

REVISTA DE
HISTÓRIA
DAS IDEIAS



O CORPO

VOLUME 33, 2012

INSTITUTO DE HISTÓRIA E TEORIA DAS IDEIAS
FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O DIREITO E A IMAGINAÇÃO ANTROPOLOGICA DA CULTURA EUROPEIA DO INÍCIO DA ERA MODERNA

Sumário

Desde a primeira metade do século XIX até à década de 70 do século XX, a história jurídica e constitucional foi não raro inspirada pela hipótese de que organização social e axiomas da tradição europeia formam uma continuidade. Enquanto a terminologia jurídica - desde o antigo latim até os modernos pandectistas - é muitas vezes a mesma: superficiais interpretações dos textos fazem com que essa assertiva se torne auto-evidente.

A própria peculiar forma como os historiadores do Direito costumam escrever história fez o resto: (I) o significado é havido no contexto do imaginário subjacente da época e dos usos do discurso pragmático; (II) os textos legais são isolados do seu contexto não-jurídico; (III) a interpretação é moldada por categorias contemporâneas; (IV) entidades discursivas de origem "nativa" são reduzidas a antecipações de modernos conceitos de regras. Mas, mais do que isso, o aspecto insólito, exótico, bizarro e perturbador do imaginário social na doutrina jurídica é omitido e sacrificado no altar da perene continuidade do "direito ocidental".

* Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, amh@netcabo.pt;
www.hespanha.net.

No texto seguinte, tenciona-se explorar as inesperadas criações do imaginário medieval e do imaginário da era moderna na sua plena singularidade, desde a imprecisa distinção entre pessoas e coisas até à rígida correlação entre emoções e comportamento externo; desde a quase irrelevância da livre vontade na formação da interação humana até à surpreendente contiguidade entre direito e amor. Esses são alguns exemplos que tornam a cultura institucional medieval e do início da era moderna tão distinta do anodino retrato que prevalece na atual história do Direito.

A minha estruturação metódica diverge de algumas das mais comuns tendências da historiografia jurídica clássica:

a) é distinta da hermenêutica pelo fato de que o que deve ser revelado é não simplesmente a identidade de um significado "humano", mas, principalmente, as particularidades de passadas elaborações mentais;

b) difere da conceção do direito natural, realçando as ilimitadas variações de percepções, valores e emoções humanas;

c) rejeita a clássica "história das ideias" e, simultaneamente, acentua o caráter inconsciente e não-intencional das elaborações humanas;

d) finalmente, diverge da história social de ideias porque afirma a capacidade constitutiva das representações mentais (por exemplo, a capacidade de formação de realidade e interação social).

1. Sujeitos e Objetos

Num capítulo do seu *Tratado a respeito de Justiça e Direito*, escrito em 1586, Domingo de Sota, um dominicano espanhol, famoso teólogo e jurista, expressou uma estranha teoria a respeito da capacidade dos animais e mesmo das feras serem sujeitos de direito.

"Pode realmente afirmar-se que, a seu modo, os animais têm direito de propriedade das pastagens [...]. Parece também que a rainha das abelhas tem domínio sobre o enxame [...] e, entre os irracionais, parece que o feroz leão reina sobre os demais animais; da mesma forma que o abutre parece exercer domínio sobre os frágeis pássaros. O mesmo pode ser dito sobre o inanimado firmamento, que tem domínio sobre este mundo sublunar, difundindo calor e vigor proveniente daquilo de que se nutre e que o desenvolve" (IV, 1 2, p. 284, col. 1).

A ideia de que animais, feras e mesmo coisas inanimadas, como o firmamento ou uma rocha, estavam jungidos por liames de propriedade ou de poder político não era uma metáfora poética de um erudito imaginativo. Personagens práticos, escrevendo textos prosaicos a respeito de temas quotidianos da vida, compartilharam a mesma convicção de que irracionais ou coisas podiam ser sujeitos dos mesmos direitos e faculdades legais reivindicados por seres humanos.

Ulpiano, num conhecido texto jurídico romano, descreveu o direito natural como sendo uma norma que "a natureza ensina a todos os animais [...], que se impõe na terra ou nos mares, mesmo aos pássaros" (Ulpiano, *Justinian's Digest*, 1, 1, 1, 3). E um jurista alemão do início da era moderna, Hermann Wissman, escrevendo a respeito do direito concernente a cores, sustentou a primazia de algumas delas (como a cor púrpura e a dourada), como um direito em si que poderia ser reivindicado judicialmente (*De iure circa colores*, Lipsiae, 1683).

Infinitos exemplos de ilustrações práticas dessa "pan-jurisdição" do mundo conforme o senso comum da união da ira moderna podem ser dados. Os animais eram responsabilizados por ferimentos (*Actio de pauperie*) e sujeitos a sanções criminais. Na segunda metade do século XIX, um advogado português (Dias Ferreira) dá notícia de um processo contra uma raposa que quebrara o braço de alguém, numa pequena aldeia de Portugal, Alfândega da Fé (Ferreira, 1870, I, 6). Um século antes (aproximadamente em 1751), destruíram-se casas, salgaram-se e esterilizaram-se terras como punição por haverem sido propriedades dos Duques de Aveiro, portugueses condenados por alta traição. Por outro lado, propriedades imobiliárias tinham direito a trabalhos humanos (servidão) ou a servidões prediais, como direitos de passagem. E como todos sabem, alguns homens ou mulheres (escravos) eram juridicamente alienados, como coisas, embora sob um regime jurídico um tanto diferente.

Nítidas distinções entre pessoas e coisas simplesmente não existiam, ao menos com a mesma estrutura que a nossa. A fonte dessa indistinta linha era uma bem diferente conceção da ordem do mundo.

A natureza era um universo mais homogêneo, um todo interativo, onde todas as criaturas - animadas ou não, inteligentes ou irracionais - estavam credenciadas à proteção judicial ou eram juridicamente responsáveis perante os outros. Este modelo pandectista - comum a um vasto âmbito de culturas - foi compartilhado por gregos e romanos.

O cristianismo apenas acrescentou o pormenor de um Deus Criador. A Criação tornou-se um grande - embora polifônico - coro onde cada indivíduo cantava a seu próprio modo urna prece a Deus.

Embora a Criação fosse um mundo ordenado, essas distintas canções e diferentes modos de procurar harmonia tinham a mesma hierarquia relacionada com o seu objetivo finalístico. Um episódio expressa perfeitamente essa equivalência das diferentes partículas do ser. Na sua última entrada em Jerusalém, Cristo foi acusado pelos fariseus de permitir que os seus discípulos o proclamassem rei. A sua resposta evoca a própria unidade e inter-relação de criaturas: "Digo-lhes, mesmo que, se eles (meus seguidores) silenciassem, as próprias pedras me proclamariam" (Lucas, 19).

Por outro lado, uma sensibilidade jurídica mais moderna introduziu uma nova e íntima relação entre direito, razão e vontade. Algumas décadas mais tarde, Francisco Suarez explicou que apenas metaforicamente o conceito de direito poderia aplicar-se a coisas inanimadas ou irracionais, criticando implicitamente juristas romanos e S. Tomás pela sua adesão a um excessivamente amplo conceito de direito. "Porque Platão - escreve ele (*Tractatus de legibus ac Deo legislator*, Conimbricæ, 1613, I, ch. 3) - [...] aparentemente conceitua 'direito natural' como todas as inclinações naturais colocadas nas coisas por seu Criador, pela qual elas frequentemente tendem para os atos e finalidades que lhes são próprias [...]"; mesmo assim deu o nome de direito natural à participação neste princípio racional, que foi inculcada em todas as criaturas para que pudessem tender para suas finalidades preestabelecidas. S. Tomás (I-II, qu 91, art. 2) disse mesmo que todas as coisas governadas pela divina providência compartilham de alguma forma do direito eterno, na medida em que derive da sua eficácia, inclinações a seus peculiares atos e finalidades. Os juriconsultos, por sua vez, enquanto sustentam que o direito natural é comum a outros seres vivos, tanto quanto aos homens, aparentemente excluem coisas inanimadas da participação nesse direito, um fato que é comprovado pelas *Institutes* (I.ii, § 1) e pelo *Digest* (1.1,1).

Todavia, acrescenta estreitando o antigo conceito a respeito da extensão da direito natural - "como assevera no primeiro capítulo, deve ser aplicada a coisas irracionais não no seu sentido estrito, mas apenas metaforicamente [...]. Nem mesmo animais rudimentares são capazes de (participação no) direito em sentido estrito, uma vez que não têm uso da razão ou de liberdade; dessarte, é somente por uma espécie de

metáfora que o direito natural lhes pode ser aplicado. Pois, mesmo que defiram de coisas irracionais sob esse aspecto, isto é, que sejam guiados não simplesmente pela força da natureza, mas também pelo conhecimento e instintos naturais, um instinto que é para eles uma forma de direito; embora a segunda interpretação dos juristas possa, portanto, ser sustentada de alguma forma; inobstante isso, falando em termos absolutos, essa interpretação é metafórica e, em grande extensão, dependente de analogia".

Essa espetacular mudança no conceito de direito não se deveu a um progresso da razão ou a um avanço em inteligência. Simplesmente o contexto teológico e antropológico de pensamento jurídico modificou-se.

As controvérsias abalaram o conceito de uma ordem mantida por contingência interna, tendo introduzido o conceito oposto de energia individual e autónoma (*impetus*), como base da organização dos elementos. Por outras palavras, no mundo humano, começava-se a admitir o império da vontade como fonte da ordem social que estava a chegar.

Também, na teologia católica pós-Trento, por outra série de fatores, o livre arbítrio humano tornou-se um valor fundamental, tanto quanto na polémica teologia anti-reformista da salvação, o tema central debatido foi a antinomia entre predestinação e livre arbítrio.

Portanto, o universo juridicamente ativo teve que restringir-se a seres capazes de realizar voluntariamente ações racionais. Uma distinção decisiva foi então introduzida entre seres humanos e não-humanos. Seres humanos tornaram-se nitidamente o centro e os únicos sujeitos da ordem jurídica. "Somente homens podem ser sujeitos de direito e obrigações", declara enfaticamente o artigo primeiro do Código Civil Português (1867). A unidade original da criação foi destruída. Desde então, a personalidade jurídica tornou-se o monopólio e também a especificidade de seres humanos. Com isso, a existência de seres humanos que eram juridicamente considerados coisas tornar-se-ia, em breve, insustentável.

2. Substância e papéis - indivíduos e *status*

Discutindo a relação jurídica entre a Coroa e a Casa dos Duques de Bragança, a Casa Real Portuguesa do século XVII em diante, um jurista lusitano escreveu que diversas pessoas simbólicas podiam

ser vistas no corpo do rei, "cada uma retendo e conservando a sua natureza e qualidades e devendo ser considerada distinta de outras" (cf. Pegas, 1669, *ibidem*). Essa é mais uma expressão de superposição de entidades simbólicas no mesmo corpo físico, como foi descrito por Ernst Kantorowicz no seu clássico trabalho (*King's two bodies*, 1957).

O que deve ser sublinhado aqui é que tal reverberação simbólica não era exclusiva de pessoas reais. A sociedade - de acordo com o conceito jurídico - era uma infinita pletera de pessoas, cada uma correspondendo a uma particular inserção de um indivíduo na organização social, isto é, correspondendo a um *status*. Como Manuel Álvares Pegas, um praxista português do século XVII, escreveu, "não é nem novo, nem contrário aos termos da razão que um mesmo homem exerça diferentes direitos, sob diferentes aspectos" (Pegas, 1669, XI, *ad Ord.*, 2, 35, cap. 265, n. 21). Além disso, para esse desdobramento de personalidades, havia o exemplo teológico da Santíssima Trindade.

Todavia, a relação entre *status* e indivíduo era ambivalente. *Status* podia tanto explodir como implodir indivíduos. A desintegração individual ocorreu quando o *status* passou a representar atributos, condições ou posições do mesmo indivíduo (como pai, filho, profissional, natural de um reino). Implosão ocorria sempre que um *status* atribuísse uma única identidade a um grupo plural de indivíduos ("Pai e filho são uma e a mesma pessoa no que concerne ao direito", escreveu Álvaro Valasco (Valasco, 1588, cons. 126, n. 12). A força explosiva do *status* podia mesmo modificar a própria natureza física da substância somática. Uma filha que herdasse no lugar do pai (pelo denominado direito de representação) tinha que tornar-se varão para herdar bens que só podiam ser havidos em herança por homens (v.g., feudos).

Do ponto de vista jurídico, os indivíduos eram tão despiciendo quanto o *status* era fundamental. O direito era uma espécie de pintura impressionista em que a rígida materialidade das coisas (ou pessoas físicas) era substituída pelos incontáveis reflexos nelas provocados pelas diferentes luzes da interação social. Portanto, substâncias físicas tornaram-se uma mera reverberação cromática. Seres humanos eram atores que representavam diversos papéis sociais. Enquanto a nossa imaginação é centrada no ator, a imaginação moderna era centrada no personagem. É por isso, provavelmente, que o vocabulário político carecia de palavras para expressar um sujeito com vontade livre. *Sujeito* significava uma pessoa jungida, *persona*, um ator que desempenha

um papel preestabelecido. Numa palavra, a definição de indivíduos (e coisas, como veremos) estava relacionada com as suas funções, e não com a sua essência isolada.

Essa prevalência de função sobre os atores individuais explicará, por outro lado, o implosivo efeito de *status*. Indivíduos com a mesma função eram classificados como entidades transindividuais; como famílias, guildas e todas as espécies de corporações, para as quais um sem-número de palavras eram aplicáveis (*collegium, corpus, societas, communitas, civitas*). Portanto, a sociedade era vista mais como um conjunto ordenado de *status* (*società di ceti, Standengesellschaft, société d'ordres*), do que uma congregação de indivíduos. A ideia é dada por Charles Loyseau, no seu *Traité des ordres et simples dignités* (1610), de uma forma muito significativa:

"[...] E assim, por meio dessas múltiplas divisões e subdivisões, de muitas ordens é formada uma ordem geral, e de muitos estados um bem ordenado estado, em que há boa harmonia e consonância e uma correspondência e inter-relação desde o mais alto até o mais baixo: de forma que, através da ordem, um número infinito resulta em unidade. Assim, o cânon o estabelece (*Decretum*, D. 89, c. 7): [...] a comunidade, como todo, não poderia subsistir por razão nobre, a não ser que uma grande ordem de diferenças a preservasse, pois nenhuma criatura pode ser governada por uma e mesma qualidade. O modelo das hostes celestiais ensina-nos isto: há anjos e arcanjos; por isso, evidentemente, que não são iguais; ao contrário, diferem uns de outros em poder e ordem" (*Préface*, 4).

Em tal imaginário social, os indivíduos simplesmente desapareciam, seja por explosão nos seus diversos papéis sociais, seja pela sua dissolução, numa função social transindividual.

3. Substância e papéis - uma propriedade multiforme

A mesma "relacional" ou "anti-reificante" concepção dominava a imaginação das coisas. Também as coisas estavam longe de ser objetos bem delimitados, com uma individualidade singular e propriedades permanentes.

Também aqui há uma pré-compreensão de um universo harmônico, abrangendo homens e coisas com funções recíprocas. As coisas, conforme o *Génesis*, foram criadas para o homem; dessarte, o natural funcionamento das coisas importava na noção de "uso humano".

Portanto, mais do que objetos fisicamente identificáveis, as coisas eram dispositivos ou processos através dos quais os desejos (*affectiones*) podiam ser satisfeitos - as coisas eram "utilidades"; em temas leais, necessariamente, por força de direito, utilidades. "Coisa" - diz-se numa comum definição jurídica (Amaral, 1740, s. v. *res*, n. 1) - "é um nome genérico, que compreende direito, contratos e todas as obrigações [...]". Considerando a volatilidade e mobilidade do objeto definido, mesmo em ampla acepção era "uma definição perigosa porque, inobstante o fato de que a definição é apenas uma demonstração da substância de uma coisa definida, nesse particular, poderiam ocorrer muitas variações, conforme as circunstâncias dos casos" (cf. Amaral, 1740, s. v. *res*, ad 2, p. 363, 2).

Realmente, as coisas apresentavam-se completamente desmaterializadas. Poderiam existir sem nenhum substrato material (como direitos, atuais ou virtuais, a exemplo das expectativas de direitos [*fundatae intentiones*], ou o direito de herdeiros legitimados à herança de uma pessoa viva). Ou coisas podiam, por outro lado, compartilhar do mesmo objeto material, como os diferentes direitos que são suscetíveis de incidência sobre a mesma coisa (propriedade, posse, usufruto, reivindicações comunitárias, direitos fiscais, etc.).

Este último significado conceitual explica porque é que os juristas medievais não se preocupavam com o fato de que diversos *dominia* (ou direitos de propriedade) - em princípio reciprocamente excludentes e sem limites - podiam existir, simultaneamente, no mesmo estado. De fato, as suas infinitas reivindicações podiam subsistir porque se adequavam a diferentes utilidades (para diferentes coisas) do objeto físico comum subjacente.

Tudo isso significa que as coisas não preexistiam à ordem das relações humanas; ao contrário, foram criadas porque essa ordem existia e lhes atribuía utilizações exatas.

Assim como acontece com pessoas, também as coisas eram privadas de materialidade física e reduzidas a funções ou relações dentro de um mundo organizado.

4. Ritos e emoções

O cerimonial era conhecido. Sempre que o Rei de Espanha desejasse elevar um cortesão ao grau de Grande, solenemente convidaria o nobre, na presença da Corte, a cobrir a sua cabeça com um chapéu. Essa alteração de protocolo expressava os reais sentimentos de igualdade e intimidade com relação a um súdito particular. Daí em diante, a manifestação externa de sua situação social, a saber, o fato de que um nobre usou um chapéu diante do rei, expressava, por si, o substrato emocional da sua relação.

Esse é um exemplo de uma idéia comum, conforme a qual havia uma relação de necessidade entre atitudes externas e emoções.

Presumia-se que a vida emocional tivesse uma rígida arquitetura. Sentimentos e emoções não dependiam do temperamento individual; pelo contrário, deviam consistir em disposições internas, espécie de fendas psicológicas, tal como foram identificados e aquilatados por teólogos de moral. Um bom exemplo de tal mapeamento da "anatomia da alma" (*Anatomia dell' Anima*, Bergamo, 1991) é o conjunto de perguntas de S. Tomás a respeito de amor e amizade, em que diferentes espécies de afetos são rigidamente tipificados, assim como a sua hierarquia, sentimentos relacionados e manifestações externas (corporal, litúrgica).

Realmente, a existência dessa ordem natural de emoções transformava afeições em entidades objetivas, com dimensões externas e estabelecidas.

Tanto quanto a fé deveria materializar-se em obras, cada espécie de emoção devia, presumidamente, expressar-se em atitudes determinadas, ritos e procedimentos práticos. Desse modo, métodos políticos (*affectus*) tinham um objetivo - indisponível - lógico que limitava a vontade ou paixões de todas as pessoas e expressava-se em atos tipificados (*effectus*).

Portanto, afetos devidos deviam ser retribuídos com comportamentos externos, determinados por padrões objetivos, ínsitos na natureza das coisas. Curvar-se ou levantar-se, beijar as mãos ou a face, tirar o chapéu ou colocá-lo eram atitudes corporais de que se podiam inferir as atitudes internas correspondentes. Mesmo as mais íntimas relações tinham rigorosas regras de significado. A dramaturgia do amor íntimo, por exemplo, dependia não da criatividade e do êxtase emocional, mas da ordem natural de diferentes posições e práticas sexuais. O amor honesto, por exemplo, podia ser manifestado apenas pela dramaturgia expressada em uma formulação vaga "[*vir cum femina*], *recta positio, recto vaso*" ([homem com mulher], na posição correta, no "vaso" correto).

De fato, o vínculo entre *effectus* e *affectus* era tão forte que o primeiro poderia manter-se pelo último. Modificação da atitude externa equivalia a uma alteração de sentimentos internos.

Essa ideia de uma ordem natural de emoções e a contiguidade entre emoções e comportamento tinham uma forte influência no objetivo do direito. Enquanto os sentimentos eram naturalmente (e juridicamente) devidos e necessariamente ligados a atitudes externas, os ritos e as cerimônias não eram apenas questão de "estilo" ou educação pessoal, mas questão de respeito para com a natural ordem das coisas; uma questão de "honra" ou "honestidade" (*honestas*), virtualmente postulável em juízo.

O direito, o guardião da ordem, estava intimamente relacionado com esse tema. Etiqueta e boas maneiras eram tratadas em direito e a sua observância podia ser objeto de processo judicial. Precedência, manifestação corporal - como beijar, curvar-se, ajoelhar-se, ou mesmo relação sexual - ou a forma pessoal de falar eram juridicamente regulamentados e, muitas vezes, discutidos judicialmente. Na prática jurídica contemporânea, litígios a respeito de precedência, etiqueta, cortesia, sinais de reverência, foram prática comum.

Ao mesmo tempo que regulava o comportamento externo, o direito dispunha também sobre as atitudes internas correspondentes. Isso significa que, embora tratando com a alma, somente através da interpretação das suas manifestações externas, o direito medieval e do início da era moderna considerava que o mundo interior era domínio seu. Nesse sentido, o direito medieval não era mais cego para a interioridade do que a nossa. Formalismo ou ritualismo jurídicos não significam que a relevância da "alma" fosse negada; pelo contrário, significava a confiança do direito na possibilidade de controlar a alma, controlando as suas dimensões corporais, asseverando a correspondência entre alma e seus sucedâneos externos.

A ambição otimista do direito tratando do controle das mais íntimas dimensões do sujeito turvou as fronteiras entre direito e outras ordens normativas, como a ordem do amor e da gratidão, explicando a contiguidade que juristas modernos crêem haver entre mecanismos disciplinares de direito, religião, amor, amizade, gratidão, etc. Sendo a Ordem, em sua origem, um ato de amor e sendo as criaturas (inclusive homens) naturalmente ligadas por afeições, o direito não é senão uma forma (embora rudimentar, de qualquer maneira, externa) de corrigir

alguns *déficits* ocasionais dessa compaixão universal. Nesse sentido, os deveres religiosos - tanto quanto os derivados de amizade, dívidas de gratidão, compensação de favores, dívidas de honra - eram quase deveres legais (*quasi jurídicas, antidorales*). Tais eram: a adoração de Deuses e Santos, a compensação de favores, a remuneração de serviços espontâneos (como os serviços de vassalagem), o pagamento de juros de dinheiro, o exercício da caridade, a proteção de amigos.

É evidente que, dentro desse círculo, compreendem-se quase todos os deveres sociais que garantem a sociedade bem organizada, conforme os ideais europeus do início da era moderna (cf. Clavero, 1991; Hespanha, 1993b).

Também o amplo círculo de deveres de parentes na família provinham da fonte da ordem emocional. Tomando um exemplo menos direto, podemos citar o jurista português Baptista Fragoso, quando fez a distinção entre o trabalho mercenário, devido por direito como contraparte do salário, e o trabalho feito por crianças dentro da casa paterna.

"O filho que trabalha para o pai, estando sob sua *patria potestas*, não tem direito a salário. De outra forma, não poderia ser diferenciado de um estranho, que não trabalha sem salário [...]. A razão é que não se presume que o filho sirva ao pai por salário, mas por amor, devendo submissão ao pai" (Fragoso, 1641, III, 648, n. 117 e 118).

5. Vontade livre e ordem social

Desde o século XVII, a filosofia social e a teoria constitucional eram dominadas pela hipótese de uma base voluntária de sociabilidade e de instituições políticas, isto é, pela hipótese de um contrato social. Mesmo aqueles que procuravam uma origem transcendental para convivência encontravam mormente a pura vontade de Deus para justificar o controle político e as instituições políticas.

De outro lado, a teoria social medieval e do início da era moderna subestimou o papel da vontade livre (mesmo que fosse a vontade de Deus) na formação da interação humana. "O direito de Deus não está em sua vontade, mas em sua compreensão [...]", escreveu Domingo de Soto no seu tratado a respeito de justiça e direito (Soto, 1556, q. 1, la. 1. 1.1, q. 1, art. 1).

Também o direito humano não depende da livre vontade humana. Portanto, "a doutrina jurídica não tem como fonte nem o édito dos pretores, nem o Direito das Doze Tábuas, mas a própria essência íntima da filosofia" (Soto, 1556, *Proemio* 5). Ou "discutir as razões dos estatutos (como direitos 'voluntários') revela mais ignorância do que conhecimento do direito" (Domingo de Soto, *ibidem*).

Em resumo, direito e vontade estavam unidas pela prudência. "A luz não existe na vontade, que é cega, mas na compreensão [...] pelo que Platão sabiamente afirma que não se fingirá ou asseverará que tudo obedece à vontade, mas, pelo contrário, que a nossa vontade obedece ou à prudência ou à razão prática" (Suarez, 1613, Liv. I, cap. 1, art. 1).

A plena justificação do princípio de que *in iure stat ratio pro voluntas* aparece um pouco mais tarde.

"Além disso, com respeito ao direito, enquanto pode existir no seu sujeito humano, tal direito inquestionavelmente consiste num ato da mente, e de si exige somente um julgamento pelo intelecto, e não um ato de vontade, uma vez que, se um ato de vontade é necessário para a observância ou a execução do direito, não o é para a sua existência. O direito precede a vontade do sujeito e obriga essa vontade, enquanto um ato do intelecto é necessário para que o próprio direito possa, desse modo, ser posto diante e em contato direto com a vontade; e, conseqüentemente, exige-se um julgamento pela razão. É nesse sentido, em verdade, que o direito natural é comumente referido como o julgamento natural da razão humana; mais ainda, isto é, na medida em que o dito direito existe no homem como em alguém que lhe é sujeito. Joannes Damascenus, também, fala dessa mesma forma, dizendo" (*De Fide Orthodoxa*, Liv. IV, cap. III, [cap. XXII]): "o direito de Deus, enquanto se destina a nós, incendiando as nossas mentes, atrai-as para si próprio e desperta as nossas consciências, que se consideram o direito de nossas mentes. O mesmo é verdadeiro, guardadas as proporções, relativamente ao direito positivo. Pois, após ter sido editado, aplica-se a todos os indivíduos por meio de um julgamento da razão, de forma que o que não era necessário *per se* é considerado necessário em virtude do direito; dessarte esse ato de julgamento é agora o direito (por assim dizer), como existe no próprio sujeito" (*Tractatus de Legibus...* cit. Liv. I, cap. 3, n. 5).

Essa desvalorização do papel da livre vontade na constituição da ordem política foi difundida na imaginação jurídica e política, no início da era moderna.

No plano da teoria política, provocou uma consciência permanente do caráter natural (isto é, não-artificial) da regra e de sua limitação através de princípios que escapavam ao *arbitrium* do rei.

"Embora alguns proclame que é sacrílego discutir poderes reais, eis que sua vontade é a fonte do direito, uma resposta segura e certa pode ser dada a essa asserção. Realmente, o que é criminoso e sacrílego é afirmar que não é dado pôr em dúvida poderes reais. Esse é o próprio sinal de política sem Deus, suavizada por meio da sugestão de que não há Deus. Dessarte, é algo ímpio - semelhante ao preceito de Turk - sustentar que a vontade real, iníqua, absoluta e sem regras [arbitrária] tem a força de direito" (João Salgado de Araújo, *Carta que un cavallero biscaino escrivio en discursos políticos y militares, la outra del Reyno de Navarra* [...], Lisboa, 1643, p. 15).

Portanto, o direito estatutário real tinha que ser esclarecido pela razão jurídica (*ratio iuris*), isto é, pelo conhecimento das coisas humanas e divinas que era discutido pela filosofia, para tornar-se juridicamente fértil.

No plano da teoria jurídica, essa limitação da vontade livre da pessoa pela razão estava na origem de uma suspeita sensível, em face do direito estatutário, particularmente quando contradizia ou os princípios estabelecidos da doutrina jurídica comum (*contra tenorem iuris rationis*), ou introduzia exceções (cf. *Digesto de Justiniano*, 1, 3,14 a 16).

Instituições específicas eram também lançadas num semelhante molde involuntarístico. A propriedade, por exemplo, não era esse ilimitado poder sobre as coisas que caracterizou nossos conceitos de domínio até o início do século XIX.

"Para tornar efetivo o conceito de propriedade - escreve Luis de Molina (1535-1600) - é suficiente usar as coisas de acordo com sua própria vontade, mas apenas da forma exigida pela natureza e permitida pelos direitos divinos e humanos. Assim, uma pessoa é senhora de seu escravo, embora não o possa matar, ou é proprietária de suas próprias coisas, inobstante não poder destruí-las" (*De Iustitia et de lure*, Conchae, 1593,1,18).

Os contratos também não eram região de escolha e vontade livre, como eram considerados pela legislação liberal do século XIX.

Aqui, o protagonismo de elementos voluntarísticos é circundado por uma construção teórica no caso dos contratos (*causa contractus*) que é frequentemente desconsiderada. Para os juristas teóricos, a causa era o elemento que da va racionalidade à vontade, o motivo subjacente sem o qual a execução dos contratos ou não teria sentido ou consistiria numa vantagem eventual para a parte contrária. O jurista francês Domat afirmou, ainda no início do século XVIII, "tout engagement doit avoir une cause honnête" [isto é, conforme a ordem das coisas]". Outros autores preferiram outra construção dogmática, centrada na ideia da natureza dos contratos ("todos os contratos têm uma natureza inerente" [*natura ergo inest omnibus contractibus*], escreveu Mantica, *Vaticanae locubrationes...*, citado por Grossi, 1986).

Natura contractus deveria estruturar os compromissos contratuais com um objetivo lógico, exigido pela própria natureza da organização social e incrustado na tradição.

Em qualquer construção dogmática que observemos, o peso de elementos voluntarísticos no imaginário do contrato era muito leve. Um advogado português resumiu muito expressivamente esse surpreendente equilíbrio entre vontade e racionalidade social objetiva. "A obrigação - escreve António Cardoso do Amaral, 1740, *Obligatio*, n. 6 - é contraída pelas próprias coisas, verbalmente ou por escrito [...] e às vezes também pelo simples acordo" (*aliquando tamen obligatur quis solo consensu*). Como um vanguardeiro historiador jurídico italiano disse, para essa visão naturalística "o homem desapareceu, absorvido por uma *rerum natura* (natureza das coisas), plena de energia vital" (Grossi, 1991,161).

Essa concepção não-consensual dos contratos sofreu algumas limitações pela condenação da mentira contida em preceito jurídico ("Cumprirás o que sai da tua boca", *Deut.*, 23, 23). Todavia, até o (suavizado) triunfo do individualismo na filosofia social da metade do século XVIII, a irrelevância da vontade livre na imaginação da interação social seria mantida.

Uma das mais conhecidas consequências da ideia do carácter objetivo dos círculos sociais era o severo regime do casamento, em que a vontade era quase impotente na formação da relação matrimonial. Mais chocante mesmo era a maneira pela qual António Cardoso do Amaral (Amaral, 1740, v. *Obligatio*) acentua o fato de que os liames naturais de amizade e gratidão poderiam, por si mesmos, gerar obrigações. Portanto, haveria

obrigações "oriundas apenas do instinto natural, por causa de serviços ou benefícios, de tal forma que estamos naturalmente obrigados a retribuir os que nos beneficiaram" (Amaral, 1740, v. *Obligatio*, n. 4). O amplo (além disso, comum) objetivo do *scholium* de Amaral é compreensível somente se considerarmos a extensão que "serviço", "graça", "piedade" ou "caridade" tinham na estrutura da interação humana na sociedade europeia do início da era moderna.

O princípio de que a natureza (humana) mecanicamente gerava obrigações compreendia, também, aqueles deveres impostos por virtudes morais, como "liberdade", "amizade", "caridade" ou "magnanimidade". Os amigos deviam-se mutuamente "obséquios" e "favores", pessoas poderosas deviam "proteção" para com pessoas humildes ("amizade", "liberalidade"). Ricos deviam esmolas aos pobres ("caridade"). E magnatas (como o rei), por causa da mais alta posição em que estavam situados, deviam tudo isso em grau superlativo ("magnanimidade").

6. A Doutrina jurídica como fonte da antropologia histórica do Antigo Regime

Os poucos exemplos dados acima conduzem às mesmas conclusões fundamentais: (i) nas relações entre direito e cultura, tanto quanto (ii) nos papéis, a história jurídica pode desincumbir-se dentro de disciplinas históricas e legais.

Começemos com o primeiro ponto.

A primeira conclusão é a de que as instituições legais podem ser o objeto de uma hermenêutica cultural que leva à revelação de poucas categorias que organizam a percepção da sociedade e guiam a avaliação da equidade e justiça. Essas categorias não são inorgânicas. São combinadas em uma global e harmônica interpretação da realidade. Peças guias desse modelo (ou paradigma) são conceitos (imagens ou representações), ou oposições conceituais, como ordem (*versus* confusão ou homogeneidade), natureza (*versus* artifício), razão (*versus* livre vontade), todo (*versus* partes), pessoas (*versus* coisas), essência ou interioridade (*versus* aparência). Esse paradigma concretiza-se em miríades de manifestações concretas de desempenhos legais ou institucionais, de tal forma que sintetiza o conjunto institucional da cultura política medieval ou do início da era moderna, tornando-o familiar e previsível em todas as minúcias.

A segunda conclusão é a de que tal paradigma está tão profundamente enraizado que extravasa um amplo conjunto de discursos normativos, como a teologia moral, a ética, a economia (no antigo sentido, acepção de *oikonomia*, como administração da casa) e política. Ao mesmo tempo, todas essas disciplinas mergulham profundamente no senso comum e no comportamento quotidiano de vida. São, *hoc sensu*, uma teoria de práxis, para relembrar um conhecido título de Pierre Bourdieu (cf. também Kahn, 1999). Isso explica o anacronismo de aplicar a organização contemporânea do conhecimento (*arbor scientiarum*) a esse discurso integral normativo, em que o direito está indissolúvelmente conectado com a teologia e a ética. Ademais, isso esclarece a permanente e contagiante migração de conceitos e modelos de fundamentar e justificar de um campo literário para outro. E, finalmente, esclarece as razões da continuidade entre a literatura conhecida e as práticas quotidianas.

A terceira conclusão diz respeito às comumente implícitas asserções de juristas e advogados a respeito da natureza de paradigmas subjacentes ao direito. Ao menos desde a Escola Germânica Histórica, os juristas estão cientes da existência de um sistema coerente de valores, atrás de todas as proposições e regras legais. Mas, com exceção da primeira geração, ainda tendem a pensar que esses paradigmas são o resultado de uma fundamentação jurídica permanente, e não universos de crenças culturalmente incrustados. Isto é, no que toca ao direito romano, ou à grande tradição do *ius commune* continental, afirmava-se que as modernas "racionais" categorias legais já existiam, embora ainda em forma embrionária. A tradição jurídica ocidental seria uma continuidade inabalada, onde a Razão desenvolvia progressivamente e sem rupturas o seu monótono sistema conceituai.

Portanto, ressaltar descontinuidade e ruptura não é uma atitude teórica comum entre juristas, e mesmo entre historiadores legais. De fato, a intemporalidade das construções legais é um postulado básico do pensamento jurídico ocidental, pensado desde o Iluminismo quando o racionalismo culturalmente contagiante criou a utopia de um sistema jurídico baseado em axiomas racionais desenvolvidos a um ritmo matemático.

Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) ou Jeremy Bentham (1748-1832) são dois representantes vanguardeiros dessa corrente de juristas, que conceituava a fundamentação jurídica e a descoberta de soluções legais (*Rechtsfindung*) como uma forma de *calculus*, embora específico.

O formalismo neokantiano realçava a tendência de equiparar a doutrina jurídica a uma ciência formal, isolada de qualquer contexto cultural ou social. O último passo nessa tendência foi dado pela "Teoria pura da Direito" (Hans Kelsen, 1897-1955), quando avaliou o cientificismo do discurso jurídico pela sua capacidade de alienar.

Mesmo o historicismo e o sociologismo incidiram nesse essencialismo aculturalista. De fato, mesmo quando as raízes sociais das instituições legais ou de doutrinas legais estão sendo investigadas, o modelo adotado considerava que grupos sociais, tanto no presente, como no passado, compartilhavam os mesmos modelos básicos de representação da realidade ou de interesses. O conflito social ou a emulação social em matéria de história eram muitas vezes representados como se os atores fossem cidadãos europeus contemporâneos. Para eles, a riqueza devia ser mais importante do que a honra; afirmação individual, mais decisiva do que desempenho de um papel natural preestabelecido; progresso, mais desejável do que estabilidade; direitos, mais impositivos do que deveres; indivíduos, mais visíveis do que a comunidade; obrigações legais formais, vínculos mais rigorosos do que necessários (preter-intencional). Esse contexto contemporâneo de comportamento forma uma espécie de razão prática natural que pode ser exportada para qualquer situação humana tomada isoladamente para a pesquisa da justiça natural (como na teoria procedimental da justiça de John Rawls).

A atual consciência antropológica deu à historiografia, nomeadamente à historiografia jurídica, uma nova sensibilidade da ruptura cultural e da diferença histórica, libertando a gramática autónoma de cada uma das diferentes culturas do passado europeu. Essa libertação de diferença tem duas principais vantagens: uma, no plano jurídico; outra, na dimensão histórica.

No plano da teoria do direito, recuperar o sentido da diferença histórica tem sido um fator importante para recuperar o sentido de restritos ao âmbito local dos valores ocidentais. Hoje, a consciência jurídica é confrontada com as falhas das tecnologias legais ocidentais exportadas, ou com a sua reticente recepção de culturas alheias. Num mundo que, vertiginosamente, tende para a integração, o choque do universalismo jurídico e a correspondente consciência do caráter local do direito suscita o problema vital da reconstrução de uma teoria geral do direito, que pode funcionar, libertada do cronocentrismo e do etnocentrismo, dentro da estrutura e em prol do pluralismo.

No que tange à dimensão histórica, a sensibilidade quanto à diferença é a condição de uma recriação com êxito de ambientes culturais extintos. A cultura medieval e do início da era moderna é um deles. Formam um universo coerente de imagens, crenças e valores que dão sentido a milhões de decisões concretas da vida quotidiana. Não se pode mais assistir a esses atos silenciosos e sem rastos. Alternativamente, temos ainda o impressionante *corpus* da tradição jurídica absorvida, que funcionou no mesmo arcabouço cultural e que engendrou diversos dispositivos discursivos que permitiram contínuo intercâmbio entre senso comum e cultura assimilada. Um deles foi a receptividade permanente, por parte da doutrina jurídica, de valores da vida quotidiana ou sociais, por meio de conceitos, como *equitas* (equidade) *bonum* ou *rectum* (v. g., *bonus paterfamilias*, pessoa comum, *recta ratio* (razão comum), *interest* (cf. Barberis, 2000), *natura rerum* (natureza das coisas), *id quod plerumque accidit* (normalidade estatística), enraizamento (v. g. *iura radicata*, expectativas sociais radicadas [no tempo ou na tradição]), e assim por diante. Outro dispositivo era o papel de *tópica*, como a arte de obter consenso na descoberta de soluções jurídicas doutrinárias.

Uma última palavra a respeito desse tema, na medida em que pode ser a resposta a uma pergunta comum a respeito da capacidade da literatura jurídica doutrinária se tornar uma fonte de história cultural e intelectual.

Inobstante os últimos progressos no sentido da reconstrução do direito da vida quotidiana (notável, Sarat, 1996), a doutrina jurídica atual (*maxime* a doutrina continental europeia) é, em maior extensão, permeável ao senso comum e aos sentimentos de justiça social. Em certos domínios, onde é decisiva a adesão aos valores de equidade, conforme o senso comum, há dispositivos discursivos que proporcionam alguma espécie de sistema jurídico conceituai à vida quotidiana. É o caso de cláusulas gerais ou conceitos abertos, tais como: *good faith* (em temas contratuais), "discrição ou arbítrio prudentes" (em decisões judiciais), "homem prudente" (na administração patrimonial). Todavia, em geral, os conceitos são rígidos e auto-referenciais.

De outro lado, essa referência ao mundo de valores e de avaliações radicado no senso comum foi permanente na doutrina jurídica do *ius commune*. As soluções legais assimiladas eram continuamente justificadas pelo fato de que eram aceites por pessoas comuns, porque eram desde muito tempo utilizadas (*usu receptae*), porque se radicavam em usos sociais (*radicatae, praescriptae*), porque correspondiam à ordem das coisas

ou à ordem moral, como essas eram comumente percebidas (*honestae, bonnae et aequae*). Mesmo a estrutura das fontes legais do ordenamento jurídico - como era reconhecido pela doutrina - expressava o peso de um senso espontâneo de equidade. No topo estavam o costume (*consuetudo*), a doutrina recepcionada (*opinio juris*) e prática judicial (*stylus curiae, praxis*).

Além disso, essa permanente investigação do senso comum era completada por técnicas de elaborar decisões. Ao invés de inferir soluções de um padrão doutrinal rígido, os juristas elaboravam soluções em duas etapas. A primeira (*inventio iuris, ars inveniendi*), descobrindo e coligindo pontos de vista comuns (*loca communia, topoi*), tanto quanto os metacritérios de hierarquizá-los em cada caso.

A inter-relação entre doutrina assimilada e senso comum não findava com a decisão. Uma vez alcançada a decisão - esse produto de uma razão apreendida - torna-se mais um osso nesse esqueleto moral da vida quotidiana formada por "direitos recebidos ou praticados" (*ius receptum vel praticatum*). Realmente, os casos decididos integram o horizonte dos padrões morais e das expectativas sociais da comunidade. Ainda mais, prosseguia o processo da reelaboração doutrinal do senso social de equidade. Trabalhando nesse *acquis* decisional prático, os juristas instilavam *regula* ou *brocarda*, frases curtas ou epigramas, em que a sabedoria jurídica prática estava concentrada e podia ser facilmente disseminada e assimilada pelos leigos. Agora, as construções assimiladas estruturadas pelo senso comum regressam à vida quotidiana, tornando-se estruturações. O discurso, de seu refúgio efêmero nos livros, retorna à vida.

Referencias bibliográficas

- AMARAL, António Cardoso do (1740), *Liber utilisimus iudicum* [= *Summa seu praxis iudicum*, Ulysiopone, 1610], ed. consultada, Conimbricae, 1740, 2 vols.
- BARBERIS (2000), *Interesse*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- BERGAMO, Mario, (1991), *L'anatomia dell'anima. De François de Sales à Fénelon*, Bologna, Il Mulino, 1991.
- CLAVERO, Bartolomé (1991), *Antidora. Antropolgia católica de la economia moderna*, Milano, Giuffrè, 1991.

- FERREIRA, José Dias (1870), *Código civil anotado*, Lisboa, 1870.
- FRAGOSO, Baptista (1641), *Regimem reipublicae christianae*, Collonia Allobrogum, 1641-1652, 3 tomos.
- GROSSI, Paolo (1986), "Sulla 'natura' del contratto (qualche note sul 'mestiere' di storico del diritto, la proposito di un recente 'corso' di lezioni)", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, vol. 15, 1986, pp. 593-619.
- HESPANHA, Antonio Manuel (1993a), "Pré-compréhension et savoir historique. La crise du modèle étatiste et les nouveaux contours de l'histoire du pouvoir", in *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992*, (= *Rättshistoriska Studier*, 19[1993]), pp. 49-67.
- HESPANHA, Antonio Manuel (1993b), "Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce", em Antonio Manuel Hespanha, *La gracia del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- KANTOROWICZ, Ernst H. (1957), *The king's two bodies. A study in mediaeval political theology*, Princeton, N.J., 1957.
- KAHN, Paul W. (1999), *The cultural study of law. Reconstructing juridic scholarship*, Chicago, The Univ. of Chicago Press, 1999.
- PEGAS, Manuel Álvares (1669), *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Ulysiopone 1669-1703, 12 vols.+2.
- SARAT, Austin (1996), *Law in everyday life*, Ann Arbour, The University of Michigan Press, 1996.
- SOTO, Domingo (1556), *De iustitia et de iure* (Cuenca, 1556; ed. P. Venancio Diego Carro, O.P., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968).
- SUAREZ Francisco (1613), *De legibus ac Deo legislatore*, Coimbra, 1613.
- VALASCO, Álvaro (1588), *Consultationum ac rerum iudicatarum in regno Lusitaniae*, Ulysiopone, 1588 (ed. consultada, Conimbricae, 1730).