

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER

PRESIDENTE

Wilson Picler

REITOR

Prof. Dr. Benhur Etelberto Gaio

PRÓ-REITOR DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

Prof. Dr. Nelson Pereira Castanheira

**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO: “ESTADO, PODER E JURISDIÇÃO”
COORDENADOR DO PROGRAMA**

Prof. Dr. Daniel Ferreira

COORDENAÇÃO DE PESQUISA E PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS

Profa. Dra. Desiré Luciane Dominschek

EDITORAÇÃO

Profa. Ma. Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira

Publicação Oficial do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER

Rua Luiz Xavier, 103 - Centro, Curitiba - PR, 80021-980.

Telefone/fax: +55 (41) 2102-3470 Homepage: <https://www.uninter.com/iusgentium/>

Solicita-se permuta.

We ask for exchange.

Se pide canje.

On demande l'échange.

Wir bitten um austausch.

Oni petas intersangam.

Si richiede lo scambio.

Revista Ius Gentium / Centro Universitário Internacional Uninter.
ano. 14, n. 1 (jan./jun. 2023) - Curitiba: Uninter, 2023.

Periodicidade quadrimestral

ISSN 2237-4965

1. Direito. 2. Ciências Sociais.

CDD 340 (20. ed.)

EDITOR-CHEFE: Prof. Dr. Walter Guandalini Junior

EDITOR-ADJUNTO: Prof. Dr. Jailson de Souza Araújo

Endereço para correspondência / mailing address:

REVISTA *IUS GENTIUM* / CHEFIA-EDITORIAL

R. Luiz Xavier, 103, 3º andar, Centro, Curitiba - PR, 80021-980, Brasil

Telefone/fax: +55 (41) 2102-3470

walter.g@uninter.com

Conselhos consultivo e editorial

Aline Virgínia Medeiros Nelson (UFRN, Natal, RN, Brasil)
Alvacir Alfredo Nicz (PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil)
André Peixoto de Souza (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)
André Pires Gontijo (UniCEUB, Brasília, DF, Brasil)
Carlos Mário da Silva Velloso (UnB, Brasília, DF, Brasil)
Celso Luiz Ludwig (UFPR, Curitiba, PR, Brasil)
Daniel Francisco Nagao Menezes (Universidade Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil)
Daniel Oitaven Pamponet Miguel (UFBA, Salvador, BA, Brasil)
Dimitri Dimoulis (FGV-SP, São Paulo, SP, Brasil)
Doacir Gonçalves Quadros (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)
Eduardo Vera-Cruz Pinto (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)
Elias Kallás Filho (FSDM, Pouso Alegre, MG, Brasil)
Estefânia Maria de Queiroz Barboza (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)
Fabio Queiroz Pereira (UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil)
Fabrizio Fracchia (Università Bocconi, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Itália)
Francesco Rubino (Université Paris X – Nanterre, Paris, França)
Fauzi Hassan Choukr (IBCCrim, São Paulo, SP, Brasil)
Felipe da Veiga Dias (Faculdade Metodista Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil)
Florisbal de Souza Del’Olmo (Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões, RS, Brasil)
Francisco Rezek (UniCeub, Brasília, DF, Brasil)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC RS, Porto Alegre, RS, Brasil)
Gustavo Rabay Guerra (UFPB, João Pessoa, PB, Brasil)
Ives Gandra da Silva Martins (Universidade Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil)
Jailson de Souza Araújo (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)
Jânia Maria Lopes Saldanha (UFMS, Santa Maria, RS, Brasil)
Jorge Miranda (Universidade Católica Portuguesa, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)
José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (PUC MG, Belo Horizonte, Brasil)
Kafft Kosta (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)
Leonardo Martins (UFRN, Natal, RN, Brasil)
Leonardo Mercher Coutinho Olímpio de Melo (Uninter, Curitiba, PR, Brasil)
Luciano Vaz Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande, RS, Brasil)
Luiz Edson Fachin (Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil)
Manoel Alexandre Cavalcante Belo (UFPB, Unipê, João Pessoa, PB, Brasil)
Marcelo Nuno Duarte Rebelo de Sousa (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)
Marcílio Toscana Franca Filho (UFPB, João Pessoa, PB, Brasil)
Maria Cristina Zainaghi (UniNove, São Paulo, SP, Brasil)
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (UniCeub, Brasília, DF, Brasil)
Mário Lúcio Quintão Soares (PUC MG, Belo Horizonte, MG, Brasil)
Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (Unifor, Fortaleza, CE, Brasil)
Nadia de Araújo (PUC RJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Orides Mezzaroba (UFSC, Santa Catarina, SC, Brasil)
Otto Pfersmann (Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Paris, França)
Paulo Sérgio de Almeida Corrêa (PUC SP, São Paulo, SP, Brasil)
Pietro de Jesús Lora Alarcón (PUC SP, São Paulo, SP, Brasil)
Renata Alvares Gaspar (PUCCamp, Campinas, SP, Brasil)
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (UniNove, São Paulo, SP, Brasil)
Sidney Guerra (UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Stefania Becattini Vaccaro (UEMG, Belo Horizonte, MG, Brasil)
Suelen da Silva Webber (Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil)

Susana Borrás Pentinat (Universidad Rovira i Virgili, Espanha)
Vladmir Oliveira da Silveira (UniNove, São Paulo, SP, Brasil)
Walter Claudius Rothenburg (Instituição Toledo de Ensino, Toledo, PR, Brasil)
Zulmar Fachin (UEL, Unicesumar, Londrina, Maringá, PR, Brasil)

Professores convidados

Alexandre Almeida Rocha (UEPG, Ponta Grossa, PR, Brasil)
Ana Carolina Figueiró Longo (UniCeub, Brasília, DF, Brasil)
Ana Flávia Velloso (CEUB, Brasília, DF, Brasil)
Débora Costa Ferreira (Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil)
Fernanda Bomtempo Valadares Guimarães de Lima (FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil)
Ludmila Andrzejewski Culpí (NEPRI/UFPR, Curitiba, PR, Brasil)
Noyelle Neumann das Neves (OAB-PR, Curitiba, PR; Brasil)

APRESENTAÇÃO (ano 14, número 1)

A Revista *Ius Gentium* inicia em seu 14^o ano de existência uma nova fase de sua história. Em 2022 foi elevada ao estrato A4 no ciclo de avaliação 2017-2020 do sistema Qualis Periódicos, utilizado pela CAPES para avaliar a produção científica dos programas de pós-graduação brasileiros. A chegada ao nível A premia o trabalho dedicado realizado por todos os editores que trabalharam na revista durante esse tempo, situando-a em uma posição privilegiada entre a elite dos periódicos científicos brasileiros e qualificando-a a receber submissões das pesquisas mais inovadoras e dos pesquisadores mais competentes do país.

Esse momento de consagração marca também a mudança do corpo editorial, com a despedida dos professores Martinho Martins Botelho e Alexandre Coutinho Pagliarini, anteriores editor-chefe e editor-adjunto da Revista *Ius Gentium*. Após a breve experiência de publicação da edição especial comemorativa dos 50 anos de publicação de *O Anti-Édipo* (v. 13, n. Especial, 2022), os novos editores, professores Walter Guandalini Junior e Jailson de Souza Araújo, assumem definitivamente as tarefas de editoração da revista com profunda gratidão pelo devotado trabalho realizado até aqui e muito conscientes da responsabilidade pela manutenção do nível de qualidade atingido pelos professores Botelho e Pagliarini. Esperamos estar à altura da tarefa.

A mudança do corpo editorial não trará grandes alterações na Política Editorial da Revista. Serão mantidas a periodicidade semestral e a vinculação temática às linhas de pesquisa do PPGD-Uninter (Estado, Poder e Jurisdição; Teoria e História da Jurisdição; e Jurisdição e Processo na Contemporaneidade), além, é claro, da política de acesso livre, da revisão por pares em duplo-cego e do nível de qualidade que nos alçou ao estrato A4. Continuaremos a dar prioridade a textos exógenos redigidos por doutores, buscando artigos que representem o que haja de mais avançado na pesquisa jurídica teórica, empírica e dogmática contemporânea. Foram realizados pequenos ajustes nas normas de submissão com o objetivo de tornar o procedimento menos complexo e burocrático, como exige a vida do já sobrecarregado acadêmico contemporâneo. Iniciou-se também um trabalho de atualização do projeto gráfico da revista, com

as já visíveis alterações na capa e a planejada mudança na diagramação, voltadas a torná-las mais adequadas à comunicação do século XXI. Esperamos, por fim, continuar a contar com a preferência dos pesquisadores jurídicos brasileiros e estrangeiros, para que a Revista *Ius Gentium* possa permanecer sendo a referência que hoje é para a pesquisa jurídica nacional.

Este número conta com significativa participação de pesquisas histórico-jurídicas. Abre com o trabalho de Ana Luiza Ferreira Gomes da Silva, que sob a perspectiva da História do Direito Canônico analisa os ritos de reconsagração e reconciliação na obra do jurista neerlandês Petrus Peckius; logo em seguida Álfir Ronaldo Soares Domingues apresenta uma reflexão crítica sobre o emprego da história nos manuais contemporâneos de direito contratual, ressaltando a importância de se compreender o instituto em perspectiva histórica; Gabriela Back Lombardi e Laís Piletti dão continuidade à abordagem historiográfica em sua pesquisa sobre o conceito de democracia no pensamento de Francisco Campos, ponderando a sua contribuição para a construção de uma semântica autoritária do conceito; Victor Oliveira Queiroz e Gustavo César Machado Cabral encerram a seção, analisando o referendo de 1963 sobre o sistema de governo a ser adotado pelo país.

O número inclui também importantes trabalhos de natureza teórico-jurídica. Rafael Domingo Oslé avalia os impactos da transformação do paradigma internacional contemporâneo, que substitui a tripartição “Estado – obrigações entre Estados – guerra” pela nova tríade “Global human Community – global issues – global rule of law”; Daniel Krüger Montoya se debruça sobre o julgamento do massacre da etnia Napalpí por agentes do Estado argentino, reconhecendo a resistência indígena exercida por sua história e oral e por sua insistência em existir; a seção é encerrada pela metapesquisa de Marcos Maia e Cícero Aparecido Bezerra, que examinam os trabalhos produzidos sobre a relação entre comportamento judicial e formação acadêmica e concluem haver relação entre as escolas de graduação e as decisões proferidas por juízes de cortes superiores.

O número também conta com trabalhos de natureza jurídico-dogmática. Jeferson Teodorovicz, Arthur Mendes Lobo, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos e Marcos Aurélio Pereira Valadão analisam a modulação dos efeitos no direito tributário, ressaltando a necessidade de que a prática priorize a

segurança jurídica; Alexander de Castro e Silvio Luis Cordeiro Junior analisam ao marco legal da política de entorpecentes brasileira à luz da proteção integral da pessoa, comentando criticamente os critérios de diferenciação entre usuário e traficante na legislação atual.

A resenha de Lucas Soares Bezerra e João Vitor Gonçalves Pereira conclui a edição. Nela os autores examinam o livro *Migrações Internacionais no Plano Multilateral: reflexões para a política externa brasileira*, de Maria Rita Fontes Faria, argumentando que a obra enfatiza as obrigações do Estado relativas à salvaguarda dos direitos humanos.

Desejamos a todos uma ótima leitura deste vol. 14, nº 1 da Revista *Ius Gentium*.

Walter Guandalini Junior
Editor-chefe

Jailson de Souza Araújo
Editor-adjunto

REPARAÇÃO DE ESPAÇOS SAGRADOS E O DIREITO CANÔNICO: A FÚRIA ICONOCLASTA NA OBRA DE PETRUS PECKIUS (1529–1589)^{1 2}

REPARATION OF SACRED SPACES AND CANON LAW: THE ICONOCLASTIC FURY IN THE WORKS OF PETRUS PECKIUS (1529–1589)

Ana Luiza Ferreira Gomes Silva³

Resumo: Esta pesquisa está circunscrita na área da história do direito canônico e foca-se no tema de reparação de espaços sagrados. Faz-se um estudo dos ritos de ‘reconsagração’ e ‘reconciliação’ e suas consequências à luz da obra do jurista neerlandês Petrus Peckius (1529-1589). Durante a ‘Fúria Iconoclasta’ (1566-1567), os Países Baixos presenciaram a destruição de igrejas, de imagens, de altares e de objetos eclesiais variados. Para a Igreja e as autoridades católicas, no entanto, os danos foram além do dinheiro e das reparações materiais, atingindo o domínio espiritual e afetando o próprio caráter sagrado dos locais. Como professor da Universidade de Leuven e jurista nesta época turbulenta, Petrus Peckius comentou o tema no seu tratado “*De sacrosanctis et catholicis, Christi ecclesiis reparandis ac reficiendis*” (1573). Anos mais tarde, em 1577, ele ensinou sobre o assunto em suas aulas como *ordinarius* de direito canônico, parte de seu curso sobre o *Liber Sextus* (ms. 22153, Biblioteca Real da Bélgica). Essas fontes trazem uma nova visão sobre como um jurista da idade moderna abordou o tema, adaptando-o para um contexto específico. Desse modo, buscou-se mapear o quadro jurídico de Peckius, para melhor compreender os fenômenos da ‘execração’ e ‘poluição’ de locais sagrados, assim como suas consequências. Utilizando o método histórico, analisaram-se as duas fontes (impressa e manuscrita), relacionando-as ao contexto, assim como à literatura (do período e contemporânea). Assim, demonstrou-se como Peckius, utilizando fontes clássicas do direito canônico, fez uma análise abrangente dos ritos de reconsagração e reconciliação: as suas causas, consequências e limitações.

Palavras-chave: História do Direito Canônico, Reconsagração e reconciliação de igrejas, Fúria Iconoclasta, Petrus Peckius.

Abstract: This research is circumscribed within the area of history of canon law and focuses on the theme of reparation of sacred spaces. This study concerns the rites of reconsecration and reconciliation and their consequences in light of the work of the Netherlandish jurist Petrus Peckius (1529-1589). During the ‘Iconoclastic Fury’ (1566-1567), the Low Countries witnessed the destruction of churches, images, altars, and various ecclesiastical objects. For the Church and the Catholic authorities, however, the damage went beyond money and material reparations, reaching the spiritual realm and affecting the very sacred character of the spaces. As a professor at the University of Leuven and jurist at this turbulent time, Petrus Peckius commented on the subject in his treatise “*De sacrosanctis et catholicis, Christi ecclesiis reparandis ac reficiendis*” (1573). Years later, in 1577, he taught on the subject in his lectures as *ordinarius* of canon law, part of his course on *the Liber Sextus* (ms. 22153, Royal Library of Belgium). These sources bring new insight into how a jurist of the Early Modern age approached the subject, adapting it to a specific context. Thus, we sought to map Peckius’ legal framework to understand better the phenomena of ‘profanation’ and ‘pollution’ of sacred sites and their consequences. Using the historical method, this study analyzed the two sources (printed treatise and manuscript), linking them to the context, as well as to the literature (both of the period and contemporary). In this way, we show how

¹ Recebido em 10 de julho de 2023. Aceito para publicação em 14 de agosto de 2023.

² Esse artigo é parte de uma pesquisa de Ph.D. financiada pelo projeto @AULAM (BOF Research Fund, número do projeto: C14/19/012) do Instituto Lectio da Universidade Católica de Leuven (Katholieke Universiteit Leuven – KU Leuven).

³ Ana Luiza Ferreira Gomes Silva é doutoranda na KU Leuven desde 2020. É mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Contato: analuiza.silva@kuleuven.be, Departamento de Direito Romano e História do Direito, Faculdade de Direito, KU Leuven, 3000 Leuven, Bélgica.

Peckius, using classical sources of canon law, made a comprehensive analysis of the rites of reconsecration and reconciliation: their causes, consequences, and limitations.

Keywords: History of Canon Law, Reconsecration and reconciliation of churches, Iconoclastic Fury, Petrus Peckius.

1. Introdução

Historicamente, no âmbito do direito canônico, os danos causados a lugares e objetos sagrados não eram apenas de natureza física, mas também espiritual. Assim, atos como destruir paredes de uma igreja, ou cometer homicídios dentro dela, exigiam reparação pelo dano causado ao caráter ‘sagrado’ do local. Neste sentido, dois ritos serviam especialmente para reparar tais danos de natureza espiritual, dependendo das circunstâncias: a reconsagração e a reconciliação⁴.

Tais ritos, assim como o tema geral de ‘execração’ e ‘poluição’ de locais sagrados, ainda são considerados atualmente pela Igreja Católica⁵ e, ao mesmo tempo, como será demonstrado, já eram abordados pelo direito canônico medieval e moderno.

Este artigo explora a forma como o jurista Petrus Peckius (1529-1589) enquadrou estes ritos, bem como as ideias de ‘execração’ e ‘poluição’ espirituais num contexto muito particular: a Fúria Iconoclasta nos Países Baixos espanhóis⁶ (1566-1567). Esse evento, localizado no início da Era Moderna, trouxe danos materiais e espirituais de grau sem precedentes para a Igreja Católica na região, como será explanado no tópico a seguir.

Neste estudo, observamos a perspectiva de Petrus Peckius sobre tais problemas, enquanto jurista e professor de direito canônico que viveu durante esse período turbulento e de considerável ‘dano espiritual’. Afinal, diante da destruição

⁴ Respectivamente essas foram as traduções escolhidas para o português devido à semelhança com os termos em latim ‘*reconsecratio*’ e ‘*reconciliatio*’. Nota-se, contudo, que em relação a ‘*consecratio*’ em si, no contexto dos locais sagrados, há traduções alternativas para o português como ‘sagração’ e ambos são frequentemente utilizados como sinônimo de ‘dedicação’. Este último termo é bastante comum e é o utilizado, por exemplo, no atual Pontifical Romano sobre o assunto, aparentando ser utilizado tanto num sentido mais geral da coleção de ritos relacionados, como no mais estrito correspondente a ‘*consecratio*’ (IGREJA CATÓLICA, 2022).

⁵ Por exemplo, temas similares são tratados no Código de Direito Canônico atuais, na Parte III “Dos lugares e tempos sagrados”, sobretudo do cânone 1205 a 1213.(IGREJA CATÓLICA, 1983), e a liturgia sobre o assunto é hoje encontrada em Pontifical específico (IGREJA CATÓLICA, 2022).

⁶ A nomenclatura utilizada para se referir a esse espaço geográfico no século XVI varia na literatura em inglês, coexistindo termos como “*Low Countries*”, “*Netherlands*”, “*Spanish Netherlands*”, ou até “*Habsburg Netherlands*”. Termos correspondentes, como “*Pays-Bas*” e “*Nederlanden*” aparecem respectivamente na literatura em francês e holandês com variações similares, para designar os territórios no período, os quais envolviam partes do que hoje são a Holanda e a Bélgica. Desse modo, neste artigo, escolheu-se utilizar o termo semelhante em português “Países Baixos”.

e dos consequentes conflitos jurídicos gerados pelo evento, Peckius buscou fornecer diretrizes de direito canônico para seus contemporâneos por meio de um tratado publicado e de suas aulas na Universidade de Leuven. Essa perspectiva única, como será demonstrado, não revelou apenas as soluções práticas encontradas para problemas historicamente, mas a visão de um homem moderno sobre noções de ‘sacralidade’ de espaços.

Para melhor introduzir o assunto, passa-se primeiro pela contextualização da ideia de dano espiritual no direito canônico, e pelo cenário da Fúria Iconoclasta – reportando o *status quaestionis* sobre o assunto. Em seguida, demonstra-se quem foi Peckius e as fontes históricas aqui consideradas, partindo-se, por fim, para a análise.

2. *Reparação dos lugares sagrados após a fúria iconoclasta*

Em primeiro lugar, para ilustrar o que pode ser um dano espiritual e seus efeitos, utilizamos um exemplo brevemente levantado pelo próprio Peckius (KBR, ms. 22153: f. 161r; PECKIUS, 1573: f. 36r): o caso de São Tomás de Cantuária. No dia 29 de dezembro de 1170, a catedral de Cantuária foi palco de um crime. Por algum tempo, o arcebispo Tomás Becket esteve envolvido num conflito com o então rei de Inglaterra, Henrique II, sobre os direitos da Igreja. Nesse dia, a luta atingiu o seu ponto de ruptura: quatro cavaleiros do rei decidiram tirar a vida ao arcebispo. Segundo relatos de testemunhas, os cavaleiros começaram por discutir com o arcebispo, mas Tomás Becket recusou-se a submeter-se ao rei e a cumprir suas ordens. Por isso, enquanto se cantavam as vésperas, os soldados invadiram o estabelecimento e o assassinaram brutalmente. A bravura de Becket e o seu ato de martírio tornaram-se conhecidos e levaram-no a tornar-se São Tomás de Cantuária (STANLEY, 1875: 59–89).⁷

Mas o que aconteceu com a catedral? Um homicídio ocorrera no templo sagrado. Seria este ainda mais sagrado, depois de ter-se tornado palco do martírio de um santo? Ou estaria manchado pelo horror do acontecimento, perdendo o seu caráter consagrado? Um dos relatos mais antigos desta história, o do poeta Guernes de Pont-Sainte-Maxence (também conhecido como Garnier), do século

⁷ Há obras que vão mais a fundo acerca do assassinato de São Tomás da Cantuária e as suas implicações. Para mais informações sobre esse tema: (STAUNTON, 2006; HAMILTON, 2021).

XII, descreveu que o assassinato "profanou e violou" a santa igreja – "*Eissi fu sainte Église hunie et violée*"⁸ (PONT-SAINTE-MAXENCE, HIPPEAU, 1859: 198). O poeta narrou que, devido ao acontecimento, não se cantaram as matinas nem as vésperas, não se celebrou a missa, não se acenderam velas, as portas foram fechadas e o povo foi impedido de entrar. A situação manteve-se assim até que, quase um ano depois, a catedral foi "*reconfermée*" (PONT-SAINTE-MAXENCE, HIPPEAU, 1859: 198).

A catedral de Cantuária foi, sem dúvida, um exemplo bem conhecido de comprometimento (até certo ponto) do caráter sagrado de uma igreja. Não foi, no entanto, o único caso em que tal aconteceu - e, como se verá, o direito canônico possuía prescrições sobre como abordar tais ocasiões.

Mas o que deveria ser feito quando não se lidava apenas com o caso isolado de ofensa a uma igreja, mas de uma onda de destruição e de atos de desrespeito (de vários tipos) num curto espaço de tempo? Quase quatrocentos anos após o crime contra Becket, em 1566-1567, os Países Baixos assistiram à Fúria Iconoclasta (em neerlandês, *Beeldenstorm*)⁹, que consistiu numa série de ataques violentos a imagens, objetos e edifícios religiosos. Começando no chamado '*Westkwartier*' e nas zonas rurais da Flandres, a onda de ataques expandiu-se para grandes cidades, como Ypres, Antuérpia e Gante (ARNADE, 2018: 126). Embora não tenha sido a primeira vez que se registraram ataques e outros atos contra igrejas (mesmo nos Países Baixos da idade moderna), a Fúria foi considerada um acontecimento único pela natureza e amplitude da violência causada (BAUWENS, 2016: 81–98). Foi também notória pelo caráter da destruição, com rituais de escárnio e a mutilação das imagens e outros objetos religiosos (DUKE, POLLMANN, SPICER, 2009: 190). Os numerosos relatos de testemunhas demonstram tanto os danos materiais como os atos notórios de desprezo.¹⁰ Por

⁸ O relato do acontecimento é traduzido do francês medieval para inglês em (PONT-SAINTE-MAXENCE, SHIRLEY, 1975).

⁹ Há vários termos usados para descrever este fenómeno e até controvérsia quanto ao alcance semântico da palavra "iconoclastia" e de outros termos. Neste artigo, a nomenclatura escolhida foi "iconoclastia" e "Fúria Iconoclasta", uma vez que estes são os termos mais frequentes na literatura e, por conseguinte, mais reconhecíveis pelo grande público. Uma vez que o âmbito aqui se limita aos Países Baixos do século XVI, neste contexto, "Fúria Iconoclasta" é utilizada como sinónimo de "*Beeldenstorm*", mas há consciência da nuance linguística dos significados e de que o fenómeno da iconoclastia não é exclusivo deste local (Países Baixos) ou período (século XVI), nem se limita à violência contra as imagens.

¹⁰ Existe uma literatura considerável sobre a Fúria Iconoclasta nos Países Baixos. Para efeitos do presente estudo, centra-se sobretudo nas obras diretamente relacionadas com a reparação espiritual

exemplo, num relato sobre a destruição da Igreja de Nossa Senhora de Antuérpia, Nicholas Sanders (1530-1581), professor de teologia da Universidade de Leuven, conta que os perpetradores pisotearam e também “*shed [...] their stinking piss*” sobre o Santíssimo Sacramento (SANDERS, 1642: 10–11). Os iconoclastas profanaram as práticas católicas, manchando as botas com óleos usados para ungir os doentes, urinando nos cálices de hóstias consagradas e defecando nas vestimentas, entre muitos outros atos de escárnio. (DUKE, POLLMANN, SPICER, 2009: 190)

Por isso, nos dias seguintes à Fúria Iconoclasta, é lógico que surjam questões como: as igrejas estão agora ‘poluídas’ depois de tal conduta? Pode-se celebrar missa nas ruínas que restaram de uma igreja? É ainda necessário algum procedimento após a reparação material das igrejas? Estas questões não eram novas para a época – como já foi explicado, não era a primeira vez que uma igreja ou um altar eram destruídos, ou que atos de escárnio, de caráter sexual ou violento eram executados em território sagrado.

O direito canônico tinha, de fato, disposições para casos de ‘execração’ e ‘violação’ ou ‘poluição’ de igrejas. As disposições, porém, eram dispersas e tinham passado por diversas mudanças ao longo do tempo. As menções ao tema podem ser encontradas tanto em obras individuais de canonistas como no próprio ‘*Corpus Juris Canonici*’, como no ‘*Decretum*’, no ‘*Liber Extra*’ e no ‘*Liber Sextus*’. Nesse contexto, surge uma pergunta: as disposições existentes foram suficientes para enfrentar os acontecimentos da Fúria Iconoclasta? Ou as novas condutas perpetradas estavam fora do âmbito da legislação preexistente?

Andrew Spicer (2013) analisou os esforços das autoridades reais para reconstruir, reconsagrar e reconciliar as igrejas dos Países Baixos após a iconoclastia. Spicer (2013: 414–15 e 433) considerou que as definições trazidas pelo direito canônico eram frequentemente muito mais restritas do que as circunstâncias exigiam. Por vezes, a violência podia seguir os padrões prescritos nas disposições, mas não era claro até que ponto a destruição de 1566–7 correspondia às diretrizes existentes. De acordo com Spicer (2013: 414–15 e 433), o direito canônico não indicava uma ligação tão clara entre a destruição física e

dos edifícios eclesiásticos. No entanto, alguns exemplos de obras importantes que dão conta do acontecimento em outros aspectos são (SCHEERDET *et al*, 2016; SCHEERDER, 1978; DEYON, LOTTIN, 2019; POLLMANN, 2011; SOEN, 2016), dentre outros.

aquilo que ele descreveu como 'profanação' (*profanation*). Enquanto algumas condutas receberam uma descrição mais direta, como um caso de assassinato, o mesmo não ocorria para outras, como a própria destruição de imagens.

Apesar desta confusão nos domínios da teologia e do direito canônico, Spicer (2013: 432–433) argumentou que a visão dos católicos comuns e das autoridades reais era diferente e mais direta: as condutas perpetradas contra as igrejas pelos iconoclastas exigiam, de fato, uma purificação ritual. Tanto a regente dos Países Baixos Margarida de Parma (após os acontecimentos de 1566–1567), como o seu filho Alexandre Farnese (duas décadas mais tarde), por exemplo, fizeram acordos com os bispos para reconciliar as igrejas afetadas pela violência da Fúria Iconoclasta e pela agitação da Revolta. (SPICER, 2013: 432–433), Essas questões estavam também intimamente ligadas às questões de como 'reconciliar' (ou não) os hereges arrependidos, quer coletivamente ou não, através de um perdão geral, real e papal. (SOEN, 2012: 1–22).

Uma carta de Margarida de Parma a Filipe II, de 24 de maio de 1567, indicava efetivamente que havia a intenção de 'reconciliar' as igrejas:

E para chegar, meu senhor, à questão de Antuérpia, desde que aqui estou aconselhei, em primeiro lugar, que se pusesse ordem na questão da religião, tendo mandado reparar as igrejas danificadas e violadas para restituir o serviço divino a um estado bom e suficiente, tendo também mandatado o arcebispo de Cambrai para reconciliar as ditas igrejas e consagrar os altares reparados [...] ¹¹ (PARMA, FELIPE II, THEISSEN, 1925: 362–363, tradução livre).

O referido trecho possui dois pontos que merecem maior atenção. Em primeiro lugar, há o fato de a governante secular ordenar (na citação original, ela usa tanto a palavra "*commandé*" como a palavra "*mandé*") algo de natureza religiosa ao arcebispo. De acordo com o direito canônico, o governante secular não deveria ter este poder sobre o arcebispo, nem sequer de decidir sobre a reconsagração ou a reconciliação de uma igreja. Enquanto a colaboração entre o Estado e a Igreja era habitual, especialmente num momento como este, é digno de nota que alguém como Margarida de Parma, defensora dos decretos do Concílio de Trento nos Países Baixos, ordenasse um arcebispo desta forma. Afinal, a autonomia dos bispos face ao poder secular era um aspecto fulcral de Trento – observado, por

¹¹No original: "[...] *Et pour venir, Monseigneur, au fait d'Anvers, depuis que je suis icy j'ay advisé en premier lieu de donner ordre au fait de la religion, ayant commandé la reparation des églises gastées et violées pour remettre le service divin en bon et souffisant estat, ayant aussi mandé l' archevesque de Cambray pour reconcilier les dictes églises et consacrer les autelz réparez[...]*" (PARMA, FELIPE II, THEISSEN, 1925: 362–363)..

exemplo, na *Sessio 25, c. 17, de reformatione* (CARDINALIUM CONGREGATIONIS, 1567). Em segundo lugar, a carta dava estas ordens sem qualquer menção às fontes do direito canônico, o que levanta a questão: seriam essas medidas de fato adequadas tendo em conta as prescrições do direito canônico da época? E até que ponto as previsões do direito canônico forneciam respostas concretas para o cenário após a Fúria Iconoclasta?

Em um primeiro momento, pode parecer estranho que um tema de teor tão litúrgico seja incluído como direito, mesmo que direito canônico. No entanto, na perspectiva de um canonista medieval ou moderno, esses ritos litúrgicos eram parte do direito da Igreja. Os ritos, assim como outras questões relacionadas à missa e ao divino ofício foram tema tanto no Decreto de Graciano no século XII, assim como do *Liber Extra*, e no *Liber Sextus*, no século XIII, este último comentado por Peckius. Desse modo, eram parte do conteúdo do *Corpus Iuris Canonici* e passaram a fazer parte de todo um sistema de jurisprudência sacramental e litúrgico (THIBODEAU, 1998: 51).

Até certo ponto, a literatura acadêmica já se debruçou sobre os problemas associados a locais sagrados – o que significam, o que geraria a sua execração ou violação, assim como os ritos de reconsagração e reconciliação. Em revisão de literatura, verificou-se que os vieses foram muitos e variados, havendo trabalhos nos ramos do direito canônico, sociologia, história, e, até mesmo, arquitetura e geografia.¹² Essa variedade parece refletir a questão já comentada por Coster e Spicer (2005: 1) que, desde que Mircea Eliade cunhou a expressão ‘espaço sagrado’ (*sacred space*), ela tem sido objeto de estudo de diversas áreas científicas com foco em várias eras, indo da Grécia Antiga até a América contemporânea – inclusive rapidamente ganhando espaço de estudo da historiografia nos períodos medieval e moderna. (COSTER, SPICER, 2005: 1).

No geral, o foco das análises foi frequentemente nos aspectos litúrgicos, no efeito dos locais sagrados nos espaços comuns e alguns estudos consideraram,

¹² Para esta revisão da literatura, a pesquisa foi efetuada principalmente com recurso à base de dados da Biblioteca da KU Leuven através da plataforma "Limo", bem como à base de dados específica "*Index Religiosus: International Bibliography on Theology, Church History and Religious Studies* (Brepols)" e o Google Acadêmico. As palavras-chave utilizadas foram variações de: "reconciliação/reconsagração de igrejas"; "violação/dessacralização de igrejas"; "Petrus Peckius"; e "Fúria Iconoclasta/Beeldenstorm". As obras foram inicialmente selecionadas pelo título e resumo - e foi recolhida mais literatura relevante, complementarmente, através do método "bola de neve". A revisão de literatura foi realizada até 13 de junho de 2023.

até mesmo, numa possível relação de termos como “dessacralização” e processos de secularização¹³. Entretanto, o foco no direito canônico e nas dimensões jurídicas dos ritos foi menos comum, em relação ao contexto em recorte.

Sob viés de história do direito canônico, de modo sistemático, algumas obras focaram exclusivamente no desenvolvimento dos ritos ao longo do tempo. É o caso, por exemplo, da obra “*The desecration and violation of churches*” (GULCZYNSKI, 1942), na qual apresentou-se uma sinopse dos conceitos gerais utilizados ao longo dos tempos sobre o tema, também comparando esse conteúdo às provisões do Código de Direito Canônico de 1917. Outro trabalho semelhante foi “*The consecration and blessing of churches*” (ZIOLKOWSKI, 1943).

Muitos trabalhos focaram num período específico. Desse modo, há estudos do século XX e após, incluindo problemas e determinações atuais de direito canônico, acerca dos locais sagrados, seu tratamento e ritos (MEIRA, 1979; SIMONS, 1998; WILDT, 2020). Ao mesmo tempo, há também trabalhos que contemplaram a idade antiga (FARAG, 2021) e uma enorme quantidade de estudos os quais analisaram a questão na idade média, dentre outros, (ZIMMERMANN, 2003; MÉHU, 2008; CABY, 2011; HAMILTON, 2005; FRESSON, 2013). Sendo o foco deste artigo um autor no contexto idade moderna (mais especificamente o século XVI) ressalta-se que existem também estudos de historiografia sobre locais sagrados e o seu tratamento no período em diversos contextos¹⁴. Contudo, observa-se que grande parte dos trabalhos, ainda que relevantes no contexto geral, não abordam diretamente os ritos aqui em estudo, ou o fazem fora do contexto de uma ‘execração’ ou ‘poluição’ anteriores¹⁵ (por exemplo, tratando da consagração de igrejas recém construídas).

Alguns estudos chegam a abordar um pouco dos problemas de direito canônico e algum dos ritos selecionados, mas com uma perspectiva mais estrita. Por exemplo, há estudos que abordam o tema da poluição do espaço sagrado

¹³ Alguns estudos tratando da relação de ‘dessacralização’ com a ideia de ‘secularização’ foram, além de muitos outros: (HADDEN, 1987; STARK, IANNACCONE, 1994; JOAS, 2016).

¹⁴ São exemplos disso a coletânea (COSTER, SPICER, 2005), a qual buscou explorar algumas dimensões de ‘espaços sagrados’ no contexto da Reforma Protestante; a coletânea (HAMILTON, SPICER, 2005), a qual considerou a ideia de delimitação de espaços sagrados nos períodos medieval e moderno; assim como a obra de (SILVA, 2015) a qual trouxe um conjunto de estudos e fontes acerca da sacralização de espaços e comportamento no início da era moderna.

¹⁵ São alguns trabalhos que consideram ritos de dedicação de igrejas, mas não focam especialmente em situações de execração ou poluição: (SCHRAVEN, DELBEKE, 2011; GERMONPREZ, 2012).

causada por condutas sexuais (ELLIOTT, 1994) e por enterros de protestantes em cemitérios católicos (ROBERTS, 2000). Além disso, Davis (1973), considerando o cenário de conflito religioso e iconoclastia da França do século XVI, abordou a ideia dos católicos de ‘poluição’ associada a violência, ações e crenças dos protestantes huguenotes (e vice-versa). De modo mais próximo aos ritos em consideração nesse estudo, Hamilton (2021) analisou as origens do rito de reconciliação como uma resposta à violência contra locais sagrados, ainda que seu foco tenha sido também litúrgico e na Inglaterra medieval.

Acerca de trabalhos mais próximos do local e tempo em consideração, o já citado Spicer, por exemplo, trouxe o artigo “*Consecration and violation: preserving the sacred landscape in the (arch)diocese of Cambrai, c. 1550-1570*” em que explorou a natureza dos ritos de consagração e reconciliação e como estes foram utilizados na arquidiocese de Cambrai (SPICER, 2012). O mesmo também trouxe a obra “*After Iconoclasm: reconciliation and resacralization in the Southern Netherlands, c. 1566-85*” na qual explorou os meios através dos quais as igrejas foram reconstruídas e reconsagradas, considerando o papel da regente Margarida de Parma e dos seus sucessores nesse processo (SPICER, 2013).

Ainda a propósito da Fúria Iconoclasta, há alguns trabalhos sobre reparação e cultura religiosa material. Por exemplo, Bauwens escreveu acerca da restauração da paróquia de ‘St. James’ em Gante (BAUWENS, 2016; BAUWENS, 2020); e Boer considerou o leque de destruições causadas pela Fúria e a relação dos católicos com a cultura religiosa material do período (BOER, 2016). Outros tipos de análise que abordaram o ‘tema de reparação espiritual’ de locais sagrados se centraram na história de uma igreja específica (URBANO, 2005), ou focaram no ponto de vista protestante (MOREL, 2012; MOREL, 2019). No entanto, numa perspectiva jurídica mais estrita, relativa ao direito canônico e aos ritos de reconsagração e reconciliação de igrejas¹⁶, não foram encontrados outros trabalhos relacionados aos acontecimentos da Fúria Iconoclasta além do escopo da literatura já mencionada. Sobretudo, as contribuições de Petrus Peckius sobre

¹⁶ Aqui referimo-nos à reconciliação exclusivamente como rito de purificação de uma igreja. Ainda que de alguma forma ligada a este assunto, a reconciliação de pessoas e o seu perdão é um tema diferente e existem, de fato, estudos de história jurídica sobre o mesmo, como por exemplo (SOEN, 2012).

o assunto não foram alvo de trabalho acadêmico até o momento.¹⁷ Desse modo, neste estudo, foca-se nas mesmas.

3. *Petrus Peckius: tratado impresso e notas de aula*

Cerca de sete anos após a Fúria Iconoclasta nos Países Baixos, em 1573, o jurista Petrus Peckius (também conhecido como Pieter ou Pierre Peck) publicou um tratado intitulado "*De sacrosanctis et catholicis, Christi ecclesiis reparandis ac reficiendis*" (PECKIUS, 1573) em Leuven. Neste livro, discutiu amplamente o tema da reparação das igrejas – incluindo capítulos sobre os danos espirituais e os ritos de reconsagração ou reconciliação. Cerca de quatro anos mais tarde, em 1577, o mesmo jurista também ensinou sobre o assunto nas suas aulas na Universidade de Leuven, como *ordinarius* de direito canônico, numa pequena parte do seu comentário consecutivo ao *Liber Sextus*. Destas aulas, restam notas escritas por um aluno, as quais jamais foram objeto de um estudo sistemático (KBR, ms. 22153).¹⁸

Petrus Peckius foi um conhecido jurista dos Países Baixos no final do século XVI. Nascido em Zierikzee, na Zelândia, obteve o grau de *doctor utriusque iuris* (doutor em ambas as leis) na Universidade de Leuven em 1553 (BRANTS, 1901: 782–84). Mais tarde, tornou-se professor na mesma instituição, tendo lecionado por cerca de quarenta anos. Inicialmente, foi professor régio da cadeira chamada *Paratitla*, focada em direito civil. Em 1562, tornou-se *ordinarius* de direito canônico. Durante este período, foi considerado um professor diligente e também bem sucedido na produção de obras que tiveram impacto nos Países Baixos e no estrangeiro (FOPPENS, 1739: 999–1001). Após lecionar direito canônico por quase vinte anos, foi chamado a servir como conselheiro no Grande Concílio de Mechelen em 1582 (ARQUIVO DO ESTADO DA BÉLGICA, 1582), cargo que exerceu até a sua morte em 16 de junho de 1589 (FOPPENS, 1739: 999–1001).

Desse modo, tendo lecionado em Leuven de 1562 até 1582, Peckius viveu durante um período conturbado para os Países Baixos, não tendo passado apenas

¹⁷ O estudo acerca das notas de aula e obras do autor no direito canônico é atualmente objeto de tese na Universidade Católica de Leuven (KU Leuven) de mesma autoria deste artigo. Nesse momento, encontra-se em andamento e não publicada.

¹⁸ Como explanado anteriormente, uma análise mais aprofundada das notas aula de Petrus Peckius é foco de uma análise de tese de doutoramento em curso na KU Leuven, como parte do @AULAM do Instituto Lectio.

pela Fúria Iconoclasta, mas também pela Fúria Espanhola (1572-1579) e os desdobramentos da Guerra dos Oitenta Anos (1568-1648). O final do século XVI também foi significativo para o direito canônico, com o fim do Concílio de Trento (1545-1563) e o processo de implementação dos seus decretos, o qual encontrou diversos obstáculos nos Países Baixos (SOEN, 2018). Nesse contexto de mudança e conflito, a posição de Peckius como especialista em direito canônico foi particularmente relevante.

Em sua “*Epistola Dedicatoria*”, no início do tratado acerca da reparação das igrejas, o próprio Peckius referiu-se à necessidade de uma obra sobre o tema porque, “nos últimos sete anos” (ou seja, a partir de 1566), as igrejas católicas sofreram muitos tipos de violência. Salientou ainda que estes fatos e a necessidade de reparação das igrejas geraram graves conflitos entre o clero que se apoderava das “*decimas*” (dízimos) e a população que as pagava¹⁹ (PECKIUS, 1573: *Epistola Dedicatoria*, n.p.). Ressalta-se que, em alguns momentos, Peckius chegou a se referir aos ‘iconoclastas’ diretamente, ainda que não tenha entrado em detalhes acerca de ataques ou reconstruções específicas durante a sua análise.²⁰

O tratado publicado por Peckius focou-se no tema de reparação das igrejas e altares²¹. No entanto, considerou-se principalmente questões de reparação material dos danos (por exemplo, quem teria responsabilidade jurídica pelos danos materiais, de onde a igreja danificada poderia angariar fundos para as obras de

¹⁹ No original: “*Maxime vero, posteriore hoc septennio, quo sacrosanctae Catholicae Christi ecclesiae vim haereticorum passae, ab his violatae, confractae, dirutae, foedis incendiis vastae, spoliatae sunt, & quo inter clerum qui decimas percipit, & inter populum qui eas soluit, magnae, graves & plurimae, de earum reparatione lites exortae sunt: ingenium meum ad hoc intendere coepi, ut quid ea vel a veteribus decisum esset, vel recenter in iudiciis pronunciatum foret, vel in sacro oecumenico concilio Tridentino nuper decretum extaret, cognoscerem [...]*”(PECKIUS, 1573: *Epistola Dedicatoria*, n.p.).

²⁰ Alguns momentos em que Peckius se referiu diretamente aos ‘iconoclastas’ foram, por exemplo: no título do capítulo 36 (“*Altaria ab iconoclastis confracta & violata, an iterum reconsecrari debeant*”) em (PECKIUS, 1573: 33v), e no corpo do capítulo 35, enquanto contemplava a questão da violência física dentro da igreja (“*infamis haereticis iconomachis & iconoclastis*”) in (PECKIUS, 1573: n. 1, 36v). Ainda, enquanto escreveu acerca da sacralidade da hóstia, tema aqui não abordado, Peckius considerou se laicos poderiam tocar na hóstia sagrada para protege-la de hereges ou ‘iconoclastas’ (“*An laici & conculcatam ab haereticis & iconoclastis sacro tangere, suscipere & custodire possint*”) em (PECKIUS, 1573: 38v).

²¹ Ainda que Peckius tenha contemplado nuances dos ritos de reconsagração e reconciliação em relação aos altares, para os fins deste artigo esse tópico não será contemplado. Aqui, o foco permaneceu na reparação dos prédios das igrejas em si – visto que há uma série de especificidades em relação aos altares, assim como objetos sagrados de outros tipos, as quais serão tratadas em outro trabalho.

reconstrução etc.)²². Alguns capítulos, porém, dedicaram-se diretamente ao tema da reparação espiritual²³, o qual trazemos à luz neste estudo. Dentre os temas abordados, estavam as instâncias em que seria necessária a reconsagração de uma igreja restaurada, assim como a reconciliação de templos em caso de homicídio.

De modo diverso, durante suas aulas na Universidade de Leuven, Peckius focou-se sobretudo na análise do rito de reconciliação. Suas aulas de direito canônico comentavam o *Liber Sextus* (parte do *Corpus Iuris Canonici*) em ordem – e o tema apareceu como relevante durante o título “*De consecratione ecclesiae*”²⁴ (KBR, ms. 22153: f. 160v–162r). Ainda que o tema no *Liber Sextus* se focasse numa questão bem estrita, Peckius forneceu para seus estudantes uma discussão vasta e sistemática sobre o rito de reconciliação. Sua aula seguiu a seguinte estrutura: uma exposição geral sobre o assunto, seguida de ‘*ampliationes*’ e ‘*limitationes*’, respectivamente extensões e limitações à interpretação da matéria.

Portanto, essas são as fontes analisadas. Neste artigo, manuscrito e tratado foram compreendidos em conjunto, utilizando-se o método histórico para análise das fontes. Estas também foram relacionadas ao que é reportado acerca do contexto em que estavam inseridas, assim como à literatura (tanto do período, como contemporânea), para delimitar o enquadramento jurídico de Peckius à luz da Fúria Iconoclasta. Assim, passa-se para a análise. Inicia-se com observações acerca do quadro conceitual nesta matéria. A seguir, passa-se para as considerações acerca do rito de reconsagração e, após, do rito de reconciliação, seguindo-se para as conclusões encontradas.

²² Embora a parte material da restauração e as suas consequências sejam também um assunto relevante para compreender este contexto de Fúria Iconoclasta e o procedimento geral de reparação, este tema não se enquadra no âmbito deste artigo e será tratado num trabalho próprio – dadas as consideráveis diferenças teóricas.

²³ Os capítulos são 35,36 e 37.

²⁴ O manuscrito completo (ms. 22153) é escrito em latim e corresponde a anotações detalhadas das aulas de Petrus Peckius por um período de aulas de mais de dois anos. Nessas aulas, Peckius comentou consecutivamente títulos do *Liber Sextus*, parte do *Corpus Iuris Canonici*. A seção analisada tem cerca de quatro páginas (a partir da f. 160v) e diz respeito principalmente à parte do Sextus, de VI 3.21.1, *Si ecclesiam* - o único capítulo com o título de "Reconsagração das Igrejas". Esta parte datada de c. Outubro de 1577. O estudante-escriva que copiou as notas é suposto ser Theodorus Brecker, conforme assinatura e indicação de que o caderno lhe pertence – “*Est Theodori Breckeri Leovardiensis*”, (KBR, ms. 22153, f. 1).

4. Quadro conceitual: reconsecratio e reconciliatio

Para compreender esse quadro canônico acerca do tema, dois conceitos são centrais e de diferença fundamental: o de reconsagração (*'reconsecratio'*) e o de reconciliação (*'reconciliatio'*). Tais, às vezes referidos como ritos de dedicação²⁵ de uma igreja, relacionavam-se com o reparo espiritual dos locais sagrados em sentidos distintos.

Sendo a *'reconsecratio'* uma reconsagração, ou seja, uma segunda consagração, voltamo-nos ao conceito do rito original. A palavra *'consagração'* possui vários significados, em geral no sentido de “separação de uma coisa ou pessoa para o serviço divino”. Ritos desse tipo já apareceram em vários livros litúrgicos entre os séculos VI e VIII (GULCZYNSKI, 1942: 10) e a própria ideia de considerar espaços como sagrados já vinha de muito antes, do direito romano, no qual as palavras *'dedicatio'* e *'consecratio'* denotavam processos nos quais um templo ou túmulo eram separados do uso secular (FRATEANTONIO, 2006; MACCORMACK, 2003: 257; HAMILTON, 2021:39).

Em muitos contextos, incluindo a idade moderna, as cerimônias de fundação e de inauguração foram importantes para determinar as relações entre “patrono, edifício e uma comunidade cívica ou religiosa mais vasta” (SCHRAVEN, DELBEKE, 2011: 2). Nesse sentido, a consagração de uma igreja corresponderia a marcar o edifício como um lugar sagrado para a comunidade e permitir a realização de serviços religiosos. Esse parece ser o sentido empregado pelo jurista Petrus Peckius, ainda que ele não tenha explicado diretamente o significado do rito. Afinal, Peckius exemplificou a intenção da consagração com um trecho da Bíblia, relativo às palavras de Jeremias a Deus (PECKIUS, 1573: f. 33v-33r) “Estejam os teus olhos voltados dia e noite para este templo, lugar do qual disseste que nele porias o teu nome, para que ouças a oração que o teu servo fizer voltado para este lugar.” (1Reis, 8,29).

²⁵ O rito de *'dedicação'* em si, por vezes, é tido como sinônimo do rito de *'consagração'*, embora seja também mais genericamente utilizado no título de textos litúrgicos que se referem a todo o conjunto de bênçãos e cerimônias ligados a sacralização de templos. Por exemplo, esse é o caso, como já dito, do atual Pontifício Romano sobre o assunto (IGREJA CATÓLICA, 2022) e também, já no século XIII, foi como o canonista Guillaume Durand (*Doctor Speculator*, 1230-1296), tratou a matéria na sua obra *'Rationale divinatorum officiorum'*. Em seu capítulo VII, *'De ecclesiae dedicatione'*, Durand se referiu a tanto ao rito de consagração como de reconciliação, usando *'dedicatio'* de modo intercalado com o primeiro (DURAND, 1477: 14v–19v). Ademais, literatura atual refere-se aos dois ritos como parte dos *'ritos de dedicação'*, por exemplo em (HAMILTON, 2021: 26).

Considerado esse sentido de ‘consagração’ o que seria então o seu contrário, ou seja, o ato de ‘perder o caráter sagrado’? Neste estudo, de forma semelhante à definida por Gulczynski, optou-se por designar a perda da consagração com o termo ‘execração’ (do inglês ‘*deseccration*’ e do latim ‘*execratus*’). Por conseguinte, o significado é de “remoção do caráter sagrado” (GULCZYNSKI, 1942: vii) de uma pessoa, de um objeto ou de um local. Novamente, ainda que não dito de modo direto, esse consistentemente pareceu ser o sentido empregado por Peckius em sua obra.

A ‘*reconciliatio*’ por outro lado teve um tratamento diferenciado. Hamilton (2020:25) defendeu que esse rito (pelo menos no que diz respeito a contaminação por violência) teve raízes no século X ou ainda mais cedo, mesmo que grande parte da literatura acadêmica se concentre no seu tratamento posterior. Além disso, observando indicações do Pontifical de Magdalen College, no século XII, Hamilton (2021:29–31) descreveu o rito como uma forma de limpeza e exorcismo do espaço ‘poluído’, com pedidos para que Deus purgasse e purificasse a igreja. Mas o que significaria exatamente a poluição (‘*pollutio*’) ou violação (‘*violatio*’) de uma igreja? Gulczynski (1942: vii e 17–18) definiu essa situação como uma ‘suspensão temporária’ dos efeitos da consagração e bênção de uma igreja, não uma perda total da consagração (GULCZYNSKI, 1942: vii e 17–18). Em sentido similar, neste estudo, para que haja coerência, ambos os termos (‘violação’ e ‘poluição’) referem-se sempre à necessidade de uma ‘reconciliação’ e não de uma ‘reconsagração’.

É essencial explicar esta distinção porque a definição rigorosa do vocabulário é necessária para uma explicação clara da teoria. Apesar disso, é importante entender que o direito canônico nem sempre fez esta distinção de forma tão evidente. A distinção dessa maneira surgiu mais claramente com as Decretais de Gregório IX (1234), o *Liber Extra*. Entretanto, mesmo após esse período, alguns canonistas utilizaram termos como ‘execração’, ‘violação’ e ‘poluição’ indistintamente, de modo confuso (GULCZYNSKI, 1942: vii.). Embora Peckius não tenha expressamente indicado a sua opinião, uma vez que não forneceu uma definição direta para os conceitos, ele os empregou de modo consistente à maneira das Decretais (num padrão de utilização de ‘*violatio*’ e ‘*pollutio*’ apenas para implicar necessidade de reconciliação). Portanto, neste texto, segue-se o mesmo padrão.

As nuances tanto da ‘reconsagração’ como da ‘reconciliação’, assim como o que significavam e como deveriam ser efetuadas dependiam de onde foram prescritas. Infelizmente, porém, não é tão claro quais regras guiavam os tais ritos durante o período de Peckius nos Países Baixos.

O “*Pontificale Romanum*” veio a unificar de modo mais claro como estes e outros ritos deveriam ocorrer²⁶, porém este só seria publicado em 1595. O *Pontificale* incluiu não somente os ritos de consagração e a reconciliação das igrejas, mas também dos cemitérios e dos objetos litúrgicos, como os cálices (PUNIET, 1932: 49–51). Durante a vigésima quinta sessão do Concílio de Trento, em 1563, foi confiado ao Sumo Pontífice o dever de corrigir as edições autênticas do Missal e do Breviário. Enquanto Pio V teve um papel ativo na elaboração e publicação do Missal Romano e do Breviário, só Clemente VIII assumiu o mesmo dever em relação ao Pontifical. Quando foi publicado, o documento teve como efeito a supressão de todos os pontificais privados em seu favor. Porém, o “*Pontificale Romanum*” demorou muito tempo a ser elaborado e só foi publicado por Clemente VIII em 1595 (PUNIET, 1932: 49–51) – o que significa que, no imediato rescaldo da Fúria Iconoclasta, não havia ainda um guia geral publicado sobre a forma como os ritos de reconsagração e reconciliação deviam ser efetuados.

Isto não significa que não houvesse uma prescrição anterior sobre o que os ritos significavam e como deviam realizar-se. Nos Países Baixos, uma fonte importante sobre os ritos da consagração e da reconciliação (e sobre os atos litúrgicos em geral) foram os sínodos provinciais e diocesanos de meados do século XVI, dentro dos quais o sínodo diocesano de Cambrai (1550), convocado por Robert de Croÿ (1500–1556), foi de grande relevância (SOEN, VAN DE MEULEBROUCKE, 2017: 125–144). No seu estudo sobre o rito de consagração na arquidiocese de Cambrai (que, a partir de 1559, tinha como sufragâneas as dioceses francófonas de Arras, Namur, Saint-Omer e Tournai), Spicer (2012: 256–58) demonstrou como os estatutos sinodais orientavam o clero paroquial e tinham força de lei – fornecendo, quando necessário, uma resposta mais rápida aos conflitos. Mesmo que a execração e a violação não fossem temas centrais nessas

²⁶ Como indicam capítulos como “*De ecclesiae dedicatione, seu consecratione*”, “*De altaris consecratione*” e “*De reconciliatione ecclesiae, & coemeterii*”, entre outros, na segunda parte. Para mais informações: (IGREJA CATÓLICA, 1611).

reuniões, uma vez que outros assuntos passaram para segundo plano com as mudanças jurisdicionais e institucionais dos Países Baixos, eles estavam, no entanto, presentes (SPICER, 2012: 256–58).

Dentre as fontes litúrgicas relevantes no local e período, Spicer (2012: 256–58) indicou a “*Formula reformationis*”. Esta consistia num acordo de reforma eclesiástica previsto para os territórios católicos em 1548, o qual dava especial importância ao rito da consagração como meio de separar o que era reservado ao culto divino e o que pertencia ao mundo secular. A “*Fórmula*” foi reexaminada no sínodo diocesano de Cambrai e publicada em apêndice aos decretos. Ademais, do mesmo sínodo, outros atos foram publicados, como uma revisão e atualização da “*Antiqua statuta synodalia Cameracensia*” (uma série de estatutos diocesanos que remontavam ao bispo e cardeal de Cambrai Pierre d'Ailly, 1352–1420), que reafirmava a importância do rito da reconciliação. Em suma, tratava-se de uma reafirmação de princípios fundamentais relativos à consagração e à reconciliação, e representava uma versão ‘abreviada’ do comentário litúrgico “*Rationale divinatorum officiorum*” de Guillaume Durand. (SPICER, 2012: 256–58). Apesar disso, mais estudos são necessários para identificar exatamente quais seriam as fontes litúrgicas utilizadas no contexto da Fúria Iconoclasta nos diferentes locais danificados.

Destas fontes, dá-se destaque ao comentário litúrgico do Guillaume Durand (também conhecido como Doctor Speculator, 1230-1296), tanto pela sua influência no período, como já assinalado, como pelo fato de ter sido uma obra litúrgica, mas elaborada por um canonista. A obra, originalmente do final do século XIII forneceu descrições detalhadas dos ritos (DURAND, 1477).

Durand atribuía dois efeitos à consagração: em primeiro lugar, que ela colocava a igreja material ao serviço de Deus e, em segundo lugar, que representava o compromisso da comunidade com Ele. Durand comparava um templo não consagrado a uma jovem donzela destinada a casar, mas sem dote e a união da carne no início do comércio matrimonial – “*sicut puella viro alicui destita non tamen dotata, nec matrimoniali commertio in unione carnis unita*” (DURAND, 1477, f. 15v). Nesta metáfora, ao ser consagrada, a Igreja tornava-se então ‘dotada’ e passava para as mãos de Jesus, na qualidade de seu “único esposo” – “*in propriam Ihesu Christi sponsam*” (DURAND, 1477, f. 15v). Assim, seria um sacrilégio permitir a

sua violação ou o adultério – “*quam sacrilegium est per adulterium ulterius violari*” (DURAND, 1477, f. 15v).

Durand descreveu a consagração como uma série mais complexa de rituais que implicavam, entre outras coisas, a saída de todos da igreja (ficando apenas o diácono), a bênção das portas da igreja pelo bispo e a marcação de um lugar com sal; também, no interior do edifício, a colocação de doze velas acesas diante de doze cruzeiras pintadas nas paredes da igreja. Além disso, o clero (seguido pelos paroquianos) tinha de aspergir água benta com um feixe de hissopo na parte exterior das paredes; enunciar fórmulas especiais; fazer uma cruz de cinzas e areia no pavimento da igreja, onde devia ser escrito todo o alfabeto em letras gregas e latinas; bem como ungir as cruzeiras nas paredes (DURAND, 1477, f. 15v–16r). Em contrapartida, a reconciliação era descrita de forma mais simples: celebrava-se a missa, depois a igreja era benzida e aspergida com vinho, água benta, sal e cinzas (DURAND, 1477, f. 18r).

Peckius não mencionou muitos pormenores sobre os rituais de consagração propriamente ditos. Nas suas notas de aula, não houve qualquer descrição das práticas. No seu tratado, porém, Peckius comentou que a consagração era ‘na sua maior parte a unção, conjugação e disposição das pedras’ (PECKIUS, 1573: f. 32v–33r). Relativamente à reconciliação, explicou em suas notas de aula, que era habitualmente feita com a “aspersão de cinzas frias e água misturada com vinho”, indicando também que foi introduzida pela lei (KBR, ms. 22153: f. 161r), citando um excerto do *Liber Extra* (X. 3.20.9, *Aqua*). Essa passagem do *Liber Extra*, no entanto, apesar de mencionar a reconciliação, não descreveu o rito em pormenor, limitando-se a mencionar “água benzida por um bispo”, que poderia ser usada na reconciliação por outro bispo (FRIEDBERG, RICHTERUS, 1959, vol. 2: 634). Uma descrição mais completa, no entanto, apareceu noutro capítulo do *Liber Extra* (X. 3.20.4, *Proposuiti*), indicando o uso de água benta, vinho e cinzas – “*ipsa reconciliari poterit per aquam cum vino et cinere benedictam*” (FRIEDBERG, RICHTERUS, 1959, vol. 2: 636). Além disso, na primeira passagem, também se deu a entender que os ritos de reconciliação deveriam ser efetuados por um bispo e não por um padre comum. (FRIEDBERG, RICHTERUS, 1959, vol. 2: 63).

Numa passagem posterior das notas, Peckius acrescentou um outro comentário sobre quem deveria presidir à reconciliação, propondo, então, uma exceção à regra de que deve ser um bispo. Afirmou que, quando houvesse

poluição de uma igreja não consagrada, o local poderia ser reconciliado por um padre comum. No entanto, fez a ressalva de que, no caso de a igreja ter sido consagrada e depois ter sido poluída, essa só poderia de fato ser reconciliada por um bispo ou alguém mandatado por ele (KBR, ms. 22153: f. 161r).²⁷

De acordo com Peckius (KBR, ms. 22153: f. 161r), esta ideia foi apoiada por Panormitanus (Nicolò de Tudeschi, 1386-1445) e outros canonistas, relativamente a uma passagem do *Liber Extra* (X. 3. 40. 10, *Si Ecclesia*). Embora a passagem do *Liber Extra* em si estivesse centrada em estabelecer que mesmo as igrejas não consagradas deveriam ser reconciliadas em casos de poluição (FRIEDBERG, RICHTERUS, 1959, vol. 2: 635), Panormitanus acrescentou de fato que, neste caso, o rito de reconciliação não tinha de seguir as mesmas solenidades que no caso de uma igreja consagrada (TUDESCHI, 1527: 292r).²⁸

Por fim, havia uma outra questão de caráter geral: quem teria de pagar pelos ritos? Ao discutir-se essa questão de caráter mais espiritual, não se pode esquecer os aspectos práticos: os ritos tinham de fato um custo monetário. Nas notas de aulas acerca do rito reconciliação, Peckius afirmou que o ‘poluidor’ da igreja deveria ser o único a pagar pela reconciliação, se tivesse poluído conscientemente e fosse solvente. Em caso contrário, a reconciliação seria feita à custa do pároco e dos paroquianos, se não houvesse costumes contrários. No entanto, ele fez uma ressalva. No caso de o pároco e os paroquianos não poderem pagar estas despesas, Peckius defendeu que o bispo não poderia cobrar-lhes pela realização do rito (KBR, ms. 22153: 162r). Assim, no que diz respeito ao rito da reconciliação, Peckius demonstrou um certo grau de proteção para os paroquianos em situações financeiras difíceis em relação a esse custo²⁹. No entanto, no que diz respeito ao rito da consagração, Peckius não tratou da questão dos custos.

²⁷ Nas palavras do autor, em seu “Ampliatum quinto”: “[...] *Jut procedat etiam in ecclesia quae nondum consecrata est et nam quemadmodum extra ecclesiam in altari portabili missarum solemnitas fieri possint ita quoque in ecclesia nondum consecrata et officia divina et sacrosancta ecclesiae sacramenta fieri et celebrari possunt, sed illud tantum interest quod ecclesia consecrata per episcopum solum reconciliari potest, vel per eum cui non ipse sed pontifex hoc mandavit at cum ecclesia nondum consecrata polluta est simplex aliquis sacerdos eam reconciliare potest. [...]*” (KBR, ms. 22153: f. 161r).

²⁸ Esta ideia pode ser encontrada nesta passagem: “*Ecclesia etiam non consecrata si polluatur adhuc est reconcilianda sed non requirit illam solemnitatem quam si esset consecrata*” Também num parágrafo posterior: “[...] *locus non consecratus gaudeat eodem privilegio cum consecrato, non tamen sequitur q. in reconciliationis actu debeat servari eadem forma, nam cum magis delinquatur in loco consecratur expedit ut maior fiat demonstratio in actu reconciliationis.*” In: (TUDESCHI, 1527: 292r).

²⁹ Peckius discutiu esta questão monetária nos seus apontamentos de estudante, aqui fica um excerto: “[...] *Quod reconciliatur quidem, ecclesia sed sumptibus pollutantis si modo is et scienter polluit et solvendo sit alioqui vero expensis pastoris et parochianorum fiet si alia consuetudo non sit in contrarium,*

Agora, passa-se para a questão central: quando cada rito deveria ser aplicado.

5. Reconsagração de uma igreja

Nesta seção, consideramos as implicações de uma consagração, os possíveis problemas da repetição desse rito, e as circunstâncias específicas em que esta última deveria ocorrer.

5.1. O problema de uma ‘segunda’ consagração

Como previamente explanado, a consagração era considerada um rito sério e complexo. Meros atos de desrespeito não causariam a execração de uma igreja – era necessário um tipo específico de ofensa grave para que a consagração original fosse perdida. Durante suas aulas, Peckius comparou o rito da consagração com o do batismo (KBR, ms. 22153: 160v). A lógica era que, tal como uma criança batizada não deveria ser batizada uma segunda vez, também a igreja não deveria passar por uma nova consagração, a não ser que ocorressem circunstâncias específicas. Essa comparação não era originalmente de Peckius, e ele citou a fonte: uma disposição do Decreto de Graciano (D. 68. c. 3, *Ecclesiis semel*), a qual prescreveu que uma segunda consagração deveria ocorrer apenas quando uma igreja fosse consumida pelas chamas ou ‘poluída’³⁰ por sangue ou semente de humanos (FRIEDBERG, RICHTERUS, vol. 1: 254).

A disposição, no entanto, não era o fim da discussão, como o próprio Peckius argumentou no seu tratado. Segundo ele, algumas pessoas considerariam não haver qualquer problema em reconsagrar a igreja muitas vezes – isto porque, sendo a igreja uma coisa inanimada, não assumiria, com o ato de consagração, um caráter ‘indelével’ (*indebilis*), como aconteceria num batismo. Desta forma, uma ou mais consagrações não causariam qualquer prejuízo à igreja. No entanto, Peckius discordou deste raciocínio, baseando o seu argumento no fato de o sacerdócio de Cristo ser eterno (PECKIUS, 1573:

et si nec hi quoque sumptibus ferendis pares sint, epus[episcopus] eo nomine nihil consequetur [...]" (KBR, ms. 22153: 162r).

³⁰ Como já foi explicado, o *Decretum* usa “poluição” para implicar uma necessidade de reconsagração, não fazendo uma distinção clara entre reconsagração e reconciliação neste ponto. Estas prescrições mudam depois e a efusão de sangue ou de semente humana passa a ser tratada apenas como causa de reconciliação, como se explicará na seção acerca do rito de reconciliação.

32v). Segundo ele, uma vez que um homem era sacerdote ‘para sempre’, todo o sacrifício feito por um sacerdote também seria eterno. Por conseguinte, tudo o que fosse consagrado por um sacerdote permaneceria como tal, com um vínculo nas coisas animadas. Desse modo, da mesma forma que se criava um vínculo quando alguém era ordenado bispo, também se criava com a consagração de coisas inanimadas (PECKIUS, 1573: 32v).

Nesse sentido, Peckius comparou o rito da consagração tanto com o batismo como com a ordenação de um bispo, acreditando que a consagração permaneceria na igreja permanentemente mesmo que ela não fosse um ser vivo (PECKIUS, 1573: 32v). A conclusão desta lógica tinha implicações estritas: se houvesse de fato um caráter ‘indelével’ neste rito, não seria necessária a reconsagração da igreja, exceto nos casos estritos expressamente indicados pela lei.³¹

Ademais, uma outra marca da importância desse rito e do seu impacto duradouro no local surgiu numa outra discussão: o que fazer quando um local sagrado simplesmente não podia ser reparado. Em seu tratado, Peckius refletiu sobre o que fazer com pedaços de madeira (*tigna*) que restaram quando a restauração de uma igreja era impossível. Segundo ele, o fato de a igreja original ter existido e sido previamente consagrada ainda deveria ser considerado, de modo que os materiais restantes após a sua destruição não poderiam ser convertidos em usos sórdidos. Assim, a madeira restante não poderia ser utilizada para a construção de um estábulo ou uma latrina, por exemplo. Por outro lado, usos decentes e honestos eram permitidos, como a construção de uma casa de capítulo (*capitulum*), um dormitório, ou um jardim (PECKIUS, 1573: 29r–29v).

Segundo Peckius, esse argumento já aparecia na obra de Juan de Torquemada (no latim Johannes de Turrecramata , 1388–1468) com base em São Tomás de Aquino (parte 3, questão 83) e seria a orientação geral dos antigos cânones. (PECKIUS, 1573: 29R). Peckius citou ainda passagem do decreto de Trento (sess. 21, cap. 7, *de reform*) sobre o assunto. Esta dizia precisamente que, se ninguém pudesse pagar a reparação de uma igreja por causa da pobreza, o bispo deveria transferi-la para a igreja-mãe, ou para igrejas

³¹ *Ibid.*

vizinhas, com o poder de converter também as igrejas paroquiais destruídas e outras que estivessem em ruínas para usos profanos, embora esses usos não pudessem ser sórdidos, e uma cruz deveria ser erguida no lugar (CARDINALIUM CONGREGATIONIS, 1567: 130-131). Peckius indicou não ser claro se a expressão ‘usos profanos’ implicava que os leigos podiam usar o que restava da igreja para usos não sórdidos, ou se o pensamento geral era que só os religiosos e o clero podiam usá-la para usos não sórdidos, como no sentido das antigas disposições canônicas (PECKIUS, 1573, f. 29v). De qualquer modo, a mensagem central parecia dizer: o que uma vez foi consagrado não podia ser desrespeitado, mesmo que destruído, execrado e convertido para outros usos.

5.2. *Causas para reconsagração de uma igreja*

Nesta seção, consideramos as situações em que se consideraria ter havido execração de uma igreja (*i.e.*, perda da consagração do local), e, por conseguinte, a necessidade do rito reconsagração. Segundo Peckius, havia três casos em que uma igreja deveria ser reconsagrada e não meramente reconciliada (PECKIUS, 1573: 32v–33r).

O primeiro acontecia quando havia dúvidas sobre se uma igreja tinha sido consagrada de fato. Em outras palavras, se não fosse possível saber se houve ou não uma primeira consagração. Essa provisão estaria prevista no Decreto de Graciano (De consec. D. 1, cap. 18, *Ecclesiae*), (FRIEDBERG, RICHTERUS, vol. 1: 1300). Nestes casos, de acordo com o cânone, as igrejas nesta situação de ‘consagração ambígua’, não eram consideradas ‘reconsagradas’ pelo rito, mas, em vez disso, meramente ‘consagradas’. De acordo com Peckius, isso ocorreria mesmo se, mais tarde, se tornasse claro que a igreja tinha de fato sido submetida ao rito duas vezes (PECKIUS, 1573: 32v–33r). Isto acontecia devido a um certo caráter condicional do segundo rito. Peckius fez uma analogia com os casos de batismo ambíguo, em que a pessoa era batizada condicionalmente – ou seja, eram utilizadas palavras de condição, como “se fores batizado, não te volto a batizar, mas, se não fores batizado,

batizo-te”³² (PECKIUS, 1573: 32v–33r). É claro que, embora essa causa de consagração seja relevante para a discussão canônica, não era central para a discussão sobre a Fúria Iconoclasta, uma vez que não provinha de um ato de destruição material ou de outro tipo de hostilidade contra a igreja.

A segunda causa de consagração, porém, estava mais ligada a danos físicos: dizia respeito a quando as igrejas eram queimadas pelo fogo. Essa possibilidade já estava prescrita na passagem previamente mencionada do Decreto de Graciano (D. 68. c. 3, *Ecclesiis semel*). Apesar de a disposição em si não explicar exatamente o que isso significaria na prática, Peckius afirmou que a necessidade de reconciliação não surgiria sempre que a igreja sofresse um incêndio. Para ele, a reconsagração só seria necessária quando o interior e o exterior do edifício da igreja fossem desintegrados pelo fogo, bem como quando as paredes fossem consumidas, ou destruídas até o chão (ou pelo menos na sua maior parte). Assim, se o teto ou outra parte da igreja fossem destruídos, mas as paredes permanecessem intactas, não haveria necessidade do rito. Peckius apoiava esta afirmação dizendo que a consagração da igreja, como já foi referido, consistia na unção externa, conjugação e disposição das ‘pedras’ (provavelmente referindo-se às paredes) – portanto, o rito só seria admitido novamente no caso de estas pedras serem destruídas (PECKIUS, 1573: 32v–33r).

A ênfase na integridade das paredes como fator de manutenção da consagração não era algo novo. Tal lógica teve origem na avaliação do Papa Inocêncio III no ano de 1212. Foi-lhe apresentado o seguinte problema: um incêndio provocou o desabamento do teto de uma igreja, mas as paredes permaneceram intactas - deveria a igreja ser novamente consagrada após as reparações? Neste caso, o Papa respondeu que não era necessária qualquer consagração (GULCZYNSKI, 1942: 22–3). Assim, esta tornou-se a opinião universal, que se refletiu no *Liber Extra* (X. 3.40.6, *Ligneis*)³³, e mais tarde

³² Peckius citou diretamente uma frase semelhante, indicando que vinha do Papa Alexandre III: “[...] *de quibus dubium est an baptizati suerint, baptizentur his verbis praemissis. Si baptizatus es non te rebaptizo, sed si nonum baptizatus es ego te baptizo*” (PECKIUS, 1573: 32v–33r).

³³ “[...] *Ad quod Inquisitioni tuae taliter duximus respondendum, quod, quum parietes in sua integritate permanserint, et tabula altaris mota vel enormiter laesa non fuerit, ob causam praedictam nec ecclesia, nec altare debet denuo consecrari*” (FRIEDBERG, RICHTERUS, 1959, vol. 2: 634).

influenciou a opinião de Peckius, que mencionou a passagem diretamente (PECKIUS, 1573: 33r).

A terceira causa de consagração estava também relacionada com a destruição material: tratava-se do desmoronamento total da igreja original. Peckius explicou que, mesmo que uma igreja fosse reconstruída com as mesmas pedras, teria de ser reconsagrada novamente (PECKIUS, 1573: 33r).

Neste ponto, Peckius analisou uma situação complexa para examinar o problema: o caso em que diferentes partes da igreja eram destruídas e reconstruídas em momentos sucessivos. Assim, primeiro, uma parte era destruída e reconstruída, depois, num momento posterior, uma segunda parte da igreja era destruída e reconstruída. Neste caso, Peckius argumentou que não haveria necessidade de reconsagração porque, quando uma parte de uma igreja era restaurada antes de a restante ruir, continuava a ser considerada a mesma igreja (PECKIUS, 1573: 33r).

No entanto, nessa situação, Peckius recomendou que se reconciasse a igreja com água benta e a solenidade da missa por precaução (ou seja, que se usasse o rito da reconciliação, e não o da reconsagração). Peckius entendeu que, olhando mais de perto, se poderia até não pensar que se tratava efetivamente da mesma igreja, já que foi completamente modificada nos momentos sucessivos; no entanto, a “utilidade” exigia que pensássemos na igreja como a mesma - o que implicava que uma consagração não deveria ser repetida tantas vezes (PECKIUS, 1573: 33r).

É perceptível que os três exemplos de Peckius e as suas descrições práticas relativas a esta parte são praticamente evocativas ao já mencionado autor Juan de Torquemada, o qual foi também constantemente citado por Peckius em diferentes momentos. Na própria divisão nas três possibilidades de reconsagração (e a sua ordem de apresentação), bem como os exemplos práticos dos casos em que as igrejas queimadas precisam de ser reconsagradas, o texto é muito semelhante ao comentário de Torquemada ao Decreto de Graciano (De consec. D. 1. cap. 18, *Ecclesiae*), (TORQUEMADA, 1578: 16)³⁴.

³⁴ Na obra de Turrecremata, eis algumas passagens relativas ao trecho mencionado (*De consec. Dist. 1, cap. 18, Ecclesiae*): “[...] *Ignis adulterium, destructio, mensa remota, mors, dubium faciunt iterato templa sacrari, sed nunc tantum tres casus assignantur. Primus est cum dubitatur de eius consecratione*

No geral, as observações de Peckius sobre a questão da consagração não parecem inovar em relação ao conteúdo de outros canonistas, como, por exemplo, os mencionados Torquemada e Durand (respectivamente do século XV e XIII). Quanto a este assunto, Peckius não pareceu oferecer modificações para se adaptar às circunstâncias particulares em que vivia, mas apenas sistematizar de modo compreensível o que já era estabelecido por canonistas que o precederam.

Ainda assim, o que isto significava relativamente ao contexto da Fúria Iconoclasta? Significava que a ideia de consagração trazida por Peckius era extremamente rigorosa, uma vez que a reconsagração era deliberadamente evitada, e estava sobretudo ligada à destruição das paredes de uma igreja. Por conseguinte, se seguirmos a lógica trazida por Peckius, mesmo que os iconoclastas invadissem uma igreja e fizessem uma miríade de ações terríveis – por exemplo, destruíssem as imagens e objetos sagrados, saqueassem e roubassem todos os bens da igreja, e até urinassem nos santos sacramentos, como testemunhos referem ter sido feito na Igreja de Nossa Senhora de Antuérpia e noutras (LETTENHOVE, 1885: 337–339 e 341-344 ;VAN VAERNEWYCK, 1885:113–114 ; SANDERS, 1624:11) – ainda assim, não seria necessária uma reconsagração. Mesmo que os iconoclastas assassinassem alguém no interior do templo sagrado, ou queimassem partes do mesmo (sem afetar as paredes) e destruíssem o teto, a bênção da consagração anterior seria mantida³⁵.

6. Reconciliação de uma igreja

Nesta parte, exploramos o rito de reconciliação em relação aos espaços sagrados. Mais especificamente, contemplamos as situações que ‘violariam’ ou

ut hic. Secundus quando ecclesia sic comburitur quod parietes sint combusti, vel diruti, vel notabiliter destructati in toto vel in maiori parti. ut infra in c.ecclesiis. Secus si solum tectum exustum fuerit [X. 3.40.6, Ligneis] tertius casus si tota ecclesia vel maior pars destructa vel diruta est vel simul vel successive ante readificationem, tamen extra istos casus ecclesia non debet reconsecrari. Et si legatur quod sic ibi consecratio large accipit pro reconciliatione. Ecclesia enim violata reconsecratur, vel reconciliatur. Reconsecratur in supradictis tribus casibus, reconciliatur in aliis. [...]”(TORQUEMADA, 1578: 16).

³⁵ A abordagem é diferente em relação aos altares, os quais eram indicados como possuindo uma consagração independente à da igreja e possuíam uma série de razões específicas para reconsagração (PECKIUS, 1573: 33v–35v). Como indicado, porém, esse assunto está fora do escopo do presente artigo e será alvo de um trabalho próprio.

'poluiriam' um espaço sagrado, tornando necessário o rito de reconciliação, de acordo com o direito canônico de Peckius.

6.1. Causas para a reconciliação de uma igreja

Num resumo, Peckius mencionou três causas principais para a poluição de um espaço sagrado³⁶: i) o enterro de uma pessoa excomungada, pagã ou infiel; ii) a efusão de sangue ("*sanguinis effusio*"); e iii) a efusão de semente humana ("*seminis effusio*").

Essa lista de causas não era particularmente incomum para o período. Na *Glossa Ordinaria* no *Liber Extra* (em X. 3.40.4, *Proposuisti*) já se contemplava as efusões de sangue e semente humanos como causa para reconciliação, utilizando também a palavra "*adulterio*". A Glossa também diferenciou essas causas de reconciliação das de reconsagração – como dúvida da previa consagração, igreja queimada no todo em maior parte pelo fogo e destruída na sua maior parte, também mencionadas por Peckius (PARMA, FELIPE II, THEISSEN, 1510: 371). Durand também, em seu trabalho do século XIII, incluiu ambas as causas, assim como o enterro de um infiel ou pessoa excomungada, além de duas outras não mencionada por Peckius: quando uma igreja fosse abandonada por muito tempo e deixada em mal estado, e em caso de roubo na igreja. (THIBODEAU, 1998: 51).

O enterro de uma pessoa excomungada, pagã ou infiel numa igreja foi uma possibilidade de poluição mencionada por Peckius nas suas aulas. A justificativa de Peckius para esta causa de poluição foi que estas pessoas, antes da morte, estavam separadas da unidade eclesiástica e por isso deveriam ficar sem sepultura – “[...] *quibus non communicamus vivis non communicamus etiam defunctis, et ut careant ecclesiastica sepultura qui prius erant ab ecclesiastica unitate praecisi [...]*” (KBR, ms. 22153: f. 161r).

De acordo com Peckius, da mesma forma, também haveria poluição se uma criança não batizada fosse enterrada em território sagrado. Segundo ele, a Igreja não negaria o enterro a uma mãe que morresse durante o parto; no

³⁶ No que diz respeito às causas da poluição em particular, Peckius é mais pormenorizado nas notas de estudo do que no seu tratado, no qual aborda o assunto no capítulo 37. Esta avaliação é, portanto, feita considerando este capítulo juntamente com toda a parte do texto principal em conjunto com todos os números de "*ampliatur*" e "*limitatur*" das notas. Respectivamente em: (PECKIUS, 1573: 35v–36r; KBR, ms. 22153: f. 160v–162r).

entanto, uma criança retirada do ventre materno e não batizada não deveria ser enterrada num local sagrado (KBR, ms. 22153: f. 161r). Embora, para o leitor moderno, esta afirmação possa parecer incompatível com a doutrina católica, a justificação está de acordo com as considerações canônicas e teológicas do final do século XVI. Além disso, embora esta causa de reconciliação (relativamente a quem poderia ser enterrado em território sagrado) pudesse ter causado certa polêmica na época (SPICER, 2012: 269; ROBERTS, 2000), não era tão relevante para o contexto imediato da iconoclastia, por não estar tão ligada a atos de violência e escárnio como as duas seguintes. Assim, não se aprofunda mais essa discussão aqui.

Depois desta causa de poluição, Peckius tratou das de efusão de sangue ou de ‘semente’ de humanos. Sobre estas, é importante salientar que, no início, foram listadas não como causa de reconciliação, mas de consagração, na já mencionada provisão do Decreto de Graciano (D. 68. c. 3, *Ecclesiis semel*). Mesmo assim, ao longo do texto de Peckius (tanto no tratado como nas notas de aula) estas já eram incluídas como causas de reconciliação (PECKIUS, 1573: 35v–36r; KBR, ms. 22153: 160v–161r). Peckius mencionou a existência de um axioma do legislador acerca dessa questão, indicando que este foi o sentido empregado no *Liber Extra* (X. 3. 40. c. 4, *Proposuisti*)³⁷, também citando o já mencionado canonista Panormitanus (KBR, ms. 22153: 161v).

Peckius explicou que o derramamento de sangue ou de sementes conduzia à poluição e, por conseguinte, à necessidade de reconciliação. Isto porque, mesmo que o edifício da igreja estivesse previamente consagrado e mesmo que ele próprio não pudesse pecar ou cometer um crime – a reconciliação era introduzida por lei para que todos compreendessem a reverência e a veneração com que a casa do Senhor devia ser considerada. A poluição tinha consequências: enquanto o espaço poluído não fosse reconciliado, ninguém poderia ser sepultado, e os ritos e serviços divinos não podiam ser celebrados ou administrados lá. Isto acontecia mesmo que a

³⁷“*Proposuisti nobis in nostra praesentia constitutus, quod, venientibus ad ecclesiam sancti Iacobi ex diversis regionibus peregrinis, et volentibus aliis ab aliis per contentiones et rixas altaris de nocte custodiam vindicare, homicidia contingunt fieri interdum, et aliquando vulnera inferuntur; propter quod humiliter postulasti, ut alio modo, quam per reconsecrationis beneficium, dignaremur ipsi ecclesiae providere. Fraternitati tuae taliter respondemus, quod, manente ecclesia et altari, ipsa reconciliari poterit per aquam cum vino et cinere benedictam*” (FRIEDBERG, RICHTERUS, vol. 2: 634).

pessoa que presidisse à cerimônia não fosse irregular (isto é, fosse um sacerdote católico autorizado). Assim, um padre que celebrasse missa num lugar poluído seria punido (KBR, ms. 22153: 160v–161r).

A efusão de sangue ("*sanguinis effusio*"), em comparação com as outras, foi a causa de poluição mais discutida na obra de Peckius. Inicialmente, Peckius discutiu como poderia até parecer estranho que sangue pudesse poluir a igreja – visto que o sangue dos mártires era considerado “precioso aos olhos do Senhor”. Assim, questionou, se um homem virtuoso morresse defendendo a Igreja num ato de bravura, tal como morreu São Tomás de Cantuária (conforme a seção 1.1), não deveria a Igreja ficar ainda mais santificada? Peckius respondeu que não. Isso porque, apesar de o sangue do mártir não ser de natureza poluente (mas sim santificante), o crime do seu autor (assassino) “desagradaria ao Senhor”. Portanto, se, por causa do delito, uma igreja deveria ser reconciliada quando um homem injusto fosse morto, haveria ainda mais necessidade de reconciliação se o sangue de um homem justo fosse derramado (KBR, ms. 22153: 161r).

Para ilustrar a gravidade desta conduta (*i.e.*, “derramamento de sangue”) e a forma como os seus autores deveriam ser punidos, Peckius mencionou alguns exemplos. No entanto, estes eram maioritariamente mitológicos, bíblicos ou históricos (por exemplo, o assassinato de Príamo por Pirro no templo de Jovis; Zacarias, que foi assassinado dentro de um templo, de acordo com Mateus 23:35; e o já comentado martírio de São Tomás de Cantuária), (KBR, ms. 22153: f. 160v–161r).

É de notar, porém, que, para que a efusão de sangue causasse poluição da igreja, esta deveria ser considerada injuriosa. Portanto, era necessário um elemento subjetivo de intenção. Segundo Peckius, os casos que não implicariam em poluição eram: quando a efusão de sangue fosse natural (por exemplo, o sangue escorresse pelo nariz ou pela boca de alguém sem qualquer interferência); ou fosse causada por acidente (por exemplo, alguém escorregasse, tropeçasse, ou uma pedra ou telha caísse sozinha ferindo alguém); ou se ocorresse durante a prática de um ato lícito (por exemplo, durante um jogo), (KBR, ms. 22153: f. 162r).

Da mesma forma, em situações de legítima defesa, não havia motivo para reconciliação, pois a ação não seria considerada lesiva. Por exemplo, se

alguém invadissem uma igreja e, por causa da justa defesa, o invasor fosse morto ou ferido, a igreja não seria considerada poluída. Peckius afirmou que a lei permitia ao padre que celebrava os mistérios divinos, sem perigo de irregularidade, matar seu agressor defensivamente depois de este ter interrompido a missa. Em outras palavras, se alguém invadissem a missa e tentado matar o padre, o padre poderia matar esse agressor e depois voltar ao altar e terminar a missa sem qualquer poluição da igreja. Essa explicação da legítima defesa e o exemplo da agressão contra o padre estavam presentes tanto no tratado de Peckius como nas notas (PECKIUS, 1573: 36r; KBR, ms. 22153: f. 162r), mostrando muitas semelhanças de conteúdo e de estilo. Ao mesmo tempo, outras nuances foram mais exploradas somente nas notas.

Relativamente à intenção, Peckius também abordou a situação em que o derramamento de sangue ocorreu quando alguém estava num “espírito furioso” (“*irato animo*”) ou agiu por “desespero da mente sã” (“*ex desperatione sanae tamen mentis*”). Nesse ponto, Peckius baseou-se na afirmação de Domenicus (Domenico de S. Geminiano, c.1375-1424) de que “nem um louco nem um tolo se machucam ou se matam numa igreja” – “*hoc est nec furiosus nec stultus seipsum in ecclesia vulnerat aut occidit*” (KBR. Ms.22153: 161v). No entender de Peckius, o homem não seria dono dos seus membros, mas sim Deus. Assim o argumento era o de que, mesmo que o suicídio ou violência fossem cometidos por uma pessoa neste estado contra ela mesma, o derramamento de sangue continuaria a ser considerado lesivo e exigiria reconciliação (KBR. Ms.22153: 161v).³⁸

Outra questão era a de que as palavras ‘derramamento de sangue’ pareciam implicar que o sangue deveria ser literalmente derramado dentro da igreja. No entanto, Peckius explicou que a disposição também se estendia a casos em que o ato era igualmente atroz, mas não havia sangue envolvido – por exemplo, se alguém fosse sufocado ou enforcado. Os principais fatores considerados para a poluição deveriam ser a morte causada e a atrocidade do

³⁸ Esse posicionamento é demonstrado no Ampliatum quinto, no trecho: “*Et cum de sanguinis effusione loquimur etiam eam comprehendimus quae fit cum sit irato animo aut ex desperatione sanae tamen mentis hoc est nec furiosus nec stultus seipsum in ecclesia vulnerat aut occidit ut ait Dominicus et rationem habet nam cum nemo sit dominus membrorum suorum non potest eiusmodi sanguinis effusio non iniuriosa appellari.*”(KBR, ms. 22153: 161v).

crime, que eram entendidas como incompatíveis com o comportamento esperado dentro de uma igreja. (KBR. ms.22153: 161r).

Um problema também relativo a essa mesma literalidade, era em relação ao momento e local em que o sangue foi derramado. Nesse sentido, Peckius comentou o caso em que alguém foi ferido dentro da igreja, no entanto, a pessoa saiu da igreja antes que o sangue pudesse ser derramado (ou talvez o sangue não tenha caído no chão porque ficou coletado num recipiente ou num pano). Nesta situação, Peckius compreendeu que a reconciliação ainda seria necessária (KBR. Ms.22153: 161r).

Por outro lado, em situações em que a efusão de sangue fosse mínima não haveria poluição como, por exemplo, no caso de serem apenas algumas gotas derramadas (KBR. Ms.22153: 161v). Similarmente, esse também seria o caso das feridas corporais não aptas a causar morte nem a efusão de sangue - por exemplo, contusões na cabeça, tapas, feridas na boca ou no queixo e a extração violenta de alguém para fora do edifício da igreja (KBR. Ms.22153:162r). Peckius observou que, nestes casos, a própria lei não ordenava a reconciliação. No entanto, curiosamente, indicou que tanto Hostiensis (Erico de Segusio, c.1200–1271) como Johannes de Selva (Jean de Selve, 1465–1529) consideravam mais seguro que a igreja fosse reconciliada por um simples padre nestes casos, por precaução (KBR. Ms.22153:162r). Esse comentário é especialmente interessante porque inseriu instâncias de ocorrência do rito de reconciliação não diretamente presentes na letra da lei, como forma de precaução. De modo parecido, como observamos na seção 3.2, Peckius também previu o uso do rito de reconciliação por precaução no caso da destruição e reconstrução sucessivas de uma igreja.

De todo modo, outro fator relevante para a poluição por meio do derramamento de sangue era o fato de o sangue em questão ter de ser necessariamente de um humano. A igreja não seria considerada poluída com o derramamento de sangue animal (KBR. Ms.22153:161v). Além disso, Peckius considerava que se uma pessoa se refugiasse na igreja depois de ter sido ferida noutro lugar, esse primeiro lugar seria o poluído, não a igreja - mesmo que a pessoa sangrasse depois dentro do seu território (KBR. Ms.22153:162r). Essa consideração pode inicialmente parecer deslocada, mas era especialmente útil para casos em que uma igreja era usada como refúgio.

Finalmente, a terceira causa de poluição de uma igreja era a efusão de “semente” humana, “*seminis effusio*” (KBR. Ms.22153: 162r). Acerca desse tipo de poluição, apesar do nome, não se fazia qualquer distinção quanto ao infrator, nem de sexo, nem da qualidade da pessoa, nem sequer de religião. O crime, portanto, podia ser cometido por quaisquer pessoas – homens ou mulheres, plebeus ou nobres, cristãos ou pagãos (KBR. Ms.22153: 161v).

No entanto, é de notar que, à semelhança da efusão de sangue, apenas se considerava a emissão voluntária de “semente”. Desta forma, aquela que pudesse ocorrer em pessoas adormecidas (“*subinde in dormientibus*”) e inconscientes, bem como em doentes (“*infirmis*”), não poluiria a igreja (KBR. Ms.22153: 161v)³⁹.

Peckius reiterou como esse crime era particularmente abominável, afirmando que ‘loucura’ e ‘demência’ de alguns os deixaria sem receio de poluir os templos dedicados a Deus, por meio de ‘incesto, violação, adultério ou outro crime’ - condutas que não eram permitidas por lei nem mesmo a pessoas casadas, sem que fosse necessária a reconciliação (KBR. Ms.22153: 161r). Nessa parte, é interessante o fato de ele mencionar um leque mais alargado de condutas poluidoras e ainda parecer deixar a lista, de certo modo, em aberto. Isso poderia indicar, por exemplo, que tal categoria poderia incluir outros tipos de atos praticados pelos iconoclastas, como ações mais gerais de natureza lasciva, ou mesmo a emissão de outros fluidos, como ocorreu caso de pessoas que urinaram nas hóstias sagradas.

De todo modo, Peckius não se aprofundou acerca de como essa situação poderia se desenrolar noutros cenários. Limitou-se a dar alguns exemplos de casos mitológicos e históricos em que este tipo de poluição ocorreu (por exemplo, o caso da violação de Atalanta por Hyppomenes no templo de Cibele; a violação de Cassandra por Ajax no templo de Minerva, assim como a história do adultério de Pompeia com Clódio durante cerimônias religiosas). Peckius utilizou esses exemplos para reiterar a forma como os criminosos eram punidos e não mencionou casos mais atuais ou locais (KBR. Ms.22153: 161v).

³⁹ São exatamente estes os exemplos referidos por Peckius: “[...] *sicut aliorum animalium sanguis huc non pertinet ita quoque voluntaria seminis emissio effusioque duntaxat comprehenditur exclusa nimirum ea quae subinde in dormientibus aut infirmis accidere solet*” (KBR. Ms.22153: 161v).

Desse modo, em resumo, estas foram as três causas de ‘poluição’ de igrejas que criavam a necessidade de reconciliação, tal como mencionadas por Peckius.

6.2. Condições para o reconhecimento da ‘poluição’

Além das causas enumeradas acima, outros aspectos deviam ser levados em conta para avaliar se um lugar sagrado estava ou não poluído e necessitava de reconciliação. Peckius enumerou três: a) a localização do ato cometido; b) a notoriedade do ato cometido; e c) a prova da poluição.

Em primeiro lugar, Peckius discutiu em detalhes a questão espacial (KBR. Ms.22153:161v e 162r). Em um sentido geral, ele argumentou que se as ações danosas (isto é, a efusão de sangue ou de semente humanos) ocorressem em local externo à igreja, não haveria poluição nem necessidade de reconsagração. Mas o que exatamente era considerado ‘externo’ neste caso? Peckius mencionou o telhado, a parte de baixo da igreja (como no fosso, ou no porão) e a torre como sendo áreas externas. Ao explicar sobre a torre, Peckius citou um exemplo real do seu tempo (embora tenha indicado que o acontecimento ocorreu em “anos anteriores”) de um homem que se enforcou na torre da Igreja de São Pedro em Leuven (KBR. Ms.22153:162r). Neste caso, por essa lógica, concluiu-se que a igreja não estava poluída ou nem precisaria de reconciliação – apenas a torre estava maculada.

Uma zona mencionada como sendo mais ambígua foi a do pórtico ou de entrada da igreja. Para este local, Peckius indicou duas opções: A) se o sangue ou a semente fossem derramados na parte por baixo do claustro, em direção à igreja, sem dúvida a igreja seria poluída; no entanto, B) se isto acontecesse na parte que ficava ‘fora’, em direção ao cemitério, só o cemitério seria poluído (KBR. Ms.22153: 162r).

Além destas áreas, Peckius considerou também a questão do cemitério de uma igreja. Na verdade, a poluição dos cemitérios era precisamente o que o único capítulo sobre o assunto no *Liber Sextus* (VI 3.21.1, *Si ecclesiam*) discutia, fazendo deste tecnicamente o principal assunto da aula de Peckius. Em resumo, o capítulo explicava que, se uma igreja fosse poluída, o cemitério adjacente também seria considerado poluído – a não ser que o cemitério fosse distante da igreja (FRIEDBERG, RICHTERUS, vol. 2: 1059). Por outro lado, se

a situação fosse inversa e o cemitério fosse o local inicialmente poluído, mesmo que fosse contíguo à igreja, isso não faria com que a igreja fosse compreendida como poluída de forma alguma. A lógica, no caso, era que o vício de um acessório (“*accessorius*”) não podia manchar o principal (“*principale*”). Pelo mesmo raciocínio, Peckius explicou que a reconciliação do principal (a igreja) também induzia automaticamente na reconciliação do cemitério, uma vez que este se encontrava na posição de acessório (KBR. Ms.22153: 161v)⁴⁰.

Em segundo lugar, depois da questão espacial, outro assunto chave para considerar a necessidade de reconciliação era a notoriedade do ato cometido. Em outras palavras, se a poluição era conhecida por alguém. Peckius afirmou que, caso ninguém tivesse conhecimento acerca da emissão de sangue ou semente, não haveria necessidade de reconciliação. Para Peckius, a própria razão para a realizar o rito era o escândalo público e a opinião dos homens que estimavam que a igreja estava poluída (KBR. Ms.22153: 162r)⁴¹. Essa também era a opinião do canonista Panormitanus (TUDESCHI, 1527: 290v)⁴². Assim, se ninguém soubesse da poluição, a causa da disposição (ou seja, da aplicação do rito) cessaria. Contudo, mais tarde, se a poluição se tornasse conhecida, por conta dos costumes e do “terror do povo” (ou seja, ao escândalo causado na comunidade), a igreja passaria a ser considerada poluída e necessitaria de reconciliação. Essa opinião é particularmente digna de nota, uma vez que parece cimentar a ideia de Peckius sobre o caráter definitivo da reconciliação. Afinal, nesta parte, ele não enquadrou o rito da reconciliação como uma resposta aos atos objetivos de violação em si, mas ao escândalo que eles causaram.

⁴⁰“[...]vitium accessorii non inficiat principale sed e contra sicut reconciliatio principalis inducit reconciliationem cemeterii quod accessionis loco est” (KBR. Ms.22153: 161v).

⁴¹Compreende-se isto a partir do *Limitatur* sexto: “[...]ut procedat in haec sanguinis aut seminis emissio atque effusio sit occulta et nemini cognita nam cum eo casu cesset causa huius constitutionis quae est scandalum publicum, opinioque hominum ecclesia polutam esse existimantium ut ait Panormitanus ipsa quoque constitutio cessare debet nomine nihil consequetur [...]” (KBR. Ms.22153: 162r).

⁴²Nas suas palavras: “*Ecclesia in qua sunt commissa homicidia est vulnera: non reconsecratur iterum: sed reconciliatur potius ob terrorem qu[uam] ob necessitatem.*” Numa passagem posterior: “*Sol[um] contrarium est verum quod ecclesia in se non polluitur ex delicto hominum: sed ad terrorem sit illa reconciliatio ut homines videntes quod ex facto atroci sancta quasi pollutantur pollutantur ut indigeant reconciliatione inducantur ad cogitandum quantum sit elaborandum pro expiatione proprii peccati [...]*” (TUDESCHI, 1527: 290v).

Em terceiro lugar, outro aspecto considerado foi a existência de provas da violação (KBR. ms.22153: 161v– 162r)⁴³. Peckius explicou que era necessário que a poluição fosse plenamente provada para se poder proceder à reconciliação. Além disso, afirmou que o testemunho de apenas uma pessoa não seria suficiente para estabelecer essa prova. Assim, mesmo quando a testemunha era de uma corte nobre, alguém ilustre e honrado, o seu testemunho não seria suficiente para este fim se fosse o único (KBR. ms.22153: 161v– 162r).

Diante dessas informações, consideramos o enquadramento de Peckius acerca do rito de reconciliação no contexto da Fúria Iconoclasta. As descrições do rito de reconciliação trouxeram uma série de possibilidades mais complexas do que as causas de consagração, que, pelo contrário, se mostraram mais estritamente fixadas pelo direito canônico. No quadro apresentado para a reconciliação de uma igreja, não havia apenas de se pensar na causa objetiva, mas também no grau da ação (isto é, se foi derramado sangue suficiente), se a intenção era injuriosa (no caso do derramamento de sangue ou semente); onde se deu a ação poluidora; e ainda se as pessoas tomaram conhecimento da poluição e se esta podia ser provada. Ainda, a própria delimitação de alguns casos não foi completamente clara, deixando espaço para questionar se outras condutas poderiam ser enquadradas na descrição geral. Por exemplo, no caso da “*effusio seminis*”, Peckius compreendeu que esta poderia ser cometida tanto por homens como por mulheres através de diferentes condutas. Porém, não se explanou exatamente qual seria o alcance semântico da disposição num caso concreto. Assim, seria possível que certas condutas dos iconoclastas pudessem ser incluídas nesta definição mais ampla das causas de reconciliação, como, por exemplo, urinar ou defecar em objetos e espaços sagrados, atos obscenos, entre outros. Contudo, é impossível dizer com certeza se estariam contempladas, uma vez que Peckius não se aprofundou nessas situações e pareceu deliberadamente não fazer tantos comparativos com a sua realidade.

⁴³ Essas limitações de interpretação são tratadas separadamente. A questão da necessidade de prova é mencionada no segundo *Limitatur* e a exceção acerca do conhecimento da poluição é tratada por Peckius no sexto *Limitatur* das notas (KBR. ms.22153: 161v– 162r).

Ao mesmo tempo, vimos que o rito da reconciliação era aplicado, por vezes, quase como uma salvaguarda na lógica da doutrina jurídica, em situações que não estavam diretamente previstas na legislação. Na obra de Peckius, isso ocorreu, por exemplo, em situações de violência que não causavam morte ou derramamento de sangue (como o caso de alguém ter sido atingido na boca, no queixo ou ter sido violentamente retirado do edifício da igreja), assim como em situações de destruição e reconstrução sucessivas de uma igreja. Portanto, ainda que sem previsão direta nesta maneira, o recurso ao rito da reconciliação em situações de dúvida quanto a uma possível violação em menor grau não pareceu ser algo incomum dentro da lógica jurídica. Desse modo, é possível que as condutas dos iconoclastas, mesmo as que não coubessem tão claramente nas descrições do direito canônico, pudessem ser vistas como causas para reconciliação por um jurista como Peckius. Seguindo essa lógica, as medidas tomadas por Margarida de Parma, no sentido de reconciliar as igrejas danificadas pelos iconoclastas não iam totalmente de encontro ao enquadramento jurídico de Peckius acerca do assunto.

7. Observações finais

As considerações de Peckius, tanto no seu tratado quanto em suas aulas, trouxeram novas perspectivas sobre o tratamento dado pelo direito canônico à reparação espiritual no cenário pós-Fúria Iconoclasta. Autores como Spicer (2013: 414–15 e 433) sugeriram que as definições do direito canônico eram demasiadamente estreitas para se adaptarem às necessidades que surgiram após a Fúria, não indicando uma linha clara entre a destruição física e o dano espiritual dos espaços sagrados. Consequentemente, afirmava-se que esta incerteza tornaria pouco claro se algum rito seria necessário para reparar as várias situações de danos causados pelos iconoclastas que não estavam diretamente descritas nos cânones.

Neste contexto, também não seria claro se as ordens reais, que exigiam a reconciliação das igrejas restauradas (PARMA, FELIPE II, THEISSEN, 1925: 362–363), estavam deslocadas no quadro canônico então existente.

Observando a interpretação de Peckius do assunto, nota-se que, embora o cenário do direito canônico fosse impreciso até certo ponto, este não era completamente o caso. Ademais, ainda que as disposições nas partes do *Corpus*

Iuris Canonici pudessem parecer vagas e abertas para interpretação, os autores canonistas (por meio das glossas, comentários etc.) estabeleceram explicações mais específicas – considerando diversos problemas possíveis na realização de ambos os ritos. Foi com base nestes que Peckius construiu seu arcabouço jurídico, citando por exemplo Torquemada, Panormitanus, Hostiensis, e a Glossa Ordinária (tanto a no *Liber Extra*, quanto a no *Liber Sextus*). Enquanto utilizar esses autores do *ius commune* como referência talvez não fosse uma abordagem particularmente inovadora, a apresentação do tema foi sistemática e compreensiva, indicando a existência de todo um arcabouço jurídico acerca do assunto. Nesse contexto, foi palpável o fato de Peckius não mencionar diretamente acontecimentos e tipos de violência ocorridos nos Países Baixos, de modo que essa ausência parece proposital. Se feita para evitar conflitos com contemporâneos, por uma questão de estilo, ou buscando tornar a sua obra mais universal (ou seja, aplicável a outras regiões), não é claro.

De todo modo, pelo menos na obra de Peckius, as ordens reais de Margarida de Parma não pareceram totalmente deslocadas das descrições dos ritos.

Em primeiro lugar, no que diz respeito às causas do rito de reconsagração (um rito mais complexo associado à ‘execração’), sustentamos que Peckius demonstrou uma ligação clara entre os danos físicos e a perda da consagração. Desse modo, num contexto de igrejas que foram danificadas, mas não destruídas em suas paredes de modo mais considerável, seria compreensível não se empregar o rito da reconsagração. Se alguma incerteza ficou, foi mais em relação ao rito de reconciliação.

Para Peckius, o estatuto sagrado conferido por uma consagração não se perdia facilmente e só em poucos casos seria necessária uma reconsagração. Em resumo, tratava-se de: A) em caso de consagração ambígua; B) quando a igreja era queimada por um incêndio com, pelo menos, grandes danos nas paredes; e C) se a igreja se desmoronasse completamente. Portanto, com exceção da primeira causa, o principal critério para a utilização do rito era a destruição material - que tinha de ser suficientemente intensa para ter causado danos consideráveis nas paredes. Neste ponto, Peckius nem sequer considerou o elemento subjetivo da intenção do autor, mas apenas o resultado objetivo da ação material. Por essa lógica, quer se tratasse de uma destruição por um terremoto, quer de uma

destruição por uma multidão enfurecida, se as paredes de uma igreja fossem destruídas, esta teria de ser reconsagrada.

Com tais limitações para a repetição deste rito, não é de estranhar, portanto, que as ordens reais não sugerissem a ‘reconsagração’ dos prédios das igrejas.

No entanto, o rito de reconciliação deixava mais espaço para interpretações. Era diferente do rito de reconsagração – mais simples de executar e associado não à perda total da sacralização, mas sim a uma situação de ‘poluição’, ou ‘violação’ do espaço sagrado. À semelhança do rito anterior, Peckius enumerou também algumas causas específicas para este rito, estabelecendo também limitações diretas à sua execução (por exemplo, em casos de acidentes, quando as feridas eram consideradas triviais, entre outros). Diferentemente do rito anterior, no entanto, o elemento subjetivo da ‘intenção’ era frequentemente considerado para que uma poluição ocorresse. Além disso, enquanto o uso do rito anterior era muito limitado, Peckius não demonstrou o mesmo receio em aplicar o rito da reconciliação. Na verdade, ele foi mencionado por Peckius em alguns momentos quase como um rito de salvaguarda, que era possível de ser empregado em situações ‘por precaução’. Alguns exemplos de tais instâncias eram o caso em que uma ferida não causava morte nem derramamento de sangue (*i.e.*, ferir a boca ou o queixo, ou afastamento violento do edifício da igreja); ou no caso em que diferentes partes da igreja eram sucessivamente destruídas e reparadas. O termo ‘reconciliação’, portanto, parecia gozar de maior elasticidade semântica do que ‘reconsagração’.

Relativamente a este rito, como Spicer já havia observado (SPICER, 2013: 414–15 e 433), é de fato difícil de saber até que ponto a violência da iconoclastia se enquadrou exatamente nas prescrições legais tais como foram redigidas – se, por um lado, havia clareza quanto a um assassinato, não havia uma descrição específica para destruição de imagens, por exemplo. Mesmo na abordagem mais contextualizada de Peckius, várias dúvidas ainda permanecem, já que ele não analisou de modo direto condutas reais de iconoclastia. No entanto, o fato de ele ter fornecido uma interpretação mais ampla das causas pode significar que a aplicação do rito de reconciliação às igrejas danificadas pós-Fúria Iconoclasta fosse talvez possível por analogia – tornando a recomendação real desnecessária fora do quadro apresentado.

Outro ponto que dá pistas nesse sentido é a forma como Peckius enquadrou a própria finalidade do rito da reconciliação. Em determinados momentos, ele defendeu que a reconciliação dos espaços poluídos acontecia para que as pessoas compreendessem a reverência e a veneração com que a casa do Senhor deveria ser encarada (KBR, ms. 22153: 161r). Essa ideia foi reiterada, por exemplo, quando Peckius comentou o que fazer se a poluição for desconhecida pela comunidade – concluindo que, se não fosse do conhecimento da maioria, o rito não deveria ser realizado. Desta forma, segundo Peckius, a causa da disposição (por exemplo, a necessidade de reconciliação) seria o escândalo público e a opinião dos homens que estimavam que a igreja estava poluída (KBR, ms. 22153: 161r). Portanto, se fosse esse, de fato, o âmbito da reconciliação, é possível que o rito fosse considerado compatível de ser utilizado após o escárnio ritual sem precedentes da Fúria Iconoclasta, que deixou um impacto definitivo aos olhos da comunidade, tanto entre católicos como entre protestantes. Contudo, Peckius não respondeu diretamente a esta questão e muito é deixado à especulação.

8. Referências

Fontes Primárias

ARQUIVO DO ESTADO DA BÉLGICA (Rijksarchief in België). **Inventário dos memoriais do Grande Conselho de Mechelen**. Tomo I : XVe, XVe e XVIe siècles/A. Documento 1000: "Commission de conseiller au grand Conseil en faveur de Pierre Peckius professeur à l'Université de Louvain". TOURNAI, 25 de fevereiro de 1582.

BIBLIOTECA REAL DA BÉLGICA (Koninklijke Bibliotheek van België – KBR), manuscrito n. 22153.

CARDINALIUM CONGREGATIONIS, **Canones et decreta sacrosancti oecumenici et generalis Concilii Tridentini**. Leuven: Apud Petrum Zangrium Tiletanum, 1567.

DURAND, Guillaume (Doctor Speculator). **Rationale divinarum officiorum**. Ed. **Johannes Aloisius Tuscanus**. Georg Lauer, 1477.

D'ANDREA, Giovanni (Johannes Andreae). **Sextus Decretalium cum epitomis, divisionibus, et Glossa Ordinaria**. Lyon: Apud Hugonem a Porta & Antonium Vicentium, 1559.

FRIEDBERG, Aemilius; RICHTERUS, Aemilius Ludovicus. **Corpus Iuris Canonici: Decretum Magistri Gratiani.** Akademische Druck-U. Verlagsanstalt, Editio Lipsiensis Secunda, vol. 1, Graz, 1959.

FRIEDBERG, Aemilius; RICHTERUS, Aemilius Ludovicus. **Corpus Iuris Canonici: Decretalium Collectiones.** Akademische Druck- U. Verlagsanstalt, Editio Lipsiensis Secunda, vol. 2, Graz, 1959.

IGREJA CATÓLICA, Pontificale Romanum: Clementis VIII. Pont. Max. Iussu Restitutum atque editum, Typographia Medicaea, 1611

PARMA, Bernardo de (Bernardus Parmensis). **Decretales domni papae Gregorii nonii accurata diligentia tertio emendate.** Lyon, 1510.

PARMA, Margarida de; FELIPE II, THEISSEN, J. S. *et al.* **Correspondance française de Marguerite d’Autriche, duchesse de Parme, avec Phillippe II, ed. par J. S. Theissen e.a.** Utrecht: Kemink, 1925.

PECKIUS, Petrus. **De sacrosanctis et catholicis, Christi ecclesiis reparandis ac reficiendis.** Leuven: Ex officina Ioannis Bogardi, 1573.

TORQUEMADA, Juan de (Johannes de Turrecremata). **Tractatum de consecratione doctissimi commentarii.** Scotus, n. 4, 1578.

TUDESCHI, Nicolo (Abbas Panormitanus). **Commentaria seu lectura in quinque Decretalium libros novis.** Jacobus de Giuncta, 1527.

VAN VAERNEWYCK, Marcus. **Van die beroerlicke tijden in die Nederlanden en voornamelick in Ghendt 1566–1568.** Gante: Vanderhaeghen, parte 1, 1872.

SANDERS, Nicholas. **A treatise of the images of Christ and of his saints: and that it is unlawfull to breake them, and lawfull too honour them.** Saint-Omer: C. Boscard, 2^a edição, 1624.

Fontes Secundárias

ARNADE, Peter. **Beggars, Iconoclasts, and Civic Patriots: The Political Culture of the Dutch Revolt.** Ithaca, NY: Cornell University Press, 2018.

BAUWENS, Michal. **Conflict, community and Catholic restoration: the parish of St James in Ghent between 1560 and 1600.** Dissertação, Universidade de Gante, 2020.

BAUWENS, Michal. Under Construction? The Catholic Community in Ghent after the Beeldenstorm. **Bijdragen en Mededelingen betreffende de Geschiedenis der Nederlanden**, v. 131, n. 1, p. 81–98, 2016.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Nova versão Internacional. Disponível em: <https://biblehub.com/1_kings/8-29.htm > Acesso em 21 ago. de 2023.

BOER, David de. Picking up the Pieces. Catholic Material Culture and Iconoclasm in the Low Countries. **Bijdragen en Mededelingen betreffende de Geschiedenis der Nederlanden**, v. 131, n. 1, p. 59–80, 2016.

BRANTS, Victor. Peck, Pierre. *In*: ACADÉMY ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELGIQUE, **Biographie Nationale**. Brussels: Bruylant-Christophe & C., Imprimeurs-Éditeurs, Successeur Émile Bruylant, 1901, v. XVII, p. 782–784.

CABY, Cécile. Construction et sacralisation des espaces conventuels dans l'ordre des frères prêcheurs (XIIIe-début XIVe siècle). *In*: THÉRY, Julien (Org.), **Lieux sacrés et espace ecclésial (IXe-XVe siècle)**. Toulouse: Éditions Privat, 2011, p. 131–171.

COSTER, Will; SPICER, Andrew. **Sacred space in early modern Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

DAVIS, Natalie Zemon. The rites of violence: Religious riot in sixteenth-century France. **Past & present**, vol. 59, no. 1, p. 51–91, 1973.

DEYON, Solange; LOTTIN, Alain. **Les casseurs de l'été 1566**. França: Presses universitaires du Septentrion, 2019.

DUKE, Alastair; POLLMANN, Judith; SPICER, Andrew. **Dissident identities in the early modern Low Countries**. Aldershot: Ashgate, 2009.

ELLIOTT, Dyan. Sex in holy places: An exploration of a medieval anxiety. **Journal of Women's History**, v. 6, n. 3, 1994.

FARAG, Mary K. **What Makes a Church Sacred? Legal and Ritual Perspectives from Late Antiquity**. Oakland CA: University of California Press, 2021.

FOPPENS, Joannes Franciscus. Petrus Peckius. *In*: FOPPENS, Joannes Franciscus, **Bibliotheca belgica, sive virorum in Belgio vita, scriptisque illustrium catalogus, librorumque nomenclatura**. Brussels: Typographum & Bibliopolam, 1739, v. II, p. 998–1001.

FRATEANTONIO, Christa. Consecratio. *In*: **Brill's New Pauly**. Brill, 2006. Disponível em: <https://referenceworks.brillonline.com/entries/brill-s-new-pauly/*-e304110>. Acesso em: 16 jun. 2023.

FRESSON, Gilles. Les signes du rituel de consécration. *In*: PANSARD, Michel (Ed.), **Chartres**. Strasbourg: La Nuée bleue/DNA, 2013, p. 332–332.

GERMONPREZ, Dagmar. Foundation rites in the southern Netherlands: Constructing a counter-reformational architecture. **Intersections**, v. 22, p. 275–295, 2012.

GULCZYNSKI, John Theophilus. **The desecration and violation of churches: an historical synopsis and commentary**. Washington (D.C.): Catholic university of America press, 1942. (Catholic University of America. Canon law studies 159).

HADDEN, Jeffrey K. Toward Desacralizing Secularization Theory. **Social Forces**, v. 65, n. 3, p. 587–611, 1987.

HAMILTON, Louis. To Consecrate the Church: Ecclesiastical Reform and the Dedication of Churches. *In*: HAMILTON, Louis; BELLITTO, Christopher (Eds.), **Reforming the Church before Modernity. Patterns, Problems and Approaches**. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 105–137.

HAMILTON, Sarah; SPICER, Andrew. **Defining the holy: sacred space in medieval and early modern Europe**. Aldershot: Ashgate, 2005.

HAMILTON, Sarah. Responding to violence: liturgy, authority and sacred places, c. 900–c. 1150. **Transactions of the Royal Historical Society**, v. 31, p. 23–47, 2021.

IGREJA CATÓLICA. **Pontifical Romano: Dedicção da Igreja e do altar**. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 2022.

IGREJA CATÓLICA. **Código de Direito Canônico**. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 4ª edição, 1983.

JOAS, Hans. Sacralization and Desacralization: Political Domination and Religious Interpretation. **Journal of the Society of Christian Ethics**, v. 36, n. 2, p. 25–42, 2016.

LETTENHOVE, Kervyn de. **Relations politiques des Pays-Bas et de L'Angleterre sous le règne de Philippe II**. Bruxelles: F. Hayez, vol. 4, 1885.

MACCORMACK, S. *Loca Sancta*. *In*: ANDO, Clifford, **Roman Religion**. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2003.

MÉHU, D. **Mises en Scène et Mémoires de la Consécration de l'église Dans l'Occident Médiéval**. Turnhout: Brepols Publishers, 2008.

MEIRA, Sílvio Augusto. Os templos sagrados em face da Lei e do direito. *In*: NOGUEIRA, Adalicio, *et. al.* **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREL, Anne-Françoise. Church Consecration in England 1549–1715: An Unestablished Ceremony. *In*: SCHRAVEN, Minou; DELBEKE, Maarten (Eds.),

Foundation, Dedication and Consecration in Early Modern Europe. Leiden: Brill, 2012.

MOREL, Anne-Françoise. What? How? Why?: Church Consecration in England 1549–1715, an Unestablished Ceremony. *In*: MOREL, Anne-Françoise, **Glorious Temples or Babylonian Whores.** Estados Unidos: BRILL, 2019, v. 300.

PONT-SAINTE-MAXENCE, Garnier de; HIPPEAU, Célestin. **La vie de Saint Thomas le Martyr, Archevêque de Canterbury, poète du XIIe siècle.** Paris: Auguste Aubry, 1859.

PONT-SAINTE-MAXENCE, Garnier de; SHIRLEY, Janet. **Garnier's Becket: Translated from the 12th-century Vie Saint Thomas Le Martyr de Cantorbire of Garnier of Pont-Sainte-Maxence.** Phillimore, 1975.

PUNIET, Pierre de. **The Roman pontifical, a history and commentary.** Londres/ NY/Toronto: Longmans, Green and Co, 1932.

ROBERTS, Penny. Contesting sacred space: burial disputes in sixteenth-century France. *In*: GORDON, Bruce; MARSHALL, Peter (Orgs.), **The place of the dead: death and remembrance in late medieval and early modern, Europe** Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 131–148.

SCHEERDER, Josephus Maria; DECAVELE, Johan; JANSSENS, Gustaaf. **Het wonderjaar te Gent 1566-1567.** Gante: Academia Press, 2016.

SCHEERDER, Josephus Maria Adolphus. **De beeldenstorm.** Tweede druk. Haarlem: Fibula-Van Dishoeck, 1978.

SCHRAVEN, Minou; DELBEKE, Maarten (Eds.). **Foundation, Dedication and Consecration in Early Modern Europe.** Leiden: BRILL, 2011.

SILVA, Jennifer Mara de. **The sacralization of space and behavior in the early modern world: studies and sources.** Farnham: Ashgate, 2015. (St. Andrews studies in Reformation history).

SIMONS, Thomas G. **Holy People, Holy Place: Rites for the Church's House.** Chicago: Liturgy Training Publications, 1998.

SOEN, Violet. La réitération de pardons collectifs à finalités politiques pendant la Révolte des Pays-Bas (1565-1598): un cas d'espèce dans les rapports de force aux Temps Modernes? *In*: DAUVEN, Bernard; ROUSSEAU, Xavier (Eds.), **"Préférant miséricorde à rigueur de justice." Pratiques de la grâce (XIIIe-XVIIe siècles).** Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain; Louvain-la-Neuve, p. 97–123, 2012.

SOEN, Violet. The beeldenstorm and the Spanish: Habsburg response (1566-1570). **Bijdragen en mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden**, v. 131, n. 1, p. 99–120, 2016.

SOEN, Violet; VAN DE MEULEBROUCKE, Aurelie. Vanguard Tridentine Reform in the Habsburg Netherlands. The Episcopacy of Robert de Croÿ, Bishop of Cambrai (1519-56). *In*: FRANÇOIS, Wim; SOEN, Violet; VANYSACKER, Dries (Eds.), **Church, Censorship and Reform in the Early Modern Habsburg Netherlands**. Turnhout: Brepols, 2017, p. 125–144.

SOEN, Violet. The Council of Trent and the Preconditions for the Dutch Revolt (1563-1566). *In*: FRANÇOIS, Wim; SOEN, Violet (Eds.), **The Council of Trent: Reform and Controversy in Europe and Beyond (1545-1700)**. Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2018, v. 2, p. 255–278.

SPICER, Andrew. After Iconoclasm: Reconciliation and Resacralization in the Southern Netherlands, ca. 1566–85. **Sixteenth Century Journal**, v. 44, n. 2, p. 411–433, 2013.

SPICER, Andrew. Consecration and violation: Preserving the sacred landscape in the (Arch)diocese of Cambrai, c.1550-1570. **Intersections**. v. 22, p. 255–274, 2012.

STANLEY, Arthur Penrhyn. **Historical Memorials of Canterbury: The Landing of Augustine; The Murder of Becket; Edward the Black Prince; Becket's Shrine**. London: J. Murray, 1875.

STARK, Rodney; IANNACCONE, Laurence R. A Supply-Side Reinterpretation of the “Secularization” of Europe. **Journal for the Scientific Study of Religion**, v. 33, n. 3, p. 230–252, 1994.

STAUNTON, Michael. **Thomas Becket and his Biographers**. Woodbridge: Boydell & Brewer, 2006.

THIBODEAU, Timothy M. Canon Law and Liturgical Exposition in Durand's Rationale. **Bulletin of Medieval Canon Law**, v. 22, p. 41–52, 1998.

URBANO, Arthur. Donation, dedication, and damnatio memoriae: The catholic reconciliation of Ravenna and the church of Sant' Apollinare Nuovo. **Journal of early Christian studies**, v. 13, n. 1, p. 71–110, 2005.

WILDT, Kim de. Ritual Void or Ritual Muddle? Deconsecration Rites of Roman Catholic Church Buildings. **Religions**, v. 11, n. 10, p. 517, 2020.

ZIMMERMANN, Michel. Les actes de consécration d'églises. Construction d'un espace et d'un temps chrétiens dans la Catalogne médiévale (IXe-XIIe siècle). **Annexes des Cahiers de linguistique et de civilisation hispaniques médiévales**, vol. 15, p. 29–52, 2003.

ZIOLKOWSKI, Thaddeus S. **The consecration and blessing of churches: a historical synopsis and commentary.** Washington (D.C.): Catholic university of America press, 1943.

HISTÓRIA E CONTRATO: DESAFIOS METODOLÓGICOS PARA SE FAZER UMA BOA HISTÓRIA DO DIREITO CONTRATUAL NO BRASIL¹

HISTORY AND CONTRACT: METHODOLOGICAL CHALLENGES IN CREATING A PROPER HISTORY OF CONTRACT LAW IN BRAZIL

Álif Ronaldo Soares Domingues²

Resumo: Este estudo tem como objetivo oferecer uma reflexão crítica e desmistificada sobre o uso da história nos manuais contemporâneos de direito privado sobre uma história dos contratos. Embora a doutrina jurídica atual lide com o tema da história de forma descomprometida, este estudo busca expor os problemas metodológicos de uma abordagem linear-evolutiva apresentada pelos manuais ao tratar da categoria do contrato na história. Assim, a partir de uma breve revisão de literatura sobre a categoria do contrato no *ius commune*, demonstra-se que muitas vezes o que é narrado nos capítulos históricos dos manuais não corresponde ao que diz a historiografia especializada sobre o tema, devendo a categoria do contrato não ser vista como algo atemporal, mas sim de acordo com as suas especificidades históricas. Espera-se que esse esforço ofereça uma perspectiva um pouco mais historiográfica àquilo que comumente é narrado nos capítulos históricos dos manuais de direito privado do Brasil.

Palavras-chave: história contratual; historiografia tradicional; historiografia crítica; *ius commune*.

Abstract: This study aims to provide a critical and demystified reflection on the use of history in contemporary private law textbooks regarding the history of contracts. While current legal doctrine approaches the topic of history in a non-committal manner, this study seeks to expose the methodological problems of a linear-evolutionary approach presented in the legal textbooks when addressing the category of contract in history. Thus, based on a brief literature review on the category of contract in *ius commune*, it is demonstrated that what is often narrated in the historical chapters of legal textbooks does not correspond to what specialized historiography states about the subject. The category of contract should not be viewed as timeless, but rather in accordance with its historical specificities. The hope is that this effort offers a slightly more historiographical perspective to what is commonly narrated in the historical chapters of Brazilian private law textbooks.

Keywords: history of contract law; traditional historiography; critical historiography; *ius commune*.

1. Introdução

Em manuais de direito civil e empresarial frequentemente nos deparamos com textos que realizam uma análise histórico-jurídica acrítica, simplificada e resumida do instituto dos contratos. Pelos mais variados motivos, ela produz uma sensação de familiaridade do leitor entre um direito do passado e um direito do presente, relacionando o objeto do contrato contemporâneo como um produto evolutivo e natural das figuras contratuais do passado.

¹ Recebido em 15 de maio de 2023. Aceito para publicação em 27 de junho de 2023.

² Universidade Federal do Paraná.

O problema desse tipo de literatura é que, ao invés de uma análise crítica daquele conteúdo que se narra historicamente, o que existe é uma história artificial da categoria que está sendo estudada. O pensamento é produzido não somente sob a sombra de um senso comum acerca da historicidade do conceito, mas também sob a noção de que, para se fazer uma boa análise histórico-jurídica, bastaria o mero oferecimento de um retrato panorâmico, evolutivo e disforme do objeto estudado.

O presente trabalho visa se afastar de tal abordagem. O objetivo é contribuir para uma reflexão crítica e desmistificada dos usos da história nos manuais jurídicos contemporâneos sobre uma história contratual. Para isso, a partir de chaves metodológicas de uma historiografia crítica do direito privado³, relativiza-se ideias tidas como certezas na maioria dos manuais de direito, explorando sucintamente um campo inesperado: o direito comum europeu (*ius commune*).

O que se verá é que, se em outros temas a manualística oferece um retrato panorâmico útil à compreensão da realidade do direito atual, uma história contratual feita por esse tipo de literatura produz um resultado inverso; uma distorção entre passado e presente.

Desse modo, o artigo foi estruturado em três partes. Na primeira, analisa-se a leitura histórica que correntemente os manuais de direito privado no Brasil têm realizado sobre o tema dos contratos, examinando-se os tópicos históricos mais frequentes presentes nessa literatura.

Na segunda, a partir de chaves críticas de compreensão fornecidas por uma historiografia crítica, estabelecem-se algumas premissas metodológicas básicas para a realização de uma análise histórico-jurídica séria, comprometida com uma compreensão efetiva da realidade e com as várias e possíveis identidades do instituto do contrato, de acordo com as especificidades de cada local e comunidade histórica.

Por fim, na terceira e última seção do artigo, exemplifica-se concretamente o valor que uma historiografia crítica do instituto pode fornecer à manualística do

³ Fornecidas principalmente por autores como António Manuel Hespanha, Carlos Petit, Pietro Costa, Paolo Grossi, Ricardo Marcelo Fonseca, Sérgio Said Staut Junior e Walter Guandalini Junior.

direito privado atual: uma perspectiva de falseamento das noções de evolução e continuidade de um direito do passado com o direito presente.

Com essa experiência de estranhamento, espera-se que o leitor perceba a distância entre um direito do passado e um direito do presente, refletindo sobre possíveis descontinuidades em relação à sua própria concepção de contrato.

A esperança é a de que tal esforço contribua ao oferecimento de uma perspectiva um pouco mais historiográfica àquilo que é comumente contado nos manuais de direito privado do Brasil.

2. Sobre uma história tradicional: a realidade dos manuais sobre contratos no Brasil

Historicamente, o discurso comum no Brasil sobre o desenvolvimento do instituto do contrato quase sempre foi construído sob um ponto de vista linear e progressivo, que imbuí à história do instituto uma falsa noção de universalidade, herança e progresso para com o passado.⁴

Para Leonardo Gomes de Aquino, por exemplo, “há indícios da existência do contrato desde o aparecimento do homem e sua agregação em comunidade”, de modo que “a relação negocial denominada de ‘contrato’ remonta tempos remotos e vem se desenvolvendo e se transformando ao longo dos tempos” (AQUINO, 2021:18).

Para Flávio Tartuce, “A doutrina é unânime em apontar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra sociedade traz a ideia de contrato.” (TARTUCE, 2014:18).

Para Paulo Lôbo, a tônica da mensagem é a mesma:

O contrato é o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. Esta sempre foi sua destinação, em todos os povos, a partir de quando abriram mão da força bruta para obtenção e circulação dos bens da vida, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas

⁴ Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, essa história tida nos manuais tem como principal fonte de inspiração uma historiografia tradicional positivista, embora muitas vezes os autores desse tipo de literatura nem se deem conta disso (FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62). E, como lembra Walter Guandalini Junior, quase sempre tais reflexões vêm em capítulos introdutórios intitulados como “Introdução Histórica”, “Esboço Histórico”, “Origem do Instituto”, “Evolução do Instituto” e outros similares (GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021, p. 13).

do consenso das próprias partes. (...).

Com efeito, o contrato juridiciza o fenômeno mais frequente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas (LÔBO, 2020:15).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho são ainda mais enfáticos quanto à ancestralidade e universalidade do instituto:

Desde os primórdios da civilização, quando abandonamos o estágio da barbárie, experimentando certo progresso espiritual e material, o contrato passou a servir, enquanto instrumento por excelência de circulação de riquezas, como a justa medida dos interesses contrapostos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019:48).

No mesmo sentido, segundo Arnoldo Wald:

Poucos institutos sobreviveram, por tanto tempo, e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. (WALD, 1999:45).

Em um outro artigo, publicado logo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o autor é ainda mais enfático, sustentando que o contrato:

se caracteriza, já desde o início da história do Direito, pela sua flexibilidade e adaptação às várias épocas e pela possibilidade de ser sempre um instrumento do relacionamento humano. Ou seja, vai desde o acordo típico, desde a distinção que os romanos faziam entre pactos e contratos, até a ideia que vamos encontrar na Idade Média e, depois, na Revolução Francesa, de acordo com a qual o contrato faz lei entre as partes. E para chegar, em seguida às concepções que estão nos nossos Códigos Civis de 1917 e 2002 respectivamente (WALD, 2002:236).

Note-se que, para esses autores, parece ser logicamente dedutível que se a pactuação de acordos é intrínseca à existência do ser humano no seio de uma coletividade, é possível afirmar a existência do instituto do contrato desde o aparecimento das primeiras civilizações. Além de sempre estarem presentes temporalmente, a celebração de pactos também não se restringiria a um lugar específico no espaço, estando presente em todas as sociedades humanas em todos os lugares do mundo. Como consequência, devido ao fato de todas as pessoas de todas as partes do mundo e de todas as épocas terem celebrado acordos com base na convergência de vontades, seria possível dizer que o instituto do contrato esteve, está e estará sempre presente na racionalidade humana.

É por isso que, segundo Raiane Ingrid Pereira Costa e Josiane Oliveira de Freitas, a importância de se rememorar o percurso histórico do contrato residiria

no fato de que é a partir de tal esforço que se compreenderia a sua aplicação hoje:

Antes mesmo de dar início à teoria geral dos contratos, é necessário entender o contexto histórico do surgimento destes, apesar de não podermos precisar, exatamente, quando surgiram, tais como existem hoje.

Sabe-se que o mais comum, o contrato de compra e venda, surgiu juntamente com a moeda, momento em que as trocas entre mercadorias (escambo) pararam de ocorrer, passando a contraprestação a ser feita através de moeda. Contudo, entender como se deu, ao longo da história, a sistematização dos contratos, nos auxilia a compreender melhor porque são vistos e aplicados na forma atual (COSTA; FREITAS, 2018:10).

Para esses autores, entretanto, embora o contrato sempre tenha estado presente na história da civilização humana, teria sido no direito romano que encontraríamos o fundamento do instituto como o conhecemos hoje: a ideia de vontades humanas direcionadas à criação de direitos e obrigações entre si, vinculadas pelo brocardo "pacta sunt servanda" (AQUINO, 2021:21). Como ápice da civilização humana na elaboração de uma verdadeira ciência do direito, a premissa é a de que o direito romano teria sido tão perfeito que ainda hoje permearia todo o direito civil atual.⁵

Não por acaso é que pouco se fala do instituto do contrato no período medieval. Visto como uma lacuna de conhecimento entre antiguidade clássica e o período moderno, a sua menção se restringe a um tempo de confusão entre direito e religião, reduzindo 1000 anos de história a nove linhas.⁶

Posteriormente, com saltos temporais de mais de 400 anos, é comum que essa análise chegue automaticamente ao Código Civil Francês (1804) e Alemão (1900). Aqui, a familiaridade do leitor com um direito do passado se torna mais intensa: capitalismo, liberdade, igualdade e fraternidade, a oposição entre indivíduo e Estado, o aperfeiçoamento da vontade como dogma, a ideia de liberdade contratual e o individualismo do século XIX.⁷ Tudo se encaixa na mente

⁵ Talvez seja justamente por essa supervalorização da identidade entre o direito clássico romano e o direito civil atual que se estabeleça maiores páginas ao instituto em Roma do que a outros povos, escolas ou períodos históricos, num processo de tentativa de comparação exaustiva de similaridades. Sobre a utilização do direito romano como instrumento primeiro de compreensão do direito privado contemporâneo, ver: GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do direito romano. Curitiba: InterSaberes, 1ª edição, 2021, p. 29-34.

⁶ Um dos exemplos concretos disso é encontrado em: COSTA, Raiane Ingrid Pereira; FREITAS, Josiane Oliveira de. Direito civil – contratos. Londrina: Editora Educacional S.A., 2018, p. 10-11.

⁷ No manual de Leonardo Gomes de Aquino, por exemplo, após treze linhas em que o autor discorre sobre o contrato durante todo o período medieval inglês, é dito que "o contrato tem a sua essência na concepção da autonomia da vontade, pois "dois grandes diplomas legais, code civil de 1804 – francês

do leitor como uma continuidade, o que o induz a acreditar que desde tempos remotos estavam presentes as sementes da mentalidade dogmático-jurídica atual em relação à ideia de contrato.

Por fim, com a chamada “crise do contrato” e conformação de valores liberais a valores sociais, o contrato teria passado a ser analisado dentro de uma perspectiva econômica-social, orientado não somente pela vontade das partes, mas também por controles constitucionais de ordem social.⁸

Ao fim de todo esse desenrolar histórico, chegaríamos naturalmente ao direito contratual de hoje. Aquele mais aperfeiçoado ao longo da história, fruto de grandes sistematizações e diretamente herdeiro de um pensamento privado romanista.

Esta é, em linhas gerais, a história corrente do instituto do contrato nos manuais de direito civil. Salvo raras exceções⁹, é uma história que: a) é

e BGB Bürgerliches Gesetzbuch de 1900 – código civil alemão, ainda vigentes, trouxeram a ideologia da liberdade contratual”, em: AQUINO, Leonardo Gomes de. Teoria geral dos contratos. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021, p. 21-24. Para Paulo Lôbo, após discorrer sobre o modelo romano de contrato, o ápice do instituto “coincidirá com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico e se consagrou a ideia de autonomia privada como princípio fundamental do direito privado”, em: LÔBO, Paulo. Contratos. Coleção Direito Civil, vol. 3. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 20-23.

⁸ A chamada “crise do contrato” seria uma crise da teoria clássica do contrato, em que a vontade dos indivíduos na pactuação dos negócios abre espaço para a intervenção pública nas relações econômicas privadas. Essa visão é associada ao surgimento da ideia de Estado Social. Segundo Paulo Lôbo, “a intervenção pública nas relações privadas, que era excepcional, converteu-se em regra, alcançando seu clímax na atribuição de função social ao contrato (LÔBO, Paulo. Contratos. Coleção Direito Civil, vol. 3. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 23). Carlos Roberto Gonçalves, após discorrer pouco mais de uma página sobre o contrato no direito romano até os códigos francês e alemão, sustenta que a economia de massa dos tempos atuais não mais se coadunaria com o princípio da autonomia da vontade. Segundo ele, “o Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário”, em: GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e atos unilaterais. Coleção Direito Civil Brasileiro, vol. 3, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 28-29.

⁹ Como, por exemplo, em: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do direito civil, vol. 3 – contratos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021, que preliminarmente adverte, antes de entrar ao tema do conceito de contrato, que “não existem institutos jurídicos válidos em todos os tempos em todos os lugares”, esclarecendo que o objeto do estudo diz respeito ao produto de um específico contexto histórico e econômico surgido nos séculos XVIII e XIX; e GOMES, Orlando. Contratos. 27ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, que nega a origem histórica romana da categoria atual de contrato e foge de uma abordagem evolucionista do instituto ao empreender uma análise histórica contratual limitada aos séculos XVIII e XIX. Entretanto, isso apenas em seu manual, que talvez apenas seja uma exceção porque não se debruça muito sobre a história do instituto. Válido lembrar que Orlando Gomes é autor de uma importante obra para a historiografia do direito privado brasileiro, denominada “Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro” (GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Salvador, Universidade da Bahia, 1958). Escrita em 1958 e, por isso, ainda muito embebida em uma historiografia positivista ou tradicional, via a codificação civil como passo natural à evolução cultural do país. Apesar desse

apresentada em capítulos introdutórios, partindo do pressuposto que a análise de um direito contratual do passado nos ajudará a compreender o direito contratual do presente, pois relativamente semelhantes possuidores de uma mesma “essência”; b) se desenvolve por meio de revisões bibliográficas de outras revisões bibliográficas, que também consideram o direito do presente como uma herança natural do direito do passado; c) é baseada em raciocínios lógico-dedutivos, sem qualquer análise empírica do que está sendo dito; d) constrói linhas artificiais e imaginárias de entre um passado remoto e o direito atual, ignorando descontinuidades, alteridades, tradições e fontes próprias do objeto local que se estuda; e) compreende o instituto do contrato como mero ajuste de vontades entre dois indivíduos, tratando-o como algo relativamente estável, com uma continuidade preservada no tempo pela sua vinculação intrínseca à natureza do homem; e, por fim, f) apresenta um poder de síntese surpreendente, percorrendo em poucas páginas desde um passado remoto (seja mesopotâmico, babilônico, ateniense ou romano) até o direito contratual atual.

A discussão sobre os problemas desse tipo de abordagem¹⁰ é o tema do

espírito evolucionista que encarava a tradição lusitana como “atraso” e a codificação como “progresso”, viu o direito civil como fenômeno social e, por isso, utilizou-se de uma perspectiva cultural para perceber certas tendências no pensamento jurídico brasileiro na passagem do século XIX para o XX, como a existência de poderes domésticos, de tradicionalismos e de estruturas sociais conservadoras que se infiltraram no Código Civil de 1916. Ainda que essa obra de Orlando Gomes não traduza um bom exemplo de uma análise que dá conta dos desafios metodológicos de uma boa história do direito no Brasil, é inegável o valor de suas percepções considerando a temporalidade em que foi escrita.

¹⁰ Esse tipo de historiografia tradicional se encontra não somente na literatura dos manuais de direito privado, mas também na mais elevada literatura que moldou a dogmática privatística brasileira do século XX. Pontes de Miranda, tido como um dos maiores juristas brasileiros, é influenciado largamente por ditames positivistas dos séculos XIX e XX na confecção de suas obras. Muito inspirado pelas ideias da Escola de Recife, vê o direito como fato social e o lê de uma maneira naturalista, biologista, cientificista, histórica e sociológica. Tal tendência epistemológica acaba por ver a história como uma natural trilha evolutiva, cercada por leis naturais que guiam a evolução do mundo em direção ao progresso. Isso fica muito claro, por exemplo, quando da leitura da parte I da obra “Fontes e evolução do direito civil brasileiro” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981). Esse plano de fundo historiográfico também se repete na obra de vários outros autores que influenciaram a dogmática atual do direito privado brasileiro, como José Isidoro Martins Jr (MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. História do Direito Nacional. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895; e MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Compêndio Geral da História do Direito. Recife: Livraria Contemporânea, 1898). Clóvis Beviláqua (BEVILAQUA, Clóvis. Theoria geral do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929; BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940; BEVILAQUA, Clóvis. Contribuições para a Historia do Direito. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 1, n. 1, 1891; e BEVILAQUA, Clóvis. A Formula da Evolução Jurídica. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 3, n. 1, 1893); Lafayette Rodrigues Pereira (PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943); Tulio Ascarelli (ASCARELLI, Tullio. Panorama do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1947; e

próximo capítulo.

3. Algumas premissas metodológicas para uma história crítica do direito contratual

Embora a natureza e os objetivos dos manuais não necessariamente envolvam a elaboração de uma historiografia crítica, não é possível realizar uma análise histórico-jurídica séria e comprometida de alguma categoria sem que se estabeleçam algumas premissas metodológicas para tanto. Sem isso, a análise histórica tem apenas uma função acessória no texto, funcionando como mero adorno argumentativo. Esse tipo de análise esvazia a complexidade histórica da realidade e transmite uma mensagem simplista e anacrônica ao leitor¹¹. Mesmo os manuais de direito, que têm como finalidade apresentar de forma clara e didática os principais conceitos de determinada disciplina jurídica, não podem se esquivar da finalidade principal de todo e qualquer texto com algum grau de cientificidade: compreender a realidade.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, trad. de Fábio Konder Comparado, in: *Saggi di Diritto Commerciale*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico, São Paulo, n. 114, p. 237-252, abr./jun., 1999); Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. Saraiva: São Paulo, 1956); Eduardo Espínola (ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Francisco Alves, 1917); António Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, António Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo, Saraiva: 1986); Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976); Enrico Tullio Liebman (LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945); Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 1985; e MELLO, Marcos Bernardes de. Roteiro para Uma História do Direito Civil Brasileiro (a fase pré-codificada). Sergasa, Maceió/AL, 1973); José Xavier Carvalho Mendonça (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro, vol. I, liv. I. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958); Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva; Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001); Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Salvador, Universidade da Bahia, 1958); João de Mattos Antunes Varella (VARELLA, João de Mattos Antunes. Das obrigações em geral. Almedina: Coimbra, 1970); José Carlos Moreira Alves (ALVES, José Carlos Moreira. Posse – Evolução Histórica, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985; ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1965; e ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 185-238, 1993); entre outros.

¹¹ Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, “a riqueza e inesgotabilidade do real são reduzidas a uma lógica aleatória, que acaba ficando presa a interesses que nunca são postos a nu pela sua própria metodologia. Todavia, os interesses que conduzem a tal tipo de historiografia certamente estão ligados ao presente: a lógica da exclusão que rege o discurso histórico positivista é uma lógica que não pertence à época estudada, mas sim aos condicionantes temporais do historiador”. Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito..., p. 61.

Assim, se em outros temas a manualística oferece um retrato panorâmico útil à compreensão da realidade, o resultado comum de uma história elaborada por esse tipo de literatura é o oposto; há uma distorção entre passado e presente.

Uma análise historiográfica crítica vai em outra direção. Foge de senso-comuns, de linhas de continuidade artificiais imaginárias, de narrativas épicas. Pelo contrário, enxerga complexidades e transformações, descontinuidades, tradições, fontes não usuais, traduções de significados.¹²

¹² Sobre uma história crítica do direito, ver: CAZZETTA, Giovanni. *Entangled histories: diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-130, ago. 2021; COSTA, Pietro. Pra que serve a história do direito? Um humilde elogio da inutilidade. In: Id., Soberania, representação, democracia. Curitiba: Juruá, 2010; COSTA, Pietro. *A spatial turn for legal history? A tentative assessment*. In: MECCARELLI, Massimo; SASTRE, Maria Julia Solla. *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Global Perspectives on Legal History*. A Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication. V. 6. Berlin: epubli, 2016; FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008; FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito, in FONSECA, Ricardo Marcelo (org.), Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias, Curitiba, Juruá, p. 19-29; FONSECA, Ricardo Marcelo. *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*. In: SORDI, Bernardo (a cura di). *Storia e diritto: sperienze a confronto*. Milano: Giuffrè, 2013; FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão. Reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil, in Forum Historiae Iuris, Frankfurt-am-Main; FONSECA, Ricardo Marcelo. *Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures*. Revista História do Direito, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 352 - 362, dec. 2020; FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução Teórica à História do Direito. Curitiba: Juruá, 2010; GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 3 ed. Porto: Calouste Gulbenkian, 2001; GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. In: Sequência. UFSC, Florianópolis/SC, v. 26 n. 51 (2005), p. 31-45; GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade, 2ª Ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007; PADOA-SCHIOPPA, Antonio. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014; GUANDALINI JR, Walter. Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano. Sequência (Florianópolis) [online]. 2015, n.70, p. 163-187; GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do direito romano. Curitiba: InterSaberes, 1ª edição, 2021; GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021; GUANDALINI JUNIOR, Walter. História do direito administrativo brasileiro: formação (1821-1895). Juruá Editora, 2016; HESPANHA, António Manuel. A ordem do mundo e o saber dos juristas: imaginários do antigo direito europeu. NY: Amazon books, 2017; HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005; HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Coimbra: edição do autor, 2015; HESPANHA, António Manuel. Filhos da Terra. Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Lisboa: Tinta-da-China, 2019. PETIT, Carlos. *Historia del derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2016; SEELAENDER, Ailton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017; STAUT JUNIOR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, jun. 2005; WEHLING, Arno. Consciência crítica [entrevista]. Revista de História da Biblioteca Nacional, n. 80, maio de 2012. p. 50-55; WEHLING, Arno. A História do Direito e a historicidade do fenômeno jurídico. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 150-166, ago. 2021; WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). História do Direito Privado: olhares diacrônicos. Belo

Ao analisarmos as questões históricas sob essa perspectiva, a identificação das profundas diferenças entre as culturas jurídicas do passado e do presente restará, no mínimo, mais promissora.

3.1. A legitimação do presente

O princípio *manualesco* de fazer uma história evolutiva do instituto do contrato deriva de duas necessidades dos autores: a) resgatar significados no passado que possam ser úteis no presente; e/ou b) utilizar do passado para compreender o presente, projetando nas sociedades anteriores a existência de uma herança histórica em relação ao direito atual.

A busca de uma natureza contratual autônoma e universal na história e o resgate de certos conceitos romanísticos para se elaborar uma análise contratual útil ao presente, como a ideia de *pacta sunt servanda*, é um dos exemplos possíveis desse tipo de narrativa de resgate.

Também fica evidente a tentativa de utilizar o passado para compreender o presente quando se percebe que o resultado natural de uma longa descrição histórica de mais de três mil anos de evolução do direito contratual, resumida em cerca de nove páginas, é o direito positivo brasileiro de hoje. Haveria aqui quase que uma espécie de história comum e universal aos mais diferentes povos, nos mais diferentes lugares, nos mais diferentes períodos; os contratos teriam sido sempre celebrados a partir de uma mesma razão: a convergência de vontades entre as partes.

Walter Guandalini Junior, por exemplo, ilustra bem esses usos anacrônicos do passado pelos manuais de direito quando sustenta que o uso da história não deve ser visto nem como uma viagem de compras, cujo intuito do é adquirir ferramentas para o direito presente (história como presente), nem como uma viagem de peregrinação, cujo intuito é reencontrar a identidade do seu próprio direito (história como linha); deve ser visto como uma viagem de exploração rumo ao desconhecido, sem lugar para chegar, cuja meta é pura e simplesmente uma experiência de estranhamento:

Por fim, uma última possibilidade consiste em viajar ao passado sem destino, como faria

Horizonte: Arraes Editores, 2015; WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

um mochileiro disposto a se perder em um país desconhecidos apenas pelo prazer da experiência singular. Quando isso ocorre, a vigem se torna um fim em si mesmo, materialização de um agir gratuito e desinteressado, sem nenhum objetivo além da própria viagem. [...].

Com essa atitude, o “romanista-mochileiro” viaja ao direito romano como poderia viajar ao direito hindu, ao direito egípcio, ao direito chinês: com curiosidade, mas sem qualquer interesse prático além da própria descoberta de uma nova realidade.

Afinal, ele sabe que as soluções jurídicas criadas pelo direito romano são absolutamente inaplicáveis a uma realidade distinta da que as criou, assim como sabe que o direito romano não é capaz de desvelar a essência de seu próprio direito, pois compreende, como genealogista, que, por trás das coisas, não existe segredo essencial [...]. (GUANDALINI JUNIOR, 2021:54-57)

Qualquer que seja o caso, entre uma história como presente ou como linha de peregrinação (GUANDALINI JUNIOR, 2021:47-54), esse tipo de história tradicional acaba sempre se embaraçando numa análise simplista do passado. Esse vício não é inofensivo. Ele impulsiona uma falsa familiaridade do leitor com um passado remoto, fazendo-o acreditar que o direito contratual do presente está em um estágio evolutivo muito mais avançado daquele do passado. O direito do presente parece ser o único horizonte possível para a teoria contratual ao longo dos séculos.

É fácil fazer uma análise histórico-jurídica nesses termos. Basta escrever uma introdução histórica que sempre busque na ideia de tradição uma justificativa plausível para se afirmar, por exemplo, que desde as sociedades mais primitivas as pessoas realizavam contratos e que a teoria contratual atual passou por vários estágios histórico-evolutivos até chegar ao que se tem hoje. O seu objetivo nunca é estudar efetiva e criticamente o passado, mas sim moldar o conceito estudado em um dispositivo que naturaliza e legitima o direito vigente (HESPANHA, 2005:19-20).

O discurso do contrato visto dessa maneira apenas propicia uma visão histórica do seu conteúdo como sendo indiscutível, autoritário, evolutivo e natural. Se o contrato é essencialmente um acordo de vontades desde os tempos mais primitivos, não haveria motivo para tecer maiores considerações sobre o seu conteúdo na história. As digressões acerca do direito contratual atual já poderiam muito bem abarcar qualquer discussão importante sobre a matéria do passado. Toda a complexidade da discussão já se encontra no direito atual, que é o ponto final de uma longa escala evolutiva do direito. Estudar o passado, portanto, seria irrelevante. O que efetivamente importa, no

final das contas, é a investigação de um direito atual. O passado é algo meramente auxiliar dentro do texto que se constrói.

Essa história tradicional, inflada com uma imensa linha temporal, é um método ineficiente para a complexificação de ideias. É útil para a apropriação do passado em função do presente, mas nada serve para a compreensão das realidades históricas. Pelo contrário, apenas produz grandes discrepâncias de significado sobre o passado que se busca compreender.¹³

3.2. A ideia de descontinuidade

O presente trabalho não busca provar que a categoria do contrato (ou de qualquer outra categoria jurídico-histórica) é atemporal. Pelo contrário, o objetivo proposto é o de quebrar essa ideia; afirmar que, na grande maioria das vezes, a sensação de familiaridade do leitor com institutos do passado é falsa; de observar que há rupturas decisivas nos significados da maioria dos conceitos de direito privado que utilizamos no cotidiano forense hoje; de reiterar que essa aparente continuidade terminológica de conceitos é, em verdade, envolta em uma descontinuidade radical na profundidade semântica dos objetos estudados (HESPANHA, 2005:17-18).

O contrato, como produto histórico, carrega esse caráter móvel e fluído em si mesmo. Por isso, para compreendê-lo efetivamente em uma perspectiva histórica, é fundamental entendê-lo numa lógica semântica relacional-local (HESPANHA, 2005:17-18), em que se pensa tais formas numa perspectiva aproximada aos locais e tempos em que foram concebidas e aplicadas.¹⁴

Uma história crítica parte de um ponto de vista que almeja não a identificação de uma semelhança meramente nominal e artificial de conceitos

¹³ Nas palavras de Paolo Grossi, “obriga uma realidade a cumprir um vistoso salto de níveis transformando-se em uma meta-realidade”, tornando-se “objeto de crença mais do que de conhecimento” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, 2ª Ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 51).

¹⁴ Para Ricardo Marcelo Fonseca, “O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal, tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente” (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Apresentação da biblioteca de história do direito*, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 5).

construídos ao longo do tempo, mas sim que perceba suas rupturas, descontinuidades e as suas diversas semânticas de acordo com cada período e cada local descrito. Apesar de a palavra “contrato” e “contractus” serem praticamente as mesmas, os significados de cada uma dependerão de cada local e período histórico que estão inseridas, podendo elas serem bastante diferentes entre si se examinadas sob uma perspectiva historiografia crítica (STAUT JUNIOR, 2009:1).

Não seria adequado, portanto, pensar o instituto do contrato, ou qualquer outro relacionado a ele, como algo descolado das realidades específicas e condições históricas que deram ensejo às suas complexidades e formas. Não há motivo decentemente razoável para se fazer uma história teleológica do direito¹⁵, pressupondo uma atemporalidade da categoria do contrato, quando, a partir de uma historiografia crítica, ela sequer representa algo de significação contínua no tempo, ausente de rupturas.

O contrato, como produto histórico, deve ser visto com essa tendência inata de resistir a generalizações fáceis e genealogias conceituais ingênuas. A história contratual é fluída e deve ser sempre vista como o produto de contextos históricos particulares e mutáveis.¹⁶

É por isso que a percepção de descontinuidades entre períodos históricos é fundamental para uma leitura séria e comprometida das categorias histórico-jurídicas. O pesquisador dogmático do direito privado que busca estudar o tema dos contratos com alguma mínima profundidade histórica deve se afastar da ideia comum de que a categoria do contrato possui um caráter eterno e universal de justiça através dos tempos. Isso não é verdade. O contrato, assim como qualquer outra categoria histórico-jurídica, pertence a uma dimensão de civilização restrita ao seu contexto (GROSSI, 2005:35).

¹⁵ Sobre uma história teleológica do direito ver, por exemplo: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio...*, p. 29-30.

¹⁶ Ressalvo ainda que, se com essa afirmação acerca da mutabilidade de conceitos pensa-se uma quebra da ideia de tradição, essa quebra, assim como a ideia moderna de continuidade das categorias, é apenas aparente. A ideia de leitura, tradução, apropriação e ressignificação de conceitos é sim incompatível com uma leitura contínua teleológica da história, mas não com a ideia de tradição. Enquanto a ideia de continuidade pressupõe “um sentido fixado no momento da criação da categoria” a tradição se incorpora num sentido contrário, de “elemento dinâmico, em virtude do qual o sentido vai sofrendo modificações que derivam da diversidade dos sucessivos contextos culturais em que a mensagem original é lida”. (Ibidem, p. 48).

Se o pesquisador dogmático do direito privado deseja fazer introduções históricas, também é seu papel atuar como um mediador-comparativista ao analisar categorias de longa duração. Quando está atuando como historiador do direito ao analisar uma determinada categoria na história, cabe a ele relativizar e desmistificar conteúdos que normalmente são considerados como certezas na construção do direito presente (FONSECA, 2006:62). Mesmo o autor dogmático tem essa responsabilidade. Se não na realização da pesquisa empírica em arquivo, na utilização de informações historiográficas comprometidas com a investigação e percepção de liames, influências, descontinuidades, traduções e permanências desses conteúdos em outros locais que vão além de uma historiografia jurídica tradicional. Se os manuais também têm a intenção de lidar com a história, que isso seja feito a partir de uma historiografia crítica especializada no tema, eis que cabe também a ele, autor dogmático, perceber e recordar que “o texto em si é sempre representação de uma realidade de fundo, uma representação parcial e artificiosa por somatória” (GROSSI, 2005:36).

3.3. Por uma história contratual não progressista

A consequência lógica de adotar uma abordagem historiográfica que reconheça descontinuidades é a de não considerar a história como algo sinônimo de progresso.

O objetivo de uma pesquisa histórica deve ser compreender as complexidades históricas do instituto que está sendo analisado. Situa-lo numa história em linha reta, vendo o presente como uma acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade, ao longo dos tempos nada mais faz que reduzir a importância e a complexidade do tema na história.¹⁷ É uma

¹⁷ Nas palavras de Hespanha, “Nesta história progressiva, o elemento legitimador é o contraste entre o direito histórico, rude e imperfeito, e o direito dos nossos dias, produto de um imenso trabalho agregativo de aperfeiçoamento, levado a cabo por uma cadeia de juristas memoráveis. Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. Deste ponto de vista, é sempre possível encontrar prenúncios e antecipações para o que se veio a verificar (cf., infra, 1.2.3). Mas, normalmente perde-se de vista todas as outras virtualidades de desenvolvimento, bem como as perdas originadas pela evolução que se veio a verificar”. Ainda, no mesmo sentido assevera que, “a história progressista promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana e tem inspirado a chamada ‘teoria da modernização’, a qual propõe uma política do direito baseada num

visão que retira a autonomia do campo histórico na construção dos significados do objeto que se estuda, deformando-o pela sobreposição de conceitos e problemáticas do direito presente.

Tomando a categoria do contrato como exemplo, na literatura manualesca ele é essencialmente compreendido como mera convergência de vontades, tendo estado presente em todas as civilizações humanas desde o início dos tempos. Ao longo do tempo, no entanto, viria adquirindo cada vez significados mais racionais, aprimorando-se a cada século que passa.

Há dúvidas, entretanto, se o elemento do consensualismo é suficiente para explicar essa categoria ao longo do tempo. Se esse elemento possui raízes distantes e profundas no tempo ou se é um mero produto recente da modernidade (GROSSI, 2007:25). Se esse tipo de análise não restringe a autonomia da categoria e, conseqüentemente, comete anacronismos e suposições do tempo presente a um tempo passado bastante distante e diverso.

Da mesma forma, esse tipo de interpretação que enxerga o presente como ponto de chegada pressupõe a redução daquilo que veio antes. Vê no passado algo inferior e o presente como algo a ser celebrado. Traduz uma perspectiva evolucionista àquilo que deve ser entendido como alteridade.¹⁸

O passado entendido como alteridade propicia uma compreensão mais precisa da realidade história. Foge de generalidades e busca o específico. Tenta encontrar naquilo que é considerado como atemporal, descontinuidades, falseamentos. Se afasta de uma perspectiva simplista e busca na complexidade histórica a riqueza da categoria jurídica que se estuda.

É por isso que não há como se fazer uma boa história do direito privado com uma visão progressista de mundo, em que a complexidade da vida jurídica é reduzida, em poucas linhas, a meros fragmentos de atualidade.

padrão de evolução artificialmente considerado como universal" (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio...*, p. 19/20).

¹⁸ Sob o ponto de vista de uma história legislativa, por exemplo, apenas possui a finalidade de descrever leis na história; nunca de compreender a realidade. Quem nunca já entendeu-se lendo uma história legislativa contada a partir de sucessivas revogações legais, como se houvesse uma eterna história legislativa, de cadeias e vínculos de revogação e alteração, criando-se sempre uma mesma expectativa de que essa última alteração legal, atualizada pelas últimas jurisprudências e observados os últimos recortes teóricos, é o máximo da evolução humana do conhecimento construído até ali.

3.4. *Por uma história contratual sensível a outros contextos*

Embora o desenvolvimento do pensamento jurídico não possa ser plenamente compreendido sem uma profunda sensibilidade para aspectos técnicos-jurídicos, um olhar focado apenas a um universo de normas é um olhar míope se se busca analisar historicamente uma categoria jurídica.

Com a vinculação do passado ao imaginário contemporâneo à ideia da primazia da lei, da existência de Estado com E maiúsculo e de um direito oficial, quase sempre manuais de todas as áreas do direito descrevem a história de determinado instituto jurídico ignorando outros elementos preciosos na construção dos discursos jurídicos ao longo da história.

No campo da teoria das obrigações e dos contratos, por exemplo, esquece-se de uma longa tradição no campo da tratadística moral e das virtudes, como exercício da *beneficentia*, da *gratitudo* ou da *misericórdia* (HESPANHA, 2005:21). Deixa-se de considerar que fontes primárias indicam que o surgimento do discurso sobre liberdade contratual não se deu tanto devido ao crescimento dos mercados privados nos séculos XVII e XVIII, mas sim porque os fundamentos dessa categoria estavam mais relacionados a uma ordem teológico-moral do que a considerações de política econômica ou à sobreposição doutrinária da vontade como dogma (DECOCK, 2013; LANGHOLM, 1998; GROSSI, 1973). Ignora-se a existência de estruturas mercantis, costumes e uma cultura de negociação na formação de contratos (PETIT, 2016).

Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, por exemplo, “se o historiador do direito não navega por outras áreas e se isola apenas no saber jurídico, ele corre o risco efetivo de produzir uma historiografia jurídica pouco arejada e até mesmo estéril” (FONSECA, 2010:35).

Isso revela que, embora o estudo historiográfico se debruce sobre temas essencialmente jurídicos, os institutos estudados quase sempre se relacionam a elementos muito mais complexos da vida social.

No contexto de uma historiografia contratual, por exemplo, não se pode ignorar elementos econômicos, religiosos, morais e costumeiros. Esses

elementos são essenciais para a compreensão do campo histórico dos contratos e, sem eles, a história que é feita se torna incompleta, deficitária. Todos esses domínios metajurídicos, de acordo com cada local e com cada período histórico, pertencem a um mesmo material normativo, baseados em conceitos, princípios e linguagens que partilham de uma mesma rede de significados, de uma mesma ideologia. Todos esses elementos integram o domínio complexo do contrato e, portanto, não podem passar despercebidos em sua análise histórica.

Nesse contexto, a suposta "autonomia" do campo jurídico-econômico revela-se insuficiente para compreender a realidade do instituto na história. Ao perceber a presença desses elementos metajurídicos, a pesquisa sobre determinado instituto jurídico no passado se abre para uma pluralidade de domínios frequentemente inesperados.¹⁹

4. Para uma nova abordagem do direito contratual: o exemplo do *ius commune*

Já demonstramos no primeiro capítulo como uma história manualesca do contrato é feita: parte sempre de um direito antigo; ignora a medievalidade do instituto; pula para o século das revoluções e, poucas digressões depois, chega-se ao direito brasileiro atual.

No segundo capítulo demonstramos os problemas desse tipo de abordagem: é uma história anacrônica; produz uma falsa sensação de familiaridade do leitor com

¹⁹ Sobre o tema, nas palavras de António Manuel Hespanha: "Estes sistemas de regulação dos comportamentos são inúmeros – da moral à rotina, da disciplina doméstica à organização do trabalho, dos esquemas de classificar e de hierarquizar às artes de sedução. O modo como eles se combinam na construção da disciplina social também é infinitamente variável" (...) "Desde as normas religiosas, aos costumes, desde as regras de organização (*management*) às formas mais evanescentes e difusas da ordem. Embora esta vaga esteja a chegar aos estudos de história jurídica contemporânea – em que a ideia de pluralismo jurídico desafia cada vez mais ousadamente a antiga ideia de que o direito se reduzia à Constituição, ao código e à lei do Estado –, a mais profícua massa de estudos continua a incidir sobre a sociedade e política de Antigo Regime: o direito informal, o direito das comunidades rústicas e camponesas (v.g., Hespanha, 1983, 2002, 2005), o amor e a amizade como sentimentos políticos (Clanchy, 1993, 1993b; Clavero, 1993; Cardim, 2000), a organização do saber (Avellini, 1990; Petit, 1992), a organização do discurso (Grossi, 1992; Costa, 1969, 1986; Beneduce, 1996; Petit, 2000), a disciplina doméstica (Frigo, 1985a), a caridade e a assistência (Serrano González, 1992)" (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio...*, p. 25-26).

o objeto narrado; vê uma continuidade intertemporal²⁰ na categoria estudada; ignora descontinuidades radicais de sentido do objeto que se estuda; reduz o direito do passado ao direito presente; elimina contextos e outros elementos discursivos no processo histórico que não um direito oficial, legislado.

É necessário, no entanto, dar concretude ao pensamento apresentado. Um discurso teórico não demonstrado é um discurso vazio por excelência.

Para esse fim, o objetivo não é essencialmente contradizer aquilo que correntemente é afirmado nos manuais de direito contratual; é exemplificar o valor que uma historiografia crítica do instituto pode fornecer aos pesquisadores do direito atual. É demonstrar que uma investigação mais comprometida com as especificidades históricas de um objeto em determinado período e local pode nos permitir reconhecer uma relatividade histórica do instituto que antes desconhecíamos. É incentivar uma experiência de estranhamento que nos leve a comparar o contexto histórico específico que possibilitou a emergência do instituto com o nosso direito presente. Isso fará com que, a partir das especificidades do passado, o leitor do presente reflita sobre a sua própria noção de contrato.

A ideia, portanto, é muito mais falar daquilo que raramente é dito nos manuais sobre contratos do que contradizer aquilo que usualmente se fala nessa literatura.

Concentro-me, portanto, numa figura que quase nunca é citada nesses manuais e que, quando o é, se limitam a uma síntese de dez séculos em poucas linhas, sem maiores complexidades, com certa confusão: o contrato no *ius commune*.

4.1. Ordem e contrato

²⁰ Parafrazeando Walter Guandalini Junior, a afirmação em si seria lógica e razoável. Portanto, o problema não estaria nela em si, mas sim no que ela implicitamente pressupõe: ao referir-se a uma ideia genérica de contrato, baseando a sua essência no mero acordo de vontades, sem determinar com precisão os significados atribuídos ao conceito de acordo com cada local e período histórico, limita-se a expressar o argumento tautológico de que o contrato “se caracteriza, já desde o início da história do Direito, pela sua flexibilidade e adaptação às várias épocas e pela possibilidade de ser sempre um instrumento do relacionamento humano.” Sendo tautológico, não poderia mesmo estar errado. Todavia, nada contribui para a compreensão da realidade, visto que não é capaz de informar sobre os modos específicos de como o instituto era pensado em cada local e tempo histórico. No fim, essa afirmação, mesmo sendo verdadeira, é inútil ao seu objetivo fundamental de compreensão de uma realidade. Em: GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021, p. 20.

Na grande maioria dos manuais, o contrato no período medieval ou é ignorado ou reduzido à religião. Quase nunca falam sobre ele e, quando falam, essa exposição se dá em poucas linhas, de maneira excessivamente resumida, descritivista, sem maiores complexificações. Se nada situam sobre o contrato no *ius commune* europeu, caem no erro de achar que ou ele desimporta ao leitor (e assim não vale a pena o esforço de se produzir linhas sobre) ou que, como “idade das trevas”, nada relevante se produziu sobre o tema naquele período. E, se falam alguma coisa, caem na armadilha de realizar uma análise superficial e insuficiente sobre o tema, ignorando contrastes, descontinuidades ou momentos de diferenciação entre um direito medieval e um direito do presente. Todos os manuais citados no primeiro capítulo guardam essa mesma realidade.

Esquece-se, entretanto, que embora o período medieval no ocidente europeu seja visto como “idade das trevas”, foi nele que se desenvolveram, de forma muito interessante, as bases modernas do direito privado.²¹ Ao contrário do que usualmente se retrata nos manuais, refinadas teorizações sobre o contrato existiram no direito medieval.

²¹ Guardadas as respectivas proporções e localismos, esquece-se também, por exemplo, que o direito brasileiro, ao menos até o século XIX e meados do século XX, se assemelhava muito mais com uma ordem normativa ligada a esse antigo regime do que com uma modernidade ilustrada das nações mais civilizadas. Sobre o tema, ver, por exemplo: CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem/Teatro de sombras. 2. ed. Parte II: Teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Relume Dumará, 2003; DOMINGUES, Beatriz Helena. Tradição na modernidade e modernidade na tradição: a modernidade ibérica e a revolução copernicana. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 1996; FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, june 2006. ISSN 2236-7284; FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, 2005; FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, 2005; FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. Revista Brasileira de Estudos Políticos. v. 98, 2008; FONSECA, Ricardo Marcelo. *Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures*. Revista História do Direito, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 352 - 362, dec. 2020. ISSN 2675-9284; FONSECA, Ricardo Marcelo. Sujeito e subjetividade jurídica: algumas cenas setecentistas na formação da modernidade. In: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said (org). Estudos em direito privado. Curitiba: Editora Luiz Carlos – Centro de Estudos Jurídicos. 2014; SEELAENDER, Ailton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017; SOUZA, Michael Dionisio de. A presença do direito canônico na cultura jurídica brasileira: um país rumo à modernidade. Universidad del Salvador. *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Facultad de Historia, Geografía y Turismo*, n. 06, 07-31, 2013.

Não era um direito contratual como conhecemos hoje. Não havia Estado, vontades autônomas, sujeitos de direito dotados de uma razão autônoma, abstrata e universal, igualdade entre indivíduos ou a ideia de propriedade moderna. Havia incompletude, reicentrismo, pluralismo, factualidade, desigualdade, coletivismos, status, ordens, costumes (GROSSI, 2014:21-106). Era um direito primordialmente vinculado a uma ordem pré-existente, na qual cada coisa possuía um lugar naturalmente pré-determinado (GROSSI, 2014:93-98). A concretização de pactos e contratos²² sempre era estabelecida e subordinada a partir de um cenário completamente diferente do presente.

O cenário do direito contratual medieval é, por isso, um cenário complexo. Como uma sociedade de ordens, os feixes de incidência normativa que incidiam na disciplina contratual também eram vários. No entanto, ao contrário do direito contemporâneo, não havia nenhum agente que buscasse realizar uma totalização da produção normativa. As ordens normativas se sobrepunham, circundando-se mutuamente, coexistindo todas sob a égide de um direito dotado de diversas autonomias internas.

Falar de contrato nesse contexto é difícil. Não há lei que o defina ou que preveja antecipadamente os objetos dos pactos. Não existem normas anteriores e abstratas que estabeleçam os tipos de contratos admitidos ou não. Nessa temporalidade pré-moderna, antes de tudo, o direito não era fruto de uma vontade legal; era resultado de uma ordem já pré-estabelecida.

4.2. Razão, vontade e contrato

Nessa ordem cosmológica, todas as fontes que estabeleciam vínculos eram fontes inscritas numa ordem natural. A formação do vínculo obrigacional através do contrato residia não num formalismo estrito do direito civil romano, mas em uma perspectiva naturalística que encontrava seu fundamento externo

²² Pactos e contratos que, embora no cenário moderno sejam encarados como sinônimos, nesse contexto pré-moderno possuem diferenças entre si. Um contrato tinha uma natureza mais específica; era um acordo mais solene, com uma forma pré-determinada, com regras mais específicas e com uma garantia judicial mais completa para fazer cumprir as obrigações que dele decorriam. Um pacto, por outro lado, era visto como algo de consenso; não imediatamente exequível em direito e que, por isso, não gerava uma ação específica. Em: HESPANHA, Antônio Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 221-222.

naquilo que era descrito como a razão natural: a razão teológica de Deus com eficácia no mundo dos homens (HESPANHA, 2015:209).

Essa razão teológica estava enraizada na mente de cada indivíduo dentro daquela comunidade histórica específica e constituía o alicerce fundamental do direito natural naquele período. Ao contrário do direito civil, que era um direito posto pelos homens por atos de vontade dentro da comunidade, os princípios do direito natural derivavam diretamente de uma ordem preestabelecida por Deus, que se aplicava a todos aqueles que possuíam o uso da razão (HESPANHA, 2015:73).

A racionalidade desse contexto, portanto, não tem nenhuma relação com a racionalidade moderna. O homem medieval, por si só, nunca pensa de forma individual. Pensa a partir de uma lógica comunitária, comum, baseada numa ordem pré-estabelecida que é fato espontâneo da vida. A razão presente nessa esfera normativa é essencialmente uma razão natural decorrente da ideia de Deus, o que permitia aos homens e mulheres, por meio da observação de uma ordem cosmológica, distinguir o bem do mal e se conduzir em conformidade com ela em todas as suas posturas terrenas, inclusive no momento de celebrarem negócios jurídicos (HESPANHA, 2015:74).

O direito civil, enquanto um direito posto pelos homens no âmbito das cidades e, portanto, como um instrumento de regulação dos contratos, também se inseria nessa lógica. Era ele o instrumento hábil com que uma comunidade se autorregulava, em complementariedade ao direito natural e a outras esferas normativas. Esse direito civil deveria também se orientar pela vontade de Deus, como um espelho refletor da ordem das coisas. Esses feixes normativos orientavam a conduta dos homens e das mulheres e também deveriam estar alinhados com a vontade de Deus, refletindo a ordem das coisas. No antigo regime, todas as esferas do direito, em maior ou menor grau, derivavam da lei natural que Deus impunha ao mundo.

A necessidade de outras ordens para regular os aspectos mais diversos das vidas das pessoas se dava pela impossibilidade de que a lei natural se fizesse clara em todas as situações. Nas palavras de António Manuel Hespanha, sem essa complementariedade de ordens, “o regime das

comunidades seria incompleto, incerto ou sujeito a erros”. E, por isso, “para remediar esta possibilidade de erro sobre o direito natural que surgia o direito positivo, fixando autoritariamente um preceito que faltava ou estava incerto no direito natural” (HESPANHA, 2015:73).

É por isso que o direito civil, ainda que fosse considerado como uma esfera normativa autônoma, orientava suas normativas e guardava proporções a um direito natural anterior sobreposto a ele (HESPANHA, 2015:102). O acesso ao cosmos era universal, intuitivo, geral, sem a possibilidade de haver dúvida ou erro sobre o seu conteúdo (HESPANHA, 2015:74-75). Por outro lado, o direito civil poderia não ser assim tão intuitivo; leis e contratos eram instituídos pelos homens e não por Deus, o que os tornava menos certos e universais em relação à justiça de seu conteúdo. Logo, a possibilidade de violação dos preceitos da razão e da justiça no âmbito deste direito instituído por homens era relevante.²³

A vontade dos contratantes, portanto, estava subordinada à ordem natural das coisas, que significa que não havia espaço, nesse período, para a noção de vontade livre ou autonomia naquilo que se desejava.

A vontade que ultrapassava a natureza do objeto do contrato, por exemplo, não era vista como liberalidade; era encarada como arbítrio. Um contrato era válido quando era honesto, justo, possível, conforme a natureza, aos costumes, adequado ao tempo, ao lugar, necessário, útil, proveitoso à comunidade (HESPANHA, 2015:75). Não quando, por puro e simples voluntarismo, dois contratantes desejavam.

Contratos celebrados nessa ordem derivavam de Deus como sua primeira causa (*causa prima*), mesmo quando a sua causa direta (*causa proxima*) fosse alguma norma instituída pelo legislador secular por meio do direito civil. Com isso, era claro que a celebração de contratos não deveria contrariar os preceitos de uma ordem inscrita na natureza das coisas ou da justiça. Contrariá-los significaria ir contra a ordem natural estabelecida por Deus, o que implicaria no

²³ Considerando que os atos no direito civil eram primordialmente atos de vontade, escreve António Manuel Hespanha que não necessariamente eram atos baseados num processo justo e racional de dedução pois, conforme Domingo de Soto, “a razão humana costumaria estar sujeita a alucinações”. Em: HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 75.

afastamento dos seres humanos do longo caminho de peregrinação em direção ao Céu (SUÁREZ, 1967:6).

Nesta temporalidade, portanto, havia a plena convicção de que a espiritualidade não poderia ser operacionalizada no plano fático dos seres humanos se o direito civil dos homens também não fosse articulado com uma ordem natural do mundo.

Assim, não era a existência de vontades convergentes que vinculava os contratantes ao cumprimento de determinada obrigação, portanto, mas sim a existência de uma equidade natural que obrigava cada parte a cumprir com as suas promessas. A quebra de um contrato não se limitava à esfera individual do contratante; permeava toda a comunidade, que considerava como natural a obrigação de cumprir as convenções celebradas. A quebra de um contrato no contexto pré-moderno, portanto, não era essencialmente “anti-jurídica”, mas sim “anti-natural”.

Isso não significa que a vontade de celebrar determinado pacto ou contrato era irrelevante. É claro que as vontades das partes eram importantes na pactuação de contratos no mundo pré-moderno.²⁴ No entanto, elas não eram o elemento principal da equação do contrato, como o direito moderno pode fazer parecer. A convergência de vontades era apenas um dos tantos elementos fundamentais existentes no direito contratual pré-moderno europeu.

O elemento da vontade ainda precisava ser livre, válido e sem vícios. Porém, o seu caráter era muito mais de consentimento, dependente de uma rede de elementos, do que de dogma, em que a vontade por si só é capaz de criar direitos e obrigações entre as partes. A vontade, por si só, não vinculava.

António Manuel Hespanha, por exemplo, cita outros elementos que podiam fundamentar o vínculo obrigacional ou limitar a eficácia do consenso, como (a) a observância de fórmulas e rituais, como na *stipulatio*; (b) a justiça substancial das promessas, como o estabelecimento de um preço justo; (c) a consideração de cláusulas substanciais ou naturais de cada tipo contratual (*substantialia* e

²⁴ Sobretudo na formalização de pactos e não contratos, em que o arbítrio da parte poderia se intensificar à inexistência de um regime jurídico específico contratual. Sobre o tema, ver: HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 222.

naturalia contractus); (d) a naturalidade de certos instintos como a gratidão; (e) uma certa lógica material das situações (como a entrega de um objeto a outrem, na expectativa de o receber de volta, a gestão de negócios de outrem); (f) a produção de danos, não por dolo, mas com culpa grosseira; etc. (HESPANHA, 2015:211).

A vontade das partes era limitada à uma ordem pré-determinada. O objeto da obrigação tinha que ser querido, lícito, natural, em consonância ao bem comum. Razões de ordem pública determinavam a pactuação. Um pacto ou contrato que prejudicasse terceiro poderia ser visto como não possível, eis que não simularia a ideia de bem comum. Um pacto ou contrato que tivesse como objeto algo imoral, como assassinato ou prostituição, também não seria validamente aceito por não estar subordinado ao direito natural (DECOCK, 2013:442). Um pacto ou contrato que importasse lesão enorme, ou seja, em que o preço fosse inferior a metade ou superior ao dobro do justo valor da coisa também não poderia ser aceito nessa ordem (DECOCK, 2013:217).

4.3. *A ordem das coisas nos tipos contratuais*

A determinação e regulação dos contratos a partir da existência da ideia de ordem também deixa rastros na própria natureza dos tipos contratuais. Cada tipo de contrato, à sua maneira, era permeado pela ideia de ordem que deveria ser respeitada.

Um exemplo disso é o contrato de doação, que, segundo António Manuel Hespanha, revelava de forma clara as crenças implícitas da sociedade acerca da ordem do mundo (HESPANHA, 2015:223).

Embora a doação tivesse um caráter de liberalidade gratuita, era necessário que apresentasse uma causa justa (causa eficiente) para que pudesse produzir efeitos. Essa causa justa era entendida como a efetiva razão que levava o doador a dispor de sua coisa, uma razão que deveria ser extraída da própria ordem natural das coisas.²⁵ Um exemplo de causa justa para uma doação seria a ideia de gratidão.

²⁵ A doação sem causa natural poderia acontecer, porém apenas de forma excepcional. Segundo Hespanha, "tudo isto decorria que a doação simples, espontânea, arbitrária e incausada, puramente liberal, era possível, mas excecional, pelo que, ocorrendo, devia ser verificado se o ânimo de doar –

A gratidão funcionava como causa eficiente que autorizava o doador a agir em prol do donatário, buscando restaurar o equilíbrio patrimonial, uma vez que o donatário havia praticado previamente um ato benfeitor em relação ao doador.²⁶ No entanto, a imoralidade ou torpeza da causa invalidava a doação. Além disso, as condições da doação também deveriam ser possíveis, lícitas e morais. Se a causa da doação não fosse justa, não seria possível realizar tal contrato.

Um outro exemplo é o contrato de mútuo, que também estava sujeito à regulação de uma ordem externa. O simples ato de emprestar dinheiro não era proibido, mas incentivado. Era visto como algo gracioso, atentos à ideia de dádiva que permeava a sociedade pré-moderna. Entretanto, quando dizia respeito à uma cessão onerosa, esse mútuo se transmutava em algo proibido (HESPANHA, 2015:227-228). Enriquecer-se pelo simples decurso de tempo era mais que algo ilícito, era anti-natural, visto como um roubo contra Deus.²⁷

Mesmo nos contratos de compra e venda a ideia de consenso era limitada. A definição do preço da mercadoria, por exemplo, era sempre regida por uma lógica comum, não individual. A vontade dos contraentes era subsidiária à formação do preço da coisa e máxima romana de que a propriedade valeria tanto quanto poderia ser vendida (*res tantum valet quantum vendi potest*) não era absoluta. O que prevalecia nesse contexto era a ideia de equilíbrio e justiça comutativa no contrato. O preço a ser pago pela mercadoria deveria garantir

i.e. sem ser para recompensar ou na perspectiva de um retorno futuro - existira mesmo ou fora apenas induzido por manobras torpes para distorcer a vontade. Se se concluísse que essa vontade de dar tinha existido, ela era respeitada pelo direito, embora sujeita a limitações quanto à pessoa do donatário, quanto a expectativas de terceiros relativas ao património do doador e quanto ao objeto doado". HESPANHA, Antônio Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 223.

²⁶ O instituto da doação ainda passava por um crivo de suspeição entre si, dinamizadas entre duas hipóteses. A primeira de que a doação não poderia ser gratuita, eis haveria já fato ou causa anterior que justificasse esse ato de liberalidade, constituindo, por isso, certa remuneração ou recompensa e não uma doação verdadeira. E, a segunda, de que as únicas doações essencialmente verdadeiras estariam apoiadas sobre os sentimentos de amizade, afinidade ou afeição entre o doador e o donatário, e entre pessoas virtuosas, avaliando-se a natureza do que foi dado e das pessoas envolvidas. Essa segunda hipótese seria tão rara de acontecer que não deveria se presumir e, ainda, deveria ser averiguado cuidadosamente se a vontade de doar era sã, isenta de vícios, ou se se a doação não teria alguma causa não expressa que alterasse a qualificação do contrato. Em: HESPANHA, Antônio Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes..., p. 223-224.

²⁷ Sobre o tema, ver: LE GOFF, Jacques. A Idade Média e o Dinheiro – ensaio de antropologia histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

uma proporção equilibrada entre o que era dado e o que era recebido. Se o preço estabelecido excedesse em muito o seu valor, o contrato sequer poderia vincular.

Do mesmo modo, fixar um preço com base em uma necessidade estritamente individual, como uma situação específica de utilidade para o comprador (*necessitas seu utilitas alterius contrahentis*), poderia significar também a anulação do contrato. O motivo é simples: a estimativa do preço deveria estar mais relacionada a uma perspectiva coletiva do bem comum do que a interesses individuais (DECOCK, 2013:524).

O simples consenso em relação aos preços a serem pagos, sem a salvaguarda do equilíbrio e da justiça contratual, não era suficiente para vincular as partes ao cumprimento do contrato. Mesmo que houvesse consenso, permitir a exploração repetida e injusta das necessidades individuais dos contratantes, em oposição à ideia de equilíbrio e justiça de uma ordem divina já preestabelecida, seria admitir a celebração de acordos contrários a essa ordem divina.

É por isso que, nesse contexto, a vontade individual era estritamente subordinada ao interesse de uma comunidade cosmologicamente ordenada.

4.4. *Interpretatio e contrato*

A interpretação envolvendo pactos e contratos não era diferente. Em alguns casos, pactuação dos contratos poderia ocorrer em circunstâncias menos claras, nas quais não era fácil determinar qual regra de conduta, moral, jurídica ou prática seguir. Nesse cenário, juristas e teólogos desempenhavam o papel de revelar essas regras para a comunidade. Através da atuação desses agentes na identificação dos indícios presentes nessa ordem estabelecida, a *interpretatio*²⁸ era o que guiava as regras contratuais daquela comunidade

²⁸ Essa *interpretatio*, ao contrário do que o sentido moderno do termo “interpretação” pode fazer parecer, não se restringia à uma declaração obediente da norma retirada do texto de autoridade que era interpretado, mas sim o ultrapassava, o complementava, corrigia-o e, até mesmo, o modificava de acordo com o caso concreto (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval...*, p. 278-279). Era uma interpretação móvel, sempre flexível às particularidades do caso concreto. As normas que regulavam essa sociedade eram retiradas diretamente dos fatos, não de uma abstração. Isso demonstrava a factualidade de um direito pré-moderno.

histórica; era como se mantinha uma ordem das coisas em correspondência à criação divina, numa leitura compatível das normativas dos homens com a ordem divina. Quanto mais próxima a regra contratual fosse dessa ordem de coisas, mais justa e verdadeira ela seria.²⁹

Quando se analisava determinada regra contratual, portanto, não se fazia apenas uma leitura e interpretação da norma considerada em si mesma; fazia-se uma leitura da ordem do mundo contida na norma, seja através de aspectos formais objetivos, como por exemplo a aceitação pelo uso (*usu receptio*), a adoção pela prática dos tribunais (*stylus curiae*), a opinião dos especialistas (*opinio communis doctorum*); ou por outros aspectos substantivos materiais, como o de evitar o absurdo ou o inútil (*absurda vel inutilia vitanda*), o de promover a harmonia do direito (*elegantia iuris*), o de favorecer a oportunidade e o bem comum (*utilitas, bonum commune*), etc. (HESPANHA, 2015:82).

António Manuel Hespanha, por exemplo, quando se refere à noção de *débito* na interpretação de São Tomás de Aquino, deixa claro que a justiça das relações se dava pelo respeito e obediência a uma natureza das coisas. Dada a existência de uma ordem das coisas que instaura dívidas recíprocas entre as criaturas de Deus, as relações estabelecidas nessa ordem também constituíam deveres, como o cumprimento integral desse débito.³⁰

²⁹ Segundo António Manuel Hespanha, acerca dessa noção e dos imperativos de honestidade, honra e bondade: "Viver honestamente – que passava por ser um dos preceitos básicos do direito (cf. D., 1,1,10, pr.) – era aderir à natureza das coisas, à ordem natural do mundo. Ser honrado era respeitar a verdade das coisas e esta era a sua natureza profunda, à qual devia corresponder a sua aparência. Porque o comportamento manifestava a natureza, a honestidade e a verdade eram as qualidades daquele que se portava como devia, como lhe era pedido pela sua natureza. Assim, o nobre não se devia comportar como plebeu, se queria manter a honra. Que a mulher honesta (que respeita a sua natureza) se devia comportar como tal, sob pena de não ser tida como honrada. E por aí adiante. Ao passo que a bondade – a qualidade de quem era capaz de intuir o sentido da ordem – era a qualidade principal daquele que tivesse o encargo de julgar." (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio...*, p. 101).

³⁰ As criaturas, como feitas à imagem e semelhança de Deus, deviam respeitar essa ordem, eis que, o débito entre as criaturas entre si era também um débito com a ordem das coisas e, conseqüentemente, um débito com Deus. Nas palavras de António Manuel Hespanha, "E como a soma dos deveres das criaturas entre si é também devida à ordem, ou seja, a Deus, o cumprimento dos deveres recíprocos é, em certa medida, um dever para com Deus e, logo, o tal direito natural acaba por ser um direito divino: "É devido a Deus que se realize nas coisas aquilo que a sua sapiência e vontade estabeleceu e que a sua bondade manifesta... É devido a cada coisa criada que se lhe atribua o que lhe foi ordenado [...] e, assim, Deus faz justiça quando dá a cada um o que lhe é devido segundo a razão de sua natureza e condição" (cf., também, *Summ. theol.*, Ia-Iae, q. 111, 1 ad 2). Este caráter natural da ordem fazia com que ela se manifestasse de muitas formas – pelas tendências naturais (*amores*), com o tempo concretizadas em costumes (*consuetudines vel mores, practicae, styli*), pelas virtudes morais (*amicitia, liberalitas*), pela Revelação divina e também pelo direito formalizado pelos juristas, como peritos na

A especificidade histórica desse direito contratual do passado torna difícil a tarefa de considerar o direito contratual atual como algo de significação contínua no tempo. Em verdade, o direito contratual no *ius commune* era completamente outro, avesso às mitologias jurídicas do mundo moderno.

A percepção dessa alteridade entre o direito contratual medieval europeu e o direito contratual atual é apenas um exemplo da inexistência de continuidades entre o passado e o presente. Mesmo que certas leituras de mundo possam encontrar semelhanças ou elementos comuns entre o direito de um passado remoto e o direito atual, essas continuidades devem ser sempre encaradas com desconfiança pelo leitor que busca efetivamente compreender a realidade histórica. O mesmo cuidado metodológico deve ser aplicado na análise de outros institutos em diferentes períodos históricos.

Ao contrário do que é narrado pela maioria dos manuais, é muito mais provável que uma análise historiográfica séria revele descontinuidades do que elementos de continuidade, evolução ou progresso das categorias jurídicas.

5. Conclusão

A exposição do direito contratual no *ius commune* europeu revela a existência de diferenças fundamentais entre o direito do passado e o direito atual, o que desafia a mensagem comumente transmitida nos manuais de direito de que a categoria do contrato possui uma "essência" intrínseca que estaria presente em todas as épocas. Isso aponta para uma ruptura na concepção tradicional dessa literatura, destacando a necessidade de uma visão mais contextualizada e dinâmica da categoria do contrato ao longo da história.

Para uma abordagem séria e comprometida com a realidade, portanto, um texto jurídico precisa adentrar nas formas específicas dos enunciados discursivos construídos ao longo da história, considerando conceitos e configurações próprias do direito do passado que se busca estudar. Caso o autor dogmático não realize a pesquisa historiográfica ele mesmo, é essencial utilizar autores que a façam criticamente.

observação e memória das coisas sociais, ou mesmo pela vontade do rei, como titular de um poder normativo de origem divina.”. Em: HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio..., p. 110.

A compreensão do instituto do contrato no passado então deverá ser sempre feita levando em conta o contexto histórico de seu desenvolvimento, de um ponto de vista que busque, em sua extensão máxima, afastar-se de construções essencialistas. Analisar uma categoria na história não deverá significar a evocação de óticas deformantes do passado pelas lentes de um direito presente. Isso apenas produzirá uma história em que o instituto estudado acaba por ser entendido como uma construção imutável e estática desde o surgimento da humanidade até os dias atuais, eliminando a historicidade da categoria.

Como demonstrado na análise do contrato no *ius commune* europeu, um dos primeiros passos para compreender a historicidade da categoria é se desviar de visões modernas acerca do que foi essa pré-modernidade, que quase sempre a identificam como algo sinônimo de atraso.

O cenário medieval se define por uma estrutura sociojurídica complexa, caracterizada pela ausência de um poder central que regulasse e absorvesse as relações jurídicas. No entanto, existiam poderes periféricos que dinamizavam e regulavam a sociedade, por meio de particularismos políticos, econômicos e jurídicos. Esses particularismos compunham a sociedade civil e afastavam qualquer pretensão de completude política. A única categoria soberana, ilimitada e mandamental nesse período era a ordem natural de Deus (GROSSI, 2014:59-60).

Neste cenário em que a vontade do indivíduo é minimizada pela existência de uma ordem cosmológica onde o indivíduo é dependente de uma coletividade, não há como se falar em forma moderna, abstrata e simplificada de contrato, na ideia de vontade, sujeito, direito subjetivo ou até mesmo na clássica divisão entre direito público e privado para se pensar o tema (HESPANHA, 2015:28). Talvez até por isso se dê o expressivo desinteresse dos manuais acerca do período.

No entanto, isso não significa que o direito contratual pré-moderno fosse irrelevante, atrasado ou idealizado. Era simplesmente algo diferente, com outros significados e uma formatação histórica distinta. Essa compreensão de alteridade pode nos fazer refletir sobre nosso próprio direito.

Encarar a ideia de contrato como sinônimo de consenso e, conseqüentemente, como algo que essencialmente se traduz em linha reta por toda história humana,

portanto, parece ser um pouco equivocados. Enxergá-lo simplesmente como uma convergência de vontades durante todo período de existência humana reduz a sua complexidade e nada ajuda na compreensão do seu conteúdo numa perspectiva histórica. O contrato ao longo da história envolveu consenso, mas sua significação foi moldada por cada período, local e comunidade histórica, indo além desse aspecto.

Se observadas essas premissas na realização de uma história do direito contratual, a qualidade do discurso histórico presente nos manuais jurídicos será outra. Além de possibilitar uma efetiva compreensão da realidade histórica na formação e transformação do instituto, será possível identificarmos novos elementos no âmbito do direito contratual que antes poderiam passar despercebidos numa análise histórica descomprometida com a realidade. Essa análise crítica possibilitará novas reflexões sobre a atual categoria do contrato, ampliando a possibilidade de construir soluções jurídicas que atendam às necessidades sociais e de desconstruir visões fantasiosas do desenvolvimento histórico do contrato.

No fim, esta percepção de complexidades nos institutos do passado é um dos passos fundamentais para uma boa história do direito contratual (e privado) no Brasil.

6. Referências Bibliográficas

ABADIA, Jesus Linde. *Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la segunda escolastica*. Em: GROSSI, Paolo (a cura di). *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Milano: Giuffè, 1973.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 88, p. 185-238, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse – Evolução Histórica*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Teoria geral dos contratos*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

ASCARELLI, Tullio. *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o*

significado da unificação do direito privado, trad. de Fábio Konder Comparado, in: *Saggi di Diritto Commerciale*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico, São Paulo, n. 114, p. 237-252, abr./jun., 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

AZEVEDO, António Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo, Saraiva: 1986.

BEVILAQUA, Clóvis. *A Formula da Evolução Jurídica*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 3, n. 1, 1893.

BEVILAQUA, Clóvis. *Contribuições para a Historia do Direito*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 1, n. 1, 1891.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 5. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

CAZZETTA, Giovanni. *Entangled histories: diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-130, ago. 2021.

COSTA, Pietro. *A spatial turn for legal history? A tentative assessment*. In: MECCARELLI, Massimo; SASTRE, Maria Julia Solla. *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Global Perspectives on Legal History*. A Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication. V. 6. Berlin: epubli, 2016.

COSTA, Pietro. *Pra que serve a história do direito? Um humilde elogio da inutilidade*. In: Id., *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Raiane Ingrid Pereira; FREITAS, Josiane Oliveira de. *Direito civil – contratos*. Londrina: Editora Educacional S.A., 2018.

DOMINGUES, Beatriz Helena. *Tradição na modernidade e modernidade na tradição: a modernidade ibérica e a revolução copernicana*. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 1996.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem/Teatro de sombras*. 2. ed. Parte II: *Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Relume Dumará, 2003.

DECOCK, Wim. *La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)*. Revista Derecho PUCP, (73), 2014, 513-533.

DECOCK, Wim. *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650)*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Francisco Alves, 1917.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n.º 44, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de Historia del Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação da biblioteca de história do direito, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito, in FONSECA, Ricardo Marcelo (org.), Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias, Curitiba, Juruá, p. 19-29, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução Teórica à História do Direito. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures*. Revista História do Direito, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 352 - 362, dec. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*. In: SORDI, Bernardo (a cura di). Storia e diritto: sperienze a confronto. Milano: Giuffrè, 2013.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Sujeito e subjetividade jurídica: algumas cenas setecentistas na formação da modernidade. In: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said (org). Estudos em direito privado. Curitiba: Editora Luiz Carlos – Centro de

Estudos Jurídicos, 2014.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 98, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: contratos*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ed. Porto: Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador, Universidade da Bahia, 1958.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos unilaterais*. Coleção Direito Civil Brasileiro, vol. 3, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GORDLEY, James. *The Jurists: A Critical History*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. In: *Sequência*. UFSC, Florianópolis/SC, v. 26 n. 51, 2005.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, 2ª Ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. (a cura di). *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Milano: Giuffè, 1973.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. *História do direito romano*. Curitiba: InterSaber, 1ª edição, 2021.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. *História do direito administrativo brasileiro: formação (1821-1895)*. Juruá Editora, 2016

GUANDALINI JUNIOR, Walter. *Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano*. *Sequência (Florianópolis)* [online].

2015, n.70, p. 163-187.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. O árbitro na Antiguidade: *sibûtû, diaitetés, arbiter*. História do Direito, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 11-40, ago. 2021.

HESPANHA, António Manuel. A ordem do mundo e o saber dos juristas: imaginários do antigo direito europeu. NY: Amazon books, 2017.

HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Coimbra: edição do autor, 2015.

HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Filhos da Terra. Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Lisboa: Tinta-da-China, 2019.

LANGHOLM, Odd. *The legacy of scholasticism in economic thought, Antecedents of choice and power, Historical perspectives on modern economics*. Cambridge, 1998.

LE GOFF, Jacques. A Idade Média e o Dinheiro – ensaio de antropologia histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

LÔBO, Paulo. Contratos. Coleção Direito Civil, vol. 3. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Compêndio Geral da História do Direito. Recife: Livraria Contemporânea, 1898.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. História do Direito Nacional. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democratica Editora, 1895.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 1985.

MELLO, Marcos Bernardes de. Roteiro para Uma História do Direito Civil Brasileiro (a fase pré-codificada). Sergasa: Maceió/AL, 1973.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro, vol. I, liv. I. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. Saraiva: São Paulo, 1956.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

PETIT, Carlos. *Historia del derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017.

SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SOUZA, Michael Dionisio de. A presença do direito canônico na cultura jurídica brasileira: um país rumo à modernidade. Universidad del Salvador. *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Facultad de Historia, Geografía y Turismo*, n. ° 06, 07-31, 2013.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SUÁREZ, Francisco. Tratado de Las Leyes y de Dios Legislador. Tradução: José Ramón Eguillor Muniozguren, S.I. - Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Colección Clásicos Políticos; Sección Teólogos Juristas 1967.

TARTUCE, Flávio. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do direito civil, vol. 3 – contratos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VARELLA, João de Mattos Antunes. Das obrigações em geral. Almedina: Coimbra, 1970.

WALD, Arnaldo. A evolução do contrato e o novo código civil. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, número especial 2003. Anais do seminário EMERJ: debate o novo código civil, parte 1, p. 236 a 248, fev./jun. 2002.

WALD, Arnaldo. O contrato no Projeto de Código Civil (da evolução dos interesses conflitantes do passado até a parceria do futuro). In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 9, p.45-51, jan./jun. 1999.

WEHLING, Arno. A História do Direito e a historicidade do fenômeno jurídico. História do Direito, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 150-166, ago. 2021.

WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). História do Direito Privado: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

WEHLING, Arno. Consciência crítica [entrevista]. Revista de História da Biblioteca Nacional, n. 80, p. 50-55, maio de 2012.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

AUTORITARISMO E CONSTITUIÇÃO: O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM DISPUTA E O PENSAMENTO DE FRANCISCO CAMPOS¹

AUTHORITARIANISM AND CONSTITUTION: THE CONCEPT OF DEMOCRACY IN DISPUTE AND THE THOUGHT OF FRANCISCO CAMPOS

Gabriela Back Lombardi²

Laís Piletti³

Resumo: O presente artigo retorna ao pensamento de Francisco Campos a fim de compreender os processos de formação de um arcabouço intelectual autoritário que influencia o imaginário político brasileiro até os dias atuais. Utilizando ferramentas da história dos conceitos constitucionais, o objetivo é contribuir para o debate sobre a erosão democrática no Brasil, através do resgate da disputa em torno do conceito de democracia entre o fim da República Velha e o Estado Novo. O artigo aborda a mobilidade inerente ao conceito de democracia presente na obra de Reinhart Koselleck. Trata do contexto anterior à ascensão da semântica autoritária e apresenta os principais traços do período de crise democrática na Primeira República, destacando a ruptura institucional ocorrida com a Revolução de 1930. Concentra-se especificamente no pensamento jurídico de Francisco Campos, que contribuiu para a construção de uma semântica autoritária da democracia, explorando uma visão de democracia "autêntica" e "verdadeira", em contraposição aos idealismos da Primeira República.

Palavras-chave: constitucionalismo autoritário; crise democrática; Francisco Campos; história dos conceitos.

Abstract: This article revisits the ideas of Francisco Campos in order to understand the processes involved in the formation of an authoritarian intellectual framework that continues to influence Brazilian political thought to this day. By employing tools from the history of constitutional concepts, the aim is to contribute to the debate on democratic erosion in Brazil by examining the debate surrounding the concept of democracy between the end of República Velha and Estado Novo. The article explores the inherent mobility within the concept of democracy as discussed in the works of Reinhart Koselleck. It delves into the preeminent context preceding the rise of authoritarian semantics, outlining the main features of the period of democratic crisis in the First Republic, with particular emphasis on the institutional rupture brought about by the 1930 Revolution. The focus is primarily on Francisco Campos' juridical thought, which played a significant role in constructing an authoritarian semantics of democracy, thereby exploring a vision of an "authentic" and "true" democracy in contrast to the idealisms of the First Republic.

Keywords: authoritarian constitutionalism; democratic crisis; Francisco Campos; history of concepts.

¹ Recebido em 27 de maio de 2023. Aprovado para publicação em 19 de junho de 2023.

² Universidade Federal do Paraná.

³ Universidade Federal do Paraná.

1. Introdução

O presente trabalho procura explicitar os processos de formação de um arcabouço intelectual autoritário que permeia nosso imaginário político até a atualidade, através das ferramentas da história dos conceitos constitucionais. Pretende contribuir para o debate sobre o processo de erosão democrática brasileira a partir do resgate da disputa em torno do conceito de democracia entre o fim da República Velha e o Estado Novo, privilegiando o pensamento jurídico-político do principal intelectual do período varguista. Francisco Campos contribuiu para construir a semântica do termo em contornos autoritários, embebida de um discurso de busca por uma democracia “autêntica” e “verdadeira”, em contraste aos idealismos da Primeira República.

Em fevereiro de 2020, numa cerimônia de entrada de novos alunos na escola preparatória de cadetes do Exército, o Presidente da República então em exercício deu a seguinte declaração:

Alguns acham que eu posso fazer tudo. Se tudo tivesse que depender de mim, não seria este o regime que nós estaríamos vivendo. E, apesar de tudo, eu represento a democracia no Brasil. [...] Nós vivemos em um país livre, esta liberdade vale mais que a própria vida para cada um de nós. Tenho certeza que, junto às Forças Armadas e às demais instituições do governo, tudo faremos para cumprir a nossa Constituição, para fazer com que a nossa democracia funcione e a nossa liberdade esteja acima de tudo (O GLOBO, 2021a).

Em janeiro do mesmo ano, Jair Bolsonaro afirmara que “quem decide se um povo vai viver numa democracia ou numa ditadura são as suas Forças Armadas”(O GLOBO, 2021b), reiterando a estratégia discursiva entre ditadura e constituição, golpe e democracia – intensificada no contexto pandêmico. Desta forma, apesar de pautar seu discurso às massas numa pretensa democracia, Bolsonaro presidiu o quarto país que mais se afastou da democracia em 2020, num ranking com mais de 202 países analisados pelo Instituto V-Dem, ligado à Universidade de Gotemburgo, na Suécia (LÜHRMANN, 2021). As ações de Bolsonaro pautaram-se no majoritarismo traduzido na expressão “o povo me escolheu”, ao mesmo tempo em que minaram a democracia por dentro com

um discurso marcado por elogio à ditadura militar e crítica à imprensa. A semântica democrática foi subvertida à disposição de um projeto populista e patológico à democracia (CUNHA, 2019).

Neste panorama, a ideia de crise da democracia emerge na medida em que a participação e representação como suporte da ação política são reformuladas em vista da exponencial incidência das mídias de massa na formação de consensos e opiniões (COSTA, 2010, p. 221). Toda esta construção culminou nos atentados de 8 de janeiro de 2023, articulados por uma extrema-direita que proclama encarnar em si a constituição e a soberania. Os lemas de conhecimento geral trazem a ideia de derrubar as instituições consolidadas para que se faça a vontade do povo: “abaixo o STF”, “INTERVENÇÃO FEDERAL JÁ”, “SOBERANO É O POVO”.

Manifestações paradoxais como as transcritas acima não são novidade no Brasil. Sob este pano de fundo atual, este artigo parte do diálogo ininterrupto entre presente e passado, exposto através da experiência jurídica (COSTA, 2010, p. 33). A história do conceito de democracia ajuda a compreender a racionalidade por trás da formação de seus significados na História Constitucional Brasileira, ao captar o uso da linguagem como sintoma do avanço autoritário. Posto que os regimes autoritários brasileiros utilizaram os processos constitucionais para legitimar e sedimentar a conquista do poder, assimilar o campo jurídico na organização ditatorial é fundamental para mapear as práticas jurídicas autoritárias na atualidade (CHUEIRI; CÂMARA, 2015, p. 284).

Para tanto, o presente artigo foi estruturado conforme os tópicos a seguir: o primeiro trecho aborda o caráter de mobilidade presente no conceito de democracia, baseado na perspectiva teórico-metodológica da História dos Conceitos de Reinhart Koselleck. Também discute o que se entende por “constitucionalismo autoritário” e por que é válido tomá-lo como objeto de análise. O segundo tópico ocupa-se do contexto anterior à ascensão da semântica autoritária e delinea os principais traços do período de crise democrática na Primeira República, culminado com a ruptura institucional da

Revolução de 1930. O último tópico trata especificamente do pensamento de Francisco Campos acerca da democracia.

2. Democracia como conceito de movimento

As disputas no Brasil atual em torno do sentido da democracia apontam para sua configuração como conceito de movimento, na acepção de Reinhart Koselleck: “[a] expressão democracia transformou-se em conceito universal de organização, que todas as correntes reivindicam para si de diferentes maneiras”. Embora o termo guarde uniformidade ao tratar do lugar do povo no político, são múltiplas as perspectivas adotadas.

Nesta toada, surge uma “disputa pela interpretação política autêntica, pelas técnicas de exclusão destinadas a impedir que o adversário utilize a mesma palavra para dizer ou querer coisa diferente do que se quer” (KOSELLECK, 2006, p. 302). É dizer: a democracia não é um conceito definível em si mesmo, não se constrói de forma essencialista, transparente e unívoca. Pelo contrário, trata-se de um conceito composto por uma variação temporal direcionada a um futuro aberto, disputando-se o ritmo e o caminho a seguir entre as diferentes posições no espectro ideológico (KOSELLECK, 2006, p. 295), mas restando permanente o coeficiente temporal de mudança (KOSELLECK, 2006, p. 299). Não se trata, portanto, de um conceito com apenas uma significação possível: há uma luta simbólica e contingente pelos sentidos possíveis de democracia.

Se há certa continuidade no uso de uma palavra que pode remontar ao século V a.C., a conclusão é diversa quanto à permanência de um significado constante e homogêneo, dependente dos contextos histórico-sociais nos quais foi/é empregado, de modo que a “linha de seu desenvolvimento histórico-conceitual é recortada, ou até fragmentada” (COSTA, 2010, p. 211). Assim, embora o elemento do povo como entidade política autônoma possa ser verificado tanto nas democracias antigas quanto nas modernas, o conteúdo do que se entende por “povo” varia substancialmente (COSTA, 2010, p. 214).

Desta forma, o conceito, ao possuir em si conteúdo social e político, cria uma experiência projetada para o futuro (KOSELLECK, 2006, p. 326). A democracia torna-se “um conceito de expectativa que, sob a perspectiva histórico-filosófica – seja legislativa ou revolucionária – precisa satisfazer necessidades até então desconhecidas, que despontam continuamente, para poder liberar seu verdadeiro sentido” (KOSELLECK, 2006, p. 107).

Portanto, para compreender as semânticas que circundam a democracia atualmente, é preciso uma abordagem conceitual que considere a historicidade presente nas apropriações do termo, bem como o litígio por detrás do que se entende como o correto emprego do conceito. Tal constatação remete à disputa pela interpretação autêntica do conceito, um fenômeno antigo na história brasileira. Em verdade, o período de aparente consolidação democrática pós-88 nos fez esquecer a força dos argumentos autoritários em torno da ideia de democracia que vigoraram no Brasil ao longo do século XX. Novamente, faz-se necessário retomar a preocupação com os contornos do conceito e à possibilidade de “adaptação de teorias, normas, conceitos e institutos jurídicos a fins antidemocráticos” (SEELAENDER, 2013, p. 501), visto que “[o] pensamento jurídico de inspiração direitista e contrário à democracia liberal soube apropriar-se do vocabulário desta última” (SEELAENDER, 2008, p. 425).

A história é linguisticamente mediada, de modo que a interpretação do passado deve se utilizar do horizonte linguístico e semântico vigente à época (JASMIN, 2005). Embora não se reduza à articulação linguística, os acontecimentos e experiências são traduzidos por meio da linguagem, o que aponta para uma historicidade presente nos usos do conceito pelos agentes políticos e sociais (KOSELLECK, 2006, p. 267).

Fazer uma história dos conceitos, portanto, significa melhor delimitar as apreensões linguísticas que determinam, constituem e descrevem experiências. Existe uma relação entre a semântica dos conceitos políticos e sua história que é indissociável e precisa ser melhor estudada, precisamente porque levanta questões incômodas sobre a própria natureza da nossa

tradição jurídico-política e sobre o quanto das experiências autoritárias ainda permanece como racionalidade política.

Note-se que, tratando-se de um estudo voltado à história constitucional brasileira num contexto autoritário, não se trata de fazer propriamente um juízo de valor acerca dos usos linguísticos do conceito de democracia ou legitimá-los de alguma maneira. Pelo contrário, para melhor delimitar o conceito teórico e normativamente, é necessário entender como tais usos compõem ainda hoje nosso horizonte de referência discursivo e nossas estruturas simbólicas de pensamento. Essa é uma hipótese que se ventila justamente pela percepção de que há uma racionalidade autoritária que subsiste em determinados discursos. Desde 1930, o uso do conceito de democracia em sentidos antiliberais vai e vêm, mas não se extingue, mesmo após 1988. Entender esses movimentos é fundamental para melhor compreender o cenário atual e criar proposições de fortalecimento conceitual da democracia.

A análise iniciada de forma diacrônica se completa de forma sincrônica. A relevância da história dos conceitos para atualidade remete, portanto, ao seu papel na formação de estruturas de longa duração:

Os conceitos não nos instruem apenas sobre a unicidade de significados (sob nossa perspectiva) anteriores, mas também contêm possibilidades estruturais; colocam em questão traços contemporâneos no que é não-contemporâneo e não pode reduzir-se a uma pura série histórica temporal (KOSELLECK, 2006, p. 142).

Não se ignora o debate em torno da (im)possibilidade de se falar num constitucionalismo autoritário e, por conseguinte, numa democracia com tais feições. Os argumentos pela impossibilidade remontam à tese de impraticabilidade do constitucionalismo aliado a um regime político sem garantia de liberdades individuais, participação política e direitos fundamentais. Constitucionalismo seria necessariamente a antítese da arbitrariedade, no sentido de que “todo governo constitucional é por definição um governo limitado” (MCILWAIN, 1947, p. 21)⁴.

⁴ Tradução livre de “[a]ll constitutional government is by definition limited government”.

Adota-se, neste artigo, a premissa de que é possível falar de uma história constitucional numa perspectiva mais ampla, onde quer que exista articulação de ordem e poder. Abre-se espaço para analisar experiências autoritárias, como a do Estado Novo, como parte integrante indispensável da narrativa constitucional brasileira, onde houve “apropriação e ressignificação do direito, o qual pode ser usado de forma contraditória e divergente” (CÂMARA, 2017, p. 41).

Por mais contraditório que a conciliação de democracia com autoritarismo e períodos ditatoriais possa parecer na atualidade, a história do pensamento constitucional brasileiro nos mostra longos e recorrentes períodos em que tais configurações discursivas compuseram a própria facticidade da constituição (CUNHA, 2018, p. 86). Ainda que se adote uma premissa segundo a qual não é possível falar em constitucionalismo autoritário, não há como negar a convivência histórica entre constitucionalismo e experiências autoritárias (CÂMARA, 2017, p. 27), de modo que se torna essencial buscar compreender como se consolidou uma tradição de pensamento que deu base às experiências autoritárias. A defesa teórica da impossibilidade de um constitucionalismo autoritário não elimina sua ocorrência histórica. Isso pois

[...] a história das doutrinas constitucionais não entra em pausa durante os regimes autoritários. Compreender o constitucionalismo como um simples andar para frente das garantias individuais, das liberdades e de uma suposta evolução dos sistemas políticos democráticos implica endossar uma perspectiva ingênua da história (ROSENFELD, 2020a, p. 3).

Assim, é possível concluir que “há história constitucional onde existe construção e articulação do princípio da unidade política”, como sustenta Maurizio Fioravanti (2013, p. 575), sem que isso implique juízo de valor sobre os modelos constitucionais em análise. A importância de tais doutrinas para a História Constitucional, portanto, não decorre de seu caráter liberal democrático, mas da facticidade de sua ocorrência, não havendo como ignorar os processos políticos e jurídicos que conduziram, especialmente no campo da história intelectual, aos regimes autoritários.

Entre as décadas de 20 e 30, no que concerne a este trabalho, o conceito de democracia foi ressignificado pelos pensadores do regime varguista em feições antiliberais e corporativistas. É verdade que para a atual teoria constitucional, calcada nas disposições da Constituição Federal de 1988, democracia e autoritarismo são antônimos: trata-se de autoritarismo *ou* democracia. Encarar a historicidade do conceito e sua múltipla significação não implica em negar a impossibilidade de convivência entre autoritarismo e democracia constitucional, mas pode auxiliar justamente na tarefa de melhor delimitar o conceito na atualidade e entender as contradições e caminhos tortuosos que compõem sua narrativa. É assim que uma história do conceito de democracia, no contexto da História Constitucional brasileira, pode ser útil.

3. O Prenúncio da Ruptura: crise da democracia entre idealismo e realismo constitucional

Historicamente, a variação semântica do conceito de democracia encampou duas questões centrais: o problema do fundamento e da legitimidade do exercício do poder político e o problema da titularidade e da modalidade de tal exercício de poder (COSTA, 2010, p. 211). O ponto de partida envolve o contexto no qual as significações autoritárias surgiram nas vozes de teóricos antiliberais. No caso brasileiro, a ascendência de tais vozes se deu no contexto de crise da República Velha, a partir da década de 20, ainda na vigência da Constituição de 1891. Entender o contexto da semântica democrática na Primeira República é fundamental na medida em que as significações posteriores se constroem em contraposição à semântica liberal até então vigente.

O período de crise, por definição, anuncia um fim. A crise, novamente a partir vocabulário de Reinhart Koselleck, projeta-se para o futuro em forma de prognóstico, se constituindo na crítica do espaço de experiência e projetando-se como horizonte de expectativa na certeza de que a transformação das circunstâncias vigentes é dada, invocando o advento do

futuro histórico (KOSELLECK, 1999, p. 111). O ambiente intelectual dos anos 20, já no ocaso da Primeira República, era justamente este – o fim e a mudança anunciavam-se, multiplicando-se as propostas de ordenação nacional a partir da constatação da inefetividade do sistema constitucional até então vigente.

O diagnóstico dos intelectuais do período era de que o sistema político liberal estabelecido pela Constituição de 1891 havia falhado em cumprir suas promessas. O sistema que ocupou o lugar do Império deparava-se com a difícil tarefa de construir ordem e identidade nacional numa país de proporções continentais. Além disso, a mudança de regime teve de construir-se na ausência da figura do Imperador e do Poder Moderador da Coroa, assim como de seus poderes centralizadores políticos e simbólicos que mantiveram, de um modo ou de outro, a unidade do recém-independente Brasil do século XIX.

A garantia formal de liberdades individuais estabelecida na Constituição conviveu com o exercício autoritário do poder por constante recurso a institutos como o da intervenção federal e do estado de sítio para manter alguma estabilidade institucional (ROSENFELD, 2020b). O espírito da interpretação dada à Constituição de 1891 resumiu-se em “esvaziar no conteúdo o que se consagrava na forma” (LYNCH; SOUZA NETO, 2008, p. 36–37), predominando a “inefetividade constitucional, o estranhamento entre as instituições proclamadas e o seu funcionamento concreto” (LYNCH; SOUZA NETO, 2008, p. 47). O próprio Francisco Campos já diria, em 1914, que a acelerada transformação de nosso país não conciliava-se com “uma constituição morta, que nasceu inadaptável às condições orgânicas da nação” (CAMPOS, 1940, p. 9)⁵.

Anos mais tarde, a Constituição de 1891 entraria para a história justamente como símbolo da inefetividade constitucional, de um idealismo que encontrou barreiras na realidade (LYNCH; SOUZA NETO, 2008, p. 26),

⁵ Optamos por manter a grafia do original.

prevalecendo uma interpretação conservadora que colocou os dispositivos constitucionais à serviço da dominação oligárquica. Interpretações de juristas como João Barbalho Uchôa Cavalcanti e Aurelino Leal, que intentaram uma exegese do texto constitucional respeitosa de suas disposições, foram vistas como ingênuas e desconhecedoras da realidade nacional (ROSENFELD, 2020b, p. 6).

O liberalismo político da Primeira República esteve, portanto, sob constante estado de exceção, seja por força de um militarismo positivista, seja pela predominância de um conservadorismo oligárquico (LYNCH; SOUZA NETO, 2008, p. 47).

Joaquim Nabuco, liberal monarquista, adiantava a hipótese de que o Brasil não tinha condições para implantação de um regime democrático, afirmando que aqui “[o] voto não vale nada” (NABUCO, 1999, p. 72). Para Nabuco, nos faltava uma sociedade com caráter democrático e livre. De fato, o liberalismo oitocentista não precisava garantir universalidade de direitos políticos ou efetividade de representação. Entendia-se que o governo era tarefa de uma elite social e intelectual formada por indivíduos livres, homens e proprietários (LYNCH, 2014-, p. 249).

No entanto, a emergência das massas e as constatações de inefetividade do sistema a partir de 1910 começaram a provocar a ruína do sistema. Cresce novamente um conservadorismo estatista repaginado da primeira metade do século XIX, opondo-se aos fundamentos liberais e individualistas do regime republicano de 1891 e denunciando seu idealismo. Neste período, destacam-se nomes como Alberto Torres, Oliveira Vianna, Otávio de Faria, Azevedo de Amaral, Plínio Salgado, Goffredo Telles Jr. e Miguel Reale.

O sentimento de desencanto, de desilusão com a Constituição e descrença na sua capacidade de manutenção de uma estabilidade política mínima é que leva à contestação da democracia representativa como sistema efetivo para garantir o equilíbrio político e social da República, diagnosticada como politicamente incapaz de construir o Estado. Em linha com o debate político dos séculos XVIII e XIX no mundo ocidental, a forma de expressão

da democracia na Primeira República calcava-se na representação (COSTA, 2010, p. 216). Em vista da grave crise da década de 20, no entanto, este vai ser justamente o ponto de crítica dos intelectuais varguistas, que vão subverter o conceito de democracia ao negar seu caráter representativo.

O diagnóstico de crise da década de 20 foi generalizado e suscitou críticas e propostas de reformulação diversas, inclusive não autoritárias. Entretanto, ascendeu na doutrina constitucional brasileira a predominância de um autoritarismo realista como resposta à inefetividade da Constituição de 1891 (ROSENFELD, 2020b, p. 14). Se até então as práticas autoritárias se contrapunham a um discurso liberal, a partir de 1930, com a tomada do poder por Getúlio Vargas, a realidade alinha-se ao discurso antiliberal e sua institucionalização.

4. Democracia e autoritarismo em Francisco Campos

O período que se seguiu à Revolução de 1930 contou com duas constituições, a de 1934, com feições de um “constitucionalismo social” (BERCOVICI, 2008, p. 380–389), e a de 1937, que inaugurou efetivamente o Estado Novo. No entanto, embora o enrijecimento do regime tenha se dado com a outorga da Carta de 1937, em toda a extensão do período varguista predominaram práticas autoritárias (PAIXÃO, 2011, p. 151).

Nesta toada, a derrocada do liberalismo político e a ascensão do constitucionalismo autoritário tiveram como tônica, no debate intelectual, a contraposição entre idealistas constitucionais, defensores do regime liberal, como Rui Barbosa e Pedro Lessa, e realistas autoritários, como Oliveira Vianna, Francisco Campos e Azevedo de Amaral (ROSENFELD, 2020a). Neste período, dá-se o fortalecimento de um autoritarismo não apenas na prática, como na Primeira República, mas também na doutrina e nos institutos jurídicos. Oliveira Vianna, por exemplo, chegou a afirmar que para liberais como Pedro Lessa, “[...] o Brasil ou o povo brasileiro não existia como realidade objetiva” (VIANNA, 1999, p. 344) e que para Rui Barbosa faltava

abordar os problemas do Estado como problemas objetivos, ou seja, “vinculados à realidade cultural do povo” (VIANNA, 1999, p. 380).

É neste contexto que o conceito de democracia vai ser reformulado para fazer frente à semântica liberal e trazer, ao mesmo tempo, legitimação ao regime no processo de absorção das grandes massas na política (ROSENFELD, 2020a, p. 10). Tal reformulação se fez possível, para Ângela de Castro Gomes, na medida em que o ambiente internacional do antiliberalismo⁶ permitiu a captura da bandeira da democracia e sua ressignificação:

O significado histórico da palavra democracia, particularmente no caso da experiência brasileira, esteve associado à dimensão social e não política, o que permitiu a construção de um conceito aparentemente paradoxal: “democracia autoritária”. O Estado brasileiro do pós-1930 pôde então se proclamar, franca e claramente, um Estado forte, centralizado e antiliberal, sem perder a conotação de democrático, isto é, justo e protetivo (GOMES, 2005, p. 107).

O novo Estado moderno que se projetava não dependia do velho princípio liberal de separação de poderes. O esboço desse novo Estado baseava-se no fortalecimento do poder executivo e na transformação do presidente em “autoridade suprema do Estado”, por meio da qual a democracia se manifestava. Trata-se de uma visão cesarista em que se estabelece uma democracia não mais baseada em direitos políticos, mas em direitos sociais e nacionais. O Estado protetivo é democrático, de modo que partidos e assembleias se tornam desnecessários com a centralização da autoridade na figura do presidente (GOMES, 2005, p. 112). O exercício do poder não é apenas concentrado no Executivo, mas *pessoalizado*.

Francisco Campos ocupou centralidade nesta captura do conceito de democracia. Embora não se ignore outras teorizações que subverteram o conceito de democracia liberal, como a democracia corporativista proposta por Oliveira Vianna, foi Campos o responsável por desenvolver o modelo

⁶ O próprio Campos alude ao exemplo das “Revoluções do século XX”, que teriam todas o mesmo sentido de “romper as resistências da máquina democrática para dar livre curso ao ideal democrático”. *In.*: CAMPOS, Francisco. Problemas do Brasil e soluções do regime [1938]. *In.*: *O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico*. Brasília: Conselho do Senado Nacional, 2001, p. 78.

teórico-jurídico do constitucionalismo antiliberal, tendo sido responsável pela Constituição de 1937. Além de ter atuado largamente de forma pragmática, como Ministro da Educação e Saúde Pública do Governo Provisório (MALIM, 2015), por exemplo, o ideólogo central do constitucionalismo antiliberal no Brasil (SANTOS, 2007) constituiu mesmo os fundamentos do pensamento conservador presentes ainda hoje em nosso imaginário político.

Antes mesmo de ascender como figura política nacional, Francisco Campos já começava a desenvolver sua teorização acerca da necessidade de conjugação da democracia com a autoridade. No pequeno texto resultado de um discurso em homenagem ao falecido presidente Afonso Pena, denominado “Democracia e Unidade Nacional” (CAMPOS, 1940), Campos vai tratar das relações entre o princípio democrático presente na então República e a questão da integridade nacional, aludindo à problemática das “autonomias regionaes” na construção da unidade da nação. O texto data de 1914, período em que Campos ainda era jurista em formação na Faculdade Livre de Direito de Belo Horizonte.

Para o Campos estudante, a democracia vigente na Primeira República, que não procurava conciliar-se com as exigências da integridade nacional, teria caráter individualista e regional, acarretando “serias perturbações na constituição organica de quasi todos os paizes republicanos”(CAMPOS, 1940, p. 8). O federalismo radical entraria em conflito com o “espírito mais largo da nacionalidade” e a democracia apenas seria possível caso conciliada com o princípio da unidade nacional.

Campos segue afirmando que a resolução do “problema da democracia” caberia aos juristas “largamente embebidos da inspiração nacional” e “promptos a adaptar os órgãos leaes da nação á satisfação das necessidades democraticas” (CAMPOS, 1940, p. 10), relacionando a construção da estabilidade política à manutenção da tradição pelos estadistas do Império (SANTOS, 2007, p. 289). Assim, haveria um “designio nacional consciente e voluntario, corrigindo a instabilidade do nivel democratico” (CAMPOS, 1940, p. 9). Isso pois

A democracia é por si mesma incoerente, heterogênea e individualista; regime das mudanças periódicas de governo, de renovações e de substituições de princípios e de homens, não tem continuidade de ação nem unidade de plano e de convicções: daí o prejuízo de serem interesses permanentes e relativamente invariáveis, sujeitos a avaliações e critérios desarmônicos (CAMPOS, 1940, p. 9).

Para solucionar tal problema, dever-se-ia recorrer à criação de um espírito nacional por meio da educação coletiva dos povos. Assim, Campos atrela a resolução do problema democrático, que é “essencialmente um problema idealista”, à criação de uma autoridade que reduzisse “a democracia à unidade e à indivisibilidade da nação”. A democracia tem como premissa, portanto, “uma poderosa concentração da autoridade nacional” (CAMPOS, 1940, p. 12): “[o] futuro da democracia depende do futuro da autoridade” (CAMPOS, 1940, p. 13). Ao aliar o conceito de democracia à unidade nacional, Campos contrapõe-se frontalmente ao espírito regionalista do federalismo da Primeira República.

Desde então resta claro a percepção de Campos sobre a necessidade de influir, de *adaptar* a democracia vigente no regime republicano à necessidade de integração nacional. Essa conjugação necessária seria possível em razão do conceito de autoridade. A partir de então, em textos publicados já após a queda do regime liberal, Francisco Campos vai trabalhar com a ideia de criação do mito como solução para o exercício do poder na sociedade de massas em crise. Tal estratégia é elaborada em “A política e o nosso tempo”, de 1935⁷, texto no qual o jurista vai defender o cultivo de uma “imagem dotada de grande carga emocional, destinada a servir de polarizador das ideias ou, melhor, dos sentimentos de luta e de violência, tão profundamente ancorados na natureza humana” (CAMPOS, 2001a, p. 16). Assim, Campos chega a afirmar não ser possível “nenhuma participação ativa das massas na política da qual não resulte a aparição de César” (CAMPOS, 2001a, p. 24).

⁷ Este texto, assim como os demais aqui citados com exceção de “Democracia e Unidade Nacional”, foi compilado na coletânea *O Estado Nacional*, em 1940. Em edição posterior e aqui consultada: *O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico*. Brasília: Conselho do Senado Nacional, 2001.

A personificação do César, tão presente na teoria campiana, se consubstanciou na figura de Getúlio Vargas. Sem a pretensão de anacronismo, parece possível traçar alguma continuidade histórica quanto a tal modelo de autoridade máxima esperado, que parece ainda presente no imaginário político da atualidade. Em tal modelo,

a figura pessoal do presidente torna-se o centro de fixação e simbolização de todo o poder da República, advogando e recebendo maior legitimidade popular que os dois outros poderes, e mesmo investindo *contra* eles. [...] O Executivo personalizado apresenta-se, nesses termos, com o poder e mesmo o dever de absorver as funções de proposição legislativa – uma contraface do bias antipartidário e antiparlamentar então gerado –, e com a obrigação política dos que, porque concentram recursos os mais variados, distribuí-los generosamente. Aí estão as bases de um contrato político não-liberal, fundado em trocas generalizadas e na lógica da outorga, da política como doação (e não como direito) (GOMES, 2005, p. 116).

Campos vai buscar, então, por meio deste texto de 1935, oferecer uma solução ao problema da inserção das massas no jogo político, que teria obrigado a aparição do Estado totalitário e a manifestação pública por meio do poder centralizado. Sua premissa central é de que o princípio básico do liberalismo, qual seja, o de discussão pública das questões políticas, tornou-se impossível na dinâmica temporal pós Revolução Industrial, de modo que a técnica do Estado totalitário precisou voltar-se à democracia. Assim é que “a crise do liberalismo no seio da democracia é que suscitou os regimes totalitários e não estes aquela crise” (GOMES, 2005, p. 30), pois os instrumentos e instituições do liberalismo teriam falhado em garantir a democracia. Assim, o exercício democrático não mais poderia se limitar a representação e deliberação liberal. Em entrevista denominada Problemas do Brasil e Soluções do Regime, de 1938, Campos afirma:

A essência da democracia reside em que o Estado é constituído pela vontade daqueles que se acham submetidos ao mesmo Estado: reside na vontade do povo, como declara, logo de início, a atual Constituição. A afirmação de que o Estado é produzido pela vontade popular não implica conclusão de que o sufrágio universal seja um sistema necessário de escolha, nem de que o Presidente da República deva exercer o seu cargo por um curto período de tempo, não podendo ser reeleito. É absurdo tirar de uma noção meramente formal de democracia conclusões que a prática repele. Os meios pelos quais a vontade popular se pode fazer sentir têm de ser estabelecidos de acordo com a realidade social e não com os ensinamentos meramente dialéticos (CAMPOS, 2001b, p. 75).

Do trecho acima, destaca-se novamente a construção do argumento realista, contrapondo-se aos “ensinamentos meramente dialéticos” atribuíveis aos liberais. Para sanar o problema do exercício da democracia, portanto, o movimento de inserção das massas no jogo político deveria ser mediado pelo próprio presidente, que representaria unicamente os interesses do povo. Assim, a mitificação do líder nacional aparece em Campos como resultado de sua visão das massas como força irracional, predominando um “inconsciente coletivo” na vida em sociedade. Se nas massas havia um “primado do irracional”, como discorre o jurista em texto publicado em 1935 – antes, portanto, do Estado Novo –, o processo político haveria de ser “tanto mais eficaz quanto mais ininteligível”. O modelo liberal, justamente por ser calcado no racionalismo, teria atingido a integração política apenas de forma “precária e parcial”. De tal modo, o irracionalismo seria a ferramenta adequada para integração política total e superação de tal precariedade gerada no liberalismo.

A expressão mais acertada do irracional, por sua vez, constituir-se-ia no mito. Campos estabelece, desta maneira, uma espécie de teologia política em que o líder da nação é instrumento espiritual da integração (CAMPOS, 2001a, p. 19–20), pois o mito se constitui como “uma imagem dotada de grande carga emocional” capaz de polarizar os sentimentos de luta e violência da natureza humana (CAMPOS, 2001a, p. 16). Assim como Carl Schmitt, portanto, Campos critica a fundamentação exclusivamente intelectual da decisão política liberal e trabalha com a “*emocionalização da política*” (SANTOS, 2007, p. 301–303). Desta forma, “o mito é percebido como um meio de acionamento das massas no mundo contemporâneo, isto é, uma técnica que traz em si a violência do irracional, utilizada como condutor de sua nova forma de realização da política” como coloca Rogério Dutra dos Santos (2007, p. 303).

Para além disso, ainda em “A política e o nosso tempo”, Campos vai desenvolver uma teoria constitucional segundo a qual acima da Constituição escrita haveria uma Constituição não escrita onde se encontraria a “regra

fundamental de que os direitos de liberdade são concedidos sob a reserva de se não envolverem no seu exercício os dogmas básicos ou as decisões constitucionais relativas à substância do regime” (CAMPOS, 2001a, p. 28). Acima dos direitos e liberdades, inclusive o direito de participação popular, portanto, deve-se colocar a integridade do regime. Uma democracia substancial seria a única maneira de garantir o funcionamento de tais “processos irracionais de integração política” (CAMPOS, 2001a, p. 28).

Percebe-se que Campos era “capaz de tratar a linguagem corrente e o texto constitucional como matérias maleáveis” (SEELAENDER, 2013, p. 520), assim como os conceitos e categorias jurídicas, reformulando a clássica forma de expressão da democracia liberal – a representação. Para Campos, portanto, democracia era sinônimo de um “governo forte, um Estado profissionalizado, uma burocracia técnica, enfim, não haveria contradição entre um ‘governo democrático’ nesta acepção e uma modernização autoritária” (PAIXÃO, 2011, p. 151).

O liberalismo, assim, não teria a capacidade de racionalizar o processo político, falhando em abarcar as massas (SANTOS, 2007, p. 307). A modernização autoritária, em contrapartida, se daria através da figura do César, do líder mitificado no qual se personaliza toda a sociedade de massa. A integração política depende, portanto, do “ditado de uma vontade pessoal”, expressando-se e instrumentalizando-se pelo plebiscito compreendido como “voto-aclamação”, como se extrai do seguinte trecho de “A política e o nosso tempo”, de 1935:

A única forma natural de expressão da vontade das massas é o plebiscito, isto é, voto-aclamação, apelo, antes do que escolha. Não o voto democrático, expressão relativista e cética de preferência, de simpatia, do pode ser que sim pode ser que não, mas a forma unívoca, que não admite alternativas, e que traduz a atitude da vontade mobilizada para a guerra. [...] Essa relação entre o cesarismo e a vida, no quadro das massas, é, hoje, um fenômeno comum. Não há, a estas horas, país que não esteja à procura de um homem, isto é, de um homem carismático ou marcado pelo destino para dar às aspirações da massa uma expressão simbólica, imprimindo a unidade de uma vontade dura e poderosa ao caos de angústia e de medo de que se compõe o páthos ou a demonia das representações coletivas. Não há hoje um povo que não clame por um César (CAMPOS, 2001a, p. 23–24).

Do trecho acima, impressiona a habilidade de Campos em flexibilizar o conceito de democracia, apresentando-a como plenamente conciliável com um governo ditatorial e com um constitucionalismo declaradamente antiliberal. A legitimação democrática advém, segundo o jurista, da aclamação plebiscitária irracional, calcada na ideia schmittiana de uma democracia substancial (SANTOS, 2007, p. 283)⁸.

A Constituição de 1937, cujo projeto ele escreveu com o auxílio de uma equipe de juristas, trazia previsão expressa de realização de uma consulta plebiscitária à população que, entretanto, nunca se ultimou, de modo que a única finalidade da Carta outorgada foi mesmo de “permitir a utilização livre de meios excepcionais para preservar a ordem social” (SANTOS, 2007, p. 285). No entanto, Campos sustentou a escolha constituinte de restrição do sufrágio universal pela Carta afirmando que esta não faria mais “do que aceitar uma situação de fato, hoje geral do mundo”, de que os problemas técnicos acerca dos quais havia necessidade de legislar não provocavam a emoção nas massas que motivava sua participação:

À medida que os problemas em debate se tornam complexos e, pelo seu caráter técnico, impróprios a provocar nas massas a emoção, a opinião pública passa a desinteressar-se do processo político propriamente dito, só exigindo dos governos resultados que se traduzem efetivamente em melhoria do bem-estar do povo (CAMPOS, 2001b, p. 51).

No texto acima citado, intitulado “Directrizes do Estado Nacional”, publicado no ano de outorga da Constituição, Campos refere-se à nova Carta como “profundamente democrática” (CAMPOS, 2001b, p. 56), de modo que realizaria “melhor os ideais democráticos que as suas predecessoras” (CAMPOS, 2001b, p. 74), muito embora a noção de democracia disposta no

⁸ As aproximações com Carl Schmitt já foram longamente apontadas por trabalhos prévios, inclusive aludindo-se à construção do outro como inimigo na teoria de Campos. Neste sentido, cf. SANTOS, Rogério Dultra. *Teoria Constitucional Antiliberal no Brasil: Positivismo, Corporativismo e Cesarismo na formação do Estado Novo*. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006; PANAIT, Iani. *“Democracia”, “Autoridade” e “Educação”*: A construção do pensamento político-jurídico de Francisco Campos e a Constituição de 1937. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018; e SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1996.

texto constitucional em muito diferisse das concepções usuais do período anterior. O autor da Constituição, que reuniu em si o “poder constituinte originário” (PANAIT, 2018, p. 11), conseguiu estabelecer na norma o conceito de “democracia substancial”, opondo-se à denominada “democracia formal” do liberalismo. Trata-se de uma democracia que não se exerce por voto direto ou representação, como no modelo liberal, mas que se consubstancia na identificação com a figura do chefe do executivo, coadunando-se com a perspectiva de Campos da autoridade como projeto político de estruturação do Estado.

O ideólogo do Estado Novo, assim, não se estabeleceu apenas através de críticas ao Estado liberal, mas propôs efetivamente um novo modelo de Estado cuja legitimidade democrática não advinha da representação parlamentar, mas sim através da mobilização irracional das massas através de um líder mitificado (SANTOS, 2007, p. 282). A ditadura é prevista pelo próprio ordenamento jurídico e legitimada pela Constituição de 1937, na medida em que se descarta a necessidade de intermediação entre o povo e o líder (SANTOS, 2007, p. 310-311).

Portanto, não há como falar de efetiva participação dos cidadãos no debate público varguista. Tratou-se, de fato, de uma ditadura, não havendo materialização de uma esfera pública livre e ativa. A aceitação pública de Getúlio Vargas pode ser atribuída aos toques populistas, mas não a um regime democrático (PAIXÃO, 2011, p. 174). Aliás, a confusão entre o efetivo exercício da democracia e uma certa aclamação populista parece ser sublinhada pelo próprio Campos, quando este afirma que

O presidente é o chefe, responsável da nação e só poderá exercer as enormes prerrogativas da presidência se contar com o apoio e o prestígio do povo, precisando, para isto, de apelar freqüentemente para a opinião, e tendo, assim, o seu mandato um caráter eminentemente democrático e popular (CAMPOS, 2001b, p. 60).

A completa ausência de participação popular no processo constituinte de 1937, outrossim, confirma a ausência do povo na política durante o período, inexistindo esforço de dissimulação de Campos neste sentido. Para o jurista

antiliberal, a decisão política deveria ser declaradamente subtraída “ao processo dialético da discussão, da propaganda e da publicidade”, sendo delegado a “um centro de vontade, de natureza tão irracional como os centros de decisão política dos regimes de ditadura” (CAMPOS, 2001a, p. 28).

Embora deva-se olhar a figura de Campos de acordo com a sua adaptabilidade aos diversos regimes políticos do século XX, como sustenta Airtton Seelaender (2013, p. 495) ao sublinhar inclusive a adoção de uma postura pró-democracia pelo jurista após o ocaso do Estado Novo, parece acertado afirmar que a célebre frase de Rubem Braga resistiu às intempéries da história: “Toda vez que o Sr. Francisco Campos acende sua luz, há um curto-circuito nas instalações democráticas brasileiras”.

5. Conclusão

Traçar linhas entre passado e presente é sempre um desafio quando se pretende construir uma história política ou constitucional metodologicamente coerente. Embora corra-se o risco de certo anacronismo, entretanto, parece fundamental, num país que enfrentou dois regimes ditatoriais no mesmo século, procurar compreender qual a influência que o pensamento autoritário consolidado no Brasil novecentista possui. Após a consolidação da Constituição democrática de 1988, tais questões ficaram adormecidas, mas retornam com vigor nos anos posteriores a 2016, de modo que os paralelos entre o conceito de democracia *substancial* de Campos e a tentativa de captura das instituições democráticas por projetos autoritários no presente são inegáveis. A mesma confusão que o Campos faz entre a ideia central de participação popular democrática e uma espécie de aclamação popular do líder pode ser verificada no Brasil da atualidade.

Existe um discurso autoritário que se repete em nossa história, envolvendo a apropriação da Constituição para legitimação do regime. Os princípios antiliberais formulados na época do Estado Novo foram ressuscitados e reformulados em março de 1964, quando o golpe que iniciou

a ditadura militar foi também legitimado por atos jurídicos. A instituição da repressão, em ambos os regimes, se deu com a preocupação de assegurar ao menos a aparência de legalidade. É como se nosso espaço de experiência autoritário delimitasse o horizonte de expectativa dos modelos de construção do Estado e de cultura jurídica, permitindo que a formulação autoritária do conceito de democracia seja reativada de tempos em tempos.

A consciência histórica sobre a apropriação do direito pelo autoritarismo revela a necessidade de compreender a lógica interna por trás da consolidação de uma tradição constitucional autoritária e nos dá ferramentas para enxergar o fenômeno no presente. Se quisermos evitar a ascendência de tal estrutura ideológica no presente, não podemos negar nosso passado, mas sim buscar conhecê-lo profundamente e nos apropriarmos de nossa experiência constitucional de modo a investigar quais estruturas simbólicas, quais racionalidades políticas podem ser identificadas na tradição brasileira.

Tendo tal esforço em mente, o presente trabalho buscou na História Constitucional Brasileira o fundamento teórico para conceituações autoritárias da democracia. Partindo da concepção do conceito de democracia como conceito de movimento, como formulado pela historiografia de Reinhart Koselleck, buscou-se lançar luz aos processos intelectuais de formação do pensamento do teórico autoritário de centralidade inegável na história brasileira: Francisco Campos. Assim, a problemática centrou-se em tentar compreender qual o papel deste jurista em específico na construção de determinado conceito que embasou a legitimação do regime autoritário.

Entender a historicidade por trás dos conceitos nos ajuda a visualizar o fato de que nenhum direito é conquistado ou estabelecido definitivamente. O discurso dos direitos humanos, por exemplo, foi completamente suspenso durante as duas grandes guerras. É necessário que os juristas se preocupem com a delimitação conceitual normativa dos direitos políticos, civis e sociais, especialmente aqueles ligados ao exercício do poder de dizer o próprio direito. De tal modo, ao contrário dos usos autoritários do direito como legitimador do arbítrio, será possível construir um direito efetivamente

comprometido com a Constituição democrática e com a tarefa de construção de uma cultura popular comprometida com os significados substantivos de Constituição e democracia.

6. Referências

BERCOVICI, Gilberto. Tentativas de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite (org.). História do Direito em perspectiva. Do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável? Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

CAMPOS, Francisco. Democracia e Unidade Nacional. *In*.: Antecipações à reforma política. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1940.

CAMPOS, Francisco. A Política e o Nosso Tempo [1935]. *In*: O Estado Nacional: Sua Estructura, Seu Conteúdo Ideológico. Brasília: Conselho do Senado Nacional, 2001.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes do Estado Nacional [1937]. *In*: O Estado Nacional: Sua Estructura, Seu Conteúdo Ideológico. Brasília: Conselho do Senado Nacional, 2001.

CAMPOS, Francisco. Problemas do Brasil e soluções do regime [1938]. *In*: O Estado Nacional: Sua Estructura, Seu Conteúdo Ideológico. Brasília: Conselho do Senado Nacional, 2001.

CHUEIRI, Vera Karam de; CAMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova*, São Paulo, n. 95, p. 259-288, 2015.

COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: ensaios de História do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, Diogo. Os conceitos de democracia e revolução no pensamento autoritário de direita entre a ditadura do Estado Novo e o fim do regime militar. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 27, p. 86-122, 2018.

CUNHA, Diogo. Uma “Revolução Conservadora”? O Populismo como “Patologia da Democracia” e o Bolsonarismo em Perspectiva Histórica. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 28, n. 1, p. 291-313, 2019

FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo e historia del pensamiento jurídico. Entrevista por Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. *Historia Constitucional*, Madrid, n. 4, pp. 553-581, 2013.

GOMES, Ângela de Castro. Autoritarismo e corporativismo no Brasil: o legado de Vargas. *Revista USP*, São Paulo, n. 65, p. 105-119, mar./mai. 2005.

JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 27-38, fev. 2005.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LÜHRMANN, Anna *et al.* *Autocratization Surges – Resistance Grows: Democracy Report 2020*. Varieties of Democracy Institute (V-Dem). Gotemburgo, 2020. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/de/39/de39af54-0bc5-4421-89ae-fb20dcc53dba/democracy_report.pdf. Acesso em 03 jun. 2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O constitucionalismo da inefetividade: A Constituição de 1891 no cativeiro do Estado de Sítio. *In: ROCHA, Cléa Carpi da (Coord.)*. *As Constituições Brasileiras: Notícia, História e Análise Crítica*. Brasília: Editora OAB, 2008.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Alameda, 2014.

MALIM, Mauro. Francisco Campos. In: ABREU, Alzira Alves de (et al.) (coord.). Dicionário Histórico-Biográfico da Primeira República: 1889-1930. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

MCILWAIN, Charles Howard. Constitutionalism: Ancient and Modern. Cornell University Press: Ithaca, 1947.

O GLOBO. 'Se tudo depender de mim, não seria este regime', diz Bolsonaro. 20 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/se-tudo-depender-de-mim-nao-seria-este-regime-diz-bolsonaro-24891463>. Acesso em 30 de maio de 2021.

O GLOBO. 'Quem decide se um povo vai viver na democracia ou na ditadura são as suas Forças Armadas', diz Bolsonaro. 18 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/quem-decide-se-um-povo-vai-viver-na-democracia-ou-na-ditadura-sao-as-suas-forcas-armadas-diz-bolsonaro-1-24843841>. Acesso em 03 jun. 2021.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. Araucaria, v. 13, n. 26, 2011.

PANAIT, Iani. "Democracia", "Autoridade" e "Educação": A construção do pensamento político-jurídico de Francisco Campos e a Constituição de 1937. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

ROSENFELD, Luis. Sobre idealistas e realistas: o Estado Novo e o constitucionalismo autoritário brasileiro. Veritas, Porto Alegre, v. 65, n. 1, p. 1-19, jan.-mar. 2020.

ROSENFELD, Luis. A crise do pensamento constitucional da Primeira República. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, v. 46, n. 3, p. 1-17, set.-dez., 2020.

ROSENFELD, Luis. Revolução Conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945). Porto Alegre: EdiPUCRS, 2021.

SANTOS, Rogério Dutra. Teoria Constitucional Antiliberal no Brasil: Positivismo, Corporativismo e Cesarismo na formação do Estado Novo. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006.

SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite (org.). História do Direito em perspectiva. Do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Francisco Campos (1891-1968) – Uma releitura. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). As formas do Direito. Ordem, razão e decisão. Curitiba: Juruá, 2013.

VIANNA, Oliveira. Instituições Políticas Brasileiras [1949]. Brasília, Conselho Editorial do Senado, 1999.

A PRIMEIRA CONSULTA POPULAR BRASILEIRA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E JURÍDICA DO REFERENDO DE 1963¹

THE BRAZILIAN FIRST POPULAR CONSULTATION: A HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS OF 1963'S REFERENDUM

Victor Oliveira Queiroz²
Gustavo César Machado Cabral³

Resumo: Este trabalho tem o escopo de traçar uma análise histórica e jurídica acerca do referendo brasileiro de 1963, que foi o primeiro momento de consulta popular realizado na história do país. O referendo indagava os cidadãos acerca de qual sistema de governo escolheriam para a nação, se o parlamentarismo, iniciado dois anos antes, ou se regressar ao sistema presidencialista. Para tanto, traça-se um panorama histórico e político prévio a 1963, para entender os bastidores da realização de tal referendo, em época de instabilidade brasileira. Em um segundo momento, analisa-se a legislação vigente atinente tanto a convocação da consulta popular, quanto das emendas constitucionais que se referiam a inserção do parlamentarismo em 1961 e a volta do presidencialismo em 1963. Conclui-se ao examinar se o referendo de fato nasceu de um anseio popular ou se foi um modo das forças políticas emplacarem um resultado que já se sabia decidido.

Palavras-chave: Consulta popular; Referendo; Política brasileira.

Abstract: This paper has the aim to draw a historical and legal analysis of brazilian 1963's referendum, which was the first moment of popular consultation in Brazil's history. The referendum inquired the citizens about which governmental system they would choose for the nation: the parliamentarism, which had took place for the last two year, or the presidentialism. For that, it is drawn a prior to 1963 historical and political overview, in order to understand the backstage of the referendum, which took in an era of brazilian instability. In a second moment, it is analysed the current law about the popular consultation and the constitutional amendment about the parliamentarism em 1961 and the return of presidentialism in 1963. In the end, it is examined wheter the referendum was an answer to popular expectations or merely a way for the political forces to succeed a result that was already determined.

Keywords: Popular consultation. Referendum. Brazilian politics.

1. Introdução

“Ao Congresso Nacional. Nesta data, e por este instrumento, deixando com o Ministro da Justiça, as razões de meu ato, renuncio ao mandato de Presidente da República. Brasília, 25.8.61” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, [2022], p. 1). Com esses termos escritos em bilhete ao Congresso Nacional foi que Jânio Quadros renunciou à presidência da República apenas sete meses após ser eleito, iniciando-se uma das fases de maior instabilidade política do Brasil, que culminaria com o referendo em 1963 e, um ano mais tarde, com o golpe militar em 31 de março de 1964.

¹ Recebido em 31 de maio de 2023. Aceito para publicação em 11 de julho de 2023.

² Universidade Federal do Ceará.

³ Universidade Federal do Ceará.

O bilhete se tratava, na realidade, de uma artimanha do então presidente para enfraquecer um Congresso que lhe era contrário e atrair mais poderes a si – mesmo jamais tendo admitido isso (FAUSTO, 2013, p. 125). Jânio acreditava sinceramente que nem a população nem o Congresso iriam aceitar na presidência o seu vice, João Goulart, este supostamente atrelado ao comunismo, no auge da Guerra Fria.

Jânio havia feito uma previsão errada e outra certa. Errada porque ao contrário do que pensava, a renúncia não geraria no povo comoção nacional nem súplicas para sua volta à presidência – desta vez, empoderado pela população e com maiores poderes e respaldo no Congresso. Jamais regressou à presidência, tendo sido prefeito de São Paulo no final dos anos 1980 e falecendo em 1992. Sua previsão certa, no entanto, residia no fato de que o Congresso Nacional (e outras camadas da sociedade, sobretudo os militares) não aceitaria com muita facilidade a possibilidade de João Goulart assumir a presidência, fato que culminou nos eventos históricos mencionados neste *paper*.

O referendo de 1963 consultava ao povo acerca de qual sistema de governo decidiriam para o Brasil: o parlamentarismo ou o presidencialismo (AUAD et al., 2004, p. 301). Foi historicamente a primeira consulta popular realizada nacionalmente em um país cuja população não estava (*e ainda não está*) acostumada a decidir os processos decisórios da nação, evidenciado pelos emblemáticos eventos *sui generis* de Independência da nação proclamada pelo próprio herdeiro da Coroa portuguesa e pela Proclamação da República, com chancela militar.

Mesmo após a redemocratização em 1985, o Brasil não construiu uma cultura de instrumentos ativos de participação popular nos processos decisórios do país. A nível nacional somente se registraram outras duas consultas populares após 1963: o plebiscito em 1993, por força do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), acerca da forma e do sistema de governo; e o referendo, em 2005, sobre a comercialização das armas de fogo no país. (HERMANY; GIACCOBO, 2018, p. 8-9).

A nível estadual, o único plebiscito realizado no país havia sido no estado do Pará, em 2011, acerca da criação de outros dois estados: Tapajós e Carajás. Após a edição da Resolução n. 23.385/12 do Tribunal Superior Eleitoral, que facilitou a realização dos plebiscitos e dos referendos a nível

local, registraram-se consultas populares pontuais e municipais nas eleições de 2016 e 2018. (HERMANY; GIACCOBO, 2018, p. 11).

O objetivo do presente trabalho é o de investigar os elementos da primeira consulta popular realizada no Brasil, de ainda débil cultura de participação popular. Para tanto, em primeiro lugar, examinam-se os antecedentes históricos e a conjuntura política, a ainda os bastidores do Congresso e da sociedade às vésperas da realização do referendo de 1963, no contexto de iminente instabilidade política que efervescia no Brasil dos anos 1960, discutindo-se, neste íterim, a realidade sobre o mito da apatia política do povo brasileiro e o conceito de demofobia.

Na segunda parte, traça-se uma análise jurídica de como funcionou o referendo de 1963, com base na Constituição de 1946 e com exame na Legislação eleitoral vigente e na sucessão de emendas constitucionais realizadas às pressas. O que evidenciava o malabarismo realizado para evitar uma ruptura institucional em 1961 e para volta imediata com o sistema presidencial em 1963, após a vitória nas urnas e o fracasso retumbante da experiência parlamentarista à brasileira.

Para tanto, lança-se apoio em uma metodologia que, quanto à técnica, tem base em pesquisas bibliográficas, ou seja, de artigos, livros, dissertações e de arquivos que remontem aos eventos históricos e políticos à época e em pesquisa legislativa, para compreender as antigas leis e emendas constitucionais utilizadas para dar suporte à consulta popular no país. Tendo, ao fim, uma abordagem qualitativa, lastreado na coleta de dados não mensuráveis.

Ademais, tem-se a finalidade metodológica básica pura, ou seja, de aprofundar essencialmente as noções teóricas sobre o período, inclusive com a análise da legislação da época, o que ainda não é comum nos artigos sobre o período. Finalmente, diz-se que o objetivo metodológico do presente *paper* é, em suma, descritivo, isto é, tem o papel de retratar as características da época para, ao final, estabelecer conclusões referentes à temática.

2. Antecedentes históricos ao referendo de 1963: participação popular, demofobia e os jogos políticos

O primeiro período eminentemente democrático na história brasileira se sucedeu após o fim do Estado Novo (1937-1945), com a eleição do então

militar Eurico Gaspar Dutra (PSD) à presidência da República (1945-1950). Obteve vitória com larga vantagem em face de Eduardo Gomes, pertencente à União Democrática Nacional (UDN), de oposição ao varguismo. (STRINGUETTI, 2018, p. 13).

Anteriormente, como se sabe, mesmo com a proclamação da República em 1889, as instituições e as estruturas eleitorais brasileiras eram sensivelmente corrompidas. A nível federal, os presidentes eleitos se alternavam pela situação composta da união entre as oligarquias mineira e paulista. Para sustentar essa engenharia, o nível estadual era marcado pelo coronelismo, o clientelismo e o voto de cabresto. Esse período histórico brasileiro, com o nome de República Velha, perdurou até 1930 e foi seguido pela era Vargas até 1945.

A eleição de Dutra à presidência fora, portanto, um marco que a tradição política pontua como o início de efetiva democracia brasileira. No entanto, é importante que se analise essas mudanças democráticas perante a ótica do povo brasileiro. Há concepções consolidadas mal interpretadas que sugerem ser o povo brasileiro desinteressado pela participação popular, como a clássica, que cita o povo ter assistido “bestializado” à proclamação da República cunhada por Aristides Lobo (CARVALHO, 2004, p. 68).

É impreciso, no entanto, afirmar que o povo brasileiro nunca tentou participar das decisões de poder do país, mesmo face as amarras impostas durante a República Velha. Apenas para mencionar as revoltas urbanas, menciona-se, em ordem cronológica, a Revolta da Vacina (1904), a Revolta da Chibata (1910) e a Revolta dos 18 do Forte de Copacabana (1922) (CARVALHO, 2007, p. 159).

Todas essas revoltas tinham em comum dois elementos. O primeiro, a expressão de intenção de uma experiência genuinamente democrática brasileira. Isto é, de contestar o poder e assim contribuir com a democracia. Com a Revolta da Chibata, a demanda refletia-se em condições mais justas de trabalho militar, sem punições ou castigos autoritários. (NASCIMENTO, 2010, p. 17). Na Revolta da Vacina, buscava-se a liberdade de livre decisão individual e a repulsa à intromissão do Estado. (CARVALHO, 2007, p. 150). Na Revolta dos 18 do Forte de Copacabana, a luta já era propriamente pelas condições eleitorais mais limpas, sem fraudes, e fora da hegemonia

delimitada das oligarquias mineira e paulista. (CANCELIER; SALOMÃO, 2022, p. 54).

O outro elemento em comum que compartilhavam foi a dura repressão que cada uma das três revoltas sofreu pelas autoridades constituídas da Primeira República, o que representa a completa antítese do que significa um governo democrático. Foram trinta mortos e quase mil pessoas presas durante a Revolta da Vacina. (LYNCH, 2013, p. 1492). Na Revolta da Chibata, os participantes foram mortos por tortura. (NASCIMENTO, 2010, p. 17). A Revolta dos 18 do Forte de Copacabana culminou em chacina dos participantes. (CANCELIER; SALOMÃO, 2022, p. 56).

Essas situações ilustram bem o panorama democrático brasileiro, para além do prisma majoritário. Enquanto ocorriam eleições fraudadas, revoltas populares aconteciam demandando o exercício de princípios democráticos na sociedade brasileira, sendo duramente reprimidas. Embora essas revoltas urbanas não representavam uma manifestação organizada contra todo o sistema político brasileiro, a forma como eram arduamente coibidas denotam a aversão que autoridades tinham a qualquer forma de expressão democrática no país.

Nesse sentido, acrescenta Carvalho (2004, p. 70) que a concepção de que a população brasileira era apática à situação política seria exagerada, citando-se a Revolta da Armada e os protestos da Revolta da Vacina. Por sua vez, quando a participação popular era mais contundente face as decisões autoritárias, como nessas revoltas, na República Velha, começava-se a deturpar o conceito de povo, assim, o povo que questionava não poderia ser considerado cidadão, mas escória. (CARVALHO, 2004, p. 72). E à participação popular brasileira buscou-se reduzir pela ridicularização dos participantes ou das suas intenções.

Percebe-se que a história da democracia brasileira é intrinsecamente ligada a demofobia. Lynch (2013, p. 1493) disserta como a classe política, definida como as pessoas de influência que direcionam o interesse público, consistentemente na história do país reprimiam qualquer forma de questionamento ou de exercício democrático pelo povo brasileiro. Na República Velha, foi movido pelo sentimento demóforo que se arquitetou um sistema para afastar a parte essencial da democracia (o povo), desenhando-

se politicamente um sistema de prevalência às oligarquias regionais (LYNCH, 2013, p. 1497).

Posteriormente, com as insatisfações crescentes da multidão carioca, em caráter de demofobia, o governo planejou a mudança da capital para Brasília, para permanecer longe dos clamores populares e da ameaça que a cidade mais populosa do país poderia acarretar ao regime federativo desenhado. (LYNCH, 2013, p. 1500). Foi também movido por esse sentimento que se buscou sistematicamente reprimir, inviabilizar e ridicularizar formas organizadas de oposição durante todo este período historiográfico brasileiro. (LYNCH, 2013, p. 1507).

Assim, o que ocorria no caso brasileiro não era a apatia popular, mas a exclusão forçada do povo do seu direito de participação política e afastamento dos mecanismos eleitorais. (CARVALHO, 2004, p. 91). Durante a Primeira República, a consolidação dos ideais demófbos implicavam em um sistema jurídico-político em que cerca de oitenta por cento dos brasileiros não eram considerados aptos ao voto. Além disso, haviam outras questões sociais impeditivas que afastavam o brasileiro do voto: o conhecimento notório das fraudes eleitorais e o fato de que votar era à época atividade perigosa, pela massiva utilização de capangas, sobretudo na capital do país. (CARVALHO, 2004, p. 87).

Ademais, havia um paradoxo em relação ao que se considerava participação democrática no Brasil. Camadas da sociedade não se escusavam de se manifestar, mesmo diante do autoritarismo, em relação a práticas políticas da República Velha, como visto. No entanto, o exercício da cidadania política no sentido de participação do processo eleitoral também era desconsiderado por outra parte da população. Até os que podiam votar, optavam por não fazer. Em geral, o cidadão republicano era tido como caricatura, o marginalizado, que coadunava com a fraude dos políticos. Para estes, o verdadeiro cidadão deveria se afastar da participação no governo. (CARVALHO, 2004, p. 87).

Com o pós guerra, no entanto, as mudanças sociais e a influência de novos pensamentos políticos, urgia, do ponto de vista popular, a introdução de um novo tempo e de um regime político concretamente mais democrático. Reznik, Miranda e Matos (2021, p. 6) lembram que o fim do período Vargas trouxe em pauta expectativas de democratização aliadas a um

desenvolvimento nacional. Ainda mais, a essa altura, de meados do século XX, um novo corpo de atores sociais anteriormente marginalizados foi introduzido ao cenário político brasileiro, possibilitado pelo avanço dos direitos sociais na era Vargas. (REZNIK; MIRANDA; MATOS, 2021, p. 6).

Assim, abriu-se novas possibilidades à Democracia no Brasil, pela perspectiva de interesse e participação popular. E o Direito brasileiro teve parte nesta realidade. A Constituição de 1946 descrevia o direito de voto para homens e mulheres alfabetizados acima de dezoito anos. As eleições entre as décadas de 1940 e 1960 eram sensivelmente de maior interesse à população, diante da percepção popular de maior lisura do pleito, com a adoção do novo título eleitoral e da cédula única de voto, e diante do caráter mais competitivo das disputas. (NICOLAU, 2014).

Em 1933, o comparecimento dos brasileiros às eleições em proporção a população total do país foi de pouco mais de três por cento. Só três a cada cem brasileiros podiam e tinham interesse em participar das eleições. Em 1945, esse número superou os treze por cento, um marco nunca antes registrado. Em 1960, estabeleceu-se um novo recorde de quase vinte por cento de comparecimento eleitoral. (NICOLAU, 2014). Números que poderiam ser mais significativos se os analfabetos, maior parte da população brasileira, pudessem votar, o que não era permitido, como visto mais à frente.

Logo após a eleição de Dutra, o populista e uma das figuras centrais da história do Brasil, Getúlio Vargas havia regressado ao Executivo nacional, dessa vez pela via eleitoral, em 1950. (STRINGUETTI, 2018, p. 13). O retorno de Vargas ao poder (1951-1954), no entanto, acirrou ao clima que já era de instabilidade na ordem nacional e marcado pelo forte contexto de polarização externa da Guerra Fria. Getúlio fora acusado de ser o mandante do crime de atentado à opositores na Rua Tonelero e duramente pressionado, tanto pela imprensa quanto pelos militares à renúncia da presidência. Desolado, suicidou-se em agosto de 1954, poucos dias após o evento (CAVALCANTE NETO, 2014, n.p).

Mesmo com o trágico episódio, a expectativa pela terceira eleição presidencial consecutiva e a alteração dos paradigmas anteriores, nos anos 1950, culminava em um desejo pela participação popular pelos mecanismos eleitorais. Os jornais impressos, que ocupavam uma significativa porção da formação da opinião pública, sinalizavam este anseio. Para o Jornal do Brasil,

o povo manifestava claro interesse nas questões e nos problemas nacionais, havendo-se consciência em relação ao respeito das liberdades e em geral, os editoriais dos jornais apontavam na capacidade de escolha política pelo voto. (REZNIK; MIRANDA; MATOS, 2021, p. 3).

A eleição que seguiu acarretou na vitória de Juscelino Kubitschek (PSD), da base getulista, sob o mote do desenvolvimentismo de “50 anos em 5”, período em que se controlou os impulsos golpistas de setores militares, tão presente nas décadas de 1950 e 1960. (FAUSTO, 2013, p. 118). A eleição seguinte, no entanto, catapultou Jânio Quadros (PTN) ao Executivo nacional, reabrindo novas margens ao golpismo.

Jânio era uma figura política pitoresca, que já havia sido prefeito e governador de São Paulo. Declarava-se conservador e, no mesmo tempo, condecorava Ernesto Che Guevara com a Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul por liderar a Revolução comunista cubana. (MOLON, 2006, p. 8). Não era, portanto, alguém que remetia tanta estabilidade quanto o seu predecessor.

Externamente, registra-se que havia uma enorme pressão dos Estados Unidos para que o presidente eleito fosse alinhado com o discurso anticomunista. Internamente, o seu governo teria de enfrentar um Congresso cuja maioria era de oposição e em que o presidente não parecia muito disposto a negociar e construir um projeto comum. Pelo contrário, não eram raras suas críticas a moralidade do Legislativo (LOUREIRO, 2009, p. 190) – o que fez o seu governo ser insustentável administrativamente.

Foi almejando retornar ao poder com o apoio do povo – sem sucesso, que Jânio Quadros renunciou à presidência da República e eis o ponto culminante no contexto histórico que abriu espaço ao referendo de 1963. O vice de Jânio Quadros era João Goulart (PTB), anteriormente Ministro do Trabalho de Getúlio Vargas, e sob o qual havia difundido receio de ligações com o Comunismo. (FERREIRA, 2006, n.p).

É importante mencionar que nessa época, por força do art. 81 da Constituição de 1946, o presidente e o vice não eram eleitos como componentes da mesma chapa, mas se candidatavam “*simultaneamente*” (BRASIL, [2022]). Ou seja, havia tanto a eleição para o presidente como para o vice, possibilitando que os dois primeiros na linha sucessória do país divergissem politicamente. Foi o que aconteceu com Jânio Quadros, eleito

pela base conservadora da UDN, e João Goulart, pupilo de Vargas e expoente do trabalhismo brasileiro, eleito pelo PTB. (NEVES, 2001, p. 195).

Goulart já havia sido eleito vice-presidente na gestão anterior, de Juscelino Kubitschek, e reelegeu-se novamente em 1960 em apertado pleito contra Milton Campos (UDN). Estava na China em missão comercial quando Jânio renunciou em agosto de 1961. Criou-se a situação em que o presidente havia renunciado e, ao contrário de suas previsões, o Congresso aceitara sua renúncia; o vice, constantemente alvejado por suposta relação com o comunismo, estava na China e muitos do Congresso e das Forças Armadas não queriam aceitar a sucessão que era legítima. (FAUSTO, 2013, p. 125).

Nesse momento, o país estava à beira do início de uma guerra civil, com inclusive a presença de jipes e carros militares, além de jornalistas e civis recebendo armas e granadas. Odylio Dênis, então ministro de Guerra do Brasil, havia afirmado que caso Goulart regressasse ao país seria preso. Em apoio à ruptura institucional estavam os ministros da Aeronáutica, Gabriel Grün Moss, e da Marinha, Sílvio Heck. Jango, portanto, estava impedido de desembarcar no Brasil. (FERREIRA, 2014, p. 232).

Aliado a isto, remanescia o profundo sentimento de demofobia entre as classes dominantes, durante os anos 1950 e 1960. Englander (2018, p. 14) revela que nesse período o viés de aversão a democracia se daria em face das classes trabalhadoras organizadas. Durante meados do século XX, portanto, o projeto de poder vigente seria para a tutela das classes populares. Como a transição desta época brasileira foi de menos rupturas, o dilema para democratizar a democracia deveria passar pelo fortalecimento do autoritarismo em face do medo do comunismo (ENGLANDER, 2018, p. 14). Por demofobia, João Goulart foi considerado como um representante do comunismo e sua posse como presidente representaria um risco.

Foi neste espaço que surgiu a proposta do parlamentarismo. Diante da limitação imposta pelas Forças Armadas à sua posse, Jango teve de aceitar um acordo costurado no Congresso que previa a instituição do parlamentarismo no Brasil, a redução dos seus poderes no Executivo – diante da nova função de primeiro ministro. Além disso, ficaria delimitado a previsão de um referendo no final de 1965, para saber se o povo concordaria com a continuidade do sistema ou não. Contrariado, decidiu aceitar as imposições e assumiu em 7 de setembro de 1961. (FERREIRA, 2014, p. 251).

Nos bastidores do Congresso, a formulação do parlamentarismo brasileiro se deu com as ideias do deputado Raul Pilla (Partido Libertador), entusiasta do sistema e crítico do presidencialismo, para o qual, seria um formato que afastava a participação popular na administração pública. Os embates no Legislativo se deram em face de Afonso Arinos (UDN), forte defensor do presidencialismo. (BUENO, 2006, p. 125).

Pilla, que era médico de formação, mas político de carreira, já havia proposto a mudança do presidencialismo ao parlamentarismo em pelo menos quatro ocasiões, desde a Constituição de 1946. Finalmente encontrara o espaço propício para a proposição de outro sistema de governo, que seria aprovado mais por receio dos poderes presidenciais de Jango do que propriamente por apreciação dos congressistas ao parlamentarismo. (KLEIN, 2021, p. 230).

Afonso Arinos, que era o relator da emenda na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, teceu duras críticas a proposta da emenda parlamentarista, de autoria de Raul Pilla, momento em que travaram acalorado debate. Pilla tratou de escrever voto em separado para rebater as críticas do udenista, sustentando a compatibilidade do sistema com o país. No final, Arinos foi vencido porque – como próprio admitiu em livro que prefaciou de Pilla, anos mais tarde, sobre o tema – havia chegado na “conclusão de que melhor ou menos mal que o presidencialismo, ele [o parlamentarismo] servirá para vencer a atual crise da democracia brasileira”. (FRANCO; PILLA, 1999, p. 9, comentário meu).

Aprovada a Emenda Constitucional nº 4, de 2 setembro de 1961 que introduzia o parlamentarismo na ordem constitucional brasileira. Como seu indicado para primeiro-ministro, João Goulart havia escolhido Tancredo Neves (PSD), que à época estava afastado da política, por ter perdido a eleição para o governo de Minas Gerais. Conhecido por sua capacidade de articulação política e capacidade de diálogo, seria o melhor nome a facilitar o difícil modelo de parlamentarismo no Brasil. (FRAGA, 2017, n.p.).

No entanto, o formato construído artificialmente para evitar um golpe de Estado e um acirramento de ânimos entre as forças conservadoras e progressistas foi, em síntese, um completo desastre. Em pouco menos de um ano, o gabinete de Tancredo Neves renunciou após pressões para desincompatibilização eleitoral. Para indicar o sucessor, João Goulart teve

três nomes rejeitados pelo Congresso até que a indicação de Brochado da Rocha, um jurista gaúcho, secretário de interior do governo de Leonel Brizola, no estado do Rio Grande do Sul fosse aceito para o cargo de primeiro-ministro. (MELO, 2009, p. 121).

Dois meses depois, Brochado da Rocha também renunciou alegando que não tinha os poderes necessários para executar as reformas de base. Jango indicou Hermes Lima, no final de 1962. A esse ponto, a situação do parlamentarismo no Brasil era tão insustentável e totalmente avessa à prática brasileira, que o referendo que só ocorreria no final do mandato de Jango foi antecipado em dois anos, para 6 de janeiro de 1963. De acordo com Melo (2009), aliás, a própria indicação dos dois últimos primeiros-ministros havia sido uma notória estratégia de João Goulart para minar de vez o parlamentarismo e antecipar a realização do referendo – o que de fato ocorreu. (MELO, 2009, p. 141)

Do ponto de vista popular, é importante salientar que o parlamentarismo nunca teve amplo apoio. Apesar da controvérsia acerca da inclinação ideológica de João Goulart, pesquisa IBOPE realizada no estado da Guanabara, no período em que o então vice-presidente retornava ao Brasil da viagem na China, apontava que 81% (oitenta e um por cento) da população era favorável a posse de Jango sem restrição de poderes, no formato presidencialista, 10% (dez por cento) ponderavam pelo parlamentarismo e 9% (nove por cento) eram contrários à sua posse de qualquer modo. (FRAGA, 2017, n.p).

O cenário parlamentarista adotado durou um ano e meio, contou com três primeiros-ministros e com três gabinetes diferentes, além do verdadeiro esvaziamento de tomada de necessárias políticas públicas efetivas que eram necessárias a mudar a realidade socioeconômica do país, ansiadas pela população. A confusão que era a repartição de poder entre o presidente, o Congresso e o primeiro-ministro certamente não ajudou a tornar opinião pública mais favorável.

Acerca do sistema de governo, a população brasileira era amplamente favorável ao presidencialismo. E também o Congresso (salvo setores mais radicais à direita). Havia ainda forte campanha patrocinada em prol do presidencialismo, enquanto, por outro lado, não houve campanha efetiva a

favor do parlamentarismo. O referendo era, portanto, um jogo pelo qual já se sabia o resultado. (FIGUEIREDO, 1993, p. 2-3).

Na imprensa, a despeito de opiniões contrárias aos gastos exorbitantes empreendidos na campanha de João Goulart pelo “não”, é de se perceber que havia uma tendência na opinião pública pela volta do presidencialismo. O *Jornal do Brasil* estimulava a adesão da população ao referendo, apontando na véspera que o presidencialismo venceria ao parlamentarismo. (CORRÊA, 2017, n.p).

Já o periódico carioca *Última Hora* defendeu expressamente em seu editorial “o voto é não”, assinalando que o parlamentarismo representava o retrocesso. Vale destacar, em divergência, a opinião do *Correio da Manhã*, salientando que João Goulart desprezava caminhos democráticos e era imobilizado na política, pouco reportando a vitória expressiva do “não”. (CORRÊA, 2017, n.p).

Não se pode também olvidar da participação de outros setores da sociedade civil. A campanha pelo “não” teve o financiamento amplo de setores do empresariado brasileiro, inclusive a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, FIESP (que pouco mais de um ano depois apoiaria o golpe militar) e até mesmo da Igreja Católica, por meio da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), estimulando a participação dos fiéis nas urnas. (MELO, 2009, p. 153).

A razão do estímulo da Igreja Católica já indicava, ainda que tacitamente, o seu apoio ao “não” no referendo. Isso porque o maior desafio que os adeptos do presidencialismo enfrentava não seria a vitória nas urnas em si, já que esta era dada como certa, mas justamente a adesão das pessoas ao voto. Não se almejava uma mera vitória, mas uma vitória com *ampla margem*, para conferir respaldo ao governo presidencial de Jango. A pressão também fez com que a Justiça Eleitoral determinasse a obrigatoriedade do voto na consulta popular (MELO, 2009, p. 148) – o que certamente foi o ponto definitivo na volta ao presidencialismo.

As esquerdas e os movimentos sindicais também tiveram papel importante na campanha pelo “não”, interessados no avanço das propostas de *Reformas de Base*, que haviam sido prometidas por João Goulart, caso regressasse à presidência. Destarte, a Confederação Nacional dos Trabalhadores das Indústrias (CNTI) assinou manifesto declarando que o

“não” representava a vitória dos interesses dos trabalhadores e das reformas de base. Este também foi o posicionamento do Comando Geral dos Trabalhadores (CGT) e do movimento estudantil, com a adesão da União Nacional dos Estudantes (UNE). (MELO, 2009, p. 182).

Na data marcada, a pergunta que apareceu nas urnas aos brasileiros foi: “*Aprova o ato adicional que institui o Parlamentarismo?*”. “Não” foi a resposta que prevaleceu, com o apoio de quase 77% (setenta e sete por cento) dos poucos mais de doze milhões de brasileiros que compareceram para o voto. (FIGUEIREDO, 1993, p. 3). Nove milhões e quatrocentos mil brasileiros votaram pela volta do presidencialismo.

Para se ter uma dimensão da maciça opinião popular para votar pelo fim do parlamentarismo, Juscelino Kubitschek havia sido eleito presidente, em 1955, com pouco mais de três milhões de votos em uma eleição que compareceram cerca de nove milhões de brasileiros. Posteriormente, em 1960, Jânio Quadros havia sido eleito com mais de cinco milhões e seiscentos mil votos, em uma eleição que contou com doze milhões e quinhentos mil brasileiros. O fim do parlamentarismo foi o resultado mais expressivo nas urnas da história política brasileira até então.

Como previsto na legislação, no entanto, o voto popular dependeria ainda de nova lei promulgada pelo Congresso – o que se conseguiu com ampla maioria em ambas as casas em velocidade sensível. Em poucos dias, estava promulgada a Emenda Constitucional nº 6, de 1963, que acarretava a volta do presidencialismo. (MELO, 2009, p. 210). João Goulart poderia finalmente exercer os seus poderes como presidente da República e iniciar os seus projetos de reforma de base.

Não por muito tempo. Com a insatisfação crescente dos militares, em 31 de março de 1964, o golpe fora aplicado e iniciava o Regime Militar, que duraria vinte anos. A redemocratização do Brasil só aconteceu em 1985, a primeira eleição direta para presidente em 1990, com a vitória de Fernando Collor de Mello. A próxima consulta popular nacional, em 1993, para indagar ao povo, mais uma vez, acerca do sistema de governo – e o presidencialismo ganhou por larga vantagem de novo.

3. *Análise jurídica da estrutura normativa circundante ao referendo de 1963*

Neste ponto, busca-se analisar o arcabouço normativo que serviu de escopo para a realização do referendo de 1963. Isso se dará pela análise da Constituição de 1946 e das emendas constitucionais que trouxeram à baila a discussão sobre o presidencialismo e o parlamentarismo. Examinar-se-á também a legislação eleitoral que envolveu a realização da primeira consulta popular brasileira.

A Constituição de 1946 foi o quinto texto constitucional de um país que havia se tornado independente em pouco mais de cem anos. Sua disposição de direitos, ao contrário da Carta de 1988, vem no final do texto e dispõe no seu art. 133 e art. 134 que o sufrágio é universal e direto, e o voto secreto e obrigatório para ambos os sexos. (BRASIL, [2022]).

Nesse ponto, é interessante denotar que embora o voto fosse obrigatório para ambos os sexos, o alistamento eleitoral só era obrigatório para homens e para as mulheres que exerciam “atividade lucrativa”, por força do art. 4º, inciso I, alínea “d”, do então vigente Código Eleitoral de 1950. (BRASIL, 1950). Não é necessário muito argumentar que a parcela de mulheres que efetivamente exerciam atividade lucrativa no Brasil da década de 1950 era significativamente irrisória, diante da exclusão do mercado de trabalho, dominado massivamente pelos homens.

Excluídos do voto, no entanto, encontravam-se os analfabetos por força do art. 132, I, da Constituição de 1946, a qual vedava a possibilidade de alistamento eleitoral para ainda os que não sabiam se expressar em português e os privados de seus direitos políticos. Tal exclusão repercutia sensivelmente na proporção dos brasileiros que de fato podiam votar. De acordo com IBGE, até a década de 1950, mais da metade dos brasileiros eram analfabetos, proporção que diminuiu para a ainda expressiva taxa de 40% (quarenta por cento) de analfabetismo na década de 1960. (SOUZA, 1995, p. 172).

Em síntese: em meados de 1960, somente 60% (sessenta por cento) da população brasileira podia de fato votar e o voto só seria obrigatório para os homens e para uma irrisória parcela de mulheres que exerciam atividade lucrativa. Explica-se então porque em um universo de cerca de setenta milhões de brasileiros (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2022], n.p.), não mais do que doze iam às urnas registrar o seu voto.

Em relação à possibilidade de consulta popular, a Carta de 1946 era silente, salvo uma única exceção, prevista no art. 2º, que dizia respeito à segregação ou ao desmembramento de Estados federados. Nesse caso, após o voto das assembleias legislativas envolvidas, um *plebiscito* deveria ser realizado para a aprovação ou rejeição das populações diretamente interessadas e, ao final, contar com a aprovação do Congresso Nacional. (BRASIL, [2022]). Esse cenário jamais ocorreu.

Como observa Benevides (1993, n.p.), o referendo realizado em 1963 ocorreu por expressa alteração do texto constitucional, através da emenda constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, que artificialmente indicaria a data da consulta popular. Percebe-se, neste azo, que o referendo realizado não se tratou de uma solução original ou natural do texto constitucional para resolver um impasse político. Por outro lado, foi um caminho artificial, arraigado como reforma da Constituição, não para conferir poderes ao povo, mas para legitimar uma questão política específica que envolvia a sucessão da presidência no país.

A emenda constitucional nº 4, de 1961, autodenominada de *Ato Adicional*, foi aquela que introduziu o parlamentarismo ao Brasil, como resolução do impasse político ocasionado no país – como visto acima – para a vacância da presidência após a renúncia de Jânio Quadros. João Goulart assumiria, nestes termos, como presidente do Brasil, mas agora, sob o novo sistema de governo, o país também teria um primeiro-ministro.

A emenda apresenta vinte e cinco dispositivos. Os primeiros dezenove descrevem um verdadeiro malabarismo para tentar designar a competência do que agora eram as limitadas funções do presidente da República e ainda estabelecer as atividades do recém-criado Conselho de Ministros. Este seria encabeçado pelo presidente do Conselho (primeiro-ministro), em uma tentativa à brasileira de parlamentarismo que, como já se escreveu, teve péssimo desenlace.

O que interessa, entretanto, são os últimos seis artigos que compõem as disposições transitórias da emenda constitucional. Tal reforma ao texto da Constituição, que buscava regulamentar uma questão política específica, previa no art. 21 que o então vice-presidente, Goulart, exerceria o cargo de Presidente da República até o dia 31 de janeiro de 1966, devendo indicar o

primeiro-ministro e a composição do primeiro Conselho de Ministros, não havendo mais o cargo de vice-presidente. (BRASIL, 1961).

O art. 22 previa que o sistema parlamentarista poderia ser complementado por leis votadas em ambas as Casas do Congresso Nacional, em quórum de maioria absoluta, e que poderá dispor sobre um *plebiscito* a ser realizado nove meses antes do término do mandato previsto para João Goulart, acerca da manutenção do sistema adotado ou pela volta do sistema presidencialista. (BRASIL, 1961). Ou seja, o Congresso poderia convocar um plebiscito sobre o tema para abril de 1965.

A lei eleitoral vigente era o Código eleitoral de 1950 (Lei n. 1.164, de 1950), que trazia em seu bojo importantes mudanças em relação à anteriores disposições do então Decreto-lei 7.586, de 1945. Cita-se a possibilidade de alistamento eleitoral dos até então excluídos “mendigos”, além de aumentar a lista dos cidadãos obrigados ao voto. Foi ainda o primeiro Código eleitoral a introduzir a possibilidade de propaganda partidária, ao destrinchar no art. 151. (BRASIL, 1950).

Todavia, em nada dispunha acerca da viabilidade de consultas populares à população, mas tão somente sobre a estrutura da justiça eleitoral e a organização básica de como as eleições deveriam se estabelecer no país. No mesmo passo, nada havia no ordenamento jurídico pátrio que permitisse a realização de um plebiscito ou de um referendo – tampouco havia precedente normativo brasileiro sobre o tema.

Tratava-se, portanto, de algo inédito na história brasileira. Diante do contexto caótico instituído no país com o parlamentarismo, a troca constante de gabinetes de ministros em menos de um ano, e em face da incapacidade de traçar medidas efetivas de governo, setores do Congresso (impulsionadas por João Goulart) buscaram uma forma de antecipar o plebiscito, que só ocorreria em abril de 1965 para já o começo do ano de 1963.

Benevides (1993, n.p.) denota que não foi sem esforço, na medida em que setores legalistas defendiam a obediência ao prazo estabelecido pela emenda constitucional nº 4. A solução “à brasileira” foi à promulgação de uma Lei Complementar (nº 2, de 1962), a qual sorrateiramente trocava o termo “*plebiscito*” pela expressão “*referendum*”, como para expressar que tal consulta popular convocada fosse outra coisa, diferente da emenda anteriormente promulgada (BENEVIDES, 1993, n.p.).

A Lei complementar nº 2 fora promulgada em 16 de setembro de 1962 e apresentava em seu bojo três artigos, dispondo não apenas sobre a data da consulta popular. Aliás, a ementa da lei aduz que ela “dispõe sobre a vacância ministerial e dá outras providências”. (BRASIL, 1962). Ou seja, veja-se que o legislador teve o escopo expresso de disfarçar o conteúdo da lei e de introduzir a nova data da consulta popular no corpo de uma disposição casual em uma lei que deveria se referir às regras do sistema parlamentarista.

O primeiro dispositivo da referida lei faz justamente as vezes de cavalo de Tróia. Denota regras de vacância do cargo de primeiro-ministro e que prescrevia que sucessão deverá ser com a nomeação de um Conselho Provisório, pelo Presidente da República, até que seja formado um novo Conselho de Ministros (BRASIL, 1962). Uma regra supérflua e que dispensava a edição de uma lei complementar para sua regulamentação.

O art. 2º da Lei complementar nº 2 demonstra o seu real intuito: a convocação de um “referendum” popular para menos de quatro meses depois da data de sua promulgação, com o dia marcado para 6 de janeiro de 1963. (BRASIL, 1962). Nesse ponto, é interessantíssimo observar a artimanha do Congresso para burlar a antiga data prevista para a consulta.

Ora, se antes se tratava de um *plebiscito* para conhecer a preferência da população sobre o parlamentarismo e o presidencialismo; agora o objeto seria um *referendo* com o fito de saber se a população ratificava a própria emenda constitucional nº 4. A mudança de nomenclatura foi tecnicamente correta, pois o plebiscito ocorre antes da elaboração de lei, para conhecer a opinião popular sobre uma temática; enquanto o referendo se sucede após a edição da lei, para saber se o povo ratifica o texto elaborado ou não.

O restante do art. 2º da Lei complementar se trata de normas de implantação do sistema de governo escolhido. No §1º, dispõe-se que o Congresso deverá organizar, em um prazo de noventa dias, o sistema de governo escolhido pela maioria dos brasileiros, após a proclamação do resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Em não realizado a organização do sistema de governo no prazo delimitado pela lei, denota-se que até nova regulamentação, o país deveria observar a emenda constitucional nº 4, em caso de vitória do parlamentarismo. Em vencendo o presidencialismo,

procede-se por voltar a vigorar na plenitude o texto da Constituição de 1946. (BRASIL, 1962).

Mas o Congresso não demorou em editar a nova lei após a vitória acachapante do presidencialismo. Ainda em janeiro de 1963, quinze dias depois da consulta popular, fora editada a brevíssima Emenda constitucional nº 6. Esta dispunha, em menos de cinquenta palavras ao todo, que estava revogada a Emenda Constitucional nº 4, ao passo em que se restabelecia o presidencialismo, nos moldes da Constituição de 1946. (BRASIL, 1963).

Haviam duas únicas mudanças realizadas para o sistema de governo no país, introduzidas pela Emenda constitucional nº 6. O primeiro, da não recepção do art. 61 da Constituição de 1946. Este dispositivo previa a regra de que o vice-presidente da República exerceria as funções de presidente do Senado Federal, onde teria apenas o voto de qualidade. (BRASIL, [2022]). Desse modo, com a mudança pela emenda constitucional nº 6, a atribuição de presidência do Senado deixava a alçada do vice-presidente da República para ser ocupado exclusivamente por um senador.

A segunda disposição serviu para introduzir uma alteração no §1º do art. 79 da Constituição de 1946, e organizar a linha sucessória da presidência em caso de vacância ou impedimento do presidente e do vice-presidente da República. Seriam chamados, respectivamente: o presidente da Câmara dos Deputados, o presidente do Senado Federal e o presidente do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, [2022]) – regra mantida até hoje, sob a égide da Constituição de 1988.

Organizado estava o formato institucional no país, com o regresso do sistema de governo do presidencialismo, e com a chefia do Executivo à incumbência de João Goulart, o qual teria os amplos poderes como chefe de governo e chefe de Estado. A vacância do cargo de vice-presidente, que só seria suprida (em tese) na eleição posterior no formato simultâneo anteriormente percorrido. A presidência da Câmara com Ranieri Mazzilli (PSD) e a presidência do Senado Federal com Auro de Moura Andrade (PSD). Essa seria a formação que deveria durar até 31 de janeiro de 1966, quando o mandato presidencial se encerrava – mas havia um golpe no meio do caminho, e os militares tomaram o poder em 31 de março de 1964.

4. Conclusões

Deve-se encarar o referendo de 1963 como um fruto de seu tempo. A história política do Brasil (que não é muito bem conhecida por vivenciar longa estabilidade) enfrentava um período de especial efervescência de um país que acabara de ver pouco antes o suicídio de seu maior ator político no século XX e a renúncia em poucos meses de um presidente pitoresco. Tudo isso envolto em um contexto de forte polarização política externa – com as pressões da Guerra Fria – e interna – com o varguismo, o udenismo, a pressão militar e o Congresso dividido.

Havia, é certo, anseio popular na participação política, fruto das mudanças sociais e da possibilidade de mecanismos eleitorais que finalmente proporcionavam um jogo eleitoral mais limpo no país. No entanto, parte significativa da população continuava marginalizada das decisões pátrias. Não espontaneamente, reforça-se, mas por exclusão do voto pelos analfabetos, maior parte do contingente populacional. Mais uma clara atuação das forças demóforas, tão presente na história política do Brasil desde antes da instituição da República.

O referendo não foi, neste azo, um modo de fortalecimento da participação popular e de empoderamento de um povo. Ao contrário, representaria um “*jeitinho*” em duas ocasiões. Primeiro, para evitar um golpe de Estado, e viabilizar a presidência de João Goulart, através de aplicação singular de uma segunda experiência à brasileira de parlamentarismo. Este havia sido impedido de exercer a presidência, em primeiro lugar, pelo sentimento demofóbico vigente que reforçava a ameaça do imaginário comunista.

O resultado: em um ano e meio, foram três primeiros-ministros e três conselhos de Ministros e uma verdadeira ineficácia em realização de quaisquer políticas públicas mínimas. Um novo “*jeitinho*” surgiu para evitar que o sofrimento se prolongasse por outros anos. Antecipou-se a consulta popular (que um ano antes era intitulada de plebiscito e doravante passaria a ser referendo) acerca do sistema de governo que seria o da preferência do brasileiro (se o parlamentarismo ou o se o presidencialismo).

O presidencialismo venceu com larga vantagem, para surpresa de ninguém, com a chancela de um povo que sempre esteve acostumado a contar com uma figura central a dirigir a vida política do país e que vivenciou um parlamentarismo no qual nem mesmo o próprio Congresso o entendia muito bem. E embalados pela marcha de Elizeth Cardoso, o resultado já se

antevia com a letra da canção: “*Meu povo, está na hora de acabar a confusão / Toda a nação vai responder que ‘não’ / O Ato Adicional tá indo mal / Todo o meu povo, com razão / Vai responder que ‘não’, ‘não’ e ‘não’*”. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022, n.p.).

Lógico que o Congresso e as forças dominantes vigentes poderiam, sem titubear e sem qualquer margem de participação popular, ter decidido pelo retorno do presidencialismo. Ora, já haviam inventado de última hora um sistema de governo parlamentar para conter certos setores da sociedade e engenhosamente frear a presidência daquele que constitucionalmente era previsto para assumi-la. Contar com a expressão da voz popular, no entanto, poderia mascarar a bagunça política brasileira e, ainda mais, aparentar que o próprio povo legitimava a presidência de João Goulart.

A legislação refletia a ordem política nacional. A sucessão de emendas constitucionais e leis que instituíam sistema de governo e definiam datas para uma consulta popular. Alteravam a data e o próprio formato de consulta e revogavam o sistema de governo para retornar com o anterior. Não recepcionavam artigos da Constituição de 1946 e alteravam a linha de sucessão da presidência da República. Toda essa mudança em um espaço de dois anos.

Para se enxergar e compreender a história, é necessário antes compreender suas fontes, a qual o Direito certamente é uma boa lente. Isso porque o Direito é uma das principais formas de expressar daqueles que foram “encarregados em dizer o que é verdadeiro” na sociedade (FOUCAULT, 1979, p. 12). E, ao se analisar o que aqueles que estavam no poder queriam expressar no Brasil dos anos 1960, pode-se perceber algumas conclusões-chave.

A primeira, de que o parlamentarismo foi uma solução criada às pressas para evitar uma ruptura institucional, sob os fortes e infundados temores de que João Goulart iria conduzir o país ao alinhamento comunista. Em uma análise crítica, o sistema de governo parlamentar não fora introduzido no país como verdadeiramente um caminho para a construção de uma governabilidade e de políticas públicas efetivas, mas como um modelo genérico, mal arquitetado, mal-acabado para resolver uma crise imediata.

O segundo, de que o interesse do referendo de 1963 não era o de conferir voz à participação pelo povo como um modo ativo de intervenção nos

processos decisórios do país, mesmo com as lutas populares registradas. Foi tão somente uma saída para reverter o caos institucional e a ingovernabilidade do parlamentarismo sem que o Congresso precisasse admitir sua incompetência ao retornar com um sistema de governo que havia abolido somente dois anos antes.

O terceiro – e a história do Direito no Brasil confere uma boa fonte para isso testificar. De que no país nunca se nutriu a consulta popular como um modo efetivo de participação do povo na Democracia (*como deveria ser*). A demofobia sempre esteve presente, seja na República Velha, seja no período democrático de meados do século XX. Não se queria que o povo tomasse decisões efetivas. O referendo, nesta senda, era apenas como uma forma de cancelar, com a evidência de uma sorte de aclamação popular, os projetos políticos que estavam e sempre foram muito bem definidos.

Foi o que ocorreu com o desejo do retorno ao presidencialismo em 1963, e foi o que se repetiu com o plebiscito da forma e do sistema de governo em 1993, e com o referendo de 2005, sobre o porte de armas. Venceram as respostas que as estruturas de poder já haviam bem consolidado, mas na aparência havia sido o povo que decidira o seu próprio destino. A história da primeira consulta popular no Brasil revela sobre as demais consultas, sobre a luta pela participação popular prévia, sobre a demofobia presente na história brasileira e sobre a constante marginalização do povo nos processos decisórios brasileiros – como em um jogo de cartas marcadas.

5. Referências

AUAD, Denise et al. **Mecanismos de participação popular no Brasil:** plebiscito, referendo e iniciativa popular. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. São Paulo, v. 3, 2004. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/73>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. O plebiscito de 1993 à luz do precedente de 1963. **Lua Nova:** Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 28-29, abr., 1993. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/DFKkhYpZpcchJqZdfRnWwmS/?lang=pt>. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao->

1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 4, de 02 de setembro de 1961.** Institui o sistema parlamentar de governo. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc04-61impresao.htm. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. [Código Eleitoral de 1950]. **Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l1164.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 2, de 16 de setembro de 1962.** Dispõe sobre a vacância ministerial e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp02-62.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BUENO, Antonio Avelange Padilha. **Raul Pilla:** aspectos de uma biografia política. 2006. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/2361>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Discurso proferido na sessão de 25 de agosto de 1961, publicado no DCN de 26 de agosto de 1961, páginas 162-163.** Brasília, [2022]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/a-crise-politica-de-1961/dcn-260861>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CANCELIER, Andriete; SALOMÃO, Eduardo Rizzatti. Os 18 do forte de Copacabana: história e lugar de memória. **Revista da Escola Superior de Guerra**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 80, maio/ago., 2022. Disponível em: <https://revista.esg.br/index.php/revistadaesg/article/view/1261/1046>. Acesso em: 05 jul. 2023.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados:** o Rio de Janeiro e a República que não foi. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. Os três povos da República. *In:* HOMEM, Amadeu Carvalho; SILVA, Armando Malheiro; ISAÍIA, Artur César (orgs.). **Progresso e religião:** A República no Brasil e em Portugal 1889-1910. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007.

CAVALCANTE NETO, João de Lira. **Getúlio (1945-1954):** da volta pela consagração popular ao suicídio. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CORRÊA, Cristiane Mitsue. Imagem pública de João Goulart: o plebiscito de 1963 na imprensa carioca. *In*: ENCONTR DE PESQUISAS HISTÓRICAS, 4, 2017. Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: PUC-RS, 2017. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/ephis/assets/edicoes/2017/comp-lista-docs.html?#>. Acesso em: 15 jun. 2022.

ENGLANDER, Alexander David Anton Couto. **Democratização, demofobia e conflitos sociais**: um estudo teórico e histórico-sociológico sobre a República de 46. 2018. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/15451/1/Tese_Versao%20Final_Alexander%20Englander_com%20ficha.pdf. Acesso em: 05 jul. 2023.

FAUSTO, Boris. A vida política. *In*: GOMES, Ângela de Castro. **Olhando para dentro: 1930-1964**. (Coleção História do Brasil Nação, vol. 4). Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2013.

FERREIRA, Jorge. **João Goulart**: uma biografia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

FERREIRA, Marieta de Moraes. João Goulart: entre a memória e a história. *In*: FERREIRA, Marieta de Moraes (coord.). **João Goulart: entre a memória e a história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FIGUEIREDO, Marcus. Os plebiscitos de 1963 e 1993 e a participação eleitoral. **Revista Opinião Pública**, Campinas, vol. I, n. 1, Jul./Ago., 1993. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8640904/8442>. Acesso em: 13 jun. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRAGA, Plínio. **Tancredo Neves, o príncipe civil**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2017.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo; PILLA, Raul. **Presidencialismo ou parlamentarismo?** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 1999.

HÁ 59 ANOS, Brasil votou pelo retorno do Presidencialismo no referendo de 1963. **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, 06 jan. 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/ha-59-anos-brasil-votou-pelo-retorno-do-presidencialismo-no-referendo-de-1963>. Acesso em: 10 jun. 2022.

HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. O impacto da Resolução nº 23.385/2012 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Democracia Local: a possibilidade de realização de referendos e plebiscitos concomitantes à eleição. *In*: JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 5., 2018, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: UNIFOR,

2018. Disponível em:
<https://www.unifor.br/documents/392178/3142554/Anais+2018+GT+1+-+Ricardo+Hermany+e+Guilherme+Estima+Giaccobo.pdf/02a94158-13e2-6caa-153d-d75e232b7e4a>. Acesso em: 02 jun. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tabela 1.4 - População nos Censos Demográficos, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 1872/2010**. Rio de Janeiro, [2022]. Disponível em:
<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=4&uf=00>. Acesso em: 15 jun. 2022.

KLEIN, Paulo Eduardo Fasolo. Raul Pilla e o referendo de 1963. **Mosaico (FGV)**. São Paulo, v. 13, n. 20, 2021. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/issue/view/4585>. Acesso em: 15 jun. 2022.

LOUREIRO, Felipe Pereira. Varrendo a democracia: considerações sobre as relações políticas entre Jânio Quadros e o Congresso Nacional. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 29, n. 57, 2009. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rbh/a/QddLYWtp3RxNZVL6RWYFJzQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 jun. 2022.

LYNCH, Christian Edward Cyril. “A multidão é louca, a multidão é mulher”: a demofobia oligárquico-federativa da Primeira República e o tema da mudança da capital. **Revista História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, out./dez., 2013. Disponível em:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386138080004>. Acesso em: 05 jul. 2023.

MELO, Demian Bezerra. **O plebiscito de 1963**: inflexão de forças na crise orgânica dos anos sessenta. 2009. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009. Disponível em:
<https://www.historia.uff.br/academico/media/aluno/1321/projeto/Dissert-demian-bezerra-de-melo.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

MOLON, Newton Duarte. **A visita de Che, a mídia e a renúncia de Jânio Quadros**. O Feitiço contra o feiticeiro: como a mídia contribuiu para o isolamento político do presidente midiático. 2006. Dissertação (Mestrado em Comunicação na Contemporaneidade) – Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2006. Disponível em:
https://www.researchgate.net/profile/Newton-Molon/publication/279777238_A_visita_de_Che_a_Midia_e_renuncia_de_Janio_Quadros_Brasil/links/559ab54e08ae99aa62ce20e4/A-visita-de-Che-a-Midia-e-renuncia-de-Janio-Quadros-Brasil.pdf. Acesso em: 06 jun. 2022.

NASCIMENTO, Álvaro Pereira do. A Revolta da Chibata e seu centenário. **Perseu**: História, Memória, Política, São Paulo, n. 5, ano 4, 2010. Disponível em: <https://revistaperseu.fpabramo.org.br/index.php/revista-perseu/article/view/190/152>. Acesso em: 05 jul. 2023.

NEVES, Lucília de Almeida. *In*: FERREIRA, Jorge (org.). **O populismo e sua história**: debate e crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. São Paulo: Zahar, 2014.

REZNIK, Luís; MIRANDA, Mario Angelo Brandão de Oliveira; MATTOS, Pablo de Oliveira de. Das massas e dos eleitores: povo, democracia e disputa política 1950-1960. **Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 13, n. 22, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180313322021e0209/12854>. Acesso em: 05 jul. 2023.

SOUZA, Marcelo Medeiros Coelho de. O analfabetismo no Brasil sob enfoque demográfico. **Cadernos de Pesquisa**. São Paulo, n. 107, jul., 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3kYRQNbwCYjwwVggsFnWyDC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 jun. 2022.

STRINGUETTI, Lucas Mateus Vieira de Godoy. **O brigadeiro Eduardo Gomes**: uma análise de seus discursos políticos (1922-1950). 2018. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista (UNESP), Assis, 2018. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/152912/stringuetti_lmvg_me_assis_int.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 02 jun. 2022.

GAIO, VATTEL E O NOVO PARADIGMA JURÍDICO GLOBAL^{1 2}

GAIUS, VATTEL, AND THE NEW GLOBAL LAW PARADIGM

Rafael Domingo Oslé³

Resumo: Emer de Vattel (1714-1767), em sua influente obra *Le droit des gens*, estabeleceu um novo paradigma internacional de caráter estatista, rompendo com a clássica tripartição do Direito em “pessoas, coisas e ações” (*personæ, res, actiones*). O novo paradigma internacional substituiu a “pessoa” pelo “Estado”, reduziu o conceito genérico de “coisa” às “relações obrigacionais entre Estados” e mudou o conceito de “ação” pelo de “guerra”, como remédio jurídico de resolução dos conflitos entre Estados. Este paradigma internacional ilustrado ou paradigma estatista se manteve na prática internacional até quase nossos dias. Hoje, todavia, o paradigma estatista resulta por todas as perspectivas insuficiente, por não contemplar a humanidade como comunidade política em sentido estrito, nem refletir a tridimensionalidade do fenômeno jurídico global. A transformação do Direito que rege nossa comunidade internacional (o Direito internacional), em um direito que sirva para ordenar a nova comunidade humana global (o Direito global) exige a criação de um novo paradigma, a partir da tríade: *global human community, global issues, global rule of law*. São muitos os possíveis aportes de um constitucionalismo de caráter cosmopolita na fixação desse novo paradigma global.

Palavras-chave: Direito global; Direito internacional; Gaio; Vattel; comunidade jurídica global.

Abstract: Emer de Vattel (1713-1767), in his influential work *The Law of Nations (Le droit des gens)*, established a new international statist paradigm which broke with the classical partition of the law into the three realities of “persons, things and actions” (*personæ, res, actiones*). This new paradigm substituted the “State” for the “person”, downgraded the generic concept of “things” to “obligations among States in their relations”, and changed the focus of the concept of “action” to that of “war” as a legal remedy to resolve conflicts between and among States. This international paradigm (or statist paradigm), a product of the Enlightenment, has survived almost up to our time in international praxis. Nonetheless, today the statist paradigm appears in every way insufficient, since it does not consider humanity as a genuine political community, nor does it reflect the three-dimensionality of the global law phenomenon. The transformation of the law that governs out international community (international law) into a law that is capable of properly ordering the new global human community (global law) demands the creation of a new paradigm, originating in the following conceptual triad: global human community, global issues, and global

¹ Recebido em 19 de junho de 2023. Aceito para publicação em 28 de junho de 2023.

² O texto-base utilizado para essa tradução em sua versão original em língua espanhola é: Domingo, Rafael. Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 96, p. 99-123, septiembre-diciembre 2012. Tradução por Frederico Paganin Gonçalves (graduando em Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS, atualmente em período de mobilidade acadêmica na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, com financiamento do Baden-Württemberg Stiftung). Revisão por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGDir-UFRGS). As citações realizadas no texto original foram modificadas para melhor atender aos padrões da Revista *Ius Gentium*, bem como foram adicionadas notas de tradução para contextualizar e acrescentar informações constantes na versão em inglês do texto original – publicada um pouco antes da versão em castelhano, e que igualmente foi consultada: Domingo, Rafael (2011). Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm. *The European Journal of International Law*, 22(3), p. 627-647. Os tradutores agradecem ao autor do texto, o prof. Rafael Domingo, pela autorização desta tradução na forma aqui proposta. Registre-se ainda que o autor colocou no texto original em forma de epígrafe uma dedicatória, “Para Juan Miquel, ‘in memoriam’”.

³ Rafael Domingo Oslé é Professor de Direito e Religião, *Emory University* (Atlanta, Estados Unidos). Catedrático Álvaro d’Ors na *Universidad de Navarra* (Espanha).

rule of law. In the construction of this new global paradigm, cosmopolitan constitutionalism could play a key role.

Keywords: global law; international law; Gaius; Vattel; global human community,

1. Introdução

Os juristas europeus dos séculos XVI, XVII e XVIII elaboraram a doutrina jurídica internacional a partir de conceitos e categorias tomadas do Direito romano. Com as seguintes palavras – não isentas de certa crítica –, o jurista e diplomata americano Henry Wheaton (1745-1848) reconhecia esse fato há mais de cento e cinquenta anos: “Embora os romanos tivessem um conhecimento muito imperfeito da moralidade internacional como ciência – e muito pouca consideração por ela como regra prática de conduta entre Estados –; não obstante isso, a sua jurisprudência nacional ajudou a proporcionar os materiais para a construção do novo edifício do Direito público na Europa moderna”⁴.

No Direito internacional clássico, encontramos com facilidade a marca tanto do *ius fetiale* como do *ius gentium* romano, nas suas manifestações mais variadas: *ius legationis*, *ius belli* etc.⁵ Porém, também do mais genuíno *ius civile*, assim como do *ius naturale*. Uma leitura atenta das obras de um Alberico Gentili, um Hugo Grócio, um Richard Zouche ou um Cornelis Bynkershoek assim o confirma. Mas o que quero mostrar nessas páginas, talvez porque até então não se lhe tenha prestado suficiente atenção, é a relação que existe entre a estrutura da obra *Les droit des gens* (1758)^{6(a)}, do

⁴ “Though the Romans had a very imperfect knowledge of international morality as a science, and too little regard for it as a practical rule of conduct between states, yet their national jurisprudence contributed to furnish the materials for constructing the new edifice of public law in modern Europe”. (Wheaton, 1845, p. 29)

⁵ Sobre esse tema, cf.: Domingo, 2010. p. 03-11.

⁶ Cf.: Vattel, 1916. O volume III contém uma tradução ao inglês cuidada por Charles G. Fenwick, com uma introdução de Albert de Lapradelle, cujo francês original se encontra no vol. I.

^(a) *Nota de tradução*: há tradução da obra para o português. Cf.: Vattel, 2004. Na versão do texto original em inglês, nosso autor acrescenta, em nota de rodapé, o seguinte: “A more recente English edition has been published by B. Kapossy and R. Whatmore, *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature Natural Law and on Luxury* (2008). Unless otherwise noted, we will cite the language from this latest edition”.

jurista suíço Emer de Vattel, que dominou a ciência jurídica internacional até inícios do século XX, e das *Institutas* do enigmático jurista romano Gaio^{7(b)}.

A tripartição do Direito em pessoas, coisas e ações que nos é oferecida por Gaio foi adotada e institucionalizada pelo imperador Justiniano em suas *Institutiones*⁸, do ano 533, uma das obras didáticas mais influentes da literatura jurídica universal. Essa tripartição jurídica estruturou e ordenou o ensino de ambos os Direitos, o *civil* [romano-germânico] e o *common law*, durante séculos, servindo para elaborar um paradigma teórico ou um marco jurídico conceitual que permitiu o desenvolvimento da ciência jurídica no Ocidente por centenas de anos. Isso ocorreu mantendo-se certa unidade, dentro da genuína diversidade existente, quando comparamos as tradições do Direito continental europeu e do *common law*.

É verdade que frequentemente os paradigmas acabam sendo manifestados com palavras ou frases simples, que estabelecem as bases de um marco de elaboração doutrinal posterior. Assim, a expressão *Senatus Populusque Romanus*, a tríade revolucionária “liberdade, igualdade, fraternidade” ou a clássica tradicionalista “Deus, pátria, rei”, entre outras, serviram para explicar, racionalizar e fixar doutrinas políticas concretas, constituindo-se desta maneira no sustento e no apoio a autênticos paradigmas. Algo parecido sucedeu, na tradição jurídica ocidental, com a tripartição gaiano-justinianeia entre *pessoas, coisas e ações* – muito particularmente no âmbito do Direito privado.

Em *Le droit des gens* de Vattel, a tripartição gaiano-justinianeia de “pessoas, coisas, ações” foi substituída – porém, por sua vez, sendo muito levada em consideração – pela tríade “Estados, relações-entre-Estados, guerra”. De fato, na esfera jurídico-internacional, o sujeito de direito por antonomásia passou a ser o Estado, e não a “pessoa”; as “coisas” restaram reduzidas a “direitos e deveres interestatais” e a maneira de resolver os

⁷ Sobre esse jurista, cf.: Honoré, 1962; Diósi, 1976, com extensa bibliografia compilada por Ronald Wittmann (p. 623-631). Mais recentemente, cf.: Liebs, 2004, com bibliografia. Sobre o descobrimento das *Institutas* de Gaio, cf.: Vano, 2008.

^(b) *Nota de tradução*: no corpo do texto da versão inglesa, o autor termina o parágrafo com essa asserção: “I believe this is worth our timely consideration, as hitherto insufficient attention has been paid to this important link in the development of global legal history”.

⁸ *Institutiones Iustiniani* 1.2.12 (consultado a partir de: Krüger, 1954; doravante, tratadas por Iust.): “Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones”.

conflitos entre Estados, uma vez esgotada a via diplomática, foi – e por desgraça, também o é com frequência em nossos dias – a guerra, e não alguma forma de ação jurídica. Essa tripartição imbuída do pensamento iluminista foi superada atualmente devido à importância que a pessoa está recobrando novamente no ordenamento internacional, e ao fato de que a humanidade, por causa da globalização, configurou-se, ao menos incidentalmente, como comunidade política.

Essas novas circunstâncias nos obrigam a modificar o paradigma internacional estatista ilustrado, já obsoleto, por um paradigma cosmopolita que recupere a ideia de pessoa como integrante da comunidade humana global ^(c). Muitos são os passos que se deram nessa direção, especialmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos no século passado. Porém, esses passos não são, nem de longe, suficientes para ante os requisitos da globalização desenfreada em curso. Para refletir a realidade nesse âmbito, um longo caminho fica por ser percorrido para a humanidade e para o Direito. Para este fim, o papel de um constitucionalismo cosmopolita, liberado das exigências conceituais da noção de Estado-nação ^(d), pode ser determinante, já que a humanidade, ainda que existente como unidade moral, deve ser ordenada como comunidade política global, diferente, portanto, da sociedade de Estados. A comunidade humana global necessita um novo paradigma jurídico global, superador do paradigma internacional estatista, mas ancorado no paradigma clássico configurador do Direito continental europeu e do *common law*. Podemos ser acusados de certo ocidentalismo em nossos pensamentos e reflexões. E não sem razão. Muitas são as coisas que nos aporta o Oriente, porém o Direito, a ciência do Direito como um todo,

^(c) *Nota de tradução*: No texto em inglês, o autor refere o seguinte, em nota de pé de página 6: “Joseph Weiler uses harsh words when referring to this issue: see Weller, ‘The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy’, 64 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2004) 547, at 558: ‘[t]he individual in international law seen, structurally, only as an object of rights but not as the source of authority, is not different from women in the preemancipation societies, or indeed of slaves in Roman times whose rights were recognized – at the grace of others.’” As notas aqui transcritas enquanto notas de tradução foram suprimidas no texto em castelhano.

^(d) *Nota de tradução*: No texto em inglês, o autor refere a pé de página o seguinte, nota 7: “Cf. Kumm, ‘The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State’, in J.L. Dunoff and J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (2009), at 258-324. Cf. also Kumm, ‘The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia’, in P. Dobner and M. Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?* (2010), at 201-219.”

tem sido principalmente um produto do Ocidente: *ex Oriente lux; ex Occidente, ius* ^(e).

2. A tripartição gaiano-justinianeia do Direito em pessoas, coisas e ações

No livro I de suas *Instituições*, Gaio afirma: “*omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*”, isto é, que “todo o direito que observamos se refere às pessoas, às coisas ou às ações”⁹. Essa classificação é de fato a que guia toda essa importante obra gaiana, dividida em quatro livros: o primeiro sobre as pessoas (como por exemplo, *patria potestas*, poder marital, tutela, curatela); os livros segundo e terceiro, sobre as coisa (por exemplo, propriedade, herança, obrigações) – a parte mais ampla, portanto –; e o quarto, sobre as ações (e.g. *legis actiones*, ações civis, pretorianas, pessoais, reais). É provável que Gaio não tenha sido o autor material da tripartição, senão – tão somente enquanto professor de Direito romano em províncias que foi – limitara-se a recolher em suas *Institutas* uma *divisio* tradicional empregada também por outros autores didáticos. Porém essa questão pouco nos afeta nesse momento e não examinaremos neste lugar¹⁰.

Tampouco vamos nos deter no estudo do significado de *persona*, *res* e *actio* no pensamento romano¹¹, o que ficaria para outra ocasião. Nos conformaremos nessa ocasião com indicar seu significado comum. “Pessoa” não foi um conceito jurídico técnico, como o é em nossos dias. Os juristas romanos não elaboraram uma teoria jurídica da personalidade, nem tampouco dos direitos humanos como entendemos atualmente. Pessoa

^(e) *Nota de tradução*: No texto em inglês, o autor escreve na nota 8 ao pé da página: “In this vein see R. Domingo, *Ex Roma ius* (2005)”. O autor se refere à seguinte obra: Domingo, Rafael (2005). *Ex Roma ius*. The Global Law Collection. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2005.

⁹ Gai. 1.8 (ed. Francis de Zulueta, 1946, p. 04). A frase também foi reproduzida no *Digesta Iustiniani* 1.5.1 (consultado a partir de: Mommsen, Krüger, 1954).

¹⁰ Alguns argumentos interessantes contrários à autoria de Gaio podem se encontrar em William W. Buckland (1963, p. 56-57), com bibliografia.

¹¹ Por todos, podem-se ver as excelentes explicações de Max Kaser (1971) sobre pessoa (p. 270), coisa (p. 376) e ação (p. 223-224), com abundante bibliografia; assim como as de William W. Buckland (1971, p. 56-61; 180-186; 604-606; respectivamente, para *persona*, *res* e *actio*). De grande utilidade também é o comentário de Francis de Zulueta às *Instituições* de Gaio; para tal, cf.: Zulueta, 1953, p. 23-24 (*persona*), p. 55 (*res*), p. 221 (*actio*).

(*persona*) era todo ser humano, seja livre ou escravo¹², fora ou não considerado sujeito de direitos e deveres, tivesse ou não capacidade jurídica. A unidade jurídica por excelência era a família, governada pelo *pater familias*. Todos os seus integrantes, por mais que fossem cidadãos romanos, estavam submetidos ao seu pátrio poder. De fato, o Direito romano foi configurado principalmente como um Direito entre famílias governadas por um *pater*. Este esquema, em parte, passou ao Direito internacional moderno durante o Antigo Regime, como Direito que regula as relações entre nações governadas por um monarca. As pessoas jurídicas ou morais não foram consideradas pessoas em sentido estrito¹³.

A palavra coisa (*res*) é empregada pelos juristas romanos em seu sentido mais genérico, que abarca o patrimônio das pessoas, formado por coisas corpóreas [*res corporales*] (*quæ tangi possunt*) e incorpóreas [*res incorporales*] (*quæ tangi non possunt*), assim como tudo o que pode ser objeto de litígio (*res litigiosa*): os direitos e os deveres, as obrigações entre partes, os contratos, os danos e delitos privados, as aquisições realizadas por pessoas *in potestate* etc. O *ius rerum* ordena tudo que seja suscetível de valoração; por esse motivo, não ordena a liberdade, nem a *patria potestas*, nem a *civitas*, tratadas – a propósito – desde o *ius personarum*.

Por fim, o Direito se refere às ações. *Actio* [de *agere*] teve um significado técnico muito preciso, desde o Direito arcaico (*legis actio*), e particularmente na forma clássica do processo formulário romano, como atuação do demandante ^(f). Contudo, pouco a pouco foi ampliando seu sentido para

¹² Gai. 1.9: “Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi”.

¹³ Cf., nesse sentido: Domingo, 2010, p. 126-128.

^(f) *Nota de tradução*: no corpo do texto em inglês, a explicação mais detalhada do autor é a seguinte: “The action encompassed, in a formal sense, the plaintiff’s act and, more generally, all acts of parties before the magistrate (proceedings *in iure*) or the judge (proceedings *apud iudicem*) in the so-called formulary system. Each action was associated with a required set of clauses or *formula* which encapsulated the issue which the judge had to address in the dispute. Gradually over time, and especially after the establishment of a new extraordinary procedure (*cognitio extra ordinem*), the meaning of *actio* came to include all the forms of litigation until it became synonymous with the term ‘legal procedure’”.

referir-se, em geral, aos recursos jurídicos (*ius persecuendi iudicio*¹⁴) para fazer valer os direitos, ante as distintas formas de litigar ⁽⁹⁾.

Repercutindo posteriormente no imperador Justiniano – Gaio, apoiado na tradição jurídica romana, viu nessa tripartição “*personæ, res, actiones*” uma conexão lógica e funcional, capaz por si mesma de abarcar o Direito em seu conjunto. Se o Direito foi constituído por causa dos homens¹⁵, toda análise do Direito (*omne ius*) deve começar desde a pessoa, e tem de servir para resolver qualquer objeto (*res*) de controvérsias que surjam entre elas mediante os recursos processuais oportunos (*actiones*). Ainda que analisados separadamente, toda relação jurídica operada no marco de um ordenamento jurídico exige a interação dos três termos¹⁶.

A mencionada divisão gaiana, universalizada por Justiniano, dominou por séculos a ciência jurídica do Ocidente tanto na tradição do Direito europeu continental quanto na do *common law*, especialmente no campo do Direito privado. O que não significa necessariamente que tenha de ser circunscrita exclusivamente ao âmbito teórico ou prático do jusprivatista. Ademais, os romanos não diferenciaram com a precisão atual, sem excessiva dúvida, o Direito privado do Direito público¹⁷. Nesse sentido, não estou totalmente de acordo com Francis de Zulueta, excelente tradutor ao inglês e comentarista das *Institutas* de Gaio, quando afirma, em seu comentário ao fragmento gaiano (1.8) que faz falta uma divisão preliminar em Direito privado e público, que não ocorre¹⁸.

¹⁴ Iust. 4.6.pr.: “actio nihil aliud est quam ius persecuendi iudicio quod sibi debetur” [*n.t.* nota presente somente na versão castelhana do texto].

⁽⁹⁾ *Nota de tradução*: Para além de uma maior elaboração quanto ao processo formulário romano, o autor adiciona no texto em versão inglesa a nota 14, constante a pé de página: “Cf F. Schulz, *Classical Roman Law* (1951), at 24-26”.

¹⁵ Iust. 1.2.12: “nam parum est ius nosse, si personæ, quarum causa statutum est, ignorentur”; cf. também Hermogeniano, *Digesto*, 1.5.2.: “Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus”.

¹⁶ Nesse sentido: “Toda relación jurídica debe verse como conjunción de los tres términos”. (d’Ors, 1993, p. 228)

¹⁷ “Vielmehr erweisen sich dir beiden Begriffe [ius publicum und ius privatum] als untechnisch und mehrdeutig” (Kaser, 1971, p. 197). A melhor diferenciação nas fontes é a presente em Iust. 1.1.4: “publicum ius est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet”.

¹⁸ “[...] we expect, but are not given, a preliminary division of law into public and private, with an announcement that the latter is to be our subject (perhaps faintly implied by *ius quo utimur*.” (Zulueta, 1953, p. 23)

No âmbito da tradição do Direito continental europeu, a tripartição “pessoas, coisas e ações”, reconhecida ao longo de muitos séculos, recebeu um forte impulso ao ser utilizada para ordenar a estrutura do Código civil francês (1804), assim como de outros muitos códigos europeus e latino-americanos, entre eles o espanhol, inspirado nele, aos que não me referirei nessa ocasião. O *Code civil* dedica o livro I às pessoas (*Des personnes*); e os livros II (*Des biens et des différentes modifications de la propriété*) e III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), às coisas. Por mais que as ações pudessem ser tratadas em um livro IV dedicado a elas, ao fim o fizeram em um código processual separado (*Code de procédure civile*), que entrou em vigor em 1806. Em momento posterior, devido à importância adquirida pela Parte Geral (*Allgemeiner Teil*) imposta pela estrutura pandectista, a tripartição gaiano-justinianeia ficou bastante mais diluída, ainda que não oculta, no Código civil alemão (BGB) de 1900¹⁹.

A tripartição “pessoas, coisas, ações” foi recebida na tradição do *common law* por meio da obra de Henry de Bracton (c. 1210-1268), *De legibus et consuetudinibus Angliæ*, que assimila a tradição atribuída então ao texto das *Institutas* de Gaio, mas aplicado às leis da Inglaterra: “todo Direito de que tratamos se refere às pessoas, às coisas ou às ações, de acordo com as leis e costumes ingleses”²⁰.

Decisivo para o êxito da tripartição gaiano-justinianeia na tradição do *common law* foi o fato de a tradição inspirar, ao menos parcialmente, a estrutura dos influentes *Commentaries on the Law of England*, de William Blackstone (1723-1780)²¹, que ajudou a educar a maior parte dos juristas ingleses e americanos dos séculos XVIII e XIX. Assim, no livro I (*Of the Rights*

¹⁹ Um estudo detalhado de todas essas questões pode ser encontrado na monumental obra coordenada por Helmut Coing. Para tal, cf.: Coing, 1976-1988, especialmente o 3º livro (*Das 19. Jahrhundert*), p. i-v.

²⁰ “[...] sed quia omne ius de quo tractare proponimus pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones secundum leges et consuetudines Anglicanas...” (De Bracton, 1968, vol. II, p. 29)

²¹ Cf.: Blackstone, 2001. Em seus *Commentaries*, livro I, § 122 (vol. I, p. 91), Blackstone aponta que influenciou de maneira decisiva na divisão de seu comentário a definição de lei que oferece Cícero na Filípica, XI, 28 (“Est enim lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio imperans honesta, prohibens contraria”). Essa definição foi recolhida posteriormente por Henry de Bracton (livro I, §11; vol. II, p. 22): “[...] ‘tamen specialiter significat sanctionem iustam, iubentem honestam, prohibentem contraria’ [... its special meaning is a just sanction, ordering virtue and prohibiting its opposite]”.

of Persons) de seus *Commentaries*, Blackstone se refere às pessoas ^(h); no livro II (*Of the Rights of Things*), às coisas ⁽ⁱ⁾; no livro III (*Of Private Wrongs*), fundamentalmente às ações e procedimentos civis ^(j); e, no livro IV (*Of Public Wrongs*), aos crimes e processos penais ^(k). O grande aporte de Blackstone, no que se refere à tripartição, foi sua capacidade de integrar nela o Direito público e o privado, o que lhe conduz a incorporar as instituições políticas (Rei e o Parlamento) no livro I, por serem essas constituídas por pessoas ^(l).

O fato de que algumas das mais influentes obras didáticas da tradição jurídica do Ocidente – não necessariamente as melhores – terem sido ordenadas e estruturadas conforme a tripartição gaiano-justinianeia serviu para configurar, de forma relevante, um paradigma jurídico clássico ocidental. Percebe-se que as futuras gerações recebem esse paradigma clássico; além disso, pode-se dizer que está presente também em alguns países da Ásia, como Japão ou Coreia do Sul, de forma que pôde iluminar a ciência jurídica por séculos e, de certa maneira, continua iluminando.

3. A tripartição de Emer de Vattel: Estado, relações-entre-Estados, guerra

A tripartição entre “pessoas, coisas e ações”, que configurou o paradigma jurídico clássico, foi inteligentemente alterada por Emer de Vattel²² (1714-1767) na estruturação de seu tratado *Le droit des gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souveraines* (1758). Apesar de sua falta de originalidade, Vattel ocupa um posto de honra tanto na teoria como na prática do Direito internacional, que ele ainda denomina como Direito das gentes (*droit des gens*).

O tratado de Vattel supôs plasmar na realidade a ideia de um Direito internacional [*droit des gens*] como ciência autônoma, positivada, diferente,

^(h) *Nota de tradução*: na versão em inglês, o autor explicita no corpo do texto esse tópico sobre as pessoas: “(the rights of individuals, Parliament, King, magistrates, the clergy, etc.)”.

⁽ⁱ⁾ *Nota de tradução*: na versão em inglês do artigo, o autor aprofunda sobre as coisas: “(property, English tenures, inheritance, etc.)”.

^(j) *Nota de tradução*: na versão em inglês, o autor exemplifica: “(the courts, remedies, injuries, etc.)”.

^(k) *Nota de tradução*: na versão do texto em inglês, comenta “(crimes, felonies, offences, courts and criminal jurisdiction, prosecution, trial, judgment, execution, etc.)”.

^(l) *Nota de tradução*: essa frase do texto está presente somente na versão castelhana do texto.

²² Sobre esse autor, se pode conferir: Jouannet, 1998; Hurrell, 1996, p. 233-255; e Mancuso, 2002.

portanto, do *ius civile* e do *ius naturale*, continuando assim a obra de Richard Zouche e Christian Wolff. O próprio fato de que a obra de Vattel fora escrita em francês e não em latim serviu também para marcar a diferença respectivamente àquelas obras clássicas que tratavam conjuntamente do *ius gentium* e do *ius naturale*. Foi de tal forma a fama e influência alcançadas²³ pelo tratado de Vattel que Robert von Mohl não hesitou em qualificá-lo, quase cem anos depois (em 1855), como “grande autoridade” (*eine grosse Autorität*), ou em considerá-lo como “um tipo de oráculo” [*Art von Orakel*] para diplomatas e particularmente para cônsules, levando em conta inclusive documentos de Estado como prova irrefutável²⁴.

Les droit des gens de Vattel foi um clássico também nos Estados Unidos. Em agosto de 1913, Charles G. Fenwick afirmava que “não existia, no âmbito do Direito internacional, um comentário tão relevante, por sua precisão e amplitude”, como o de Vattel²⁵. Contudo, reconhece, poucas linhas depois, que por mais que ainda fosse citado, “tanto o nome como o tratado de Vattel passaram ao campo remoto da história do Direito internacional”.

A obra de Vattel assentava as regras do jogo desta nova sociedade internacional, nascida em Vestfália e confirmada em Utrecht, de Estados reconhecidos como tais, iguais, livres e independentes, ordenada sob um Direito positivo das nações, seja voluntário, convencional ou consuetudinário, e enformada por um Direito necessário das nações, que “consiste na aplicação do Direito natural às nações”²⁶.

Não surpreende, por estas e outras muitas razões, que o tratado de Vattel predominara na ciência jurídica internacional durante mais de um século e servira para configurar o paradigma de um Direito das gentes renovado, ao

²³ Sobre o êxito dessa obra e sua difusão, cf. a introdução de Albert de Lapradelle à edição de Vattel. Para tal, cf.: Vattel, v. 1, 1916, p. XXVII-XXXIII (com tradução inglesa no v. III).

²⁴ “Vattel ist bekanntlich eine grosse Autorität [...] Es gilt bei Diplomaten und namentlich bei Consuln als eine Art von Orakel, wird nicht selten sogar in Staatschriften als ein unbeantwortbarer Beweis angeführt, und bietet somit das eigenthümliche Schauspiel eines fast zum positiven Gewohnheitsrechte gewordenen Lehrgebäudes dar.” (von Mohl, 1855, p. 386)

²⁵ “There is no more significant commentary on the growth of international law, both in precision and in comprehensiveness, than an estimate of the relative authority of the name of Vattel in the world of international relations a century ago and in that of today”. E adiciona: “Vattel’s treatise on the law of nations was quoted by judicial tribunals, in speeches before legislative assemblies, and in the decrees and correspondence of executive officials. It was the manual of the student, the reference work of the statesman, and the text from which the political philosopher drew inspiration.” (Fenwick, 1913, p. 395)

²⁶ Cf.: Vattel, 1916, p. 04, *Préliminaires* §7.

que Jeremy Bentham, buscando eliminar qualquer rastro de jusnaturalismo, denominou de Direito internacional (*international law*)²⁷. Esse novo Direito internacional necessitava um novo paradigma, o qual em grande medida foi elaborado a partir da obra de Emer de Vattel. Assim, por um lado, Vattel é um conservador, porquanto partiu do paradigma clássico gaiano-justiniano; por outro, um revolucionário, pois o alterou substancialmente ou, ao menos, estabeleceu as bases para que essa alteração logo ocorresse.

Após tratar de várias questões preliminares, de extraordinária importância para compreender seu pensamento, Vattel divide sua obra em quatro livros (tal como Gaio em suas *Institutas*): o primeiro livro (*De la Nation considérée en elle-même*) é dedicado às nações enquanto tais, que identifica com os Estados soberanos²⁸. O livro segundo (*De la Nation considérée dans ses relations avec les autres*) se centra nos direitos e obrigações comuns entre Estados; o livro III (*De la guerre*), em tudo que diz respeito à guerra (declaração, causas, neutralidade, inimigo), e o livro IV, na restauração da paz e nas embaixadas (*Du rétablissement de la paix et des Ambassades*). Na realidade, esses dois últimos livros formam uma unidade entorno da guerra e de suas consequências.

Existe um paralelismo grande entre a estrutura da obra de Vattel e a tripartição gaiano-justiniana de que viemos falando, por mais que Vattel não se refira expressamente a ela. No fundo, Vattel não soube ou não pôde se desprender do paradigma clássico – que tão bem conhecia e com o qual se sentia, como todo jurista de sua época, perfeitamente familiarizado –, senão tão somente modificá-lo para então adaptá-lo às necessidades das relações internacionais europeias de sua época. De fato, ao longo de toda a obra de Vattel, é latente a tripartição gaiano-justiniana de pessoas, coisas e ações, que o jurista centro-europeu substituiu pela nova tríade “Estados, direitos e deveres entre Estados, e guerra”.

²⁷ “These may, on any given occasion, be considered either as members of the same state, or as members of different states: in the first case, the law may be referred to the head of internal, in the second case, to that of international jurisprudence.” E adiciona, ainda, a pé de página: “The word international, it must be acknowledged, is a new one; though, it is hoped, sufficiently analogous and intelligible.” (Bentham, 1996, p. 296, cap. 17, n. 25)

²⁸ “Les nations, ou États sont des corps politiques, des sociétés des hommes unis ensemble pour procurer leur salut and leur avantage, à forces réunies.” (Vattel, 1916, p. 01, *Préliminaires*, §1). Essa mesma definição volta a ser repetida no Livro I, cap. I, §1, p. 17.

Vejam a razão dessa mudança. Em primeiro lugar, as nações ocuparam o lugar que corresponde à pessoa na tríade gaiano-justinianeia. Como quase tudo em Vattel, o motivo último ou inspiração de seu raciocínio se encontra na obra de seu mestre Christian Wolff, de quem sempre se considerou seu discípulo, ainda que por vezes não aceite seus postulados²⁹. Assim, em seu *Jus gentium*, Wolff assinala que “se consideram as nações como sujeitos livres que vivem em estado de natureza. Elas estão formadas por uma multidão de homens unidos em um Estado. Portanto, dado que os Estados são considerados sujeitos livres que vivem em um estado de natureza, as nações também devem ser consideradas em suas relações mútuas como uma pessoa individual livre que vive em um estado de natureza”³⁰.

Sendo, para Vattel, o Direito internacional “a ciência que indica os direitos subsistentes entre as nações ou Estados e as obrigações correspondentes a tais direitos”³¹, era compreensível essa substituição do termo “pessoa” por Estado, ainda mais se, como adverte no começo de sua obra, os Estados são “pessoas morais”^{32(m)}. Convertiam-se assim os Estados soberanos, livres e independentes, nos sujeitos exclusivos de um Direito internacional, totalmente positivado, que só entrará em crise a partir da Segunda Guerra Mundial.

Vattel dedica o livro II às relações entre nações, isto é, aos direitos e deveres originados das relações entre nações soberanas. Isso, na terminologia clássica do Direito Romano, é o mesmo que falar de “coisas” (*res*) entre Estados. Não é o momento de determo-nos nessa importante metamorfose jurídica, que afetou não somente à ciência do Direito internacional, mas também a ciência jurídica em seu conjunto a partir da Idade Moderna. Com efeito, a orientação subjetiva que imprimiu o jusnaturalismo racionalista ao Direito – desenvolvido, em parte, nas teorias do estado de natureza e do contrato social – fez com que predominasse o

²⁹ Vattel (1916, p. XII) qualifica a Wolff como grande filósofo (“grand Philosophe”) e reconhece a grande vantagem obtida a partir da leitura das obras de Wolff.

³⁰ Cf.: Wolf, 1934, *Prolegomena*, §2. Porém, também já no prefácio.

³¹ Cf.: Vattel, 1916, p. 01, *Préliminaires*, §3.

³² Cf.: Vattel, 1916, p. 01, *Préliminaires*, §2.

^(m) *Nota de tradução*: na versão em inglês, o autor acrescenta no corpo do texto um trecho do texto citado na nota acima: “such a society has her affairs and her interests; she deliberates and takes resolutions in common; thus becoming a moral person, who possesses an understanding and a will peculiar to herself, and is susceptible of obligations and rights”.

binômio subjetivo “direito-dever” frente ao monômio objetivo “coisa” (*res*). Particularmente desde Samuel Pufendorf, foi a perspectiva do “dever” a que prevaleceu frente ao “direito” nas relações internacionais³³, na medida em que a ciência do Direito internacional foi tida sobretudo como uma ramificação da Ética: dos deveres surgiam os direitos, e não o oposto. Vattel, como discípulo de Wolff, entronca-se nessa escola. Em *Préliminaires*, § 3, o jurista suíço o adverte claramente: “é evidente que o direito deriva de um dever ou obrigação passiva”.

Qualquer jurista romano teria considerado como “coisas” – no sentido amplo ao qual nos referimos – tudo o quanto Vattel trata em seu segundo livro: deveres comuns de uma nação frente às outras (cap. I), a modo de introdução; comércio entre nações (cap. II); dignidade e igualdade das nações, títulos e outros símbolos honoríficos (cap. III); garantias e independência das nações (cap. IV); propriedade, usucapião e prescrição (cap. VII-XI)³⁴; tratados (cap. XII-XVIII); e, encerrando o livro, um extenso capítulo sobre o modo de resolver os conflitos entre nações (cap. XVIII), em clara conexão com o livro III.

Vattel, por fim, dedica os livros III e IV à guerra e às suas consequências. No paradigma internacional de Vattel, as ações – terceiro elemento da tripartição gaiano-justinianeia – foram substituídas, com certo sentido, pelo conceito de guerra. Seguindo uma tradição centenária da qual bem nos conta Tito Lívio³⁵, Vattel considera a guerra como um instrumento jurídico coativo para a resolução de conflitos interestatais³⁶⁽ⁿ⁾. Por isso, tudo “o que constitui um ataque contra os direitos das nações é uma ofensa que pode ser causa

³³ A prevalência do direito frente ao dever se observa já na obra de Georg Friedrich von Martens (1756-1821). Para tal, cf.: von Martens, 1829.

³⁴ O cap. VIII do livro II poderia ser considerado uma exceção por não se referir às regras em relação com os estrangeiros (*Règles à l'égard des étrangers*), porém não acredito que o seja realmente. Dos residentes não-cidadãos (*habitants*), Vattel trata no livro I, §213. Aqui, tão somente se refere às relações com os estrangeiros transeuntes por um Estado (segurança, coisas que transportam etc.). Sendo o Estado o sujeito por antonomásia do Direito internacional e não formando parte do Estado o estrangeiro, entende-se que, de certa maneira “coisificado”, Vattel o refira neste livro II.

³⁵ Tito Lívio observa que as controvérsias se resolvem mediante processo judicial ou, quando as partes assim o acordam, mediante uma guerra: “controversias inter se iure ac iudicio disceptando, aut, si utrisque placebit, bello”. (Tito Lívio, 38.38.17)

³⁶ Cf.: Vattel, 1916, livro 3, cap. 1, §1.

⁽ⁿ⁾ *Nota de tradução*: na versão em inglês, o autor acrescenta no corpo do texto um trecho do texto citado na nota acima: “[w]ar is that state in which we prosecute our right by force”.

de uma guerra justa”³⁷. Para um internacionalista ilustrado, nada mais lógico que uma guerra – uma guerra justa, evidentemente – como meio de resolução de conflitos entre Estados, uma vez esgotada a via diplomática.

Para expressar sua concepção do Estado moderno no cosmos da comunidade de Estados, Vattel leva em conta a figura do *pater familias* romano, especialmente em suas relações com os demais *patres familias*, enquanto sujeitos de pleno direito do *ius civile*. No fundo, para Vattel, cada Estado era como uma família romana, sujeita ao poder absoluto de um *pater*. As relações entre *patres familias*, sempre de caráter privado, eram semelhantes às relações entre Estados. Daí que, por mais que fosse público, o Direito internacional empregara, tantas vezes e por fim, conceitos jurídicos privados. Esta referência familiar é evidenciada muito bem pelo próprio Grócio³⁸. Para explicar o segundo elemento de sua tripartição, Vattel teve em mente o conceito romano de *dominium*, como poder pleno sobre uma coisa. Por último, em sua concepção da guerra, é latente o conceito romano de guerra justa (*bellum iustum*), uma das mais importantes contribuições de Roma à cultura ocidental. Assim, pois, a tríade “pessoas, coisas e ações” foi alterada em “Estados, relações-entre-Estados e guerra”, baseada nos conceitos romanos de *patria potestas*, *dominium* e *bellum iustum*.

A tripartição do Direito internacional proposta por Vattel foi positivamente acolhida nos círculos jurídicos, também no âmbito da tradição do *common law*³⁹. Ainda que a formato do tratado feito por Vattel não tenha sido necessariamente seguido pelos posteriores tratadistas, mais centrados na relação sujeito-objeto ou direito-dever, o novo paradigma do Direito internacional nascido em parte da tripartição vatteliana e aceito quase universalmente, foi o que permaneceu até adentrando meados do século XX – evidentemente, adaptado e reinterpretado.

Contrário ao pensamento de Vattel foi August Wilhem Heffter (1796-1880). Em seu tratado sobre *ius gentium europæum*, Heffter tentou recuperar

³⁷ Cf.: Vattel, 1916, livro 3, cap. 3, §26.

³⁸ Grócio aponta que o poder do rei contém tanto o poder paterno quanto o dominial-religioso: “sic regia potestas sub se habet et patriam et dominicam potestatem”. (Grotius, 1913, p. 02)

³⁹ O volumoso tratado de Robert Joseph Phillimore (1879-1889) se apoia no esquema de Vattel. Assim, após uma primeira parte introdutória, segue uma segunda parte sobre os “sujeitos de Direito internacional. Estados”, uma terceira sobre “objetos do Direito internacional”, e uma quarta e última sobre o “princípio de intervenção”.

o paradigma do antigo *ius gentium* romano, rechaçando o reducionismo de Vattel, assim como a nova terminologia de “Direito internacional” proposta por Bentham. Com efeito, para Heffter, esse novo paradigma estatista iluminista se distanciava desnecessariamente do paradigma clássico porque abarcava somente uma parte do Direito das gentes, referente às relações entre Estados. O Direito das gentes romano era mais que isso, já que compreenderia também um direito comum aos homens (*ein allgemeines Menschenrecht*)⁴⁰. Ademais, ainda que o Direito internacional não reconhecesse, em sentido estrito, uma autoridade humana superior entre Estados independentes e soberanos, e seu tribunal supremo fosse a história, deveria tender naturalmente a unir a família da humanidade em uma grande comunidade em harmonia⁴¹.

Coerente com sua visão do Direito internacional, Heffter dedica a seção primeira do livro I de seu tratado aos “sujeitos do Direito das gentes”, entre os que, evidentemente, em primeiro lugar, encontram-se os Estados, mas também os soberanos (parte segunda) e as pessoas individuais (parte terceira). Sempre dentro do livro I, refere-se, na seção segunda, às coisas (*Rechte der Sachen*) e, na seção terceira, às obrigações (*Das Recht der Verbindlichkeiten*), com claros ressonâncias jusromanistas. O livro II é dedicado aos direitos de atuação dos Estados (*Actionenrechte der Staaten*) em tempos de hostilidade, e o livro III, às formas do comércio internacional, seja em tempos de paz ou de guerra. Tendo em vista esta estrutura, pode-se dizer que Heffter foi o último grande defensor de um Direito internacional integrado ao paradigma jurídico tradicional e ancorado no Direito das gentes romano.

Ainda que ocasionalmente rotulado de antigo, por ter aplicado conceitos jurídico-privados às relações internacionais⁴², em Heffter encontramos algumas das bases do novo Direito global à medida que viu, com clareza meridiana, que o Direito internacional como Direito interestatal era insuficiente para resolver os problemas da comunidade humana. A

⁴⁰ “Es enthielt demnach theils ein äusseres Staatenrecht, theils ein allgemeines Menschenrecht”. (Heffter, 1888, p. 01)

⁴¹ Cf.: Heffter, 1888, p. 04.

⁴² Nesse sentido, cf.: Nussbaum, 1947, p. 230.

separação entre o Direito internacional público e o Direito internacional privado foi uma das primeiras consequências da adoção do novo paradigma estatista, ao que tanto se opôs Heffter⁴³. Tratava-se, na realidade, de um reajuste necessário frente a afirmações totalmente contundentes acerca da natureza exclusivamente interestatal do Direito internacional. Essas rígidas teorizações eram totalmente contrárias à cada vez mais crescente economia livre transnacional, que ia abrindo caminho lutando contra uma ordem estatal burocratizada e positiva, não disposta, sob nenhum conceito, a converter o “Direito internacional privado” em um “Direito privado internacional”.

O novo paradigma internacional se consolidou ao mesmo tempo, porém totalmente à margem, do novo constitucionalismo emergente no século XVIII. Sendo, então, o Direito internacional um Direito entre Estados e afetando somente as relações entre eles, o constitucionalismo restou reservado para as questões domésticas, separando, até nossos dias, o Direito internacional do Direito constitucional, como se falássemos de dois polos opostos. Para uma mente como a de Vattel, o Direito internacional não poderia constitucionalizar-se, pois não cabia, por lógica jurídica, nenhuma sorte de comunidade constituída, nem muito menos de um governo supranacional, acima dos Estados. Daí que, no fundo, o novo paradigma internacional estatista, por mais que pareça paradoxal, não necessitava do Direito público em sentido estrito (o Direito entre duas partes não-iguais: Estado e cidadão), pois todos os Estados eram, por definição, iguais, pelo que suas relações poderiam resolver-se pela via meramente contratual, ou, em seu caso, acudindo à guerra. Esta cisão entre o constitucionalismo e o Direito internacional teve algumas consequências nefastas para a ciência jurídica, que levaram a desnaturalizar a própria essência de ambos; assim, o Direito constitucional acaba reduzido ao Direito básico dos Estados, enquanto o Direito internacional se limita a ser simplesmente um Direito entre os Estados, não havendo espaço para o individual.

O paradigma oferecido por Vattel foi totalmente superado em nossos dias. Os três elementos da repartição vatteliana se mostraram completamente insuficientes para ordenar as relações internacionais conforme o Direito,

⁴³ Sobre esse tema, cf.: Domingo, 2010, p. 32-35.

muito particularmente na era da globalização. O primeiro elemento, o Estado, perdeu o monopólio após deixar de ser sujeito exclusivo do Direito internacional. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a pessoa⁴⁴ veio ganhando paulatinamente um maior protagonismo no Direito internacional até o ponto de ter sido reconhecida como sujeito de relações (e, por isso, de direitos) internacionais, com capacidade limitada para ser parte em litígios internacionais. Hoje é uma questão de fato que cada pessoa possui um *status* jurídico internacional⁴⁵.

Também as organizações internacionais têm ganhado protagonismo na arena internacional⁴⁶. Resulta muito difícil compreender o *modus operandi* do Direito internacional de nossos dias sem estas instituições globais, cada vez mais presentes e com uma maior capacidade de decisão. De outra parte, o paradigma internacional, ao centrar a sua atenção no Estado, como integrante de uma sociedade de Estados, desatendeu à nascente comunidade humana global na qual a humanidade se converteu enquanto uma consequência da globalização.

A perda do monopólio exclusivo por parte dos Estados – como sujeitos de direito internacional – alterou o segundo elemento da tripartição vatteliana, referente às relações interestatais. As “coisas” da tripartição justinianeia ficaram reduzidas aos “direitos e deveres entre Estados” como objeto único do Direito internacional. Não obstante, é sabido que as relações internacionais deixaram de ser exclusivamente *inter nationes* para converterem-se em um tramado de redes e relações transnacionais, quando não supranacionais, geradas por uma grande variedade de atores internacionais não-estatais: companhias públicas internacionais, empresas transnacionais, ONGs, instituições internacionais etc.⁴⁷

Por último, a guerra, terceiro elemento da tripartição vatteliana, deixou de ser propriamente um instrumento jurídico [de *bona fide*] para a resolução de conflitos entre Estados, graças à renúncia multilateral e voluntária ao uso da

⁴⁴ Nesse sentido, é muito acertado o título dos estudos reunidos de Antonio Cassese (*Human Dimension of International Law*). Para tanto, cf.: Cassese, Gaeta, Zappalà, 2008.

⁴⁵ Uma visão limitada nesse tema de tanta transcendência é a oferecida por Ian Brownlie (2008, p. 65).

⁴⁶ Quanto a seu papel, remeto às obras de José E. Álvarez (2005) e Jan Klabbers (2009).

⁴⁷ Nesse sentido, cf.: Slaughter, 2004.

ameaça ou da força armada entre Estados (art. 2.4 da Carta das Nações Unidas), salvo em caso de direito à legítima defesa, regulado no artigo 51 da referida Carta.

4. O novo paradigma do Direito global

Assim postas as coisas, o Direito internacional deve abandonar definitivamente seu paradigma estatista e, a partir do paradigma clássico, configurar um novo, adaptado às necessidades impostas pela globalização. Com efeito, o paradigma clássico surgido da tripartição “pessoas, coisas, ações” continua sendo válido, essencialmente, tanto no âmbito do Direito privado como do público, e somente requer uma nova concreção na área emergente do Direito global.

O novo paradigma global poderia elaborar-se a partir da seguinte tripartição, a qual escreverei em inglês por ser o idioma da globalização: “*global community, global issues, global rule of law*”. Diferentemente do paradigma estatista, o paradigma global que surgiria da tripartição não chegaria a supor uma ruptura com o modelo clássico de “pessoas, coisas e ações”, senão, como digo, uma adaptação. Romperia, todavia, com a tríade “*patria potestas, dominium, bellum iustum*”, que enformou o paradigma internacional a ser quebrado.

Para a configuração do novo paradigma no Direito global, como veremos, urge resgatar o conceito de “constituição”; porém, já não associado à ideia de Estado, nem menos ainda de documento escrito que desenvolve o Direito fundamental de um Estado, senão em seu sentido mais genuíno de “*constituere*” (*cum statuere*), isto é, de estabelecer, fixar ou instituir conjuntamente o modelo de organização e funcionamento de uma comunidade política identificada como tal. Nesse sentido, a *Res Publica Romana*, por mais que nunca tenha tido um texto ou documento escrito fundacional, contou, por óbvio, com uma constituição. O mesmo pode dizer-se quanto à Inglaterra ou Israel. Porque uma constituição não nasce necessariamente em um momento histórico, mas antes vai se configurando com o decorrer do tempo, sem que finalmente se possa advertir com exatidão quando foi estabelecida ou definida. Com preciosas palavras, Cícero

expressa essa mesma ideia em seu texto *De re publica*⁴⁸: “[...] nossa república está fundada não sobre o talento de um homem, senão de muitos; não sobre uma geração, senão sobre o longo período de séculos e épocas”. Daí que pode se dizer com propriedade e acerto, como já o fez Bruce Ackerman, de “momentos constitucionais” (*constitutional moments*)⁴⁹. Penso, ainda, que nos encontramos ante um deles, porém a nível mundial.

Por isso, da mesma maneira que um pretense constitucionalismo internacional, sujeito ao paradigma estatista, é uma *contradictio in terminis*, um constitucionalismo cosmopolita⁵⁰ elaborado a partir do paradigma do novo Direito global é uma necessidade imperiosa, exigida pela própria natureza da nova comunidade global. Não surpreende, por isso, o empenho de certos juristas por constitucionalizar o Direito internacional⁵¹, que é tanto como dar carta de natureza ao novo paradigma jurídico global emergente, que nada tem a ver, como repetirei uma e outra vez, com a criação de um Estado Mundial Global ou algo no estilo, senão que todo o contrário.

4.1. *A comunidade humana global*

O foco central do Direito é a pessoa. Sem a pessoa, não há Direito, pois o Direito, ao fim, nasce dela (*ius ex persona oritur*)⁵². Por isso, o paradigma global assume conjuntamente o primeiro elemento do paradigma clássico, a pessoa; porém, a contempla não só em si mesma, ou como membro de uma comunidade política menor, mas como parte integral constitutiva da humanidade como um todo. No paradigma internacional estatista, o Estado ocupou o lugar da pessoa; nesse novo paradigma, a comunidade global – isto é, a humanidade – não substitui, nem sequer desloca a pessoa, mas a integra de forma natural. Daí que, neste novo paradigma global, a pessoa seja o foco e o sujeito primário do

⁴⁸ Assim, “nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta sæculis et ætatibus”. (Cícero, *De re publica*, 2.2.1)

⁴⁹ Para tal, cf.: Ackerman, 1991.

⁵⁰ Sobre esse paradigma constitucional cosmopolita, cf.: Kumm, 2009. [*n.t.* nota presente nesta sequência do rodapé somente na versão castelhana do texto]

⁵¹ Cf.: Klabbers, Petters, Ulfstein, 2009; Dunoff, Trachtman, 2009.

⁵² Sobre esse tema, remeto-me a meu livro: Domingo, 2010, p. 123-126.

Direito e não fique relegada a segundo plano, como sucedeu na aplicação do paradigma internacional⁵³.

Nossa atual comunidade internacional não pode identificar-se ainda com a própria humanidade, pois – apesar das profundas mudanças ocorridas na segunda metade do século XX, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial – segue firmemente ancorada na ideia de soberania estatal, sendo, portanto, mais uma comunidade de Estados, guiados por divergentes *self-interests*, que uma comunidade humana em sentido estrito, ordenada ao bem comum. Acertadamente, afirma Antonino Cassese que “a comunidade internacional continua sendo dominada por Estados soberanos, cada um dos quais persegue principalmente seu interesse a curto ou a médio prazo”⁵⁴. Tampouco pode se identificar com a *Society of Peoples*, composta por “*liberal and decent peoples*”, isto é, “*well-ordered peoples*”, a que se refere John Rawls em sua conhecida monografia⁵⁵, já que a *Society of Peoples* não compreende a humanidade em sua totalidade, mas tão somente a uma parte dessa. Nem uma, nem outra incorpora a dimensão comunitária total, da que em seguida falaremos.

Isso faz com que, por anos, tenham de conviver duas comunidades, não de todo coincidentes, sobrepostas, solapadas, e que conquanto a comunidade internacional não se transforme ou seja absorvida na comunidade humana global, permanecem os dois paradigmas: o paradigma estatista, enformador do Direito internacional, e o novo paradigma da comunidade humana global, enformador do incipiente Direito global.

O nascimento da humanidade como comunidade política não foi fruto de um acordo social, senão de um fato social inquestionável, como já afirmado, a globalização. A “*desunited multitude*” de seres humanos,

⁵³ Nessa mesma direção, aponta com acerto Anne Peters: “In a constitutional world order, natural persons are the primary international legal personal and the primary members of the global constitutional community.” (Klabbers, Peters, Ulfstein, 2009, p. 157)

⁵⁴ Nesse sentido, Cassese diz: “The world community continues to be dominated by sovereign states, each of which is primarily bent on the pursuit of its own short – or medium term interests” (2008, p. LXXVII); “In sum, the world community is still bedeviled by the huge gap between generous and visionary legal rhetoric and the harsh reality of states each substantially pursuing its own national interests”. (Cassese, 2008, p. LXXVII-LXXVIII)

⁵⁵ Cf.: Rawls, 1999, p. 04-06, 62-78.

como Hobbes chama a humanidade⁵⁶, começa a parecer cada vez mais com uma assembleia multitudinária unida pelo consenso no Direito e na utilidade do bem comum (*cœtus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*), ao que se refere Cícero em seu texto *De re publica*⁵⁷.

Após o fato social, vem o Direito que o regula, e não o contrário. São os fatos, os *nova facta*, os que obrigam o jurista a buscar novas soluções ante os objetivos a que se propõe a sociedade. Pensar diferentemente e não reconhecer a mudança (e seu inevitável impacto no Direito) é simplesmente tomar o Direito como um problema, e não como solução. Desde uma perspectiva jurídica, hoje em dia, trata-se de ver a humanidade como uma comunidade nascente que – parafraseando os juristas romanos – poderíamos chamar de incidental (*communio incidens*) ou espontânea, originada sem acordo explícito prévio, mas não menos comunidade por isso, nem menos chamada a se desenvolver como tal. Por isso, é necessária a institucionalização jurídica do “contrato social global”⁵⁸.

Em seu *Leviathan*, Thomas Hobbes diferencia com acerto duas formas (*two ways*) de criação das comunidades em geral: toda comunidade (*Commonwealth*) é criada por instituição ou por aquisição⁵⁹. Aplicado à humanidade, pode-se afirmar que a humanidade ou bem se institucionaliza como comunidade política mediante uma sorte de consenso mundial, ou bem acabará sendo dominada, conquistada pela força (*by force*), por plutocracias imperialistas ou criptocracias econômicas sem escrúpulos. A recente crise econômica confirmou o alcance desse possível fenômeno aquisitivo.

⁵⁶ Cf.: Hobbes, 1996, p. 115.

⁵⁷ “Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum cœtus quoquo modo congregatus, sed cœtus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.” (Cícero, *De re publica*, 1.39)

⁵⁸ Nesse sentido, cf.: Held, 2004, p. 161-169.

⁵⁹ Cf.: Hobbes, 1996, p. 115, e o consequente desenvolvimento nos capítulos 18 a 20. A diferença entre uma e outra, explica Hobbes com clareza na parte II, cap. 20, parágrafo 2, número 102: “And this kind of dominion, or sovereignty, differeth from sovereignty of institution only in this, that men who choose their sovereign, do it for fear of one another, and not of him whom they institute: but in this case, they subject themselves, to him they are afraid of.” (Hobbes, 1996, p. 132)

O estabelecimento da humanidade como comunidade política tem, em minha opinião, um alcance e algumas consequências jurídicas (tanto positivas como negativas) que no momento apenas podemos vislumbrar, e é precisamente o que justifica o trânsito do Direito internacional para um novo Direito global, como séculos atrás, após o nascimento dos Estados-nação, quando se produziu a transformação do Direito das gentes em um Direito internacional⁶⁰.

Toda comunidade estabelecida necessita de um Direito, de regras do jogo que garantam a justiça e a paz. Trata-se de uma emanção do princípio mais elementar da justiça: *ubi societas ibi ius*⁶¹. E onde há uma comunidade, no fim, deve existir um *ordo iuris*, um ordenamento jurídico que integra o Direito privado e o público, que é o mesmo que um dizer elaborado a partir de um paradigma constitucional. Assim, o paradigma do Direito global é, por definição, um paradigma de natureza constitucional e cosmopolita, no sentido expressado com acerto por Mattias Kumm⁶².

A principal consequência jurídica que há na conversão da humanidade em uma comunidade política é a necessidade de estabelecer um ordenamento jurídico global (*ordo iuris universalis*) que a regule e organize. Este ordenamento jurídico, *sui generis* por definição, há de integrar todos os ordenamentos jurídicos existentes no planeta, o que é compatível com uma grande variedade de tradições jurídicas e conteúdos normativos⁶³. Assim, a contraposição entre monismo e dualismo, tão atual quanto estéril no debate constitucional contemporâneo, perde sua razão de ser com o novo paradigma global, que é capaz por si mesmo – graças a um caráter constitucional – de unir sem uniformizar sistemas jurídicos, de harmonizar sem igualar, de integrar sem equiparar: *plures in unum*. A

⁶⁰ Sobre esse tema, remeto-me a meu livro: Domingo, 2010, p. 03-32.

⁶¹ Ofereço um comentário a esse aforismo em: Domingo *et alii*, 2006, §959.

⁶² “Cosmopolitan constitutionalism establishes an integrative basic conceptual framework for a general theory of public law that integrates national and international law” (Kumm, 2009, p. 263-264). Em minha opinião, todavia, o constitucionalismo cosmopolita é ainda mais amplo na medida em que há de integrar também a esfera do privado; de outra forma, não é realmente constitucional. Assim, a diferença entre as esferas do público e do constitucional é que o constitucional integra, por definição, o público e o privado. O âmbito constitucional abarca mais que o estritamente público.

⁶³ Sobre esse ordenamento, cf.: Domingo, 2010, p. 121-153.

Humanidade, sendo por natureza inclusiva, por ser única, permite uma diversidade interna muito superior à oferecida pela sociedade de Estados. Essa dimensão inclusiva da humanidade há de ser tomada em consideração pelo Direito.

O Direito, sempre pessoal, ou corresponde a uma pessoa determinada (dimensão individual), ou se refere a um grupo de pessoas (dimensão social), ou à totalidade das pessoas, isto é, à humanidade como tal (dimensão universal). Essa tridimensionalidade ^(o) tem relevância jurídica por si mesma, no sentido de que não é o mesmo aplicar o Direito individual, social ou universalmente. Quando o Direito se aplica tridimensionalmente, alcança sua plenitude, e podemos falar no sentido estrito de um ordenamento jurídico completo. Por isso, enquanto os Estados não assumam o Direito global, o ordenamento jurídico estatal seguirá sendo incompleto, porquanto não leva em conta a pessoa como integrante da humanidade enquanto comunidade política superior.

Assim, o eu (*ego*) da dimensão individual, o nós (*nos*) da dimensão social e o todos (*omnes*) da dimensão universal têm efeitos jurídicos diferentes, já que afetam o Direito de forma distinta. As três dimensões estão interrelacionadas por serem essencialmente pessoais (ou seja, porque tratam da pessoa humana), mas são qualitativamente distintas. Quando a dimensão jurídica individual não considera a social, cai-se no individualismo jurídico, e o Direito se fecha à solidariedade para com os demais da família humana. Quando a dimensão social não leva em conta a dimensão universal, desemboca-se facilmente no imperialismo, que busca impor o critério próprio de uma específica comunidade política na comunidade global. Se a dimensão universal desatende às outras dimensões, asfixiam-se os direitos pessoais e se paralisa o autogoverno das instituições. A subsidiariedade não é respeitada, o que transforma o mundo em um tipo de selvageria jurídica centralizada e estandardizada,

^(o) *Nota de tradução*: evidentemente, levando em conta nosso público-leitor, é importante ressaltar que o autor não faz referência aqui à teoria da “tridimensionalidade” como foi formulada e popularizada no Brasil por Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito, referente à estruturação do Direito em forma, valor e fato. Para tal, recomendamos cf.: Reale, Miguel (1954). Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 49, p. 190-220.

que é incompatível com o verdadeiro “*rule of law*” e o devido respeito ao indivíduo.

4.2. *Assuntos globais*

No novo paradigma global, as “coisas” já não se referem exclusivamente às “relações-entre-Estados”, mas àquelas questões que realmente afetam à humanidade em seu conjunto (*global issues*). E essas são relativamente poucas e em constante mudança. Assuntos globais seriam, entre outros e a título de exemplo, aqueles referidos fundamentalmente à conservação do planeta (e.g. mudança climática, proteção do meio ambiente), à sobrevivência dos seres humanos (e.g. erradicação da pobreza, prevenção e reparação de desastres naturais, supressão do armamento nuclear) e à segurança mundial (e.g. terrorismo internacional, perseguição de crimes contra a humanidade). A proteção dos direitos humanos ocuparia um lugar prioritário, mas somente à medida em que estes não estivessem suficientemente amparados pelos ordenamentos jurídicos das distintas comunidades políticas. A determinação e o alcance dos *global issues* deveriam estar sempre informados pelos princípios de subsidiariedade e solidariedade.

O paradigma do Direito global aposta em um marco de competência de caráter material, já que o territorial e o pessoal formam, por natureza, parte constitutiva da comunidade global. Esses assuntos globais gozariam de uma sorte de reserva de globalidade (*reserve of globality*), ficando submetidos ao domínio jurídico global (*global legal domain*). A determinação desses assuntos globais corresponderia a um parlamento mundial. Essa deveria ser sua única competência, para evitar que adquira um poder excessivo. Esses *global issues* seriam geridos desde instituições globais criadas *ad casum*, cujo trabalho seria judicialmente controlado por tribunais pertinentes. Não me deterei mais nessa matéria, pois foi objeto de uma detalhada explicação em outra sede, à qual remeto-me⁶⁴.

⁶⁴ Cf., para tal: Domingo, 2010, p. 144-147.

4.3. *Global rule of law*

O terceiro elemento conformador do paradigma global seria o *global rule of law*, que viria a substituir a guerra (já superada pela ciência do Direito tanto teórica quanto praticamente) no paradigma estatista e a completar o conceito romano de *actio* do paradigma clássico. A diversidade de conflitos jurídicos e a variedade de sistemas de resolução de disputas no âmbito transnacional nos conduzem inevitavelmente a um conceito mais geral de aplicação do Direito como garantidor das liberdades e da ordem social. Esse conceito deve ser, em minha opinião, o da supremacia do Direito ou *rule of law*. Dessa maneira, tanto a comunidade humana global (primeiro elemento de nossa tripartição), quanto os assuntos globais (segundo elemento) devem estar submetidos ao *imperium* do Direito (*rule of law*), formado assim o núcleo constitutivo de um ordenamento jurídico global, que interrelaciona e unifica todos os ordenamentos jurídicos do mundo.

Esse terceiro elemento do paradigma global se encontra no próprio coração da tradição do *common law*⁶⁵. Como bem observa o famoso historiador inglês William S. Holdsworth, a doutrina do *rule of law* talvez seja “a mais específica, e certamente a mais salutar de todas as notas do Direito constitucional inglês”⁶⁶. A grande vantagem que oferece esse terceiro elemento de tríade global, frente ao conceito de Estado de Direito (*Rechtsstaat*), é que, historicamente, é anterior à ideia moderna de Estado. Não é, portanto, demasiado difícil imaginar um conceito de *rule of law* para além do Estado⁶⁷, como seria, por outro lado, imaginar um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) para além do próprio Estado (já que está, por natureza, sujeito ao controle teórico do Estado). Pelo demais, a

⁶⁵ Ainda nos interessa a leitura de William S. Holdsworth (1928, p. 109-169). De certa maneira, Holdsworth previu o fenômeno da globalização do Direito (p. 155): “[...] the inventions of modern science have diminished the size of the world, and have thus made it possible for new legal and political ideas to assume a cosmopolitan character”. Um excelente resumo da história do *rule of law* nos é oferecido por Holdsworth (1938, p. 647-650, com remissões internas à mesma obra). Para uma visão conjunta da história do conceito, cf.: Costa, 2007, p. 73-149. De grande interesse é também o ensaio de Zolo (2007, p. 03-71).

⁶⁶ “[T]he most distinctive, and certainly the most salutary, of all the characteristics of English Constitutional Law.” (Holdsworth, 1938, p. 647)

⁶⁷ Assim dá precisamente o título de seu interessante artigo Gianluigi Palombella (2009): “*The Rule of Law Beyond the State. Failures, Promises and Theory*”. Sobre esse tema, pode-se conferir, dentre outros: Morlino, Palombella, 2010; Palombella, Walker, 2010.

construção de um Estado mundial seria, nas palavras de Hannah Arendt, “[...] não somente um pesadelo ameaçador de tirania, senão o fim mesmo da vida política tal como a entendemos”⁶⁸.

Para evitar que suceda o que, com certa ironia e com muita razão, comenta Joseph Raz – precisamente em seu conhecido ensaio sobre o *rule of law*⁶⁹ -, concretizarei em três pontos o que supõe o *global rule of law*, parafraseando o constitucionalista inglês Albert V. Dicey⁷⁰. Em primeiro lugar, reclama a “absoluta supremacia ou preponderância do Direito global sobre qualquer influência de um poder arbitrário”; em segundo lugar, exige a “igualdade ante ao Direito global, isto é, a idêntica sujeição de toda a comunidade política global aos tribunais de justiça”. Por fim, o *global rule of law* deve ser usada como meio de expressão do fato que o Direito global seja parte integrante e constitutiva de cada ordenamento jurídico menor, na medida em que todos os seres humanos e as instituições e comunidades políticas por ele estabelecidas formem parte da comunidade humana global.

O estabelecimento de um *global rule of law* exige, portanto (pelo menos no que se refere a questões globais básicas), a plena integração e harmonização dos distintos ordenamentos jurídicos, dos que o paradigma global há de ser constitutivo. Porém, sobretudo, parece demandar uma autoridade superior aos Estados que esteja submetida ao Direito. Do contrário, não pode atuar o *rule of law* como tal, mais pensado para uma relação vertical que horizontal. Essa autoridade política global não seria outra que um Parlamento global, por ser a instituição democrática por excelência e a única capaz de cumprir rigorosamente com o que considero, seguindo a terminologia de H. L. A. Hart⁷¹, a “regra de reconhecimento” [*rule of recognition*] do novo Direito global: “*quod omnes tangis ab omnibus approbetur*” – o que afeta a todos, na medida

⁶⁸ “[...] not only a forbidding nightmare of tyranny, it would be the end of all political life as we know it.” (Arendt, 1995, p. 81). Na página 82, Arendt insiste na mesma ideia: “The establishment of one sovereign world state, far from being the prerequisite for world citizenship, would be the end of all citizenship. It would not be the climax of world politics, but quite literally its end.”

⁶⁹ “Not uncommonly when a political ideal captures the imagination of large numbers of people its name becomes a slogan used by supporters of ideals which bear little or no relation to one it originally designated.” (Raz, 1979, p. 210)

⁷⁰ Para tal, cf.: Dicey, 1915, p. 198-199.

⁷¹ Para tal, cf.: Hart, 1997, especialmente p. 95-110.

em que afeta a todos, isto é, quanto à humanidade, deve ser aprovado por todos, ou seja, pela humanidade⁷². Essa e somente essa é a forma de democratizar até suas últimas consequências o novo paradigma jurídico global^(p).

5. Conclusão

A tripartição gaiano-justinianeia do Direito em “pessoas, coisas e ações” serviu para estabelecer as bases da elaboração do paradigma jurídico clássico, que perdurou durante séculos tanto na tradição do Direito continental europeu, quanto na do *common law*. Essa tripartição gaiano-justinianeia, por mais que tenha se desenvolvido principalmente no âmbito do Direito privado, não deve restringir-se a este. William Blackstone, por exemplo, a aplicou com especial maestria ao Direito público. No campo do Direito internacional, Emer de Vattel substituiu, em sua obra *Les droits des gens*, a tripartição clássica “pessoas, coisas e ações” por “Estados, relações-entre-Estados e guerra”. Essa tripartição serviu para configurar um novo paradigma estatista no âmbito do Direito internacional, centrado exclusivamente na noção de Estado-nação.

Esse paradigma internacional estatista foi de todo superado na era da globalização. O novo paradigma global, sucessor do paradigma estatista, deve construir-se a partir do paradigma clássico, adaptando-o às novas exigências da sociedade global. O paradigma global deveria desenvolver-se a partir da tríade: “*global human community, global issues e global rule of law*”. Esses três elementos constituiriam o marco cognitivo básico no qual se poderiam desenvolver os princípios de um incipiente ordenamento jurídico global. Para essa missão, a função de um constitucionalismo cosmopolita, desapegado da noção de Estado-nação, é determinante.

⁷² Sobre esse tema, remeto a meu livro: Domingo, 2010, p. 144-145.

^(p) *Nota de tradução*: na versão em inglês, o autor dá seguimento ao raciocínio do parágrafo presente no corpo do texto, o que não está presente na versão castelhana: “This, and nothing else, would be the means by which we could democratize the new global law paradigm right to its core. Of course, this ambitious proposal would arise at a much later stage in a lengthy evolutionary process. There will be many steps to take between the adoption of the global law paradigm as an interpretive framework that replaces the statist paradigm and a global institutional reform that establishes a Global Parliament”.

6. Referências Bibliográficas

- Ackermann, Bruce A. (1991). *We the People*. Vol. I: Foundations. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press.
- Álvarez, José E. (2005). *International Organizations as Law-Makers*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Arendt, Hannah (1995). Karl Jaspers: Citizen of the World? In: Hannah Arendt. *Men in Dark Times*. San Diego/New York/London: A Harvest Book, Harcourt Brace & Company.
- Bentham, Jeremy (1996). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 2ª ed., organizada por James H. Burns e Herbert L.A. Hart, com nova introdução de Frederick Rosen. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Brownline, Ian (2008). *Principles of Public International Law*. 7ª ed. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Buckland, William W. (1963). *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. 3ª ed., revisada por Peter Stein. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cassese, Antonio; Gaeta, Paola; Zappalà, Salvatore (eds.) (2008). *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Cassese, Antonio (2008). Soliloquy. In: Antonio Cassese; Paola Gaeta; Salvatore Zappalà (eds.). *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*. Oxford/New York: Oxford University Press. p. LIX-LXXXII.
- Coing, Helmut (1976-1988). *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. 3 Bände. München: Beck Verlag.
- Costa, Pietro (2007). The Rule of Law: A Historical Introduction. In: Pietro Costa; Danilo Zolo; Emilio Santoro (eds.). *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer. p. 73-149.
- De Bracton, Henry (1968). *De legibus et consuetudinibus Angliæ (On the Law and Customs of England)*. 2 vols. Ed. George E. Woodbine, Samuel E. Thorne. Cambridge Massachusetts: Selden Society/Harvard University Press.

- Dicey, Albert V. (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. London: McMillan.
- Diósi, Gyorgy (1976). Gaius der Rechtsgelehrte. In: Hildegard Temporini (ed.). *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II*. Prinzipat XV. Berlin/New York: Walter de Gruyter. p. 605-631.
- Domingo, Rafael; Ortega, Javier; Rodríguez Antolin, Beatriz; Zambrana, Nicolás (eds.) (2006). *Principios de Derecho global*. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Domingo, Rafael (2010). *The New Global Law*. Cambridge/New York: Cambridge University Press.
- d'Ors, Álvaro (1993). Personas-cosas-acciones en la experiencia jurídica romana. *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, 20, p. 287-292.
- Dunoff, Jeffrey L.; Trachtman, Joel P. (eds.) (2009). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge/New York: Cambridge University Press.
- Fenwick, Charles G. (1913). The Authority of Vattel. *American Political Science Review*, vol. 7 (3), p. 395-410, ago. 1913.
- Grotius, Hugo (1913). *De jure belli ac pacis*. The Classics of International Law. Washington: Carnegie Institution of Washington.
- Hart, Herbert L. A. (1997). *The Concept of Law*. 2ª ed., com posfácio por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Heffter, August Wilhelm (1888). *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, auf den bisherigen Grundlagen*. 8ª ed. Berlin: Müller.
- Held, David (2004). *Global Covenant, The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. New York: Polity.
- Hobbes, Thomas (1996). *Leviathan*. Ed. por J.C.A. Gaskin. Oxford/New York: Harvard University Press.
- Holdsworth, William S. (1928). Rule of Law. In: William S. Holdsworth. *Some Lessons from Our Legal History*. New York: The McMillan Company. p. 109-169.
- Holdsworth, William S. (1938). *A History of English Law*. Vol. 10. London: Methuen.
- Honoré, Tony (1962). *Gaius*. Oxford: Clarendon Press.

- Hurrell, Andrew (1966). Vattel: Pluralism and its Limits. In: Ian Clark; Iver B. Neumann (orgs.). *Classical Theories of International Relations*. New York: Martin's Press. p. 233-255.
- Jouannet, Emmanuelle (1998). *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*. Paris: Editions A. Pedone.
- Klabbers, Jan (2009). *An introduction to International Institutional Law*. 2^a ed. Cambridge/New York: Cambridge University Press.
- Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir (2009). *The Constitutionalization of International Law*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Krüger, Paul (ed.) (1954). *Institutiones, Corpus Iuris Civilis*. Vol. I. 16^a ed. Berlin: Weidmann.
- Kumm, Mattias (2009). The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State. In: Jeffrey L. Dunoff; Joel P. Trachtman (eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge/New York: Cambridge University Press. p. 258-325.
- Liebs, Detlef (2004). Gayo. In: Rafael Domingo (ed.). *Juristas Universales*. Vol. I: Juristas antiguos. Madrid/Barcelona: Marcial Pons. p. 179-184.
- Mancuso, Francesco (2002). *Diritto, Stato, Sovranità*. Il pensiero politico-giuridico di Emer de Vattel: tra Assolutismo e Rivoluzione. Napoli/Roma: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Marco Túlio Cícero. *De re publica*. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub.shtml>>. Acesso em: 06 mai. 2023
- Mommsen, Theodor; Krüger, Paul (eds.) (1954). *Institutiones, Corpus Iuris Civilis*. Vol. I. Berlin, Weidmann.
- Morlino, Leonardo; Palombella, Gianluigi (eds.) (2010). *Rule of Law and Democracy*. Internal and Exterior Issues. Leiden/Boston: Brill Publications.
- Nussbaum, Arthur (1947). *A Concise History of the Law of Nations*. New York: The Macmillan Company.
- Palombella, Gianluigi (2009). The Rule of Law Beyond the State. Failures, Promises and Theory. *International Journal of Constitutional Law*, 7, p. 442-467.

- Palombella, Gianluigi; Walker, Neil (eds.) (2010). *Relocating the Rule of Law*. Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing.
- Phillimore, Robert Joseph (1879-1889). *Commentaries upon International Law*. 4. vols. London: Butterworths.
- Rawls, John (1999). *The Law of the Peoples, whit the Idea of Public Reason Revisited*. Cambridge, Massachusetts/London: Harvard University Press.
- Raz, Joseph (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Slaughter, Anne-Marie (2004). *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press.
- Tito Lívio. *Ab vrbe condita libri*. Disponível em: < <http://www.thelatinlibrary.com/liv.html>>. Acesso em: 06 mai. 2023.
- Vano, Cristina (2008). *Der Gaius der Historischen Rechtsschule: eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht*. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Vattel, Emer de (1916). *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. 3 vols. Introd. por Albert de Lapradelle. The Classics of International Law. Washington: Carnegie Institution of Washington.
- von Martens, Georg Frederich (1829). *The Law of Nations: Being the Science of National Law*. 4^a ed., trad. para o inglês. London: William Cobbet.
- von Mohl, Robert (1855). *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*. Erlangen: F. Enke.
- Wheaton, Henry (1845). *History of the Law of Nations in Europe and America*. New York: Gould Banks & Co.
- Zolo, Daniel (2007). The Rule of Law: A Critical Reappraisal. In: Pietro Costa; Danilo Zolo; Emilio Santoro (eds.). *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer. p. 03-71.
- Zulueta, Francis de (1953). *The Institutes of Gaius*. Part II. Commentary. Oxford, Clarendon Press.

Bibliografia mencionada em notas de tradução

Reale, Miguel (1954). Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 49, p. 190-220.

Schulz, Fritz (1951). *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.

Vattel, Emer de (2008). *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature Natural Law and on Luxury*. Edição de B. Kapossy e R. Whatmore. Indianapolis: Liberty Fund.

Weiler, J. H. H. (2004). The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 64, p. 547-562.

O MASSACRE DE NAPALPÍ QUASE UM SÉCULO DEPOIS: DESPOSSUÍDOS EM BUSCA DE UM JULGAMENTO POR MEMÓRIA E VERDADE¹

THE NAPALPÍ MASSACRE ALMOST A CENTURY LATER: THE DISPOSSESSED
IN SEARCH OF A TRIAL FOR MEMORY AND TRUTH

Daniel Krüger Montoya²

Resumo: O artigo tem por objeto a análise da sentença judicial prolatada pela Justiça Federal Argentina no julgamento de memória do denominado Massacre de Napalpí, ocorrido em 19 de julho de 1924 e conduzido por forças do Estado. Foram assassinadas aproximadamente 500 pessoas das etnias Qom e Mocqoi e, na época, não houve responsabilização de qualquer envolvido. O processo judicial, quase um século depois, foi viabilizado com o reconhecimento, pelo Estado Argentino, de que o massacre constituía crime contra a humanidade e, portanto, imprescritível. A questão em discussão diz respeito à precarização das condições de vida daquelas populações que tornou suas existências insignificantes a ponto de legitimar o extermínio pelo aparato institucional do Estado no século XX. Para esta reflexão, o artigo explora categorias presentes no pensamento de Judith Butler, como os enquadramentos epistemológicos que tornam uma vida passível de luto e as implicações do reconhecimento da população vitimada pelo extermínio como despossuídas. Para isso, o artigo contextualiza as formas de resistência dos povos indígenas em todo o território americano, para posteriormente apresentar o Massacre Napalpí, reapresentado no século XXI como processo judicial. Se a condição de despossessão dos povos Qom e Mocqoi fica evidente pelos contornos do massacre ocorrido em 1924, pode-se concluir, como faz este artigo, pelo reconhecimento de uma resistência indígena exercida pela história contada oralmente e pela própria insistência em existir, que escapam ao enquadramento, revelando algo mais na cena, como uma capacidade de sobrevivência. O enquadramento da primeira metade do século XX já não sustenta a cena que se apresenta, e o processo judicial conduzido por um Tribunal Federal argentino serve como instrumento de análise e compreensão desta outra realidade, em que se reconhece às populações, algo mínimo – porém digno – o luto, e as suas lutas.

Palavras-chave: indígenas; massacre; despossessão; memória; Napalpí

Abstract: This article analyzes the verdict of a Federal Court in Argentina in the memory judgment of the Napalpí Massacre, which took place on July 19, 1924, conducted by state forces. Around 500 people of the Qom and Mocqoi ethnic groups were killed and, at the time, no agents were held accountable. The judicial procedure, almost a century later, was made possible once the Argentine State recognized the massacre as a crime against humanity and, therefore, imprescriptible. The question under discussion concerns the precariousness of the living conditions of those populations that made their existence insignificant to the point of legitimizing the extermination by the institutional apparatus of the State in the 20th century. For this reflection, the article explores categories present in Judith Butler's thought, such as the epistemological frameworks that make a life subject to mourning and the implications of recognizing the population victimized by extermination as dispossessed. For this, the article contextualizes the forms of resistance of indigenous peoples throughout the American territory, to later present the Massacre Napalpí, re-presented in the 21st century as a judicial procedure. If the condition of dispossession of the Qom and Mocqoi peoples and their lives (not) subject to mourning is evident by the contours of the massacre that took place in 1924, it can be recognized, as this article concludes, by the recognition of an indigenous resistance exerted by the orally told story and by the very insistence on existing, which escape the frame, revealing something else in the scene, such as a capacity for survival. The framework of the first half of the 20th century no longer supports the scene that is being presented, and the judicial process conducted by an Argentine Federal Court serves as an

¹ Recebido em 26 de junho de 2023. Aceito para publicação em 21 de agosto de 2023.

² Universidade Federal do Paraná.

instrument of analysis and understanding of this other reality, in which populations are recognized, something minimal – but worthy – mourning, as well as its struggles.

Keywords: indigenous; massacre; dispossession; memory; Napalpí

1. Introdução

Este trabalho propõe refletir sobre a precarização da vida das populações indígenas das etnias Qom e Mocqoi, no território argentino, tendo como ponto de partida o recente processo judicial realizado no âmbito do Tribunal Federal 1 de Resistência, província de Chaco, no ano de 2022. Com efeito, quase cem anos antes, em 19 de julho de 1924, entre 400 e 500 pessoas das referidas etnias, que habitavam em uma redução indígena denominada Redução de Naplapí, foram brutalmente assassinadas por forças do Estado, apoiadas por civis, e posteriormente cremadas no local ou enterradas em valas comuns, sem que houvesse responsabilização dos perpetradores do massacre.

O processo judicial, conduzido quase cem anos depois, foi viabilizado com o reconhecimento, pelo Estado Argentino, de que o massacre constituía crime contra a humanidade e, portanto, imprescritível. Como os perpetradores do massacre já estavam mortos à época do julgamento, o processo judicial assumiu o caráter de julgamento pela memória, pela reconstrução da verdade e reconstituição dos eventos que ocorreram naquele período.

Nesse sentido, a partir dos eventos que culminaram no processo judicial mencionado, é possível realizar uma análise crítica explorando-se algumas categorias presentes no pensamento de Judith Butler, como os enquadramentos epistemológicos que tornam uma vida passível de luto e as implicações do reconhecimento da população vitimada pelo extermínio como despossuídas. Assim, para construir o argumento aqui proposto, no próximo tópico será contextualizada, de forma geral, as formas de resistência dos povos indígenas no território americano, indicando-se o motivo da escolha do caso específico deste artigo. Em seguida, será feita uma apresentação do caso do Massacre Napalpí e a retomada deste caso a partir de um processo judicial quase um século depois. Por fim, será realizada a análise crítica, a partir do pensamento de Butler, sobre a condição de despossessão dos povos Qom e Mocqoi e suas vidas (não) passíveis de luto.

2. Resistência indígena a partir da segunda metade do século XX – contextualização necessária.

A segunda metade do século XX representa marco importante no exercício da resistência indígena nas américas. A título de exemplo, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988 houve o definitivo abandono da tradição assimilacionista, com a legitimação das tradições de cada um dos povos originários e o reconhecimento “de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro” (SANTILI, 2000, p. 29). Da mesma forma, no ano de 1994, a Constituição da República Argentina reconheceu em seu texto constitucional a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas, assegurando respeito à sua identidade, educação bilingue, a posse de sua propriedade comunitária das terras que tradicionalmente ocuparam, além de participação na gestão dos recursos naturais e dos interesses que os afetam (artigo 75, inciso XVII). Porém, é fato que o direito positivado não representa o fim dos conflitos para estas diversas populações. E, nesse sentido, por toda a América os povos originários têm usado as mais diversas formas de protesto e de resistência para verem as violações de seus direitos cessadas, ou ao menos diminuídas, mitigadas. Apenas como exemplo, destaca-se a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos nesta questão, que já prolatou ao menos onze sentenças reconhecendo como vítimas diversos povos indígenas, em demandas contra diferentes Estados das américas, como Guatemala, Argentina, Chile, Brasil, Equador, Panamá e Paraguai. As violações reconhecidas dizem respeito à liberdade de expressão, à liberdade pessoal, à proteção judicial, à propriedade individual e coletiva, à vida, à defesa da família, à integridade física pessoal, à infância, dentre outras.

Diante de um conjunto de violências tão prementes e atuais, poder-se-ia até mesmo questionar: qual a relevância de movimentar o aparato judicial em um processo em que não há possibilidade de responsabilização de seus agentes, como no Massacre de Napalpí? A pergunta não passa despercebida e, dentre as respostas possíveis, é que a memória pode, efetivamente, exercer papel de resistência. Se, como diz Judith Butler, somos constituídos como sujeitos também,

em parte pela violência (BUTLER, 236), os povos Qom e Mocqoi encontram formas de existir por meio do exercício do direito à verdade. Além disso, a sentença judicial condenou o Estado a promover medidas reparatórias, tornando a litigância um modo de agir estratégico para esta população. Esta jornada judicial é abordada no próximo tópico deste artigo.

3. O massacre de Napalpí e o julgamento de memória.

No processo de colonização e formação do Estado Argentino as populações indígenas foram desterradas e posteriormente distribuídas em assentamentos denominados “reduções”. A redução de Napalpí foi resultado de “una política de asentamiento territorial de la población sobreviviente de las campañas de exterminio en el norte argentino” (TRINCHERO, 2009). As reduções tinham por objetivo tornar possível a incorporação dos indígenas à sociedade, e a população da redução de Napalpí era considerada mansa e trabalhadora (SILVA, 1998, p.16). Em 1915 havia cerca de 1300 indígenas na região. Segundo a dinâmica da época, esta população laborava em plantações de algodão e, no período entressafras, migrava para a região de Jujuy, também no norte da Argentina, para trabalhar em engenhos açucareiros.

A situação se alterou em 1924. O governo local, por pressão dos produtores de algodão, determinou que os indígenas não mais poderiam deixar sua redução (TRINCHERO, 2009, p. 7). A produção de algodão encontrava-se em expansão, e a havia preocupação de esvaziamento da mão-de-obra. Porém, a medida gerou profundo mal-estar entre os indígenas, que organizaram uma greve para reivindicar seu elementar direito de ir e vir e melhores condições de trabalho. O movimento paredista mobilizou cerca de 1000 pessoas entre indígenas Qom, Mocqoi e camponeses da província de Corrientes, afetando tanto a produção de algodão quanto a produção rural das chácaras locais. E, com isso, em 18 de julho de 1924, o governo determinou o uso de força contra os rebeldes, de modo que, na manhã de 19 de julho, mais de 130 policiais, acompanhados de civis, cercaram a redução indígena de Napalpí. Com o auxílio de um avião, lançaram substâncias inflamáveis e incendiaram os abrigos dos indígenas. Quando começaram a sair

os homens, mulheres e crianças, desarmados e com mãos ao alto, foram recepcionados a bala. Por quarenta e cinco minutos as armas não silenciaram.

O resultado foi a morte de um número impreciso de pessoas, entre quatrocentas a quinhentas vítimas, sendo que 90% (noventa por cento) destas eram das populações Qom e Mocqoi. Não houve baixas entre as forças do Estado. O cacique Mocqoi, líder do movimento, teve os testículos e a orelha extirpados para serem exibidos como troféu (SILVA, 1998, p. 40). Parte dos corpos foi enterrada em vala comum, sendo que outra parte foi incinerada no local.

No entanto, apesar da extrema violência, o episódio foi retratado com ares de normalidade pela imprensa local. O jornal *Voz del Chaco* noticiou os acontecimentos da seguinte forma, em 21 de julho de 1924 (VOZ DEL CHACO, 1924), dois dias após o massacre:

La tranquilidad ha renacido en la zona del levantamiento indígena.

En el campamento de Aguará libróse un reñido combate entre indios mocovíes y tobas. La indiada se ha dispersado completamente después de dejar sobre el terreno unos cincuenta muertos.

Ou seja, o noticiário dava conta de que o conflito teria ocorrido entre as próprias populações indígenas. Por outro lado, houve efetivamente vozes dissonantes, que buscavam a instauração de investigações mais profundas sobre o caso. Exemplo disso foi o documentado firmado pelo então diretor da Redução Napalpí, Enrique Lynch Arribálzaga, que enviou, ao final de agosto de 1924, missiva ao deputado socialista Francisco Perez Leirós, lida no Congresso Nacional, na qual denunciava a continuidade dos atos de perseguição contra os indígenas. Esta carta está reproduzida no processo judicial em comento, nos seguintes termos (ARGENTINA, 2022):

La matanza de indígenas por la policía del Chaco continúa en Napalpí y sus alrededores; parece que los criminales se hubieran propuesto eliminar a todos los que se hallaron presentes en la carnicería del 19 de julio, para que no puedan servir de testigos si viene la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados.

Em consequência da perseguição, os sobreviventes passaram a viver em silenciamento, sob o trauma do terror, em um processo de desenraizamento que acarretou a perda de sua língua e cultura (ARGENTINA, 2022). Mas não há silêncio que se sustente nestas circunstâncias. O episódio passou a ser contado

não apenas pelas vítimas e seus descendentes, mas também por historiadores e retratado também na arte argentina. Nesse sentido, ainda nos anos oitenta, o massacre de Napalpí foi imortalizado na voz de Mercedes Sosa, ícone da música argentina, na canção “Antiguos dueños de las flechas”, de autoria de Ariel Ramirez e Félix Luna:

Indio Toba no llorando aquel tiempo feliz,
Pilcomayo y Bermejo llorando por mí;
Campamento de mi raza la América es,
De mi raza de yaguareté es la América, es...

É importante destacar que um dos motivos para que o massacre tenha permanecido à margem da historiografia oficial decorria do fato de, supostamente, inexistirem provas materiais que dessem conta dos eventos, tais como imagens fotográficas que tivessem capturado qualquer movimentação na redução indígena na data dos fatos. A superação deste argumento ocorreu apenas no início do novo milênio, e passou por pesquisa sobre os arquivos fotográficos do antropólogo alemão Robert Lehmann Nitsche (1872-1938), que exercia o cargo de Diretor do departamento de Antropologia do Museo de la Plata. O antropólogo se dirigiu ao local no contexto da repressão e realizou registros, mas seus arquivos fotográficos não foram divulgados em vida. Apesar de testemunha ocular do ocorrido, o antropólogo nunca abordou o tema em textos científicos, em um silêncio que, atualmente, é interpretado como a conivência do perpetrador (GIORDANO, 2021).

Porém, no ano 2009, a pesquisadora argentina Mariana Giordano, com a intermediação do Instituto Iberoamericano de Berlim (Ibero-Amerikanisches Institut), logrou acessar quatorze fotografias atribuídas a Robert Lehmann Nitsche, tiradas em 1924 na redução de Napalpí (GIORDANO, 2021). As imagens trouxeram profundo impacto social, acadêmico e jurídico sobre o caso. Uma das fotografias mais emblemáticas é a de um avião, com inscrição feita pelo próprio Lehmann Nitsche: “Flugzeug gegen den ‘Indianeraufstand’ in Napalpi” (avião contra levantamento indígena em Napalpí), abaixo reproduzida:



Fonte: Ibero-Amerikanisches Institut, Berlim (N-0070s 56).

Além de expressamente registrar que o avião era **contra** o levantamento indígena, conforme destaca Mariana Giordano, esta imagem apresenta um possível mapa visual dos perpetradores do massacre, entre autoridades governamentais e policiais, proprietários de terras (alguns armados), além do próprio antropólogo Lehmann Nitsche. A imagem mostra, em um segundo plano, o que foi denominado em outras fotografias do mesmo acervo, com anotação do antropólogo, como “indígenas amigos”. Trata-se de figuras indígenas ambíguas, que podem ter auxiliado os perpetradores por cumprirem trabalhos policiais na redução de Napalpí. É compreensível a existência de ditas figuras, tendo em vista o contexto de difíceis negociações e articulações políticas das populações indígenas com o Estado Argentino. É sempre válido destacar que imperava, no final do século XIX e início do século XX, uma condição de absoluta sujeição daquelas populações (GIORDANO, 2021) às autoridades constituídas.

O conjunto de imagens do qual faz parte a fotografia acima permaneceu alheio à comunidade atingida e à população argentina em geral por mais de oito décadas. No entanto, duas circunstâncias específicas ocorridas nos anos noventa – por óbvio, fruto da resistência de diversos setores dos movimentos sociais –

tornaram possível não apenas o aprofundamento de pesquisas como a que redundou na recuperação do acervo fotográfico acima descrito, como também possibilitaram a rediscussão, no âmbito judicial, dos eventos ocorridos na redução de Napalpí. Em primeiro lugar, destaca-se a promulgação da constituição de 1994, pela qual se reconheceu a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos (art. 75, 14). Em segundo lugar, e com influência ainda mais direta sobre o caso específico, destaca-se a decisão prolatada pela Câmara Federal de La Plata constante na Resolução 18/1998, que expressamente reconheceu o direito dos familiares de vítimas dos abusos do Estado de conhecer quais foram as circunstâncias relacionadas com seu desaparecimento e o destino final de seus restos.

Com isso, tornou-se juridicamente possível a realização de um juízo pela memória do Massacre de Napalpí; um processo comandado pela autoridade judicial federal que buscava, sobretudo, o estabelecimento da verdade sobre o ocorrido naquela redução em 19 de julho de 1924. Fala-se em processo pela verdade porque havia impossibilidade legal – e fática – para o exercício da ação penal, uma vez que, passados quase cem anos dos acontecimentos, os perpetradores já estavam todos mortos. Consequentemente, a instrução processual tinha por interesse a investigação do fato delitivo “*para esclarecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue cometido*” (ARGENTINA, 2022, p. 1).

No curso do processo judicial passaram a figurar no polo ativo a Secretaria de Direitos Humanos e Gêneros da Província do Chaco e o Instituto do Aborígene Chaquenho. A instrução processual contou com a produção de prova oral e documental. Entre os documentos destacam-se registros públicos da época, inclusive matérias de imprensa que relatavam a condição do indígena de uma forma geral desde o final do século XIX, os debates parlamentares e sessões legislativas que ocorreram em torno dos fatos (o Congresso terminou por obstruir qualquer investigação parlamentar sobre o caso), registros audiovisuais de sobreviventes já falecidos, cartas, livros, artigos e pesquisas científicas publicadas sobre a temática indígena, além de arquivos fotográficos, como as imagens acima descritas. Foram objeto de análise, também, as investigações realizadas no

âmbito policial à época dos fatos, as quais, inexoravelmente, terminaram sem a responsabilização de qualquer envolvido (ARGENTINA, 2022).

Quanto à prova oral, foram colhidos trinta e nove depoimentos, entre pesquisadores e pesquisadoras do tema, além de membros e membras da comunidade local, na qualidade sobreviventes do massacre e descendentes das vítimas, que puderam relatar com detalhes o ambiente de medo em que passaram a viver. A sentença judicial destaca que a oitiva dos depoimentos das vítimas, familiares e membros das comunidades indígenas está para além do aporte probatório ao caso, mas representa um deslocamento de papéis, onde as testemunhas-vítimas assumem um lugar de protagonismo na cena judicial (ARGENTINA, 2022, p. 219).

A partir da prova produzida, foi prolatada sentença, noventa e oito anos após os fatos. O comando judicial declarou que ficou demonstrada “la actuación por parte de las distintas esferas del Estado Nacional para llevar a cabo una estrategia metódica con el fin de encubrir y tergiversar la masacre ocurrida en Napalpí en el año 1924” (ARGENTINA, 2022, p. 152).

Além do efeito declaratório, a sentença determinou uma série de medidas que tornam possível a realização de práticas de memória, bem como o que se denominou “medidas de reparação”. Como exemplo, citam-se as seguintes: **a)** ordenar à equipe argentina de Antropologia Forense o estabelecimento de um plano de trabalho para continuar as escavações, buscas e exumações de valas comuns, com recursos provenientes do Estado Argentino; **b)** restituição, à Comunidade, dos restos mortais encontrados; **c)** inclusão do Massacre de Napalpí na grade curricular escolar em todos os níveis (ensino Primário, Secundário, Terciário e Universitário); **d)** criação de um museu de memória do massacre.

No entanto, o objeto das reflexões aqui propostas não é propriamente o conteúdo da sentença prolatada ou mesmo seus efeitos práticos. O que se busca neste breve estudo é refletir sobre a precarização das condições de vida daquelas populações a ponto de legitimar o extermínio pelo aparato institucional do Estado no século XX. Além disso, busca-se compreender também como o enquadramento dado aos acontecimentos, à época, não deu conta de represar a verdade destes povos, que insistiram em fazer emergir a sua história, como

vegetação que cresce em uma estrada asfaltada. É com este olhar que se pode arriscar alguma conclusão sobre estes eventos, a partir do pensamento da filósofa Judith Butler.

4. *Alguma conclusão possível: vidas passíveis de luto.*

Como dito na introdução a este trabalho, é possível analisar o massacre ocorrido em 1924 e o julgamento de memória ocorrido em 2022 a partir das reflexões realizadas por Judith Butler em torno da categoria dos enquadramentos, presente em sua obra. Ou seja, o que torna possível a compreensão de que uma vida efetivamente pode ser reconhecida ou valorada como vida é o enquadramento epistemológico que se faz sobre ela. São os enquadramentos, em última análise, que determinam quais vidas podem ser reconhecidas como vidas e quais não podem. Este conceito é desenvolvido pela autora na obra *Quadros de Guerra* (BUTLER, 2019), livro composto por ensaios escritos como resposta às guerras contemporâneas, e constitui uma espécie de continuação do livro *Precarious Life* (2004). Em referida obra, a pensadora destacou que

uma vida específica não pode ser considerada lesada ou perdida se não for primeiro considerada viva. Se certas vidas não são qualificadas como vidas ou se, desde começo, não são concebíveis como vidas de acordo com certos enquadramentos epistemológicos, então essas vidas nunca serão vividas nem perdidas no sentido pleno dessas palavras. (BUTLER, 2019, p. 13).

A partir desta premissa, não é difícil concluir que para a autora não existe conceito de vida (ou de morte) que não esteja relacionado a determinada moldura deste conceito. Trata-se de uma categoria conceitual que traz em si uma preocupação epistemológica e, ao mesmo tempo, um problema ontológico, pois impõe refletir o que é, efetivamente, uma vida. Aliás, na língua inglesa, o verbo enquadrar (*to frame*) possui efetivamente um funcionamento amplo, no qual é possível pensar não apenas no conceito de enquadramento, de moldura, mas também em *ser enquadrado* (*to be framed*), representando a ideia de que alguém pode ser até mesmo *incriminado* de forma fraudulenta e culpado, de modo que esta ideia também deve compor a noção de enquadramento. Um jogo de palavras que pode ser útil para destacar uma característica do enquadramento: o questionamento da própria moldura. Em outras palavras, enquadrar o enquadramento prévio, enquadrar, por que não, o enquadrador. E, com isso,

reconhecer que a moldura deste enquadramento “nunca conteve de fato a cena a que se propunha ilustrar, que já havia algo de fora, que tornava o próprio sentido de dentro possível, reconhecível” (BUTLER, 2019, p. 24).

É o que, de forma até mesmo intuitiva, pode-se verificar no caso do massacre de Napalpí nas duas versões: a dá década de vinte do século passado, ou a da sentença judicial prolatada na década de vinte do presente século. O enquadramento dado pelas autoridades políticas e policiais em uma tentativa de criação de uma história oficial não foi suficiente para impedir algum tipo de escape, algum vazamento, do objeto que pretensamente se pretendia conter. No pensamento de Butler, essa constante ruptura da moldura é parte, também, da própria definição de enquadramento.

E talvez este seja o preciso ponto de inflexão que possibilite olhar a trajetória dos povos Qom e Mocqoi em relação ao massacre e o julgamento de memória ocorrido quase um século depois. Estas populações foram desterradas e obrigadas a viver em um assentamento (denominado redução), em um processo que tentava limitar suas existências à condição de mão-de-obra de baixo custo. Tentava-se, em suma, aniquilar sua presença milenar no território do que depois se denominou Argentina, aniquilar seu modo de vida, sua língua, religião, cultura e tradições. Claramente, uma lógica de desposseção, em que a violência das autoridades pretendia refirmar a propriedade não apenas do território, mas da própria subjetividade destas populações. Como anotam Butler e Athanasiou:

La violenta lógica de la desposesión busca reafirmar la propiedad tanto de la espacialidad como de la subjetividad, encarnando subjetividades desplazadas y despazables, instándolas a tomar un lugar estipulado como propio en lugar de darse un lugar. (BUTLER, ATHANASIOU, 2013, P. 36)

O pensamento de Butler claramente se articula com o pensamento de Michel Foucault, em especial, no que se refere ao curso ministrado no Collège de France em 1975/1976, *Em Defesa da Sociedade* (FOUCAULT, 1999). Foucault desenvolve importante discussão sobre o surgimento do biopoder no século XIX, conceito explorado pela pensadora estadunidense. A biopolítica é uma tecnologia de poder que atua sobre os seres humanos enquanto criaturas vivas, gerenciando sua vida e sua morte. O poder soberano, até o século XVIII caracterizado pelo direito de fazer morrer ou deixar viver, sofre uma transformação, uma

complementação, no direito político do século XIX, para o que Foucault chama de biopoder, caracterizado como o poder de fazer viver ou deixar morrer diferentes populações (FOUCAULT, 1999, p. 287).

Ao desenvolver este conceito na última aula do curso Em Defesa da Sociedade, Foucault descreve o biopoder como um poder regulatório da espécie humana que age, essencialmente, para multiplicar as possibilidades de vida, prolongar sua duração, multiplicar suas possibilidades. Porém, como destaca o pensador, não se trata de simplesmente apagar a velha ideia do poder soberano, não o substitui. O biopoder constitui uma tecnologia complementar que, portanto, mantém o poder assassínio do Estado. E, como destaca Foucault, esta função da morte no sistema político fundado no biopoder é exercida a partir do racismo que passa a agir nos mecanismos de Estado (FOUCAULT, 1999, p. 304).

A observação de Foucault é pertinente para análise aqui proposta. Tanto que Butler, ao se debruçar sobre as questões pensadas por Foucault, sugere que “em uma condição de biopoder, a população tem direito à vida apenas sob a condição de que seja assinalada como potencialmente enlutável” (BUTLER, 2021, p. 97). As populações Qom e Mocqoi, no início do século XX, não dispunham desta condição. Como destacado anteriormente, na manhã do dia 19 de julho de 1924 não houve resistência à ação policial. Não se tratava, portanto, de uma reação em nome do medo da própria morte, mas possivelmente compreensão de que a vida daquelas pessoas não era considerada vida, “nunca foi vida, não se encaixa na norma de vida que faz parte do esquema racial e, portanto, não é assinalada como enlutável, merecedora de preservação” (BUTLER, 2021, p. 98).

Em certa medida, a resistência exercida por estas populações seguiu sua tradição oral. Embora silenciados nos meios de comunicação oficiais, em suas comunidades a história foi contada às gerações seguintes pelos sobreviventes e filhos de sobreviventes, até eclodirem em manifestações culturais, se tornarem objeto de estudos científicos segundo a historiografia ocidental e haver ampla quantidade de bibliografia disponível, algumas citadas neste singelo estudo.

Engana-se quem pensa que um julgamento pela memória possui meramente um valor simbólico. Não apenas pelas consequências práticas em relação às ações a serem adotadas pelo Estado Argentino, nem sobre seu conteúdo

declaratório reconhecendo o papel do Estado Nacional Argentino no processo de planejamento, execução e ocultação durante o massacre, mas também porque representa o ápice de um processo em que se reconheceu às populações atingidas a dignidade do luto.

A resistência exercida pela história contada oralmente e pela própria insistência em existir escapam ao enquadramento dado pelos perpetradores, revelando algo mais, uma capacidade de sobrevivência. O enquadramento da primeira metade do século XX já não sustenta a cena que se apresenta. Ela não apenas vaza, ela desmorona, se rompe totalmente a ponto de fazer se curvarem as autoridades públicas argentinas.

5. Referências Bibliográficas

ARGENTINA (2022). Poder Judicial de la Nación. FRE 9846/2019, do Juzgado Federal de Resistencia 1, Resistencia, CH, 19 de maio de 2022. Disponível em <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/resistencia-se-conocieron-los-fundamentos-de-la-sentencia-que-declaro-delitos-de-lesa-humanidad-los-hechos-perpetrados-en-la-masacre-de-napalpi/>.

ALBERT, Bruce (1997). 'Ethnographic Situation' and Ethnic Movements: Notes on post-Malinowskian fieldwork, in *Critique of Anthropology*, v. 17, nº 1, 1997, p. 53-65.

BUTLER, Judith (2021). *A força da não violência: um vínculo ético-político*. 1ª ed. São Paulo: Boi Tempo.

BUTLER, Judith (2019). *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto?* 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

BUTLER, Judith; ATHANASIOU, Athena (2013). *Dispossession: the performative in the political*. Cambridge: Polity Press.

CHICO, J., FERNÁNDEZ, M (2008). *Napalpi. La voz de la sangre*. Resistencia: Subsecretaría de Cultura de la Provincia del Chaco.

FOUCAUL, Michel (1999). *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes.

GIORDANO, Mariana (2021). De autores, testigos y acusados. Trayectos de construcción de la imagen como prueba en las fotografías de la Masacre indígena de Napalpi. In *Papeles del CEIC*, vol. 2021/2, papel 248, 1-19. (<http://doi.org/10.1387/pceic.22450>).

JUICIO por la verdad de la Masacre de Napalpí (2022). Estado Argentino. Disponível em <<https://www.argentina.gob.ar/noticias/juicio-por-la-verdad-de-la-masacre-de-napalpi>>.

MBEMBE, Achille (2018). Crítica da razão negra. São Paulo, 1ª ed.

SILVA, Mercedes (1998). Memorias del Gran Chaco. Resistencia: Edipen.

SOLANS, Pedro (2007). Crímenes en sangre. Resistencia: Ediciones del Boulevard.

TELEFE NOTICIAS (2022). La historia olvidada de la masacre de napalpí: 500 muertos en 45 minutos – TFN. Youtube, 04.2022. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=LDRL4NEvIrs>>

TRINCHERO, H. H (2009). Las masacres del olvido. Napalpí Y Rincón Bomba en la genealogía del genocidio y el racismo de Estado en la Argentina. In RUNA XXX, (1), pp 45-60, FFyL – UBA.

VOZ DEL CHACO. “La tranquilidad ha renacido en la zona del levantamiento indígena.” Chaco, 21 de julho de 1924.

A FORMAÇÃO ACADÊMICA NO COMPORTAMENTO JUDICIAL: O QUE DIZEM OS ESTUDOS?¹

ACADEMIC FORMATION IN JUDICIAL BEHAVIOR: WHAT DO THE STUDIES SAY?

Marcos Maia²

Cícero Aparecido Bezerra³

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo verificar o que tem sido encontrado em pesquisas que associam o comportamento judicial à formação acadêmica dos juízes. Trata-se de um estudo empírico, que empregou mineração de textos e a lei bibliométrica de Zipf e Ponto de Transição de Goffman em 164 estudos extraídos de bases nacionais e internacionais. Os resultados encontrados mostram que poucos estudos têm se debruçado no efeito da formação acadêmica nas decisões judiciais. Internacionalmente, os estudos concentram-se em decisões de cortes superiores e, no único estudo publicado no Brasil, a amostra se limitou a decisões de habeas corpus em crimes de tráfico de drogas. Apesar de não haver consenso entre eles, a maioria encontrou que existem especificidades nas decisões que estão associadas com a escola de graduação do decisor. Constatou-se a carência de pesquisas que abordem a variável “formação acadêmica”, por outro lado, vislumbra-se um campo quase inédito a ser explorado – em especial, no cenário nacional.

Palavras-chave: Formação acadêmica; Comportamento judicial; Decisões Judiciais.

Abstract: The present work aims to verify what has been found in studies that associate judicial behavior with the academic training of judges. This is an empirical study, which used text mining and Zipf's bibliometric law and Goffman's Transition Point in 164 studies extracted from national and international databases. The results found show that few studies have focused on the effect of academic graduation on judicial decisions. Internationally, studies focus on higher court decisions and, in the only study published in Brazil, the sample was limited to habeas corpus decisions in drug trafficking crimes. Although there is no consensus among them, most found that there are specificities in the decisions that are associated with the magistrate's school of graduation. There was a lack of research addressing the variable “academic training”, on the other hand, an almost unprecedented field to be explored – especially in the national scenario.

Keywords: Academic formation; Judicial behavior; Court Decisions.

1. Introdução

O poder judiciário é um grande enigma para a sociedade brasileira (BEZERRA e CUNHA, 2019), sendo a decisão judicial “um dos temas centrais de todas as abordagens acerca do Direito” (HORTA e COSTA, 2017, p. 272). Para Simioni e Bahia (2009, p. 62) “saber ‘como’ os juízes decidem é uma questão fundamental em um Estado Democrático de Direito que propugna pela proteção dos Direitos Fundamentais”. Neste sentido, é importante observar a dinâmica interna das

¹ Recebido em 20 de abril de 2023. Aceito para publicação em 28 de agosto de 2023.

² Universidade Federal do Paraná.

³ Universidade Federal do Paraná.

decisões judiciais e as respostas dadas às demandas recebidas pelo poder judiciário (OLIVEIRA, 2012; ARGUELHES e HARTMANN, 2017).

Embora as principais normas jurídicas brasileiras reforcem o caráter técnico das decisões judiciais, para o ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito, a decisão judicial “não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto”, é “uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional” (DIREITO, 2000, p. 27). Então, existe uma maneira de explicar empiricamente o comportamento das decisões judiciais?

Segundo Ferreira (2009, p. 30) “a literatura de comportamento judicial no Brasil é ainda muito incipiente”. Porém, dado o aumento vertiginoso na atuação do poder judiciário (SILVA, 2020), tem-se percebido um grande interesse de cientistas políticos em estudar como os juízes expressam suas preferências políticas e ideológicas em suas decisões judiciais (HORTA, 2014). Pesquisas empíricas relacionadas ao comportamento judicial reconhecem a importância das características pessoais antecedentes à nomeação ao cargo capazes de auxiliar na elucidação das decisões judiciais (BRUDNEY, SCHIAVONI e MERRIT, 1999). Dentre estas características pessoais (tais como: raça, gênero, religião, idade, entre outros) observam-se também variáveis conexas aos antecedentes acadêmicos dos magistrados, como: prestígio da faculdade; faculdade de direito a qual o juiz se formou; região geográfica da instituição educacional e; se a instituição de ensino era pública ou privada.

Neste sentido, o objetivo da presente pesquisa é estabelecer um panorama dos estudos que tratam da associação entre “formação acadêmica” e “comportamento judicial”, tornando explícito os resultados que envolvem tais elementos. O objetivo foi buscado a partir do emprego de mineração e textos e da lei bibliométrica de Zipf e do Ponto de Transição de Goffman. A escolha dos métodos de análise atende à recomendação de Maia e Bezerra (2020, p. 21) visto que “podem proporcionar uma compreensão mais ampla dos estudos [jurídicos]”.

A motivação para o presente estudo parte da constatação de Gomes Neto (2020, p. 248) na qual há que se compreender os “elementos que determinam o processo decisório judicial [a partir do] teste de suas respectivas variáveis, isoladas

ou sob interação, para a ampliação de sua capacidade preditiva acerca do processo decisório judicial”. Além disto, “propor uma variável ou conjunto de variáveis como chave explicativa para o comportamento judicial implica fazer uma interpretação das motivações e das instituições existentes em um dado contexto” (RIBEIRO e ARGUELHES, 2013, p. 86).

2. Referencial teórico

Esta seção trata de estabelecer os conceitos empregados no estudo, a partir das teorias associadas. É necessário frisar que não há pretensão em esgotar os assuntos, mas sim contextualizá-los no âmbito da pesquisa.

2.1. Comportamento Judicial

A decisão judicial estudada pela vertente do comportamento judicial teve sua origem na década de 1940, com o cientista político Charles Herman Pritchett ao publicar o artigo “The Roosevelt Court: Votes and Values, 1937-1947” (EPSTEIN, 2016), cujo objetivo era testar a hipótese de que os juízes não decidiam apenas seguindo a lei, mas também eram motivados pelas suas próprias preferências.

Para Ferreira (2013, p. 3) existem várias teorias que objetivam identificar quais são os determinantes do comportamento judicial. Dentre elas, Mello (2018) destaca três modelos de comportamento judicial se associam a esse estudo: legalista, ideológico (ou atitudinal) e estratégico. Estes modelos se “propõem a explicar os motivos pelos quais as decisões dos órgãos judiciários são tomadas, a serem confirmados através de testes empíricos aplicados sobre dados relacionados às referidas decisões” (GOMES NETO, 2020).

O modelo legalista analisa as decisões judiciais (frutos do comportamento do juiz) como atividades puramente técnicas e neutras, onde os juízes decidem unicamente de acordo com o que está posto na lei e demais fontes do Direito (OLIVEIRA, 2012; MELLO, 2018). Entendem-se fontes do direito os “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória” (REALE, 2002, p. 140), sendo que a literatura jurídica clássica considera majoritariamente como fontes do Direito a lei, a

doutrina, a jurisprudência e os costumes (MENDONÇA e GALVÃO, 2021). Para Mello (2018, p. 692) “o modelo legalista de comportamento judicial aposta no ‘material jurídico ortodoxo’ como o fator preponderante apto a explicar e a prever como um juiz ou uma corte decidirá um caso”. Em outras palavras, o modelo legal postula que a tomada de decisão judicial flui de uma análise fundamentada de fontes geralmente reconhecidas e legítimas de autoridade legal (GRAY, CAMPBELL e THOMAS, 1997), sendo que a lei pode atuar como uma restrição capaz de limitar o espaço discricionário em que um juiz pode operar (CROSS, 1997).

Por sua vez, o modelo atitudinal contraria o modelo legal, pois entende que as decisões judiciais não decorrem puramente da aplicação de normas jurídicas abstratas, mas sim de acordo com as preferências individuais de cada juiz, seus valores e suas convicções ideológicas (OLIVEIRA, 2012; MELLO, 2018; GOMES NETO, 2020), ou seja, “o juiz não seria capaz de se despir de suas experiências, de suas vivências e de suas crenças ao decidir” (RABELO e VERONEZI, 2016, p. 244). Neste modelo, “os valores se sobrepõem ao pensamento lógico, sendo que tais decisões não são tomadas com base na experiência do passado, mas sempre projetadas para o futuro a partir de valores de vida inerentes a pessoa do tomador de decisão” (COUTINHO e LEAL, 2016). Portanto, segundo Hume (2018) este modelo sustenta que as decisões judiciais são pautadas nos valores adquiridos pelos decisores e nas incertezas das normas jurídicas.

Já o modelo estratégico considera que o comportamento judicial leva em consideração forças políticas, sociais, institucionais, opiniões públicas e os demais poderes da república (OLIVEIRA, 2012; MELLO, 2018; GOMES NETO, 2020). Nesta abordagem, os juízes estão interessados em proferir uma boa decisão, procurando alcançar um resultado desejável de suas ações. O modelo estratégico considera prováveis reações de outros atores, preocupando-se com respostas, expectativas e reações de outras pessoas e instituições para suas ações (BAUM, 2009; POSNER, 2010). Segundo Gomes Neto (2020, p. 245) espera-se que o juiz “decida o conflito atento às expectativas dos demais atores políticos envolvidos na questão controversa,

num determinado cenário de tempo e de espaço”. Para Mello (2018, p. 713) “os juízes agem como agentes racionais e pautam sua conduta pela teoria dos jogos”, buscando “maximizar benefícios, influenciar o Direito e fazê-lo avançar de forma convergente com as suas preferências”.

2.2. *A Formação Acadêmica e o Comportamento Profissional*

A formação acadêmica é recorrentemente associada ao comportamento profissional. Tal fenômeno tem sido denominado de identidade profissional que, apesar de controvérsias, de acordo com Fitzgerald (2020), envolve ações e comportamento profissional e ético, conhecimentos e habilidade, valores, crenças, socialização e sentimento de pertencer a um grupo. Estes elementos interagem entre si, de tal forma que a identificação social com um grupo é refletida, em habilidades, interesses, comportamentos e princípios que guiam a pessoa em suas atitudes e atividades (MAEL e ASHFORTH, 1992).

Neste sentido, a formação acadêmica tem especial destaque. Para Stewart (1979) lealdade a uma classe ou grupo (referindo-se à universidade) transcende a consideração do que, e como, é ensinado, visto que da influência da instituição deriva-se a própria reputação dos profissionais formados.

Autores como Eliot e Turns (2011) e Hartenberger, Lorenz e Lutzkendorf (2013) observam que o período de formação do profissional sustentaria o surgimento de uma identidade profissional, sendo que um dos elementos associados à identidade profissional é o próprio sistema educacional (OLESEN, 2001). Já Hummel (2010) ressalta a importância das instituições guiarem os estudantes nos caminhos que levarão a carreiras edificantes. Por sua vez Trede, Macklin e Bridges (2012) e Matthews, Bialocerkowski e Molineux (2019), são mais incisivos: é papel da universidade construir a identidade profissional desenvolvendo, entre outros elementos, valores profissionais. Clarke, Hyde e Drennan (2013), citando Kogan (2000), não conseguem desassociar a identidade profissional da estrutura educacional que proveu valores, estruturas conceituais, tradições e práticas.

De acordo com Mael e Ashforth (1992) gerentes formados por instituições às quais se identificam, apresentam uma identidade organizacional distinta. No

caso em que os ex-alunos seguiram a carreira acadêmica, Baghestanian e Popov (2014) notam claramente a influência da escola na produtividade destes. Estes autores vão além ao afirmarem que a Alma Mater é um significativo preditor para explicar o sucesso no início da carreira em Economia. Um exemplo é fornecido por Bosshardt e Walstad (2018) que percebem que a graduação em Economia influencia, a longo prazo, a condução da vida financeira destes graduados.

A influência da formação acadêmica no comportamento profissional encontra sólidos exemplos na América do Sul, especificamente Chile e Brasil. Ainda em 1946, Letelier (2016) já abordava os economistas que, formados pela Universidade de Chicago, ao assumirem cargos executivos federais no governo chileno promoviam políticas públicas neoliberais alinhadas aos ensinamentos da universidade (UNDURRAGA, 2015; AVILA, 2017). Ainda no Chile, a mesma situação, porém em um contexto mais atual, de 1975 a 2000, é apresentada por autores como Davies (2019) e Fajardo (2019), ao descreverem a atuação de economistas que promoveram reformas macroeconômicas de viés desestatizante. No Brasil, esta influência pode ser associada ao ministro da Economia Paulo Guedes que, como pesquisador e acadêmico na Universidade de Chicago, busca promover reformas neoliberais, tais como aquelas preconizadas naquela instituição (MONTES, 2018; SILVA, 2019).

3. Procedimentos metodológicos

Utilizando-se a categorização proposta por Silva e Menezes (2005) , a presente pesquisa classifica-se como básica quanto a sua natureza; como quantitativa quanto à abordagem do problema; como exploratória em relação aos objetivos; e, sob o ponto de vista dos procedimentos técnicos, como bibliográfica.

A formação da base de análise envolveu as seguintes bases de dados nacionais: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2021), Catálogo de Teses e Dissertações (COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR, 2016), Revista

dos Tribunais On-Line (THOMSON REUTERS, 2019) e *Scielo* (SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE, 2021). Por sua vez, foram consultadas as bases internacionais *Science Direct* (ELSEVIER B.V., 2021), *Scopus* (ELSEVIER B.V., 2020) e *Web of Science* (CLARIVATE ANALYTICS, 2021).

A estas bases foram submetidos os termos de busca “comportamento judicial” e o correspondente em inglês “*judicial behavior*”, em quaisquer partes dos documentos, com publicações encontradas até 31/12/2020. Após os registros repetidos terem sido excluídos, o *corpus* de análise foi composto pelos resumos de 67 obras nacionais e 1884 internacionais. O *corpus* formado foi submetido à mineração de textos, cujo objetivo é a extração de padrões úteis dos recursos textuais, de conhecimentos interessantes e não triviais de documentos de texto não estruturados (KAUR e AGGARWAL, 2013; MARCOLIN, *et al.*, 2019), cujas etapas de análise envolveram os seguintes procedimentos:

1. Transformação do texto: transformação do documento para o formato texto, com a remoção/substituição de todos os símbolos desnecessários (GAJZLER, 2010);

2. Tokenização: remoção de elementos como pontuação, separadores de sílabas, marcações e números (SOARES, PRATI e MONARD, 2008);

3. *Stemming*: extração de sufixos e prefixos dos *tokens*, de forma a proceder com uma normalização linguística (BEZERRA e GUIMARÃES, 2015);

4. Construção de matriz de frequências: categorização e contabilização das frequências dos *stems* (FAN, *et al.*, 2006).

De maneira geral, a mineração de textos, no contexto da presente pesquisa, buscou identificar nas obras que tratam do comportamento judicial, o quão frequente se abordam temas associados à formação acadêmica dos juízes. Esta etapa foi operacionalizada no software R versão 3.5.1, com o uso dos pacotes *tidytext* (SILGE e ROBINSON, 2016), *dplyr* (WICKHAM, *et al.*, 2017) e *tm* (FEINERER, HORNIK e MEYER, 2008).

Após esta etapa, no *corpus* formado, selecionaram-se registros que continham o termo “comportamento judicial” E (“formação” OU “acadêmica” OU “universitária”) e os correspondentes em língua inglesa. Esta operação resultou

em 164 obras distintas, cujas palavras-chave foram submetidas à Lei de Zipf (ZIPF, 1935) e ao Ponto de Transição de Goffman (PAO, 1978), cujo objetivo é identificar as relevantes palavras-chave associadas aos estudos. Esta etapa foi elaborada a partir dos seguintes procedimentos (MAIA e BEZERRA, 2020):

1. Cálculo da frequência das palavras-chaves;
2. Classificação das palavras-chave em ordem decrescente de frequência;
3. Cálculo do número de ocorrências das palavras-chave;
4. Cálculo do Ponto de Transição de Goffman.

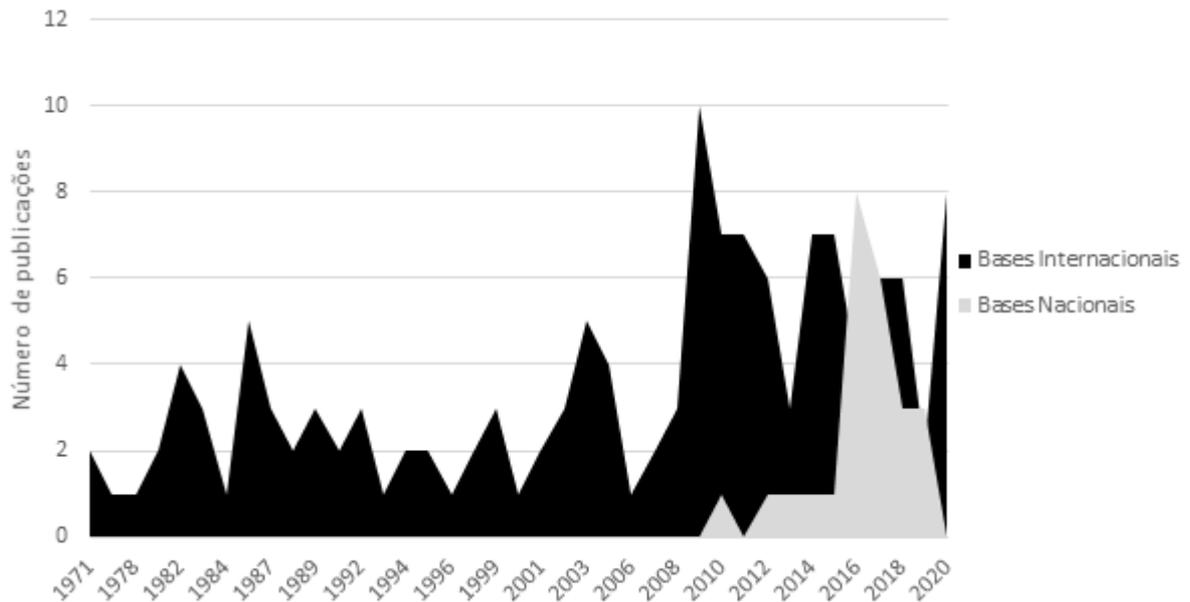
Esta etapa empregou o software MS Excel 2019.

Finalmente, nas obras cujas palavras-chave foram classificadas pela Lei de Zipf e pelo Ponto de Transição de Goffman como contendo informações de maior conteúdo semântico, buscou-se pelos objetivos, amostra, métodos empregados e resultados encontrados, no sentido de tornar evidente os achados destes estudos, fornecendo, portanto, uma visão geral do que tem sido pesquisado em relação ao comportamento judicial associado à formação acadêmica dos juízes.

4. Análise e discussão de resultados

Inicialmente, há que se verificar a evolução das quantidades de publicações, nas bases de dados pesquisadas, ao longo do tempo – mostrada na Figura 1:

Figura 1. Publicações ao longo dos anos



Fonte: dados da pesquisa (2021).

Os picos e vales da Figura 1 mostram que este tema não é constantemente estudado, existindo períodos alternados de interesse, sendo que nas bases internacionais, houve um significativo aumento a partir de 2010. Já as bases nacionais registraram o primeiro estudo em 2010, sendo que sete anos depois, houve ampliação no número de obras publicadas – superando, neste período, o número de publicações encontradas nas bases internacionais.

Quanto aos termos mais encontrados nos resumos dos 1884 artigos internacionais, o Quadro 1 apresenta as vinte maiores frequências absolutas e relativas para 1, 2 e 3 termos consecutivos:

Quadro 1. Termos genéricos em artigos internacionais

1 termo	freqüên cia	2 termos	freqüên cia	3 termos	freqüên cia
<i>court</i>	2630/11, 6%	<i>supreme court</i>	932/24, 3%	<i>us supreme court</i>	165/13,0 %
<i>judicial</i>	2417/10, 7%	<i>judicial behavior</i>	361/9,4 %	<i>state supreme courts</i>	164/12,9 %
<i>judges</i>	1990/8,8 %	<i>decision making</i>	282/7,3 %	<i>supreme court justices</i>	128/10,1 %
<i>courts</i>	1887/8,3 %	<i>political science</i>	206/5,4 %	<i>political science association</i>	119/9,4 %
<i>law</i>	1563/6,9 %	<i>united states</i>	183/4,8 %	<i>judicial decision making</i>	96/7,6% %
<i>legal</i>	1318/5,8 %	<i>us supreme</i>	176/4,6 %	<i>supreme court decisions</i>	72/5,7% %
<i>political</i>	1232/5,5 %	<i>supreme courts</i>	173/4,5 %	<i>american political science</i>	63/5,0% %
<i>supreme</i>	1135/5,0 %	<i>court justices</i>	144/3,8 %	<i>us courts appeals</i>	49/3,9% %
<i>cases</i>	955/4,2 %	<i>judicial review</i>	136/3,5 %	<i>national center state</i>	42/3,3% %
<i>decisions</i>	929/4,1 %	<i>human rights</i>	135/3,5 %	<i>center state courts</i>	41/3,2% %
<i>rights</i>	901/4,0 %	<i>court judges</i>	134/3,5 %	<i>european court justice</i>	39/3,1% %
<i>justices</i>	837/3,7 %	<i>state supreme</i>	132/3,4 %	<i>court decision making</i>	36/2,8% %
<i>behavior</i>	752/3,3 %	<i>science association</i>	127/3,3 %	<i>court human rights</i>	35/2,8% %
<i>state</i>	651/2,9 %	<i>public opinion</i>	121/3,2 %	<i>law courts organized</i>	33/2,6% %

1 termo	frequência	2 termos	frequência	3 termos	frequência
<i>decision</i>	614/2,7 %	<i>court decisions</i>	105/2,7 %	<i>law society association</i>	33/2,6%
<i>analysis</i>	599/2,7 %	<i>judicial decisions</i>	105/2,7 %	<i>united states supreme</i>	33/2,6%
<i>constitutional</i>	571/2,5 %	<i>courts appeals</i>	101/2,6 %	<i>criminal justice system</i>	32/2,5%
<i>case</i>	559/2,5 %	<i>judicial decision</i>	99/2,6%	<i>supreme court canada</i>	32/2,5%
<i>public</i>	553/2,4 %	<i>judicial decisionmaking</i>	97/2,5%	<i>district court judges</i>	31/2,4%
<i>policy</i>	526/2,3 %	<i>state courts</i>	95/2,5%	<i>european court human</i>	27/2,1%

Fonte: dados da pesquisa (2021).

Os resultados mostram que grande parte dos estudos estão relacionados às decisões providas em Supremas Cortes (*supreme court; us supreme court; supreme court justices; supreme court decisions; court decisions; state supreme court*), na Europa e Estados Unidos (*american political science; united states; european court justice*) e, temas associados aos direitos humanos e opinião pública (*human rights; public opinion*).

Já os termos associados à formação acadêmica são raros, conforme mostrado no Quadro 2:

Quadro 2. Formação acadêmica em artigos internacionais

1 termo	frequên cia	2 termos	frequên cia	3 termos	frequên cia
<i>academic</i>	59/10,2 %	<i>academic publishers</i>	4/10,8%	<i>academy criminal justice</i>	3/6,5%
<i>education</i>	56/9,7%	<i>academic work</i>	3/8,1%	<i>field legal academia</i>	3/6,5%
<i>Acadêmica</i>	22/3,8%	<i>academic attainment</i>	2/5,4%	<i>academic attainment also</i>	2/4,4%
<i>academia</i>	14/2,4%	<i>academic attention</i>	2/5,4%	<i>academic legal theory</i>	2/4,4%
<i>academy</i>	14/2,4%	<i>academic legal</i>	2/5,4%	<i>academic publishers rights</i>	2/4,4%
<i>Education al</i>	11/1,9%	<i>academic literature</i>	2/5,4%	<i>academics cite cases</i>	2/4,4%
<i>Education s</i>	2/0,4%	<i>academic political</i>	2/5,4%	<i>academy american courts</i>	2/4,4%
<i>Academic ians</i>	1/0,2%	<i>academic studies</i>	2/5,4%	<i>academy cite cases</i>	2/4,4%
		<i>academic study</i>	2/5,4%	<i>decisions legal academics</i>	2/4,4%
		<i>academic theories</i>	2/5,4%	<i>gender prior academic</i>	2/4,4%
		<i>academics cite</i>	2/5,4%	<i>important legal academy</i>	2/4,4%
		<i>academics however</i>	2/5,4%	<i>interdisciplinary movement academic</i>	2/4,4%
		<i>academics practitioners</i>	2/5,4%	<i>judges legal academy</i>	2/4,4%
		<i>abstract academic</i>	1/2,7%	<i>legal academics cite</i>	2/4,4%

1 termo	frequência	2 termos	frequência	3 termos	frequência
		<i>academia centralising</i>	1/2,7%	<i>legal academy american</i>	2/4,4%
		<i>academia chilean</i>	1/2,7%	<i>legal academy cite</i>	2/4,4%
		<i>academia discussing</i>	1/2,7%	<i>movement academic legal</i>	2/4,4%
		<i>academia focus</i>	1/2,7%	<i>prior academic attainment</i>	2/4,4%
		<i>academia imaginaries</i>	1/2,7%		

Fonte: dados da pesquisa (2021).

Percebe-se que na base de dados analisada não houve ocorrência de termos associados, especificamente, à formação acadêmica: apenas duas ocorrências indicando estudos acadêmicos (*academic studies* e *academic study*). São indícios de que os pesquisadores não se debruçam sobre a relação deste aspecto quando se trata do comportamento judicial.

Já na base de dados formada pelos artigos nacionais, os vinte termos mais frequentes são mostrados no Quadro 3:

Quadro 3. Termos genéricos em artigos nacionais

1 termo	frequência	2 termos	frequência	3 termos	frequência
judicial	76/10,8%	supremo tribunal	37/19,3%	supremo tribunal federal	37/38,1%
tribunal	55/7,8%	tribunal federal	37/19,3%	<i>brazilian supreme court</i>	6/6,2%
federal	45/6,4%	comportamento judicial	26/13,5%	ministros supremo tribunal	5/5,2%

1 termo	frequência	2 termos	frequência	3 termos	frequência
modelos	44/6,3%	decisão judicial	8/4,2%	sobre comportamento judicial	5/5,2%
comportamento	43/6,1%	ativismo judicial	7/3,7%	estado coisas inconstitucional	4/4,1%
supremo	43/6,1%	<i>habeas corpus</i>	7/3,7%	tribunal federal stf	4/4,1%
direito	40/5,7%	ministros STF	7/3,7%	<i>brasilia rights reserved</i>	3/3,1%
processo	39/5,6%	<i>supreme court</i>	7/3,7%	comportamento judicial supremo	3/3,1%
STF	38/5,4%	<i>brazilian supreme</i>	6/3,1%	controle abstrato constitucionalidade	3/3,1%
constitucionais	35/5,0%	decisões judiciais	6/3,1%	<i>fumus boni iuris</i>	3/3,1%
poderes	35/5,0%	<i>chief justice</i>	5/2,6%	institucional supremo tribunal	3/3,1%
trabalho	34/4,8%	controle constitucionalidade	5/2,6%	judicial supremo tribunal	3/3,1%
decisões	31/4,4%	ministros supremo	5/2,6%	são menos propensos	3/3,1%
ministros	29/4,1%	richard posner	5/2,6%	tribunal federal brasileiro	3/3,1%
corte	26/3,7%	cortes constitucionais	4/2,1%	ação ano julgamento	2/2,1%
institucional	20/2,9%	decisões stf	4/2,1%	ações controle constitucionalidade	2/2,1%
decisão	19/2,7%	estado coisas	4/2,1%	ações diretas inconstitucionalidade	2/2,1%

1 termo	frequência	2 termos	frequência	3 termos	frequência
política	18/2,6%	federal stf	4/2,1%	ampliação objeto controle	2/2,1%
teoria	17/2,4%	institucional supremo	4/2,1%	análise institucional judiciário	2/2,1%
juízes	15/2,1%	<i>judicial behavior</i>	4/2,1%	apenas ponto veto	2/2,1%

Fonte: dados da pesquisa (2021).

É visível que os estudos sobre comportamento judicial, em revistas nacionais, em sua maioria, abordam elementos associados ao Supremo Tribunal Federal (STF, supremo tribunal federal; *brazilian supreme court*; ministros supremo tribunal; ministros STF).

Por sua vez, a busca por termos relacionados à formação acadêmica dos juízes resultou nas informações dispostas no Quadro 4:

Quadro 4. Formação acadêmica em artigos nacionais

1 termo	frequência	2 termos	frequência	3 termos	frequência
<i>academic</i>	2/11,8%	academia jurídica	1/5,0%	<i>academic career characteristics</i>	1/5,0%
academia	1/5,9%	<i>academic career</i>	1/5,0%	<i>academic production attempt</i>	1/5,0%
		<i>academic production</i>	1/5,0%	<i>considerable academic production</i>	1/5,0%
		<i>considerable academic</i>	1/5,0%	<i>considered sociodemographic academic</i>	1/5,0%
		<i>sociodemographic academic</i>	1/5,0%	<i>despite considerable academic</i>	1/5,0%

1 termo	frequência	2 termos	frequência	3 termos	frequência
				<i>sociodemographic academic career</i>	1/5,0%

Fonte: dados da pesquisa (2021).

Nota-se que, nas poucas ocorrências dos termos associados à formação acadêmica, o destaque se dá em relação à carreira (*academic career* e *academic career characteristics*) e produção acadêmica (*academic production*, *academic production attempt* e *considerable academic production*).

Em relação às palavras-chave, o Quadro 5 mostra as frequências com que foram encontradas na base de dados analisada:

Quadro 5. Palavras-chave em artigos internacionais

Palavras-chave	Quantidade	Frequência
<i>judicial decision making</i>	1	6
<i>judicial behavior</i>	1	5
<i>judges</i>	1	4
<i>attitudinal model; courts; judicial politics</i>	3	3
<i>gender; law; concurring opinions; courts of appeals; rehnquist court; expertise;u.s. supreme court</i>	7	2
<i>judicial restraint; philippines; lower courts; common sense; representation; comparative courts; codification of hindu law; comparative law; neo-institutionalism; comparative politics; public opinion; associate justices; strategic decisions; conflict; jurisprudence; consensus; legal practice; constitutional courts; modernist assumptions; court appointees; packer model; attorney experience; postmodernist analysis; attorneys; committee of ministers of council of europe;cross-disciplinary attitudes;</i>	133	1

Palavras-chave	Quantidade	Frequência
<p><i>separation-of-powers games; decision-making; supreme court justices; deliberations; judicial selection; dissenting opinions; labour dispute resolution; divorce; legal model; dynamic interpretation; legalist model; economic liberalisation; megapolitics; electoral accountability; multi-court judging; electoral experience; opinion writing; empirical study; parliamentary assembly of the council of europe; ethical challenges; polygamy; ethnicity; professional diversity; european court of human rights; rational choice; evolution of law; religious denominations; brazilian supreme court; role theory; family law reform; state politics; federal judiciary; strategic models; female judges; trials; filing fee; judicial role orientations; focal concerns; juries; forward-thinking; jurors; fourth amendment; latino; career judiciaries; legal academics; gender lens; legal origins; heuristics and biases; legal realism; hierarchy of justice; litigants; hindu code bill; maintenance law; hindu law; meta-disciplinary analysis; hindu law committee; motivated reasoning; hindu marriage law; national movement; impugned dismissal; nepal; indeterminacy of law; oral evidence to hindu law committee; india; pain and suffering damages; individ libertyerty; persuasion; insider imaginaries; political psychology; institutions; post modern condition; interaction with other branches of government; pro se litigation; judge interviews; promotion decisions; chief justice; race; judicial activism; rationality; child marriage; religion and law; judicial behaviour; religious legal systems; judicial cognition; reversal; civil code; sentencing; trust; social reform movement; unfair dismissal; stop and frisk; white-collar</i></p>		

Palavras-chave	Quantidade	Frequência
<i>crime; strategic model; written evidence to hindu law committee;</i>		

Fonte: dados da pesquisa (2021).

Para a aplicação da 1ª Lei de Zipf, as palavras-chave com maiores ocorrências (*judicial decision making* e *judicial behavior*) foram excluídas por estarem diretamente relacionadas aos termos de pesquisa. As palavras restantes foram ordenadas de forma decrescente conforme a frequência de ocorrência, obtendo-se os valores mostrados no Quadro 6:

Quadro 6. Lei de Zipf em artigos internacionais

Quantidade de	Ordem de série	Frequência	Constante de Zip
1	1	4	4
3	2	3	6
7	3	2	6
133	4	1	4

Fonte: dados da pesquisa (2021).

Pode-se observar que o ponto de transição entre as palavras de alta e de baixa frequência é aquela que possui a constante de Zipf igual a 6. Desta forma, pode-se separar as palavras chaves em três zonas: informação trivial (zona I), informação interessante (zona II) e, ruídos (zona III). Assim sendo, de modo a se identificar qual é a palavra que separa a zona de informações triviais da zona de ruídos, calculou-se o Ponto de Transição de Goffman (T) que, ao retornar um valor de T igual a 18, indica que a 18ª palavra-chave é a que exibe esta transição, indicando as palavras-chave associadas à zona II, a saber: *judges, attitudinal model, courts, judicial politics, gender, law, concurring opinions, courts of appeals, rehnquist court, expertise, u.s. supreme court, acclimation effect, associate justices, attorney experience, attorneys, brazilian supreme court, career judiciaries e, chief justice*. É

perceptível, portanto, na zona de informações interessantes, a ausência de quaisquer palavras-chave associadas à formação acadêmica.

Já na base de artigos nacionais, as frequências das palavras-chave encontradas são mostradas no Quadro 7:

Quadro 7. Palavras-chave em artigos nacionais

Palavras-chave	Quantidade	Frequência
supremo tribunal federal	1	13
comportamento judicial	1	8
jurisdição constitucional	1	4
política judicial	1	3
modelo legalista; modelo atitudinal; análise econômica do direito; comportamento decisório; modelo estratégico; federalismo; ativismo judicial; poder judiciário; princípios; ideologia.	10	2
análise comportamental do direito; modelo ideológico; teoria da decisão atitudinal; constituição brasileira de 1988; operação com precedentes; controle abstrato de constitucionalidade; pragmatismo jurídico; controle concentrado; aprendizagem de máquina; controle de constitucionalidade; neoconstitucionalismo; controle de constitucionalidade e interpretação constitucional; poder de veto; dano ambiental; ponderação de valores; decisão judicial; risco judicial; decisão jurídica; trajetória profissional; decisões de magistrados em colegiado; modelo econômico-comportamental operante para decisões em colegiado; democracia deliberativa; campo judicial; desenvolvimento; ofensa à dignidade da pessoa; desenvolvimento institucional; perfil do decisor; diálogo constitucional; política brasileira; diálogo institucional; política estadual; diferenças-em-diferenças; postura de autocontenção judicial; direito	98	1

Palavras-chave	Quantidade	Frequência
constitucional; comunicação; direito e ética; análise de conteúdo; direito e tecnologia; tomada de contas especial; direito fundamental; tribunal de justiça do paraná; direito geral de personalidade; ativismo judicial aversão � divergência; discurso; autonomia federativa tributária; dissonância; modelo institucional; elementos de interpreta�o das leis; modelos analíticos; estimacão de ponto ideal; neurociência cognitiva; argumenta�o jurídica; omissão legislativa; fidelidade partidária; originalismo; formalismo; pesquisa empírica; governos; arguic�o de descumprimento de preceito fundamental; gramática decisória; política comparada; presun�o de inocência; política togada; previsão de decisões judiciais; política judicial; princípio da isonomia tributária; pontos ideais; ativismo; pragmatismo; realismo jurídico; preferências políticas; rela�o entre poder judiciário e poder executivo; responsabilidade (direito); previsão judicial; imparcialidade; princípio da razoabilidade e da proporcionalidade; independência judicial; processo colegiado de decisão; institucionaliza�o; regra de decisão; institui�es políticas; repercussão geral; intera�es institucionais; richard posner; interdisciplinaridade; <i>stare decisis</i> ; interpreta�o filosófica; televisão; ipva; textualismo; judicializa�o; tráfico de drogas; jurimetria; tribunal constitucional; <i>accountability horizontal</i> ; vota�o sequencial;		

Fonte: dados da pesquisa (2021).

Da mesma forma como procedido com a base de artigos internacionais, excluiu-se a palavra-chave “comportamento judicial” por estar diretamente associada aos termos da pesquisa e ordenaram-se as demais palavras de acordo com suas ocorrências, conforme mostrado no Quadro 8:

Quadro 8. Lei de Zipf em artigos nacionais

Quantida de	Ordem de série	Frequên cia	Constante de Zip
1	1	13	13
1	2	4	8
1	3	3	9
10	4	2	8
98	5	1	5

Fonte: dados da pesquisa (2021).

Portanto, a constante de Zipf que separa as palavras-chave em zonas de informação trivial (I), interessante (II) e ruídos (III) é denotada pelo número 8. A partir daí, obteve-se o valor 16 para o Ponto de Transição de Goffman que indica, portanto, que a 16ª palavra-chave é que delimita a transição entre a zona II e III e que identifica os seguintes termos como informação interessante: supremo tribunal federal, jurisdição constitucional, política judicial, modelo legalista, modelo atitudinal, análise econômica do direito, comportamento decisório, modelo estratégico, federalismo, ativismo judicial, poder judiciário, princípios, ideologia, *accountability horizontal*, análise comportamental do direito, análise de conteúdo. Tal qual encontrado na base internacional, também não se evidenciaram palavras-chave relacionadas à formação acadêmica.

Tanto a mineração de textos quanto a análise das palavras-chave indicaram que a formação acadêmica é (quase) inexistente nas pesquisas que buscam estudar o comportamento judicial, mesmo quando é sabido, já há muito tempo, que este é um elemento que guia o graduado em suas atitudes e atividades profissionais (STEWART, 1979; MAEL e ASHFORTH, 1992; KOGAN, 2000; TREDE, MACKLIN e BRIDGES, 2012; BOSSHARDT e WALSTAD, 2018).

Neste sentido, há que se debruçar sobre os poucos estudos que abordam a relação entre o comportamento dos juízes e sua formação. Na base de dados internacional, é interessante o fato de as pesquisas analisarem, especificamente, o impacto da formação dos juízes em escolas de elite, nas decisões:

- Brudney, Schiavoni e Merritt (1999), ao pesquisarem sobre 12 fatores extrajudiciais (dentre eles, se o julgador havia se formado em uma escola de elite) que influenciam na decisão do magistrado, estudaram 1224 processos de apelação revisando práticas trabalhistas, aplicaram regressão logística e encontraram que a formação acadêmica em uma escola de elite está significativamente associada às rejeições das posições dos sindicatos;

- Schneider (2001), pesquisando sobre quais características pessoais (sendo uma delas, a formação em escola de elite) levam um juiz a adotar determinada postura, coletou 431 decisões do Tribunal Tributário de Los Angeles, Chicago e parte de New York e, também aplicando regressão logística, verificou que juízes graduados em escolas de elite são mais pragmáticos, evitando dar deferência aos regulamentos e outros pronunciamentos da Receita Federal norte americana. O mesmo autor, em 2005, repetiu a pesquisa em uma base de dados formada por 10% de todas as decisões fiscais federais proferidas pelos tribunais federais norte-americanos durante um período de cinco anos anterior à pesquisa e os resultados confirmaram o fato encontrado na pesquisa anterior (SCHNEIDER, 2005);

- Wedeking (2012), para verificar se antecedentes sociais (entre os quais, a formação em uma escola de elite) explicam o fato de os juízes decidirem contra precedentes legais, coletou 1187 votos de 1953 a 1994 em caso de progênie, avaliando se houve discordância da decisão histórica original. Os achados, encontrados também com o uso de regressão logística, mostraram que juízes formados em escolas de elite norte americanas apresentam tendência de votarem contra precedentes legais.

Apesar disto, não se tratam de conclusões definitivas. O estudo de Higashi (2015), realizado a partir de 26662 votos de 36 juízes da Suprema Corte norte-americana entre 1946 e 2021, cujo objetivo foi verificar se os antecedentes socioeconômicos dos juízes podem afetar seu comportamento de tomada de decisão em questões econômicas, a partir de modelos de regressão, encontrou que não existe relação entre decisões e o fato dos juízes terem estudado em universidades públicas, privadas ou pertencentes à *Ivy League*.

Além disto, foram encontrados dois outros estudos que, apesar de abordarem a formação acadêmica dos juízes, não se relacionavam às decisões dos mesmos, mas sim sobre o processo de escolha dos magistrados a integrarem as cortes:

- Blanes i Vidal e Leaver (2011) coletaram decisões de 8928 casos da Corte de Apelação Civil disponíveis na base *Westlaw*, proferidas por juízes entre 1985 e 2005 e empregando regressões de Poisson e Tobit, encontraram fraca associação entre a promoção de juízes formados por escolas de elite, ao serem avaliados por juízes seniores;

- Hurwitz e Lanier (2012), ao verificarem as características associadas à escolha de magistrados para comporem as cortes de apelação norte americanas, de seu início em 1801 até 2012 totalizando 793 casos, chegaram à conclusão, a partir de análise de frequências, que cortes de apelações norte americanas tem propensão a escolher juízes graduados por escolas não elitistas.

Já em estudos publicados no Brasil, ao se analisar as 164 obras que incorporavam a formação acadêmica ou universitária ao termo “comportamento judicial”, encontrou-se apenas a dissertação de mestrado de Trombini (2018, p. 11), realizada com o intuito de investigar se “a tomada de decisão jurídica varia de acordo com a trajetória dos magistrados”, a partir de 299 decisões do Tribunal de Justiça do Paraná em *habeas corpus* para crimes de tráfico de drogas, empregando regressão logística binária, chegou à conclusão que julgadores formados por instituições tradicionais de Curitiba – PR, são mais propensos a reproduzir a orientação normativa do tribunal em suas decisões. Coincidentemente, a exemplo do ocorrido com os artigos de bases internacionais, encontrou-se um estudo também relacionado não à decisão jurídica, mas sim ao processo de escolha de ministros a comporem Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Trata-se da pesquisa de Santos e Ros (2008) que ao analisarem as “carreiras jurídicas, políticas e coercitivas dos membros do Supremo Tribunal de Justiça (1829-1890) e do Supremo Tribunal Federal (1891-2006)”, empregando análise de frequências, verificou que, ao longo do tempo, se consolidou uma maior pluralidade de escolas das quais os ministros escolhidos se formaram.

Curioso o fato da formação acadêmica, no contexto das decisões judiciais, não despertar o mesmo interesse que em outras áreas, em que a Economia se destaca

(MAEL e ASHFORTH, 1992; BAGHESTANIAN e POPOV, 2014; BOSSHARDT e WALSTAD, 2018), sendo inclusive a ser repelida, pois para Nanaka (2020, p. 77) o “fato de compartilhar os mesmos valores no processo de socialização na formação do bacharel não é o suficiente para coesionar uma identificação na profissão”. Afirmção esta, que vai de encontro às posições de Eliot e Turns (2011); Hartenberger, Lorenz e Lutzkendorf (2013); Trede, Macklin e Bridges (2012) e Matthews, Bialocerkowski e Molineux (2019). Além disto, na seara jurídica, elementos que possam explicar o comportamento judicial devem ser estudados, em especial a formação acadêmica, visto que, segundo Coutinho e Leal (2016, p. 208):

Todo magistrado carrega consigo uma carga de valores adquiridos durante a vida seja os provenientes da família, da escola, dos amigos, da sociedade onde cresceu, onde vive enfim, são aspectos externos que acabam influenciando o seu caráter e personalidade e que fazem parte, indissociavelmente da sua vida e que serão de suma importância para a tomada de decisão de qualquer decisão que seja.

Pois, seguindo o raciocínio de Coutinho e Leal (2016), há que se “saber se a presença de determinada variável categórica [no caso, a formação acadêmica] exerce influência sobre o resultado, aumentando ou diminuindo as chances da tomada de certas decisões” (GOMES NETO, BARBOSA e VIEIRA, 2018, p. 215).

5. Considerações finais

Retomando o problema da pesquisa, representado pelo próprio título do presente trabalho, é possível responder que, na base de dados utilizada, os (poucos) estudos não são conclusivos: enquanto algumas pesquisas, sob certas condições, mostram que existem padrões nas decisões de juízes formados em escolas de elite norte-americanas, outras não encontram tais evidências. Por sua vez, no único estudo nacional, verificou-se que juízes formados em instituições tradicionais de Curitiba tendem a reproduzirem orientações normativas em suas decisões. As contradições entre os estudos não surpreendem, visto que a formação acadêmica tem sido pouco abordada no contexto das decisões judiciais. Outro ponto a ser destacado é que, de maneira geral, os estudos abordam decisões formadas em cortes superiores – não havendo registros de decisões em primeiras instâncias.

Por outro lado, não se pode deixar de hipotetizar que a (quase) ausência de estudos brasileiros que envolvem a formação acadêmica, pode indicar que, no Brasil, a associação entre a decisão judicial e a formação do decisor em uma determinada instituição de ensino ainda é incipiente, visto que a formação universitária no Brasil se encontra em sua juventude, quando comparada a países como os Estados Unidos, onde se percebe, se não mais estudos, ao menos pesquisas mais exaustivas que envolvem tal aspecto. Além disto, nos artigos em que a formação acadêmica mostrou efeito sobre a decisão, tais estudos estão circunscritos a juízes de cortes superiores (BRUDNEY, SCHIAVONI e MERRITT, 1999; SCHNEIDER, 2001; WEDEKING, 2012) e a *habeas corpus* em crimes de tráfico de drogas (TROMBINI, 2018). Assim sendo, sugerem-se estudos capazes de verificar se são estas diferenças pontuais, ou podem ser extrapoladas a outras amostras.

De qualquer maneira, os elementos extrajurídicos que circundam as decisões judiciais apresentam-se como um campo de estudos necessário à compreensão do processo como um todo. Se, por um lado, o presente estudo mostrou a carência de pesquisas que abordem a variável “formação acadêmica”, por outro, apresenta um campo quase inédito a ser explorado – em especial, no cenário nacional. Afinal de contas, trata-se de um tema que tem ganhado destaque acadêmico (NUNES, 2016), especialmente os elementos extrajudiciais que circundam a órbita da decisão judicial, pois ajudam a compreender as anomalias comportamentais que afetam as decisões (CHEN, 2019), bem como explicar empiricamente a variação encontrada nas decisões (MELLO, 2018).

6. Referências Bibliográficas

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. *Journal of Law and Courts*, Chicago, v. 5, n. 1, p. 105-140, spring 2017. DOI: 10.1086/690195. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/690195>. Acesso em: 8 julho 2021.

AVILA, Carlos Federico Domínguez. O caso Letelier quarenta anos depois, 1976-2016: ensaio de interpretação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*,

São Paulo, v. 32, n. 95, p. 1-16, 2017. DOI: 10.17666/329510/2017.
Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/wpWmy8S8wRDkV888bXq8nJx>. Acesso em: 9 julho 2021.

BAGHESTANIAN, Sascha; POPOV, Sergey V. Alma mat(t)er(s): determinants of early career success in Economics. SSRN, Rochester, p. 1-42, oct. 2014. DOI: 10.2139/ssrn.2506817. Disponível em:
<https://ssrn.com/abstract=2506817>. Acesso em: 12 julho 2021.

BAUM, Lawrence. Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior. Princeton: Princeton University Press, 2009. ISBN: 9780691138275.

BEZERRA, Cicero Aparecido; GUIMARÃES, André José Ribeiro. Scientific publications on innovation: an analysis using text mining. Revista Brasileira de Estratégia, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 288-303, set./dez. 2015. DOI: 10.7213/rebrae.v8i3.14150.g13583. Disponível em:
<https://periodicos.pucpr.br/index.php/REBRAE/article/view/14150/13583>. Acesso em: 5 agosto 2021.

BEZERRA, Uriel Oliveira; CUNHA, Ana Cláudia Gusmão. As decisões judiciais e suas controvérsias na aplicação do(s) Direito(s): uma análise acerca da persuasão racional do juiz. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/577>. Acesso em: 8 julho 2021.

BLANES I VIDAL, Jordi; LEAVER, Clare. Are tenured judges insulated from political pressure? Journal of Public Economics, v. 95, n. 7, p. 570-586, Ago. 2011. DOI: 10.1016/j.jpubeco.2010.11.004. Disponível em:
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0047272710001647>. Acesso em: 18 agosto 2021.

BOSSHARDT, William; WALSTAD, William B. Does studying economics in college influence loan decisions later in life? The Journal of Economic Education, Abingdon, v. 49, n. 2, p. 130-141, 2018. DOI: 10.1080/00220485.2018.1438948. Disponível em:
<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00220485.2018.1438948>. Acesso em: 13 julho 2021.

BRUDNEY, James J; SCHIAVONI, Sara; MERRIT, Deborah J. Judicial hostility toward labor unions - Applying the social background model to a celebrated concern. Ohio State Law Journal, Columbus, v. 60, n. 5, p. 1675-1771, 1999. Disponível em:
https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/166. Acesso em: 8 julho 2021.

BRUDNEY, James J; SCHIAVONI, Sara; MERRITT, Deborah J. Judicial hostility toward labor unions: applying the social background model to a celebrated concern. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 60, n. 8, p. 1675-1771, 1999. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/166/. Acesso em: 13 agosto 2021.

CHEN, Daniel L. Judicial analytics and the great transformation of American Law. *Artificial Intelligence and Law*, Heidelberg, v. 27, n. 1, p. 15-42, mar. 2019. DOI: 10.1007/s10506-018-9237-x. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-018-9237-x>. Acesso em: 27 julho 2021.

CLARIVATE ANALYTICS. Web of Science, 2021. Disponível em: <https://clarivate.com/webofsciencegroup/solutions/web-of-science>. Acesso em: 16 julho 2021.

CLARKE, Marie; HYDE, Abbey; DRENNAN, Jonathan. Professional identity in higher education. *In: KEHM, Barbara M; TEICHLER, Ulrich. The Academic Profession in Europe: New Tasks and New Challenges*. New York: Springer, v. 5, p. 7-22, 2013. Cap. 2. ISBN: 10.1007/978-94-007-4614-5.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. Catálogo de Teses e Dissertações. Catálogo de Teses e Dissertações, 2016. Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br>. Acesso em: 16 julho 2021.

COUTINHO, Pedro Nelson Miranda; LEAL, Reynaldo Borges. Fatores psicológicos externos e a tomada de decisão. *In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcacer; PEREZ, Kathia Nemeth. Lógica e Aspectos Psicológicos da Decisão Judicial*. Palmas: PerSe, p. 187-218, 2016. Cap. 7.

CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 92, n. 1, p. 251-326, fall 1997. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/233360247>. Acesso em: 14 julho 2021.

DAVIES, Richard. Why is inequality booming in Chile? Blame the Chicago Boys. *The Guardian*, 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/nov/13/why-is-inequality-booming-in-chile-blame-the-chicago-boys>. Acesso em: 9 julho 2021.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_24.pdf. Acesso em: 8 julho 2021.

ELIOT, Matt; TURNS, Jennifer. Constructing professional portfolios: sense-making and professional identity development for engineering undergraduates. *Journal of Engineering Education*, Washington DC, v. 100, n. 4, p. 630-654, oct. 2011. DOI: 10.1002/j.2168-9830.2011.tb00030.x. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/j.2168-9830.2011.tb00030.x>. Acesso em: 13 julho 2021.

ELSEVIER B.V. Scopus, 2020. Disponível em: <https://www.scopus.com>. Acesso em: 16 julho 2021.

ELSEVIER B.V. ScienceDirect, 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com>. Acesso em: 16 julho 2021.

EPSTEIN, Lee. Some thoughts on the study of judicial behavior. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 57, n. 6, p. 2017-2073, jun. 2016. Disponível em: <https://wmlawreview.org/some-thoughts-study-judicial-behavior>. Acesso em: 8 julho 2021.

FAJARDO, Luis. 'Ocorreu no Chile o que nossos professores de Chicago esperavam', diz ministro da era Pinochet. *BBC News Brasil*, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50322903>. Acesso em: 9 julho 2021.

FAN, Weiguo; WALLACE, Linda; RICH, Stephanie; ZHANG, Zhongju. Tapping the power of text mining. *Communications of the ACM*, New York, v. 49, n. 9, p. 76-82, sep. 2006. DOI: 10.1145/1151030.1151032. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2006/9/5835>. Acesso em: 5 agosto 2021.

FEINERER, Ingo; HORNIK, Kurt; MEYER, David. Text mining infrastructure in R. *Journal of Statistical Software*, Innsbruck, v. 25, n. 5, p. 1-54, mar. 2008. DOI: 10.18637/jss.v025.i05. Disponível em: <https://www.jstatsoft.org/article/view/v025i05>. Acesso em: 5 agosto 2021.

FERREIRA, Pedro Fernando de Almeida Nery. Como decidem os ministros do STF: pontos ideais e dimensões de preferências. 145 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/13565>. Acesso em: 8 julho 2021.

FITZGERALD, Anita. Professional identity: a concept analysis. *Nursing Forum*, Hoboken, v. 55, n. 3, p. 447-472, jul./sep. 2020. DOI: 10.1111/nuf.12450. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/nuf.12450>. Acesso em: 14 julho 2021.

GAJZLER, Marcin. Text and data mining techniques in aspect of knowledge acquisition for decision support system in construction industry. *Technological and Economic Development of Economy*, Vilnius, v. 16, n. 2, p. 219-232,

2010. DOI: 10.3846/tede.2010.14. Disponível em:
<https://journals.vgtu.lt/index.php/TEDE/article/view/5864>. Acesso em: 5 agosto 2021.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Como decidem os juízes? Comparando modelos formais explicativos do comportamento judicial. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 228-255, jan./abr. 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i1.372. Disponível em:
<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/372>. Acesso em: 26 agosto 2020.

GOMES NETO, José Wanderley; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; VIEIRA, Jorge Luiz Gonzaga. Explicando decisões: as aplicações da análise por regressão logística (Logit) no estudo do comportamento judicial. *Direito Público*, Brasília, v. 15, n. 85, p. 214-231, jul./ago. 2018. Disponível em:
<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/2923>. Acesso em: 4 setembro 2021.

GRAY, John Chipman; CAMPBELL, David; THOMAS, Philip A. *The Nature and Sources of the Law by John Chipman Gray*. Abingdon: Routledge, 1997. ISBN: 9780367198138.

HARTENBERGER, Ursula; LORENZ, David; LUTZKENDORF, Thomas. A shared built environment professional identity through education and training. *Building Research & Information*, Abingdon, v. 41, n. 1, p. 60-76, 2013. DOI: 10.1080/09613218.2013.736202. Disponível em:
<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09613218.2013.736202>. Acesso em: 13 julho 2021.

HIGASHI, Brenden. Class and courts: an analysis of class attributes and judicial decision-making. *In: ANNUAL MEETING OF THE WESTERN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION*, 2015, p. 1-25, 2015, Las Vegas. *Proceedings...* Portland: WPSA. Disponível em:
<https://www.wpsanet.org/papers/docs/Higashi%20Class%20and%20Courts.pdf>. Acesso em: 13 agosto 2021.

HORTA, Ricardo Lins. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos Sobre Justiça*, Brasília, n. 2, p. 38-48, mai./ago. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10596620>. Acesso em: 8 julho 2021.

HORTA, Ricardo Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. DOI: 10.12662/2447-6641oj.v15i20.p271-297.2017. Disponível em:

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1387>. Acesso em: 8 julho 2021.

HUME, Robert J. *Judicial Behavior and Policymaking: An Introduction*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2018. ISBN: 9781442276031.

HUMMEL, Ruth. Factors influencing alumni connection and commitments. 208 f. Thesis (Master of Arts) - Faculty of Arts & Science, University of Lethbridge, Alberta, 2010. Disponível em: <https://opus.uleth.ca/handle/10133/2480>. Acesso em: 12 julho 2021.

HURWITZ, Mark S; LANIER, Drew Noble. Judicial diversity in federal courts: a historical and empirical exploration. *Judicature*, Chicago, v. 96, n. 2, p. 76-83, sep./oct. 2012. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/1150192937>. Acesso em: 12 agosto 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA. Página inicial. Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, 2021. Disponível em: <https://bdtd.ibict.br/vufind>. Acesso em: 16 julho 2021.

KAUR, Ranveer; AGGARWAL, Shruti. Techniques for mining text documents. *International Journal of Computer Applications*, New York, v. 66, n. 18, p. 25-29, mar. 2013. DOI: 10.5120/11184-6318. Disponível em: <https://www.ijcaonline.org/archives/volume66/number18/11184-6318>. Acesso em: 5 agosto 2021.

KOGAN, Maurice. Higher education communities and academic identity. *Higher Education Quarterly*, Hoboken, v. 54, n. 3, p. 207-216, jul. 2000. DOI: 10.1111/1468-2273.00156. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2273.00156>. Acesso em: 13 julho 2021.

LETELIER, Orlando. The 'Chicago Boys' in Chile: economic freedom's awful toll. *The Nation*, New York, 10 october 2016. Disponível em: <https://www.thenation.com/article/archive/the-chicago-boys-in-chile-economic-freedoms-awful-toll>. Acesso em: 9 julho 2021.

MAEL, Fred; ASHFORTH, Blake E. Alumni and their alma mater: a partial test of the reformulated model of organizational identification. *Journal of Organizational Behavior*, Hoboken, v. 13, p. 103-123, march 1992. DOI: 10.1002/job.4030130202. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/job.4030130202>. Acesso em: 12 julho 2021.

MAIA, Marcos; BEZERRA, Cicero Aparecido. Análise bibliométrica dos artigos científicos de jurimetria publicados no Brasil. *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*, Campinas, v. 18, n. e020018, p. 1-28, 2020. DOI: 10.20396/rdbci.v18i0.8658889. Disponível em:

<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/view/8658889>. Acesso em: 5 agosto 2021.

MARCOLIN, Carla Bonato; MOMO, Fernanda Silva; BECKER, João Luiz; BEHR, Ariel. Argumentos da decisão de voto de deputados durante votação do impeachment. *Alcance*, Biguaçu, v. 26, n. 1, p. 4-12, jan./abr. 2019. DOI: 10.14210/alcance.v26n1(Jan/Abr).p004-012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/ra/article/view/13339>. Acesso em: 5 agosto 2021.

MATTHEWS, Jordan; BIALOCERKOWSKI, Andrea; MOLINEUX, Matthew. Professional identity measures for student health professionals – a systematic review of psychometric properties. *BMC Medical Education*, Basingstoke, v. 19, n. 308, p. 1-10, aug. 2019. DOI: 10.1186/s12909-019-1660-5. Disponível em: <https://bmcmmededuc.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12909-019-1660-5>. Acesso em: 13 julho 2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 689-718, ago. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i2.5481. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5481>. Acesso em: 26 agosto 2020.

MENDONÇA, Christianne Kandyce Gomes Ferreira; GALVÃO, Lucas Britto. A teoria das fontes do direito e os precedentes judiciais: uma análise à luz do construtivismo lógico-semântico. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, v. 13, n. 1, p. 53-71, 2021. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/224>. Acesso em: 14 julho 2021.

MONTES, Rocío. O laço de Paulo Guedes com os 'Chicago boys' do Chile de Pinochet. *El País*, Madrid, 31 outubro 2018. 1-8. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/30/politica/1540925012_110097.html. Acesso em: 9 julho 2021.

MORETTI, Sérgio Luiz Amaral; CAMPANARIO, Milton Abreu. A produção intelectual brasileira em Responsabilidade Social Empresarial – RSE sob a ótica da bibliometria. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 13, n. especial, p. 68-86, junho 2009. DOI: 10.1590/S1415-65552009000500006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rac/v13nspe/a06v13nspe.pdf>. Acesso em: 11 setembro 2020.

NANAKA, Humberto Massahiro. O STF e o caso 'Mensalão': hibridismo, expertise e política. 268 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/13181>. Acesso em: 13 agosto 2021.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN: 9788520367940.

OLESEN, Henning Salling. Professional identity as learning processes in life histories. *Journal of Workplace Learning*, Bingley, v. 13, n. 7/8, p. 290-297, 2001. DOI: 10.1108/13665620110411076. Disponível em: <https://eric.ed.gov/?id=EJ636513>. Acesso em: 13 julho 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 27, n. 80, p. 89-115, out. 2012. DOI: 10.1590/S0102-69092012000300006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/JWytfvnzyb9ZkxGh965PZgR>. Acesso em: 8 julho 2021.

PAO, Miranda Lee. Automatic text analysis based on transition phenomena of word. *Journal of the American Society for Information Science*, v. 29, n. 3, p. 121-124, may 1978. DOI: 10.1002/asi.4630290303. Disponível em: <https://asistdl.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/asi.4630290303>. Acesso em: 5 agosto 2021.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. ISBN: 9780674048065.

RABELO, Alex; VERONEZI, Gisele Pereira Assunção. Aspectos psicológico-comportamentais da relação de autoridade entre o juiz e a testemunha. *In*: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcacer; PEREZ, Kathia Nemeth. *Lógica e Aspectos Psicológicos da Decisão Judicial*. Palmas: PerSe, p. 42-76, 2016. Cap. 2.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN: 8502041266.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

SANTOS, André Marengo; ROS, Luciano. Caminhos que levam à corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do poder judiciário brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 131-149, jun. 2008. DOI: 10.1590/S0104-44782008000100009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/13857>. Acesso em: 13 agosto 2021.

SCHNEIDER, Daniel M. Empirical research on judicial reasoning: statutory interpretation in federal tax cases. *New México Law Review*, Albuquerque, v.

31, n. 2, p. 325-358, abr. 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299567. Acesso em: 13 agosto 2021.

SCHNEIDER, Daniel M. Using the social background model to explain who wins federal appellate tax decisions: do less traditional judges favor the taxpayer? *Virginia Tax Review*, Charlottesville, v. 25, p. 201-249, summer 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=843464. Acesso em: 13 agosto 2021.

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE. Scielo, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.org/pt>. Acesso em: 16 julho 2021.

SILGE, Julia; ROBINSON, David. tidytext: Text mining and analysis using tidy data principles in R. *The Journal of Open Source Software*, Austin, v. 1, n. 3, p. 1-3, jul. 2016. DOI: 10.21105/joss.00037. Disponível em: <https://joss.theoj.org/papers/10.21105/joss.00037>. Acesso em: 5 agosto 2021.

SILVA, Edna Lúcia Silva; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação*. 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

SILVA, Rodrigo Martins. Pontos de divergência: Supremo Tribunal Federal e comportamento judicial. 114 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-06022019-131330/pt-br.php>. Acesso em: 8 julho 2021.

SILVA, Salyanna Souza. "Chicago boys" e neoliberalismo Latino Americano: uma análise gramsciana. *In: ANAIS DO ENCONTRO INTERNACIONAL E NACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL*, 7, p. 1-13, 2019, Vitória. Anais... UFES. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/einps/article/view/25788>. Acesso em: 9 julho 2021.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Seqüência*, Florianópolis, v. 30, n. 59, p. 61-88, dez. 2009. DOI: 10.5007/2177-7055.2009v30n59p61. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p61>. Acesso em: 8 julho 2021.

SOARES, Matheus Victor Brum; PRATI, Ronaldo C; MONARD, Maria Carolina. PreText: a reestruturação da ferramenta de pré-processamento de textos. 1-49 f. Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação, São Carlos, 2008. Disponível em: <http://sites.labc.icmc.usp.br/pretext2>. Acesso em: 5 agosto 2021.

STEWART, Barbara L. Employment of baccalaureate graduates: the effect of institutional reputation, location, and executive Alma Mater. 102 f. Thesis (Doctorate in Education) - Department of Secondary and Higher Education and Foundation, Brigham Young University, Provo, 1979. Disponível em: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED214460.pdf>. Acesso em: 9 julho 2021.

THOMSON REUTERS. Revista dos Tribunais Online. Revista dos Tribunais Online, 2019. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/revista-dos-tribunais-online.html>. Acesso em: 19 julho 2021.

TREDE, Franziska; MACKLIN, Rob; BRIDGES, Donna. Professional identity development: a review of the higher education literature. *Studies in Higher Education*, London, v. 37, n. 3, p. 365-384, may 2012. DOI: 10.1080/03075079.2010.521237. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03075079.2010.521237>. Acesso em: 13 julho 2021.

TROMBINI, Maria Eugenia Rodrigues. Comportamento decisório e o perfil do julgador: uma análise dos habeas corpus em tráfico de drogas no TJPR (2013-2016). 113 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Políticas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/57262>. Acesso em: 13 agosto 2021.

UNDURRAGA, Tomás. Neoliberalism in Argentina and Chile: common antecedents, divergent paths. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 23, n. 55, p. 11-34, set. 2015. DOI: 10.1590/1678-987315235502. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/Hjyw9CtYFgkMRMYR87bGHfn>. Acesso em: 9 julho 2021.

WEDEKING, Justin. Why do policy-motivated justices conform to unfavorable precedents? The role of social-legal backgrounds and precedential characteristics. *The Justice System Journal*, Abingdon, v. 33, n. 1, p. 69-95, 2012. DOI: 10.1080/0098261X.2012.10768002. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23268730>. Acesso em: 13 agosto 2021.

WICKHAM, Hadley; FRANCOIS, Romain; HENRY, Lionel; MULLER, Kirill. A grammar of data manipulation. R package version 0.7.4. ed. [S.l.]: CRAN R-project.org, 2017.

ZIPF, George Kingsley. The psycho-biology of language: an introduction to dynamic philology. Cambridge: George Routledge & Sons, 1935. ISBN: 9781138875098.

CONSIDERAÇÕES SOBRE MODULAÇÃO DE EFEITOS, CONSEQUENCIALISMO E DIREITO TRIBUTÁRIO¹

CONSIDERATIONS ON EFFECTS MODULATION, CONSEQUENTIALISM AND TAX LAW

Jeferson Teodorovicz²

Arthur Mendes Lobo³

Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos⁴

Marcos Aurélio Pereira Valadão⁵

Resumo: Este estudo analisa a modulação de efeitos no direito tributário, especialmente na área legislativa, doutrinária e jurisprudencial, considerando a evolução histórica deste instituto na realidade brasileira e a relação deste com a segurança jurídica e com o consequencialismo decisório. Esta pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, com levantamento bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, com especial atenção às recentes alterações legislativas ligadas ao instituto no Brasil. Além disso, analisam-se brevemente os impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Conclui-se que a modulação de efeitos, embora conectada ao consequencialismo decisório, deve priorizar a segurança jurídica no Direito Tributário.

Palavras-chave: modulação de efeitos; consequencialismo; direito tributário.

Abstract: This study analyzes the modulation of effects in tax law, especially in the legislative, doctrinal and jurisprudential areas, considering the historical evolution of this institute in the Brazilian reality and its relationship with legal certainty and the consequentialism. This research adopts the hypothetical-deductive method, with a bibliographic, legislative and jurisprudential survey, with special attention to recent legislative changes linked to the institute in Brazil. In addition, the impacts of the decision of the Federal Supreme Court (STF) on the exclusion of ICMS from the PIS and COFINS calculation basis are briefly analyzed. It is concluded that the modulation of effects, although connected to consequentialism, should prioritize legal certainty in Tax Law.

Keywords: effects modulation; consequentialism; tax law.

1. Introdução

O presente estudo pretende oferecer algumas breves reflexões sobre o instituto da modulação de efeitos no direito tributário, especialmente analisando a evolução legislativa e doutrinária sobre o referido instituto no Brasil, considerando também os impactos na jurisprudência brasileira.

Com a aplicação do método hipotético-dedutivo, utiliza-se, portanto, de instrumentos bibliográficos, legislativos e jurisprudenciais para considerar as

¹ Recebido em 08 de dezembro de 2022. Aceito para publicação em 1º de maio de 2023.

² Fundação Getúlio Vargas.

³ Universidade Federal do Paraná.

⁴ Universidade de São Paulo.

⁵ Fundação Getúlio Vargas.

relações entre modulação de efeitos, consequencialismo decisório e a importância da segurança jurídica no Direito Tributário.

Além disso, em tópico derradeiro, pretende trazer algumas linhas sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando o recente posicionamento do STF (Recurso Extraordinário n. 574.706), que decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS, já que não representam receita do comerciante, mas meros ingressos que transitam pela contabilidade, não representando riqueza imponible.

Naturalmente, não há como desconsiderar a importância dos impactos decorrentes dessa relevante decisão (LOBO, 2021, p.191 e ss), especialmente no campo tributário e no campo previdenciário. Por outro lado, segundo o presente estudo, a consideração da modulação de efeitos, deve também observar o princípio (ou sobreprincípio) da segurança jurídica, que apresenta particular intensidade no Direito Tributário (TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358).

Importante destacar que a segurança jurídica, intensamente analisada sob a perspectiva do direito tributário, conforme se observa em relevantes trabalhos de Paulo de Barros Carvalho (2011, p.198-200), Misabel Derzi (2009, p.159), Roque Carrazza (1996, p. 463-464), Heleno Taveira Tôrres (2011, p. 15 e ss), Ricardo Lodi Ribeiro (2015, p. 292) e Humberto Ávila (2011, p. 113 e ss), pode ser compreendida como

(...) uma norma princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. (ÁVILA, 2011, p. 682)

Neste mesmo aspecto, Ricardo Lodi Ribeiro sustenta que a ideia de segurança jurídica "(...) vem permeando o pensamento jurídico desde a formação do Estado Nacional, sendo associada à proteção do direito do contribuinte contra o exercício do poder de tributar por parte da Fazenda Pública" (RIBEIRO, 2015, p. 292).

Logo, a segurança jurídica, possuindo status de princípio que fundamenta diversos outros, enquanto princípio geral ou sobreprincípio, reflete-se em todos os meandros do ordenamento jurídico (TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020,

pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

No que tange ao direito tributário, não poderia ser diferente, como é o caso da legalidade genérica e tributária, da irretroatividade da lei tributária, da anterioridade tributária, da vedação do efeito confiscatório, da tipicidade em matéria tributária, etc. Princípios esses que encontram fundamento na segurança jurídica (ÁVILA, 2011, p.34).

É justamente sob essa perspectiva que faz sentido analisar o instituto da modulação de efeitos, essa decorrência do próprio consequencialismo.

Observa-se que a expressão “consequencialismo” foi originalmente disseminada por Elizabeth Anscombe, no estudo “Modern Moral Philosophy”, por sua vez publicado em 1958, em que apresenta diferentes concepções filosóficas ligadas às intenções, às finalidades (e prazeres) e à análise das consequências (intencionais ou não) de determinadas condutas (ANSCOMBE, 1958, pp. 1-19; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Assim, a compreensão e análise das consequências das decisões, conforme leciona Anscombe, ao optar pela expressão “consequentialism”, igualmente reconhecia outras expressões similares adotadas por outros filósofos para o fenômeno, a exemplo do próprio utilitarismo (à época “fora de moda”, segundo a autora) (ANSCOMBE, 1958, p.1-19; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Logo, as teorias “utilitaristas” de Jeremy Bentham e de John Stuart Mill possuíam fortes conexões com o consequencialismo analisado em Ascombe, pois o exame das consequências visadas pela ação (escolhendo aquelas que maximizassem os resultados pretendidos, por exemplo) também apareciam como referência relevante nessas construções filosóficas (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Se o consequencialismo chegou a impactar (e ser impactado) por diferentes teorias filosóficas, não foi diferente na área jurídica, já que o consequencialismo influenciou severamente a teoria da decisão, sobretudo na produção de decisões que alcançassem o resultado ou consequências máximas visadas pelo aplicador da lei (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Nesse mesmo sentido, Daniela Gueiros Dias, em reconhecimento à pluralidade significativa da expressão “consequencialismo”, opta por designar o instituto como um “(...) método específico de interpretação dos dispositivos normativos e/ou um método específico de aplicação de normas, cujo traço comum é o apelo às consequências decorrentes da escolha de uma alternativa decisória” (DIAS, 2021, p. 22-77).

Por outro lado, a análise dos efeitos ou das consequências de modificações jurisprudenciais deve ser considerada à luz da segurança jurídica e, nesse aspecto, é compreensível restrições ou ponderações à aplicação do consequencialismo na experiência judicial tributária. Nesse sentido, alerta Dias:

Isso quer dizer que, no âmbito tributário, o julgador está proibido de se valer das consequências externas às regras atributivas de competência tributária em detrimento das suas consequências internas, a pretexto de promover o bem-estar da sociedade, evitar um cenário caótico, prevenir prejuízos financeiros, reduzir a multiplicidade de demandas judiciais ou concretizar qualquer outro suposto interesse ou princípio jurídico. De igual modo, no âmbito tributário, o julgador está proibido de recorrer às consequências extrajurídicas para determinar o conteúdo da sua decisão. Em que pesem esas proibições decorram diretamente das normas constitucionais (regras atributivas de competência tributária, Estado de Direito, segurança jurídica, legalidade, separação de Poderes e igualdade), a constante violação dos limites impostos pela própria Constituição Federal à tomada de decisão no âmbito tributário tem resultado na substituição paulatina do Direito pelo não Direito, da vontade da lei pelo arbitrio e convicções pessoais do julgador (DIAS, 2021, p. 150).

Em semelhante caminho, adiciona Misabel Derzi, para quem, as decisões judiciais, constituem efetivamente

(...) direito novo, como expectativa normativa. Não apenas o direito ‘inter partes’. A nova norma ‘judicial’ (com seus efeitos específicos ‘ex tunc ou ex nunc’), em certo momento, será convertida em expectativa normativa, para aplicação igual aos casos similares que pertencem ao mesmo grupo de casos (DERZI, 2009, p. 248-258).

Assim, a grande questão relativa à aplicação do consequencialismo na produção (e efeitos) decisória deve também incluir a possibilidade de ponderar sobre potenciais efeitos políticos negativos (especialmente em alegações de prejuízo às finanças públicas) que algumas decisões judiciais apresentam.

2. O instituto da modulação de efeitos e a Lei n.13.1015/2015

Primeiramente, reforça-se que o acréscimo trazido pelo parágrafo 3^a do art. 927⁶ do então “Novo CPC” (Lei n.º13.105/2015) fortalece tendência já verificada

⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do

legislativamente, doutrinariamente e jurisprudencialmente na experiência brasileira, já que expande os casos de aplicação de modulação de efeitos (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260; TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514) e consolida também a possibilidade de modulação dos efeitos de decisões por parte de juízes e tribunais, alargando a materialidade a ser objeto de modulação (TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Sobre a ampliação do campo de atuação da modulação de efeitos de decisões por parte de juízes e tribunais, assevera Cássio Scarpinella Bueno:

A menção (no § 3º) a 'tribunais superiores' com iniciais minúsculas merece ser interpretada para albergar também os Tribunais de Justiça dos Estados, o do Distrito Federal e Territórios e os Tribunais Regionais Federais (BUENO, 2015, p. 571 e ss).

Por esse motivo, o próprio art. 927 prescreve sobre a necessidade de juízes e de tribunais observarem: a) decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade (inc. I); b) enunciados de súmula vinculante (inc.II); c) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inc.III); d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inc.IV); e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inc.V) (TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291).

Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

No mesmo passo, observe-se que o art. 927 impõe às decisões judiciais a obrigatoriedade de observância dos artigos 10⁷ e 489⁸, parágrafo 1^a do CPC/2015, o que reforça o dever de fundamentar decisões por magistrados e tribunais, e viabiliza a adequada manifestação das partes interessadas (TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Trata-se, em verdade, de tendência trazida pelo “Novo CPC”, observável nos artigos 926 e 927, e que se refere à valorização dos chamados “precedentes” (STRECK, 2016, p. 01 e ss) oriundos de tribunais superiores, especialmente em relação à sua observância por tribunais e juízes de primeiro grau (JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 338 e ss; 352 e ss; BUENO, 2015, p. 567 e ss; TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514). Por outro lado, o § 3º do artigo 927 trouxe o seguinte acréscimo:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Logo, ocorreu relevante acréscimo ao Código de Processo Civil, já que consolida a expansão da modulação de efeitos em decisões que versem sobre duas hipóteses pré-determinadas: a) em caso de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores; b) na hipótese de julgamento de casos repetitivos

⁷ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

(TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

É também clara a inspiração do referido dispositivo acima citado com o texto legal do art.27 da Lei 9.868/1999, ao prescrever que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No mesmo passo, menciona-se o art. 11 da Lei 9.882/1999 para a modulação de efeitos em decisões do STF prolatadas em argüição de descumprimento de preceito fundamental:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nos termos da Lei 9.868/1999 e do art.11 da Lei 9.882/1999, bem como do art.927, parágrafo 3^a do CPC/2015, e observando-se o excepcional interesse social e a segurança jurídica, a princípio, o poder judiciário estará autorizado a modular os efeitos de suas decisões, atendidas a essas circunstâncias (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260; TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Assim, as diferenças entre os mencionados textos legais podem ser observadas principalmente através dos seguintes aspectos: a) quanto à titularidade ativa da modulação de efeitos: no caso do art. 27 da Lei 9868/1999 e do art.11 da Lei 9.882/1999, o Supremo Tribunal Federal; no caso do art. 927, parágrafo 3^a, do CPC/2015, os tribunais e os juízes; b) quanto ao procedimento para deflagrar a modulação de efeitos: segundo a Lei 9868/1999, no art.27, e da mesma forma no art.11 da Lei 9.882/1999, exige-se quórum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal para autorizar a restrição dos efeitos da declaração ou mesmo decidir que ela só possua efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou a partir de outro momento pré-fixado; no caso do art.927, parágrafo 3^a, não há previsão expressa de quórum de aprovação (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260; TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020,

pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

No mesmo passo, Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos acrescentam que

(...) a única diferença entre a modulação dos efeitos temporais nas ações de controle de constitucionalidade (processo coletivo especial), prevista nos artigos 27 da Lei 9868/99 e 11 da Lei 9882/99, para a modulação de efeitos temporais na alteração/revogação de um precedente, é que naquele caso a ampliação é exclusiva para questões constitucionais, enquanto neste é aplicável em sentido mais amplo (questões infraconstitucionais e constitucionais (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2016, p.653-655).

Embora o art. 927, parágrafo 3^a constitua importante novidade para o Processo Civil, pois amplia a titularidade ativa e o campo de atuação no uso da modulação de efeitos, conforme já exposto acima, essa inovação legislativa, à época, já se inseria em tendência consolidada jurisprudencialmente, revelando atenção progressiva na verificação das consequências negativas ou positivas de decisões, com a possibilidade de restrição de seus efeitos em determinadas circunstâncias, e originalmente ligadas a casos de repercussões gerais analisadas em sede de controle concentrado (pelo STF). Ao ampliar-se também para o controle difuso, isto é, o controle realizado por tribunais e juízes de primeiro grau, mostra-se que o consequencialismo fortalece sua influência.

Da mesma forma, no caso do parágrafo 3^a do art. 927, que é conectado a duas circunstâncias, quais sejam em alteração de jurisprudência dominante ou em sede de julgamento de recursos repetitivos, o que já se visualizava, inclusive na doutrina especializada, que defendia a expansão da modulação de efeitos, para além do controle concentrado (TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514), mesmo antes da alteração legislativa trazida pelo CPC/2015, já que havia vários casos em que contribuinte poderia ser prejudicado em face de alteração de jurisprudência dominante, por exemplo.

Logo, não é exagero afirmar que, em grande parte, foi a própria experiência doutrinária e jurisprudencial prévia, por sua vez, harmonizadas pelos dispositivos acima mencionados na Lei 9868/1999, no art.27, e no art.11 da Lei 9.882/1999, e que fortaleceram a viabilidade para a posterior introdução do art.927 do Novo CPC, ao autorizar magistrados para modular os efeitos de suas decisões, ao mesmo tempo em que preservam os argumentos de segurança jurídica ou de relevante

interesse social no caso de alteração de jurisprudência dominante ou em sede de recursos repetitivos.

Essa inovação legal, na época, ligou-se à progressiva tendência de valorização dos precedentes oriundos de tribunais superiores para serem observados em instâncias inferiores, tendo em vista a harmonização de julgados (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260; TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

No campo fiscal, a possibilidade da modulação de efeitos, nos termos do art.927, parágrafo 3^a do Novo CPC, pôde ser visualizada em algumas decisões, em especial em acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, conforme abaixo:

(...) 6. Não há contradição na modulação de efeitos da decisão recorrida realizada, pois se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente (prospective overruling). Art. 927, §3º, do CPC. 7. O comando dispositivo do acórdão detém densidade suficiente para a satisfação executiva da pretensão deduzida em juízo, sendo assim o montante e as parcelas devidas ultrapassam o âmbito de cognoscibilidade do recurso extraordinário e de conveniência da sistemática da repercussão geral. RE-QO 593.995, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17.06.2014. 8. Embargos declaratórios rejeitados. (RE-ED-segundos 593849, Relator Ministro Luis Edson Fachin)

Nesse sentido, menciona-se também jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE EXECUTIVIDADE. IMPUGNAÇÃO DE AVALIAÇÃO. PRECLUSÃO. EDITAL DE LEILÃO JÁ PUBLICADO. INCLUSÃO DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE PARCELAMENTO. INUTILIDADE. BAIXO VALOR DO DÉBITO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO (AI 00008642320174030000, TRF 3ª Região, Relator Des. Antonio Cedenho).

Não se pode deixar de lembrar também a repercussão geral do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 574.706, que decidiu pela exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, d.j. 15/03/2017), cuja ementa abaixo se reproduz:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706/PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 15/03/2017).

Por outro lado, o processo de ampliação da capacidade ativa (e da materialidade) para a modulação dos efeitos fundamentados na segurança jurídica e excepcional interesse social por parte de tribunais ou juízes de primeiro grau, gera também o receio de que casos semelhantes sejam julgados ou recebam efeitos distintos conforme o momento em que sejam decididos, ainda que os interessados estejam em idênticas circunstâncias (levando a riscos contra a isonomia) (TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260; TEODOROVICZ, 2019, TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Ademais, Rodrigo Martone e Alice Marinho acrescentam:

Ocorre, contudo, que as previsões trazidas no artigo 927 e, em especial, a previsão contida no parágrafo 3º no sentido de que pode haver modulação de efeitos por parte do juiz de primeiro grau ou tribunal, seja de segunda instância ou superior, quando ocorrer alteração de jurisprudência dominante, podem acabar por violar os princípios da segurança jurídica e da isonomia, trazendo inclusive decisões contraditórias que tratam de maneira distinta pessoas em situação idêntica. Isso porque, dentro dessas novas diretrizes, um determinado caso concreto pode tratar de um litígio que ocorreu em um determinado momento, quando havia um entendimento jurisprudencial, depois ser julgado com base em súmula ou enunciado que venha a ser revisado por um tribunal, e poderá, ainda, sofrer a modulação de efeitos, em que será aplicado o entendimento jurisprudencial mais recente. Ou seja, a parte que ajuizou uma ação com determinada expectativa sobre a causa poderia ter a sua expectativa frustrada com a aplicação retroativa de uma jurisprudência consolidada posteriormente (MARTONE; MARINHO, 2017, p. 01 e ss).

Portanto, em sede tributária, campo do direito público em que a segurança jurídica é alicerçada em elevada atenção (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260; TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514), há que se ponderar sobre determinados cuidados e precauções para a aplicação ampliada do parágrafo 3º do art.927 do Novo CPC, sobretudo em atenção à segurança jurídica e à isonomia.

3. A modulação de efeitos no RE 574.706 e a crítica da doutrina ao consequencialismo.

Inicialmente, cumpre destacar que, no campo do controle concentrado, a modulação de efeitos prevista pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/98 condiciona a modulação à existência de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (TEODOROVICZ, 2016, p.65-125; TEODOROVICZ, 2018, p. 223-260; TEODOROVICZ, 2019; TEODOROVICZ, 2020, pp.262-291; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Cite-se, nesse contexto, o voto condutor da Ministra Carmen Lucia no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para quem o próprio STF “rompeu” com tendência jurisprudencial anterior do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, para quem a modulação de efeitos serviria de instrumento para “preservar a segurança jurídica dos órgãos fazendários”:

26. A atual incidência da sistemática de repercussão geral, com efeitos erga omnes e vinculante aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário, recomenda o balizamento dos efeitos do que decidido neste processo, para preservar a segurança jurídica dos órgãos fazendários, ressalvados os casos ajuizados até a data da sessão de julgamento, em 15.3.2017. Admissível a produção de efeitos retroativos para os cidadãos que tinham questionado judicial ou administrativamente a exação, até a data daquela sessão de julgamento. Como enfatizado em alguns dos votos vencidos, a orientação deste Supremo Tribunal, em sede de repercussão geral, rompe com a jurisprudência até então consolidada no Superior Tribunal de Justiça. Alie-se a isso, o cenário de profunda e arrastada crise fiscal da União, realçado na manifestação da Procuradoria-Geral da República: “O cenário de crise fiscal também não passou despercebido pelo Ministro Roberto Barroso. Sua Excelência ponderou que, embora não seja fator decisivo no seu juízo de valor acerca do que é legítimo ou ilegítimo, seu julgamento não é indiferente à grave situação fiscal existente no país. Afirmou o Ministro, ademais, que considerar inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins impõe considerar inconstitucionais múltiplas outras incidências, assinalando, por fim, que a decisão pela exclusão do tributo produziria um impacto imprevisível e, possivelmente, indesejável. As considerações feitas pelos ministros da Suprema Corte evidenciam haver, realmente, fundado receio de graves implicações e danos no imediato cumprimento do julgado e aplicação da tese firmada neste leading case” (fl. 10, e-doc. 144). 27. Pelo exposto, acolho, em parte, os presentes embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017 – data em que julgado este recurso extraordinário n. 574.706 e fixada a tese com repercussão geral “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito. **Voto Condutor da Ministra Carmen Lucia. RE 574.706.**

Por outro lado, em entendimento oposto, Humberto Ávila sustenta que o Estado não é sujeito (ou beneficiário) da segurança jurídica em seu sentido subjetivo – isto é, como norma protetora da legítima confiança. Segundo Ávila, a eficácia reflexiva e subjetiva do princípio da segurança jurídica é desenvolvida a partir do influxo das garantias da liberdade e da propriedade, que são erigidos, no artigo 5º da

Constituição Federal, como “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e, por isso, segue a vocação destes (AVILA, 2019, p. 173).

Nessa linha, faltaria ao Estado substrato pessoal que permita que o mesmo seja considerado sujeito que exerce liberdade e que tenha proteção pelo princípio da dignidade humana: o Estado é uma instituição objetiva e não exerce liberdade, mas competência e poder (AVILA, 2019, p. 174). Adicionalmente, entende-se que há certa contradição na admissão da possibilidade de que o Estado possa ter prejudicada sua confiança por atos praticados por ele mesmo (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Observe-se que, para que se configure potencial agressão à base de confiança, é preciso que haja, efetivamente, “mudança jurisprudencial”, que se verifica pela presença de uma decisão modificadora (*Anlaßfall*) ou o procedimento de saída (*Ausgangsverfahren*) e a decisão “modificada” (LOUVEN, 1996, p.220). Essa circunstância é que constitui a base de confiança para o comportamento e que se esperava ser seguida e teria sido modificada (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

No presente caso concreto, não se verifica uma decisão “modificada”, pois não havia jurisprudência pacífica e *erga omnes* do STF sobre o tema – que seria uma base de confiança legítima. Na verdade, o posicionamento proferido pelo Tribunal, em 2014, já se mostrava favorável aos contribuintes (e, logo, não poderia apontar a base de confiança para a Fazenda Nacional) (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Observa-se, ainda, que o julgamento do STF de 2014 referia-se ao RE 240.785, que – preliminarmente – decorre de processo iniciado em 1992. Nesse caso, o STF – em controle concentrado – já havia decidido pela exclusão do ICMS da base de cálculo de PIS/COFINS, mas, na ocasião, resolveu não atribuir repercussão geral ao julgado, de modo que os efeitos de inconstitucionalidade ficaram restritos. De qualquer forma, o julgamento ocorreu mediante controle concentrado, o que, naturalmente, representa “base de confiança” legítima para os contribuintes, que, inclusive, até poderiam ter em sua defesa o argumento de que o julgamento do RE 574.706 que, encerrado em 2021, não só não constituiu “modificação de jurisprudência”, como também apresentavam clara expectativa de que o entendimento proferido no julgamento de 2014 fosse também reproduzido em 2021

(TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

De modo mais amplo, não se pode deixar de mencionar que a aplicação da modulação de efeitos no Brasil, em verdade, tem sido direcionada à luz de argumentos consequencialistas extrajurídicos, que, na maior parte dos casos, como sustenta Humberto Ávila (2021, p. 60), substitui consequências abstratas, previstas anteriormente nas normas jurídicas por consequências definidas *a posteriori*, não conhecidas pelos destinatários da decisão (e sem fundamento teleológico ou sistemático no próprio sistema jurídico) (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Em outras palavras, tais circunstâncias prejudicam a previsibilidade do Direito (e, portanto, o que Ávila chama de *confiabilidade*, enquanto permanência na transição do passado ao presente, e *calculabilidade* do Direito, concernente à permanência na transição do presente ao futuro – enquanto aspectos da dimensão dinâmica da segurança jurídica (AVILA, 2019, p. 365) e também fragilizam a normatividade da Constituição, o que significa prejuízo claro ao próprio Estado de Direito (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

A experiência alemã, especialmente no âmbito do constitucionalismo alemão, inspirou a modulação de efeitos. Porém, essa hipótese só pode ser admitida quando a decretação de nulidade da regra tida por inconstitucional não restaura a ordem constitucional. Em outras palavras, o Tribunal Constitucional Alemão declara a mera *incompatibilidade* da lei com a Constituição, sem a pronúncia de sua nulidade quando presentes os seguintes requisitos: (i) há liberdade do legislador para determinar os mais adequados meios para sanar tal inconstitucionalidade; (ii) a norma – tida por incompatível com a Constituição – em alguma medida – promove o ideal constitucional; e (iii) a declaração de inconstitucionalidade não repara a o estado de constitucionalidade (AVILA, 2019, p. 540; TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Veja-se que não se está sugerindo a apropriação, sem critérios, do entendimento do Tribunal Constitucional Alemão para a realidade jurídica brasileira. Porém, observe-se que o referido instituto foi criado justamente para evitar situações em que expurgar, de imediato, o efeito de inconstitucionalidade, acabe se demonstrando mais prejudicial à ordem constitucional do que mantê-lo por determinado período no

ordenamento (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Assim, em uma perspectiva ideal, o instituto da modulação de efeitos – para assegurar a compatibilidade deste com o Estado de Direito – só deveria ou poderia ser aplicada para maximizar direitos fundamentais e para evitar maiores desgastes à ordem constitucional, sempre respeitando à segurança jurídica.

De qualquer forma, mesmo que não diretamente aplicável à realidade jurídica nacional, observe-se que, no julgamento do RE 574.706, não se verificam quaisquer dos critérios elencados pelo Tribunal Constitucional Alemão para decretar tão somente a incompatibilidade de determinada norma com a Constituição (sem tratar da sua nulidade) e a manutenção dos efeitos de norma inconstitucional não trouxe qualquer benefício à ordem constitucional, já que: (i) não há meios outros de o Legislador restaurar a constitucionalidade neste caso; (ii) a norma não promove qualquer outra finalidade constitucional (até mesmo porque a arrecadação tributária não é finalidade constitucional por si só, mas sim a arrecadação com base nos ditames da própria Constituição, o que inclui, evidentemente, o estrito respeito às normas de competência tributária e de estipulação de materialidades tributáveis); (iii) a decretação de nulidade *ex tunc* por inconstitucionalidade da regra que determina a inclusão de ICMS na base de cálculo de PIS/COFINS restaura, de imediato, a ordem constitucional (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Dessa forma, enquanto aparentemente transpareça enquanto conquista favorável aos contribuintes, o julgamento da chamada “tese do século”, por outro lado, não favorece o Sistema Constitucional Brasileiro, afastando o princípio da Segurança Jurídica e o Estado de Direito para a modulação de efeitos e o (ab)uso dos argumentos consequencialistas (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

Em outro passo, o consequencialismo, diretamente ligado à modulação de efeitos, precisa também ser analisado à luz da segurança jurídica em matéria tributária, já que o princípio, nesse ramo do direito, possui particular e máxima intensidade.

Nesse sentido, recorde-se a reflexão de José Maria de Arruda Andrade, que entende que o consequencialismo (ou argumentos consequencialistas) deve ser, na medida do possível, evitado, pois a aplicação do referido instituto leva a potenciais armadilhas e perigos, especialmente se analisados sob a perspectiva da teleologia

jurídica. Assim, o raciocínio do autor diferencia o referido instituto da própria interpretação teleológica:

Esse tipo de argumentação não deve ser confundido com a perspectiva consequencialista, que seria propor um objetivo à frente e acima dos demais. Isso porque, em primeiro lugar, muitos dos consequencialismos hodiernos têm como metarregra algo não positivado (é o caso do law and economics clássico, ao defender a eficiência econômica como critério válido e necessário). Da mesma forma os moralismos universais e procedimentais, que buscam reforços em discursos ou sobre princípios gerais (algo como a proporcionalidade em um de seus testes, o de adequação entre fins e meios etc.). No caso da pesquisa teleológica, ao menos naquela aqui defendida, há apreço pelo texto positivado (ainda que se procure o afastamento de perspectivas essencialistas, de que o conteúdo já estaria contido nos textos) e respeito ao aspecto sistemático dos textos de normas jurídicas. Uma teoria eleita como predileta não deve substituir o texto posto das normas jurídicas, ainda que a sua concretização demande sempre decisões constitutivas de sentido. Daí a conclusão de que se deve evitar o consequencialismo, mormente com base em ideologias e construtos teóricos sem respaldo e sem a adoção em textos do ordenamento jurídico. Se qualquer finalidade ou decisão for boa o suficiente, que o processo democrático reconheça tal fato e que o positivo, por meio do processo legislativo (ANDRADE, 2018, p. 506-523).

É interessante notar também que o referido autor segue elencando argumentos (críticos) para a adoção do consequencialismo e, nesse aspecto, da própria modulação de efeitos, inclusive observando (e refutando) diferentes argumentos usualmente adotados pelo consequencialismo no direito tributário (a exemplo do “risco fiscal”, do “terrorismo fiscal”) e que se verificam:

(i) a partir da noção de positivismo jurídico não inclusivo; (ii) a partir dos pressupostos legais que permitem a modulação de efeitos; e (iii) a partir do que seria uma boa gestão de riscos fiscais por parte do governo central, que parece, por vezes e por conservadorismo, se portar como um apostador compulsivo em resultados improváveis de contencioso tributário (ANDRADE, 2018, p. 506-523).

Assim, José Maria Arruda de Andrade avança ao considerar tais argumentos no âmbito do risco fiscal, e chega a contraditar o fundamento de “excepcional interesse social” que, em tese, justificaria o argumento de risco fiscal:

Não há que se confundir o interesse público genuíno, que deve, inclusive, garantir a aplicação plena da legislação em vigor, com os interesses de uma parte do litígio, na sua tentativa de transferir a responsabilidade pela gestão dos recursos públicos aos ministros do STF com base em terrorismo consequencialista. Não há excepcional interesse social em se evitar a aplicação plena do entendimento de um tribunal constitucional baseada em mera postergação do impacto fiscal. Um juízo de ponderação entre a aplicação da legislação em vigor versus a proteção do mau litigante não cabe em um Estado de Direito. Aplica-se o direito posto sem jogos de sombra. Não se pode esquecer, por fim, que eventuais medidas prévias que evitassem essa litigiosidade teriam permitido, ainda: i) a eficiência administrativa de redução de custo com o acompanhamento de processos pela PGFN (custos nem sempre levados em conta), ii) redução dos custos das próprias empresas com o seu contencioso, e iii) redução do gasto público da prestação de serviço público jurisdicional, que tem, no próprio Estado, o seu maior e ávido usuário. Em tempo, a aposta de risco fiscal de que não haveria derrota do governo, não sendo atendida pelo STF, apesar do apelo do argumento ad terrorem, gerará outro expediente de duvidosa legitimidade: a gestão fiscal no tempo (postergação da devolução dos créditos). Esta gestão pode ser traduzida na recusa da Receita Federal em aceitar os pedidos de compensação dos contribuintes, com a multiplicação da litigiosidade de recursos administrativos e judiciais, retroalimentando, viciosamente, os gastos públicos com fiscalização e com o Poder Judiciário, em nada atendendo aos interesses sociais

primários e apenas buscando reforçar o interesse secundário, que vê, no Estado, o credor interessado e parcial e não a República de todos. (ANDRADE, 2018, p. 506-523).

Logo, em sucinta reflexão a partir dos fundamentos trazidos pelo voto condutor que autorizou modulação de efeitos em matéria tributária e pela análise das pertinentes (e críticas) posições doutrinárias acima mencionadas, pode-se concluir que os referidos argumentos apresentados não escapam de eventual questionamento em prol da segurança jurídica (assim como o próprio argumento do “risco fiscal”) (TEODOROVICZ; SANTOS, 2021, p.341-358; TEODOROVICZ, SANTOS, 2022, pp. 501-514).

4. Considerações Finais

O presente trabalho buscou apresentar alguns brevíssimos apontamentos acerca do instituto da modulação de efeitos, em relação às suas atuais configurações legislativas e seus reflexos no Direito Tributário.

Observando a evolução legislativa sobre a modulação de efeitos (passando de um controle concentrado para o controle difuso), verificou-se a clara ligação com o chamado “consequencialismo”, que apresenta origens em outros campos extrajurídicos (e filosóficos) e alcançou forte e gradual adesão na teoria da decisão.

Naturalmente, quando transposto ao ordenamento jurídico brasileiro e, em particular, com o direito tributário, outras reflexões devem ser adicionadas, especialmente à luz da segurança jurídica, princípio que, no direito tributário, alcança máxima intensidade.

Assim, é natural que o tema, no âmbito direito tributário, a par de sua flexibilização legislativa no campo processual (e que reflete a própria evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema), alcance repercussões, inclusive em análise aos precedentes judiciais.

O dispositivo legal do parágrafo 3^a do art. 927 do “Novo CPC/2015”, autoriza a modulação de efeitos, e expande a titularidade ativa da modulação para além do controle concentrado, já que a modulação poderá ser realizada mediante controle difuso de tribunais e juízes, o que se harmoniza também com os próprios fins fixados no art.926 e 927 do “Novo CPC/2015”, especialmente considerando o fortalecimento dos precedentes, sobretudo no campo da jurisprudência dominante e em julgamento de recursos repetitivos. Consagra-se, assim, tendência já vislumbrada no âmbito judicial e doutrinário e que vai se fortalecendo gradativamente diante da legislação

processual específica, quando o art. 927, parágrafo 3^a, estrutura o suporte legal do referido instituto, considerando também situações de potencial insegurança jurídica.

O consequencialismo aplicado ao direito brasileiro reflete o fortalecimento da modulação de efeitos, mas, no campo tributário, entende-se que o mesmo deve ser refletido e debatido com preocupações e reservas, particularmente em matéria tributária, pelo risco de prejuízo e desrespeito à segurança jurídica e à própria isonomia.

Embora se reconheça que a situação é complexa, conclui-se que esses riscos devem ser refletidos conforme a situação concreta, recomendando-se diligência e prudência ao julgador tendo em vista a melhor solução considerando os interesses no caso.

Tomou-se como exemplo a decisão prolatada pelo STF que excluiu a incidência do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando a modulação de efeitos da decisão, que levou a compreensíveis críticas sobre os fundamentos utilizados para tal medida, que se conectaram claramente ao excepcional interesse social e ao argumento da segurança jurídica (“equilíbrio orçamentário ou fiscal”).

Nada obstante, conforme análise crítica da doutrina supra investigada, o argumento do “risco fiscal” é compreensivelmente questionável e, nesse aspecto, em prol da segurança jurídica, deve ser afastado, especialmente para evitar, no campo judicial brasileiro, distorções na realidade tributária. Deve-se ter em conta os princípios e valores constitucionais na ponderação da aplicação de institutos dessa natureza.

Finalmente, ainda que seja teoricamente possível justificar a aplicação da modulação de efeitos, o caso da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS escancara a necessidade de maiores ponderações e temperanças sobre o instituto, ligado ao consequencialismo decisório, à luz tanto da segurança jurídica em prol do Estado, mas também em favor dos contribuintes.

5. Referências bibliográficas

ANDRADE, José Maria Arruda de. Consequencialismo e Argumento de Risco Fiscal na Modulação de Efeitos em Matéria Tributária. In: Revista Direito Tributário Atual n. 40. São Paulo: IBDT, 2018.

ASCOMBE, G.E.M., Modern Moral Philosophy. In: Philosophy. The Journal of the Royal Journal of Philosophy. Vol. XXXIII. n. 124. January, 1958, p. 1-19.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto B., Teoria da Segurança Jurídica, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 173.

ÁVILA, Humberto B., Constituição, Liberdade e Interpretação, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021, p. 60.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2011.

DERZI, Misabel. Modificações da jurisprudência no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo Judicial no Direito Tributário Brasileiro. Série Doutrina Tributária Volume XXXV. São Paulo: IBDT, 2021.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil. Jus Podium: Salvador, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC. Fundamentos e sistematização. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOBO, Arthur Mendes. Teoria da Decisão Judicial e seus Impactos Econômicos. 1 Ed. Curitiba: Appris, 2021.

LOUVEN, Christoph. Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. München: Beck, 1996.

MARTONE, Rodrigo; MARINHO, Alice. O sistema de precedentes e a modulação de efeitos no novo CPC. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/sistema-precedentes-modulacao-efeitos-cpc>. Último acesso em 27.02.2018.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Tributação, Segurança e Risco. Fortaleza, NOMOS, v. 35, n. 1, p. 291-327, jan/jun, 2015.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança Jurídica no Direito Tributário e Modulação de Efeitos em Decisões de Inconstitucionalidade. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas. nº.130. São Paulo: RT, 2016.

TEODOROVICZ, Jeferson. Modulação de Efeitos e Tributos Inconstitucionais. In: Direito Tributário: os 30 Anos do Sistema Tributário Nacional na Constituição. Estudos em Homenagem a Ricardo Lobo Torres. Org: José André Wanderlei Dantas; Paulo Rosenblatt. Recife-PE: Edição dos Organizadores, 2018.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança Jurídica em Matéria Tributária, Modulação de Efeitos e o Parágrafo 3^a do Artigo 927 do Novo CPC (Lei n.13.105/2015). In: Leonardo Buissa; Lucas Bevilacqua. (Org.). Processo Tributário. 1ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica em direito tributário, modulação de efeitos e o artigo 927 do Código de Processo Civil (lei 13.105/2015). In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, V. I, 2020.

TEODOROVICZ, Jeferson; SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira. Alguns Apontamentos sobre o Consequencialismo e a Modulação de Efeitos no Direito Tributário Brasileiro. In: Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Atual IBDT / AJUFE/AJUFESP / DEF-FD-USP. Consistência Decisória em Matéria Tributária nos Tribunais Superiores: Aspectos Materiais e Processuais. Coord: Ricardo Mariz de Oliveira; Rodrigo Maito da Silveira; José Maria Arruda de Andrade; Martha Leão. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário/Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021, p.341-358.

TEODOROVICZ, Jeferson; SANTOS, Bruno Cesar Fettermann. Repercussões da exclusão do ICMS da base das contribuições. In: Contribuições: evolução jurisprudencial no CARF, STJ e STF. Coordenadores Marcelo Magalhães Peixoto, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Michell Przepiorka. - 1. ed. - São Paulo: MP, 2022, pp. 501-514.

TORRES, Heleno Taveira. Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Último acesso em 27.10.2022.

A LEI DE DROGAS E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA PESSOA¹

THE NARCOTICS LAW AND THE DOCTRINE OF THE INTEGRAL PROTECTION OF THE HUMAN PERSON

Alexander de Castro²
Silvio Luis Cordeiro Júnior³

Resumo: No presente trabalho, procuramos analisar o marco legal da política de entorpecentes brasileira materializada na Lei 11.343/2006 à luz da proteção integral da pessoa, entendida por meio da interação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Inicialmente, analisamos o proibicionismo como política de entorpecentes e sua relação com os direitos fundamentais da personalidade. Posteriormente, faz-se uma análise contextualizada da evolução legislativa sobre entorpecentes no Brasil desde os anos 1960 até chegar ao surgimento da atual lei. Por fim, estuda-se o tratamento do usuário e do traficante na legislação atual, comentando criticamente os critérios de diferenciação entre as duas categorias e analisando a natureza jurídica da infração de consumo pessoal de entorpecentes. Conclui-se que a legislação atual representou decididamente um avanço no tratamento da questão das drogas no país, mas que ainda se mostra insuficiente para compatibilizar a política de drogas com a proteção da dignidade humana.

Palavras-chave: Lei de Drogas; Proibicionismo; Direitos fundamentais da personalidade.

Abstract: We aim to analyze the legal framework of Brazil's narcotics policy, specifically Law 11.343/2006, in light of the doctrine of integral protection of the human person. This doctrine emphasizes the interaction between fundamental rights and personal rights ("direitos da personalidade") based on the principle of human dignity. Firstly, we examine prohibitionism as a narcotics policy and its connection to fundamental rights. Next, we provide a contextualized analysis of Brazil's narcotics legislation evolution from the 1960s to the present law. Lastly, we critically assess the treatment of users and dealers in current legislation, comment on the differentiation criteria between the two categories, and analyze the legal nature of the offense of personal drug consumption. In conclusion, while the current legislation signifies a positive step towards addressing illegal drug issues, it remains insufficient in fully reconciling narcotics policy with the protection of human dignity.

Keywords: Narcotics Law; Prohibitionism; Fundamental rights.

1. Introdução

A Lei de Drogas, nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, aderindo a dois modelos distintos. De um lado reiterou a prevenção do uso de drogas, bem como a reinserção social de usuários e dependentes. Por outro lado, enfatizou a repressão à produção e ao tráfico ilegal de drogas. O texto normativo elegeu como princípios norteadores a liberdade do indivíduo e a autonomia da vontade, sendo direitos fundamentais da

¹ Recebido em 15 de julho de 2023. Aceito para publicação em 13 de setembro de 2023.

² Unicesumar. Pesquisador Bolsista do ICETI - Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação.

³ Unicesumar.

peessoa humana, representando, desta forma, um considerável avanço. Sobretudo, estes princípios foram dirigidos especialmente aos usuários, incidindo apenas sobre eles a promoção dos valores de cidadania. No tangente a produção e venda de drogas, a Lei explicitamente alega que deve imperar o modelo repressivo, no intuito de assegurar a garantia da estabilidade e bem-estar social.

É de suma importância ressaltar que, na diferenciação se o dolo é de uso ou de tráfico, o critério que se utiliza abre espaço para a arbitrariedade. Desta forma, promove-se a construção social e legal do estereótipo criminal, visto que o juiz, além de atentar-se à quantidade da droga, analisará as circunstâncias sociais e pessoais do agente e, ainda, aos seus antecedentes criminais. É possível afirmar, portanto, que determinados indivíduos estarão mais propensos a serem indiciados pelo crime de tráfico, devido a sua condição social, inseridos nas camadas mais baixas da população. Neste cenário conturbado, o presente trabalho propõe-se a questionar em que medida a aplicação dos critérios diferenciadores entre usuário e traficante, previstos na Lei 11.343/06, tem promovido divergências jurídicas que causam consequências catastróficas para os agentes.

Iniciaremos com um breve resgate histórico sobre alguns aspectos relativos a política criminal de drogas no Brasil e no exterior, abordando alguns tópicos sociológicos e criminológica sobre as substâncias entorpecentes. Posteriormente, abordaremos diversos textos legais que versaram sobre a questão das drogas a fim de elaborar uma visão geral da evolução normativa sobre a questão, começando com a Constituição de 1967 e indo até a Lei 11.343/06. Por fim, discutiremos os objetivos da Nova Lei de Drogas, juntamente com as modificações apresentadas no que tange às condutas de usuário e traficante de substâncias entorpecentes.

A questão da relação entre o proibicionismo e os direitos fundamentais da personalidade é um tema complexo e controverso que suscita diversas problematizações. O proibicionismo, enquanto política criminal de drogas, se baseia na criminalização do uso e do comércio de substâncias entorpecentes, buscando coibir o consumo e reduzir os danos associados ao seu uso. No entanto, essa abordagem levanta questões sobre os impactos na garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente no que diz respeito à sua dignidade

e autonomia. Um dos principais pontos de discussão é o impacto da criminalização do uso pessoal de drogas na liberdade individual dos cidadãos. O proibicionismo levanta o questionamento sobre até que ponto o Estado pode interferir nas escolhas pessoais dos indivíduos, especialmente quando se trata do uso moderado de substâncias entorpecentes que possuem baixa capacidade de causar dependência. A criminalização desse uso pode ser vista como uma violação da liberdade individual e da autonomia dos sujeitos, limitando seu direito de decidir sobre o próprio corpo e estilo de vida.

Além disso, a abordagem proibicionista pode comprometer a eficácia das políticas de redução de danos e tratamento aos dependentes químicos. Ao criminalizar o uso de drogas, o Estado dificulta o acesso dos usuários a programas de saúde e tratamento, prejudicando a promoção da saúde e a reinserção social dessas pessoas. Isso levanta a questão de como conciliar a proteção dos direitos fundamentais da personalidade dos usuários de drogas com a implementação de políticas públicas eficazes que visem à prevenção, tratamento e redução dos danos associados ao consumo dessas substâncias.

Outra preocupação diz respeito aos impactos sociais e econômicos da criminalização do uso de drogas. A política proibicionista contribui para o fortalecimento do mercado negro de entorpecentes, alimentando o tráfico e a violência associada a essa atividade ilícita. Além disso, a aplicação seletiva das leis de drogas resulta em desigualdades e discriminações, afetando principalmente indivíduos marginalizados e de grupos vulneráveis. Isso nos leva a refletir sobre como conciliar a proteção dos direitos fundamentais da personalidade com a necessidade de abordagens mais efetivas e equitativas para lidar com o uso de drogas.

Diante dessas problematizações, torna-se necessário aprofundar o debate sobre a relação entre o proibicionismo e os direitos fundamentais da personalidade, buscando uma abordagem que leve em consideração tanto a proteção da saúde pública quanto a garantia dos direitos individuais e da dignidade humana. É essencial analisar criticamente os impactos das políticas proibicionistas, considerando alternativas que possam conciliar a proteção dos direitos da personalidade dos usuários de drogas com a promoção de políticas

mais humanizadas, inclusivas e eficazes no enfrentamento dos problemas relacionados ao consumo de substâncias entorpecentes.

2. Os Direitos Fundamentais da personalidade do usuário de entorpecentes e o proibicionismo

Não é possível abordar o tema da dependência de drogas sem considerar o princípio da dignidade humana (BORGES, 2009: 13-4) como base da República Federativa do Brasil, elemento fundamental para a constituição de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Essa análise é crucial para a construção de um sistema de justiça penal democrático e constitucional. Essa perspectiva tornou-se progressivamente mais necessária após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que reconheceu a dignidade humana a todos os membros da espécie. A afirmação da dignidade humana como um princípio fundamental da liberdade e como um valor central no contexto jurídico internacional teve um impacto significativo nas Constituições da segunda metade do século XX, as quais a adotaram como o verdadeiro fundamento de um Estado Democrático de Direito (SCHREIBER, 2013: 7).

A lei de drogas, promulgada já durante a vigência da atual Constituição Federal, diferiu da legislação anteriormente em vigor no Brasil (as leis 6.368/1976 e 10.409/2002) (BRASIL, 1976 e BRASIL, 2002) ao concentrar-se mais na prevenção do uso de drogas (GOMES, 2011: 32). Ela busca especialmente a reintegração social dos usuários, demonstrando uma política criminal direcionada e fundamentada na dignidade da pessoa humana, embora ainda mantenha uma abordagem proibicionista com relação aos usuários, revelando uma inconsistência no discurso jurídico-penal sobre a política de drogas. A criminalização do uso de entorpecentes dificulta que os usuários busquem tratamento médico adequado para a dependência e dificulta a implementação de políticas de prevenção e de redução de danos para aqueles que optam pelo uso de substâncias. Além disso, a falta de clareza na distinção entre usuário e traficante gera insegurança e, na prática, superlota as prisões do país, afetando desproporcionalmente indivíduos negros e pobres, revelando uma seletividade penal que viola o respeito à vida

humana e resulta em tratamentos desiguais. A ineficácia dessa política de repressão às drogas tem demonstrado que o proibicionismo, especialmente no que diz respeito aos usuários, é caracterizado pela sua incapacidade de resolver o problema que se propôs a enfrentar (GOMES, 2011: 36).

A imersão do dependente de substâncias no submundo da criminalidade, que geralmente é bem estruturado, dificulta a eficácia das ações de prevenção ao uso indevido de substâncias prejudiciais à saúde e compromete a atenção e a reintegração social de usuários e dependentes de drogas. Essas medidas especiais de tratamento estão contempladas na Lei 11.343/2006, como o artigo 3º, inciso I, que atribui ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas a responsabilidade de articular, integrar, organizar e coordenar atividades direcionadas aos usuários. A criação desse sistema está alinhada a uma política criminal de drogas mais adequada às recomendações atuais (GOMES, 2011: 32).

Quando a Constituição adota o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento central, estabelecendo a pessoa como valor supremo a ser protegido, a legislação é obrigada a tratar o usuário de drogas de forma distinta do tratamento mais severo aplicado ao traficante. No entanto, é comum que a figura do usuário seja estigmatizada como alguém que já está corrompido pelo crime, marginalizado pela moralidade coletiva, que reflete as crenças e sentimentos comuns da maioria dos membros de determinada sociedade (DIAS; SILVEIRA, 2018: 744). Essa abordagem do problema das drogas costuma ser o fundamento da abordagem repressiva e proibicionista. Mesmo considerando os fracassos do proibicionismo ao longo das últimas décadas, essa estigmatização do usuário entra em conflito com a definição de dignidade humana, que é entendida como “o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural” (SCHREIBER, 2013: 8).

Somando-se a isso a constatação de que criminalizar o consumo de entorpecentes é, na verdade, a tipificação de uma escolha pessoal feita pelo próprio usuário, que seria ao mesmo tempo vítima e perpetrador do crime, a proibição perde sua legitimidade (ZAFFARONI, 2001:16-7), especialmente

quando consideramos os direitos da personalidade humana decorrentes do princípio da dignidade, cujo foco “são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano” e que dispensam proteção especial à essência da pessoa e suas características principais (BORGES, 2009: 20). É essencial ressaltar que os direitos da personalidade estão fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana (BORGES, 2009: 13) e que “a dignidade humana tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas” (SCHREIBER, 2013: 7). Portanto, é indiscutível que o tratamento concedido ao usuário também deve ser embasado na dignidade humana, priorizando-a como valor a ser seguido. Portanto, é inquestionável que o trato dispensado ao usuário seja também fundamentado na dignidade humana, privilegiando-a como valor orientador geral.

No que se refere ao tratamento dado aos direitos considerados inerentes à pessoa humana ao longo do tempo, é relevante observar que eles foram abordados por meio de diferentes perspectivas e denominações. A Assembleia Constituinte Francesa denomina a declaração de 1789 como Direitos do Homem e do Cidadão, enquanto a Declaração das Nações Unidas usa o termo Direitos Humanos, e a Constituição Federal de 1988 atribui ao Título II o tratamento de Direitos e Garantias Fundamentais. Além disso, no âmbito da legislação civil, o Código Civil logo no início contém o capítulo sobre os Direitos da Personalidade (SCHREIBER, 2013: 13). No entanto, é importante ressaltar que todas essas diferentes designações referem-se ao “mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas” o que significa que todas elas têm como objetivo contemplar os atributos da personalidade humana que merecem proteção jurídica (SCHREIBER, 2013: 13).

Também é frequente que se atribua nomes os mais diversos para a disciplina que trata dos direitos humanos. Assim, “em alguns lugares, chamam-na Direitos do Homem, em outros, de Liberdades Públicas, como preferem os franceses” (CASADO FILHO, 2012: 20). No entanto, é amplamente reconhecido que a expressão direitos humanos é mais comumente utilizada no âmbito internacional,

enquanto direitos fundamentais se refere aos direitos incluídos na constituição de um país, ao passo que a denominação direitos da personalidade englobam os atributos humanos protegidos pela legislação nacional e internacional que regula as relações privadas (SCHREIBER, 2013: 13). O uso das expressões direitos humanos e direitos fundamentais de forma intercambiável decorre especialmente da convergência entre esses direitos, uma vez que, no caso brasileiro especificamente, os Direitos Fundamentais são, em sua maioria, uma reprodução dos direitos estabelecidos por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Tal fenômeno ficou conhecido como a constitucionalização dos direitos humanos e levou diversos autores a fundirem ambas as expressões em uma só: “Direitos Humanos Fundamentais” (CASADO FILHO, 2012: 22-3).

Compreendendo que os direitos da personalidade são intrínsecos à condição de pessoa, surge a percepção de que a falta de proteção desses direitos essenciais implicaria na desvalorização de qualquer outro bem tutelado pela lei. Estamos, portanto, diante da proteção da própria pessoa no momento em que asseguramos direitos “como o direito a vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros” (BORGES, 2009: 21). De tal forma, parece-nos preciso usar também a expressão Direitos Fundamentais da Personalidade, pois tais “direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma”, cujos “bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade” (BORGES, 2009: 21). Considerando que todos esses ramos jurídicos (os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade) tem como objetivo resguardar a dignidade intrínseca ao ser humano, uma visão coordenada de tais esferas de tutela jurídica é essencial para uma política de proteção integral da pessoa.

No caso dos usuários de substâncias ilícitas, diversos desses direitos estão envolvidos. Destaca-se, especialmente, o estabelecido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que garante como princípio fundamental a proteção da vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas, inclusive garantindo o direito de reparação em casos de danos materiais e morais resultantes de violações a

esses direitos. Todos esses direitos entram em questão quando tratamos da criminalização do uso pessoal de entorpecentes. Enquanto a honra objetiva confunde-se com a imagem e diz respeito à reputação que o indivíduo tem perante a comunidade, a honra subjetiva trata da opinião que o sujeito tem sobre ele mesmo e confunde-se com a autoestima. Quando aos outros direitos, “a intimidade deve ser entendida como a liberdade de se ter tranquilidade no desenvolvimento das relações pessoais e íntimas da vida” (CASADO FILHO, 2012: 170), enquanto a privacidade se relaciona com conceitos como segredo, sigilo, não divulgação, o direito de estar sozinho e o direito de estar em paz (BORGES, 2009: 163).

Esses direitos tem como objetivo garantir a realização individual do ser humano e estão intrinsecamente ligados ao “princípio da liberdade” (RICCITELLI, 2007: 112). Eles estão em uma relação de co-dependência lógica com as chamadas liberdades públicas negativas e, assim, fundamentam a tese de que o Estado deve “interferir o mínimo possível nas relações entre os particulares”, refletindo “o caráter negativo das liberdades públicas” (RICCITELLI, 2007: 112). Decorre, então, da própria ideia de dignidade humana que o Estado se abstenha de intervir na busca individual pela realização, respeitando “o livre-arbítrio, a dignidade pessoal, o direito de realização de sua felicidade terrena conectada com seu destino transcendental e outras inúmeras características, consideradas personalíssimas” (RICCITELLI, 2007: 108). Tais direitos surgiram no discurso político-jurídico como decorrências lógicas do direito natural, sendo – nessa perspectiva filosófica – imutáveis no tempo e no espaço, encontrando-se ainda acima das leis positivas. Em parte como consequência desse discurso jusnaturalista, eles são também interpretados como direitos subjetivos do indivíduo em relação ao Estado (RICCITELLI, 2007: 108).

O proibicionismo enquanto política criminal de drogas parece-nos, então, altamente questionável quando se leva em consideração a dignidade humana e os direitos da personalidade, pois fica evidente que a criminalização do uso pessoal de entorpecentes tem potencial para causar mais danos do que benefícios. De início, o uso pessoal moderado de substâncias entorpecentes, sobretudo daquelas de baixa capacidade de provocar dependência, parece ser

uma indevida intromissão no âmbito de liberdade individual dos cidadãos. E no que diz respeito às drogas com alto índice de adição e maiores efeitos de alteração de estados psicológicos, o proibicionismo compromete a capacidade do Estado de implementar políticas de redução de danos e de tratamento aos dependentes químicos, especialmente àqueles marginalizados e que deixam de ser social e economicamente funcionais. Por fim, além da violação dos direitos individuais do usuário em um Estado Democrático de Direito, a criminalização do uso de drogas alimenta o tráfico de entorpecentes, conferindo poder de monopólio a um mercado negro de substâncias entorpecentes.

3. As drogas no ordenamento jurídico brasileiro: Evolução rumo à proteção integral da pessoa do usuário?

A questão das drogas sempre representou um desafio complexo para o ordenamento jurídico brasileiro. Ao longo das décadas, a legislação que trata das drogas no país passou por significativas transformações, refletindo uma evolução nas abordagens e políticas públicas relacionadas ao tema. Essa evolução é particularmente notável no que diz respeito ao tratamento do usuário de drogas, cuja situação legal e social sofreu mudanças substanciais. No passado, o Brasil adotou uma abordagem mais rigorosa e punitiva em relação às drogas, seguindo padrões internacionais que enfatizavam a repressão e a criminalização. Contudo, essa postura se mostrou insuficiente para lidar com a complexidade desse fenômeno social, levando a uma crescente reflexão sobre a necessidade de reformas no sistema legal de drogas.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal e o efetivo retorno à democracia representativa, o Brasil deu um passo crucial na afirmação dos direitos intrínsecos à pessoa humana, abrindo assim a possibilidade de os novos horizontes constitucionais levassem a uma evolução mais intensa na abordagem da questão das drogas. Nesse momento histórico, consagrou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares fundamentais da Constituição. Esse princípio, que fundamenta os direitos fundamentais da personalidade, trouxe consigo uma nova visão sobre como o Estado deveria tratar o indivíduo, enfatizando a proteção integral de seus direitos e liberdades.

Ainda que de maneira indireta, essa mudança de paradigma teve o potencial de influenciar profundamente a política de drogas brasileira, especialmente no que se refere à pessoa do usuário. Em parte em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a questionar a abordagem puramente repressiva em relação ao uso de substâncias psicoativas, instando o Estado a adotar medidas mais humanitárias e centradas no bem-estar do indivíduo dependente. No entanto, persistem dúvidas quanto à conformidade da legislação de drogas brasileira com o princípio da dignidade da pessoa humana e a efetiva proteção dos direitos fundamentais da personalidade no contexto da política de drogas. Será que o sistema legal atual proporciona o devido espaço para a aplicação da doutrina da proteção integral da pessoa quando se trata do usuário de drogas? Procuraremos lançar alguma luz sobre essa questão explorando a trajetória da legislação de drogas no Brasil e seu impacto na vida e nos direitos do usuário de substâncias psicoativas.

As drogas psicoativas são aquelas que alteram o comportamento, o humor e a cognição. Desta forma, tais drogas agem especialmente nos neurônios, afetando o SNC – Sistema Nervoso Central, ou seja, a “mente” humana. É necessário registrar que há uma aceitação social e cultural das drogas lícitas, como álcool e tabaco, que sempre ocupam os primeiros lugares nas pesquisas referentes ao consumo, seja entre jovens ou entre adultos. Drogas, em geral, já foram utilizadas para finalidades as mais diversas, sejam medicinais, religiosas, afrodisíacas, dentre outros. Entretanto, com a ascensão do tráfico ilegal de drogas, que se tornou uma atividade comercial altamente lucrativa, os governos perceberam a necessidade de intervirem para reprimir a produção, o tráfico e o uso de substâncias psicoativas.

Atualmente, é comum abordar as drogas como uma questão problemática, observando o crescente aumento da sua produção e consumo. No entanto, pouco se questiona sobre as razões por trás desse fenômeno, e poucos aceitam que ao longo da história as drogas nem sempre foram consideradas um “problema”. A transformação ocorreu quando elas deixaram de ter apenas valor de uso e passaram a ter valor de troca, tornando-se mercadorias sujeitas às leis da oferta e da demanda (DEL OLMO, 2002: 65). O problema agravou-se nos últimos trinta

anos, quando houve uma expansão global dos grupos criminosos organizados, tanto em termos de abrangência quanto de atividades, resultando em uma ameaça global significativa. Eles representam um perigo específico para a comunidade internacional, utilizando estratégias avançadas e uma variedade de métodos para realizar suas atividades tanto em setores legais como ilegais. Como resultado, eles têm a capacidade de se infiltrar nos sistemas financeiros, econômicos e políticos de diversos países ao redor do mundo (DEL OLMO, 2002: 72).

A partir da Lei 11.343/06, entra em cena a política de drogas através da qual o Estado brasileiro cria programas a fim de reduzir os danos, visando à saúde pública e os direitos humanos elencados no artigo 3º da Lei de Drogas, ou seja, prevenir o uso indevido de drogas e reinserir o usuário/dependente de tais substâncias no meio social. Isso devido ao fato de que a Nova Lei de Drogas despenalizou a conduta do usuário, apesar de mantê-la criminalizada. É fundamental salientar que o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas prioriza, dentre seus objetivos e princípios elencados nos artigos 4º e 5º, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade, bem como a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas. Ademais, ela objetiva promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e de repressão à produção não autorizada, unindo as políticas públicas setoriais da União, Estados e Municípios.

Uma medida provisória de 1998 havia já criado a SENAD- Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, juntamente com suas secretarias estaduais e municipais. A SENAD empenhou-se na política de combate ao tráfico, produção e uso de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica, de acordo com a Lei 6.368/76. A PNAD – Política Nacional sobre Drogas, atualizada e aprovada por resolução em 2005, buscava o ideal de estabelecer uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas, sendo que os seus pressupostos estão ligados ao incentivo, à orientação

e ao aperfeiçoamento da legislação para a garantia da implementação e fiscalização de ações decorrentes dessa política.

A partir desse contexto surgiu a Nova Lei de Drogas, com uma política adotada em face dos usuários com caráter preventivo, de redução de danos e de assistência e reinserção social, afastando-se, ligeiramente, da política repressiva. Em relação ao traficante, a lei atual foi mais severa. Buscou, entretanto, diferenciar quem cede eventual e gratuitamente uma porção de droga a outra pessoa e aquele que vende a droga. Na lei anterior, mesmo quem cedesse gratuitamente pequena quantidade de droga a um amigo, no intuito de consumirem juntos, estaria sujeito à pena prevista para o tráfico. Mira-se, assim, efetivar o princípio da responsabilidade compartilhada, concentrando esforços dos mais diversos segmentos sociais e governamentais em prol da efetividade de ações, no sentido de obter redução da oferta e o consumo de drogas, do custo social a elas relacionado e das consequências adversas do uso e do tráfico de drogas.

As Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não versaram sobre o tema das drogas. Somente com o advento da Constituição de 1967 é que a Lei Maior brasileira cuidou do tema, adotando, desde já, um modelo repressivo de combate ao tráfico de entorpecentes. A referida Lei de 1967, dispunha, em seu Capítulo II, que competia à polícia federal prover a repressão ao tráfico de drogas (BRASIL, 1967). Em 1969, a Constituição de 1967 foi emendada, sofrendo diversas modificações em seu texto. Tais mudanças atingiram, também, o dispositivo constitucional que versava sobre entorpecentes, acrescentando ao texto a necessidade da prevenção, ampliando a norma para alcançar as drogas afins. Diante disso, o dispositivo passou a dispor que a polícia federal devia prevenir e reprimir o tráfico de drogas.

Com o fim da Ditadura Militar e nova Constituição Federal promulgada em 1988, volta-se a tratar das substâncias psicoativas. A Lei Maior, em seu artigo 5º, dispondo sobre direitos e deveres individuais e coletivos, fez questão de afirmar que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça (BRASIL, 1988). Tal dispositivo não existia nas Constituições anteriores. O mesmo art. 5º da Constituição de 1988 ainda fez referência ao tráfico quando dispôs que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, desde que seja comprovada sua

participação em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, independentemente de o crime ser cometido antes ou depois da naturalização (art. 5º, inciso LI).

O texto constitucional de 1988 também atribuiu à polícia federal, em seu art. 144, a tarefa de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Quando tratou dos direitos e deveres de proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso, a lei fundamental também versou sobre a necessidade de se elaborar programas de combate às drogas e acolhimento de dependentes, individualizando as crianças e adolescentes, em seu art. 227, § 3º, VII. Por fim, o legislador constitucional impôs a regra de expropriação das glebas destinadas ao cultivo de plantações ilícitas e a destinação dos bens oriundos da traficância censurável pelo sistema penal. Segundo o artigo 243 e parágrafo único da Constituição, dispõe que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, assim como os bens decorrentes do tráfico ilícito serão apreendidos, confiscados e utilizados em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados, bem como no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

A legislação pioneira a versar sobre drogas foi a Lei nº 5.726/71, de 29 de outubro de 1971, regulamentada pelo Decreto nº 69.845/71. Esta Lei discorreu sobre formas de prevenção e repressão ao tráfico de entorpecentes e substâncias psicoativas, dando nova redação ao artigo 281 do Código Penal Brasileiro, bem como alterando o rito processual para os delitos previstos neste artigo. Desta forma, naquele momento histórico representou a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos. Além disso, o objetivo da Lei nº 5.726/71 era afirmar a importância da educação e conscientização geral na luta contra os tóxicos, sendo o único instrumento jurídico dedicado especificamente ao combate ao tráfico e ao vício. Tal lei representou, em sua época, a iniciativa mais completa e válida sobre essa questão (GRECO FILHO, 2009: 50). É mister evidenciar que, nesta lei, o dependente químico deixou de ser considerado um criminoso. Todavia, ainda não se diferenciava o usuário eventual do dependente.

A referida legislação inaugurava o discurso medico-jurídico que veio a ser dominante no tratamento da questão na época e, assim, fortalecia o estereótipo

da dependência mesmo para o usuário habitual, ao mesmo tempo que confirmava a criminalização do comércio da droga e o consequente estabelecimento da figura do traficante. Tal lei não obteve êxito em atingir seu objetivo completamente, na medida em que o tráfico continuava avançando, sobretudo pelo domínio territorial exercido em comunidades carentes. Parecia, assim, ser inevitável e necessário aumentar a repressão e criar uma nova estratégia político-criminal para o enfrentamento do problema. Essa realidade político-jurídica impôs a elaboração de nova legislação especial para disciplinar a matéria da produção, do comércio e do uso de substâncias entorpecentes. Dentro desse conjunto de circunstâncias é que nasce a Lei nº 6.368/76.

Essa lei foi inspirada na Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961 (BRASIL, 1964), além das pesquisas realizadas e publicadas pelo ASEP – Acordo Sul Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos, firmado em 1973 (BRASIL, 1973), que – por sua vez – refletia forte influência estadunidense sobre a elaboração de políticas públicas para estupefacientes na América do Sul. Sobre isso, aliás, já foi dito que havia uma incompatibilidade fundamental entre as proposições norte-americanas e a realidade sul-americana, o que tendia a comprometer a eficácia da importação de tais políticas. Tais incompatibilidades consistiam em diferenças quanto ao tipo de droga que liderava a preferência dos consumidores latino-americanos e também na dificuldade de implementar, no contexto sul-americano, as pautas preventivas e repressivas das propostas (CARVALHO, 2010: 23). Em síntese, a proposta norte-americana acabava sendo incompatível com o padrão de consumo de drogas na América do Sul por não considerar a especificidade do perfil do consumidor latino-americano, tendo em vista o tipo da droga consumida, e por não levar em conta as dificuldades próprias enfrentadas nos países da região quanto à implementação das medidas repressivas. Tudo isso tornava ineficaz a execução da proposta norte-americana no âmbito da América do Sul (CARVALHO, 2010: 23).

A principal consequência desse estado de coisas é que a Lei nº 6.368/76 instaurou, no fim dos anos 70, um novo tipo de controle social das drogas ilícitas que, obedecendo a tratativas internacionais, acabava sendo determinada por estruturas exógenas que comandavam a agenda da política anti-entorpecentes no

país. Essa insuficiência de construir perspectivas próprias para lidar com as questões locais, levou alguns autores a tecer críticas severas a incapacidade dos *policymakers* nacionais para “romper com tais estruturas, abandonar a intenção de adotar ideologias dos países hegemônicos e começar a construir paradigmas a partir de nosso contexto sociopolítico” (DEL OLMO, 2002: 70).

A hegemonia do discurso médico-jurídico no que se refere à repressão ao tráfico e ao consumo de drogas deu lugar a um sistema predominantemente jurídico, baseado numa legislação severa que – mesmo mantendo resquícios do antigo sistema e se discurso médico-jurídico – elaborava um novo discurso que enfatizava os elementos jurídico-político da tecnologia do sistema de controle social de entorpecentes ilícitos para, assim legitimar a repressão. No tocante às alterações propriamente técnico-jurídicas promovidas pela nova lei, permaneceram quase inalteradas as composições típicas já presentes na Lei nº 5.726/71. Dentre as principais alterações, ressaltam-se aquela feita na definição legal do crime de tráfico de drogas, que agregou três novos verbos – remeter, adquirir e prescrever – e aquela introduzida na pena, que recebeu um pequeno aumento e passou a consistir na reclusão de três a quinze anos, cumulada com multa. Houve ainda a inclusão de condutas equiparadas ao tráfico de drogas, que – naturalmente – receberam as mesmas penas. E por fim, o novo texto legal disciplinou a questão referente à posse de maquinário para fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a conduta relativa à associação de pessoas para cometimento de crimes relacionados ao tráfico.

Após 26 anos desde a promulgação da lei, não é surpreendente a nova perspectiva adotada pela doutrina, jurisprudência e, especialmente, pela sociedade em relação ao uso de entorpecentes. Nesse momento, começou a parecer óbvio para muitos a necessidade de migrar de uma visão proibicionista para uma nova política abolicionista, impulsionada pela constatação da ineficácia das penas privativas de liberdade. O Poder Legislativo, alinhado com as discussões e reflexões sociais, buscou replicar na ordem legal os impactos causados pelas discussões promovidas no meio social, confrontando assim a

falência das penas severas e, em alguns momentos, considerando posicionamentos da comunidade médico. De acordo com Mendonça e Carvalho (2012: 15), o legislador conseguiu conciliar a opinião popular com a opinião embasada no conhecimento médico-científico.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº 10.409/2002, que tinha como objetivo alinhar o legislador às novas tendências globais de combate às drogas. Seu propósito era atenuar o tratamento anteriormente dispensado aos usuários e dependentes de substâncias psicoativas, a fim de estabelecer uma clara distinção entre suas condutas, um processo que já estava sendo construído durante a vigência da Lei nº 6.368/76. A nova legislação buscava se harmonizar com as abordagens mais progressistas adotadas em diversos países, como Portugal, que conseguia diferenciar de maneira inequívoca os traficantes ou terceiros que se beneficiavam do tráfico de drogas, ao mesmo tempo em que separava o usuário do dependente, este último sendo considerado uma vítima do consumo de drogas e, portanto, não devendo ser tratado de forma equivalente pelo sistema penal.

A aprovação da Nova Lei de Drogas (nº 11.343/06) encontrou um caminho tortuoso e complexo, cheio de idas e vindas, até à sua aprovação e entrada em vigor. O resultado final foi a junção de diversos projetos de lei propostos em paralelo e que tramitaram concomitantemente nas duas casas legislativas no Congresso Nacional até que se chegasse à lei efetivamente em vigor. Após a realização dos vetos ao projeto original, o Poder Executivo enviou um novo projeto de lei ao Congresso (nº 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao PL nº 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS nº 115/02 – BRASIL, 2002). A Câmara debateu sobre os dois conjuntamente e aprovou no Plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados (PLS nº. 7.134-B). Devido as alterações feitas na Câmara, o projeto retornou ao Senado, tramitando como SCD nº. 115/02, que deu origem à nova lei de drogas (nº 11.343/06). O novo diploma legal, por sua vez, abordava de forma inovadora e extensa a questão das drogas, procurando construir políticas públicas apropriadas e modernas, a partir da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas. Denotava-se de forma clara a preocupação com o atendimento e reinserção de usuários e dependentes de drogas, atribuindo-se ao Sistema Único

de Saúde – SUS a responsabilidade de criar e aperfeiçoar programas de cuidado aos usuários e dependentes de drogas, seguindo as diretrizes impostas pelo Ministério da Saúde.

A nova lei tinha como objetivo despenalizar e *desprisonalizar* o uso e consumo de drogas, desde que o portador ou usuário fosse encontrado com uma pequena quantidade da substância (HABIB, 2002: 13). No entanto, essa proposta não foi efetivada devido ao veto total desse capítulo pelo Presidente da República, o que comprometeu severamente que os objetivos almejados pelo legislador fossem alcançados e a lei produzisse o efeito desejado. O objetivo da Lei nº 10.409/2002, como projeto, era substituir integralmente a Lei nº 6.368/1976 (GRECO FILHO, 2009: 71). No entanto, esse objetivo não pôde ser alcançado devido à ausência de definição dos crimes, o que levou ao veto de todo o Capítulo III - Dos Crimes e das Penas pelo Poder Executivo. Dessa forma, o atual diploma legal alterou apenas dispositivos de caráter processual da Lei de Drogas anterior. Não houve nenhuma alteração em relação aos crimes e penas, nem na exigência de formalização do procedimento perante a autoridade policial por meio de inquérito policial, uma vez que o Capítulo III - Dos Crimes e das Penas da Lei 10.409/02 foi completamente vetado devido a um vício de inconstitucionalidade.

O projeto não estabeleceu normas precisas em relação aos limites e condições das penas aplicáveis. Especificamente no que se refere às penas privativas de liberdade, o projeto não incluiu limites temporais explícitos que atendessem aos princípios constitucionais. É importante ressaltar que os vetos presidenciais resultaram em uma Lei nº 10.409/2002 bastante modificada, pois não apenas o Capítulo III foi afetado. Essa descaracterização legal foi abordada por Mendonça e Carvalho (2009: 16), que observaram a existência de leis dispersas no tempo e na intenção, fazendo com que as Leis 6.368/76 e 10.409/2002 passassem a ter vigência conjunta. No entanto, essa coexistência de leis gerou numerosas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, resultando em grande insegurança jurídica. Como consequência, foi promulgada a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como “Nova Lei de Drogas”, que entrou em vigor em 8 de outubro de 2006, trazendo alterações significativas na regulamentação das drogas no país, buscando ser uma solução para todas as questões existentes até

então.

A entrada em vigor da Lei 11.343/06 trouxe, como uma de suas novidades, uma causa de redução de pena para autores de tráfico ou delitos a ele equiparados, previstos no artigo 33, aplicável se o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Além disso, a nova lei também indicou medidas para prevenir a utilização indevida, determinou cuidados especiais voltados para a recuperação social de usuários e dependentes de substâncias tóxicas, e estabeleceu normas para repreensão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de entorpecentes. De certa forma, é possível afirmar que o novo regramento buscou empreender renovados esforços para se atingir o objetivo já estabelecido desde a elaboração da Lei 10.409/2002. Ademais, pode-se afirmar que a Lei 11.343/2006 aproximou-se de um alinhamento maior com as novas tendências mundiais de combate a psicoativos, sobretudo ao diferenciar o tratamento dado ao usuário e ao dependente de substâncias alucinógenas daquele cominado ao traficante, no intuito de criar uma nítida barreira impenetrável entre as suas condutas. Assim, uma das preocupações principais da nova Lei de Drogas dizia respeito ao dependente químico e não buscava mais simplesmente reprimir sua conduta de portar substância entorpecente para consume próprio. Ao contrário, procurava-se dar-lhe atenção médico-psicológica e reintegração social.

Em síntese, estabelece o texto normativo que a conduta do usuário deve ter suas consequências jurídicas orientadas pelo tratamento mirando à reinserção social, enquanto a conduta de produção e tráfico deve receber repressão. Apesar dos aspectos positivos elencados pela doutrina ao tratar da matéria, é notória a lacuna existente na definição da conduta do usuário e da conduta do traficante de forma a delimitar uma em função da outra, suscitando assim relevantes questionamentos no momento de se identificar e classificar determinado indivíduo como um ou como outro. De tal forma, acreditamos ser crucial analisar os possíveis critérios que podem ser utilizados para marcar as diferenças entre essas duas categorias de indivíduos – o usuário e o traficante – de que trata a lei de drogas. Definir a forma pela qual podemos diferenciar tais condutas uma da outra no momento de aplicação da Lei de Drogas parece ser fundamental para garantir

a eficácia da política pública na qual ela está baseada.

4. A nova lei de drogas: A diferenciação entre usuário e traficante e a proteção aos Direitos Fundamentais da Personalidade

Conforme dito acima, definir o que são, à luz da nova lei, usuário e traficante, é talvez o mais importante aspecto dogmático a se resolver de modo a garantir que as políticas públicas estabelecidas pela legislação sejam realmente eficazes. Dessa distinção depende a possibilidade de se efetivamente proteger os direitos fundamentais da personalidade do usuário e implementar uma abordagem dedicada à proteção integral da pessoa no âmbito da política nacional de entorpecentes. No que diz respeito ao usuário, o artigo 28 da Nova Lei de Drogas estabelece que este é “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (BRASIL, 2006). Conceitualmente, adquirir é comprar, passar a ser proprietário, ou seja, dono do objeto. Já a conduta guardar, significa ocultar, esconder, não publicar a posse. A conduta de ter em depósito significa manter sob controle, à disposição, pronta para ser usada. Agora, transportar traz a ideia de deslocamento, ou seja, de um local para outro. Trazer consigo, por sua vez, é o mesmo que portar a droga, tendo total disponibilidade de acesso ao uso. Desta forma, a punição passa a ser mais branda para o usuário, trazendo medidas educativas, tanto de tratamento, quanto de reinserção ao convívio social. Com isso, não mais se possibilita a prisão do usuário ou dependente. Passa ele, assim, a ser tratado como um portador de uma doença e não mais como um criminoso. Assim restam abolidas as penas privativas de liberdade para o usuário. Busca-se, de logo, medidas educativas para os comportamentos de dependências ou toxicomanias.

O problema da distinção entre usuário e traficante tem evocado inúmeras críticas à legislação devido à subjetividade do critério adotado pela legislação e ao alto grau de discricionariedade na aplicação da lei que tal fato acarreta. De tal forma, vale mencionar a tentativa aparentemente mais consequente de se superar tal problema. Como é de conhecimento geral, o Supremo Tribunal Federal (STF)

tem dedicado atenção à questão da distinção entre traficante e usuário, principalmente no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, que teve efetivo início em 2015 e ainda não chegou a uma conclusão definitiva (BRASIL, 2011). Nesse julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou uma proposta que merece destaque. Ele sugeriu que pessoas flagradas com quantidades de maconha entre 25g e 60g, ou aquelas que tenham até seis plantas fêmeas, sejam presumidas como usuárias, em vez de traficantes. Essa proposta oferece uma abordagem concreta e objetiva para distinguir entre o perfil de usuário e o de traficante de drogas, o que pode ser de grande utilidade na medida em que elimina a subjetividade da análise. Vale ressaltar que a sugestão do Ministro Moraes se baseou nas conclusões de um estudo abrangente, realizado em colaboração entre o Estado de São Paulo e a Associação Brasileira de Jurimetria (Associação Brasileira de Jurimetria, 2019). Esse estudo analisou mais de 1,2 milhão de ocorrências envolvendo drogas. De tal proposta, tal proposta adota um critério que não nasce de mera especulação teórica, mas sim de uma abordagem respaldada por evidências empíricas substanciais. Entretanto, independente dos valores especificamente propostos, talvez seja necessário considerar a proposta da adoção de uma presunção relativa de uso com base em quantidades específicas de drogas para lidar com a complexa distinção entre usuários e traficantes de drogas.

É de suma importância ressaltar que as condutas tipificadas no artigo supracitado contemplam apenas a forma dolosa. Em outras palavras, é necessário – por exemplo – saber e querer ter a posse da droga. Não se admite a forma culposa e, dessa forma, ignoram-se as modalidades de culpa nas formas da negligência, da imprudência e da imperícia. Assim, o agente que tiver a posse da droga sem saber do que se trata, encontra-se em erro de tipo. O tipo requer, ainda, outro elemento subjetivo: a intenção especial do agente em ter a droga para consumo pessoal. Desta forma, se o sujeito tem a posse da droga para destinação a terceiros, não há incidência do artigo 28. O elemento subjetivo do tipo penal é, portanto, o dolo específico. Este é, conseqüentemente, o elemento dogmático que singulariza a conduta do usuário, tornando-a incompatível com o conceito de tráfico. É necessário se atentar para o elemento normativo contido na expressão

“sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A ausência de tal elemento, por óbvio, causa a atipicidade da conduta, eis que caracteriza requisito inafastável do tipo penal.

O tratamento diferenciado dispensado aos usuários de entorpecentes pela Lei 11.343/06 evoca uma série de questionamentos que podem ser levantados acerca da inovação no artigo 28 desta lei: pode-se dizer que houve a descriminalização (*abolitio criminis*) da conduta do usuário? Ou, ao contrário, o que houve foi apenas uma modificação da tipificação para uma infração *sui generis*, uma modalidade de contravenção penal especial? Ainda, será que não se pode descrever a inovação como uma mera despenalização da posse para consumo próprio, mantendo-se – em teoria – o caráter criminoso da conduta do usuário? De fato, não há efetivamente previsão de pena de reclusão, nem de detenção, no artigo 28 da Lei 11.343/06 para a conduta do usuário. Por consequência, há quem entenda que, neste cenário, não há realmente crime ou contravenção cometida em função da violação do princípio *nullum crimen sine poena*. Thiago André Pierobon de Ávila (2006: 159) lembra, inclusive, que este entendimento está fundamentado no artigo 1º do Decreto 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais), que – como se vê – nada mais é do que formaliza tal princípio: “Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção [...]; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” (BRASIL, 1941a). A partir de uma interpretação literal da norma acima referida, como a conduta descrita no artigo 28 da Nova Lei de Drogas não impõe nenhuma das penas mencionadas, entende-se que essa conduta não deve ser enquadrada na categoria de crime ou na categoria de contravenção penal.

Por outro aspecto, Luiz Flávio Gomes entende que a conduta do usuário de drogas passou a ser infração penal *sui generis*, já que não se trata de um crime nem de uma contravenção penal, muito menos uma infração administrativa. Entende-se, desta forma, que a Nova Lei de Drogas criou uma infração penal, que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção penal. Criou, simplesmente, uma infração penal inominada, punida com novas alternativas e isto não contraria a diretiva genérica de classificação das infrações

penais, emanada do referido dispositivo da Lei de Introdução ao Código Penal (GOMES, 2014: 77).

Sustentando pensamento divergente, mas ainda semelhante, Thiago André Pierobon de Ávila (2006: 159) afirma que a conduta do usuário de possuir drogas para consumo pessoal é sim infração penal, mas encaixa-se na categoria das contravenções penais. É de suma importância ressaltar que, num confronto direto do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 com os princípios da lesividade e proporcionalidade, é clara a relação entre a natureza da infração penal e a intensidade/natureza da pena. Ainda de acordo com Ávila (2006: 159), uma interpretação sistemática desse novo delito com os demais crimes e contravenções deve necessariamente classificá-lo ao lado das contravenções penais. Não é possível que haja uma contravenção com pena de prisão simples de até dois anos, como é o caso do art. 24 da Lei de Contravenções Penais (BRASIL, 1941b) e exista um crime sem pena privativa de liberdade.

Por fim, há ainda a hipótese de se considerar o novo provimento legal como um caso de mera despenalização da conduta, mantendo-se, entretanto, a posse de drogas para consumo pessoal dentro da categoria de infração penal. Segundo tal posição, sustentada pelo STF, com o advento do artigo 28 da Lei 11.343/2006, houve uma despenalização (BRASIL, 2007), entendida como exclusão das penas privativas de liberdade para o referido tipo penal, mas não propriamente uma redução de grau do tipo penal da categoria de crime para aquela de contravenção, nem tampouco a criação de uma infração *sui generis* ou ainda a descriminalização (*abolitio criminis*) do porte de drogas para consumo pessoal. Tal posicionamento, não obstante ter reverberado com vigor nas cortes superiores, parece-nos o mais fraco.

Por outro lado, o traficante é definido como o sujeito ativo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Entretanto, a exemplo da lei anterior, a atual Lei de Drogas também não indicou expressamente a conduta, ou condutas, portadora do *nomem juris* “tráfico de entorpecentes” ou qualquer expressão sinônima. Nem o artigo 33, seus parágrafos e incisos, e nenhum outro dispositivo incriminador são assinalados com tal denominação legal. Importante lembrar que a doutrina penal e a jurisprudência têm utilizado, de forma pacífica, a expressão “tráfico ilícito de

drogas” para denominar o crime anteriormente descrito no art. 12, caput, da Lei 6.368/76 e agora tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

É de suma importância, para melhor compreensão do tipo descrito no art. 33, fazer uma análise dos elementos nele contido. No que se refere às condutas nucleares, “importar” implica na introdução da droga no território nacional, enquanto “exportar” implica no oposto, na saída da droga dos limites espaciais do território brasileiro. “Remeter” significa enviar ou destinar a droga, por qualquer meio, e a consumação ocorre com a simples remessa, sendo irrelevante se objeto material do crime chegou até o destinatário. “Preparar”, “produzir” e “fabricar” possuem significados muito próximos, podendo ser diferenciados pelo fato de que a conduta de “preparar” caracteriza-se com a mera composição ou decomposição química de substâncias, enquanto a conduta “produzir” envolve uma atividade criativa mais ampla, “como a atividade extrativa”. “fabricar” indica o uso de “meios mecânicos e industriais na criação da droga” (MENDONÇA; CARVALHO, 2008: 90-1). Ainda, “adquirir” é obter, seja de forma gratuita ou onerosa, e se conclui com o acordo de vontades sobre o objeto e o preço, independentemente de ter ocorrido a entrega. “Vender” tem o significado de alienar onerosamente, com o intuito de transferir a posse para outra pessoa. “Expor” à venda é colocar à mostra para fins de comercialização. “Oferecer” significa disponibilizar para terceiros, com a intenção de que aceitem. “Ter em depósito” refere-se principalmente ao armazenamento temporário para possibilitar o transporte rápido da droga até o consumidor. “Guardar” diz respeito à simples ocultação da droga. “Transportar”, por outro lado, indica a ação de levar de uma localidade para outra usando algum meio de locomoção para além de si próprio, no que se diferencia do ato de “trazer consigo”, que indica a conduta de carregar a droga junto ao corpo ou em seu interior (no estômago, por exemplo). Já a conduta de “prescrever” tem o sentido de receitar, enquanto “ministrar” indica inocular ou introduzir no corpo de alguém (MENDONÇA; CARVALHO, 2008: 92-3). Por fim, “entregar a consumo” ou “fornecer” drogas ainda que gratuitamente são as últimos verbos nucleares do tipo e visam abarcar as condutas não enquadráveis nos demais núcleos. “Entregar a consumo” e “fornecer” trazem a ideia de tradição da droga, de dar a droga a terceiro. A distinção entre entregar e fornecer é a continuidade, pois enquanto

entregar se aproxima mais da tradição única, esporádica, o fornecimento se liga à ideia de continuidade no tempo, de tradição contínua durante determinado lapso temporal.

A forma fundamental do crime de tráfico de drogas, descrito no caput do presente artigo, compreende dezoito verbos que indicam as condutas típicas que, *prima facie*, vão muito mais além do seu significado etimológico. Tráfico, portanto, ganha um sentido jurídico-penal muito mais amplo do que o comércio ilegal: a expressão abrangerá desde os atos preparatórios às condutas mais estreitamente vinculadas à noção lexical de tráfico. Isto indica que a intenção do legislador penal continua sendo a de oferecer uma proteção penal mais ampla ao bem jurídico tutelado. Entre os dois dispositivos mencionados, há quase uma total identidade no tocante à descrição das condutas. O legislador, ao reformar a legislação, limitou-se a modificar a ordem de alguns verbos e acrescentou, ao fim do rol, a expressão “ainda que gratuitamente”, que pode ser considerada como referente também à conduta de entregar droga a consumo. A introdução de novos tipos penais permita um enquadramento mais certo de condutas antes subsumidas de forma genérica ao revogado art. 12. De qualquer forma, o crime do artigo 33 continua sendo o mais relevante da Nova Lei de Drogas.

Entretanto, a mais importante inovação da legislação atual foi aumentar das penas privativa de liberdade e da pena pecuniária. A pena mínima atribuída ao delito de tráfico aumentou de 3 (três) para 5 (cinco) anos, enquanto a pena pecuniária, por sua vez, foi elevada de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa para 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa. O aumento da pena mínima foi feito para evitar a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, possibilidade esta que causava expressiva divergência doutrinária e jurisprudencial durante a vigência da Lei nº 6.368/76, cuja pena mínima era de três anos. A justificativa para a punição mais acentuada às condutas de tráfico sempre foi, desde a Lei nº 6.368, a maior reprovabilidade e periculosidade social que lhes eram atribuídas em comparação com aquelas de quem traz consigo, adquire ou guarda exclusivamente para uso próprio (atualmente para “consumo pessoal”). Ainda, levando em consideração que a principal finalidade do traficante é obter lucro, entendeu o legislador que era

necessário aumentar a pena pecuniária para desestimular a traficância (MENDONÇA; CARVALHO, 2008: 89). Como hipóteses intermediárias, temos ainda as condutas descritas nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo 33, que consistiam respectivamente em “induzir, instigar ou auxiliar alguém” a usar droga e “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro” (BRASIL, 2006) e que conseqüentemente recebem punições intermediárias, constituindo formas privilegiadas do artigo 33: detenção, de um a três anos, e multa de cem a trezentos dias-multa (para o § 2º) e detenção, de seis meses a um ano, e multa de setecentos mil e quinhentos dias-multa, além das penas previstas no artigo 28 (para o § 3º).

De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, todas essas penas podem ainda sofrer a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando o agente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa. Essa previsão nos parece ser positiva na medida em que permite uma individualização mais adequada e proporcional da pena. Deve-se ressaltar que alguns desses requisitos, especialmente o último, dependem de comprovação na instrução probatória e, portanto, demandam cautela do órgão julgador no momento de decidir sobre concessão do benefício, no intuito de evitar conceder ou negar tal benefício fora das hipóteses almejadas pelo legislador. Percebe-se, assim, que o legislador procurou, na nova Lei, aumentar a distância entre o traficante e o usuário, principalmente ao diferenciar as penas cominadas para cada uma destas condutas.

A diferenciação entre usuário e traficante na legislação brasileira, que se tornou mais clara e objetiva após 2006, com a promulgação da Nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), representa um importante passo em direção à proteção dos direitos fundamentais da personalidade do usuário. Essa distinção, embora não seja isenta de críticas e desafios, contribui, ainda que de maneira insuficiente, para alinhar a legislação de drogas com o princípio da dignidade da pessoa humana e a doutrina da proteção integral da pessoa.

A definição das condutas que caracterizam um usuário, conforme estabelecido no artigo 28 da Nova Lei de Drogas, tem o mérito de fornecer uma base conceitual

mais sólida. O usuário é aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal, desde que isso ocorra sem autorização ou em desacordo com a lei. Essa definição esclarece o que constitui a posse para consumo próprio e diferencia claramente o usuário do traficante, ao menos em termos teóricos e conceituais. As implicações dessa diferenciação são significativas. Para o usuário, a lei prevê medidas educativas, de tratamento e de reinserção social, afastando a possibilidade de prisão. O usuário passa a ser tratado como alguém que enfrenta um problema de saúde, não como um criminoso. Esse enfoque, que busca tratar a dependência química como uma questão de saúde pública, está mais alinhado com os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral.

No entanto, é importante destacar que a distinção entre usuário e traficante não é isenta de críticas. Um dos principais pontos de contestação é a subjetividade do critério adotado pela legislação e o alto grau de discricionariedade na aplicação da lei, o que pode levar a interpretações diversas por parte das autoridades policiais e judiciais. Talvez seja realmente necessário elaborar critérios mais objetivos para a diferenciação entre usuário e traficante e, assim, eliminar a subjetividade para, assim, avançar na proteção dos direitos fundamentais da personalidade do usuário.

Em resumo, a diferenciação entre usuário e traficante na legislação brasileira, apesar de suas imperfeições e desafios, representa um passo importante em direção à proteção dos direitos fundamentais da personalidade do usuário e à promoção da doutrina da proteção integral da pessoa no âmbito da política de drogas. A busca por critérios mais claros e objetivos, como proposto pelo Ministro Alexandre de Moraes, é fundamental para garantir a eficácia e a justiça das políticas públicas relacionadas às drogas e para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana.

5. Considerações Finais

A proteção dos direitos fundamentais da personalidade, intrínsecos à condição humana, é fundamental para garantir a dignidade das pessoas. Esses direitos abrangem aspectos como a vida, a integridade física e psicológica, a intimidade,

a privacidade, a liberdade, a honra, a imagem e outros. A proteção global dos direitos intrínsecos à ser humano é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e tem como objetivo evitar a fragmentação de tais direitos em ramos compartimentalizados do juridicidade, buscando correlacionar os direitos fundamentais (esfera pública) com os direitos da personalidade (da esfera privada) – e, eventualmente, o direitos humanos na esfera internacional. No contexto dos usuários de drogas, vários desses direitos estão em jogo. Por exemplo, o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal assegura a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas, incluindo o direito de reparação por danos decorrentes de violações a esses direitos. Nesse contexto, fica evidente – conforme demonstrado – que a criminalização do uso pessoal de drogas acarreta mais prejuízos do que benefícios. Em primeiro lugar, trata-se de uma interferência indevida na liberdade individual dos cidadãos, especialmente quando se trata do uso moderado de substâncias entorpecentes de baixo potencial de dependência. Além disso, o proibicionismo compromete a capacidade do Estado de implementar políticas eficazes de redução de danos e tratamento para dependentes químicos, especialmente aqueles que são marginalizados e desfavorecidos social e economicamente. Por fim, a criminalização do uso de drogas contribui para o fortalecimento do mercado negro de entorpecentes, conferindo poder de monopólio a esse setor ilegal. Portanto, considerando os direitos fundamentais da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, é questionável a adoção do proibicionismo como política criminal de drogas.

O marco legal da política de entorpecentes encartado na Lei 11.343/06 gerou inicialmente diversos posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica da conduta descrita em seu art. 28. Analisamos os principais em detalhes, comentando nomeadamente as seguintes teses: a) a nova legislação de drogas introduziu apenas uma despenalização da conduta de posse para consumo próprio (entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade); b) a nova legislação de drogas promoveu a redução do tipo penal de crime para contravenção penal; c) a nova legislação de drogas criou de uma infração penal *sui generis*, que não se confunde nem com a contravenção penal, nem com o

crime em sentido estrito; d) a nova legislação de drogas promoveu a descriminalização (*abolitio criminis*) do porte de drogas para consumo pessoal. À luz do princípio *nullum crimen sine poena*, incorporado ao direito nacional pelo artigo 1º do Decreto 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais), acreditamos que apenas as duas últimas teses são plausíveis.

No que tange ao tráfico, a nova lei trouxe um tratamento mais severo à esta conduta, aumentando a pena privativa de liberdade, bem como a pena pecuniária. A pena mínima foi aumentada de 3 (três) para 5 (cinco) anos, enquanto a pena pecuniária foi elevada de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa para 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Dentre os vários problemas intrínsecos à estratégia proibicionista adotada pelo Brasil, há a questão concernente aos aspectos diferenciadores da conduta de uso e de tráfico, tais quais previstos no art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06, que devem ser utilizados no momento de definir se o indivíduo encaixa-se em uma ou outra categoria. Por meio da comparação entre as condutas de tráfico e uso pessoal, buscou-se analisar a aplicação dos elementos diferenciadores das condutas de maneira a compreender como esses critérios são utilizados para diferenciar a figura do usuário daquela do traficante. Entretanto, restam problemas quanto ao emprego dos critérios de distinção contidos no § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06 (da quantidade de droga encontrada, local onde ocorreu o fato e condições pessoais e sociais do agente), devido ao alto grau de discricionariedade atribuído ao órgão julgador. Naturalmente, entende-se que determinados indivíduos estarão mais predispostos a serem condenados por tráfico em razão de sua condição social quando forem provenientes de setores marginalizados da população, ficando assim suscetíveis à apreensão seletiva da autoridade policial e da justiça.

6. Referências Bibliográficas

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais** (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007.

Associação Brasileira de Jurimetria. **Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico: Um**

estudo Jurimétrico. 2019. Disponível em: <https://abj.org.br/pesquisas/drogas-stf/> Consultado em: 14 de ago. de 2023.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A Nova Contravenção Penal de Porte de Drogas para Consumo Pessoal: art. 28 da lei nº. 11.343/2006. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, ano 05, n. 20/21, pp. 155-176, 2006.

BRASIL 1973. **Decreto legislativo nº 78, de 1973**. Aprova o texto do Acordo Sul-Americano Sobre Entorpecentes e Psicotrópicos, firmado pela República Federativa do Brasil, Argentina, Bolívia, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela, em Buenos Aires, a 27 de abril de 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-78-5-dezembro-1973-345480-exposicaodemotivos-148844-pl.html>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1941a. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1941b. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1964. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sôbre Entorpecentes. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1964/d54216.html. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1971. **Decreto nº 69.845, de 27 de dezembro de 1971**. Regulamenta a Lei nº 5.726 de 29 de outubro de 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D69845.htm#textoimpressao. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1971. **Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sôbre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htmimpressao.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1976. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htmimprensa.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 2002. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 2002. **Projeto de lei nº 7.134, de 2002 (Do Senado Federal – Comissão Mista - Arts. 142/143 do Regimento Comum) PLS Nº 115, de 2002**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=197242. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 2006. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL, 2007. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**. Nº 465. 30 de abril a 4 de maio de 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL, 2011. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Consultado em: 14 de ago. de 2023.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas: Algo Sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Érica Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização**. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Élcio Pinheiro de. A Nova Lei de Tráfico: Uso Indevido de Drogas e Juizados Especiais. **Revista da Ajufe**, ano 23, nº 86, p. 17-27, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, pp. 65-80, 2. sem 2002.

DIAS, Felipe da Veiga; SILVEIRA, Alexandre Marques. Usuários de Drogas e Tratamentos Seletivos no Século XXI: Entre a estigmatização e a legitimação por meio dos crimes dos poderosos. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 3, pp. 739-765, 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6617>>. Acesso em: 07 jul 2023.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice, CUNHA Rogério Sanches e OLIVEIRA, William Terra. **Lei de Drogas Comentada**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. Artigo por Artigo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de Drogas para Consumo Pessoal: Crime, Infração Penal "sui generis" ou Infração Administrativa? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1275, 28 dez. 2006. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/9327>. Acesso em: 16 mai. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11/343/06. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada**. Crimes e Regime Processual Penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

HABIB, Sérgio. O Espírito da Lei: A Nova Lei de Tóxicos e a Despenalização do Uso de Drogas. **Revista Jurídica Consulex**, ano VI, nº 19, pp. 13-21, 2002.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. 4. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2015.

RICCITELLI, Antônio. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Barueri: Manole, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1: Parte Geral, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RESENHA DO LIVRO: “MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS NO PLANO MULTILATERAL: REFLEXÕES PARA A POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA”¹

REVIEW OF THE BOOK: “MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS NO PLANO MULTILATERAL: REFLEXÕES PARA A POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA”

Lucas Soares Bezerra²

João Vitor Gonçalves Pereira³

Resumo: Esta revisão tem como objetivo discutir os principais conceitos apresentados no livro de Maria Rita Fontes Faria, "Migrações Internacionais no Plano Multilateral: Reflexões para a Política Externa Brasileira". O livro aborda aspectos fundamentais da migração, explora sua avaliação dentro de estruturas internacionais e examina a resposta do Brasil aos desafios associados a ela. Essa temática apresenta-se de extrema importância na atualidade, considerando os mais diversos conflitos que a ela se relacionam dentro do cenário internacional, bem como o fato de ser uma realidade global, que inclui não apenas os países ditos desenvolvidos, como também aqueles em desenvolvimento a exemplo do Brasil. Um tema central explorado é o papel fundamental do Estado como ator principal dentro dessa intrincada teia de dinâmicas migratórias. O livro enfatiza as obrigações do Estado, conforme delineado em acordos internacionais, não apenas para abordar as preocupações de outras nações, mas também para priorizar a salvaguarda dos direitos humanos.

Palavras-chave: migração; política externa; geopolítica; direitos humanos.

Abstract: This review aims to discuss the key concepts presented in Maria Rita Fontes Faria's book, "Migrações Internacionais no Plano Multilateral: Reflexões para a Política Externa Brasileira." The book addresses fundamental aspects of migration, explores its assessment within international frameworks, and examines Brazil's response to the associated challenges. This issue is extremely important at present, considering the most diverse conflicts that are related to it within the international scenario, as well as the fact that it is a global reality, which includes not only the developed countries but also those in development like Brazil. A central theme explored is the pivotal role of the State as a primary actor within this intricate web of migration dynamics. The book underscores the State's obligations, as outlined in international agreements, to not only address the concerns of other nations but also to prioritize the safeguarding of human rights.

Keywords: migration; foreign policy; geopolitics; human rights.

O fenômeno migratório tem sido cada vez mais discutido e estado em evidência em nosso cotidiano. Em vários países da comunidade internacional, incluindo o Brasil, temos observado ao longo da história o fluxo de migrantes enquanto fato social. Como resultado, nos mais diversos locais podemos notar a influência de outros povos. No Brasil, por exemplo, uma das justificativas

¹ Recebido em 12 de outubro de 2018. Aceito para publicação em 13 de julho de 2023.

² Centro Universitário Uninter.

³ Universidade Estadual de Feira de Santana.

para uma cultura rica e tão diversificada advém exatamente de uma constituição enquanto nação que une as vivências de pessoas dos mais diversos países.

No livro em questão, a autora busca apresentar um apanhado geral sobre o tema migratório avaliando o como a comunidade internacional enxerga e lida com a problemática e como tem sido a atuação do Brasil diante de tais acontecimentos.

Os motivos que influenciam na migração populacional são diversos, entre os principais figuram os conflitos armados, a busca por trabalho e melhores condições de vida e devido a catástrofes ambientais. Apesar de esta representação alçar uma ideia geral, atualmente se percebe como resultado do fenômeno de globalização um panorama coexistente de imigração e emigração. Em todo o mundo há o contingente de 214 milhões de migrantes de acordo com a Organização Internacional para Migrações (OIM), estimando-se que apenas cerca de 10 a 15% dos indivíduos na esfera internacional estejam de modo irregular.

Geograficamente, ainda numa análise internacional, a maioria dos migrantes buscam países desenvolvidos, principalmente no continente europeu. A proporção destes sujeitos em países desenvolvidos chegou a representar uma média de um migrante entre dez pessoas da população enquanto que em países em desenvolvimento a média era de uma dentre 70 pessoas.

Faz-se ainda importante destacar que dentre os países que mais recebem refugiados – grupo dentro dos migrantes – vários deles são países em desenvolvimento, o que chama atenção de acordo com Faria (2015), pelo fato dos países com melhores condições econômicas não estarem assumindo suas obrigações com o Estatuto do Refugiado, de 1951, e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967. O Brasil, especificamente, amparava no ano de 2011 mais de 4 mil refugiados. Apesar disso, a autora não aborda o fato de que alguns migrantes atravessam nosso território apenas como caminho para chegar a países vizinhos, principalmente pela região amazônica.

Ao mesmo tempo em que passamos a reconhecer o fenômeno migratório enquanto realidade mundial requer-se o estabelecimento de políticas públicas para melhor atender as necessidades e desafios apresentados. Os

debates no meio político são comumente distintos e antagônicos, alguns defendendo meios de integração de migrantes e outros traçando sistemas anti-imigração. Junto com o pensamento de que estes indivíduos são responsáveis por um agravamento nos problemas sociais, como marginalidade, em extremos percebem-se atitudes xenofóbicas e racistas.

No cerne das discussões do cenário internacional há ainda as considerações de como tal situação afetaria a soberania dos Estados, conceito criado após a Paz de Westfália, e que questiona até que ponto receber migrantes e principalmente refugiados, afetaria multilateralmente outros atores internacionais. Além disso, apesar de possuir controvérsias, uma população com menor aporte de pessoas (principalmente quando profissionalmente qualificadas) tende a ter sua economia afetada negativamente e, em contrapartida, os países que agem sobretudo enquanto receptores nesta relação tendem a ser beneficiados.

A discussão sobre o Brasil e migrações internacionais recapitula assuntos de caráter histórico e formação política do país desde a época colonial até a moderna. Uma série de problemas econômicos e sociais deu início ao processo emigratório no Brasil, crises econômicas e contratempos consequentes de uma lenta reação ao fenômeno da globalização são exemplos disso. É importante considerar que esse grupo de emigrantes era composto essencialmente pela classe média urbana brasileira e por descendentes de imigrantes que já viviam no país.

Estima-se uma média aproximada de três milhões de brasileiros emigrantes no mundo. Seguindo o ranking dos três principais destinos temos: EUA com (1.388.000), Japão (230.552) e Paraguai (200.000). Os Estados Unidos da América continua sendo o sonho de muitos emigrantes, tanto que o número de brasileiros nesse país é expressivo apesar da crise de 2008 e suas consequências, assim como de forma mais atual, após as políticas do governo Trump. Entretanto, não é possível estimar com exatidão o número total de emigrantes brasileiros. Questões como não regularização e receio em se identificar junto às autoridades locais dificulta a apuração precisa. A exemplo do Paraguai, se estipula que em média haja cerca de 200 mil brasileiros vivendo no país, porém o número real percebido é muito superior.

O Brasil é o segundo maior receptor de remessas de dinheiro na América Latina e Caribe. Uma parte significativa dos recursos recebidos dos brasileiros no exterior são gastos com investimentos de longo prazo, deste modo, é possível inferir que a motivação da emigração é predominantemente econômica. Dentre a lista de ocupações buscadas por brasileiros estão as de atividades de baixa qualificação. Para a autora muitos brasileiros sobrequalificam-se, isto é, possuem nível superior, mas trabalham como profissionais menos qualificados, para ela seria uma estratégia econômica-social destes para possibilitar sua ascensão social ainda que para isso precise desprender-se de seu status social.

É crescente o número de estrangeiros no Brasil. Acredita-se que como resposta ao desempenho positivo da economia, políticas de integração e regularização migratória. O número de estrangeiros ilegais no Brasil ainda é grande mesmo depois de sucessivas anistias e tentativas de modernização e adequação à realidade migratória do país aos desafios atuais. O Brasil conta com um Estatuto do Estrangeiro. Nele há uma série de dispositivos legais que regulamentam a estadia temporária dos imigrantes, cria normatizações para atividades produtivas e dá isonomia no acesso aos serviços públicos, sempre atrelando a um equilíbrio político normativo com a constituição federal do país.

O Brasil tem tido grandes ganhos no âmbito regional. Nos foros multilaterais onde se discute migração o país reconhece que a livre circulação de pessoas é uma necessidade para o avanço do livre comércio, fator relevante para a integração regional sul-americana. A regulamentação da migração discute princípios de proteção à vida, instituindo repressões ao tráfico de migrantes e contrabando de pessoas até a fomentação do comércio intranacional.

A complexidade do tema obriga que as estratégias pensadas sejam multifacetadas. O Brasil tem certo grau de dificuldade em estabelecer acordos bilaterais e regionais com seus vizinhos sul-americanos. Conquanto, há avanços nas questões migratórias regionais, em exclusividade o Mercosul. Muitas são as dificuldades dos países-destino quando se trata de alto fluxo de migração. Se o país prosperar economicamente é provável que os fluxos migratórios cresçam tornando mais árduo e fatigante encontrar soluções que sejam boas e sustentáveis a longo prazo e que salvaguardem os direitos

humanos, considerados inalienáveis, e atenda às altas demandas emergenciais por infraestrutura básica. Essas discussões expõem de forma aguda os desafios internos do país, fazendo-se necessário acompanhar as negociações multilaterais para que respostas que agreguem tanto vantagens econômicas quanto atuação humanista possam ser alcançadas.

Referências Bibliográficas

FARIA, Maria Rita Fontes (2015). Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira. Brasília, DF: FUNAG, 306 p.