

Bernardo Frechiani Lara Maciel

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

**Crítica a partir de uma
investigação comparada**

2023

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

UM ESTUDO COMPARADO ENTRE DUAS DISTINTAS CULTURAS JURÍDICAS E A IMPORTAÇÃO DA BARGANHA PROCESSUAL PENAL: DA ANAMNESE ÀS CONDIÇÕES PARA O TRANSPLANTE

1.1. PARA UMA “ARQUEOLOGIA” DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA: OS VESTÍGIOS MATERIAIS DA FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA DE DIREITOS (PERMANÊNCIAS E RUPTURAS)

Os institutos e práticas judiciárias subjacentes ao conceito de barganha¹, como sucede com as demais práticas sociais, são dotados de *historicidade*. Reconhecê-la, e daí conduzir a investigação comparada entre as culturas jurídicas concretas, é providência epistemológica indeclinável. E, se é fato que memória, história e esquecimento estão imbricados (Ricoeur), maior razão assistirá àquele que, sem descurar do caráter seletivo da história (a seletividade é-lhe, digamos, inerente), assentir que tão mais rico será o investimento analítico quanto maior for o domínio das propriedades históricas do instituto examinado.

Assim é que, com o escopo de proceder à análise das culturas jurídicas brasileira e estadunidense, a fito de promover, ao fim, a crítica ao transplante da barganha, tem-se como de bom alvitre a realização de uma espécie de *radiografia histórica* dos dois sistemas de direito que lhes conferem (às respectivas culturas) fundamento. Vistoriemos, inicialmente, a família do *civil law*.

O *civil law*, enquanto grande sistema do direito contemporâneo (David, 2014; Losano, 2007) instalado – pois, com o transcorrer dos séculos, nas mais variadas latitudes e longitudes –, fulcra-se no direito romano. Eis, em formulação singela, o seu critério identificativo; liame – este vínculo ao direito romano – que permite agrupar sob esse mesmo “signo” uma miríade de ordens jurídicas.

Não obstante, releva consignar que, conquanto a tradição romana apresente-se como estrutura fundacional sobre a qual se ergueram os mais

1. Para compreender a abrangência atribuída ao conceito de barganha, ver Nota 1.

diversos edifícios jurídicos, o seu desenvolvimento multiseular acabou por operar um considerável (e esperável) distanciamento entre tais linhagens, a depender de elementos vários, como os *modos de recepção*, as *características de cada localidade*, os *regimes políticos vigentes*, a *organização social*, o *desenvolvimento econômico*, a *vigência do poder temporal*, a *maior ou menor correspondência com institutos do direito erudito*, etc. A ponto de, aqui como alhures, estudiosos de quilate denunciarem a moderna fratura do *iceberg* do *civil law* (recorro à metáfora proposta por Taruffo) e, inclusive, questionarem a validade científica, em dias atuais, do recurso aos chamados macrossistemas, preferindo reconduzir o debate comparativo ao nível dos ordenamentos.

De sorte que proponho, quero crer não com exagerada ousadia, uma síntese entre o pensamento de René David e a linha argumentativa de Michele Taruffo, cuja elaboração frástica (textual) faço nos seguintes termos: não apenas a família de direitos romano-germânica carrega às costas uma longa história, vinculando-se ao direito romano, embora afastando-se, já em seu nascedouro, “da própria concepção que se tem de direito, da que era admitida no tempo de Augusto ou Justiniano”²; como, igualmente, essa própria “família de ordenamentos” padeceu, com o tempo, de desdobramentos sucessivos em membros cada vez mais afastados, de modo que em seu painel genealógico, em especial nos últimos dois séculos, “revela-se impositivo reconhecer a presença de, no mínimo, três modelos fortemente diferenciados (...) o modelo austro-alemão, o modelo franco-italiano e o modelo espanhol”³, cada qual decompondo-se em outros tantos modelos.

Em outros dizeres: o referente “família” (no caso, *civil law*) exerce, hoje, similar função de resgate (rememoração) àquela desempenhada outrora pelo referente “direito romano”: mais na condição de *rastro* do que na de *totem* (valho-me do ícone para indicar o seu caráter de perenidade, de culto cristalizado, não perturbado pelo tempo). Pelo que conhecer tais vestígios históricos é condição necessária – ainda que insuficiente – para a reconstituição da cultura jurídica brasileira.

Tendo isto em linha de conta, retomemos o fio. A gênese da família romano-germânica enquanto tal – isto é, como corpo mais ou menos organizado – remonta aos albores do século XII d.C., a partir dos ingentes

2. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Col. *Justiça e Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 33.

3. TARUFFO, Michele. **Icebergs de Common Law e Civil Law?** Macro-comparação e Micro-comparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. Trad. Hermes Zanetti Jr. In: *Revista de Processo*, vol. 181, p. 167, 2010.

esforços empreendidos pela escola de eruditos da Università di Bologna para a “reconstrução analítica da obra de Justiniano e à exegese dos textos assim recuperados”⁴. Cumpre registrar, no ponto, que o renascimento (Braudel) dos estudos do direito romano nas universidades europeias não se deu ao acaso; pelo contrário, insere-se tal movimento intelectual, nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos⁵, no cerne mesmo do processo de tensão entre regulação da atividade econômica e emancipação social.

As fraturas a nível territorial, político e social, notas características da sociedade feudal⁶, tinham seu “duplo”, no âmbito do direito, na pluralidade de ordens jurídicas simultaneamente aplicáveis. A atribulada confluência entre estas várias ordens (direito canônico, direito feudal, direito real, *lex mercatória*, direito urbano) paga tributos à fragmentariedade e à miscigenação entre povos romanizados e germânicos, notando-se ora a mescla de categorias jurídicas, ora a sua manutenção em domínios distintos, na qualidade de “direito erudito” e de “leis bárbaras”⁷.

Assim é que o ressurgimento da urbe como polo comercial (a partir do século X), acrescido do enriquecimento progressivo da classe social de mercadores, tornou forçosa a reconfiguração desse quadro jurídico extremamente caótico, multiforme e arbitrário do sistema feudal. Nesse tocante, há de se concordar com Losano quando afirma que “o direito romano oferecia a uma sociedade mercantil instrumentos jurídicos mais adequados que os dos direitos romano-bárbaros de alta Idade Média”⁸.

O aparecimento do direito como um saber autônomo inscreve-se, pois, em contexto histórico de ruptura com a pulverização vigente e de exigência por uma nova regulação jurídica da vida social, que se adequasse aos interesses emancipatórios da classe nascente – classe que, se financeiramente protagonista, ainda desprovida de representação política à altura. A demanda por racionalidade, estabilidade e unicidade frente a um panorama jurídico disforme, complexo e anacrônico está no centro do renascimento

4. LOSANO, Mario. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 52.

5. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: Contra o desperdício da experiência. Vol. 1. 1ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2017. p. 120-124.

6. BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p. 85-7.

7. LOSANO, Mario. op. cit, p. 41.

8. Idem, p. 51.

dos estudos das compilações de Justiniano e da cátedra, por Irnério, do *Corpus Iuris Civilis*.

Através das glosas, tal empreitada ganha força e se dissipa por outras universidades da Europa, pelas mãos de diplomatas, notários e juízes formados em Bolonha, culminando na obra magna de Acúrsio, que constituiu o “instrumento da aceitação do direito romano nos outros Estados europeus”⁹. O prestígio do direito romano nas universidades europeias tornou-se tão notório que se elevou a nível de disciplina fundamental, como se depreende do excerto de René David:

Sob pena de se tornarem escolas locais de processo, sem prestígio, sem irradiação e sem meios, as universidades deviam ensinar algo diferente do direito local. Além disso, foi precisamente para superar este direito local, para se elevar acima dos costumes atrasados e insuficientes, que o renascimento dos estudos do direito romano se produziu. **Nenhuma universidade europeia vai tomar como base do seu ensino o direito local consuetudinário; este, aos olhos da Universidade, não exprime a justiça, não é verdadeiramente direito.**¹⁰ (grifo nosso)

No ponto, faz-se importante um parêntese: a recepção do direito romano não ocorreu, convém frisar, em termos de mera *adesão*, mas registrou-se uma interpenetração entre costumes locais e princípios do direito erudito. Exemplo de tal entroncamento é o compêndio das *Siete Partidas*, em que o monarca Afonso X, de Castela, intentou conciliar regras consuetudinárias com os direitos romano e canônico. Ainda na esteira de David¹¹, é de se reconhecer que essa compilação teve profundos impactos na cultura jurídica ibérica, impelindo a península na direção da romanização – o que, inclusive, ressoou na colonização jurídica da América Latina.

Recupero o fio. Por intermédio do trabalho dos glosadores, o direito romano foi restabelecido e acomodou-se bem aos propósitos emancipatórios da nova classe de mercantes. No entanto, a aplicação do direito romano clássico pelos juristas revelou-se, paulatinamente, demasiado rígida e excessivamente

9. Idem, p. 52.

10. DAVID, René. op. cit, p. 42.

11. Idem, p. 57.

fiel ao texto de Justiniano¹², e passou a não mais coadunar-se, aos olhares de uma burguesia então já emancipada, com a realidade social do século XIV.

Neste instante, representada por Bártolo de Sassoferrato, desponta a escola dos Pós-Glosadores ou Comentadores, que “via no direito romano a *ratio scripta*, ou seja, um conjunto de princípios que deviam ser adaptados à realidade de cada Estado por meio de intervenções que os Glosadores teriam considerado inadmissíveis”¹³. Por meio de um estudo menos aferrado ao direito romano e mais adaptável às realidades locais, tornou possível o aparecimento de novos ramos do direito, que, no entanto, eram sucessivamente incorporados ao *ius commune*. É para o tal relacionamento entre permanência e ruptura que Antônio M. Hespanha chama atenção, quando afirma que “unidade não significa, neste contexto, homogeneidade, pois, mesmo neste nível da alta cultura, a ideia de um direito comum compatibilizava-se com o reconhecimento de particularidades jurídicas regionais (...)”¹⁴.

No ponto, é Hespanha mesmo quem recorda que a gradual submissão do *ius commune* ao direito próprio dos reinos, já em contexto de centralização política dos Estados Nacionais, “acontece, antes de mais, naqueles ramos em que o direito romano não podia trazer grande contributo (dada a maior evolução do estilo de vida) – como o direito público, o direito criminal e o direito comercial”¹⁵. Ademais, este fortalecimento do poder soberano aliado aos projetos de expansão ultramar acabaram por deslocar o “centro” oriental-mediterrâneo para o Ocidente europeu (Dussel) e por propelar os direitos régios no sentido da consolidação dos suso referidos ramos públicos¹⁶.

Este movimento simultâneo de descolamento do *ius commune* e aproximação entre as ordens jurídicas do Continente Europeu calhou por fornecer, gradativamente, as bases para o surgimento do direito natural racionalista. Não sobeja recordar, a pretexto das condições para o florescimento do jus-naturalismo racionalista, também das intensas repercussões da revolução científica de séculos XVI e XVII (Galileu e Descartes) para o exalçamento da razão humana à condição de pedra angular do direito.

A ideia de que **leis naturais** poderiam ser apreendidas por meio da observação e do uso da razão, à imagem das ciências da natureza, represen-

12. HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 213.

13. LOSANO, Mário. op. cit, p. 54.

14. HESPANHA, António Manuel. Ibidem, p. 115.

15. HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 232.

16. HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 241.

tou, no âmbito do direito, uma importante virada epistemológica. Nesse toar, atilada a observação de René David no que concerne à ruptura entre o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII e a escola dos pós-glosadores:

Abandonando o método escolástico, eleva a um alto grau a sistematização do direito, que ela [escola do direito natural] concebe de modo axiomático, eminentemente lógico, à imitação das ciências. Afastando-se da ideia de uma ordem natural das coisas exigida por Deus, ela pretende construir toda a ordem social sobre a consideração do homem (...) ¹⁷

O direito natural racionalista, verifica-se, é símbolo do rompante final com a escolástica; afinal, se era imperativo secularizar a razão humana, então inconteste que esta *ratio* não mais poderia ficar jungida à ordem divina.

Um breve parêntese, por valioso ao exame ora empreendido: ao falar de ruptura com a teologia escolástica, não há como deixar de destacar dois relevantes movimentos ideológicos. Em primeiro plano, o abalo das estruturas da filosofia clássica com o pensamento do escolástico inglês Guilherme de Ockham (século XIV). A **navalha de Ockham**, como ficou conhecido, inaugura a via moderna¹⁸, em oposição ao realismo tomista, e desafia a produção do conhecimento dentro do paradigma realista¹⁹. Em segundo plano, mas não de menor importância, a legitimidade da Igreja Católica, enquanto portadora singular da Verdade real, é posta em xeque já em princípios do

17. DAVID, René. op. cit, p. 46.

18. Acerca da tensão entre as duas vias, KUNZ salienta que: “A constante “luta entre as duas vias”, isto é, o conflito entre os que sustentavam a “via moderna” (nominalismo) e os “nominales” (terministae, conceptistae) e os “reales”, preenche todo este período do tempo. Com a sua exagerada separação entre a fé e a ciência, o nominalismo contribuiu decisivamente para preparar a estrada aos inovadores do século XVI”. (KUNZ, Armindo Antonio. **História da Igreja: a Idade Nova (1303-1648)**. Taubaté: Instituto Teológico SCJ, 1978. p. 45)

19. Guilherme de Ockham desafia a tese prevalente, até então, do conhecimento enquanto ato de revelação divina, para, com a formulação do *nominalismo*, afirmar que “o conhecimento humano é condicionado ao contato direto ou indireto com algum objeto ou dado da experiência” (GHISALBERTI, Alessandro. **Guilherme de Ockham**. Trad. Luís A. de Boni. Porto Alegre: EPIPUCRS, 1997. p. 67). Tal ruptura ontológica com a Verdade (paradigma ainda não rompido pelo processo penal), bem como a separação entre filosofia/ciência e teologia/religião, são pontos fundamentais para compreender a revolução científica do século XVI.

século XVI, com a Reforma de Lutero²⁰. Dois movimentos que são, por assim dizer, endógenos, eis que partem desde dentro da Igreja e objetam, a seu modo, sua autoridade.

O jusnaturalismo racional, que teve em Hugo Grotius um de seus expoentes, tem débito histórico com as sucessivas rupturas operadas por, entre outros, a navalha de Ockham, a Reforma de Lutero e a nova ciência de Descartes e Galileu. Referida defluência avista-se quando, em *De Jure Belli ac Pacis*, Grotius salienta:

A preservação da ordem social, que sumariamente resumimos e que se harmoniza com a inteligência humana, é a fonte do direito na verdadeira acepção do termo [...] O que temos vindo a dizer seria sempre válido, mesmo que admitíssemos aquilo que só com a maior perversidade pode admitir-se: que Deus não existe, ou que os assuntos dos homens O não preocupam (1964: 11-13, Prolegomena, Secções 6-11)²¹

Do excerto transcrito, constata-se a aludida influência (i) na busca por um conhecimento seguro e coalescente com a inteligência humana, em oposição à certeza/verdade absoluta – contrapondo-se, desse modo, à postura dos tomistas; (ii) na desvinculação com as leis divinas, a exhibir uma nova ordem social que devia de assentar-se sobre a razão humana; (iii) no caráter *tendencialmente* universal e imutável do direito natural, pois fundado em idêntico princípio ideal (Vico), ainda que os suportes físicos – os direitos positivos – sejam distintos entre si.

Com relação aos êxitos alcançados pela escola do direito natural de séculos XVII e XVIII, René David adverte que

-
20. Ao mesmo tempo tributário e crítico do ockhamismo, Lutero propõe a retomada da centralidade do estudo da Escritura Sagrada e desafia a autoridade pontifícia – à época, o papa Leão X –, denunciando a “detestável tirania dos clérigos com relação aos leigos” (LUTERO, Martinho. **Do Cativoiro Babilônico da Igreja**. Trad. Martin N. Dreher. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 106.), bem como afirma que “a Palavra de Deus se encontra em uma situação incomparavelmente mais alta que a Igreja, a qual, como criatura da Palavra, não pode determinar, ordenar ou fazer, mas ela deve ser regida, ordenada e estabelecida” (Idem, p. 1001).
 21. GROTIUS, Hugo. **De Jure Belli Ac Pacis**. 1964, p. 11-3 apud SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: Contra o desperdício da experiência. Vol. 1. 1ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2017. p. 125.

Em primeiro lugar, fez reconhecer que o direito devia estender-se à esfera das relações entre os governantes e governados, entre a administração e os particulares.

(...)

O segundo êxito espetacular da escola do direito natural foi a codificação. (...) A codificação liquidará os arcaísmos que muito frequentemente se perpetuaram; ao mesmo tempo, ela porá fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes, que são muitas vezes um obstáculo na prática, e para os quais se tornou impossível, na época, fornecer uma justificação.²²

Difiramos o segundo êxito para momento posterior, quando a abordagem centrar-se-á no processo de codificação. No que toca à **relação entre governantes e governados**, contudo, é certo que “a substituição de uma estrutura mental teológica por uma outra dominada pelo novo pensamento científico”²³ implicou a exigência por uma justificação não teológica do poder; uma justificação, em última instância, que prescindisse uma qualquer evocação divina.

A esse respeito, a consolidação do direito público enquanto ramo do saber autônomo deve, e muito, à premência, por respaldar uma nascente ordem social e política; esta, não podendo mais se estear em leis divinas, haveria de ser concebida como obra de indivíduos que optaram racionalmente por limitar suas liberdades naturais e se submeter a um Estado mais capacitado a preservá-las. Nesse ponto, Geraldo Prado explana que “o crime como violação das regras elementares do contrato social será tratado como consequência obrigatória do reconhecimento de uma igualdade de todos os homens, comprometendo a responsabilidade de cada um na assunção de sua coexistência com os outros”²⁴.

As teorias modernas do contrato social são, dessarte, “fruto do debate sobre o direito natural racionalista, do qual, evidentemente, partem, e de se considerarem parte da nova ordem social e política e do novo método científico moderno de análise da realidade”²⁵. Inserem-se no contexto de reconhecimento especulativo/teórico de um estado natural, no qual os indivíduos fruíam de sua liberdade inata – quer tal gozo conduzisse a um estado

22. DAVID, René. op. cit., p. 65-6.

23. HESPANHA, António Manuel. Ibidem, p. 313.

24. PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 156-7.

25. SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 129.

de crueldade ou de paz; entretanto, por um ou outro motivo, voluntariamente decidiram firmar um pacto entre si, com vistas a instituir a sociedade civil, nesse ato delegando parcela de suas prerrogativas naturais ao soberano em troca da tutela de seus interesses legítimos.

O pacto social, ainda que encarado como mero artifício teórico ou expediente discursivo, conota a propensão dos pensadores políticos modernos a recorrer à **metáfora da negociação** como forma exclusiva, axiomática, singular a se cogitar a problemática da transição entre estado de natureza e sociedade civil. O reconhecimento da **potência alinhadora** do pacto social posiciona o debate jurídico, desde o instante inaugural da sociedade política, em termos de *modalidades de negociação*, invocando ora o *consentimento*, ora a *vontade soberana*, ora a *autoimposição*, mas recusando-se, em todo caso, a aceitar um estado de anomia.

Em Hobbes, cujo pensamento político aflorou em meados do século XVII, pronuncia-se o caráter belicoso do estado de natureza (“guerra de todos contra todos”) em face do qual devém justificável, e inclusive desejável, a presença de um soberano com poderes absolutos e capaz de garantir a paz social, impondo-se de si e por si como autoridade máxima. O autor empenha-se para apresentar uma legitimação original ao poder político: ainda dentro do paradigma absolutista, o contratualismo hobbesiano marca a renúncia do povo “ao estado de natureza – ou seja, à liberdade total e à igualdade que necessariamente conduz à guerra de todos contra todos – e cria uma sociedade civil baseada na soberania absoluta do Estado que, em vez de liberdade e da igualdade, garante a paz, a autoridade efectiva (...)”²⁶.

Para este autor, a assinatura do contrato implicava o automático decesso do direito natural à vista da fundação da sociedade política, “justamente porque, uma vez instituído o soberano como único legislador, não haveria lugar para qualquer direito que não tivesse origem nele”²⁷. O direito civil, nesta perspectiva, cinge-se à *vontade* da autoridade soberana; paradoxalmente, a negociação política, condição necessária ao firmamento do pacto, exaure-se no mesmo átimo da “anuência” (visto que inexistente negociação possível entre o soberano e seus súditos; há, sim, dever de irrestrita obediência destes para com aquele).

Ao seu turno, Rousseau elabora a teoria da vontade geral em meados do século XVIII. Em seu contratualismo, consigna que a sociedade civil

26. Idem, p. 133.

27. HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 317.

configura forma de sobrelevação humana se comparada ao estado de natureza, na medida em que, por meio da *associação* em comunidade, torna possível aos indivíduos potenciar as suas liberdades. Neste pensar, o Estado repontaria não como o Leviatã, mas como ente garantidor da vontade geral e fomentador da aludida emancipação do homem²⁸.

Em Rousseau, o ato do contrato também funda a sociedade política; mas, fá-lo atribuindo à própria comunidade a soberania, e não a depositando, senão de modo secundário, no Estado. Com efeito, dado que a soberania é do povo, o direito torna-se *autoimposto* ao corpo social por meio da expressão da vontade geral; pelo que, para Rousseau, a subscrição do pacto não encerra, como em Hobbes, a possibilidade de concerto, mas, ao contrário, expande os horizontes políticos da negociação.

Realizado o giro pelos contratualistas – com a ressalva de que Locke será detidamente examinado no subcapítulo vindouro –, recobremos o **segundo êxito espetacular da escola do direito natural**, que havia sido deixado em aberto. A esse propósito, convém registrar a advertência de Hespanha, ao falar da escola do jusnaturalismo, para o fato de que foi a sua “conceção *individualista e voluntarista* (...) que modelou os conteúdos dos códigos civis do século, bem como uma boa parte dos nossos manuais de direito privado”.²⁹

À investigação, pois, do **processo de codificação**. Neste passo, interessa notar que, se o Iluminismo legou ao ocidente, é fato, um dilatado campo de negociação política para grassar, ao mesmo tempo acabou por encistar a possibilidade de negociação em formas jurídicas regulares, controláveis e previsíveis. A codificação, enquanto expressão cientificizada de um direito racional, revelou-se o meio por excelência para se conferir a visada regularidade, controle e previsibilidade à ordem sociopolítica.

Advém o largo movimento de codificação operado no século XIX – com destaque ao Código Civil Napoleônico de 1804 e, já em seu ocaso, no Código

28. “A passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e conferindo às suas ações a moralidade que antes lhes faltava. Só então, assumindo a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o do apetite, o homem, que até então não levava em conta senão a si mesmo, se viu obrigado a agir com base em outros princípios e a consultar sua razão antes de ouvir seus pendores. Conquanto nesse estado se prive de muitas vantagens concedidas pela natureza, ganha outras de igual importância: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto (...)” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 25-6).

29. HESPANHA, António Manuel. op. cit., p. 321-2.

alemão de 1900 – como um credível marco regulatório dos ideais científicos do direito moderno, na medida em que viabilizou o agrupamento de leis abstratas e universais (caracteres, a abstração e universalidade, comuns às ciências da natureza) em um único documento escrito, de maneira organizada e sistemática. O caráter universal das leis codificadas ajuda a explicar sua exitosa dispersão pela Europa e sua “expansão além da Europa”³⁰, quer por meio da recepção, quer pela colonização ultramar – o que impactará deveras no Iluminismo jurídico luso-brasileiro (Neder³¹).

O período de legiferação, anotemos, é decisivo para a história da família de ordenamentos romano-germânica, porquanto oportuniza que a lei positivada pelo Estado assume o posto de fonte primeira do direito, liquidando quaisquer resquícios de uma indesejável mixórdia jurídica (refiro-me àquele caos normativo resultante da pluralidade de direitos e costumes locais). A lei, considerada obra-mor da racionalidade humana, granjeará centralidade nos ordenamentos jurídicos do *civil law* e sua interpretação e aplicação deverão ser as mais fiéis à vontade do legislador, depurando-a de qualquer consideração de ordem ética, religiosa, política, metafísica – o cientificismo e estatismo estão bem denotados, por exemplo, na escola da exegese francesa do século XIX, que considerava ser o juiz mero “bouche de la loi” (“boca da lei”).

Tal processo de codificação, com a definitiva elevação da lei escrita a patamar de núcleo da ordem política, encerra o triunfo do polo da *regulação* sobre o da *emancipação*, ao enclausurar esta última à condição de “promessa não realizável”. A Revolução Francesa dá-nos bem a medida: o apelo da burguesia a todo arsenal discursivo da “*Liberté, égalité, fraternité*”, lema usado a pretexto de cooptar o *tiers état* (Terceiro Estado), converte-se, no instante seguinte à “tomada da Bastilha”, em força reacionária, mobilizando semelhante armaria justamente para refrear o processo revolucionário que antes havia incitado.

Por intermédio do mito do contrato social e do processo de codificação, a burguesia pôde estimular o sentimento de solidariedade social, a fim de mobilizar as massas, para depois, alcançado seu desiderato, sufocar a apetência emancipatória das classes subalternas. Nessa esteira, ao sublinhar a tensão entre regulação e emancipação na modernidade, Boaventura de Sousa Santos afirma que

30. DAVID, René. op. cit., p. 77.

31. NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. Coleção Pensamento Criminológico nº 04. 2ª ed. Brasil: Editora Revan, 2007. 256p.

... ao entrar na posse desta herança, **o Estado minimizou os ideais éticos e as promessas políticas de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal.** A soberania do povo transformou-se na soberania do Estado-nação dentro de um sistema inter-estatal; a vontade geral transformou-se na regra da maioria (obtida entre as elites governantes) e na *raison d'état*; o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado; a boa ordem transformou-se na ordem *tout court*.³² (grifo nosso)

E o autor português prossegue, assinalando que

O Estado liberal encontrou no caos daí resultante [das contradições do desenvolvimento capitalista] a justificação para **impor um modo de regulação que convertesse as pretensões mais inequivocamente emancipatórias do paradigma em anomia ou utopia e,** portanto, em qualquer dos casos, em perigo social.³³ (grifo nosso)

Em suma, o século XIX consolida – não sem resistência – a hegemonia da classe burguesa. No campo do saber, dá azo ao estabelecimento do positivismo³⁴. Neste novo paradigma epistemológico, o direito, para ser considerado ciência, teria de “cultivar métodos objetivos e verificáveis, do género dos cultivados pelas ciências ‘duras’, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais)”³⁵.

Destarte, o positivismo jurídico, fundador de uma Ciência do Direito em sentido estreito, visará à declinação de qualquer consideração de natureza metafísica ou ética e à elaboração de um sistema que seja autorreferente, fechado, que se legitime a si próprio. As marcas indeléveis de tal corrente de pensamento são profundamente identificadas até os dias atuais, no ensino e na prática, promanando dela, é bem verdade, um campo fértil para os avanços civilizatórios – se comparado ao estado de coisas pregresso – mas implicando o decaimento de um sem-número de compromissos epistêmicos e políticos que o Direito deixou em aberto.

32. SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit, p. 140.

33. Idem.

34. Relativamente à adoção do método científico do positivismo nas ditas “ciências sociais”, e, em especial, no direito, ver WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. revista. Trad.: A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 497-505.

35. HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 399.

Efetuada o traçado histórico das linhas mais relevantes da família romano-germânica – ressaltando-se que, no item 1.4, serão tratados o capitalismo organizado e a globalização –, importa escrutar o percurso luso-brasileiro e situar o Brasil nesse processo histórico que o filia à tradição do *civil law*. A análise favorecerá, em momento oportuno, a demonstração da incompatibilidade dos mecanismos negociados com a cultura sobre a qual se assenta a ordem jurídica brasileira.

Sem a pretensão de exaurir a história do direito português, dotada, é sabido, de enorme riqueza historiográfica, o itinerário a que se propõe a tese partirá da romanização do direito ibérico, a partir do século XIII, com os manuscritos *Fuero Real* e *Siete Partidas* na vigência do reinado de Afonso X de Castela. Com efeito, estes diplomas lograram enorme influência na Península Ibérica até o século XV, eis que possibilitaram a aglutinação do direito romano e das glosas (“direito erudito”) com os costumes e práticas locais em um só suporte documental.

Em Portugal, a recepção do direito romano ocorre “por meio dos portugueses que foram estudar na Itália. E sua difusão se deve, principalmente, à universidade fundada, em 1290, por D. Dinis, em Lisboa, e, mais tarde, transferida para Coimbra”³⁶. Em paralelo, contudo, a esse acolho ao direito romano, sucederam movimentos de remodelação do direito canônico e de manutenção/continuidade das práticas costumeiras, o que explica a indigitada confluência entre caracteres dos direitos romano, canônico e local.

A esse respeito, elucidada Antônio M. Hespanha que

Na falta de expressa previsão das fontes de direito justinianeu ou de direito canônico, apelava-se para o direito doutrinal dos glosadores ou dos comentadores. Em primeiro lugar, para a Glosa de Acúrsio e, na insuficiência desta, para a opinião de Bártolo, ainda que contrariada por outros doutores, pois o rei, por o ouvir dizer a letrados, a tinha tida como a habitualmente mais conforme à boa razão (...)³⁷

A partir do século XV, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, pela ordem, sintetizariam o esforço a fito de promover um direito comum, no qual as tensões entre as diversas ordens jurídicas pudessem ser amainadas e se tornasse viável concatenar efetivamente as leis do Reino com

36. ALVES, J. C. M. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, 88, 1993. p. 187.

37. HESPANHA, Antônio Manuel. op. cit, p. 273.

os direitos romano e canônico, ainda que, como visto acima, num sistema de subsidiariedade³⁸.

À guisa de adicionar uma camada de complexidade, as conquistas ultramar de Portugal, em ambiência de mercantilismo acumulativo e de consolidação dos Estados Nacionais, deveriam conduzir, ao menos no plano virtual, à expansão do direito europeu para as terras recém-colonizadas (instituinto, com isso, um outro *campo tensional* entre metrópole e colônia). Digo virtualmente, pois, desde cedo, Portugal empenhou-se para estatuir dois regimes jurídicos distintos: as Ordenações e leis da metrópole para a gente portuguesa, de um lado; e o domínio violento e adestrador dos capitães donatários e das missões jesuíticas, de outro. Aliás, ilustrativa a observação de Alfredo Bosi no sentido de que “(l)ei, trabalho e opressão são correlatos sob o escravismo colonial”³⁹.

Nessa esteira, Hespanha bem resume o embaraço entre os citados regimes jurídicos, quando assinala que

no Ultramar, a guerra justificava-se ainda por alargar a fé e o reino (“reconquista” e “cruzada”). Era a guerra mais legítima, e também menos regulada e mais feroz: a guerra “sem quartel”, que se podia mover contra rebeldes, infiéis ou bárbaros. Este imaginário da guerra devia ser dominante entre os colonos, nomeadamente entre a nobreza e os militares. Para estes, os nativos eram inimigos, facilmente equiparáveis a bárbaros, contra os quais tudo era permitido. **Esta contraposição entre a ideologia da unidade do género humano (temperada pela ideologia da civilidade-rusticidade) e a da guerra (de cruzada, ou de conquista) explica a tensão, muito evidente no Brasil durante toda época colonial, entre a legislação do reino que proibia a escravização dos nativos**

-
38. A propósito, Alves registra que “Como nessas fontes subsidiárias avultava o direito romano, foi este largamente utilizado em Portugal até a segunda metade do século XVIII, e não apenas serviu para preencher as lacunas do direito português, mas também pelo prestígio de que desfrutava como *ratio scripta*, foi usado, com bastante frequência, contra textos expressos das Ordenações, generalizando o entendimento de que as normas do direito lusitano que lhe fossem contrárias deveriam ser interpretadas restritivamente, ao passo que as com ele conformes seriam extensivamente compreendidas” (ALVES, J. C. M. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade de São Paulo, 88, 1993. p. 188).
39. BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 24.

e as pretensões esclavagistas e de extermínio normais entre os colonos (“bandeirantes”, guerras “dos bárbaros”)⁴⁰ (grifo nosso)

Evidencia-se, no ponto, a latente contradição entre a legislação do reino e o direito vigente na colônia; tal antinomia é, para nós, a reveladora do déficit congênito de quaisquer narrativas que pretendam explicar a formação da cultura jurídica do Brasil em termos de mero continuísmo com Portugal. Para muito além da influência do direito português, a “história real do Direito [Penal] em nossas terras se revela por trás de pelourinhos, senzalas, açoites e chibatadas, execuções públicas e autos de fé”⁴¹.

E, conscientes do enraizamento da escravidão no imo da ordem social e política da colônia (e não só da colônia, visto ter o Brasil abolido a escravatura quando já independente, em 1888), não há como concebermos a formação da cultura jurídica brasileira dissociada desta lamentável e violentíssima mancha histórica.⁴²

Voltemos à análise do direito português, com vistas a podermos detectar as ressonâncias deste na formação da cultura jurídica brasileira, não olvidando jamais o jogo de força entre a produção discursiva e as práticas socioculturais – notadamente, as judiciárias.

Com efeito, se as Ordenações se esforçaram por reunir em seu bojo os direitos romano e canônico, a revolução científica, que varreu a Europa no século XVII, e a ascensão do jusracionalismo, acarretaram a necessidade de redesenho das bases do direito português: ante a secularização da ordem social, impunha-se a revisão do sistema de fontes do direito, em que se prestigiasse a razão humana em detrimento de antigas *opinio* dos glosadores e comentadores (Acúrsio e Bártolo).

Nesse diapasão, Neder e Cerqueira Filho lecionam que a inserção no “paradigma legalista, que toma o primado da lei como eixo da articulação

40. HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 291-2.

41. PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 1ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 162.

42. BOSI, Alfredo. op. cit, p. 195. Merece a pena, por oportuno, um destaque à observação de Bosi: “O par, formalmente dissonante, escravismo-liberalismo, foi, no caso brasileiro pelo menos, apenas um paradoxo verbal. O seu consórcio só se poria como contradição real se se atribuisse ao segundo termo, *liberalismo*, um conteúdo pleno e concreto, equivalente à ideologia burguesa do trabalho livre que se afirmou ao longo da revolução industrial européia”.

do campo político e ideológico, anunciava, na virada do século XVIII para o XIX, a necessidade de adotar códigos criminal e civil modernos⁴³.

Assim, neste contexto, no fim do século XVIII, Marquês de Pombal inicia uma reforma jurídica em Portugal, com destaque para a *Lei da Boa-Razão*, de 1769, e para a reforma universitária, de 1772. No tocante à primeira, há de se observar com o historiador português:

A Lei da Boa Razão, de 18/08/1769, reviu todo o sistema de fontes de direito no sentido de tornar o direito mais certo, ou porque estava fixado na lei do Estado, ou porque estava organizado em sistemas orientados por grandes princípios. **Isto equivalia à proscrição do direito doutrinal e jurisprudencial que, como se sabe, constituía a espinha dorsal do sistema do ius commune; assim, bane-se a autoridade de Bártolo, de Acúrsio e da opinio communis doctorum, o mesmo acontecendo com a vigência do direito canónico nos tribunais comuns.** Mantém-se a autoridade subsidiária do direito romano, mas apenas quando este fosse conforme à Boa Razão, ou seja – como se esclarecerá depois nos Estatutos da Universidade – aos princípios jurídico-políticos recebidos nas nações “polidas e civilizadas”. (...) **Numa palavra, institui-se o monopólio da edição do direito a favor da lei do soberano,** monopólio apenas temperado pela possibilidade de invocação dos princípios de direito natural, nomeadamente daqueles que tinham sido incorporados na legislação dos novos Estados iluministas.⁴⁴ (grifos nossos)

Quanto à reforma do ensino jurídico, esta foi responsável por intrometer nos quadros da Universidade de Coimbra o estudo do direito português, nos ditames do ideário jusracionalista (em que há uma busca pela identidade portuguesa), bem como “forneceu critério prático para se aferir a conformidade do direito romano com a boa-razão: era o acolhido pelos mais ilustres representantes do *usus modernus pandectarum*”⁴⁵ – vale frisar, no ponto, que a nova cadeira de direito pátrio, dado seu relevo, fora ocupada por um dos juristas mais renomados à época, Pascoal de Melo Freire.

43. NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Os filhos da lei.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 16, n. 45, 2001. p. 114.

44. HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 350.

45. ALVES, J. C. M. op. cit, p. 189.

No Brasil, as reformas pombalinas também se fizeram sentir: o Marquês “ordenou a consolidação das leis brasileiras e reformou o sistema judiciário”, bem como “facilitou o acesso de brasileiros às universidades portuguesas, das quais muitos jovens voltaram embebedos de idéias liberais que prepararam os movimentos independentistas no Brasil”⁴⁶. Nesse tocante, confirma-se que a Independência, em 1822, é em muito tributária da influência iluminista sobre as elites locais, que iam a Portugal estudar e retornavam impregnadas de um espírito liberal. Em relação a esse movimento, Ruth Gauer atesta que

A construção do pensamento brasileiro foi mediada por Coimbra. Se, por um lado, os portugueses foram hábeis na recriação do mundo português no Brasil pela miscigenação, por outro essa habilidade se produziu também com relação à normatização dos costumes e à formação superior dos “colonos” brasileiros, na Universidade de Coimbra. Na visão de Joaquim Nabuco (1982): “(...) pertencemos à América pelo sentimento novo, flutuante de nosso espírito, e à Europa pelas camadas estratificadas do nosso espírito.” (...) **A formação em Coimbra foi essencial para garantir a europeização das camadas dominantes e de outros segmentos sociais na colônia.**⁴⁷ (grifos nossos)

Demais disso, convém lembrar que a fuga da família real e de parte considerável do aparato técnico-burocrático da Corte lusitana ao Brasil, em 1808 – pós invasões napoleônicas em Portugal –, repercutiu favoravelmente aos ideais de emancipação difundidos nas elites locais, o que culminaria, pouco mais tarde, no processo de independência.

A dubiedade entre dominação colonial (permanência) e liberalismo iluminista (ruptura) simboliza a faceta do novo Brasil, que havia sido recém-empossado como nação independente. O direito não escapa a essa ambiguidade; antes, é por meio dele que ela se afirma. Exemplo mais acabado é a promulgação, em outubro de 1823 – portanto, logo após a independência –, de uma lei na qual se estabelecia que “permaneceriam vigentes as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos

46. LOSANO, Mário. op. cit, p. 269-270.

47. GAUER, Ruth Maria Chittó. A contribuição portuguesa para a construção da sociedade brasileira. **Revista de História das Ideias do Instituto de História e Teoria das Ideias.** Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Vol. 19, 1998. p. 586. A respeito da construção do Estado brasileiro, sugere-se artigo da mesma autora: Violência e medo na fundação do Estado-Nação. **Civitas – Revista de Ciências Sociais.** Ano 1, nº 2, dezembro de 2001, p. 79-98.

reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem eles alterados”⁴⁸; ou seja, a promoção da ruptura política cristalizou, paradoxalmente, a manutenção do regime jurídico pré-iluminista da metrópole, ainda que com caráter transitório.

Por sua vez, no tocante ao ensino jurídico pós-independência, explica Hespanha:

Depois da Independência, o Brasil cria as suas próprias escolas de direito, com a cautela de que isso não pulverizasse a harmonia ideológica que a comum pertença à academia de Coimbra tinha garantido até então. A Carta de lei de 11 de agosto de 1827 instituiu os cursos de direito em São Paulo e Olinda (transferido para o Recife, em 1854). A matriz coimbrã não se alterava muito: a formação jurídica continuava a assentar num caldo jusnaturalista (direito natural, direito público universal, direito das gentes), agora combinado com a influência da doutrina francesa do primeiro quartel do século XIX, e com o novo direito do reino (análise da Constituição do império, direito civil pátrio).⁴⁹

Destacam Neder e Cerqueira Filho⁵⁰ que, em 1827, surgirão as primeiras faculdades de direito – em Pernambuco e São Paulo – embebidas no ideário iluminista lusitano, vide as reiteradas menções dos estatutos das universidades brasileiras ao Estatuto da Universidade de Coimbra.

Entretanto, se é verdade que foram engendradas novas condições para a produção do conhecimento científico, com intensa propagação de valores universalizantes e formação de centros culturais urbanos, igualmente o é a manutenção do pensamento racista escravocrata e a negação cabal da alteridade – na linha de Dussel⁵¹, lobriga-se a negação da alteridade não só como “negação eurocêntrica do Outro”, mas como internalização, pelo “Outro”, da negação a si próprio.

48. ALVES, J. C. M. op. cit, p. 186.

49. HESPANHA, António Manuel. op. cit, p. 427.

50. NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Formação Jurídica e História das Faculdades de Direito em Portugal e no Brasil**. In: Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 – n. 2, p. 106-136, 2º sem. 2018

51. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, 672p. – especial destaque para a Seção 2, intitulada “O ‘sistema-mundo’: Europa como ‘centro’ e sua ‘periferia’. Além do eurocentrismo”.

O Brasil, que constava do *front* da modernidade ao cindir com a metrópole, não foi capaz de romper com o familismo patriarcal e escravista: para dialogar com Gilberto Freyre⁵², a nova lógica urbana apenas substituiu a senzala pelos sobrados e mucambos, mantendo, contudo, análoga estrutura de dominação. As novas escolas de direito, conciliando práticas discursivas alinhadas à modernidade com vetustos preconceitos e ostensivas formas jurídicas de exclusão, inserem-se nesta conjuntura como instituições mantenedoras de uma ordem que legitimasse essa aparente contradição. A propósito, é mais uma vez Alfredo Bosi quem nos alerta para o fato de que “uma linguagem ao mesmo tempo liberal e escravista se tornou historicamente possível”⁵³.

Nesse turbilhão, em que se chocaram tendências liberais e conservadoras, surgiu, sob coordenação de Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Clemente Pereira, o projeto do que viria a ser o Código Criminal de 1830 – código este que sofreu explícita influência do projeto lusitano de Pascoal de Melo Freire, aquele catedrático que há pouco referimos. As discussões para a elaboração do projeto evidenciam a tentativa de harmonizar discurso moderno – antenado com as tendências pós-revolucionárias – e recrudescimento punitivo, principalmente através das penas cruéis aos escravos⁵⁴.

Em nosso sentir, assiste razão maior à citada historiadora brasileira quando afirma ter sido fundamental o pronunciamento de Bernardo Vasconcelos, “porque encaminhou uma solução que, aparentemente, apontava para uma conciliação: concluiu pela retirada da pena de morte, tal como queriam seus opositoristas, mas manteve a pena de morte (como dissemos, para os escravos rebeldes)”⁵⁵. Em tal discurso, valendo-me da formulação de Bosi, patenteia-se o conagraçamento aparentemente ilógico entre linguagem liberal e escravista, progressista e conservadora.⁵⁶

52. A referência aqui é feita a duas obras: FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª ed. rev. São Paulo: Global, 2003; e ainda FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano**. 16ª ed. São Paulo: Global, 2006.

53. BOSI, Alfredo. *Ibidem*, p. 212.

54. NEDER, Gizlene. **Degredo e pena de morte no Brasil Império** In: ANPUH – XXV Simpósio Nacional de História – Fortaleza, 2009. p. 5.

55. *Idem*, p. 7.

56. No que diz respeito ao tratamento “diferenciado” concedido aos escravos, vale colacionar alguns excertos do projeto final do Código Criminal, que comprovam essa postura ambivalente:

“Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés,