

# O DIREITO E A IMAGINAÇÃO ANTROPOLÓGICA NOS PRIMÓRDIOS DA ERA MODERNA

António Manuel Hespanha

*Tradução do inglês: Antivan Guimarães Mendes*

## RESUMO

O artigo procura explorar as inusitadas imagens legais criadas durante a Idade Média e princípios da Era Moderna na Europa, em contraponto ao retrato anódino prevalecente na história legal contemporânea. Da distinção pouco nítida entre pessoas e coisas à contingência rígida entre as emoções e o comportamento, da quase total irrelevância do livre-arbítrio na formação da interação humana à surpreendente contigüidade entre a lei e o amor — eis alguns pontos que nos distanciam da cultura institucional do início da Era Moderna.

*Palavras-chave: história legal; cultura institucional europeia; direito.*

## SUMMARY

This article explores the unexpected legal images created during the Middle Ages and the Early Modern period in Europe, drawing a sharp contrast with the anodyne portrait prevailing in current legal history. From the blurred distinction between persons and things to the rigid contingency involving emotions and behavior, from the nearly total irrelevance of free will in human interaction to the surprising contiguity between law and love — those are a few examples that separate us from the institutional culture of the Early Modern era.

*Keywords: legal history; European institutional culture; law.*

De meados do século XIX à década de 1970, a história legal e institucional inspirou-se na hipótese de que o social e os axiomas da tradição europeia formavam um *continuum*. Uma vez que a terminologia legal — do latim tardio às pandectas modernas — é invariavelmente a mesma, não é preciso mais do que uma análise superficial dos textos para constatar a obviedade desse pressuposto. A própria maneira como os historiadores legais costumam escrever a história incumbiu-se do restante: o significado fica descontextualizado das imagens da época; os textos legais são arrancados de seu intertexto não-legal; a interpretação é moldada por categorias contemporâneas; as entidades discursivas "nativas" originais ficam reduzidas a antecipações de conceitos ou regras modernas. Mais do que isso, porém, o lado excêntrico, exótico, bizarro e perturbador das imagens sociais presentes na doutrina legal é silenciado e sacrificado no altar da eterna perenidade do "direito ocidental".

O presente artigo procura explorar as criações inusitadas de imagens legais durante a Idade Média e princípios da Era Moderna em toda a sua

estranheza. Da distinção pouco nítida entre pessoas e coisas à contingência rígida entre as emoções e o comportamento externo; da quase total irrelevância do livre-arbítrio na formação da interação humana à surpreendente contigüidade entre a lei e o amor — estes são alguns poucos exemplos que diferenciam de modo notável a cultura institucional medieval e do início da Era Moderna do retrato anódino prevalecente na história legal de hoje.

## Sujeitos e objetos

Em um capítulo de seu *Tratado sobre a justiça e o direito*, de 1586, Domingo de Soto, famoso jurista e teólogo dominicano espanhol, expressou uma estranha opinião sobre a capacidade legal dos animais e até mesmo das feras:

*Pode-se de fato afirmar que, a seu modo, as feras têm direito à posse da mata [...]. Parece também que a rainha de todas as abelhas possui igualmente domínio sobre o enxame [...] e, entre os animais selvagens, parece que o mais feroz dos leões reina sobre os outros animais, assim como o falcão parece exercer domínio sobre os pássaros menos afortunados. Pode-se dizer o mesmo do céu inanimado, que reina sobre o mundo sublunar, espalhando o calor e força de que este se nutre e graças a que se desenvolve<sup>1</sup>.*

(1) De Soto, Domingo. *De iustitia et de iure*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1968, IV, 284 [Cuenca, 1586].

Essa idéia surpreendente de que os animais, as feras e até mesmo as coisas inanimadas, como o céu ou uma rocha, estariam unidos por vínculos de propriedade ou de poder político não era metáfora poética de algum erudito cheio de imaginação. Personagens reais, escrevendo textos prosaicos sobre eventos da vida cotidiana, compartilhavam da mesma convicção de que seres brutos ou coisas eram sujeitos dos mesmos direitos ou das mesmas faculdades legais reivindicadas pelos seres humanos.

Ulpiano, em um texto de direito romano bastante conhecido (*O digesto de Justiniano*), compara a lei natural a uma regra que "a natureza ensina a todos animais [...], que brota da terra ou dos mares, e até mesmo dentre os pássaros". Hermann Wissman, jurista alemão dos primórdios da Era Moderna, ao escrever sobre o simbolismo e a dignidade das cores (*De iure circa colores*), concebeu a primazia de algumas delas (como a cor púrpura e a dourada) como direitos legais próprios que podiam ser reclamados no tribunal. Há infinitos exemplos de ilustrações práticas dessa panjurisdição do mundo no sentido que lhe era conferido no início da Era Moderna. Os animais podiam ser imputados por injúrias ou sofrer punições criminais. Em meados do século XIX, o advogado português José Dias Ferreira registrou em seu *Código civil anotado* a impetração de uma ação

judicial contra um boi que havia quebrado o braço de um vizinho em uma pequena aldeia no norte de Portugal. Um século antes (c.1751), várias casas foram destruídas e muitas terras salgadas, tornando-se estéreis, em represália ao fato de pertencerem aos duques portugueses de Aveiro, condenados por alta traição. Em contrapartida, as propriedades possuíam direitos sobre os serviços humanos (servidão) ou sobre a servidão devida por outras propriedades, como direitos-de-passage. E, como todos sabem, alguns homens e mulheres (os escravos) eram legalmente tratados como coisas, embora sob um estatuto um tanto diferente.

Distinções precisas entre pessoas e coisas simplesmente não existiam, pelo menos da maneira como nós as estruturamos. As origens dessa linha imprecisa remontam a uma concepção bastante diferente da ordem do mundo. A natureza era um universo mais homogêneo, um todo que se inter-relacionava, onde cada criatura — fosse ela animada ou não, inteligente ou bruta — tinha direitos ou obrigações em relação às outras. Esse modelo panteísta — comum a diversas culturas — era partilhado pelos gregos e romanos. No cristianismo, havia tão-somente um relato sobre um Deus Criador. A Criação transformou-se em um grande coro polifônico em que cada indivíduo entoava, a seu modo, uma oração a Deus. Mas como a Criação fosse um mundo ordenado, esses cantos particulares e as diferentes formas de busca da harmonia pautavam-se pela mesma hierarquia no tocante ao seu propósito final. Há uma passagem bíblica que expressa muito bem a equivalência das diferentes partículas do ser. Na última visita de Cristo a Jerusalém, os fariseus o recriminam por aceitar louvores de seus discípulos, e sua resposta evoca precisamente a unidade e a intercambiabilidade das criaturas: "Asseguro-vos que, se eles se calarem, as próprias pedras clamarão" (Lucas, 19, 40).

Uma sensibilidade legal mais moderna introduziu uma nova relação de intimidade entre lei, razão e arbítrio. Algumas décadas depois, Francisco Suarez diria que o conceito de direito só metaforicamente poderia ser aplicado a coisas inanimadas, numa crítica implícita aos juristas romanos e a Tomás de Aquino por sua adesão a uma concepção tão ampla de direito:

*Para Platão f...Jo "direito natural" se aplica a toda inclinação natural implantada nas coisas pelo seu Criador, graças à qual elas tendem individualmente aos atos e fins que lhes são próprios [...], e por isso ele deu o nome de direito natural à participação nesse princípio racional instilado em todas as criaturas, para que possam tender a seu fim determinado. São Tomás [...] disse inclusive que todas as coisas sob o governo da Divina Providência compartilham, de algum modo, da lei eterna, na medida em que derivam de sua eficácia e se inclinam em direção aos atos e fins que lhes são próprios. Os juristas, por sua vez, embora sustentem que a lei natural seja comum a outros seres vivos além do homem, dela excluem as coisas inanimadas, como está evidenciado nas Institutas e no Digesto.*

*Todavia — acrescenta ele, estreitando a antiga opinião comum sobre o alcance da lei natural —, deve-se atribuir o "direito" às coisas insensíveis, não em seu sentido estrito, mas apenas metaforicamente [...]. Nem mesmo os animais selvagens são capazes de (participar da) lei em sentido estrito, uma vez que não fazem uso da razão nem da liberdade; portanto, é somente como metáfora que a lei natural pode lhes ser conferida. Isto porque, embora difiram das coisas inanimadas neste particular, ou seja, não são guiados meramente pela força da natureza, mas também pelo conhecimento e pelo instinto natural, um instinto que é para eles uma espécie de lei; e embora a interpretação dos juristas possa, até certo ponto, ser respaldada; não obstante, rigorosamente falando, essa interpretação é metafórica e, em grande medida, dependente de analogia<sup>2</sup>.*

(2) Suarez, Francisco. *De legibus ac Deo legislatore*. Coimbra, 1613, I, 3.

Essa mudança drástica no conceito do direito não se deveu a um progresso da razão ou a um avanço da inteligência. Simplesmente, mudou o contexto teológico e antropológico do pensamento legal. A controvérsia dos universais havia estremecido o conceito de uma ordem sustentada por uma contingência interna, introduzindo o conceito oposto de energia individual e autônoma (*impetus*) como base para a organização dos elementos. Em outras palavras, começava a penetrar no mundo humano o império da vontade como fonte da ordem social. Também na teologia católica pós-Trento, em decorrência de um outro conjunto de fatores, o livre-arbítrio humano tornou-se um valor fundamental, assim como na polêmica teologia anti-reformista da salvação a questão central girava em torno da oposição entre a predestinação e o livre-arbítrio.

Portanto, o universo legalmente ativo tinha de se restringir à capacidade de desencadear voluntariamente ações racionais. Introduziu-se então uma distinção decisiva entre seres humanos e não-humanos. Os humanos tornaram-se claramente o centro da Criação e os únicos sujeitos da ordem legal. "Só os homens são passíveis de direitos e obrigações", declara enfaticamente o artigo primeiro do Código Civil português (1867). A unidade original da Criação despedaçou-se. Desde então, a personalidade legal tornou-se monopólio, e também especificidade, dos seres humanos. Com isso, a existência de seres humanos como coisas legais em breve se tornaria conceitualmente insustentável.

### **Substância e papéis — indivíduos e status**

De acordo com um advogado português, ao discutir o relacionamento legal entre a Coroa e a Casa dos Duques de Bragança — que ocupou a Casa Real Portuguesa do século XVII em diante —, diversas pessoas simbólicas podiam ser vistas no corpo físico do rei, "cada uma delas retendo e con-

servando sua natureza e qualidades, sendo consideradas obrigatoriamente distintas umas das outras"<sup>3</sup>. Esta é mais uma expressão do efeito da superposição de entidades simbólicas no mesmo corpo físico, tal como descrita por Kantorowicz<sup>4</sup>.

É preciso enfatizar que essa reverberação simbólica das entidades físicas humanas não era exclusividade da realeza. A sociedade — segundo a imaginação legal — era uma pletera infinita de pessoas, cada uma delas correspondendo a uma inserção particular de qualquer indivíduo no tecido social, ou seja, correspondendo cada qual a um *status*. Como escreveu Manuel Álvares Pegas, experiente advogado português de fins do século XVII, "não é novo e nem contrário aos termos da razão que um mesmo homem se valha de diferentes direitos sob diferentes aspectos"<sup>5</sup>. Ademais, esse desdobramento de personalidades tinha como paradigma teológico a Santíssima Trindade.

Todavia, a relação entre o *status* e o indivíduo era ambivalente. O *status* era capaz de explodir ou implodir os indivíduos. A desintegração do indivíduo ocorria quando o *status* representava atributos, condições ou posições do mesmo indivíduo (como pai, filho, profissional, natural de um reino). A implosão acontecia sempre que o *status* conferia uma identidade ao conjunto plural de indivíduos ("Pai e filho são uma e a mesma pessoa no que respeita à lei", escreveu Álvaro Valasco<sup>6</sup>). A força explosiva do *status* podia modificar até mesmo a própria natureza física da substância corpórea: uma filha que fosse herdeira (pelo assim chamado direito de representação) "tinha de se tornar" homem em lugar de seu pai para poder herdar os bens que só a um homem podiam ser concedidos (por exemplo, feudos).

Do ponto de vista legal, os indivíduos eram tão desprezíveis quanto era decisivo o *status*. A lei era um tipo de pintura impressionista em que a rígida mentalidade das coisas (ou pessoas físicas) era substituída pelos incontáveis reflexos a elas impostos pelas diferentes luzes da interação social. Portanto, as substâncias físicas tornaram-se simplesmente uma reverberação cromática. Os seres humanos eram atores que encarnavam diferentes papéis sociais. Enquanto nossa imaginação social e legal concentra-se nessa representação, a imaginação da Era Moderna concentrava-se na personagem. Assim, a definição de coisas e indivíduos tinha a ver com suas funções, e não com sua essência tomada isoladamente.

Essa prioridade da função sobre os agentes individuais explicava, por outro lado, o efeito implosivo do *status*. Os indivíduos com a mesma função eram agrupados em entidades transindividuais, como famílias, guildas e todo tipo de corporação. Assim, a sociedade era vista como uma congregação organizada de *status* (*società di ceti*, *Ständengesellschaft*, *société d'ordres*), e não como uma congregação de indivíduos. A idéia vem de Charles Loyseau, que a expõe de um modo muito plástico:

[...] por meio dessas múltiplas divisões e subdivisões, emerge de muitas ordens uma ordem geral, e de muitos estados um estado bem-ordena-

(3) Cf. Pegas, Manuel Álvares. *Commentaria ad ordinationes Regni Portugalliae*. Ulysipone, 1669.

(4) Kantorowicz, Ernst. *King's two bodies. A study in medieval political theology*. Princeton, 1957.

(5) Pegas, op. cit.

(6) Valasco, Álvaro. *Consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae*. Coimbra, 1730 [Ulysipone, 1588].

*do onde prevalecem uma harmonia, uma consonância, uma correspondência e uma inter-relação do mais alto ao mais baixo: de modo que, pela ordem, um número infinito resulta em unidade. Conforme estabelece o cânon [...], "a comunidade como um todo não pode subsistir por meio de uma razão nobre a menos que a grande ordem da diferença a preserve; pois todas as criaturas não podem ser governadas pela mesma e única qualidade. O modelo das hostes celestiais nos ensina isso: há anjos e arcanjos; portanto, claro está que não são iguais, pois diferem um do outro em poder e ordem hierárquica"*<sup>7</sup>.

(7) Loyseau, Charles. "Préface". *Traité des ordres et simples dignités*, 1610, 4.

Em meio a tal imagética social os indivíduos simplesmente sumiram, ou pela explosão de seus vários papéis sociais, ou por sua dissolução em uma função social transindividual.

### **Substância e usos: uma propriedade multiforme**

O mesmo conceito "relacionai" ou "anti-reificador" dominou a imaginação das coisas. Também as coisas estavam longe de ser vistas como objetos físicos bem-delimitados, dotados apenas de uma entidade única e de propriedades permanentes. Também aqui prevalecia a precompreensão de um universo harmônico, que abraçava os homens e as coisas com funções recíprocas. As coisas, de acordo com o Gênesis, foram criadas para o Homem, de modo que a função das coisas implica a idéia do "uso humano". Assim, mais do que objetos fisicamente identificáveis, as coisas eram dispositivos ou procedimentos por meio dos quais os desejos (*affectiones*) podiam ser satisfeitos — as coisas eram *utilidades*. "Coisa — termo utilizado na definição legal comum — é um nome genérico, que compreende os direitos, contratos e todas as obrigações"<sup>8</sup>. Considerando-se a evanescência e a mobilidade do objeto definido, até mesmo esse significado mais amplo era "uma definição perigosa porque, não obstante o fato de que a definição constitui tão-somente uma demonstração da substância da coisa definida, podem ocorrer aí inúmeras variações, de acordo com as circunstâncias dos eventos"<sup>9</sup>.

(8) Amaral, António Cardoso do. *Liber utilismus judicum*. Coimbra, 1740 [*Summa seu praxis judicum*. Ulysipone, 1610].

(9) Ibidem.

Na verdade, as coisas apareciam completamente desmaterializadas. Podiam existir sem o concurso de suporte material (como direitos reais ou virtuais, expectativas de direitos —*fundatae intentiones*— ou o direito dos herdeiros legítimos à herança de uma pessoa viva). Ou podiam partilhar do mesmo objeto material, como os diferentes direitos que incidiam sobre a mesma coisa (propriedade, posse, usufruto, reivindicações comunitárias, direitos fiscais etc). Este último significado conceituai explica por que os advogados da Idade Média não se preocupavam com o fato de que diversos *dominia* (ou direitos de propriedade) — a princípio sem limites e exclusivos — poderiam existir simultaneamente em uma mesma propriedade. De fato,

suas infinitas reivindicações podiam subsistir porque aplicavam-se a diferentes utilidades (e a coisas diferentes) do objeto físico comum subjacente.

Tudo isso significa que as coisas não preexistiam à ordem dos relacionamentos humanos. Ao contrário, elas foram criadas pelo fato de que essa ordem existia e lhes havia dado utilidades precisas.

## Ritos e emoções

O cerimonial era conhecido. Quando o rei da Espanha decidia promover um cortesão à categoria de "grande", ele convidava solenemente o nobre escolhido e, na presença da corte, cobria sua cabeça com um chapéu. Essa mudança do protocolo expressava os sentimentos reais de igualdade e de intimidade em relação a um vassalo específico. Daí por diante, a perspectiva externa de sua condição social — isto é, o fato de que um nobre usava um chapéu diante do rei — expressava em si mesma as entranhas emocionais de seu relacionamento. Este é um exemplo de uma idéia comum segundo a qual havia uma relação de necessidade entre as atitudes externas e as emoções.

Supunha-se que a vida emocional fosse dotada de uma arquitetura rígida. Os sentimentos e as emoções não dependiam do humor do indivíduo. Pelo contrário, consistiam em disposições internas, um tipo de fenda psicológica, conforme identificadas e avaliadas pelos teólogos morais. Um bom exemplo de tal mapeamento da "anatomia da alma"<sup>10</sup> é o conjunto de questões relativas ao amor e à amizade de Tomás de Aquino, em que diferentes espécies de afeições são tipificadas de forma muito rígida, bem como sua hierarquia, sentimentos correlatos e manifestações externas. Na verdade, a existência dessa *ordem natural de emoções* transformou as afeições em entidades objetivas com dimensões externas e organizadas.

Assim como a fé tinha de ser concretizada em obras, esperava-se que as emoções expressassem atitudes, disposições práticas e ritos fixos. Portanto, as afeições políticas (*affectus*) tinham uma lógica objetiva — não descartável — que limitava a vontade ou as paixões das pessoas e se exprimia por meio de atos tipificados (*effectus*). Desse modo, as afeições devidas deviam ser pagas mediante comportamentos externos, que obedeciam a padrões objetivos inscritos na natureza das coisas. Curvar-se ou levantar-se, beijar as mãos ou o rosto, tirar o chapéu ou colocá-lo eram manifestações corporais que permitiam inferir uma correspondência de manifestações interiores. Até mesmo os relacionamentos mais íntimos dispunham de regras severas de significado. A dramaturgia do amor íntimo, por exemplo, não dependia da criatividade do indivíduo e do êxtase emocional, mas da ordem natural das diferentes posições e práticas sexuais. O amor honrado, por exemplo, só podia se expressar por meio de uma dramaturgia vazada em uma formulação penetrante: "[*vir cum foemina*],

(10) Cf. Bergamo, Mario. *L'anatomia dell'anima. De François de Sales à Fénelon*. Bolonha: Il Mulino, 1991.

*recta position, recto vaso*" ("[homem com mulher], na posição correta, no 'vaso' certo"). Na verdade, o elo entre *effectus* e *affectus* era tão forte que o primeiro não podia subsistir sem o segundo. Mudança da atitude externa equivalia a uma mudança dos sentimentos internos.

A idéia de uma ordem natural das emoções e da contigüidade entre emoções e comportamento teve forte influência sobre o escopo do direito. Na medida em que os sentimentos eram naturalmente (e legalmente) devidos e necessariamente ligados a atitudes externas, os ritos e cerimônias não se limitavam simplesmente a uma questão de "estilo" ou de civilidade pessoal; eram também uma questão de respeito para com a ordem natural das coisas, ou seja, uma questão de "honra" ou "honestidade" (*honestas*), virtualmente garantida por reivindicações legais.

O direito, guardião da ordem, preocupava-se então profundamente com seu tema. A etiqueta e os modos pertenciam ao âmbito da lei e seu cumprimento era objeto próprio da ação legal. A precedência, a disposição corporal — assim como os atos de beijar, curvar-se, ajoelhar-se e até mesmo as relações sexuais — ou maneiras pessoais de se dirigir a alguém eram deveres legais e, com frequência, exigidos na Corte. Na prática legal contemporânea, o litígio em torno da precedência, da etiqueta e da cortesia era sinal de reverência.

Ao estabelecer regras para o comportamento externo, o direito também legislava sobre as disposições internas correspondentes. Isto significa que, a despeito de lidar com a alma mediante uma hermenêutica permanente de suas manifestações externas, o direito medieval e de princípios da Era Moderna considerava o mundo interno um domínio de sua propriedade. Nesse sentido, o direito medieval não era mais cego em relação às questões interiores do que o nosso. O formalismo ou o ritualismo legais não apontavam para a irrelevância da "alma", mas, ao contrário, revelavam a disposição do direito em identificar a alma com seus substitutos externos, ou sua confiança na possibilidade de governar a alma por meio da administração de suas dimensões corpóreas. Essas reivindicações do direito em face das dimensões mais íntimas tornavam nebulosas as fronteiras entre o direito e outras ordens normativas resultantes dos deveres emocionais, como o amor ou a gratidão.

Tal relação íntima entre a ordem legal e as exigências das afeições explica a contigüidade que os juristas modernos viam nos mecanismos disciplinadores do direito, da religião, amizade, gratidão etc. Sendo a Ordem, em sua origem, um ato de amor, e sendo as criaturas (inclusive os homens) naturalmente ligadas por afeições, o direito nada mais seria que um modo (muito embora imperfeito e de índole externa) de corrigir um ou outro déficit esporádico daquela solidariedade universal. Nesse sentido, os deveres religiosos — bem como aqueles que decorrem da amizade, de dívidas de gratidão, compensação de favores, dívidas de honra — são praticamente deveres legais (*quasi legales, antidorales*). São eles: a adoração a Deus e aos santos, a compensação de favores, a remuneração dos serviços benevolentes (como os prestados pelos vassalos), pagamento de



juros monetários, o exercício da caridade, a proteção dos amigos. É óbvio que no âmbito desse círculo estão compreendidos praticamente todos os deveres sociais que garantem a existência de uma sociedade bem-ordenada, de acordo com os ideais sociopolíticos da Europa dos primórdios dos tempos modernos<sup>11</sup>.

A ampla gama de deveres dos parentes no seio da família procede também dessa fonte de ordem emocional. Tomando um exemplo menos direto, podemos citar o jurista português Baptista Fragoso em uma passagem em que distingue entre o trabalho remunerado, devido — segundo o rigor da lei — em decorrência do salário pago, e o trabalho realizado pelas crianças dentro do lar sob a guarda dos pais:

*O filho que trabalha para o pai, estando sob seu patria potestas, não tem direito a salário. Se assim não fosse, não se poderia distingui-lo de um estranho, que não trabalha sem salário [...]. Isto se explica pelo fato de que não se pode admitir que um filho sirva seu pai em troca de salário; ele o faz por amor, pela obediência devida ao pai*<sup>12</sup>.

(11) Cf. Clavero, Bartolomé. *Antidora. Antropologia católica de la economía moderna*. Milão: Giuffrè, 1991; Hespânia, António Manuel. "Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce". In: *La grada del derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

(12) Fragoso, Baptista. *Regimen republicae chistianae*. Collonia, 1641.

## **livre-arbítrio e ordem social**

Desde o final do século XVII, a filosofia social e a teoria constitucional são dominadas pela hipótese da existência de uma base voluntária de sociabilidade e de instituições políticas, ou seja, pela hipótese de um contrato social. Até mesmo aqueles que buscaram uma fonte transcendental para a sociabilidade acabaram encontrando, de modo geral, o puro desejo divino para justificar a existência das regras e das instituições políticas.

Diferentemente disso, a teoria medieval e de princípios da Era Moderna não deu muita importância ao papel do livre-arbítrio (mesmo sendo vontade divina) na formação da interação humana. "A lei de Deus não está em Sua vontade, mas em Sua compreensão", escreveu Domingo de Soto. Também a lei humana não dependia do livre-arbítrio, e isso explicava por que "a doutrina legal não tem como fonte nem o edito do pretor, nem a Lei das Doze Tábuas, e sim as próprias entranhas da filosofia", ou por que "discutir as razões dos estatutos [enquanto leis positivas] revela mais ignorância sobre o direito do que ciência"<sup>13</sup>. Em suma, o direito e o arbítrio achavam-se unidos pela prudência:

(13) De Soto, op. cit.

*A luz não existe no arbítrio, que é cego, mas no entendimento [...], por meio do qual Platão afirma sabiamente que não se deve fingir ou tentar afirmar que tudo obedece ao arbítrio; pelo contrário, nosso arbítrio obedece ou à prudência ou à razão prática*<sup>14</sup>.

(14) Suarez, op. cit.

A plena justificação do princípio de que *"in iure stat ratio pro voluntas"* aparece um pouco depois:

*... no que diz respeito à lei enquanto existente em seu atributo humano, consiste ela inquestionavelmente em um ato mental, e requer para si tão-somente um julgamento intelectual; não é um ato de vontade, uma vez que, se é preciso um ato de vontade para a observância ou execução da lei, sua existência, contudo, não o requer. A lei precede o arbítrio do sujeito e a ele se impõe, ao passo que há necessidade de um ato do intelecto para que a lei possa, por seu intermédio, se colocar perante o arbítrio e contactá-lo diretamente; portanto, é preciso que haja um julgamento por parte da razão. É nesse sentido, com efeito, que a lei natural é normalmente referida como julgamento natural da razão humana, na medida em que tal lei exista no homem enquanto ser a ela sujeito. João Damasceno fala dessa mesma maneira [De fide orthodoxa]: "A lei de Deus, à medida que de nós se aproxima, iluminando nossas mentes, exerce sobre elas uma atração e desperta nossas consciências, as quais, segundo se crê, constituem a lei de nossas mentes. O mesmo se aplica, guardadas as devidas proporções, às leis positivas. Uma vez sancionadas, aplicavam-se a todos os indivíduos pelo julgamento da razão, na medida em que aquilo que não era necessário per se é julgado necessário graças à lei, de modo que esse ato de julgamento torna-se agora a lei (por assim dizer), conforme existente no próprio sujeito"<sup>15</sup>.*

(15) Ibidem.

Essa desvalorização do papel do livre-arbítrio na constituição da ordem política penetrou na imaginação legal e política dos primórdios da Era Moderna. No plano da teoria política, ela provocou uma consciência permanente do caráter natural (isto é, não-artificial) do governo e de sua limitação mediante princípios que escapavam ao *arbitrium* real.

*Embora alguns digam que seja sacrilégio discutir os poderes reais, uma vez que o desejo do rei constitui o princípio da lei, pode-se dar a essa afirmação uma resposta certa e segura. Na verdade, o que é criminoso e sacrílego é a afirmação de que não é permitido discutir os poderes reais. Este é o sinal da política sem Deus, edulcorada pela sugestão de que não há Deus nenhum. Assim, é um procedimento ímpio—semelhante ao preceito dos turcos—afirmar que o desejo real injusto, absoluto e irregular [arbitrário] tenha força de lei<sup>16</sup>.*

(16) Araújo, João Salgado de. *Carta que um cavallero biscaíno escrivió en discursos políticos y militares, la otra del Reyno de Navarra...* Lisboa, 1643, 15.

Portanto, o estatutário real tinha de ser iluminado pela razão legal (*ratio iuris*) — ou seja, pelo conhecimento das coisas humanas e divinas,

que era objeto de discussão da filosofia — para que se tornasse legalmente frutífero.

No plano da teoria legal, essa limitação do livre-arbítrio pela razão estava na origem de uma sensível suspeita em relação à lei estatutária, principalmente quando contradizia os princípios estabelecidos pela lei doutrinária comum (*contra tenorem iuris rationis*), ou apresentava exceções a ela<sup>17</sup>.

Instituições específicas também eram lançadas no mesmo molde antivoluntarista. A propriedade, por exemplo, não consistia naquele poder ilimitado sobre as coisas que caracteriza nossas concepções individualistas de posse desde o início do século XIX.

(17) Cf. Ulpiano. *O digesto de Justiniano*.

*Para que o conceito de propriedade se materialize— segundo Luis de Molina (1535-1600) —, basta que as coisas sejam utilizadas de acordo com a vontade do proprietário, contanto que não fuja ao que dele pede a natureza e permitem as leis divinas e humanas. Assim, uma pessoa é amo de seu escravo embora não lhe seja permitido matá-lo, ou é ainda dono de suas coisas embora não possa destruí-las*<sup>18</sup>.

(18) De Soto, op. cit., I, 18.

Os contratos também eram do domínio da escolha e do livre-arbítrio, como queria o direito liberal do século XIX. Aqui, o papel dos elementos voluntaristas é circunscrito por uma construção teórica sobre a causa dos contratos (*causa contractus*), que é frequentemente desconsiderada. Para os teóricos legais, a causa era o elemento que dava racionalidade ao desejo, o motivo subjacente sem o qual o cumprimento dos contratos não teria sentido ou consistiria em perigosa vantagem para a parte contrária. O jurista francês Domat afirmou, já no início do século XVIII, que "*tout engagement doit avoir une cause honnête*"(isto é, de acordo com a ordem das coisas). Outros autores preferiam uma construção dogmática diferente, centrada na idéia da natureza dos contratos ("Todo contrato tem uma natureza inerente", escreveu Mantica<sup>19</sup>). O *natura contractus* teria uma lógica objetiva em relação às promessas contratuais, conforme requerido pela natureza própria de cada tipo de inserção social, sendo parte da tradição.

(19) Apud Grossi, Paolo. "Sulla 'natura' del contratto". *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, nº 15, 1986.

Seja qual for a construção dogmática de que nos ocupemos, o peso dos elementos voluntaristas na imaginação do contrato era diminuto. O advogado Cardoso do Amaral resumiu com muita felicidade esse equilíbrio inesperado entre a vontade e a racionalidade objetiva social: "A obrigação é contratada pelas próprias coisas, por meio de palavras ou por escrito [...] e às vezes também pelo mero assentimento" (*aliquando tamen obligatur quis solo consensu*)<sup>20</sup>. No dizer de um dos principais historiadores legais da Itália, para essa visão naturalista "o homem desapareceu, absorvido pela *rerum natura* [natureza das coisas], repleta de energia vital"<sup>21</sup>.

(20) Amaral, op. cit.

(21) Grossi, op. cit.

Essa concepção não-consensual dos contratos sofreu algumas limitações com a condenação da mentira prescrita pela lei canônica ("O que pro-

feriram os teus lábios, isso guardarás", Deut., 23,23). Mas até o triunfo (moderado) do individualismo na filosofia social em meados do século XVIII a irrelevância do livre-arbítrio na imaginação da interação social seria preservada.

Uma das conseqüências mais conhecidas da idéia do caráter relutante dos laços sociais era o regime severo de casamento, em que a vontade ficava praticamente desamparada durante a construção do relacionamento matrimonial. Mais surpreendente ainda é a forma como Cardoso do Amaral enfatiza o fato de que os laços naturais de amizade e de gratidão podem, por si mesmos, gerar obrigações. Portanto, não haveria obrigações "que não resultassem senão do instinto da natureza, em decorrência de serviços e benefícios, de tal forma que nos sentimos naturalmente inclinados a beneficiar aqueles que nos beneficiam"<sup>22</sup>. O objetivo mais amplo do *scholium* de Amaral (ademais comum) é compreensível se levarmos em conta a dimensão que o "serviço", a "graça", a "misericórdia" e a "caridade" tinham na estrutura da interação humana nos primórdios da sociedade européia moderna.

(22) Amaral, op. cit.

O princípio de que a natureza (humana) gerava obrigações mecanicamente compreendia também os deveres decorrentes de virtudes morais, como a "liberalidade", a "amizade", "caridade" ou "magnanimidade". Os amigos contraíam mutuamente "graças" e "favores"; as pessoas poderosas deviam "proteção" às pessoas humildes (amizade, liberalidade); os ricos deviam esmolas aos pobres (caridade); magnatas (como o rei), em vista do alto posto que ocupavam na hierarquia, eram devedores de todos estes em grau máximo (magnanimidade).

O caso da usura é notável, por exemplo, no sentido da habilidade monogenética da natureza, mesmo contrariando a Revelação. Na verdade, vários textos da Bíblia condenavam a usura, assim como a rigorosa lei canônica. Todavia, a natureza apontava em outra direção. Quem quer que tomasse dinheiro emprestado de outro ficava obrigado a ser grato a quem lhe havia prestado o serviço de emprestá-lo. A gratidão deu lugar a uma obrigação, e os juros nada mais eram do que o devido cumprimento de uma obrigação gerada pela natureza<sup>23</sup>. Essa vinculação induzida pela natureza prevalecia até mesmo sobre a interdição rigorosa da usura conforme ordenação da vontade revelada de Deus<sup>24</sup>.

(23) Cf. Aquino. *Suma Teológica*.

(24) Cf. Clavero, op. cit.

## Doutrina legal como fonte de antropologia histórica do Antigo Regime

Os poucos exemplos dados acima nos remetem a algumas conclusões fundamentais no tocante *i)* às relações entre lei e cultura, bem como *ii)* aos papéis que a história legal pode desempenhar no contexto das disciplinas históricas e legais. Vamos começar com o primeiro ponto.

A primeira conclusão é a de que as instituições legais podem ser objeto de uma hermenêutica cultural que conduz ao desvelamento de algumas

poucas categorias que organizam a percepção da sociedade e orientam a avaliação da equidade e da justiça. Essas categorias não são inorgânicas: combinam-se em uma interpretação global e harmônica da realidade. Os principais elementos constituintes desse modelo (ou paradigma) são conceitos (imagens ou representações) ou oposições conceituais, tais como ordem (*versus* confusão), natureza (*versus* artefato), razão (*versus* livre-arbítrio) essência ou interioridade (*versus* aparência). Esse paradigma se efetiva em uma miríade de manifestações concretas de desempenhos legais ou institucionais, de tal forma que sintetiza o todo institucional da cultura medieval e de princípios da Era Moderna, tornando-a familiar e previsível em todos os seus detalhes.

A segunda conclusão é que tal paradigma está tão profundamente arraigado que acaba transbordando para um amplo conjunto de discursos normativos, como a teologia moral, a ética, a economia (em seu antigo sentido de *oikonomia*, ou administração do lar) e a política. Ao mesmo tempo, todas essas disciplinas mergulham profundamente no sentido comum e no comportamento da vida cotidiana. Isto explica o anacronismo que consiste em aplicar a organização contemporânea do conhecimento (*arbor scientiarum*) a esse discurso totalmente normativo, em que a lei está inextricavelmente ligada à teologia e à ética. Explica-se também assim a migração permanente e penetrante de conceitos e modelos de argumentação e justificativa de um campo literário para o outro. E, finalmente, ficam esclarecidos os motivos da continuidade entre essa literatura erudita e as práticas diárias.

A terceira conclusão lida com os pressupostos normalmente implícitos de juristas e advogados acerca da natureza dos paradigmas subjacentes à lei. Pelo menos desde a Escola Histórica Alemã os juristas têm conhecimento da existência de um sistema coerente de valores por trás de todas as proposições e regras legais. Todavia, exceto pela primeira geração, eles continuam a julgar que esses paradigmas resultam de um raciocínio legal eterno, e não de universos de crenças esculpidos pela cultura. Ou seja, no que se refere à lei romana ou à grande tradição do *ius commune* continental, supunha-se que as categorias legais "racionais" modernas já estavam presentes, embora de forma ainda embrionária. A tradição legal do Ocidente seria um *continuum* inabalável, em que a razão se desenvolvia progressivamente e sem romper seu monótono sistema conceitual.

Portanto, enfatizar a descontinuidade e a ruptura não é uma atitude teórica trivial entre os juristas, e nem mesmo entre historiadores legais. Na verdade, a permanência dos conceitos legais é um postulado básico do pensamento legal do Ocidente desde o Iluminismo, quando o racionalismo criou a utopia de um sistema legal baseado em axiomas racionais desenvolvidos com o apoio da matemática.

Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) e Jeremy Bentham (1748-1832) são dois dos principais representantes dessa corrente de juristas que concebiam o raciocínio legal e a descoberta de soluções legais (*Rechtsfindung*) como uma forma de *calculus*, embora específico. O formalismo neokantiano enfatizava a tendência que assimilava a doutrina legal à ciên-

cia formal à parte de qualquer contexto cultural ou social. O último passo dessa tendência foi dado pela teoria pura da lei (Hans Kelsen, 1897-1955), ao medir a cientificidade do discurso legal por sua capacidade de alienar (purificar) todas as demais considerações, exceto o rigor formal.

Até mesmo o historicismo e o sociologismo caíram com frequência nesse essencialismo culturalista. Na verdade, mesmo quando as raízes sociais das instituições legais ou das doutrinas legais estavam sob escrutínio, o modelo adotado considerava que todos os grupos sociais, no presente e no passado, partilhavam dos mesmos modelos básicos de representação da realidade ou dos interesses. O conflito social ou a emulação social na história sempre foram representados como se seus atores fossem europeus contemporâneos vivendo em cidades. Para eles, a riqueza seria mais importante do que a honra; a afirmação individual, mais decisiva do que a realização de um papel natural preestabelecido; o progresso, mais desejável do que a estabilidade; os direitos, mais impositivos do que os deveres; os indivíduos, mais visíveis do que as comunidades; as obrigações legais formais, mais severas do que os limites naturais necessários (*praeter-intencional*). Esse contexto contemporâneo de comportamento forma um tipo de razão prática natural que pode ser transportado para qualquer situação humana, ou considerado a base para a pesquisa da justiça política (como na teoria da justiça processual de John Rawls).

A consciência antropológica atual deu à historiografia, mais exatamente à historiografia legal, uma nova sensibilidade à ruptura cultural e à diferença histórica, liberando a gramática autônoma de cada uma das diferentes culturas institucionais européias do passado. Essa liberação da diferença é detentora de dois créditos principais. Um, no plano legal; o outro, em sua dimensão histórica.

No plano da teoria do direito, a recuperação da percepção da diferença histórica constituiu um fato de grande importância na recuperação da percepção de localidade dos valores legais do Ocidente. Hoje, a consciência legal européia defronta-se com a incapacidade de exportar tecnologias legais do Ocidente ou com a reticente importação destas por outras culturas. Em um mundo que tende vertiginosamente para a integração, a colisão do universalismo legal com a correspondente consciência de localidade da lei coloca o problema vital da reconstrução de uma teoria geral do direito capaz de atuar, liberada do cronocentrismo e do etnocentrismo, a favor do pluralismo.

No que se refere à dimensão histórica, a percepção da diferença permite a recriação bem-sucedida de ambientes culturais já extintos. A cultura legal da Idade Média e de princípios da Era Moderna é um exemplo. Nela percebe-se um universo coerente de imagens, crenças e valores que dá sentido a milhões de decisões concretas da vida cotidiana. Esses atos, hoje emudecidos e sem vestígios, não podem mais ser testemunhados. Por outro lado, temos ainda o *corpus* impositivo da tradição erudita do direito, que atuava na mesma estrutura cultural e implementou diversos dispositivos discursivos que permitiram o trânsito contínuo entre o senso comum e

a cultura erudita. Um deles era a abertura permanente da doutrina legal para a vida cotidiana ou para os valores sociais estabelecidos por meio de conceitos ou tópicos como *equitas* (equidade), *bonum* ou *rectum* (por exemplo, *bonus paterfamilias*, pessoa comum; *recta ratio*, razão comum), *natura rerum* (natureza das coisas), *id quod plerumque accidit* (normalidade estatística), enraizamento (por exemplo, *iura radicata*, expectativas sociais enraizadas — no tempo ou na tradição) e assim por diante. Outro dispositivo era o papel da *topica* como a arte que visava alcançar a concordância na descoberta de soluções doutrinárias legais.

Uma última palavra para finalizar, e que poderá nos dar a resposta a uma pergunta comum acerca das potencialidades que tem a literatura doutrinária legal de se tornar fonte da história cultural e intelectual.

Não obstante os últimos avanços no que respeita à reconstrução de uma teoria sobre o direito na vida cotidiana<sup>25</sup>, a doutrina legal corrente (máxime a doutrina continental européia) é um tanto impermeável ao senso comum e aos sentimentos de justiça social. Em certos domínios em que a adesão aos valores de equidade do senso comum é crucial existem alguns dispositivos discursivos que asseguram a existência de um sistema conceitual legal aberto à vida cotidiana. É o caso de cláusulas gerais ou de conceitos abertos como "boa-fé" (em assuntos contratuais), "critério ou arbitragem prudente" (em adjudicação judicial), "homem sábio" (em administração patrimonial). Todavia, de modo geral, os conceitos legais são muito rígidos e auto-referentes.

Diferentemente disso, a referência ao mundo dos valores e avaliações enraizados no senso comum era permanente na doutrina legal *do ius commune*. As soluções legais eruditas eram continuamente justificadas pelo fato de que eram aceitas pela gente comum: porque há muito eram utilizadas (*usus receptae*), porque estavam enraizadas em práticas sociais (*radicatae, praescriptae*), porque atendiam à ordem das coisas ou à ordem moral como eram comumente percebidas (*honestae, bonnae et aequae*). Mesmo a estrutura das fontes legais do direito — conforme reconhecidas pela doutrina — dava vazão a essa percepção espontânea da equidade. Em primeiro lugar vinham o costume (*consuetudo*), a doutrina recebida (*opinio communis*) e a prática judicial (*stylus curiae, praxis*).

Além disso, esse escrutínio permanente do senso comum foi completado pelas técnicas de tomada de decisão. Em vez de chegar a uma solução com base em um rígido padrão doutrinário, os juristas a alcançaram em dois outros momentos. Em primeiro lugar (*inventio iuris, ars inveniendi*), pesquisando e coletando pontos de vista comuns significativos (*loca communia, topoi*). Em segundo lugar, confrontando-os de acordo com seu impacto casuístico sobre o senso comum (*iudicium, ars iudicandi*). O senso comum estava então no começo e no fim do processo de tomada de decisão. Era ele que indicava o conjunto para os critérios de decisão (*topoi*), bem como os metacritérios para sua hierarquização em cada caso.

Todavia, as relações entre a doutrina erudita e o senso comum não terminavam com a decisão. Uma vez tomada, a decisão — esse produto de

(25) Cf. Sarat, Austin. *Law in everyday life*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1996.

uma razão douda — acabava se transformando em um osso a mais no esqueleto moral da vida cotidiana, formado pelo "direito recebido ou praticado" (*ius receptum vel praticatum*). Na verdade, os casos decididos integrarão o horizonte dos padrões morais e das expectativas sociais da comunidade. Contudo, o processo de reelaboração doutrinária do sentido social de equidade prosseguia. Ao trabalhar nessa *acquis* prática e decisória, os juristas destilavam *regula*, *brocarda*, frases curtas ou epigramas que concentravam a sabedoria legal prática e podiam ser facilmente disseminados e assimilados pelos leigos. Conceitos eruditos estruturados pelo senso comum voltavam à vida cotidiana, tornando-se estruturantes. O discurso retornava à vida, vindo de seu efêmero refúgio nos livros.

Recebido para publicação em 21 de fevereiro de 2001.

António Manuel Hespanha é professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e, atualmente, professor visitante do Departamento de História da Universidade de Yale.

---

Novos Estudos  
CEBRAP

N.º 59, março 2001  
pp. 137-152

---