto de busca pela organização de um determinado modelo de sociedade tornou-se inconcebível, por exemplo, que pessoas permanecessem sem praticar algum ofício. Nesse sentido, o título LXVIII, “Dos vadios”, estabelece:

Mandamos, que qualquer homem que não viver com senhor, ou com amo, nem tiver Officio, nem outro méster, em que trabalhe, ou ganhe sua vida, ou não andar negoçando algum negócio seu, ou alhêo, passados vinte dias do dia, que chegar a qualquer Cidade, Villa, ou lugar, não tomando dentro nos ditos vinte dias amo, ou senhor, com quem viva, ou mestér, em que trabalhe, e ganhe sua vida, ou se o tomar, e depois o deixar, e não continuar, seja preso, e açoutado publicamente. E se fôr pessoa, que não caibão açoutes, seja degredado para África per hum anno. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5.º, tit. LXVIII).

Por meio da força busca-se a disciplinarização dos corpos para o trabalho, um marco da modernidade. Além do estímulo ao trabalho, a legislação manifestava preocupação com as relações neles estabelecidas. No título 41 fica estabelecida a punição “Do scravo, ou filho, que arrancar arma contra seu senhor, ou pai”.

O scravo, ora seja Christão, ora não seja, que matar seu senhor, ou filho de seu senhor, seja atenazado, e lhe sejam decepadas as mãos, e morra morte natural na forca para sempre; e se ferir seu senhor sem o matar, morra morte natural. E se arrancar alguma arma contra seu senhor, posto que o não fira, seja açoutado publicamente com baração e pregão pela villa, e seja-lhe decepada huma mão. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, Liv. V, Tit. XVI).

A legislação manifesta comprometimento com a manutenção das relações sociais vigentes. É preciso considerar que a sociedade passara por grandes mudanças com o advento da modernidade, ocasionando um conjunto de

reformulações econômicas, sociais, políticas e culturais que colaboraram para modificar os interesses e preocupações na forma como o controle era realizado. Iniciativas visando o estabelecimento de certa ordem são percebidas, um exemplo é o título LXXXI, “Dos que dão musica de noite”.

Para se evitarem os inconvenientes, que se seguem das musicas, que algumas pessoas costumão dar de noite, cantando ou tangendo com alguns instrumentos ás portas das outras pessoas; defendemos, que pessoa alguma, de qualquer qualidade e condição que seja, não se ponha só, nem com outros a tanger, nem cantar á porta de outra alguma pessoa, desque anoitecer, até que o Sol seja saído.

E sendo achados dando as ditas musicas, mandamos que assi os que tangerem e cantarem, como os que a isso assistirem, sejam presos e estem trinta dias na Cadêa sem remissão, e da Cadêa paguem todos dez cruzados, cada hum a parte, que lhes couber, e percão os instrumentos, que lhes forem tomados, e as armas para o Meirinho, ou Alcaide, que os prender, e para seus homens (ORDENAÇÕES FILIPINAS, Liv. 5.º, Tit. LXXXI).

É possível afirmar que o controle das pulsões é aí realizado a fim de evitar conflitos entre a população. No processo analisado por Elias, o aumento da complexidade social é apontado como uma das razões de tais mecanismos ordenadores. Mais do que causar nas pessoas um sentimento de subordinação às autoridades estabelecidas, é fundamental despertar o respeito a determinadas normas para a convivência harmônica.

Além de defender a fé católica e de preservar da soberania do monarca, a legislação analisada criminalizava costumes condenados à época. O controle era exercido no sentido de evitar práticas tidas como impróprias, como fica evidente nas questões referentes à sexualidade. Nos casos daqueles que cometiam o pecado considerado sodomia ou com animarias, era estabelecido:

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como daquelles que commetem crime de Lesa Magestade (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5.º, tit. XIII).

A prática do adultério era também condenada pelas Ordenações:

Mandamos que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada stiver, morra porello.

Porém, se o adultero fôr de maior condição, que o marido della, assi como, se o tal adultero fosse Fidalgo, e o marido Cavalleiro, ou Scudeiro, ou o adultero Cavalleiro, ou Scudeiro, e o marido peão, não farão as Justiças nelle execução, até nol-o fazerem saber, e verem sobre isso nosso mandado (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5.º, tit. XXV).

Entre os chamados crimes sexuais, a prática do incesto era punida, como expressa o título XVII do livro V, “Dos que dormem com suas parentas e afins”.

Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com mulher outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua ascendente, sejam queimados, e ella também, e ambos feitos per fogo em pó.

1. E se algum dormir com sua irmã, nora, ou madrasta postoque sejam viúvas, ou com sua enteada, postoque a mãe seja falecida, ou com sua sogra, ainda que a filha já seja defunta, morrão elle e ella morte natural.

2. E o que dormir com sua thia, irmã de seu pai, ou mãe, ou com sua prima co-irmã, ou com outra sua parenta no segundo gráo, contado segundo Direito Canonico, seja degradado dez anos para Africa, e ella cinco para o Brazil.

E os outros parentes até o quarto gráo inclusive serão degradados, os homens quatro annos para Africa com baraço e pregão, ou com pregão na audiência, segundo a diferença das pessoas, e as mulheres per cinco annos para Castro-Marin. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, Liv. V, Tit. XVII).

Os exemplos ilustram as iniciativas da legislação no sentido de controlar a conduta humana, extirpando práticas consideradas erradas por meio da força. As situações punitivas discutidas mostram o Estado exercendo o monopólio da força e, desse modo, a prática do mecanismo de internalização das coerções sociais. O livro V das Ordenações Filipinas, em especial, que dispõe sobre matéria penal e processual penal, mostra o rigor, o arbítrio e a crueldade que dominavam as práticas punitivas. O rigor das punições alcançou nível tal que se diz que Luiz XIV teria perguntado, de modo irônico, ao embaixador português em Paris se alguém teria sobrevivido àquele regime de terror (PIRES, 2005). No entanto, como vem ganhado destaque na tese, a efetividade do código reside justamente nos seus limites. Conforme já apontado com base em Hespanha (1993), os dispositivos de efetivação da ordem penal, tal como vinha na lei, careciam de eficiência.

Logo, merece destaque o simbolismo que envolve as sanções excessivamente cruéis e sem muita efetividade. Em mais esse ponto é oportuno recorrer aos apontamentos de Foucault (1984) acerca da dinâmica dos suplícios realizados. Neles, considera o autor, “[...] o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto não teria sentido”. É um elemento central da análise pensar essas ocasiões em sua finalidade educacional, uma vez que, por meio delas, “Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado” (FOUCAULT, 1984, p. 53).

Considerando que a educação pode ocorrer por meio de sentimentos, como o medo, os espetáculos punitivos merecem atenção. Nesse sentido, nem era preciso matar muito ou cometer horrores com frequência, até porque não era essa a realidade, conforme Foucault (1984) salienta:

Não devemos no entanto nos enganar. Entre esse arsenal de horror e a prática cotidiana da penalidade, a margem era grande. Os suplícios não constituíam as penas mais freqüentes, longe disso. Sem dúvida para nossos olhos atuais a proporção de veredictos de morte, na penalidade da era clássica, pode parecer considerável [...]. Mas não se deve esquecer que os tribunais encontravam muitos meios de abrandar os rigores da penalidade regular, seja recusando-se a levar adiante processos quando as infrações eram exageradamente castigadas, seja modificando a qualificação do crime; às vezes também o próprio poder real indicava não aplicar estritamente tal ordenação particularmente severa. (FOUCAULT, 1984, p. 33).

A exposição das situações de aplicação da pena provocava um efeito de terror pelo espetáculo do poder. Associados à exposição do condenado, outros elementos constituíam todo esse cerimonial punitivo e educacional. Como já mencionado, o controle da conduta dos indivíduos torna-se, aos poucos, menos dependente de sanções externas, igualmente violentas, e sim, do autocontrole que se desenvolve em meio às redes de relações sociais cada vez mais complexas.

Com a disciplinarização ocorreu a pacificação das relações e o abrandamento das pulsões. Um dos aspectos educativos percebidos nas

punições refere-se aos intencionais danos que se objetivava causar à imagem pública do transgressor, situações comuns nas Ordenações. No título que trata das atribuições do Regedor da Casa de Suplicação, cargo de suma importância no contexto, é explorado o sentimento de vergonha como uma possibilidade de educação, bem como o poder do exemplo e a necessidade do castigo.

Entre as cousas principaes do Officio do Regedor he, com cuidado e vigilancia saber como os Desembargadores e Officiaes, que para administração da justiça são deputados, vivem e usam de seus Officios, convem a saber, se são negligentes e remissos em seus despachos, ou se são scandalosos ás partes, ou se ha nelles outros defeitos taes, por que seus Officios não sejam servidos, como o devam ser. E quando assim o achar per informação, ou fama, que disso haja, chamará o Desembargador, ou Official, que nos ditos defeitos, ou em cada hum delles fôr comprehendido, ou infamado, e apartadamente o amoeste que se emende, e considere como que por respeito do officio, que de Nós tem, he honrado e stimado entre os bons, e recebe de Nós mercê, e com outras mais palavras de amosestação, que segundo a qualidade da pessoa e do caso lhe parecer. E não se emendendo pela primeira vez, dir-lho-ha a segunda em presença de outros Officiaes de semelhante Officio, para que a vergonha o obrigue a emendar-se. E quando dahi em diante se não achar emendado, e continuar em seu máo costume, o Regedor nol-o fará saber, para Nós com seu conselho lhe darmos o castigo, que por sua culpa merecer. [...] E os que achar, que vivem bem, e fazem seus Officios como devem, loucal-os-ha entre os outros, e nol-o fará saber, para receber de Nós a honra e mercê, que os taes de Nós receberem, e o castigo, que dermos aos que taes não forem, por suas culpas, seja a outros exemplo, para se guardarem de mãos costumes, e viverem como devem. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. I, tit. I, § 45).

Essa associação de exposição, vergonha, medo e castigo é um elemento pedagógico central explorado nesta tese. A humilhação do açoitamento público é um dos pilares do elemento educativo que se tenta caracterizar. Acompanhar a cerimônia funcionava como um alerta, tendo como objetivo coibir novas práticas de condutas não apropriadas. Nos apontamentos que faz sobre “Os espectáculos de execução” praticados no período, Mattoso (1997) permite alguma dimensão das práticas:

A morte pelo fogo constitui uma das modalidades de execução da pena capital; outras existem, do cortar da cabeça ao enforcamento, mas há também quem recorde o uso de enterrar vivo o condenado, cobrindo-o com pedras [...]. No caso da morte

por enforcamento, ou decapitação, registrava-se, por vezes, o esquartejamento do corpo. A prática de uma justiça exemplar, que tirava partido da exibição pública dos <<quartos>> do condenado, persistirá [...]. O espetáculo da execução pode prolongar-se durante dias, através da exibição do corpo em lugares públicos. Finalmente, há que considerar que o apedrejamento, pelo qual se torna possível a certos grupos participar nos espetáculos públicos de justiça. (MATTOSO, 1997, p. 130).

As cerimônias punitivas eram cercadas de elementos ritualísticos, cujo objetivo era causar temor. Os açoites, muitas vezes, eram combinados com outras punições (ou substituídos por elas), como o corte de membros ou o degredo, de acordo com a gravidade do crime cometido. A “danação” da memória do condenado aparece também como um meio de causar temor. Ter a memória manchada era tão doloroso quanto sofrer os horrores dos suplícios. Isso podia ocorrer mesmo nos casos em que o culpado morresse antes de ser punido:

11. E se o culpado nos ditos casos falecer, antes de ser preso, acusado, ou infamado pela dita maldade, ainda depois de sua morte se póde inquirir contra elle, para que, achando-se verdadeiramente culpado, seja sua memoria danada, e seus bens confiscados para a Corò do Reino.

E senso sem culpa, fique sua fama e memoria conservada em todo seu stado, e seus bens a seus herdeiros. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. VI, § 11).

O sentimento de vergonha é muito explorado no código analisado. Diversas são as situações em que se previa alguma forma de exposição do condenado, um meio de comprometer sua dignidade. O medo dessa situação e a ansiedade causada atuavam no sentido de coibir práticas indesejadas no contexto. Faz-se necessário, portanto, recorrer a Elias, que explica sua manifestação e consequências ao indivíduo.

O sentimento de vergonha é uma exaltação específica, uma espécie de ansiedade que automaticamente se reproduz na pessoa em certas ocasiões, por força do hábito. Considerado superficialmente, é um medo de degradação social ou, em termos mais gerais, de gestos de superioridade de outras pessoas (ELIAS, 1993, p. 242).

É possível afirmar que tal sentimento era fundamental na administração da justiça e consequente manutenção da ordem no contexto em questão, o que torna

necessário compreendê-lo melhor. No texto *A vergonha: uma dor social*¹⁶, Johan Goudbloom apresenta uma discussão sociológica da vergonha, formulada na perspectiva da teoria de Norbert Elias referente aos seres humanos e suas emoções. Convém recorrer a alguns pontos discutidos pelo autor que examina, sucessivamente, as manifestações através das quais a vergonha é reconhecida, as ocasiões nas quais ela ocorre, suas funções e a possibilidade de que estas manifestações, situações e funções tenham se transformado através do tempo.

A tese central, baseada em observações, é que “[...] as manifestações de vergonha são contraditórias: ao demonstrar vergonha, as pessoas, voluntária ou involuntariamente, através de gestos chamam a atenção sobre si mesmas, indicando que algo acontece com elas” (GOUDSBLOM, 2009, p. 47). Para explicar esta contradição, a vergonha é tomada como um sinal de uma “dor social”. Logo, a discussão sugere que “[...] todas as crianças normais nascem com a capacidade de aprender sobre a experiência da vergonha, a expressar a vergonha, e de infligir a vergonha aos outros” (GOUDSBLOM, 2009, p. 47).

O autor comenta que passagens sobre vergonha e humilhação chamaram sua atenção logo na primeira leitura de *O Processo Civilizador*. Destaca o fato de povos em períodos diferentes terem experimentado a vergonha por razões diferentes, além de as experiências de vergonha variarem muito de acordo com as classes sociais. As análises que então realizou, como estudante de psicologia social, o levou à conclusão de que “[...] os seres humanos são sensíveis às pressões do grupo. Frequentemente, de maneira não intencional, deixam seus próprios julgamentos e ações serem influenciados pelos que outras pessoas, outros membros do grupo, dizem e falam” (GOUDSBLOM, 2009, p. 48).

Os estudos possibilitaram uma melhor compreensão de Sociologia, à medida em que o permitiu repensar a divisão com a psicologia. Assim comenta:

Da mesma maneira estas passagens sobre a vergonha também me ajudaram a ter uma melhor compreensão da Sociologia. Mostraram que a divisão entre Sociologia e psicologia é, na maior parte das vezes, artificial. Ambos tratam dos seres humanos como indivíduos sociais; o fato de sociólogos e psicólogos trabalharem

¹⁶ Texto da conferência de abertura do X Simpósio Internacional Processo Civilizador, realizado na Unicamp em Abril de 2007 e traduzido por Ademir Gebara para publicação na obra *O controle das emoções*.

geralmente em departamentos separados nas nossas universidades, não deve obscurecer que ambos estão de fato envolvidos com o mesmo universo humano. (GOUDSBLOM, 2009, p. 50).

Em um ensaio publicado no ano de 1987, intitulado *Sobre os seres humanos e suas emoções*, Elias apresenta de maneira mais explícita suas ideias acerca desse sentimento. Tomando como base o texto, Goudsblom (2009) desenvolve alguns pressupostos por entender que a discussão de Elias (1987) “[...] indica claramente os princípios básicos de uma aproximação sociológica processual das emoções humanas” (GOUDSBLOM, 1987, p. 50). Entre as questões levantadas por Elias, particularmente importante para a compreensão da vergonha é a que trata da aprendizagem. O argumento é que outros animais também aprendem, mas nenhum necessita confiar na aprendizagem tão profundamente como os seres humanos. Entre as aprendizagens humanas, o autor aponta o domínio das emoções.

Mais especificamente no caso da vergonha, Goudsblom (2009) considera que suas consequências podem ser enormes nos níveis da personalidade individual e na sociedade em geral. Merece destaque a constatação de Goudsblom (2009, p. 55), para o qual “Há sempre uma dimensão social para as ocasiões de vergonha”. Para o autor, ela é derivada do medo da perda dos dois mais preciosos reconhecimentos da vida social: o respeito e a afeição.

Sobre a dimensão social da vergonha, elemento relevante à discussão realizada, o autor argumenta: “Mais que qualquer outra emoção a vergonha é uma emoção exclusivamente social, ela emerge da interação social, e funciona na interação mesmo que a pessoa envergonhada não tenha ciência das origens sociais ou dos significados sociais de sua vergonha” (GOUDSBLOM, 2009, p. 55). Lembrando que desde os tempos mais remotos os grupos eram para os seres humanos suas unidades de sobrevivência. O autor destaca duas dimensões, representadas como dois eixos, um horizontal e outro vertical, isso em todos os grupos humanos: a solidariedade e a hierarquia; e explica que

A hierarquia é a dimensão do respeito e do desprezo, a solidariedade é a dimensão da afeição e da animosidade. Compreender as conexões entre solidariedade e hierarquia deixa claras as funções da vergonha de um ponto de vista evolucionário.

Nenhuma destas duas palavras é completamente neutra; há fortes associações articuladas a elas. (GOUDSBLOM, 2009, p. 56).

Pautado na ideia de que “Relações sociais são emocionais, emoções individuais são sociais” (GOUDSBLOM, 2009, p. 56), o autor explora a relação entre vergonha, solidariedade e hierarquia. A vergonha ocorre quando os laços de solidariedade e hierarquia são danificados, situação sempre desagradável e dolorosa. É comparada a uma dor física, acontecendo esta quando há algo de errado com o corpo, um aviso de que há algum ferimento, já aquela, por sua vez, seria um sinal de que há algo errado em uma figuração social. Mas a dinâmica é diferente:

A dor social difere da dor física no sentido em que se trabalha como uma via de duas mãos. No ato de ficar envergonhado, as mensagens da dor são trocadas. Outros ativamente “envergonham” alguém. Essa pessoa sabe que prejudicou sua própria posição; se coloca em perigo de humilhação e de exclusão (a “política doméstica” da vergonha), a pessoa deixa os outros saberem que ela reconhece isso (o aspecto da “política externa”). (GOUDSBLOM, 2009, p. 56).

Em outros termos, a dor é social em um sentido duplo: é infligida socialmente pelas pessoas que “envergonham” (como punição), e demonstrado socialmente pela pessoa que é envergonhada (como expiação). Considerar que a vergonha ocorre frequentemente como um fenômeno coletivo é relevante à análise desenvolvida. Além disso, merece atenção o caráter social da vergonha, objeto de aprendizagem humana:

Indubitavelmente as crianças nascem com a capacidade para aprender a sentir vergonha, a expressar vergonha, bem como infligir vergonha aos outros. Em cada um destes três casos, elas passam por um processo de aprendizagem no curso do qual adquirem um determinado padrão da vergonha, elas aprendem a adaptar-se ao sistema de vergonha que prevalece no mundo social ao qual pertencem. (GOUDSBLOM, 2009, p. 57).

Interessa a esta tese a prática do envergonhamento como um mecanismo primitivo de controle social. Goudsblom (2009) menciona a abordagem que Norbert Elias fez de um episódio específico relativo à história da vergonha na Teoria do Processo Civilizador. De fato, Elias (1993) aponta o papel da vergonha no processo civilizador europeu no início da era moderna ao analisar o advento

da sociedade burguesa. É apontada a pressão da competição sobre as diversas funções sociais como um dos motivos para o aumento do autocontrole. Em um processo de competição não violenta entre os nobres pelos favores do rei, o interesse crescente pelas questões de etiqueta foi despertado. Conforme considera Elias (1993), as “balizas” ou as “fronteiras” da vergonha e do desconcerto se “deslocaram” e “avançaram”.

Dois conceitos elaborados por Elias (1993) explicam sua crescente preocupação com a etiqueta: “grupo carisma” e “grupo desonrado”. Conforme comenta Goudsblom (2009), “Cair em desgraça pode ser uma experiência mais terrível do que a dor causada por um fato social, ou do que a dor de viver em desgraça de geração em geração. Tal queda pode acontecer em uma família, um grupo étnico, um estrato social ou uma nação” (GOUDSBLOM, 2009, p. 59).

Ao comentar a relação entre vergonha e culpa, o autor, sob uma perspectiva de desenvolvimento sociológico, observa um processo de diferenciação, no curso do qual os fatores que causam a vergonha são gradualmente colocados sob o controle de instituições mais centralizadas, o Estado, a Igreja. Explica o autor:

Parte do fardo da vergonha é convertido em culpa por imposição destas instituições que desenvolveram tentáculos especiais para infligir punição. Outras instituições, especialmente a família, se ajustaram a esse padrão de penalização. Na sociedade como um todo, foram o Estado e a Igreja que criaram a culpa, gerando com isso formas de punição. Fazendo isso, tanto o Estado quanto a Igreja fortaleceram o processo de formação da consciência. O confessionário e os tribunais são o material para reflexão do esforço de substituir os rituais de envergonhamento por formas mais racionais de acusação, permitindo às vítimas (por suas “culpas” e “pecados”) a possibilidade de apelo de acordo com normas escritas. (GOUDSBLOM, 2009, p. 59).

Acerca do papel de alguns sentimentos nos rituais punitivos praticados no contexto analisado, convém recorrer a formulações do historiador francês Bartolomé Benassar (1984), mais especificamente na discussão realizada sobre o papel do Santo Ofício e seus métodos no desenvolvimento daquilo que chama de “pédagogie de la peur” (pedagogia do medo). Apesar de focar a Inquisição espanhola, os pontos discutidos pelo autor contribuem na análise dos

mecanismos das Ordenações.¹⁷ São apresentados dois fatores, de certo modo combinados: “*la memoria de infamia*” e a “*amenaza de la miseria*”. Sobre o primeiro, esclarece:

Dicho en pocas palabras, la infamia se hacía pública al publicarse las sentencias en los autos de fe, al exponer a vergüenza pública, al administrar azotes a personas condenadas fuera de auto, finalmente, en los casos graves, al abligar a llevar el sambenito. Llevar un sambenito por la calle equivalía a caminar con un cartel que proclamara la propia indignidad (BENNASSAR, 1984, p. 179).

Os chamados sambenitos eram utilizados pela Inquisição com o objetivo de marcar os condenados, que o vestiam e exibiam pela cidade, como humilhação. Uma série de proibições eram impostas, tais como vestir vestidos de seda, carregar espada ou jóias e até impedimentos profissionais e sociais ao réu e seus descendentes.

É ressaltado o papel que teve a difusão do medo entre os súditos: “A fin de obtener [...] conformidad con el modelo oficial, que es a la vez religioso, político y social, y que no puede lograrse con la sola promulgación de leyes, el método predilecto del Santo Oficio es, en mi opinión, *la sutil difusión del miedo entre las capas del cuerpo social*” (BENNASSAR, 1984, p. 175, com grifos no original). O autor defende a existência de um método para punir, com o objetivo de aterrorizar o povo.

O autor chama a atenção para algumas considerações de Francisco Tomás y Valiente em uma conferência realizada no Simpósio sobre a Inquisição, em Cuenca, no ano de 1978. Na ocasião, o processo inquisitorial foi comparado aos procedimentos penais da jurisdição real ordinária e a canônica. Entre os dois, “[...] la praxis inquisitorial fue creando un proceso penal peculiar, sin duda más severo y *más temido que ellos*” (BENNASSAR, 1984, p. 176). É observado que a tortura foi uma prática constante em casos de suspeitos de judaizar ou de pertencer às “seitas” de Maomé ou Lutero. O autor afirma que toda a gente de

¹⁷ Criado no ano de 1536, no reinado de D. João III, o Santo Ofício português perseguiu indivíduos cuja conduta se identificava à heresia. Além de cristãos-novos judaizantes, quaisquer indivíduos que transgredissem a moral oficial eram considerados hereges (SARAIVA, 1895). A Inquisição portuguesa possuía um forte aparato e sólida organização administrativa tanto no Reino como nas regiões mais longínquas do Império colonial. Nesta tese, a ação inquisitorial na Península ibérica e nas suas colônias é mencionada em virtude do projeto disciplinador e moralizante preconizado pela instituição. Significativo nos mecanismos inquisitoriais é a sistemática intimidação dos fiéis.

meados do século XVI em diante sabia que a Inquisição matava pouco e que os piores castigos se reservavam aos judaizantes, e questiona: “¿cómo se explica que todo el pueblo tuviera tanto terror al Santo Oficio? ¿Por qué?” (BENNASSAR, 1984, p. 178).

Como resposta, apresenta alguns fatores. Primeiro, “*el secreto y el engranaje del secreto*”. Mantido totalmente incomunicável e desconhecedor das acusações que lhe eram feitas, o réu chegava a confessar feitos e detalhes desconhecidos dos inquisidores. Além disso, o sigilo favorecia a delação, inclusive pelos próprios membros da família. O mecanismo permitia aos juízes exercerem, muitas vezes, um poder arbitrário. A discussão de Foucault (1984) sobre o cerimonial judiciário destaca alguns efeitos dessa prática:

Na França, como na maior parte dos países europeus – com a notável exceção da Inglaterra – todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. (FOUCAULT, 1984, p. 35).

Ao acusado era impossível ter acesso às peças do processo, conhecer a identidade dos denunciadores, saber o sentido dos depoimentos e ter um advogado. Já o magistrado, por sua vez, tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa e de usar insinuações. Essa “[...] forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo” (FOUCAULT, 1984, p. 36). Assim, era na ausência do acusado que eram construídas as provas e produzida a “verdade”.

Na fonte analisada há mecanismos cujos propósitos se identificam com os apontados. O estímulo à delação é identificado nos casos em que os bens do condenado são divididos entre a Coroa e o acusador, o que torna a causa interessante a ambos. Recorre-se, para tanto, ao acusador: “E matando, ou ferindo, além da dita pena de morte, perca todos seus bens para a Corôa, e havendo accusador, haverá a terça parte delles.” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv.

V, tit. XXXV, § 5º). Há casos em que é prevista a divisão dos bens entre a chamada “arca da Piedade”, nome dado à caixa ou cofre onde se recolhia o dinheiro aplicado para a redenção dos cativos. Um exemplo é o Título “Dos ourives que engastam pedras falsas ou contrafeitas, ou fazem falsidades em suas obras”: “Em quem fizer o contrário em cada um dos casos acima ditos perderá todos os seus bens, metade para a arca da Piedade e a outra para quem o acusar. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. LVI § 3º)”.

O estímulo à prática passava pela criminalização quando não realizada. No título que trata “Dos que cometem pecado de sodomia e com alimárias”, por exemplo, há estímulos tanto para a prática (principalmente o direito de ter a identidade preservada e a destinação de parte dos bens do condenado) como a pena para aquele que não colaborasse.

4. E para que este delito seja descoberto queremos que a pessoa que fizer certo que algum é nele culpado haja a metade de sua fazenda; ficando em sua escolha querê-lo dizer a nós ou aos corregedores do Crime da Corte e aos da Casa do Porto, em segredo ou em público, e em cada uma destas maneiras que o faça certo, haverá a metade da fazenda do culpado.

E querendo que não haja descoberto, mandaremos avaliar a tal fazenda, tanto que o culpado for condenado, sem pessoa alguma o saber, e se lhe dará a metade do que valer.

E não tendo o culpado fazenda por que o descobridor possa haver cem cruzados, nós lhos mandaremos dar da nossa.

E esta parte de que houver de ser pago de nossa Fazenda não haverá senão dando maneira como o culpado seja preso.

5. E isso mesmo havemos por bem que a pessoa que souber certo que alguém é culpado neste pecado, e o não disser em público ou em secreto a nós ou aos ditos nossos corregedores, perca toda sua fazenda e mais seja degredado para sempre fora de nossos reinos e senhorios. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XIII § 4º - 5º).

Algo que se aproxima daquilo que hoje é chamado de “delação premiada” era previsto com o objetivo de fazer com que as pessoas contribuíssem com a descoberta de crimes e a consequente punição dos culpados. Em determinados casos o perdão era concedido em troca de informações.

6. E a pessoa que descobrir ou mostrar navio ou casa em que se possa tomar ou achar moeda que venha de fora do Reino, batida

do nosso cunho, ou provar que alguma pessoa a trouxe ou mandou trazer, ou a isso deu favor, ajuda, conselho ou foi disso sabedor e o não descobriu ou tratou nela, por qualquer maneira que seja havemos por bem de lhe fazer mercê de tudo o que por sua indústria for achado, descoberto ou provado; e bem assim da metade da fazenda e bens e quaisquer outras coisas que por o tal caso se perderem por bem desta ordenação; e lhe perdoarmos a culpa que tiver e pena em que incorrer por qualquer delito que tenha cometido, não sendo caso de morte natural ou civil, ou de resistência feita a oficial de justiça, não tendo parte que o acuse nos ditos casos. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XII § 6º).

Defende-se aqui as possibilidades educativas do incentivo às denúncias. Todos sabiam dos benefícios para aqueles que denunciasses o cometimento de crimes, bem como dos riscos que corriam caso decidissem por não fazê-lo, situação que tornava a conduta criminosa uma conduta perigosa, vigiada, e que, portanto, deveria ser evitada. O fato de a legislação ser repleta dessas preocupações justifica o raciocínio desenvolvido.

3. Outrossim, comprando-a alguma pessoa ou vendendo-a, ou despendendo-a ou pagando com ela alguma dívida a que seja obrigado, ou usando dela por qualquer outra maneira, sabendo que era falsa, se na moeda que assim juntamente e por uma vez comprar ou despende, ou no que dela comprar ou despende por duas vezes, montar mil réis, morra por isso e perca todos seus bens, a metade para quem o acusar e a outra metade para a Coroa de nossos reinos. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XII § 3º).

3. E defendemos que nenhuma pessoa recolha, nem receba em sua casa nem pousada freira alguma sem nossa licença especial, posto que ela tenha qualquer rescrito ou provisão para poder andar fora do mosteiro; e recolhendo-a ou tendo-a em casa sem nossa licença, perca toda sua fazenda, a metade para quem o acusar e a outra metade para nossa Câmara. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XV § 3º).

Nenhum escravo nem escrava cativo, quer seja branco, quer preto, viva em casa por si; e se seu senhor lho consentir, pague de cada vez dez cruzados, a metade para quem o acusar e a outra para as obras da cidade e o escravo ou escrava seja preso e lhe dêem vinte açoites ao pé do pelourinho. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. LXX §).

E qualquer impressos livreiro ou pessoa que sem a dita licença imprimir ou mandar imprimir algum livro ou obra, perderá todos os volumes que se acharem impressos e pagará cinqüenta cruzados,

a metade para os Cativos e a outra para o acusador. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. CII).

Somado às situações apresentadas, é possível considerar que a já mencionada exposição prevista para as sentenças contribuía na formação das condutas esperadas no contexto. Os autos-de-fé, ocasiões em que publicamente eram lidas e executadas as sentenças dos tribunais do Santo Ofício, merecem mais algumas considerações. Com o tempo, os autos, passaram a constituir um grandioso espetáculo, seguindo um cerimonial rigorosamente estabelecido. Além de autoridades religiosas e civis, grande parte da população da cidade comparecia para assistir. Ao discutir o cerimonial na Espanha (Sevilha), Caldas (1984) fornece elementos para entender a prática e seus objetivos (pedagógicos).

Se identifica popularmente, por consiguiente, el alto de fe com la quema de hereges y com el más famoso de todos, *el auto público general*. Dos ideas tan difundidas como ajenas a la realidad. De um lado, porque el castigo em la hoguera, las veces que se producía, se realizaba em el *quemadero*, a las afueras de la ciudad, una vez que el reo había sido <<relajado a la justicia y brazo secular>>, según la terminología legal de la época [...]. De outro, porque la mayor parte de estos acontecimientos tuvieron lugar em iglesias. (CALDAS, 1984, p. 237, com grifos no original).

É evidenciada a divisão de tarefas entre Igreja e braço secular, aquela julgando e este aplicando as penas. Mas o que é fundamental aqui é a exposição dessas ocasiões punitivas, enquanto um ato exemplar de penitência pública.

En esencia, el auto de fe era un acto ejemplar de penitencia pública por un crimen cometido. Em su transcurso los jueces proclamaban la magnitud del delito e informaban a los delincuentes de la pena fijada conforme a derecho. Un ritual de justicia en definitiva. En aquel momento los procesados se enteraban de su suerte, excepto los condenados a muerte, informados con antelación, com objeto de concederles tiempo para preparar su alma. Los sospechosos y los confesos arrepentidos abjuraban públicamente de sus errores, eran perdonados y admitidos de nuevo al seno de la iglesia. Pero lo específico del auto de fe era precisamente eso, ser un acto de fe, un acto de exaltación pública del catolicismo triunfante, expresión colectiva del rechazo social de la herejía y del sometimiento público a la más estricta ortodoxia. (CALDAS, 1984, p. 239).

Uma vez que objetivava suscitar comportamentos, o ritual tinha uma finalidade pedagógica.

Existían, por consiguiente, diferentes modalidades del ritual; sin embargo, su finalidad común era siempre pedagógica. De una parte, estimular positivamente la participación e la norma y marcar las pautas para un recto comportamiento; de la outra, inculcar a la sociedad el ódio hacia la herejía, mostrándole los medios para defenderse de ella. Un aprendizaje en el que, como es de suponer, jugaba un papel principal la exposición puntual de la doctrina y la exacta publicidad del delito junto con la humillación del culpable. Éstos eran los objetivos del sermón, pronunciado al inicio de los actos, y de la lectura de la sentencia publicada en casi todos los casos *con méritos*, es decir, con toda clase de detalles acerca del delito y los pormenores del comportamiento del encausado durante su proceso. Por esta razón, cuando los reos eran numerosos, graves las infracciones y prolongadas las causas, la ceremonia se dilataba horas, y aun días, convirtiéndose en una liturgia cansada, monótona y rutinaria. (CALDAS, 1984, p. 240-241, com grifos no original).

A autora fala em “principio didáctico” do cerimonial, usual em rituais penais de tribunais seculares.

Este principio didáctico que anima la esencia del auto de fe fue usual em otros rituales penales llevados a cabo por los tribunales seculares; también en ellos la publicidad del escarmiento y la pena impuesta lo requerían, los criminales castigados por la justicia real eran conducidos al cadalso, situado en una calle o Plaza concurridas, sobre bestias de albarda y com soga al cuello, <<en la forma que se sacan los ajusticiados>>. Les precedía un pregonero voceando la sentencia y los paseaban en desfile cuya etiqueta decidía el mismo tribunal. Corozas, carteles y otras insignias provocaban las burlas de los espectadores e informaban Del delito cometido. De este modo, como en el caso de los procesados por el Santo Oficio, el cuerpo del condenado se convertía em soporte vivible de su crimen. (CALDAS, 1984, p. 241).

Na análise que faz do direito penal da monarquia absolutista (séculos XVI-XVIII), Francisco Tomás y Valiente afirma que nos rituais seculares “[...] fue tan cuidado este aspecto de la ejecución como acto público, que en muchas ocasiones al presenciar a través de numerosas descripciones una ejecución de penas, nos encontramos más ante un espectáculo que ante un acto procesal”

(VALIENTE, 1969, p. 368). Esse caráter de espetáculo é fundamental à análise das punições visando suas possibilidades pedagógicas.

Ao discutir o que chama de “ostentação dos suplícios”, Foucault (1984) apresenta as formas gerais da prática penal com base na ordenação francesa de 1670, que regeu até a Revolução. Como se tem observado, a análise não trata do mesmo contexto das ordenações, mas fornece elementos para pensar a questão pretendida. Tal como nas Ordenações Filipinas, “As penas físicas tinham [...] uma parte considerável”, mas “Entre esse arsenal de horror e a prática cotidiana da penalidade, a margem era grande (FOUCAULT, 1984, p. 33). A morte não era aplicada na maioria dos casos, mas no geral penas não corporais eram acompanhadas de penas que possuíam uma dimensão de suplício:

[...] exposição, roda coleira de ferro, açoite, marcação com ferrete; era a regra para todas as condenações às galeras ou ao equivalente para as mulheres – a reclusão no hospital; o banimento era muitas vezes precedido pela exposição e pela marcação com ferrete; a multa, às vezes, era acompanhada de açoite. Não só nas grandes e solenes execuções, mas também nessa forma anexa é que o suplício manifestava a parte significativa que tinha na penalidade; qualquer pena um pouco séria devia incluir alguma coisa do suplício (FOUCAULT, 1984, p. 34).

É ressaltado que o suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal, e o define como

[...] uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que os pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos <<excessos>> dos suplícios, se investe toda a economia do poder (FOUCAULT, 1984, p. 35).

O autor comenta o fato de a tortura ter sido repudiada no fim do século XVIII, mas trata de reafirmar seu lugar no Direito clássico.

[...] denunciada como resto das barbáries de uma outra época: marca de uma selvageria denunciada como <<gótica>>. É verdade que a prática da tortura remonta à Inquisição, é claro, e mais longe ainda do que os suplícios dos escravos. Mas ela não figura no direito clássico como sua característica ou mancha. Ela tem seu lugar estrito num mecanismo penal complexo em que o

processo de tipo inquisitorial tem um lastro de elementos do sistema acusatório; em que a demonstração escrita precisa de um correlato oral; em que as técnicas da prova administrada pelos magistrados se misturam com os procedimentos de provas que eram desafios ao acusado; em que lhe é pedido – se necessário pela coação mais violenta – que desempenhe no nosso processo o papel de parceiro voluntário; em que se trata em suma de produzir a verdade por um mecanismo de dois elementos – o do inquérito conduzido em segredo pela autoridade judiciária e o do ato realizado ritualmente pelo acusado. O corpo do acusado, corpo que fala e, se necessário, sofre, serve de engrenagem aos dois mecanismos; é por isso que, enquanto o sistema punitivo clássico não for totalmente reconsiderado, haverá muito poucas críticas radicais da tortura. Com muito mais freqüência, simples conselhos de prudência (FOUCAULT, 1984, p. 39).

O interrogatório é maneira de fazer aparecer um indício, o mais grave de todos (a confissão do culpado). Trata-se de uma batalha na busca pela verdade, uma espécie de duelo no qual associam-se instrução e punição. Sobre a prática, o autor considera:

A tortura judiciária, no século XVIII, funciona nessa estranha economia em que o ritual que produz a verdade caminha a par com o ritual que impõe a punição. O corpo interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade. E do mesmo modo que a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de *instrução* (FOUCAULT, 1984, p. 41, grifo nosso).

Essa engrenagem dos dois rituais por meio do mesmo corpo continua na execução da pena, quando o corpo é novamente uma peça essencial no cerimonial do castigo público. O corpo do condenado é mostrado, exposto, suplicado, tornando evidente a todos o ato de justiça. A análise de Foucault (1984) compreende alguns aspectos dessa manifestação da verdade na execução pública das penas: 1) Fazer em primeiro lugar do culpado o arauto de sua própria condenação; 2) Prosseguir uma vez mais a cena de confissão; 3) Prender o suplício no próprio crime; 4) estabelecer de um para o outro relações decifráveis; 5) Enfim, a lentidão do suplício, suas peripécias, os gritos e os sofrimento do condenado têm, ao termo do ritual judiciário, o papel de uma derradeira prova.

O corpo produz e reproduz a verdade do crime, reconstitui o elemento que confessa que o crime aconteceu e que ele mesmo o cometeu.

O corpo várias vezes supliciado síntese a realidade dos fatos e a verdade da informação, dos atos de progresso e do discurso do criminoso, do crime e da punição. Peça essencial, conseqüentemente, numa liturgia penal em que deve constituir o parceiro de um processo organizado em torno dos direitos formidáveis do soberano, do inquérito e do segredo (FOUCAULT, 1984, p. 44-45).

O suplício judiciário é também um ritual político. Faz parte das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. Além do dano que pode eventualmente produzir, a infração prejudica o direito do que faz valer a lei. Nesse sentido, considera Foucault (1984, p. 45) que “O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe”. O castigo é compreendido como um exercício do poder soberano na punição dos crimes, uma das partes essenciais na administração da justiça.

O castigo então não pode ser identificado nem medido como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe; e mesmo quando se combina com a reparação prevista, ela constitui o elemento mais importante da liquidação penal do crime. Ora, essa parte que toca ao príncipe, em si mesma, não é simples: ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reino (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis que têm comparação com o que é sofrido por um particular); mas implica também em que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa (FOUCAULT, 1984, p. 45).

Ao mesmo tempo, o castigo é uma maneira de buscar uma vingança pessoal e pública, pois na lei a força físico-política do soberano está de certo modo presente. Nesse sentido, Foucault (1984, p. 46) considera que o “[...] suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante”. A execução pública, por sua vez, se insere no conjunto dos grandes rituais do poder.

[...] por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que fazer funcionar, até um extremo, a

dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito deve ser bem proporcionada, se a sentença deve ser justa, a execução da pena deve ser feita para dar não o espetáculo da medida, mas do desequilíbrio e do excesso; deve haver, nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade intrínseca. E esta superioridade, não é simplesmente a do direito, mas a da força física do soberano que se abate sobre o corpo de seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe: ela – ou pelo menos aqueles a quem ele delegou sua força - se apodera do corpo do condenado para mostrá-lo marcado, vencido, quebrado. (FOUCAULT, 1984, p. 46).

Destaca-se o caráter político do evento. O soberano, direta ou indiretamente, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, por meio da lei, é atingido pelo crime. Como vem sendo indicado, ao tornar públicas as punições, se pretendia causar medo na população, a educando para que evitasse cometer os mesmos delitos.

Com base no exposto, dois pilares considerados educativos (coercitivos)¹⁸ são constatados: o sentimento do medo e da vergonha, os quais eram muitas vezes relacionados. O primeiro, o castigo, exige algumas outras considerações, mais especificamente em sua fundamentação religiosa. Sua análise deve ocorrer de maneira articulada à religiosidade do contexto, isso porque a prática punitiva, em sua explicação religiosa, fornece elementos para o entendimento das demais práticas do contexto. A causa do castigo é a desobediência ao Todo-poderoso, desobediência que nega a ordem estabelecida e fere sua soberana vontade. O castigo é dado, então primeiramente, como reparação da ordem. A ordem toca a todos, corporativamente comprometidos uns com os outros. Por isso, a reparação afeta a todos. O castigo tem sempre o caráter de *sanatio ordinis*.

No caso daqueles que negavam a ordem à autoridade, por exemplo, com infidelidade, heresia e violação da lei natural, a esta cabia a faculdade de usar de todos os meios para estabelecer a ordem e restaurar a verdade. Isso respalda a afirmação de que o castigo exerceu um papel de suma importância no contexto. Reparação da ordem e *emenda* do pecador justificavam a prática. (PAIVA, 2012. p. 141, grifo no original).

¹⁸ O entendimento que vem sendo construído ao longo da tese é que as coerções sociais atuam de maneira educativa à medida em que desenvolvem o autocontrole em meio às redes de relações sociais cada vez mais complexas. Como demonstrado, a disciplinarização levou à pacificação das relações e o abrandamento das pulsões.

Há, afirma Paiva (2012), duas dimensões no ato de castigar: a reparação da ordem e a *emenda* do pecador. Uma e outra produzem o medo, que induz a submissão, caracterizada pelo autor como “[...] uma rendição em função da impotência sentida” (PAIVA, 2012, p. 143). Todos, naquele contexto, compartilhavam da compreensão sobre o castigo como meio para o restabelecimento da justiça. A compreensão que a sociedade tem do Deus todo poderoso, misericordioso e justo e, ao mesmo tempo, terrível e castigador, ela a estende a todo outro poder, mormente o do rei, a quem cabe distribuir universalmente a justiça, e o dos governantes, seculares ou eclesiásticos, na sequência hierárquica. O poder não se discute: se acata e se obedece.

Entre as atitudes decorrentes da prática do castigo na cultura portuguesa está a “[...] assimilação social como instrumento da vontade de quem manda” (PAIVA, 202, p. 145). Os súditos temem, se sujeitam, se submetem, convencidos pela própria visão teológico-jurídico-política que assimilaram desde a primeira idade, reconhecendo a ordem e a subordinação. Penas violentas eram aplicadas, tais como chibatadas, arrastão, mutilação, ferros, prisão, degredo, perda de bens, fogueira. Conforme comenta Paiva (2012, p. 145), “O pelourinho talvez seja a melhor imagem. A Inquisição, a melhor síntese”.

Todos temiam o castigo. As reações podiam variar de acordo com o contexto, mas os súditos temiam ser castigados, inclusive em virtude da representação que tinham de Deus.

Infiéis, hereges e violadores da lei natural, no entanto, representavam Deus e o plano da salvação de outro modo. De outro modo, muito mais ainda, representavam Deus e seu plano de salvação os homens comuns que, só de ouvida, captaram a mensagem teológica, filtrando-a segundo sua experiência a mais comezinha e embaralhando-a nos termos de tradições populares seculares. Uns e outros se sentiam distantes da representação oficial e, por isso, se acautelavam, temendo o castigo (PAIVA, 2012, p. 59).

Sobre a forma de punir, Lara (1999) afirma que “[...] a punição devia ser afirmativa e exemplar: como exercício de poder, ela devia explicitar a norma, fazer-se inexorável e suscitar o temor”. A autora possibilita compreender a concepção de poder então vigente, que “[...] aparecia também nas relações entre senhores e escravos no interior das fazendas e casas senhoriais” (LARA, 1999, p.

21). É citada a seguinte advertência do jesuíta italiano Jorge Benci, no ano de 1700: “[...] o escravo calejado com o castigo já não o teme; e, porque não o teme, não lhe aproveita”. (BENCI, 1977 *apud* LARA, 1999, p. 26). A recomendação era de “açoites moderados”.

D. João III, entre as orientações direcionadas ao governador-geral Tomé de Souza, no *Regimento* já mencionado, expressa a concepção de poder do período ao descrever situações conflituosas e a necessidade de castigos a fim de reparar a ordem.

[...] e assim sou informado que no ano de quarenta e cinco estando Francisco Pereira Coutinho por capitão da dita baía alguma desta gente lhe fez guerra e o lançou da terra e destruiu as fazendas e fez outros muitos danos aos cristãos de que outros tomaram exemplo e fizeram o semelhante em outras capitancias e que alguns outros gentios da dita baía não consentiram nem foram no dito levantamento antes estiveram sempre de paz e estão ora em companhia dos cristãos e os ajudam e que assim estes que assim estão de paz como todas as outras nações da costa do Brasil estão esperando para ver o castigo que se dá aos que primeiro fizeram os ditos danos/ pelo que cumpre muito a serviço de Deus e meu os que se assim levantaram e fizeram guerra serem castigados com muito rigor; [...] praticareis com pessoas que o bem entendam a maneira que tereis para poder castigar os culpados o mais a vosso salvo e com menos risco da gente que puder ser, e como assim tiverdes praticado; o poreis em ordem destruindo-lhe suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte deles que vos parecer que basta para o seu castigo e exemplo de todos (In: RIBEIRO; MOREIRA NETO, 1992, p. 143).

Há a preocupação em favorecer aqueles que “mantiveram a paz” e “castigar os culpados”. Buscava-se o reconhecimento da sujeição e da vassalagem com castigos exemplares, o que é próprio da concepção de poder do período. Pedagogicamente, pode-se afirmar que o castigo físico exemplar exibia o poder do senhor a todos que acompanhavam o suplício e, infundindo temor, deveria produzir obediência e sujeição. Tanto é que, em seu escrito sobre escravidão, Benci (1977) considera que a prática implica em obrigações mútuas entre senhores e escravos pois, “[...] assim como o servo está obrigado ao senhor, assim o senhor está obrigado ao servo”. Para o jesuíta, dar ao escravo sustento, trabalho e castigo é, além de direito, uma obrigação devida por um senhor cristão aos seus escravos (BENCI, 1977, p. 50). Como obrigações do

senhor para com o escravo, estabelece: o “sustento”, o “vestido” e o cuidado, que devem ter em suas enfermidades, a “doutrina cristã”, que os senhores são obrigados a ensinar e, finalmente, o castigo.

Quando merecido, afirma Benci (1977), os senhores têm obrigação de castigar fisicamente os escravos. Castigo não é direito, é obrigação do senhor. Sobre a forma de castigar, Lara (1999) contribui com a compreensão da concepção de poder do período:

Para ser eficaz, portanto, a punição devia ser afirmativa e exemplar: como exercício de poder, ela devia explicitar a norma, fazer-se inexorável e suscitar o temor. Não é por outra razão que as punições no Antigo Regime transformavam-se em espetáculo, em pedagogia capaz de atingir o corpo do criminoso e, principalmente, impressionar os sentidos dos demais súditos e vassallos. [...] Não se trata de simplesmente matar o criminoso, mas de relacionar a gravidade de sua falta ao rigor da punição, fazer com que o sofrimento do condenado inspire temor e sirva de exemplo, expiando suas culpas e restaurando o poder real violado pelo crime em toda a sua força e plenitude (LARA, 1999, p. 21-22).

Como já apontado, na maior parte das vezes as penas eram aplicadas em ocasiões em que publicamente eram lidas e executadas as sentenças. Trata-se de um grandioso espetáculo, seguindo um cerimonial rigorosamente estabelecido. Além de autoridades religiosas e civis, grande parte da população da cidade comparecia para assistir. Ao tornar públicas as punições, se pretendia causar medo na população, educando-a, para que evitasse cometer os mesmos delitos. Nessa perspectiva, a educação é entendida como a tarefa de suscitar valores, como uma possibilidade de adaptar o sujeito à sua sociedade, controlar suas pulsões.

Enfim, a tese formulada indica iniciativas de controle capazes de atuar por meio de mecanismos cuja articulação interfere na conduta dos indivíduos. Trata-se da força física, da vigilância do outro, do sentimento de vergonha, do medo e demais ações que levavam ao autocontrole e à formação de uma “segunda natureza”. Tais iniciativas são evidenciadas pela fonte do estudo, as Ordenações Filipinas, que, na perspectiva daquilo que Norbert Elias chama de “processo civilizador”, podem ser consideradas como um elemento na definição dos termos da vivência social, uma maneira de estabelecer condutas ideais.

É possível estabelecer relação entre transformações na estrutura da personalidade das pessoas e proibições impostas ao seu comportamento. Isso porque, mesmo sem qualquer mudança na natureza biológica, as sociedades humanas se transformam em decorrência dos impulsos modelados pela experiência e pelo conhecimento individuais. Aí reside o caráter educativo da norma, ao pretender atuar de modo a suscitar determinadas posturas.

Na sequência, essa análise terá prosseguimento, agora somada ao esforço de compreender a organização da sociedade em que vigorou o código. Ou seja, a questão que se coloca é como se organizava a sociedade na qual vigoram as Ordenações e como estas atuaram para a sua preservação.

4 EDUCAÇÃO, DIREITO E CONTROLE SOCIAL: AS ORDENAÇÕES FILIPINAS E A ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE COLONIAL BRASILEIRA

É pressuposto do trabalho, como se tem argumentado, a compreensão de que o direito expressa a civilização a qual regula, o que motiva a análise das Ordenações Filipinas visando uma compreensão ampliada da sociedade colonial brasileira. Daqui em diante, a tese, em seus momentos finais, com base na fundamentação realizada, centrar-se-á na fonte a fim de analisar alguns aspectos considerados fundamentais no contexto de vigência da legislação. Para tanto, é oportuna a observação de Prado Júnior acerca da compreensão da sociedade colonial, cujo estudo exige o distanciamento de noções contemporâneas de Estado e organização judiciária.

A administração colonial nada ou muito pouco apresenta daquela uniformidade e simetria que estamos hoje habituados a ver nas administrações contemporâneas. Isto é, funções bem discriminadas, competências bem definidas, disposição ordenada, segundo um princípio uniforme de hierarquia e simetria, dos diferentes órgãos administradores. [...] Percorra-se a legislação administrativa da colônia: encontrar-se-á um amontoado que nos parecerá inteiramente desconexo, de determinações particulares e casuísticas, de regras que se acrescentam umas às outras sem obedecerem a plano algum de conjunto. Um cipoal em que nosso entendimento jurídico moderno, habituado à clareza e nitidez de princípios gerais, se confunde e se perde (PRADO JÚNIOR, 1997, p. 299-300).

A religiosidade, a realeza, a economia e a sociedade são elementos centrais à compreensão do Brasil colonial no século XVII. É importante esclarecer que a maneira como cada aspecto é tratado na análise, separadamente, ocorre apenas para fins de exposição, mas nenhum dos elementos analisados se separa do outro, uma vez que juntos compõem uma mesma realidade, de uma única cultura. O propósito, portanto, é buscar nas Ordenações Filipinas o significado de tais elementos à configuração social da América Portuguesa. Ao mesmo tempo, se atenta à presença do elemento educacional na manutenção da organização apresentada.

A discussão até aqui empreendida evidencia a complexidade que envolve o contexto analisado. Com o propósito de compreender a sociedade colonial com base na administração da justiça do período é oportuno considerar três aspectos referentes à justiça colonial, presentes na análise de Arno Wehling e Maria José Wehling (2004): a) a projeção, no plano institucional, dos modelos político-administrativos posteriores à Revolução Francesa, gerando anacronismos e incompreensões sobre o Estado do Antigo Regime; b) a identificação, pelo liberalismo constitucional, de alguns padrões e categorias tidos como universais e a-históricos aplicados ao Estado e à justiça do absolutismo, provocando valorações e juízos condenatórios; c) a dificuldade de perceber, em todos os seus desdobramentos, a concepção de universo integrado, que se fundamentava numa visão religiosa, ou mesmo mágica, do mundo (WEHLING; WEHLING, 2004).

No primeiro caso, os autores esclarecem:

Essa projeção deve-se, sobretudo, às críticas feitas pelos liberais e socialistas do século XIX, no contexto de suas lutas ideológicas, ao mundo pré-revolucionário. A crítica liberal via o mundo anterior à Revolução Francesa como um reino de privilegiados e improdutivos, que alijava burgueses empreendedores dos centros de decisão. A nobreza “parasitária”, argumentava-se, vivia à custa das taxas de origem feudal, das pensões reais na Corte e de sinecuras oficiais. O clero, corrompido na cúpula e ignorante na base paroquial, constituía outro obstáculo ao “progresso”, pois beneficiava-se de privilégios e difundia a superstição. O excesso de ofícios públicos, a maioria comprados, pesava sobre os custos do Estado e gerava uma mentalidade de dependência ao poder público. (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 25).

Compreendem que, para os críticos liberais, tais fatores, somados à economia corporativa, ao excesso de regulamentação mercantilista e à desigualdade perante a lei, provocavam uma situação de paralisia econômica, baixos investimentos e frágil mercado interno. Já no caso das críticas socialistas, o entendimento é o seguinte:

Na segunda metade do século XIX os socialistas de vários matizes, franceses ou não, fizeram suas as críticas dos jacobinos da época da Revolução, revestindo-as de nova argumentação. Além de incorporar o discurso liberal contra o Antigo Regime, sua sociedade e seu Estado, destacaram a exploração camponesa e dos *sans-culotes* parisienses, identificando os burgueses como os novos privilegiados das fases iniciais da revolução, pois a

igualdade perante a lei não constituiria senão privilégio circunscrito aos burgueses. (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 26).

Em ambas versões, o Estado e particularmente a justiça do Antigo Regime apareciam como corruptos, desorganizados e ineficientes, exercidos por indivíduos despreparados, cujos cargos haviam sido doados ou comprados. Os autores afirmam que a atitude foi semelhante na Península Ibérica do século XIX e países ibero-americanos. Lembram que “Corrupção, desorganização, despotismo e favorecimento foram alguns dos conceitos que se aplicaram indistintamente ao Estado metropolitano e a seu desdobramento colonial” (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 26).

Sobre o segundo aspecto mencionado, referente à identificação, pelo liberalismo constitucional, de alguns padrões e categorias tidos como universais e a-históricos aplicados ao Estado e à justiça do absolutismo, provocando valorações e juízos condenatórios, é considerada a admissão da universalidade de categorias filosófico-jurídicas que acabaram por traduzir-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e nas constituições revolucionárias. De acordo com os autores, “Criou-se, dessa forma, a idéia de conaturalidade de conceitos como os de liberdade, Estado, sociedade” (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 27). É considerado que, mesmo com debates que equilibraram a questão, “[...] até hoje, o Estado e a ordem jurídica do Antigo Regime, com seu particularismo, seu pluralismo jurídico e seu casuísmo, aparecem frequentemente como anacrônicos, ineficientes e abstrusos” (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 27).

No que se refere ao terceiro aspecto apontado pelos autores como necessário ao estudo da justiça colonial, que é a dificuldade de perceber, em todos os seus desdobramentos, a concepção de universo integrado, que se fundamentava numa visão religiosa, ou mesmo mágica, alguns apontamentos se fazem necessários à tese desenvolvida. Ainda extremamente forte e difundida no século XVI, essa concepção enfraqueceu-se ao longo daquele século e do seguinte, na Europa ocidental, sob impacto do racionalismo e do laicismo. Nesse sentido, argumentam os autores:

Nesse ambiente, a justiça não poderia deixar de ser concebida como uma expressão da vida social e política permeada de religiosidade. Deus assumia o papel de juiz supremo e suas

decisões apareciam referidas a princípios teológicos que tinham também caráter jurídico. Os princípios teológico-jurídicos, por sua vez, tanto poderiam possuir caráter simplificado e imediato, como nos mandamentos, como poderiam revestir-se de uma elaborada construção intelectual, como ocorreu com o pensamento tomista e seus desdobramentos, a propósito do direito natural. (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 27).

O rei, lugar-tenente de Deus, possuía doutrinariamente vários atributos da divindade. Tais atributos transitaram, na evolução da monarquia durante a Idade Média, de uma “realeza litúrgica” para uma “realeza juscêntrica”, novo modelo centrado na esfera do direito. Nesse entendimento, “Ao rei, *pater patriae*, e ao Estado soberano que dirigia, foi atribuída a santificação do *status regis et regni*, tornando-o essencialmente distinto da Igreja. Isso o fazia ‘imperador em seu reino’, na consagrada fórmula medieval” (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 27-28).

Os autores chamam atenção ainda para outro traço que consideram evidente da concepção integrada do universo, inteiramente antagônica às ideias pós-renascentistas que distinguem diferentes esferas da realidade e elemento importante deste estudo: a associação entre crime e pecado.

Na ordem jurídica romano-germânica, como na *common law* inglesa, a integração entre fundamentos teológicos, preceitos morais e normas jurídicas foi intensa no Antigo Regime, o que se reflete no âmbito jurídico – lei, doutrina, jurisprudência – pela grande quantidade de tipos penais que se originam em artigos de fé. A tradição jurídica portuguesa demonstra isso na própria organização do direito penal no Livro V das três Ordenações – Afonsinas, Manuelinas e Filipinas: todos principiavam pela tipificação dos crimes de heresia e suas penas. (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 28).

Trata-se de uma justiça que não se insere em uma estrutura estatal plenamente burocrática, não trabalha com categorias jurídicas cartesianamente articuladas e não é leiga. A compreensão da sociedade colonial, aqui empreendida com base na administração da justiça, deve considerar tais aspectos, equacionando fundamentos e formas. É preciso ter claro, também, o esforço centralizador por parte da autoridade real, caracterizado pela adoção de uma legislação superveniente, de origem estatal.

No caso da justiça portuguesa colonial, houve a justiça real diretamente exercida e a justiça concedida (WEHLING; WEHLING, 2004). De caráter

ordinário, a justiça real tinha funções muito mais amplas do que as judiciais. Possuía, para além das judiciais, funções de governo e funções administrativas, correspondendo ao modelo concentrado dos cargos públicos: um cargo correspondia a múltiplas funções. A justiça real especializada começou a se delinear com o crescimento e sofisticação do aparelho estatal, que ocorreu primeiro em Portugal e depois se estendeu ao Brasil (WEHLING; WEHLING, 2004). Como consequência, ocorreu aumento no número de cargos disponíveis na estrutura administrativa e do volume da legislação especializada no conjunto das leis extravagantes, introduzindo-se nela um carácter cada vez mais acentuadamente “técnico”. No caso da *justiça concedida*, havia a delegação real para o exercício. Compreendia os resquícios da justiça senhorial, só abolidos no caso português na década de 1790. Na esfera colonial, seu equivalente foi a jurisdição atribuída aos donatários, que se estenderia, pelo menos formalmente, até o século XVIII. Definida nos forais e cartas de doação, essa jurisdição dava aos donatários amplo exercício da justiça civil e criminal.

Outras esferas jurídicas escapavam à ordem estatal, tal como a justiça privada, os usos jurídicos de comunidades indígenas não aculturadas e os quilombos, que construíram outra área que se subtraía à ordem estatal. Nesta tese a análise tem como foco as Ordenações Reais, sem desconsiderar seus limites e a existência de outros elementos de controle.

Se considerarmos as populações e as áreas geográficas onde era precária ou inexistente a ordem estatal portuguesa, constataremos que “o país legal” efetivamente controlava parcela restrita do “país real”. Tal característica, entretanto, estava longe de ser específica da colônia – sabe-se atualmente que o direito “oficial” do Antigo Regime na Europa atuava sobre uma faixa extremamente limitada da população, deixando sua maioria submetida a outras formas jurídicas ou mesmo parajurídicas, como os “padrões de conduta” e outras “tecnologias disciplinares” que atendiam aos objetivos de ordem e disciplina social, mesmo estando distantes do centro irradiador da vontade política, representado pelo rei absoluto, sua Corte e seus burocratas (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 47-48).

O exposto exige um olhar mais responsável e atento ao ordenamento jurídico, bem como às relações estabelecidas com a sociedade em que vigorou. Os aspectos referentes à justiça colonial apresentados alertam para os riscos de análises anacrônicas do Antigo Regime, além de valorações e juízos

condenatórios. É preciso, ainda, ter claro que a fonte analisada não compreendia toda a justiça do contexto. A isso estão associados os próprios limites da aplicabilidade das Ordenações que têm sido apontados. Enfim, com base na fundamentação apresentada, que exige um olhar mais cuidadoso, é agora realizada a iniciativa de compreensão da sociedade colonial com base nas Ordenações Filipinas. Como informado, os aspectos selecionados para a análise são religiosidade, realeza e economia e sociedade.

4.1 A RELIGIOSIDADE

A análise da religiosidade do período com base na legislação exige que se considere, primeiramente, a relação entre direito, moral e religião, característica marcante das Ordenações. Na discussão que fazem do direito e da justiça no Brasil Colonial, Arno Wehling e Maria José Wehling (2004) observam que nos três grandes grupos considerados na análise (ibéricos, americanos e africanos) é semelhante essa relação.

Nas três esferas jurídicas encontramos a mesma relação indissociável entre o direito, a moral social e a religião. Das Ordenações portuguesas às normas consuetudinárias supostamente “primitivas” das comunidades indígenas, as regras jurídicas fluíam de uma concepção integradora da moral e da religião “oficiais”. A idéia iluminista de um direito laico, distinto das regras religiosas e morais não deve, assim, ser projetada para a realidade americana quinhentista, por evidente anacronismo. (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 13).

A relação mencionada (entre direito, moral e religião) é um elemento importante da tese, retomado em diversos momentos. Importante considerar que “[...] os países ibéricos possuíam uma ordem jurídica já codificada, que procurava conciliar os interesses do Estado monárquico com os das diferentes comunidades de origem medieval” (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 14). Foi o caso, como já esclarecido, de Portugal, com as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, nos séculos XV e XVI. Assim, no contexto analisado o religioso deve ser entendido como formatador das leis. De fato, as normatizações eram baseadas em aspectos da religiosidade do período, conforme é o objetivo evidenciar por meio da própria

legislação. Para tanto, esclarecimentos da concepção de poder no período se fazem necessários.

No contexto estudado, como evidenciado, todo poder emana do rei, considerado a cabeça de um corpo. O monarca dá a esse corpo funcionalidade e utilidade, já que o seu poder provém de Deus. Os marcos teológicos cristãos, sedimentados ao longo da Idade Média, justificam a “[...] ordem social e o poder político, modelando o discurso, os valores, os comportamentos, os hábitos, a etiqueta, a visão de mundo, as relações interculturais, modelando cada gesto da vida social” (PAIVA, 2006, p. 114). Na sociedade estudada, a realidade era compreendida religiosamente.

Deus, com efeito, está presente e atuante, tudo convergindo para Ele, a Ele se referindo não por decisão da vontade mas pela própria constituição. O *corpo* social se organiza hierarquicamente, conforme as funções exercidas, o rei e o papa no ápice. A unidade do corpo prevalece sobre as partes e, portanto, sobre as pessoas. As competências das partes lhes garantem o direito de as exercerem, sem intromissão das demais, o rei se distinguindo por *distribuir a justiça* em casos de conflito. Assim, religiosidade e direito são características privilegiadas da maneira social de ser dos portugueses (PAIVA, 2007, p. 10, com grifos no original).

A religiosidade cristã era a forma de ser da sociedade portuguesa, forma que lhe garantia a identidade e a unidade, cabendo, portanto, ao rei sua preservação. Como esclarece Paiva (2007, p. 12), “Deus ocupa todo o espaço da realidade. O rei o representa”. O ideário está presente nas Ordenações Filipinas, que prevê punições para o crime de heresia¹⁹, cujo combate contava com a atuação conjunta do poder temporal e poder espiritual, ficando o conhecimento a cargo dos juízes eclesiásticos e a execução da ação punitiva em si por conta do poder secular:

O conhecimento do crime da heresia pertence principalmente aos Juizes Ecclesiasticos.
E porque elles não podem fazer as execuções nos condenados no dito crime, por serem de sangue, quando condenarem alguns hereges, os devem remetter a Nós com as sentenças que contra

¹⁹ Lara (1999) esclarece que heresia e apostasia deixaram de ser crimes com a Constituição do Império, que proibia perseguições por motivos religiosos. O Código Criminal de 1830 punia quem abusasse ou zombasse de qualquer culto estabelecido no Império, por meio de papéis impressos ou discursos.

elles derem, para os nossos Dezembargadores as verem: aos quaes mandamos, que as cumpram, punindo os hereges condenados, como Direito devem.

E além das penas corporaes, que aos culpados no dito maleficio forem dadas, serão seus bens confiscados, para se delles fazer o que nossa mercê fôr, postoque filhos tenham. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. I).

Do mesmo modo, eram previstas penas para o crime de blasfêmia, para atos considerados de feitiçaria, entre eles adivinhações e práticas supersticiosas. A proteção da religiosidade pelas Ordenações é evidenciada ainda por dispositivos que visavam oportunizar aos escravos o batismo.

Mandamos, que qualquer pessoa, de qualquer stado e condição que seja, que scravos de Guiné tiver, os faça baptizar, e fazer Christãos do dia, que a seu poder, vierem, até seis mezes, sob pena de os perder para quem os demandar.

E se algum dos ditos scravos, que passe de idade de idade de dez annos, se não quizer tornar Christão, sendo per seu senhor requerido, faça-o seu Senhor saber ao prior ou Cura da Igreja, em cuja Freguezia viver, perante o qual fará ir o dito scravo; e se elle, sendo pelo dito Prior e Cura amoestado, e requerido per seu senhor perante testemunhas, não quizer ser baptizado, não incorrerá o Senhor em dita pena. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XCIX).

Fica evidente que a moral da sociedade se confunde com a moral cristã. No primeiro título as Ordenações determinam que para ser um Regedor da Justiça na Casa de Suplicação²⁰, o cargo mais alto em termos de justiça, era preciso um comportamento baseado quase que em uma moral cristã.

Como a Caza da Supplicação seja o maior Tribunal da Justiça de nossos Reinos, e em que as causas de maior importancia se vem a apurar e decidir, deve o regedor della ter as qualidades, que para o cargo de tanta confiança e autoridade se requerem. Pelo que se deve sempre procurar, que seja homem fidalgo, de limpo sangue, de sã consciencia, prudente, e de muita autoridade, e letrado, se fôr possível. E sobretudo tão inteiro, que sem respeito de amor, odio ou perturbação outra do animo possa a todos guardar justiça igualmente (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 1.º, tit. 1).

²⁰ A Casa de Suplicação foi o nome que se deu à mais alta corte de justiça em Portugal. Sediado em Lisboa, foi extinta quando criado, em 1820, o Supremo Tribunal de Justiça, nome que já se lhe dava antes sem caráter oficial.

Chama atenção o fato de as Ordenações determinarem, sob o acompanhamento do regedor, a realização de uma missa antes de iniciar as atividades: “3. O Regedor elegerá um Sacerdote, que todos os dias pela manhã diga Missa no Oratório da redação, antes de se começar o despacho (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 1.º, tit. 1, § 3.º). Atributos como bondade e temor a Deus são critérios relevantes para ocupar o cargo. Tais atributos são percebidos tanto na descrição das obrigações do regedor, como na longa e pormenorizada descrição hierárquica dos cargos apresentada pelas Ordenações Filipinas em seu livro primeiro.

Outro exemplo da presença de elementos religiosos nas funções estatais desenvolvidas é percebido na atuação dos arbitradores (avaliadores), cargo que na época era ofício de justiça. Diferenciavam-se dos juízes árbitros pelo fato de que estes tinham conhecimento de questões judiciais e do feito em questão, ao passo que aqueles apenas conheciam questões referentes à causa e desconheciam questões do direito. Os arbitradores procediam segundo bem lhes parecia, guardando sempre o costume geral à sua época. Sobre o cargo, as Ordenações estabelecem:

1. E estes arbitradores serão juramentados aos Santos Evangelhos, que bem e verdadeiramente façam o arbitramento, que lhes fôr encommendado, sem afeição, nem odio. E porque há nestes Reinos alguns lugares, onde são estes arbitradores eleitos pelos Officiaes dessas Cidades e Villas, para geralmente fazerem, arbitramentos, estes serão juramentados logo, quando forem eleitos para tal carrego. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 3.º, tit. LXXXII, § 8).

Ainda com o objetivo de evidenciar a relevância da religiosidade na cultura portuguesa no século XVII, convém mencionar que a “contratação” para o cargo de regedor exigia o juramento aos Evangelhos. O modo como são descritos estes e muitos outros cargos nas Ordenações revela que a cultura geral da sociedade estudada é religiosa e, como tal, as leis civis expressam essa religiosidade. Ser súdito em Portugal era praticamente sinônimo de ser cristão e, mais especificamente, ser católico. Mesmo expressando certa separação entre o poder eclesiástico e o secular, se determinava um trabalho de colaboração com

intencionalidade religiosa. Nesse sentido, o título VI do livro segundo, ao deliberar “Como se cumprirão os mandados dos Inquisidores”, prevê:

Vendo Nos a obrigação, que temos, de favorecer e ajudar as cousas, que tocam o Sancto Officio da Inquisição, mandamos todos nossos Officiaes da Justiça, que sendo requeridos pelo Inquisidor Mór, ou pelo Conselho Geral della e pelos Inquisidores seus substitutos e delegados, ou per cartas suas, requerendo-lhes sua ajuda e favor, que cumpram seus requerimentos e mandados no que tocar à Santa Inquisição, e execução della, prendendo e mandando prender as pessoas, que elles mandarem que sejam presas, por serem culpadas, suspeitas, ou infamadas no crime de heresia, e os tenham presos em suas prisões, ou os levem onde os ditos Inquisidores os mandarem star, ou levar. E bem assi façam citar, requerer, emprazar e penhorar quaesquer pessoas e fazer quaesquer outras diligências, que per bem se seus Offícios os ditos Inquisidores mandarem fazer. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. II, tit. IV).

Nota-se a valorização dos inquisidores pela coroa, expressa com a determinação de certos cuidados, bem como penas a quem não assim procedesse.

1. E mandamos aos nossos Officiaes da Justiça, que quando o Inquisidor Mór, Inquisidores Officiaes da Santa Inquisição forem pelos lugares de sua jurisdição, os recebam e fação receber benignamente. E não consintam ser feito algum desaguisado em suas pessoas, e cousas de seus Officios e Familiares. E os tenham sob nossa custodia e encomenda, e lhes dêem todo favor e ajuda, para seguramente executarem seus Officios. E não o fazendo assi, além de incorrerem nas penas, em que incorrem os transgressores, dos mandados Apostolicos, no tal caso Nós os castigaremos, como nos parecer, conforme a qualidade de suas culpas.

A mencionada separação entre o poder eclesiástico e o secular é percebida em vários trechos das Ordenações. Exemplos constam nas definições acerca das relações entre o Estado e a Igreja. Nesse sentido, o primeiro título do livro segundo, cujo objetivo é regulamentar “Em que casos os Clerigos e Religiosos hão de responder perante as Justiças seculares”, indica uma dúvida entre a justiça eclesiástica e a secular sobre a jurisdição pertencente a cada uma.

15. E havendo duvida entre os Julgadores Ecclesiasticos e seculares sobre a qual delles pertence a jurisdição, os Juizes de nossos feitos são competentes para conhecer se a jurisdição pertence a nossas Justiças, e lhes pertence a determinação do tal

caso, sendo o agravante leigo. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 2.º, tit. I, cap. 15).

O título transcrito reflete o fato de a sociedade portuguesa, profundamente religiosa, ter sofrido alterações entre os séculos XVI e XVIII. Aos poucos a sociedade se torna menos dependente dos fundamentos teológicos, processo que resulta (e é acompanhado) da emancipação do indivíduo, derivado, em grande parte, pela razão mercantil, experiência que se estendeu a todo modo de ser da sociedade. A experiência mercantil, que se desabrochou lenta e progressivamente durante alguns séculos, se consolidou no século XVI moldando a ação humana em seus mais diversos tipos (PAIVA, 2006). A partir desse movimento, o Direito Civil se torna cada vez mais independente da ciência teológica. No entanto, o cristianismo continua presente e atuante nas vidas das pessoas e na confecção das leis. Exemplo disso são os privilégios a que usufruem os religiosos em caso de envolvimento com a justiça.

23. Outrosi os Clérigos de Ordens Sacras, ou Beneficiados, notoriamente forem conhecidos por taes, mandamos, que tanto que presos forem, sem irem à cadêa, os entreguem a seus Prelados, ou a seus Vigários. E não sendo conhecidos por de Ordens sacras, ou Beneficiados, tanto que fizerem certo perante nossas Justiças, que são verdadeiramente Beneficiados, ou tem ordens Sacras, na fôrma que acima de tudo he, logo sejam remetidos, sem da tal remissão haver appellação, nem agravo. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 2.º, tit. I, § 23).

O Título XI, que regulamenta “De que cousas as Igrejas, Mosteiros e pessoas Eclesiásticas não pagarão direitos a El Rey”, é outro exemplo de privilégios dos religiosos:

Porque nossa tensão é favorecer, quanto em Nós for, as Igrejas e Pessoas Eclesiasticas, havemos por bem, que as Igrejas e Mosteiros, assi de homens, como de mulheres, e as Províncias, em que há Ermitães, que fazem voto de Profissão, e bem assi os Clerigos de Ordens Sacras, Frades, Freiras e Ermitães, que fazem o dito voto, e os Beneficiados, que vivem como Clerigos, e por taes são havidos, postoque não sejam de Ordens Sacras, sejam exemptos e excusos de pagarem dizima, e portagem, e aquella parte de Sisa, que segundo os Foraes e Artigos de Sisas de nossos Reinos erão obrigados a pagar de todas aquellas cousas, que trouxerem, comprarem, ou venderem para suas necessidades sómente, e daquelles, que com elles viverem, a que continuadamente derem de comer, e bem assi do que venderem

de suas novidades, e rendas de seus Benefícios e bens patrimoniaes, moveis e de raiz, e não de outra cousa alguma. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 2.º, tit. XI).

Além de privilégios dos religiosos perante a justiça, situações que expressam tratamento diferenciado são percebidas nas Ordenações Filipinas. Oportuno considerar que atualmente, mesmo muito tempo depois e tendo a sociedade passado por mudanças significativas, as igrejas são isentas do pagamento de impostos no Brasil, um exemplo da resistência de elementos religiosos na sociedade, que se traduz em privilégios.

Não só desfrutavam de privilégios pessoas de condição religiosa, mas todos (com algumas exceções) aqueles que estivessem em local que garantia alguma imunidade: a igreja. O título V, “Da imunidade da Igreja”, estabelece:

Porque sempre foi nossa tensão, e he com a agração de Deus, honrar muito a a Sancta Madre Igreja, e obedecer a seus Mandamentos, que a imunidade da Igreja haja lugar em qualquer Igreja, [...] com tanto que seja edificada per auctoridade do Papa, ou Prelado, para nella se celebrar o Officio Divino. E porque a Igreja somente defende o malfeitor, que tem feito tal maleficio, porque merece haver, morte natural, ou civil, ou cortamento de membro, ou qualquer outra pena de sangue: E não cabendo no maleficio cada huma destas penas, a Igreja o não defende, ainda que se acoute a ella, em tal caso o Juiz secular poderá tirar della o malfeitor, e fazer delle justiça, dando-lhe pena de degredo, ou qualquer outra pena de Direito. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. II, tit. V).

Importante considerar que a proteção se limitava aos que professavam a fé católica.

1. E se algum Judeu, ou Mouro, ou outro infiel fugir para a Igreja, acoutando-se a ella, não será per ella defendido, nem gozará de sua imunidade, porque a Igreja não defende os que não vivem debaixo de sua Lei, nem obedecem a seus mandamentos. Porém se elle se quizer logo tornar Christão, e de feito for tornado á Sancta Fé de nosso Senhor JESU CHRISTO, antes que parta da Igreja, poderá gozar da imunidade della, assi e tão cumpridamente, como se ao tempo, que se acoutou á Igreja, fora já Christão. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. II, tit. V,

A igreja era também um local de proteção em casos de citação. O terceiro livro, ao tratar das ações cíveis e criminaes, regulamenta o procedimento daqueles

que ocupavam o poder e a forma como o cidadão deve recorrer ao Estado. Em termos jurídicos, discute-se algo que pode ser denominado de um primitivo código processual. No primeiro título, após discorrer sobre os modos de citações, as Ordenações regulamentam essas ações.

7. Item, não póde ser citado o Clérigo na Igreja, em quanto celebrar o Officio Divino; e a citação, que se fizer em tal lugar e tempo, será havida por nenhuma. E bem assi o leigo não póde ser citado no tempo, que estiver na Igreja ouvindo o Officio Divino, poderá ser citado, e responderá a qualquer tempo, que lhe fôr mandado (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 3.º, tit. VIII, cap. 7).

A interferência do religioso no âmbito da administração da justiça é ainda verificada no título que trata das chamadas “ferias”, tempos de vacações em que cessava o exercício dos tribunais. Assim estabelecem as Ordenações:

Em trez maneiras são ordenadas as ferias. A primeira e maior he por louvor e honra de Deos e dos Santos: convem saber, os Domingos, Festas e dias, que a Igreja manda guardar, por tanto pessoa alguma será ouvida em Juizo nos ditos dias: e sendo em cada hum delles alguma cousa em juízo demandado, ou Julgada, será havido por nenhum tal procedimento e sentença, posto que seja feito com expresso consentimento de ambas as partes. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. III, tit. XVIII).

1. A maneira de ferias he, quando Nós per alguns respeitos mandamos, que se não façam geralmente audiencias em nossos Reinos e Senhorios, ou em certo lugar; porque taes ferias, assi per Nós ordenadas, se devem em todo guardar, e qualquer acto, que se nelas fizer em Juizo seja havido por nenhum, assi como feito contra nosso mandado e ordem. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. III, tit. XVIII, § 1º).

Além das motivações religiosas, a necessidade da produção interferia no andamento das situações judiciais.

2. A terceira maneira he das ferias, que se devem dar para colhimento do pão e vinho: e estas são outorgadas por prol commum do povo, e são de dous mezes; os quaes se darão pelos Julgadores, segundo a disposição e necessidade das terras, repartindo os tempos ás sazões, em que se os taes fructos houverem de colher, com tanto que não passem de dous mezes inteiros, o per partes, per todas as ferias, que em cada hum anno derem. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. III, tit. XVIII, § 2º).

Como determina a lei, qualquer ato judicial realizado em tais contextos sem consentimento de ambas as partes seria anulado. Merece destaque, portanto, o fato de questões religiosas interferirem no andamento de trâmites judiciais, dispositivo que explicita a relação do religioso com a administração da justiça. Convém, para a continuidade dessa discussão, diferenciar religioso de eclesiástico, dois aspectos da religião: eclesiástico se referindo à instituição Igreja, com seu clero, com seus estatutos jurídicos, conforme mais destacado até aqui (PAIVA, 2006). Há também aspectos da religião que extrapolam o eclesiástico, uma vez que as manifestações religiosas são muito mais amplas. A religiosidade é marcante no português da época moderna, sujeito que se pensa religiosamente. A religião era vivenciada no cotidiano e o rei tinha um papel central nesse sentido, dada sua condição de guardião da fé. Será a análise empreendida na sequência, que não deixa de considerar a religiosidade, mas com a tentativa de dar maior foco à realeza.

4.2 A REALEZA

Na discussão que realiza acerca da relação entre vida privada e colonização, buscando mais especificamente o lugar da língua, da instrução e dos livros, Luiz Carlos Villalta lembra o que escreveu um dos primeiros cronistas da colonização portuguesa na América, Pero de Magalhães Gandavo, que os índios do litoral brasileiro não tinham as letras “F, nem L, nem R”, não possuindo “Fé, nem Lei, nem Rei” e vivendo desordenadamente”. Assim o autor caracteriza o ideal de colonização trazido pelas autoridades civis e eclesiásticas portuguesas:

[...] superar a “desordem”, fazendo obedecer a um Rei, difundindo uma Fé e fixando uma lei. Um Rei com interesses temporais (e, portanto, materiais); uma Fé, a da Igreja da Contra-Reforma; e uma Lei, misto de normas jurídicas fixadas pelo Estado e pela Igreja irmanavam-se. (VILLALTA, 1997, p. 332).

Com o tempo, a compreensão foi estendida dos indígenas para outros sujeitos históricos e ajuda a entender as questões que envolvem a atuação do rei. Além da religiosidade e a ela relacionada, a centralidade da figura do rei na sociedade estudada é expressa nas Ordenações. O monarca quem mandava

elaborar o código e o fazia cumprir. Representante de Deus entre os homens na Terra e cabeça do corpo social, desempenhava seu papel por meio da legislação.

Conforme aponta Elias (2001), a construção da figura do rei foi posicionada acima das classes dominantes, como cabeça da corporação, o único e legítimo distribuidor da justiça, assim capaz de manter em equilíbrio as forças em ação. Logo, tinha decisiva participação nas situações judiciais. A presença forte do rei é evidenciada em vários momentos, como no título que trata “Dos que não podem ser citados sem licença do rey”:

Concelho algum não será citado á petição de outro Concelho, ou de qualquer pessoa, se nossa licença special, nem outrossi Corregedor, nem outro Julgador temporal, durando o tempo de sua Correição, ou Julgado: salvo se fôr por causa de algum maleficio, que tivesse cometido antes do Officio, ou commettesse durando o Officio, assi acerca de seu officio, como fóra delle, porque então poderá ser citado e accusado por isso, sem outra nossa licença. E quando algum quizer citar Concelho, Corregedor, ou Juiz temporal, faça-o saber a Nós para vermos a qualidade da causa, e do autor e réo: por tanto mandamos, que algum nosso Official não dê Carta para os sobreditos serem citados, em quanto durar o tempo de seus Officios, sem nossa special licença. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv III, tit. VIII).

Como já apresentado anteriormente nesta tese, a teia social, a rede configuracional permanece com certa estabilidade em virtude do rei, possuidor de uma aura diferenciada e envolvido por todo um misticismo (KANTOROWICZ, 1989). No caso de Portugal, é importante observar, a figura mística do rei tinha como fundamento uma cultura religiosa cristã. Ser súdito da Coroa lusitana significava ser cristão. Logo, cabia ao rei português, entre outras atribuições, a expansão da fé (PAIVA, 2012). Como primeiro e principal representante de Deus, o rei deveria distribuir a justiça humana e divina, obedecendo a hierarquia social. Do rei era a mão centralizadora das atividades, a mão zelosa dos valores pátrios, a mão distribuidora da justiça. As Ordenações Filipinas expressam essa centralização real em Portugal, é a materialização da justiça distribuída.

Nas relações aqui estabelecidas entre as Ordenações Filipinas e a realeza é enfatizado que a legislação explicita o ordenamento social, o qual tem como fundamento a centralidade do rei. Acerca da concepção que se tinha da realidade, Paiva (2012, p. 47-48) discorre: “[...] realidade referida, em todos os seus

recantos, a Deus; referida, em todos os seus recantos, ao rei, cabeça-síntese de um corpo extenso”. O autor recorre a documentos do período que tratam de aspectos variados da vivência dos portugueses, e constata:

[...] rei, nobres, clero e povo falam a mesma linguagem religiosa e se comunicam mutuamente sem se estranharem. Trata-se, com efeito, de um entendimento que todos têm da própria realidade, fundado na explicitação teológica do mundo cristão: um mundo religioso, em que todos os aspectos ganham significado por sua referência a Deus, Deus ocupando todo o espaço da realidade; o rei O representando (PAIVA, 2012, p. 53).

É apontada uma forte sinonímia entre Deus e autoridade, de modo que os “[...] interesses da autoridade se identificavam com os interesses de Deus, os interesses de Deus com os interesses da autoridade” (PAIVA, 2012, p. 59). À autoridade competia avaliar as outras representações e julgá-las certas ou erradas, realizando a ordem divina. No caso, por exemplo, daqueles que negavam a ordem (com infidelidade, heresia, violação da lei natural), à autoridade cabia a faculdade de usar de todos os meios para pôr a ordem e restaurar a verdade.

Ao governante, cada qual em sua esfera própria, cabia cuidar das coisas do culto e da pureza da prática social, conforme a fé. Das coisas do culto, ou seja, da religião cuidava o rei. A administração do religioso cabia, antes de tudo, ao rei e, subordinadamente, a seus representantes, o governador, o capitão (PAIVA, 2012, p. 62).

Outro lado dos cuidados que o governante devia ter refere-se às práticas sociais, entendidas como explicitação da fé.

O outro lado dos cuidados que o governante devia ter eram as práticas sociais, no quadro preestabelecido da justiça. Elas eram entendidas como explicitação da fé. A fé, segundo a tradição da Igreja e as tradições portuguesas, estabelecia a forma permitida das relações sociais. Os Mandamentos a orientavam. Uns pertenciam à *honra* de Deus. Outros, ao proveito do próximo: à organização da família, ao respeito à propriedade, ao direito à vida, ao respeito do outro. Distribuir a justiça se fazia concretamente, respeitando-se as partes do corpo social, seu agir modelado pela doutrina cristã e pela tradição portuguesa (PAIVA, 2012, p. 63, com grifos no original).

A tarefa de manutenção da sociedade ocorre de maneira compartilhada. Tanto o governo intervém em tudo, administrando a justiça, voltado para o sagrado, quanto o clero, administrando o sacramento, se debruça sobre tudo. Ao refletir sobre a aplicação das sanções, a que todos estavam sujeitos se cometessem o ilícito, e que fazia da Igreja temida e respeitada, Paiva (2012) chama a atenção para o fato desta faculdade ter se tornado um instrumento de imposição dos próprios interesses, o que evidencia o quanto o espiritual estava, de fato, embaralhado com o temporal. A organização da sociedade portuguesa quinhentista e seiscentista (e no início do século XVII isso ainda é muito perceptível) era regida por uma visão que estava inserida em um contexto mais amplo, definido pela presença de uma ordem cósmica a qual abrangia a tudo e a todos.

O pensamento social e político medieval é dominado pela ideia de existência de uma ordem universal (cosmos), abrangendo os homens e as coisas, que orientava todas as criaturas para um objectivo último, que o pensamento cristão identificava com o próprio Criador (XAVIER & HESPANHA, 1993, p. 122).

A compreensão dessa ordem exige a clareza do arranjo social então vigente, no qual cada parte do todo tinha papel fundamental na composição do reino.

[...] o pensamento medieval [podendo, no caso português, ser estendido para a modernidade, considerando os séculos XVI e XVII] sempre se manteve firmemente agarrado à ideia de que cada parte do todo cooperava de forma diferente na realização do destino cósmico (HESPANHA, 1995, p. 29).

Ainda sobre o modelo corporativo de base teológica, convém apontar:

Do ponto de vista social, o corporativismo promovia a imagem de uma sociedade rigorosamente hierarquizada, pois, numa sociedade naturalmente ordenada, a irredutibilidade das funções sociais conduz a irredutibilidade dos estatutos jurídico-institucionais (dos “estados” das ordens) (XAVIER & HESPANHA, 1993, p. 130).

Nessas condições, todos deveriam se colocar a serviço de Deus que, de forma mais direta, era representado na Terra pelo rei, principal expoente da

presença católica entre os homens. Mesmo “[...] o Direito, com sua elaboração específica da realidade, se constrói sobre essa base comum de entendimento, mais aprimoradamente trabalhado pela Teologia” (PAIVA, 2012, p. 138).

O *religioso*, informando a cultura portuguesa, faz do rei, pelo lugar de representante de Deus, um ser quase *transcendente* e *poderoso*, podendo sempre *dizer a justiça*. O rei, embora cabeça do corpo social, se põe distante, quase inacessível, representante que é de Deus. A hipótese proposta afirma a *religiosidade* cristã como plasmadora da cultura e, aí, do *governo* (PAIVA, 2012, p. 209-210, com grifos no original).

Como tem sido apontado, o rei, na condição de representante de Deus, tinha a incumbência de “dizer a justiça”.

O rei age enquanto representante de Deus, um desempenhador de função divina, função de fazer *serem*, de fazer *serem* desta ou daquela maneira. Somente sua competência se refere à totalidade da função divina, que é *fazer ser*: todos os demais membros do corpo social cumprem funções parciais, que se complementam com vistas à realização do ser do todo social. Nessa condição cumpre ao rei dizer a *justiça*, ou seja, estabelecer os parâmetros do fazer humano em concordância com a ordem, tal qual estabelecida por Deus. Por isso, a vigência da *justiça* se identifica com o *bem comum* (PAIVA, 2012, p. 216, grifos do autor).

Para se manter, a sociedade portuguesa tinha na pessoa do governante a razão de sua unidade, cabendo a ele a distribuição da justiça e a garantia dos bens que possibilitavam o bem viver e a sustentação na fé. Como já explorado, o título VI do primeiro livro, que trata do crime de lesa majestade, condena todo o tipo de traição ao rei ou ao reino e estabelece como pena uma morte cruel. O rigor da lei é justificado pela centralidade da figura do monarca no contexto. Do mesmo modo, muitas outras determinações visavam garantir, com rigor, a sustentação religiosa, política e econômica do Império. No caso do título XXII, do livro quarto, a determinação é “Que se não engeite moeda d’El-Rey”:

Qualquer pessoa, que engeitar nossa moeda verdadeira lavrada de nosso cunho, se fôr peão, seja preso e açoutado publicamente, e sendo homem, que não caibam açoutes, seja preso e degradado para a Africa per dous annos; e esta mesma pena, haverá o que engeitar moeda de ouro, que a estes nossos Reinos vier de fóra deles. Porém, se as ditas moedas de ouro, assi de nossos Reinos, como de fóra delles, e bem assi a nossa moeda

dos tostões forem de menos peso do que devem ser, segundo sua Lei e peso, poder-se-ão engeitar sem pena alguma, salvo se a parte, que a der, quiser refazer a justa valia do que menos pesa, porque em tal caso a não poderão engeitar, e engeitando-a, incorrerão nas penas sobreditas. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. IV, tit. XXII).

Essa supremacia é ainda evidenciada quando se determina “Que as terras da Coroa, e os assentamentos do Rei, não possam ser apenhados, nem obrigados”. Pode-se compreender que a alguns súditos era concedido o usufruto de determinadas propriedades, mas não o direito de posse.

As terras da Corôa do Reino, que alguns tem de Nós de juro e de herdade, ou em mercê, ou os assentamentos, que de Nós tiverem por qualquer razão, não podem ser apenhados, nem obrigados. E postoque os que taes cousas tiverem, as obriguem, ou apenhem, não valerá o tal apenhamento, porque queremos, que não possam ser [...] apenhadas sem nosso special mandado. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 4^o. tit. LV).

Convém lembrar que na configuração da Corte analisada por Norbert Elias (2001), o rei centraliza as principais decisões, passando as instituições sob controle mais efetivo da Coroa, já que cabia ao soberano zelar pela independência política do território. O crescimento da máquina burocrática estatal exigiu a necessidade de um controle mais específico sobre a riqueza, tornando necessário um corpo técnico que se ocupasse dessas tarefas. As Ordenações manifestam preocupações nesse sentido nos diversos cargos definidos, principalmente no livro primeiro, como apontado.

Mais especificamente no caso da América portuguesa, o crescimento do Estado foi expressivo no final do século XVII, quando a atividade de mineração esteve em posição de destaque. O jesuíta André João Antonil ajuda a perceber o quanto a atividade exigiu uma mais efetiva presença do Estado. Enquanto a atividade açucareira passava por uma séria crise no Nordeste do Brasil, a mineração despontava no interior da Colônia, causando um significativo deslocamento populacional e de capitais para aquela região. Assim Antonil (1997) expressa sua percepção:

A SEDE INSACIÁVEL DO OURO estimulou a tantos a deixarem suas terras e a meterem-se por caminhos tão ásperos como são

os das minas, que dificultosamente se poderá dar conta do número das pessoas que atualmente lá estão. Contudo, os que assistiram nelas nestes últimos anos por largo tempo, e as correram todas, dizendo que mais de trinta mil almas se ocupam, umas em catar, e outras em mandar catar nos ribeiros do ouro, e outras em negociar, vendendo e comprando o que se há mister não só para a vida, mas para o regalo, mais que nos portos do mar. (ANTONIL, 1997, p. 167).

A atividade nas minas atraía, como aponta o autor, “toda a condição de pessoas”:

Cada ano, vêm nas frotas quantidade de portugueses e de estrangeiros, para passagem às minas. Das cidades, vilas, recôncavos e sertões do Brasil, vão brancos, pardos e pretos, e muitos índios, de que os paulistas se servem. A mistura é de toda a condição de pessoas: homens e mulheres, moços e velhos, pobres e ricos, nobres e plebeus, seculares e clérigos, e religiosos de diversos institutos, muitos dos quais não têm no Brasil convento nem casa. (ANTONIL, 1997, p. 167).

Em meio a toda essa efervescência, o jesuíta se queixava da falta de organização, da presença mais efetiva de um poder, inclusive no que se refere à distribuição da justiça. A situação abrangia o poder temporal e o espiritual.

Sobre esta gente, quanto ao temporal, não houve até o presente coação ou governo algum bem ordenado, e apenas se guardam algumas leis, que pertencem às datas e repartições dos ribeiros. No mais, não há ministros nem justiças que tratem ou possam tratar do castigo dos crimes, que não são poucos, principalmente dos homicídios e furtos. Quanto ao espiritual, havendo até agora dúvidas entre os prelados acerca da jurisdição, os mandados de uma e outra parte, ou como curas, ou como visitadores, se acharam bastante embaraçados, e não pouco embaraçam a outros, que não acabam de saber a que pastor pertencem aqueles novos rebanhos. E, quanto se averigúe o direito do provimento dos párocos, pouco hão de ser temidos e respeitados naquelas freguesias móveis de um lugar para outro, como filhos de Israel no deserto. (ANTONIL, 1997, p. 167-168).

Medidas foram sendo adotadas visando resolver os problemas, ou seja, identificar “[...] as desordens e o remédio delas” (ANTONIL, 1997, p. 168). Entre as ações, é mencionada a presença do desembargador José Vaz Pinto, colocado como superintendente das minas, um procurador da Coroa e um guarda-mor, além de um provedor, um escrivão e um fundidor em algumas regiões da Colônia. Regras para a exploração também visavam a resolução dos conflitos.

PARA EVITAR A CONFUSÃO, o tumulto e as mortes que haveria no descobrimento dos ribeiros do ouro, se assentou o que pertence às repartições desta sorte. Tem o descobridor a primeira data, como descobridor, e outra como mineiro; segue-se a que cabe a El-Rei, e, atrás desta, a do guarda-mor; as outras se distribuem por sortes. (ANTONIL, 1997, p. 169).

Com base na discussão empreendida fica evidente que a Coroa se faz mais presente na Colônia por meio de ações com o objetivo de organizar a atividade mineradora e medidas burocráticas a fim de tributar os resultados da exploração. Busca-se a presença da Justiça e da mão repressiva do Estado na Colônia, o que se constata na seguinte afirmação: “Agora soubemos que Sua Majestade manda governador, ministros de Justiça, e levantar um terço de soldados nas minas, para que tudo tome melhor forma e governo” (ANTONIL, 1997, p. 168).

Nesse sentido, são citadas as Ordenações do Reino no já mencionado título que trata dos direitos reais, com atenção especial à propriedade das minas e a cobrança sobre seus rendimentos. Consta entre os direitos reais “os veeiros e minas de ouro e prata e qualquer outro metal” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. II, tít. XXVI, § XVI), além da impossibilidade de sua doação (tít. XXVIII) e da importância dos seus lucros ao Reino (tít. XXXIV). Considerando o direito e a necessidade da cobrança, Antonil busca sua fundamentação, e argumenta:

Ou se considerem, pois, as minas como parte do patrimônio real, ou como justo tributo para os gastos em prol da república, é certo que se a El-Rei o que para si reservou, que é a quinta parte do ouro que delas se tirar, puro e livre de todos os gastos; e que os que se manda nas *Ordenações* acima referido está justamente ordenado; e que, prescindindo de qualquer pena, o quinto *ex natura rei* se lhe deve não menos que outro qualquer justo tributo, ordenado para bem da república, ou como cobra a pensão que impõem sobre qualquer outra parte do seu patrimônio, como é a que se lhe deve e se lhe paga dos feudos. (ANTONIL, 1997, p. 176).

É importante considerar que Antonil vê como fundamental a busca pelo lucro, interesse percebido nas orientações que são direcionadas ao rei.

Havendo Casas da Moeda e dos Quintos na Bahia, e no Rio de Janeiro (por serem estes os dous pólos aonde vai parar todo o ouro), teria Sua Majestade muito maior lucro do que até agora

teve, e muito mais se nas Casas da Moeda, bem fornecidas dos aparelhos necessários, houvesse sempre dinheiro pronto para comprar o ouro que os mineiros trazem e folgam de o vender sem detença. (ANTONIL, 1997, p. 168).

O aumento da riqueza da Coroa beneficiava a Companhia de Jesus. Significava, portanto, a continuidade da atividade apostólica no Brasil, expressa na possibilidade da conversão do maior número de pessoas. Conforme considera Charles Boxer (2002), o poder temporal e o espiritual eram complementares no trabalho missionário, simbiose que para o autor é evidenciada no exercício do Padroado real da Igreja no ultramar, uma das prerrogativas da Coroa que expressa a “[...] união indissolúvel da Cruz e da Coroa”.

O Padroado português pode ser amplamente definido como uma combinação de direitos, privilégios e deveres concebidos pelo papado à Coroa de Portugal como patrona das missões e instituições eclesiásticas católicas romanas em vastas regiões da África, da Ásia e do Brasil. (BOXER, 2002, p. 243).

Para além dos interesses envolvidos nos rumos da dinâmica da vida na Colônia motivados pela mineração, o que mais interessa aqui, é que, com a atividade, a Coroa ocupa mais espaço no Brasil colonial. Cresce o aparato burocrático e, tal como sugere a análise de Elias (2001), o rei busca centralizar as principais decisões. Há o crescimento da máquina burocrática estatal visando o controle mais específico sobre a riqueza. Pode-se apontar, ainda, elementos de um processo civilizador, uma vez que a justiça vai deixando de ser privada e passa a atender determinações centralizadas. A atitude dos paulistas, de recusa à submissão do Estado e sua organização, vai sendo combatida, o que, aos poucos, modifica o modo de pensar as relações e os comportamentos no contexto. Para tanto, atuaram as punições e outros mecanismos a ela atrelados que têm sido apontados no trabalho, mudando comportamentos, moldando visões de mundo, atuando na formação de uma “segunda natureza”.

Trata-se de uma relação relevante à tese defendida, que tem como foco o lugar do direito nos rumos da organização social vigente, bem com suas possibilidades de análise do contexto. Nesse sentido, anseios econômicos e

aspectos da organização social são também buscados nas Ordenações. É o assunto seguinte.

4.3 ECONOMIA E SOCIEDADE

Tem-se afirmado que as Ordenações Filipinas possibilitam a compreensão dos mecanismos sobre os quais se fundamentavam a justiça régia e as instituições jurídicas portuguesas no Reino e em suas conquistas ultramarinas. Por meio do código, tem sido empreendido o esforço no sentido de entender a lógica do exercício da justiça e do poder nas sociedades no Antigo Regime. Partindo do entendimento apresentado inicialmente de que a lei reflete a sociedade, se busca, agora com mais atenção, a compreensão do social com base naquilo que está positivado.

Merece destaque, inicialmente, o fato de o direito ibérico no contexto analisado poder ser caracterizado, mais especificamente quanto à matéria, como extenso, revelando a complexidade daquela sociedade nos aspectos econômicos e sociais.

O direito privado referia-se aos assuntos de família, obrigações, propriedades e sucessões [...]. O direito do Estado envolvia normas e preceitos processuais civis e penais, de direito penal, de direito tributário (embora persistissem tributos extra-estatais, como os senhoriais e urbanos) e, ainda embrionariamente, aspectos que mais tarde corresponderiam ao direito administrativo e ao direito internacional. (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 16).

É preciso, portanto, cuidado na análise do contexto em questão a fim de se evitar simplificações. Nesse sentido, o conceito eliasiano de Sociedade de Corte, além de permitir entender o complexo da vida política, também possibilita compreender que o período não pode ser tido como simplesmente feudal e nem medieval, também não capitalista, de fato. Para pensar a problematização, é oportuna a menção à discussão de Costa e Menezes (2014) acerca da existência de uma Sociedade de Corte em Portugal²¹.

²¹ A análise é referente ao reinado de D. João III (1521-1557), mas o entendimento aqui é que os elementos apresentados persistem no período de vigência do código filipino (século XVII).

A análise dos autores levanta a hipótese de que a Sociedade de Corte se erigiu em Portugal ainda no século XV, sendo verificada com mais nitidez com D. João III, no século seguinte. Defende-se que os empreendimentos comercial e religioso tiveram êxito e prosperidade no período joanino, tanto que o monopólio da rota oriental das especiarias se manteve durante quase todo o século XVI. Além disso, foi com D. João III que se instalaram e progrediram de forma impressionante os padres da Companhia de Jesus, tendo adquirido vários colégios e seminários, além de dominarem as missões no Oriente e na América Portuguesa. São apresentadas outras ações joaninas a fim de defender a tese apresentada, tais como a criação de tribunais da Inquisição em Lisboa, Coimbra e Évora, que centralizaram, de forma eficiente, a inquirição e o julgamento de todos os processos de heresia, e a criação do Real Colégio das Artes e Humanidades de Coimbra, que com a reforma da Universidade de Coimbra evidencia a política centralizadora de D. João e a necessidade por ele sentida de formar quadros administrativos para os órgãos da Coroa, especialmente depois da expulsão dos judeus.

As quatro ações (universidade, colégio, inquisição e jesuítas), consideram os autores, expressam a necessidade que o rei teve de centralizar seu poder, de ter, ainda mais, a direção da sociedade em suas mãos. Mas, para conseguir isso não poderia agir sozinho, teria de ter o apoio de suas principais classes ou estamentos sociais, o apoio das nobrezas para não criar hostilidades que não pudesse conter e nem correr o risco de ficar refém de algum grupo de sua corte.

É defendido que D. João III forjou, com tais atitudes, a necessidade de uma nobreza de toga (*noblesse de robe*) que tivesse preparo técnico e intelectual para gerir financeiramente o Estado português, já que para este tipo de empresa a tradicional nobreza de sangue (*noblesse d'épée*) não estava habilitada. Em Portugal, com isso, passou a existir dois tipos de nobres: o fidalgo-cavaleiro (antiga nobreza) e o cavaleiro-fidalgo (nova nobreza). No meio das duas, com sua aura de cabeça do reino, soberano em suas decisões, distribuir-mor da justiça, corpo místico incorruptível, estava o rei, equilibrando as forças em prol do que ele acreditava ser o melhor para todos (COSTA; MENEZES, 2014).

A discussão reflete a complexidade da sociedade portuguesa, característica da análise de Elias (2001). Nos princípios de sua análise sociológica, como aponta Chartier no prefácio de *A Sociedade de Corte*, o direcionamento é “Estudar não um rei em particular mas a função de rei, não a ação de um príncipe mas a rede de pressões na qual ela está inscrita” (ELIAS, 2001, P. 7). As Ordenações Filipinas, por sua vez, como deliberações reais, expressam tal complexidade do contexto. Há no código interesses diversos, contradições, incompreensões, tal como a realidade vivida.

No aspecto econômico, um marco a ser considerado é a posição de destaque de Portugal nos empreendimentos ultramarinos realizados. Conforme observa Saraiva (1995, p. 133), a “[...] ampliação da acção exercida pelos Portugueses numa enorme parte do mundo durante os séculos XV a XX é surpreendente”. Sobre o feito, o autor discute o fato de vários outros países da Europa terem realizado viagens marítimas e conhecido grandes navegadores, mas, “[...] em nenhum caso como em Portugal, a expansão marítima desempenhou o papel de actividade primacial da nação” (SARAIVA, 1995, p. 133). Enquanto em Portugal os empreendimentos marítimos foram essencialmente obra do Estado, nas outras nações foram as mais das vezes apenas atos isolados e sem continuidade. Importante destacar, dados os encaminhamentos aqui propostos, o compromisso da Coroa com o projeto expansionista expresso na legislação.

Requer atenção, nesse sentido, o degredo, cujas causas nas Ordenações Filipinas são diversas. A medida é parte do processo de colonização mencionado, como comenta Boxer (2002), se referindo à iniciativa do governo-geral, que seguiu às capitâneas hereditárias:

O passo seguinte foi dado pelo rei em 1549, ao enviar um governador-geral com o propósito de fundar uma capitania nova, situada no centro, na Bahia, diretamente administrada pela Coroa. Em sua companhia viajaram alguns missionários jesuítas, encarregados de converter os ameríndios e educar e reformar os costumes dos colonos, muitos dos quais eram condenados ao degredo. (BOXER, 2002, p. 101).

Há nas Ordenações uma série de tipos de crimes punidos com o degredo no Brasil, punição determinada pela justiça portuguesa para os crimes mais

graves. Centenas de pessoas foram enviadas à América Portuguesa durante os três séculos do período colonial. Se presas, elas acarretariam enormes despesas à administração real, que optou por transformá-las em agentes da colonização. Acerca do papel do degredo no projeto expansionista português, convém observar que dos 143 títulos que formam o livro V das Ordenações Filipinas, 36 mencionam a prática, seja combinada com outras penas ou como única punição²². Ou seja, o degredo era tido como uma alternativa punitiva aplicável em casos diversos. Importante observar que nas compilações anteriores às Ordenações Filipinas o quadro era outro, o que se deve às necessidades expansionistas de Portugal²³.

O título “Dos degredos e degradados” trata de questões diversas acerca do assunto. Lugares de envio, tempo de permanência, condicionantes, entre outros direcionamentos. Chama atenção o fato de ser maior o prazo de degredo ao Brasil:

Mandamos, que os delinquentes, que por suas culpas haverem de ser degradados para lugares certos, em que hajão de cumprir seus degredos, se degradem para o Brazil, ou para os lugares de Africa, ou para o Couto de Castro Marim, ou para as partes da India nos casos, em que per nossas Ordenações he posto certo degredo para as ditas partes.

1. E os que houverem de ser degradados para o Brazil, o não serão por menos tempo, que cinco annos.

E quando as culpas forem de qualidade, que não mereção tanto tempo de degredo, será o degredo para Africa, ou para castro Marim, ou para Galés, ou para fóra do Reino, ou fóra da Villa e termo, segundo as culpas o merecerem. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. CXL).

A medida pode ser explicada por uma questão de logística, considerando as dificuldades ampliadas de deslocamento em relação a outras localidades do Império. Mas não se pode ignorar os esforços colonizadores de Portugal, decorrentes da dinâmica na Colônia e das ameaças que apareciam. O envio

²² Isso não significa que o degredo fosse aplicado sempre que mencionado. Em muitas ocasiões esse tipo de punição estava previsto para ocasiões específicas, ou seja, somente quando outras penas não pudessem ser aplicadas.

²³ As menções ao Brasil frequentes no código do século XVII deve-se ao fato de que, no código manuelino, de 1521, não havia um projeto colonizador para a possessão, o que só vai ocorrer a partir de 1530.

forçado do condenado ao Brasil pelo resto da vida aparece em vários momentos do código filipino, e em situações variadas.

Portanto mandamos que toda a mulher que se fingir ser prenehe sem o ser e der parto alheio por seu seja degredada para sempre para o Brasil, e perca todos seus bens para nossa Coroa.

E as mesmas penas haverão as pessoas que ao tal crime derem favor, ajuda ou conselho. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5º. tit. LV).

Nos casos de crimes punidos com a morte, mas sendo a gravidade do delito considerada de baixa proporção, a pena de degredo funcionava como um atenuante.

1. E a pessoa a que for provado que em caminho ou no campo, ou em qualquer lugar fora de povoação, tomou por força ou contra vontade a outra pessoa coisa que valha mais de cem réis, morra morte natural.

E sendo de valia de cem réis para baixo, seja açoitado e degredado para sempre para o Brasil. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5º. tit. LXI, § 1º).

Mais do que uma punição, a medida estava a serviço do projeto econômico vigente. Além disso, evidencia a desigualdade jurídica do período. A lei penal, como se tem destacado, é parte de um projeto econômico-social, revelando assim seu comprometimento com um projeto de sociedade ao determinar para grande parte dos delitos penas de degredo. O domínio português aumentava, tornando necessário convencer ou forçar pessoas capazes de contribuir com o desenvolvimento das colônias.

Como mencionado, a prática do degredo na legislação evidencia a desigualdade jurídica da sociedade portuguesa do século XVII. Alguns segmentos sociais, de condição superior, não podiam passar por açoites, sendo degredados.

6. E no caso em que por esta ordenação damos pena de cortamento de mão, se não entenderá nos fidalgos nem nos cavaleiros; porque estes quando forem compreendidos em casos em que por esta lei mereçam a mão cortada, ser-lhe-á dada por isso outra pena, qual parecer que merecem pelo dito cortamento da mão, de que os relevamos; e mais haverão o degredo, segundo acima é declarado. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. 5º. tit. XLIX, § 6º).

À época em que vigoraram as Ordenações a ideia de igualdade jurídica não existia na sociedade portuguesa, o que refletia nas sanções penais. Punia-se de acordo com a posição social do indivíduo e não apenas levando em consideração o crime cometido. As penas de humilhação pública, por exemplo, eram reservadas para pessoas de origem inferior. A isso se somava, como discutido, a necessidade de pessoas nobres, fidalgas e instruídas nas terras coloniais. Nos casos de “pessoa que não caibam açoites”, estes eram substituídos pelo degredo. Assim estabelece título que trata “Das pessoas que são escusas de haver pena vil”:

Para que se saiba quais devem ser relevados de haver pena e açoites ou degredo com baraço e pregão, por razão de privilégios ou linhagem, mandamos que não serão executadas as tais penas nos escudeiros dos prelados e dos fidalgos e de outras pessoas que costumam trazer escudeiros a cavalo, ora o cavalo seja do escudeiro, ora de seu senhor, nem em moços da estribeira nossos ou da rainha, príncipe, infantes, duques, mestres, marqueses, prelados, condes ou de qualquer do nosso conselho, nem em pajens de fidalgos que por tia s estiverem assentados em nossos livros, nem em juizes e vereadores ou seus filhos, nem os procuradores das vilas ou concelhos, nem em mestres e pilotos de navios de gávea que andarem em navios nossos ou de cem tonéis ou daí para riba, ainda que não sejam nossos, nem nos amos ou colaços²⁴ dos nossos desembargadores ou cavaleiros de linhagem ou daí para cima, nem nas pessoas que provarem que costumam sempre ter cavalo de estada em sua estrebaria, e isto posto que a peões ou filhos de peões sejam, nem nos mercadores que tratarem com cabedal de cem mil réis e daí para cima. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. CXXXIX).

Para estes, o degredo:

E em lugar das ditas penas de açoites com baraço e pregão sejam condenados em dois anos de degredo para África com pregão na audiência.

E se além da pena de açoites for degredado para o Brasil, será o degredo, que em lugar de açoites lhe mandamos dar, de mais um ano para o dito lugar, e sendo o degredo para sempre, não lhe será dada mais pena em lugar de açoites. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. CXXXIX).

²⁴ Criados que educam os filhos dos senhores ou irmãos de leite.

Da mesma maneira, o corte de membros não podia ser aplicado aos nobres.

6. E no caso em que por esta ordenação damos pena de cortamento de mão, se não entenderá nos fidalgos nem nos cavaleiros; porque estes quando forem compreendidos em casos em que esta lei mereçam a mão cortada, ser-lhe-á dada por isso outra pena, qual parecer que merecem pelo dito cortamento da mão, de que os revelamos; e mais haverão o degredo, segundo acima declarado. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XLIX, § 6º).

Muitos outros títulos, em vários livros, evidenciam a desigualdade das punições nas Ordenações Filipinas.

1. E o homem a que for provado que tirou alguma freira de algum mosteiro ou que ela por seu mandado e induzimento se foi a certo lugar, donde assim a levar, e se for como ela, se for peão, morra por isso.

E se for de maior qualidade, pague cem cruzados para o mosteiro e mais será degredado para sempre para o Brasil. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XV, § 1º).

A desigualdade perante a justiça aparece também em casos envolvendo conflitos entre as partes, conforme fica evidente nos seguintes títulos:

Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degredado para a África com pregão na audiência pelo tempo que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de três anos. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XXXVIII).

Qualquer pessoa que matar outra ou mandar matar, morra por isso morte natural. [...]

1. Porém, se algum fidalgo de grande solar matar alguém, não seja julgado à morte sem no-lo fazerem saber, para vermos o estado, linhagem e condição da pessoa, assim do matador como do morto, qualidade e circunstâncias da morte, e mandarmos o que for serviço de Deus e bem da república. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. V, tit. XXXV, § 1º).

A variedade de maneiras de punir com a morte e as punições que preservavam a vida do condenado evidenciam a desigualdade jurídica que se quer caracterizar, bem como comprometimento do direito com a organização social em vigor. As próprias aplicações das penas são reveladoras de aspectos da estrutura social vigente, além de suscitar determinados comportamentos, como analisado anteriormente. Sobre os tipos de morte e suas expressões, Lara (1999) esclarece:

O criminoso podia ser condenado a *morrer por isso* (ou *por ello*, termo hoje inexistente), o que significava tornar-se infame pelo delito cometido, perder os bens e qualquer grau social, como o de nobre, por exemplo; alguns estudiosos afirmam que essa modalidade poderia ainda ser equivalente ao degredo ou a uma espécie de morte “civil”. Mais grave era a pena de *morrer por isso morte natural*, que indicava ser a morte infligida por meio do uso de veneno, de instrumentos de ferro ou ainda do fogo. De modo semelhante, *havia a morte natural na forca ou no pelourinho*, que correspondia à *morte natural* através do enforcamento ou do suplício no pelourinho, findo o qual seguia-se o sepultamento. Este último aspecto a diferenciava da *morte natural na forca para sempre*, na qual a forca era erigida fora da cidade, ficando o cadáver exposto até o dia 1º de novembro, quando enfim era sepultado pela Confraria da Misericórdia. (LARA, 1999, p. 23, com grifos no original).

São vários os tipos de morte. Com base nas considerações da autora e no próprio ordenamento jurídico estudado, é possível categorizar por grau de gravidade na seguinte ordem: primeiro o tipo mais grave, a “morte cruel”, modalidade em que a vida é tirada lentamente por meio de torturas, cujas práticas também podem variar; depois a “morte atroz”, quando uma punição era acrescentada ao ato de tirar a vida, como o confisco de bens, a queima do cadáver ou seu esquartejamento; segue a “morte simples”, limitando-se à supressão da vida do infrator²⁵; e, por último, a “morte civil”, praticada principalmente nos casos de degredo ou prisão perpétua²⁶. O código previa ainda

²⁵ Nesse caso havia diferenciações na execução de acordo com a posição social do indivíduo. Aqueles de origem simples eram mortos geralmente por enforcamento. Caso contrário praticava-se a degolação.

²⁶ Não é possível afirmar que havia clareza total quanto às penas aplicáveis nos delitos tipificados nas Ordenações. São identificados textos extensos nos quais há a tentativa de dar conta de todas as possibilidades relacionadas a determinado delito.

as chamadas penas vis, que compunham outro tipo de sanção, como açoites, corte de membro (s), trabalhos públicos e até enforcamento.

Considerando a desigualdade jurídica do período, é preciso se atentar aos elementos que sustentavam aquela organização social, inclusive formando as pessoas para nela viver. O entendimento é que as diferenças sociais são legitimadas justamente ao se punir de maneira desigual. Dito de maneira simples, nas punições as pessoas são ensinadas acerca de suas diferenças perante a lei.

Os cerimoniais de poder do período são reveladores das diferenças existentes. Ao evidenciar as diferenças, as práticas atuavam em sua manutenção. No título XIX do livro terceiro, que trata “Do regimento das audiencias”, são determinados alguns aspectos dessa organização, o que possibilita perceber tratamentos diferenciados de acordo com a posição do indivíduo que participava da ocasião.

4. E acabado o rol dos presos e seguros, se na audiencia stiverem pessoas Religiosas, as ouvirá logo e despachará, para se logo irem: e então ouvira as mulheres, que hi stiverem, primeiro que ouça algum homem. E se alguns Cavalleiros, ou Scudeiros, ou pessoas poderosas vierem á audiencia, ouça-os, e lhes mande que se vão, [...] e depois ouça os homens de menor qualidade, os quaes virão hum e hum á vara com aquelle acatamento, que á Justiça he devido, e em quanto a ella estiverem, estarão sempre com o chapéo na mão: salvo se o Julgador por alguma causa, ou qualidade de suas pessoas os mandar cobrir. [...]

7. E os procuradores terão seus assentos ordenados, e se assentará cada hum segundo fôr mais antigo na dita audiencia no procurar, postoque menos gráo tenha, que o que mais moderno fôr no procurar. Porém, onde houver Procuradores graduados, e outros de linguagem, ou que graduados não sejam, sempre se assentará e falará primeiro o que fôr graduado, postoque o de linguagem, ou não graduado seja mais antigo no procurar na dita audiencia.

8. E isso mesmo os Escrivães e Tabelliães se assentarão em seus bancos ordenados, cada hum segundo fôr mais antigo no Officio, assi se assentara primeiro, e apòs os Tabelliães se assentará o Distribuidor. E os porteiros estarão sempre em pé, e quando apregoarem, com a cabeça descoberta.

9. E com o Juizes de Séda se não assentará Official algum, de qualquer qualidade que seja, posto que sejam Scrivães dos nossos feitos, ou Meirinhos da Còrte. E os Meirinhos e Alcades terão seus assentos acima dos procuradores junto da Sèda dos Juízes, para que com segredo lhes possam mandar o que cumprir

a bem da Justiça. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. III, tit. XIX, § 4º ao 9º).

A manutenção e o respeito às hierarquias, aos rituais, ao cerimonial e à etiqueta são procedimentos que exerceram um papel importante nas sociedades do Antigo Regime e faziam parte do funcionamento da corte, ordenando a sociedade e sua vida política. Acredita-se que tais práticas tiveram algum papel ordenador no império ultramarino. Norbert Elias (2001), ao estudar “A sociedade de corte”, constata que “o status de cada um [...] era determinado, em primeiro lugar, pelo status de sua casa, por seu título oficial”. Entretanto, dois fatores determinavam a posição oficial de cada indivíduo naquela sociedade: “o nível oficial e a posição vigente, mas o segundo era o mais importante para o comportamento dos cortesãos”. Por isso, comenta Elias (2001, p. 107-108), “a possibilidade de andar à frente ou de sentar antes de outro, ou o grau de reverência que alguém recebia, a amabilidade da recepção, e assim por diante, não eram absolutamente ‘frivolidades’ [...]”, mas manifestações literais do posicionamento social e do prestígio desfrutado por alguém. Além disso, indicam de que modo os “cerimoniais serviram [...] como forma de inculcar uma maneira de deter e fazer Poder” (GOUVEIA, 1998).

Esperava-se de cada um o cumprimento de seu papel, aquilo a que estava comprometido naquela organização social. Só assim o bom andamento da sociedade seria possível. O título “Que os Clerigos e Fidalgos não comprem para regatar”, que é o ofício de comprar e vender, expressa essa organização:

O Clerigos de Ordens Sacras, ou Beneficiados, e os Fidalgos e Cavalleiros, que stiverem em acto militar, não comprarão cousa alguma para revender, nem usarão publicamente da regataria, porque não convem a suas dignidades e stado militar entremetterem-se em acto de mercadejar, antes lhes he per Direito defezo.

E portanto mandamos ás nossas Justiças, que lhes não consintam negociar em semelhantes negocios. E aos ditos Clerigos e Beneficiados sequestrarão as mesmas mercadorias aos Juizes Ecclesiasticos, seus Ordinarios. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. IV, tit. XVI).

As Ordenações que determinam o que cabia a cada um na organização social vigente também indicam transformações, o que marca sua complexidade. É

possível pensar, por exemplo, em certa compreensão de liberdade no título que estabelece “Que todo homem possa viver com quem lhe aprouver”.

Todo homem livre poderá viver com quem quizer.

E isto não haverá lugar naquelles, que por nossas Justiças forem constringidos, ou requeridos para viverem por soldada com outrem, segundo fôrma de nossas Ordenações; porque estes depois que pelas Justiças forem requeridos, não poderão viver com outrem, senão acabado o tempo, que houverem de viver com esses, com que lhes foi mandado.

E quem contra isto fôr, e constringer outrem, que viva com elle, ou com outro algum, seja punido segundo a qualidade do feito e da culpa, em que fôr achado: de modo que os forçadores da liberdade não fiquem sem pena. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. IV, tit. XXVIII).

Importante considerar que a prática da escravidão, no contexto, não encontrava qualquer resistência. Em discussão já realizada, quando foi apontada a igreja como um espaço de proteção, não se beneficiavam os escravos em fuga, isso porque a questão religiosa não atentava contra a organização social vigente:

6. Item, se o escravo (ainda que seja Christão) fugir a seu senhor para a Igreja, acoutando-se a ella, por se livrar do captiveiro, em que stá, não será per ella defendido, mas será per força tirado d’ella. E defendendo-se elle, de sua tirada se lhe seguir a morte, por de outra maneira o não podêrem tirar, não haverá seu Senhor, ou quem o assi tirar (sendo seu criado, ou fazendo- per seu mandado), pena alguma. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. II, tit. V).

O código prevê, inclusive, resoluções de conflitos oriundos da comercialização de escravos, como é o caso do título XVII, livro IV: “Quando os que compram escravos, ou bestas, os poderão enjeitar, por doenças ou manqueiras”

Qualquer pessoa, que comprar algum scravo doente de tal enfermidade, que lhe tolhar servir-se delle, o poderá enjeitar a quem lho vendeu, provando que já era doente em seu poder da tal enfermidade, com tanto que cite ao vendedor dentro de seis mezes do dia, que o scravo lhe fôr entregue. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. IV, tit. XVII).

Nas Ordenações há várias situações envolvendo compra e venda de escravo, tais como o caso de o vendedor esconder alguma enfermidade ou algum “vicio do animo”, como a bebedeira, o jogo e o roubo. Também são previstas

medidas de proteção ao comprador em caso de o escravo tiver cometido algum delito e por isso ser condenado à pena de morte. Ao mesmo tempo, há alguma regulamentação do trabalho. Um exemplo é o título que trata “Do criado, que vive com o senhor a bem-fazer, e como se lhe pagará o serviço”

Posto que algum homem, ou mulher viva com senhor, ou amo, de qualquer qualidade que seja, a bemfazer sem avença de certo preço, ou quantidade, ou outra cousa, que haja de haver por seu serviço, contentando-se do que o senhor, ou amo lhe quiser dar, será o amo e senhor obrigado a lhe pagar o serviço, que fez, havendo respeito ao tempo, que servio, e á qualidade do criado e do serviço. Porém, se entre elles houver contracto feito sobre o serviço, cumprir-se-ha o que entre elles fôr tractado, como fôr direito. (ORDENAÇÕES FILIPINAS, liv. IV, tit. XXIX).

Ainda sobre o que se pode chamar de “garantias” do período, as Ordenações manifestam proteger a propriedade como afirmação da justiça. O assunto do título LVIII do livro quarto é “Dos que tomam forçosamente a posse da cousa, que outrem possue”.

Se alguma pessoa forçar, ou esbulhar outra da posse de alguma casa, ou herdade, ou de outra possessão, não sendo primeiro citado e ouvido com sua Justiça, o forçador perca o direito, que tiver na cousa forçada, de que esbulhou o possuidor, o qual direito será adquirido e aplicado ao esbulhado, e lhe seja logo restituída a posse della. E se o forçador não tiver direito na cousa, em que fez a cousa, pagará ao forçado outro tanto, quanto a cousa valer, e mais todas as perdas e danos, que na força, ou por causa della em qualquer modo receber. E posto que allegue, que he senhor da cousa, ou ou lhe pertence ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constrangido restituil-a ao que a possuía, e perca todo o direito que nella tinha, pelo fazer por sua própria força, e sem auctoridade da Justiça.

Nota-se o esforço do Estado no sentido de coibir expropriações ou mesmo ações reparadoras no âmbito privado. Não é demais lembrar que o modo como a sociedade se organiza é fruto de encaminhamentos centralizados, que por sua vez acabam por formar atitudes e produzir modos de pensar e agir. Como mencionado, a análise do contexto em questão exige cuidado para não se cometer simplificações e generalizações. Os elementos apontados expressam contradições diversas, próprias da complexidade da sociedade portuguesa. As

deliberações reais expressas nas Ordenações Filipinas evidenciam tal complexidade do contexto.

Enfim, o esforço de compreensão da sociedade colonial com base nas Ordenações Filipinas revela elementos importantes do contexto. Não por acaso se optou por focar no código a religiosidade, a realeza e os aspectos econômicos e sociais. É nítida nas Ordenações a relação entre direito, moral e religião, uma vez que a religiosidade era a forma de ser da sociedade estudada, cabendo, portanto, ao rei, sua preservação. Logo, central era a posição do representante de Deus entre os homens e cabeça do corpo social, único e legítimo distribuidor da justiça. Os próprios aspectos da organização social e econômica, analisados via Ordenações, expressam essa religiosidade, bem como interesses diversos, contradições, incompreensões, tal como a realidade vivida.

CONCLUSÃO

Estudar a administração da justiça na América portuguesa, século XVII, visando suas possibilidades educativas, foi um exercício difícil e promissor. Pensar a educação de maneira ampliada e buscar as relações que estabelece com outras áreas do conhecimento é um caminho que possui riscos, gera incompreensões e desconfianças, por isso sua opção nesta tese.

O que há de educação na fonte selecionada? Como estudá-la em um Programa de Pós-Graduação em Educação, na linha de História e Historiografia da Educação? As determinações do plano ideal possibilitam pensar a realidade vivida, mesmo se sabendo dos limites das Ordenações Filipinas no contexto em que vigorou? São questões que acompanharam a realização da pesquisa e expressam um pouco dos desafios mencionados. Insistiu-se na relação entre educação e direito, considerando a primeira em sentido amplo, como fenômeno social, um processo de aprendizagem da forma de ser que ocorre nas relações humanas, e o segundo em seu caráter de controle e comprometimento com determinada organização social.

Buscou-se, nesse sentido, comprovar a tese formulada acerca da presença de dispositivos no direito português do século XVII com condições de atuar no controle das pulsões, modificando a natureza humana. Para tanto, a manifestação de mecanismos educativos na administração da justiça analisada foi fundamentada no modo como Norbert Elias analisa as alterações ocorridas na estrutura da personalidade dos indivíduos. A análise da fonte considerou iniciativas de controle exercido pelo Estado sobre o indivíduo, por meio de suas leis, além do controle exercido pelos outros indivíduos dentro do convívio social e situações capazes de provocar o autocontrole.

As Ordenações reais expressam o esforço de controle do Estado sobre os indivíduos, possível graças à monopolização da violência física. Nesse sentido, punições severas foram apontadas, sobretudo nos casos em que se atentava contra a administração real e se comprometia a ordem estabelecida. Enfatizou-se o anseio de controlar as ações humanas, coibindo comportamentos indesejados e motivando práticas tidas como ideais no contexto. A compilação traduz a

necessidade de regulamentação das atividades do Estado e, mais especificamente, das ações individuais, expressando a constante correspondência entre estrutura social e estrutura do ser individual.

A análise realizada evidenciou iniciativas da legislação a fim de combater, por meio da força, práticas consideradas erradas no contexto. As situações punitivas discutidas mostraram o Estado exercendo o monopólio da violência e, desse modo, a prática do mecanismo de internalização das coerções sociais. O livro V das Ordenações Filipinas, em especial, que dispõe sobre matéria penal e processual penal, foi utilizado para mostrar o rigor, o arbítrio e a crueldade que dominavam as práticas punitivas.

Nesse ponto, os limites do código foram apontados, e até destacados. Ressaltou-se a efetividade do código inclusive nos seus limites. Com base em Hespanha (1993), se discorreu acerca da carência de eficiência dos dispositivos de efetivação da ordem penal, tal como vinha na lei. Assim, sentimentos gerados pela ameaça direta, como ansiedade e medo, teriam atuado no controle social.

Nem sempre o monopólio da violência física controla o indivíduo por meio de ameaça direta, já que o controle mais importante ocorre dentro do próprio indivíduo (ELIAS, 1994). Como foi evidenciado na análise, as Ordenações, na tipificação dos crimes, não se limitam aos elementos que o caracterizam, mas emitem juízos sobre a prática dessas condutas, de modo a provocar o sentimento de reprovação social. Foram enfatizados, nesse sentido, os intencionais danos que se objetivava causar à imagem pública do transgressor, mecanismo importante da análise. Além da força física, foram identificados dispositivos que estimulavam a vigilância mútua, que despertavam o sentimento de vergonha e medo, capazes de interferir na formação da “segunda natureza” e na internalização de hábitos.

Comprova-se que a administração da justiça no Brasil colonial, analisada com base nas Ordenações Filipinas, explicitam iniciativas de controle capazes de interferir na configuração social, dadas as condições dos mecanismos explorados de agir sobre a estrutura da personalidade dos indivíduos. Importante ressaltar que a legislação foi analisada considerando o dever ser, ou seja, suas pretensões, restringindo a perspectiva de controle adotada ao Estado e suas

iniciativas de atuar sobre a sociedade. O foco, portanto, foi o projeto de sociedade vigente.

Considerando o entendimento inicial de que todo comportamento social é resultante de um processo de aprendizado, um aprender que diz respeito ao viver coletivamente, em contato com os outros, a legislação portuguesa do século XVII revelou ter desempenhado algum papel na educação dos indivíduos, tendo atuado como parte de um processo civilizador.

Os elementos verificados na fonte permitem afirmar que o direito pode atuar na manutenção ou mesmo transformar determinadas configurações sociais. Eis o caráter educativo da administração da justiça. As estruturas sociais exercem certo constrangimento sobre aqueles que as formam, é o que acontece com a atuação do direito nas chamadas forças sociais, que são forças exercidas pelas pessoas, sobre outras pessoas e sobre elas próprias.

Na análise realizada da América portuguesa, suscitada em discussões do LEIP, se constatou que o crescimento do Estado foi expressivo no final do século XVII, quando a atividade de mineração esteve em posição de destaque. Com base em Antonil (1997), foi discutida a interferência da atividade de mineração na rotina da Colônia, o que exigiu uma presença mais efetiva do Estado. A mineração despontava no interior causando um significativo deslocamento populacional e de capitais, tornando necessária a presença de um poder, inclusive no que se refere à distribuição da justiça. As medidas a fim de resolver a situação resultam em ações com o objetivo de organizar a atividade mineradora e medidas burocráticas motivadas pela preocupação de tributar os resultados da exploração. Para tanto, a presença da Justiça e da mão repressiva do Estado foram decisivas.

Nesse processo, foram identificados elementos com características voltadas à civilização dos indivíduos. Deixando a justiça de ser privada e passando a atender determinações centralizadas, se fez urgente a necessidade de submissão à ordem posta. Atitudes de resistência à organização imposta aos poucos foram sendo combatidas, modificando comportamentos. Para tanto, as punições e outros mecanismos a ela associados foram imprescindíveis.

Justamente quando esta questão era pensada na escrita da tese, uma reivindicação da Polícia Militar do Espírito Santo esteve no centro das atenções. Mulheres e parentes dos agentes de segurança se mobilizaram em frente aos batalhões da corporação bloqueando a saída dos veículos, o que ocasionou uma onda de violência. De acordo com dados da Secretaria de Segurança Pública, noticiados na mídia, entre os dias 4 e 13 de fevereiro, 143 pessoas foram assassinadas (número quase quatro vezes maior do registrado no mesmo período do ano passado), além de centenas de veículos roubados e furtados e lojas saqueadas.

Mesmo não discutido de maneira aprofundada, o ocorrido possibilita pensar uma sociedade sem a garantia da ordem e da segurança pública pelo Estado. Assassinatos, conflitos diversos, assaltos, roubos, invasões de estabelecimentos comerciais para a prática do saque, entre outras situações causaram preocupação. No último caso, há inclusive registros da atuação de pessoas que não possuíam antecedentes criminais, mas que se sentiram estimuladas a cometer o delito nas condições vivenciadas.

Com o exemplo, é possível refletir acerca da sustentação dos parâmetros que moldam a vida em sociedade, bem como os limites impostos, colocados à prova em virtude do vácuo deixado pela paralisia da segurança pública. É como se as pessoas manifestassem um comportamento não civilizado, não moldado pelo Estado. Ao mesmo tempo, é preciso considerar que uma maioria da população continua expressando o autocontrole, mesmo diante do caos, o que indica a efetividade do processo educativo que se processa na sociedade, mediante, entre outros elementos, os dispositivos legais e os elementos a eles associados.

Enfim, a análise da administração da justiça vigente no período colonial revelou elementos que atuam no controle social. O direito, concebido na tese como um instrumento de controle do comportamento dos indivíduos de uma sociedade, ocupou certo lugar na configuração social analisada, uma vez que dispositivos capazes de atuar nesse padrão estabelecido socialmente foram identificados. Conclui-se que, na perspectiva daquilo que Norbert Elias chama de “processo civilizador”, a fonte do estudo pode ser considerada como um

mecanismo na definição dos termos da vivência social, uma maneira de estabelecer condutas ideais.

Esta pesquisa termina aqui. Ainda que os objetivos propostos tenham sido atingidos, há muito o que explorar no sentido de pensar a educação pelo viés do direito. O contexto estudado é rico em possibilidades analíticas, bem como a fonte explorada. Do mesmo modo, o referencial teórico que embasou a pesquisa permite outras considerações da relação proposta, ou mesmo o aprofundamento das que foram realizadas.

A psicogênese e a sociogênese marcam o processo de civilização analisado por Elias. Como mencionado, ocorrem no interior dos processos históricos de longa duração e se relacionam a mudanças no comportamento dos indivíduos. A tese indica algumas possibilidades de análise do entrelaçamento entre a psicogênese e a sociogênese, uma vez que toda e qualquer transformação ocorrida na estrutura da personalidade do ser individual (psicogênese) produz uma série de transformações na estrutura social em que o indivíduo está inserido. Igualmente, as diversas transformações que ocorrem nas estruturas das sociedades (sociogênese) produzem alterações nas estruturas de personalidades dos seres individuais que a compõem. As Ordenações Filipinas compõem esse movimento.

REFERÊNCIAS

FONTES

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>.> Acesso jun. 2016. 21:32.

ANTONIL, André João. **Cultura e opulência do Brasil.** 3. Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1997.

BENCI, Jorge. S.J. **Economia Cristã dos Senhores no Governo dos Escravos.** São Paulo: Grijalbo, 1977.

LARA, Silvia Hunold (org). **Ordenações Filipinas: Livro V.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

O Rei D. João III. Primeiro Regimento que levou Tomé de Souza Governador do Brasil (circa 1549). In: RIBEIRO, Darcy; MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **A fundação do Brasil.** Testemunhos 1500-1700. Petrópolis: Vozes, 1992.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, reimp., Vol. I, Livro I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, reimp., Vol. II, Livros II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

BIBLIOGRAFIA

BENNASSAR, Bartolomé. Modelos de la mentalidad inquisitorial: métodos de su “pedagogía del miedo”. In: ALCALÁ, Ángel y otros. **Inquisición española y mentalidad inquisitorial**. Barcelona: Ariel, 1984, p. 174-182.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Trad. Floriano de Souza Fernandes. D. ed. Petrópolis: Vozes, 1974.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2000. p. 209-254.

BOXER, Charles. **O império marítimo português 1415-1825**. Trad. Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. O controle dos impulsos e das paixões no processo civilizatório de Norbert Elias. In: GEBARA, Ademir; WOUTERS, Cas (orgs.). **O controle das emoções**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB. 2009.

CAETANO, Marcello José das Neves Alves. **História do direito português: 1140-1495**. Lisboa: Verbo, 1981.

CALDAS, María Victoria González de. Nuevas imagenes del santo oficio em Sevilla: el auto de fe. In: ALCALÁ, Ángel y otros. **Inquisición española y mentalidad inquisitorial**. Barcelona: Ariel, 1984, p. 237-265.

COSENTINO, Francisco Carlos. Governo geral do Estado do Brasil: governação, jurisdições e conflitos (séculos XVI e XVII). In: FRAGOSO, João Ribeiro; GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. (Org.). **Na Trama das Redes: Política e**

negócios no império português. Séculos XVI-XVIII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, v. vol. 1.

COSTA, Célio Juvenal; MENEZES, Sezinando Luiz. A construção da sociedade de corte em Portugal no reinado de D. João III (1521-1557). In: GEBARA, Ademir; COSTA, Célio Juvenal; SARAT, Magda (org). **Leituras de Norbert Elias: processo civilizador, educação e fronteiras**. Maringá, Eduem, 2014.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: Wolkmer, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 331-347.

ELIAS, Norbert. **Introdução à sociologia**. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1970.

_____. **O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993. 2v.

_____. **O Processo Civilizador: Uma História dos Costumes**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994. 1v.

_____. **A sociedade dos indivíduos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

_____. **A Sociedade de Corte: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte**. Trad. Pedro Sússejng. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

FONSECA, Celso Silva. D. João II (1481-1495). A construção da autoridade jurídica do monarca. **Coletâneas do Nosso Tempo**, Rondonópolis, v. 5, n. 8, p. 55-73, 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/111-102-1-PB.pdf.>. Acesso em ago. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 3. Ed. Trad. Lígia M. Pondré Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1984.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GOUDSBLOM, Johan. A vergonha: uma dor social. In: GEBARA, Ademir; WOUTERS, Cas (orgs.). **O controle das emoções**. João Pessoa: Editora universitária da UFPB. 2009.

GOUVEIA, António Camões. Estratégias de interiorização da disciplina. In: HESPANHA, António Manuel (org.). **História de Portugal**. 4. Vol. Lisboa, Editorial Estampa, 1998.

HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Porto: Calouste Gulbekian, 1993, p. 287-380.

_____. (Org.). **História de Portugal: O Antigo Regime (1620-1807)**. IV Vol. MATTOSO, José (Dir.). Lisboa: Estampa, 1993.

_____. **História de Portugal Moderno: político e institucional**. Lisboa: Universidade Aberta, 1995.

_____. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KANTOROWICZ, Ernest H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARA, Silvia Hunold. Introdução. In: _____. (Org.). **Ordenações Filipinas**: Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MATTOSO, José (Dir.). **História de Portugal**: no alvorecer da modernidade. Lisboa: Estampa, 1997. 3 v.

MONTAGNOLI, Gilmar Alves. **Educação, Direito e Religião no Império Português**: Um Estudo do Caráter Punitivo das Ordenações Filipinas. 129 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá. Orientador: Prof.^o Dr. Célio Juvenal Costa. Maringá, 2013.

NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de história do direito**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NEIBURG, Federico; WAIZBORT, Leopoldo (orgs.). **Escritos & ensaios**. Vol. 1: Estado, processo, opinião pública. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006.

NETO, Francisco Quintanilha Vêras. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In.: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2003. pp. 113-152.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PAIVA, José Maria de. Sobre a civilização ocidental. **Cadernos de História da Educação**, Uberlândia, v. 11, n. 1, p. 307-324, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/che/article/view/17544>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

_____. **Colonização e Catequese**. São Paulo: Arké, 2006.

_____. **Religiosidade e cultura brasileira: séculos XVI-XVII.** Maringá: Eduem, 2012.

PAIVA, José Maria de; BITTAR, Marisa; ASSUNÇÃO, Paulo de (Org.). **Educação, História e Cultura no Brasil Colônia.** São Paulo: Arké, 2007.

PAULO, Alexandre Ribas de. O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro. In: DAL RI JÚNIOR, Arno [et al.]. **Iluminismo e direito penal.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **Compêndio de Direito Penal: Parte Geral.** 1 ed. Vol. 1. Forense. 2005.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo.** São Paulo: Brasiliense, 1997.

RIBEIRO, Darcy; MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **A fundação do Brasil.** Testemunhos 1500-1700. Petrópolis: Vozes, 1992.

SARAIVA, Antônio José. **Inquisição e cristãos-novos.** Lisboa: Estampa, 1985.

SARAIVA, José Hermano. **História Concisa de Portugal.** Portugal: Publicações Europa-América, LDA, 1995.

SÉRGIO, António. **Breve Interpretação da História de Portugal.** Lisboa, Sá da Costa, 1983.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: A suprema corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751.** São Paulo: Perspectiva, 1979.

TIGAR E, Michael; Levy, Madalene R. **O direito e a ascensão do capitalismo ao poder.** Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

VALIENTE, Francisco Tomás y. **El Derecho Penal de la monarquía absoluta: siglos XVI-XVII-XVIII**. Madrid, Tecnos, 1969.

VILLALTA, Luiz Carlos. O que se fala e o que se lê: língua, instrução e leitura. In: SOUZA, Laura de Mello e (org.). **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa**. São Paulo: Companhia das letras, 1997.

XAVIER, Ângela Barreto & HESPANHA, António Manuel. A representação da sociedade e do poder. In: MATTOSO, José. **História de Portugal. O Antigo Regime, 1620-1807**. Lisboa: Estampa, 1993, t. IV, p. 121-144.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

_____. (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2003.

