REVISTA DE HISTÓRIA DO DIREITO E DO PENSAMENTO POLÍTICO

NÚMERO *1* | *2010*

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito
Instituto de História do Direito e do Pensamento Político

A presente publicação é editada *online* pelo Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.

This journal is published online by the Institute for Legal and Political Thought History of the Faculty of Law, University of Lisbon, Portugal.

www.fd.ul.pt

Director: António Pedro Barbas Homem
pedrobarbashomem@fd.ul.pt

Secretariado:
Jorge Santos – jorgesilvasantos@fd.ul.pt
Margarida Seixas – margaridaseixas@fd.ul.pt
Miguel Romão - miguelromao@fd.ul.pt

Instituto de História do Direito e do Pensamento Político
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-016 Lisboa, Portugal

ISSN 1647-7529

ÍNDICE

ARTIGOS

ANA ISABEL BARCELÓ CALDEIRA FOUTO [p. 7]

- *Dos que fazem treiçom, ou aleive contra ElRei, ou seu Estado Real.* A Transformação do Conceito de Traição Medieval no Contexto da Recepção do Direito Justinianeu e a Construção do Conceito Moderno de Traição

ANDRÉ DE VASCONCELOS DIAS [p. 61]

- História das idéias republicanas: a releitura "neo romana"

SARA MARIA DE ANDRADE SILVA [p. 123]

- Idéias e ideologias na formação do Estado de Direito: a influência do Liberalismo na modelagem dos Estados pós-revolucionários

JOSÉ ALEXANDRE DA CRUZ SOARES [p. 177]

- Contributo para o estudo da evolução da oposição ao terrorismo internacional após a II Guerra Mundial

NADILSON PORTILHO GOMES [p. 237]

- Direito e religião no Brasil

LEITURAS

ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM [p. 306]

- Apresentação do livro *Direito e Literatura. Mundos em Diálogo*

ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM [p. *311*]

- Apresentação do livro *Ordens e Congregações Religiosas no Contexto da I República*

ISABEL BANOND [p. *316*]

- Bartolomé Clavero, *Manual de Historia Constitucional de España*

SÍLVIA ALVES [p. *319*]

- M.ª Teresa Bouzada Gil, *La vía de fuerza. La práctica en la Real Audiencia del Reino de Galicia. Siglos XVII-XVIII*

GONÇALO SAMPAIO E MELLO [p. *321*]

- Pedro Soares Martinez, *Filosofia do Direito*

PEDRO CARIDADE DE FREITAS [p. *327*]

- Slim Laghmani, *Histoire du droit des gens. Du jus gentium imperial au jus publicum europaem*

ISABEL GRAES [p. *330*]

Maria de Fátima Bonifácio, *Monarquia Constitucional (1807-1910)*

MIGUEL LOPES ROMÃO [p. *333*]

- Luís Bigotte Chorão, *A crise da República e a Ditadura Militar*

TRABALHOS DE ALUNOS DO 1.º CICLO

DIOGO GERALDES [p. *335*]

- Relação da Igreja Católica e Portugal no Pós 25 de Abril - Paradigma Fiscal no quadro comparativo das demais confissões religiosas

VÁRIA

ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM [p. 375]

- Intervenção no Seminário *Laicidade – Uma reflexão universitária*, organizado pelo Prof. Jorge Miranda, Lisboa, 14 de Abril de 2010

EDITORIAL

É este o primeiro número da Revista de História do Direito e do Pensamento Político, publicação virtual do grupo de Ciências Histórico-Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do seu Instituto de História do Direito e do Pensamento Político.

A direcção da Revista cabe ao professor que no ano em causa detenha a presidência do Instituto. Todos os outros professores, bem como alguns docentes estrangeiros convidados, integram o conselho editorial desta nova publicação.

Pretende-se com a Revista de História do Direito e do Pensamento Político dar um significativo avanço no conhecimento jurídico-histórico, publicando apenas investigações que efectivamente contribuam para o progresso do conhecimento científico no domínio da história do direito e do pensamento político.

Para este efeito e antes da sua publicação, todas os artigos são submetidos a uma leitura crítica por parte de um painel de avaliadores, desconhecidos dos autores, cujo parecer é vinculativo.

Pretende-se ainda que esta Revista seja uma ponte e elo de ligação entre investigadores de língua portuguesa, trazendo notícias, revelando projectos de investigação, recenseando publicações científicas.

Hoje em dia a Internet é um recurso formidável para todos os investigadores; é igualmente uma ferramenta indispensável para o estudioso da História do Direito e do Pensamento Político. O início de publicação da Revista de História do Direito e do Pensamento Político, são os meus votos, permitirá agora dar maior projecção às investigações neste domínio científico, demonstrando o seu enraizamento no presente e a sua necessidade para a compreensão da actualidade.

António Pedro Barbas Homem

Director

Dos que fazem treiçom, ou aleive contra ElRei, ou seu Estado Real. A Transformação do Conceito de Traição Medieval no Contexto da Recepção do Direito Justinianeu e a Construção do Conceito Moderno de Traição[1]

Ana Isabel Barceló Caldeira Fouto[2]

Resumo

Pretende-se com este estudo analisar o regime jurídico do crime de traição inscrito no Livro V das Ordenações Afonsinas através da identificação e compreensão das suas fontes directas e indirectas. Esta análise permite determinar a dinâmica subjacente ao processo de transformação do crime de traição, como exemplo da renovação do direito pátrio no contexto da recepção do direito romano justinianeu e demonstrar como este direito serviu uma configuração moderna do poder político.

Abstract

It is our intention, in this essay, to analyze the juridical regime of the crime of treason as it is established in book V of the Ordenações Afonsinas, through the identification and comprehension of its direct and indirect sources. This analysis allows determining the process of transformation of the crime of treason as an example of the renovation of national law in the context of the reception of Roman law and how this law served the consolidation of modern political power.

---

[1] O texto que agora se publica corresponde ao relatório apresentado no seminário de Mestrado de História do Direito Português, no ano lectivo de 2004/2005, tendo-se optado por introduzir apenas algumas alterações formais e actualizações de bibliografia. Ao Senhor Professor Doutor José Artur Duarte Nogueira, que leccionou a cadeira, fica o agradecimento sincero pelo ensino então ministrado e pela atenção que sempre dispensou aos nossos trabalhos.

[2] Ana Fouto é Assistente Convidada da Faculdade de Direito de Lisboa, do Grupo de Ciências Histórico-Jurídicas, desde o ano lectivo de 2008/2009. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa em 2004, foi Monitora da mesma Faculdade no ano lectivo de 2007/2008. Obteve o grau de Mestre em Ciências Histórico-Jurídicas em 2008, com a tese "Da legitimidade do conceito de legítima defesa preventiva no quadro da teorização da guerra justa". É Advogada desde 2006. anafouto@yahoo.com

Sumário

Introdução
1. O título II do Livro V das Ordenações Afonsinas
   1.1. Das Ordenações Afonsinas em geral
      1.1.1. Estrutura das Ordenações Afonsinas
   1.2. Do título II do Livro V das Ordenações Afonsinas
      1.2.1. Estrutura interna
      1.2.2. A lei de D. Afonso II
      1.2.3. O texto das Ordenações Afonsinas
2. A lesa-majestade no Direito Romano
   2.1. *Perduellio*, *proditio*, *crimen maiestatis*
      2.1.1. *Perduellio*
      2.1.2. *Proditio*
      2.1.3. *Crimen maiestatis*
   2.2. Crimes de moeda falsa e violação de selos
3. A traição no Direito Visigótico
   3.1. Análise das fontes: os concílios visigóticos e legislação régia
   3.2. A fundamentação do crime de traição: a *fidelidade*
4. Traição e aleivosia no direito penal medieval
   4.1. Etimologia
   4.2. Tratamento jurídico-penal da *traição e aleivosia*
      4.2.1. Definição
      4.2.2. As penas
   4.3. A traição ao rei em especial
      4.3.1. A *fidelidade* como fundamento
   4.4. A crise da relação pessoal de *fidelidade*
5. A recepção do direito justinianeu e a redefinição da teorização do poder
   5.1. A equiparação da traição à lesa-majestade
   5.2. A recondução de antigos tipos de traição a meras agravantes
6. O regime penal do crime de lesa-majestade nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas
Conclusões

Introdução

O estudo do crime de traição a partir da sua regulação nas Ordenações Afonsinas permite-nos identificar uma multiplicidade de concepções distintas não só sobre o crime em si, mas também sobre a relação do súbdito com o monarca.

A localização cronológica das primeiras Ordenações determina, desde logo, um objecto promissor. De facto, a natureza

reformadora (e já não meramente compilatória) de todo um acervo legislativo que tem início nos alvores da monarquia portuguesa, por um lado, e a intenção organizativa de uma monarquia que se refundara nos primórdios da idade moderna, por outro, fazem manifestar no texto da lei ecos de diferentes regimes jurídicos, de diferentes concepções do poder.

A análise que nos propomos desenvolver parte da verificação de uma dualidade de âmbitos que ainda se deixa manifestar na identificação do crime no texto das Ordenações, mas que se esbate progressivamente no tratamento unitário e estritamente limitado à relação entre súbdito e monarca.

O facto de se encontrar nas Ordenações um título autónomo relativo ao crime de traição contra o rei, mas já não quanto a outras formas de traição – e eram muitas, no tratamento penal medieval – é, em si, um elemento revelador.

Por um lado, o crime compreendia ainda outras situações, e por isso mesmo o título refere expressamente que se trata de traição contra o rei, e não traição *tout court*, como seria de esperar se fosse esse o único âmbito do crime de traição.

Por outro lado, o crime de traição contra o monarca merece um tratamento autónomo privilegiado na definição de um regime penal que vai muito mais além daquele que é o regime da lei de D. Afonso II, com a qual se inicia o título II do Livro V das Ordenações Afonsinas.

Pretende-se analisar, em primeiro lugar, a estrutura do texto do título II do Livro V das Ordenações Afonsinas, porque a identificação e compreensão das suas fontes directas e indirectas permitem detectar a dinâmica subjacente ao processo de transformação do crime de traição.

A identificação daquelas fontes possibilita a investigação das disposições mais remotas relativas ao crime de traição e assim compreender a origem das linhas conceptuais em confronto neste processo transformativo. Porque é esse o tópico principal deste trabalho: o crime de traição foi sofrendo uma redução conceptual à medida que o poder político se estratificava e caminhava para a sua configuração moderna.

O valor jurídico fundamental para a compreensão da construção e evolução deste crime é o de *fidelidade*. É essa a ideia fundamental nas fontes anteriores, das mais remotas – como sucede com o largo manancial proporcionado pelos concílios visigóticos – às mais próximas (não apenas cronológica, mas também conceptualmente) das Ordenações Afonsinas – como sucede no caso das Partidas.

Traçar em breves páginas os caminhos jurídico-penais e políticos que determinaram a configuração de um crime que se manteve, na letra das Ordenações Afonsinas, até ao século XIX e que manteve a concepção moderna que se vê afirmar naquelas Ordenações é o propósito deste relatório, que se espera servir, de alguma forma, de modesto contributo para o estudo deste crime em especial e da evolução das concepções jurídico-políticas do poder em geral.

1. O título II do Livro V das Ordenações Afonsinas

1.1. Das Ordenações Afonsinas em geral

A dispersão das fontes do direito português no início do século XV fez sentir, desde cedo, aos monarcas da dinastia de Aviz a necessidade de uniformizar o direito aplicável no espaço nacional. A pluralidade de ordenamentos – direito interno, direito romano, direito canónico – assim como a disseminação da legislação medieval revelavam-se factores de insegurança jurídica – invocada no proémio das Ordenações Afonsinas[3] – o que levou a que, logo no reinado de D. João I, se manifestasse a intenção de sistematizar as fontes do direito[4]. A nomeação de João Mendes para que procedesse à reforma dita o início do processo de elaboração das Ordenações Afonsinas, que viriam a ser concluídas por Rui Fernandes ainda sob a regência do infante D. Pedro.

---

[3] *Ordenações Afonsinas*, I: *No tempo que o Mui Alto, e Mui Eixcellente Orincepy ElRey Dom Joham da Gloriosa memoria pela graça de DEOS regnou em estes Regnos, foi requerido algumas vezes em Cortes pelos Fidalgos, e Povoos dos ditos Regno, que por boõ regimento delles mandasse proveer as Leyx , e Hordenaçooẽs feitas pelos Reyx, que ante elle forom, e acharia, que pela multiplicaçom dellas se recreciaõ continuadamente muitas duvidas, e contendas em tal guisa, que os Julgadores dos feitos eraõ postos em taõ grande trabalho, que gravemente, e com gram dificuladade os podiaõ direitamente desembargar*…

[4] Assim, em carta datada de 18 de Abril de 1426, D. João I, dirigindo-se ao concelho de Lisboa, declarava a intenção de que *os feitos de nossos Reignos fossem desembargados por huũ termo soo O qual foy outorizado pella força das leix do codigo, e decraradas e outorizadas pellas entençõees fianaaes das grossas de sua final entẽçom dacursio que sobrello escrepveo, ora fosse per huũ a grossa ou per duas ou per tres ou mais segundo he escripto, nos liuros. E esto quissemos que as conclussões de bartallo, que de sobellas leix do código ffez, que estas sejam autẽticadas, Ca esta he nossa Vontade de os feitos nom seerem desenbargados senõ per huũ a entẽçom e openyõ*…; pretendia ainda o monarca que se procedesse à tradução e interpretação das *leix* e *grossas e Leitura de bartallo*, por forma a que houvesse *huũ a decraração em cadahuũ a ley e na grossa e no bartallo que de sobrello he escripto pella qual mandamos aos nossos desembargadores que por aquella decraraçom façam liurar os feitos e dar as sentenças agora per os feitos que perdante elles correrẽ*…; reproduzida em Nuno Espinosa GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, 1991, p. 240.

Este não foi, todavia, um processo desacompanhado. Atribuídos ao reinado de D. Duarte, encontram-se o *Livro das Leis e Posturas* e as *Ordenações de D. Duarte*, obras de natureza compilatória, que teriam, por hipótese, servido de trabalhos preparatórios das Ordenações Afonsinas[5].

As Ordenações apresentam, relativamente àquelas duas obras, uma diferença essencial: embora não se possa equiparar à codificação contemporânea, é notória a intenção de consolidar e reformar o direito vigente, suprindo dúvidas quanto à interpretação e aplicação das normas, não se tratando já de uma mera compilação de leis[6].

Tal intenção é particularmente visível no título II, do livro V, como nos propomos demonstrar.

As Ordenações encontram-se divididas em cinco livros[7], por sua vez divididos em títulos, e estes por parágrafos.

Cada livro compreende a regulação de uma matéria em especial. Assim,

o Livro I, dividido em 72 títulos, integra os regimentos dos cargos públicos;

o Livro II, que compreende 123 títulos, é dedicado à estrutura social do reino, nele se tratando da Igreja, da nobreza, dos direitos do rei, do fisco, dos judeus e dos mouros;

o Livro III, com 128 títulos, respeita ao processo civil;

o Livro IV, integrando 112 títulos, regula matérias de direito civil;

o Livro V, com 121 títulos, trata matérias de direito penal e de direito processual penal.

De referir ainda que o método seguido não é uniforme. Desta forma, o livro I, e na medida em que apenas 7 dos seus 72 títulos reproduzem legislação anterior, apresenta um estilo decretório, enquanto os restantes livros, nos quais se procede à transcrição de leis cuja vigência se clarifica, o método é compilatório[8].

---

[5] Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. II, Lisboa, 1983, pp. 31-32; Marcello CAETANO, *História do Direito Português*, Verbo, Lisboa – S. Paulo, 1992, p. 532.

[6] Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, vol., II, cit., p. 31; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, em nota de apresentação às *Ordenações Afonsinas*, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, p. 7; António Pedro BARBAS HOMEM, *A Lei da Liberdade*, vol. I, Principia, Cascais, 2001, p. 71.

[7] Divisão que acompanha a estrutura das *Decretais*, de Gregório IX.

[8] António Pedro BARBAS HOMEM, cit., p. 72.

1.2. Do título II do Livro V das Ordenações Afonsinas em especial

Dos que fazem treiçom, ou aleive contra ElRei, ou seu Estado Real

1.2.1. Estrutura interna

Propomos para começo de análise a identificação dos vários elementos que integram este título das Ordenações Afonsinas. Não apenas dos elementos formais ou estruturais do corpo normativo, mas também dos elementos substantivos que formam o texto em si.

De facto, para além de uma introdução de carácter justificativo, de uma factispécie que se alonga por vários parágrafos, de uma estatuição que se encontra dispersa de forma aparentemente assistemática, mas sempre com uma forte preocupação explicativa relativamente ao regime anterior, e de um parágrafo reservado a disposições de ordem processual, encontram-se igualmente referências frequentes a fontes que nem sempre são identificadas.

Atendendo aos elementos estruturais do título II, temos, em primeiro plano, uma passagem de carácter introdutório que se estende do parágrafo 1 ao parágrafo 4, *inclusive*, e que se apoia em elementos históricos e morais.

Os primeiros dois parágrafos são ocupados com a transcrição integral de uma das leis de D. Afonso II, datada de 1211, relativa a um aspecto específico do regime punitivo dos *alleivosos, e treedores*.

É este o ponto de partida da disposição afonsina, que se desenvolve com propósitos apenas aparentemente explicativos daquele regime, mas que, como teremos mais tarde oportunidade de demonstrar, não se limitou a tal.

Já no texto que se estende de parágrafos 3 a 5 se faz a apologia da justificação moral do regime sancionatório que em seguida se decreta, de acordo com a tradição peninsular da lei justa, em detrimento da concepção da lei como mero instrumento de uma vontade régia ilimitada[9].

Quanto à factispécie da norma, desde logo há que referir a sua extensão. De parágrafos 5 a 11 e de parágrafos 15 a 20, são enunciados de forma exaustiva os casos passíveis de serem qualificados com lesa-majestade, distinguindo-se os primeiros como casos de lesa-majestade de primeira cabeça e os últimos como exemplos de lesa-majestade de segunda cabeça, com naturais consequências quanto as respectivos regimes sancionatórios.

[9] António Pedro BARBAS HOMEM, cit., p. 75.

Estes encontram-se, também eles, dispersos por vários parágrafos. Assim, nos parágrafos 12, 27 e 29 estatui-se o regime dos crimes de lesa-majestade dita de primeira cabeça; no parágrafo 21, o dos crimes de lesa-majestade de segunda cabeça; no parágrafo 28 esclarece-se um aspecto específico, mas respeitante a todos os casos de lesa-majestade, da sucessão da mulher do traidor; também os parágrafos 30 a 34 respeitam a todos os casos de lesa-majestade, estabelecendo-se neles regras específicas para os casos em que o condenado houvesse bens de morgado, feudo ou foro.

Trecho de especial relevância é o dos parágrafos 22 a 26. Nestes referem-se os casos que não deveriam mais ser tratados como traição, mas que passariam a consubstanciar apenas circunstâncias agravantes. Trata-se de uma disposição fundamental para a apreensão do significado que este título tem na alteração do conceito de traição e a que em momento posterior dedicaremos maior atenção.

Analisados em breves linhas os elementos estruturais do título, passaremos de seguida ao levantamento dos elementos substantivos que o integram e que permitem detectar as várias concepções do crime que afloram no texto. Tais elementos são trazidos para o texto por fontes constantemente citadas ou transcritas em diversos momentos, servindo distintas funcionalidades.

Assim, para além da lei de D. Afonso II, citada no início do título e da qual parte todo o regime estabelecido, e das constantes remissões genéricas para o Direito Imperial, há uma importante fonte – as *Partidas* – permanentemente usada, mas não identificada, que serve de base, por vezes integral, quer à introdução, quer aos elementos da factispécie, quer às consequências penais estatuídas, e que permite descortinar o processo subjacente às diversas soluções estatuídas neste título das Ordenações Afonsinas.

1.2.2. A lei de D. Afonso II

Dos alleivosos, e treedores estabelecemos, que se per ventura per sua maldade forem mortos, ou em outra guisa atormentados, ou penados, todollos bees desses se tornem a seus hereeos proprios, assy que o Almuxarife cousa alguua delles nom possa tomar: salvo em dous casos, (...)[10]

Os primeiros dois primeiros parágrafos do título II são ocupados com a transcrição integral da lei de D. Afonso II relativa aos *alleivosos, e treedores*.

[10] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, p. 5.

Esta transcrição não apresenta diferenças face a outras versões da mesma lei, como as que constam do *Livro das Leis e Posturas*[11] ou das *Ordenações de D. Duarte*.

No que respeita ao conteúdo da lei transcrita, há que apontar, desde logo, para o dualismo da identificação do delito, através da designação dos seus agentes – *alleivosos, e treedores*.

Trata-se de um modo comum de identificação do crime nas fontes medievais e que teremos oportunidade de analisar adiante. Por agora, limitamo-nos a fazer notar o facto de a lei de D. Afonso II não proceder a uma descrição das diversas acções passíveis de serem qualificadas como crime de aleivosia e traição, nem a uma explanação das penas aplicáveis. A forma como se encontra redigida permite, mesmo, identificar o pluralismo semântico que o conceito de traição então conhecia.

Em primeiro lugar, não há lugar a qualquer explicitação do alcance dos termos usados para designar o crime em questão, pelo que esta lei deverá ser tomada como uma disposição complementar do regime punitivo.

Não se procede, igualmente, à regulação completa do crime; pelo contrário, essa regulação é aqui subentendida, enquanto pressuposto desta lei, de natureza explicativa da aplicação de um regime sancionatório, que acrescia aos múltiplos regimes previstos dispersamente pelos direitos locais.

Para uma definição inicial do alcance desta lei, atente-se na previsão normativa:

---

[11] *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa, 1971, p. 10: *Como elRey manda que nom leuem nemjgalha dos que forem acusados en casos de treyçom*

Dos aleyuosos e dos treedores stabeleçemos que se peruentuyra per sa maldade forem mortos ou em outra guisa atormentados ou peados todos os seus beens de seu se tornem a seus hereeos proprios assy que os almuxarifes cousa deles nom possam tomar¶ Saluo en dous casos en nos quaaes depois que forem mortos ou em outra guisa peados ou a tormentados todolos seus beens o nosso almuxarife deue a tomar. Conuem a ssaber se os dauandictos traballharem em nossa morte ou de nosso filho ou de nosso parente chegadoos quaaes teemos que ssom parte de nosso corpo ou em morte de seu senhor ou em ereges que forem uençudos per Jujzo dos Bispos e sse em nos outros casos nom ouuerem hereos nem parentes achegados e nom forem acusados o nosso almuxarife tome quanto ouuerem¶ E se ouuerem molheres nos aueremos a meadade hu hereeos ou propinquos nom ouuer e as molheres aiam a outra meadade ¶ Outrosy estabeleçemos que se em no tempo que os padres fezerem treyçom ou aleyuosia e as sas molheres nom forem prenhes assy que os filhos ou as filhas nom forem nom forem nados taaes filhos nom aiam os beens do padre mais todos os beens do padre condampnado nos os aueremos compridamente se outros hereeos ou propinquos nom ouuerem tirados os dauandictos dous casos En os quaaes nem filhos nem outros herdeyros nom deuem a auer seus beens mais nos deuemos a auer todalas cousas tirada a meadade da molher se a ouuer¶ E en cada huu dos dictos casos quer seiam danados ou nom senpre a coomha segundo o costumeda terra seia pagada¶ E se peruentuyra aqueles que de taaes maldades forem acusados E se nom quiserem em na nossa corte assaluar ata. xxx dias sol que o fez per sa maldade perdera quanto ouuer e seia çerto que nunca o cobrara

(...) se os davandictos trabalharom em nossa morte, ou de nosso filho, ou de nossos parentes achegados, os quaees teemos que som parte de nosso corpo, ou em morte de seu senhor, ou ereges, que forem veencidos per Juizos dos Bispos; e se em outros casos nom ouverem hereeos, nem parentes achegados, e nom forem casados (...)[12]

Estão aqui em causa os *dous casos* de excepção ao regime estabelecido. De facto, segundo esse regime, os bens dos condenados por traição e aleivosia deveriam reverter para os seus herdeiros. Impunha-se, porém, nos casos de traição enunciados, o confisco dos bens.

As situações de excepção encontram-se divididas em dois grupos, de natureza distinta.

O primeiro respeita à própria configuração do crime e nele se prevêem situações distintas: a de o crime ter sido perpetrado contra a pessoa do rei ou de seus familiares próximos (*em nossa morte, ou de nosso filho, ou de nossos parentes achegados, os quaees teemos que som parte de nosso corpo*); contra *seu senhor*; ou contra Deus e a Igreja (*ereges, que forem veencidos per Juizos dos Bispos*). Todas estas situações, ainda que distintas, são equiparadas não só como situações de aleivosia e traição, mas como casos em que o crime justifica a aplicação da pena de confisco dos bens do condenado.

O segundo grupo de excepções refere-se a todos os outros casos de condenação por traição em que não houvesse sucessores (*hereeos, nem parentes achegados, e nom forem casados*). Nestes casos não estão já em causa circunstâncias da prática do crime, mas sim do próprio condenado. Pode até entender-se como um especial regime sucessório, em que o Fisco surge a título subsidiário, em grau inferior ao dos herdeiros, familiares e cônjuge.

O que desde já ressalvamos é a constatação de uma equiparação de todos estes casos, de ambos os grupos, como casos de aleivosia e traição. Trata-se de um factor de especial relevo para a análise da dinâmica do regime do crime de traição, de tal forma que no título II das Ordenações Afonsinas se dedicam alguns parágrafos[13] à distinção das situações que aqui se equiparam.

Não se verifica, pois, ainda o tratamento autónomo que o legislador das Ordenações tanto se empenhará em proclamar[14]. Não há sequer a preocupação de definir o que se entenda por traição, como acontecerá mais tarde, sendo punidos da mesma forma – com o confisco dos bens – aqueles que fossem condenados por crimes de aleivosia e traição ao rei, aos familiares próximos do

[12] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, p. 5.
[13] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 22-26, pp. 13-15.
[14] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 22, p. 13.

rei, ao senhor, à Fé e em todos os outros casos de traição em que não houvesse sucessores.

A *aleivosia e traição* para com o monarca surge, pois, como uma de entre várias situações que implicam uma sanção agravada. Não pretendemos com isto defender que o crime de traição ao rei não tinha um lugar próprio nem uma relevância particular no universo penal medieval; apontamos tão-somente para o facto de essa particularidade se revelar no plano do agravamento da pena e não no da essência do crime em si, do valor jurídico afectado. E de tal forma assim é que não são apenas os casos de traição contra o rei que são abrangidos pela lei, mas também os casos de traição contra *seu senhor* ou de heresia, assim como todos os *outros casos* de traição em que o condenado não tivesse herdeiros.

São previstos autonomamente os crimes de traição em situações caracterizadas por uma relação de subordinação – que consubstancia, em si, uma especial relação de fidelidade.

Aqui, a linha justificativa *predominante* é a comum aos crimes de traição em geral. Apesar das circunstâncias especiais que caracterizam a traição régia, não está ainda em causa a assunção de um crime específico autónomo contra a *majestade* real.

Uma última nota para o regime punitivo que a lei *sub iudice* estabelece.

A pena de morte surge como pena aplicável quer à traição régia, quer aos outros casos de traição. A uniformidade de aplicação da sanção poderia fazer supor uma unidade conceptual subjacente ao crime de traição em si, que, todavia não se verificou. Os parágrafos 22 a 27 do título em análise são disso exemplo.

A pena de confisco foi desde cedo uma pena típica do crime de traição tomada enquanto lesa-majestade. A pena aparece em fontes imperiais e não mais deixou de ser associada a este tipo de crime, juntamente com a pena de infâmia (que, todavia, não é estatuída pela lei de D. Afonso II).[15]

Para além de ser característica daquele crime, a pena de confisco apresenta interesse num outro plano. Na verdade, as primeiras iniciativas legislativas régias medievais no âmbito do crime de traição e aleivosia operaram-se para estabelecer o regime do confisco, a par dos vários regimes punitivos de carácter local.

1.2.3. O texto das Ordenações Afonsinas

E vista per nos a dita ley, acrescentando em ella dizemos (...)[16]

[15] *Cod., 9, 8, 5*: *Quisquis cum militibus, uel priuatis, uel barbaris inierit factionem … gladio feriatur, bonis eius omnibus fisco nostro adictis*
[16] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 3, p. 6

Passando agora ao texto afonsino propriamente dito, e após termos apresentado a estrutura do título II, começaremos por dizer que este é um texto que não é, em grande parte, original. Ao contrário do que se escreve ao iniciar-se o parágrafo 3 (*E vista per nos a dita ley, acrescentando em ella dizemos*...), também as linhas que se seguem (aliás, grande parte dos parágrafos seguintes) são transcritas directamente de uma outra fonte, cuja influência na literatura jurídica peninsular medieval justifica certamente que tenha sido tomada por referência inevitável de todo este título. Referimo-nos às *Siete Partidas*.

Deixando para momento posterior a análise desta obra legislativa tradicionalmente imputada à iniciativa de Afonso X[17], importa atentar na relação entre o texto das *Partidas* e o do título das Ordenações Afonsinas em análise.

A correspondência com a VII Partida[18] é total em muitas passagens, correspondentes quer aos casos que integram a previsão normativa, quer às consequências punitivas estatuídas, como teremos mais tarde possibilidade de analisar.

A principal relevância da transcrição vai, todavia, para os primeiros parágrafos. Como tivemos já oportunidade de referir, a disposição afonsina é introduzida por uma argumentação de índole moral, com intuitos justificativos. A tradição desta forma legislativa pode ser desde logo verificada pela comparação com o texto do título II da VII Partida[19]. De igual forma se faz aqui anteceder a

---

[17] Sobre os problemas levantados pela doutrina acerca da autoria e datação das *Siete Partidas*, em especial a possibilidade de se tratar de uma obra levada a cabo no reinado já de Fernando IV, de redução do *Espéculo* (este sim do reinado de Afonso X), *vide* Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, vol. I, cit., pp. 191-192; Nuno E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., p. 206; Alfonso GARCÍA-GALLO, "El *Libro de las Leyes* de Alfonso el Sábio", *in Anuário de Historia del Derecho Español*, XXI-XXII (1951-1952), pp. 345-528; Jerry R. CRADDOCK, "La Cronologia de las Obras Legislativas de Alfonso X, El Sábio", LI (1981), pp. 365-419; Aquilino Iglesia FERREIRÓS, "Cuestiones Alfonsinas", *in Anuário de Historia del Derecho Español*, LV (1985), pp. 95-149.

[18] *Las Siete Partidas, glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez*,1555, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1985.

[19] VII Partida: *Titulo II. De las trayciones. Traycion es uno delos mayores yerros, e denuestos, en que los omes pueden caer, e tanto la touieron por mala los sabios antiguos, que conoscieron las cosas derechamente, que la conpararon a la gafedad: ca bien assi como la gafedad es mal, que prende por todo el cuerpo, e despues que es presa, non se puede tirar, nin amelezinar, de manera, que pueda guarescer q̃ la ha. E otrosi, que faze a ome, despues que es gafo ser apartado, e alongado de todos los otros. E fin todo esto es tan fuerte maletia, que nõ faze mal al que la ha ensi tan solamente: mas aun al linaje q̃ por la liña derecha del decienden, e alos que con el moran. Otrosi en aquella manera mesma, faze la traycion en la*

disposição normativa propriamente dita de um trecho preambular no qual se procede à justificação não só moral, mas também histórica e social do regime penal estabelecido.

Assim, veja-se a remissão para a comparação, feita pelos *sabios antiguos*, da traição com a lepra, usada para justificar a infâmia e a transmissibilidade da pena. Esta comparação tem raízes profundas na literatura medieval, impregnada de fortes alegorias que representam a traição ou aleivosia como um crime caracterizado, entre outros factores, pela corrupção pessoal e social.

A correspondência com o texto das *Partidas* não se esgota, todavia, no discurso introdutório, mas permanece na estruturação de todo o capítulo e na construção do regime[20].

Findo o breve excurso sobre a parte introdutória do título II, passaremos de seguida à análise do conteúdo normativo propriamente dito.

Apresentando esquematicamente o regime estabelecido, temos, em primeiro lugar, de distinguir a previsão de três tipos diferentes de crimes, a que correspondem três quadros punitivos também distintos.

A. Crime de *lesa majestade de primeira cabeça*: parágrafos 5 a 12.

Ao longo destes sete parágrafos encontram-se previstas situações de distinta natureza.

---

fama del ome, ca ella la daña, e la corrõpe, de guisa, q̃ nũca la puede endereçar, e aduze a gran alongança, ea estrañamiẽto de aq̃llos que conosc̃e derecho, e verdad: e denegrece, e manzilla la fama de los que de aquel liñaje decienden, maguer non ayan en ella culpa: de guisa que fincan toda via enfamados por ella. E porende pues que en titulo ante deste fablamos generalmente de las acusaciones, que son fechas por razon de los grandes yerros, que los omes fazen. Queremos de aqui adelante dezir, quales son aquellos males, quier se fagan por obra quier se digan por palabras. E fablaremos primeramente de los, que se fazen por fecho. E despues diremos, de los que se fazen por palabra. E começaremos de la traycion, que es cabeça de todos los males. E demonstraremos que cosas ha en si. E donde tomo este nome. E de quantas maneras es. E q̃ pena devẽ aver, non tan solamente los fazedores della, mas aun los consejeros, e los ayudadores, e los consentidores. E aun los q̃ lo saben, e non lo descubren.

[20] Assim, e a título de exemplo, veja-se a correspondência exacta entre os parágrafos 5, 7 e 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 20 do título II, livro V das *Ordenações Afonsinas* com as formas de traição enumeradas na Partida VII, tít. II, lei I – primeira, segunda, terceira, quinta, sétima, décima terceira, décima quarta, nona, décima, décima primeira, oitava – respectivamente. Repare-se que, enquanto na sétima *Partida* as catorze situações são tratadas como correspondentes ao delito *propiamẽte llamado traycio*, sendo punidas da mesma forma – penas de morte, confisco e infâmia – , já nas *Ordenações Afonsinas* se estabelece a distinção entre crimes de lesa-majestade de primeira e segunda cabeça, correspondendo somente ao primeiro as situações previstas nos parágrafos 5 a 11. A pena prevista nas *Partidas* aplica-se apenas a estes casos de maior gravidade.

Desde a ofensa à vida do rei e seus familiares à não entrega de castelo recebido em menagem, passando pela tomada de partido pelos inimigos do reino em tempo de guerra ou pela destruição de imagens do monarca – todos estes casos se reportam agora à ofensa directa à pessoa do rei, na sua majestade, assumindo, pela sua gravidade, a qualificação de crimes de lesa-majestade de primeira cabeça.

O regime punitivo é o clássico para o crime de traição[21]**:**

… *seendo alguum conveencido, e condapnado … deve por ello morrer naturalmente de morte cruel, e todos seus beẽs, que ouver ao tempo da comdapnaçom, devem seer connfiscados pera nós, nom embargando que filhos lidimos aja, ou alguns ascendentes: pero se o maleficio for notorio, serom elles confiscados, tanto que o maleficio for cometido, per esse mesmo feito sem outra alguma sentença*[22].

Ainda típica da lesa-majestade de primeira cabeça é a pena de infâmia, prevista no parágrafo 29:

E no caso que a maldade seja cometida contra ElRey, assy como dito avemos nos Capitulos da primeira cabeça, honde os filhos lydemos som exclusos da herança do Padre, em tal caso todos seus filhos barooes devem ficar por enfamados pera sempre, de maneira que nunca poderom aver honra de cavallaria, nem d'outra dignidade, nem officio, nem poderom herdar a parente que ajam, nem a outro estranho que os estabelleça por herdeiros, nem aver cousa alguũ a que lhes seja leixada entre vivos, ou leixada em testamento alguũ…[23]

B. Crime de *lesa-majestade de segunda cabeça*: parágrafos 14 a 21.

Como referimos já, o elemento de tipicidade é aqui enunciado expressamente, quando se justifica a extensão às ordens de execução dadas por desembargadores e oficiais do rei: … *que pera ello tevessem nossa autoridade.*

Embora este critério se encontre na base a todo o novo regime penal da traição, ele é particularmente pertinente na

---

[21]Cf. *Cod., 9, 8, 5*: *Quisquis cum militibus, uel priuatis, uel barbaris inierit factionem … gladio feriatur, bonis eius omnibus fisco nostro adictis*; *Setena partida*, tít. II, II: *Qualquier ome que fiziere alguna cosa de las maneras de traycion … o diere ayuda, o consejo que la fagã, deue morir por ello, e todos sus bienes deuen ser de la Camara del Rey.*

[22] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 12.

[23] *Setena partida*, tít. II, II: …*e de mas todos sus fijos q seã varones, deuẽ fincar por enfamados para siempre, demanera, q nũca pueda ayer hõrra de caualleria nin de dignidad, ni oficio: ni puedã heredar a pariente que aya: ni a otro estraño q los estableciesse por herederos: ni puedan ayer las mandas q les fueren fechas.* Também na sétima *Partida*, II, II, *in fine*, se estabelece um regime mais favorável para as filhas, que poderiam herdar até à quarta parte dos bens das suas mães; nas *Ordenações Afonsinas*, V, II, 29, o regime é ainda menos penalizador para as filhas.

fundamentação deste grupo de âmbito bem mais lato que o grupo de infracções originalmente previsto na lei de D. Afonso II. Veja-se, a título de exemplo, a última situação descrita no parágrafo 20:

… ou Juiz fosse enviado per nos a alguũ a Comarca, ou Villa, &c. e despois per alguã razom cessasse seu officio, e mandassemos alá outro official novo com nossas cartas pera ello sofficientes, e o primeiro Corregedor, ou Juiz nom quisesse a ellas obedecer[24].

Chama-se também a atenção para o parágrafo 21, segundo período:

Pero dizemos que aquelle, que falsar, ou mandar falsar signal d'alguum Desembargador, ou sello autentico, que faça fe, como suso dito he, em cousa, que a seu officio perteença, tal como este Mandamos que seja degradado pera Cepta por cinquo annos; e honde o mandou fazer a outrem, aja o mandador, e o fazedor huã igual pena, como dito he, se o fazedor ouver certa sabedoria da maldade[25].

Ao contrário do que se afirma no parágrafo 13[26], o regime penal da falsificação de selo ou sinal acaba, assim, por ser também definido neste título, em relação aos sinais de desembargadores ou selos autênticos. Uma incoerência que pode explicar-se pelo facto de este tipo de infracção integrar o núcleo tradicional da lesa-majestade, na medida em que interfere com um símbolo da autoridade régia.

Quanto às penas a aplicar nestes casos, verifica-se, desde logo, que a relevância vai agora para a pena corporal, deixada à discricionariedade do monarca:

Em taaes casos como estes, … Declaramos, e Mandamos, que a pena corporal seja em nosso alvidro, pera nós darmos a esse malfeitor a pena, que acharmos per direito, e nos bem parecer que esse malfeitor merecer, esguardando sobre ello a condiçom das pessoas, e a qualidade do feito, e o que acharmos per direito[27].

Afastada a pena de morte, e ressalvados eventuais privilégios para efeitos de execução da pena corporal (…*esguardando sobre ello a condiçom das pessoas* …), bem como a proporcionalidade entre a pena aplicada e a gravidade do crime (… *e a qualidade do feito*…), também a pena de confisco dos bens para a Coroa é mitigada, só se

[24] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 20.
[25] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 21.
[26] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, título II, 13: *E quanto he aos que fazem moeda falsa, ou falsam selo, ou nosso signal, por agora nom fallamos aqui, porque entedemos a fallar compridamente nos Titolos, que a taaes casos perteencem; por quanto á cerca delles forom feitas Leyx espiciaais pelos Reyx nossos antecessores, per que forom declaradas certas penas aaquelles, que semelhantes maldades cometessem, segundo em ellas mais compridamente he contheudo.;*
[27] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, título II, 21.

aplicando quando não houvesse ascendentes ou descendentes legítimos:

E quanto he aos beẽs de todollos malfeitores suso ditos em este Capitulo contheudos, que por taaes malefícios forem condepnados, per nossa sentença, Mandamos, que teendo elles acendentes, ou descendentes lidemos, elles ajam os ditos beẽs; e nom avendo elles ao tempo da condepnaçom acendentes, ou descedentes lidemos, em tal caso Mandamos, que seus beens sejam todos confiscados pera nós, e que possamos delles fazer o que for nossa *mercee, como de cousa nossa*[28].

Este carácter subsidiário do confisco encontra-se igualmente na lei de D. Afonso II, para todos os casos de traição para além dos enumerados, a título de excepção, sempre que não houvesse herdeiros, familiares próximos ou cônjuge.

Restringido que foi o âmbito do conceito de traição à lesa-majestade, pode dizer-se que, nesta parte, se mantém o regime da lei de D. Afonso II. De facto, esta reservava o confisco para casos de traição de maior gravidade política, sendo que nos restantes casos – bem mais, como teremos oportunidade de analisar – tal pena só seria aplicável subsidiariamente, quase como um regime sucessório especial ou agravado.

Comum ao confisco em ambos os tipos de lesa-majestade é o que se estabelece no parágrafo 28, relativamente à sucessão da mulher do traidor, em que se mantém o regime da lei de D. Afonso II.

C – crimes cometidos *atreiçoada, e aleivosamente*: parágrafos 22 a 27.

Nestes parágrafos distingue-se um grupo de crimes que, face ao novo crime de traição, passam a consubstanciar tipos meramente agravados pela circunstância de serem cometidos *atreiçoada, e aleivosamente*:

23 Primeiramente quando alguum sob mostrança d'amizade mata, fere, ou faz outra alguũ a offença a seu amigo, sem avendo com elle outra reixa, nem contenda: e pode-se poer eixemplo, a saber, se lhe dormisse com a molher, ou filha, ou Irmaã em sua casa, ou fora della, ou se lhe fezesse roubo ou furto em ella.

24 Item. Se alguum vivendo com Senhor por soldada, ou a bem fazer, lhe dormisse com a molher, ou filha, ou Irmaã em sua casa, ou ferisse, ou matasse, ou lhe fezesse outra offensa pessoal, ou alguum grande furto, ou roubo em sua casa…[29]

[28] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, título II, 21.
[29] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 23-24.

As consequências para estes crimes são, necessariamente, agravadas. Se se exclui totalmente o confisco – característico da traição na verdadeira nova acepção – a contrapartida vem sob a forma de pena corporal que deve ser

… muito mais agravada, e deve-se dar por ello muito maior pena, que se daria em outra semelhante, honde tal qualidade de maldade aleivosamente cometida nom ouvesse[30].

Para além da pena, são as regras processuais, relativas sobretudo à produção de prova, que completam o agravamento do quadro penal destes crimes:

…em todollos casos de todos os capítulos suso ditos abastavam pera meter o culpado a tormento mais pequenos indícios, que em outros casos, honde taaes qualidades nom ouvesse; e aquellas testemunhas, que em outro caso nom poderiam testemunhar, poderiiam seer testemunhas nos casossuso ditos, e valer seu testemunho: pero se o que testemunhar for seu inmygo capital do accusado, ou amigo especial do acusador, seu testemunho nom deve seer muito creúdo, ante deve ser sua fe seer minguada, segundo a qualidade do dito omizio, ou amizade[31].

Por último, e ao contrário do que se verificava para os casos de lesa-majestade de segunda cabeça, são aqui suprimidos quaisquer privilégios para efeitos de aplicação da pena corporal:

… em tal caso nom deve o acusado gouvir de privilegio alguum que tenha, per que nom deva seer atormentado ou aver pena de villaaõ; porque em todo he privado de qualquer privilegio, que tenha pera ello[32].

Será útil comparar esta nova definição de tipos agravados com alguma legislação régia medieval sobre crimes cometidos em circunstâncias que nas Ordenações Afonsinas surgem como agravantes. Reservamos, porém, essa tarefa para mais tarde. Por agora limitamo-nos a deixar uma breve observação: essa legislação não procede, em regra, à caracterização do crime, limitando-se apenas a fazer aplicar a pena de morte, tal como para os crimes de traição e aleivosia.

Do regime que vimos resultar das disposições constantes do título II, ressaltam alguns elementos significativos para a análise da dinâmica conceptual que nos propusemos estudar.

Em primeiro lugar, é notória a alteração que se opera no conceito de pessoa real, para efeitos do crime de traição, da lei de D. Afonso II para a disposição das Ordenações, podendo dizer-se que se evolui de uma noção pessoal para uma noção funcional.

Esta alteração provoca o alargamento da *factispécie*, de tal forma que, das três situações previstas naquela primeira lei passíveis

[30] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 26.
[31] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 26.
[32] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 26.

de serem qualificadas como traição ao rei (…*se os davandictos trabalharom em nossa morte, ou de nosso filho, ou de nossos parentes achegados, os quaees teemos que som parte de nosso corpo*…), se passa para sete grupos de infracções, só de lesa-majestade de primeira cabeça, sendo que no primeiro, correspondente às três previstas naqueloutra lei, a par da pessoa do monarca e dos seus familiares, se enunciam

… *aquelles, que som hordenados pera nosso conselho, que forem presentes em nossa Corte, os quaees segundo Direito Imperial som chamados parte de nosso corpo*[33].

Esta última fórmula metafórica de extensão do corpo físico do monarca, através da qual se faz aplicar o regime da traição ao rei à pessoa do conselheiro, já se encontrava na lei de D. Afonso II, mas apenas relativamente às pessoas dos seus familiares e sem qualquer remissão para o *Direito Imperial*. A justificação passou a valer para aqueles que participassem mais directamente nas actividades do monarca, designadamente através do aconselhamento

…*porque as cousas graves, e pesadas avemos sempre d'ordenar com seu conselho, e acordo*[34].

A extensão não é, pois, meramente quantitativa – ela já se verificava no regime anterior – mas sim qualitativa. E o critério de tal alargamento (que não se verifica apenas nos crimes de lesa-majestade de primeira cabeça) encontra-se no parágrafo 14, que introduz os crimes de lesa-majestade de segunda cabeça. Aí se estipula:

E porque aalem dos Capítulos suso ditos há hi alguns outros, em que, segundo direito, se comette o crime de lesa Majestade, assy como se alguum tirasse per força de poder da Justiça o condapnado per nossa sentença, que levassem a justiçar per nosso mandado, ou dos nossos Desembargadores, ou Officiaaes, que pera ello tevessem nossa autoridade[35].

Estão em causa acções que atinjam a autoridade régia; é esse o critério que justifica o alargamento da previsão da norma.

Contudo, este parágrafo suscita, em si, algumas questões**,** para além da enunciação do critério referido. A limitação àqueles casos de condenação pela justiça régia (...*se alguum tirasse per força de poder da Justiça o condapnado per nossa sentença*...), por exemplo, é um bom indicador do novo alcance que se pretendia para o crime de traição. O que se pune é a interferência com a autoridade real, no caso manifestada no exercício do poder judicial, pelo rei ou por aqueles que o detivessem por imposição régia. O que releva já para

[33] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 5.
[34] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 5.
[35] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 14.

efeitos de infracção a punir é a ofensa à autoridade do rei – o núcleo essencial do crime de lesa-majestade.

Ainda da comparação entre os dois regimes resulta que o das Ordenações Afonsinas procedeu à supressão da equiparação dos antigos casos de traição. Tal supressão é particularmente visível nos parágrafos 22 e seguintes.

E achamos per direito, que ha hi outra maldade, que nom he chamada treiçom, nem aleive, pero que a alguũs pareça que deveria assy seer chamada, e a esta chamam os Direitos maldade feita atreiçoada, e aleivosamente, e esta se comete em estas maneiras, que se seguem[36].

Encontra-se nesta disposição a recuperação do anterior regime alto-medieval da traição, bem como o claro propósito de reformulação do mesmo, à luz das mutações entretanto operadas quer nas relações sociais, quer na concepção da relação entre monarca e súbditos.

Passaremos, pois, à análise dos vários regimes que afloram no título II do livro V das Ordenações, e que são convocados num esforço de conformação do regime moderno da traição.

2. A lesa-majestade no Direito Romano

Ao dedicarmos este capítulo ao direito penal romano, optámos por titulá-lo de forma que, à partida, pode parecer imprecisa por reduzida face à pluralidade de crimes que nele se trata. Por isso mesmo se impõe uma breve nota justificativa.

O *crimen maiestatis* é a inspiração mais directa da regulação constante do título II do Livro V das Ordenações Afonsinas. No entanto, não só naquele título ecoam referências de outros regimes, subjacentes ao que se estabelece, como se distinguem outros crimes, como o de falsificação de moeda e de selos, ou os meros crimes agravados. As fontes medievais, por seu lado, referem-se à *proditio* como traição, ou à *perduellio*. Importa, pois, confrontar o *crimen maiestatis* com as várias figuras penais que se associam à noção de traição.

Por tudo isto, este capítulo II leva como título *A lesa-majestade no Direito Romano*, afirmando-se a preponderância deste crime para o regime legal que nos propusemos estudar também através do confronto com outros crimes referenciados nas fontes.

[36] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, 22, p. 13.

O parágrafo 4 do título das Ordenações Afonsinas que nos ocupa principia com uma definição de lesa-majestade, parafraseando, como vimos já, a lei 1 do título II da Partida VII:

Lesa Magestade em latim tanto quer dizer em linguagem, como erro de treiçom, que o homem faz contra a pessoa d' ElRey...

Se a traição ao rei é aqui ineqivocamente assumida como lesa-majestade, já as fontes medievais fazem frequentemente referência aos delitos de *perduellio* e de *proditio* como equivalentes ao crime de traição. Sucede, porém, que não só não há uma correspondência destes com a noção medieval de traição, como o próprio objecto destes delitos no direito romano está longe de ser claro.

O facto de o recurso à designação de *crimen maiestatis* ser tardia, no direito medieval, parece-nos ser mais um indício da divergência com a concepção subjacente ao crime de traição régia alto-medieval.

O *crimen maiestatis*, que, não só pela afinidade etimológica, está mais directamente ligado à evolução tardo-medieval e moderna do crime de traição, conhece no Direito Romano o seu desenvolvimento em época relativamente tardia e em moldes também muito distintos da essência original do crime de traição alto-medieval.

Surgem, porém, outros crimes, por força do recurso à sua designação em momentos posteriores. Sucede que nem o objecto de tais crimes é claro, nem a sua relação com o crime de traição é a que o uso da designação poderia fazer crer.

Um delito em especial escapa a estas considerações: o de falsificação de moeda, que apresenta porventura a regulação mais coerente ao longo do tempo, no que respeita quer ao objecto, quer à fundamentação, quer mesmo ao quadro punitivo.

Dada a multiplicidade de delitos que se perfilam como possível origem do crime de traição, importa delimitar o seu objecto e regime no quadro penal romano.

2.1. *Perduellio*, *proditio*, *crimen maiestatis*

2.1.1. *Perduellio*

Os contornos exactos do crime de *perduellio* não são conhecidos. Consensual, todavia, parece ser o facto de estar em causa um delito contra a comunidade.

No entender de BURDESE, nele se integrariam crimes que atentassem, em primeiro plano, contra a lei dos deuses *(lex deorum)*

e a sua punição revestia-se de carácter expiatório para toda a comunidade, perante essas mesmas entidades divinas[37]. Um outro traço característico da *perduellio* seria o elemento subjectivo de hostilidade dos *cives* contra a comunidade, contra o *populus*. Assim, o cidadão romano hostil a Roma era considerado *perduellionis*, forma antiga de *hostis*, o inimigo externo de Roma[38]. MOMMSEN[39] associa mesmo originariamente o acto hostil que constituía o delito à deserção militar[40], tendo essa acepção permanecido ao longo da história do direito romano. Em todo o caso, e na lição do mesmo Autor, a *perduellio* integraria o que se pode designar por *crimes de Estado*, a par do *crimen maiestatis*[41]. Dado que se trataria de um crime que afectaria a comunidade enquanto tal, alguma doutrina associa, de forma genérica, a *perduellio* à traição, juntamente com a *proditio*[42].

No plano processual, este delito foi, desde cedo, da competência de uma instância própria – os *duoviros perduellionis* – que, ainda durante a monarquia, veio substituir a primitiva forma de auto-tutela, de punição pela comunidade[43]. Este processo veio a ser alterado com a introdução da *provocatio ad populus*[44], prevista pela primeira vez precisamente para os processos dos *duoviros perduellionis* na *lex horrenda carminis*[45].

A sanção aplicada, de acordo com o que prescrevia aquela lei, seria a morte: "*infelice arbori reste suspendito*". Para além da morte, a pena do *perduellis* compreendia igualmente a privação de sepultura e o confisco dos bens a favor do Estado. Esta última sanção, sendo

---

37 BURDESE, *Manual de Derecho Público Romano*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972, pp. 305-306.

38 FERREIRÓS, "La Traición Regia en Leon y Castilla", *in Boletín de la Universidad Compostelana*, vol. 75-76 (1967-1968), pp. 11-37, p. 15.

39 Théodore MOMMSEN, *Droit Pénal Romain,* vol. 2, *in Manuel des Antiquités Romaines*, XVIII, Albert Fontemoing Éditeur, Paris, 1907, pp. 233 e ss..

40 Estabelece-se mesmo um paralelismo entre *hostis* – inimigo externo – e *perduellionis* – inimigo interno, cit., p. 233/234.

41 MOMMSEN, cit., p. 233.

42 THOMAS, cit., p. 10.

43 FERREIRÓS identifica a origem da *perdellio* na concessão do poder penal aos magistrados, cit., p. 15.

44 Os crimes de *perduellio* integraram, originariamente, o núcleo restrito dos casos em que havia lugar à *provocatio*, cuja função limitadora da discricionariedade e *coercitio* dos magistrados a tornou especialmente aplicável em processos de carácter político e que conheceu posteriormente um alargamento substancial (possivelmente por via da *lex Valeria*, de 509 a.C.). Neste sentido, *vide* BURDESE, cit., p. 306, 310.

45 Citada por Tito Lívio a propósito da perseguição de Horácio, assassino da própria irmã: *Lex horrendi criminis erat: "Duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium.*; *Ab Vrbe Condita*, Livro I, introdução, tradução e notas de Paulo Farmhouse Alberto, Mem-Martins, 1999, p. 108.

acessória da pena de morte, reporta-se directamente àquela associação primitiva do delito à *hostilidade*, na medida em que o património do acusado é tratado como se de despojos de guerra se tratasse[46].

Já no que respeita à relação directa da *perduellio* com o crime de traição, ela não se verifica. O processo tribunício-comicial da *perduellio* desaparecerá no final da República e será substituído pelo *crimen maiestatis*, a que corresponderá já, todavia, um processo distinto e uma concepção do crime que igualmente não correspondia mais à da *perduellio*[47].

2.1.2. *Proditio*

O termo a que nas fontes medievais mais frequentemente se recorre para designar o crime de traição é o de *proditio*. Também a doutrina tende a apresentar este crime como correspondente ao de traição.

Etimologicamente, a designação radica em *prodere* (entregar, denunciar, destruir, enganar).

Para BURDESE este crime integra aquilo que mais se aproxima, na época arcaica, da traição propriamente dita, na acepção mais pública do termo. Muito concretamente, consistia em actos de desobediência ao magistrado, enquanto chefe militar, ao seu *imperium militiae*.

Tratar-se-ia de actos de natureza ilícita que atingiam a comunidade, mas que, ao contrário do que sucedia com o crime de *perduellio*, não tinham carácter sagrado[48].

A pena cominada nas XII Tábuas era a capital, por meio de flagelação (*virgis caedere*) seguida de decapitação (*securi percussio*).

Também MOMMSEN trata a *proditio* como equivalente à traição, referindo como significado próprio a entrega de uma praça romana ao inimigo, num contexto militar[49]. No entanto, o mesmo Autor distingue o delito, que traduz por *traição*, do *crime de Estado*,

---

[46] MOMMSEN, cit., p. 299.

[47] J. A. C. THOMAS, "Desarrollo del Derecho criminal romano", *in Anuário de Historia del Derecho Español*, XXXII (1962), pp. 7-23, p. 15; FERREIRÓS defendeu que este delito não apresenta uma relação genética com o crime de traição medieval, na medida em que não supunha a ruptura de um vínculo pessoal entre o *cives* e o *populus*; cit., p. 18.

[48] Tal facto parece apontar para um surgimento posterior ao do crime de *perduellio*, relacionado com o aumento de poder laico do rei, por força da influência etrusca Assim, vide BURDESE, p. 306.

[49] MOMMSEN, cit., p. 245.

cujos equivalentes no Direito Romano seriam o crime de *perduellio* e o *crimen maiestatis*[50]/[51].

Já FERREIRÓS[52] levanta sérias dúvidas quanto à própria autonomia criminal do delito de *proditio*, que poderia designar a entrega ou denúncia com ou sem dolo, sendo que só neste último caso se poderia equiparar à traição. Terá sido, todavia, este sentido o que permaneceu na época visigótica, daí passando a acepção para a literatura posterior.

2.1.3. *Crimen maiestatis*

O *crimen maiestatis* foi essencialmente definido pela *lex Cornelia de maiestatis*, da época de Sila, muito embora a correspondente *quaestio perpetua* existisse já por volta de 104 ou 103 a.C.[53].

A alteração que se operou no plano processual – com o desenvolvimento do processo de *quaestiones*, a decadência do processo comicial e, por fim, já durante o Principado, a atribuição de competências jurisdicionais em matéria criminal ao Senado – veio a reflectir-se, no plano substantivo, na expansão do âmbito do *crimen maiestatis* ao campo da *perduellio* e da *proditio*, que foram, desta forma, consumidas pelo primeiro. Sob o Principado o crime foi

[50] "La *perduellio* ne se distingue du *crimen maiestatis populi Romani imminutae* qu'à un seul point de vue : tout acte hostile peut-être appelé crime de lèse-majesté, tandis qu'au contraire tout crime de lèse-majesté ne peut pas être appelé un acte hostile. (...) Il n'y a pas d'autre terme latin pour désigner le crime d'État.", MOMMSEN, cit., p. 236.

[51] Esta distinção parece escapar a FERREIRÓS, que imputa a MOMMSEN a opinião de que o crime de *perduellio* não implicaria, originariamente, apenas a hostilidade do cidadão romano para com Roma. Tal não acontece. MOMMSEN refere expressamente a dualidade *hostis*/ *perduellionis*, pp. 233/234

[52] FERREIRÓS, cit., pp. 14, 29.

[53] BURDESE, cit., p. 324.

regulado pela *lex Julia maiestatis*[54], da época de Augusto, que integrou os antigos casos de *perduellio*[55].

A principal relevância do tratamento que o crime recebe no Principado prende-se com a própria figura do *princeps*. O *crimen maiestatis* referia-se originariamente a todo o atentado contra a segurança do Estado e ultraje a órgãos públicos, radicando na tutela da *maiestas* do *populus* romano. A instituição do principado veio alterar esta concepção, na medida em que deslocou a *maiestas* do *populus* para o *princeps*. Para além da *maiestas*, também a *sacrosanta potestas* tribunícia passou a integrar a esfera do príncipe, o que fez com que a ofensa no âmbito da *maiestas* se aproximasse do sacrilégio[56] e fosse identificada como um caso de *perduellio*[57], por referência ao antigo crime[58].

A natureza dos delitos era, porém, distinta, tendo o *crimen maiestatis* passado a consistir num crime contra o imperador. Exemplo disso foi a extensão, operada por Augusto, do âmbito do crime de lesa-majestade a casos de ofensa ao príncipe por meio de magia, ultraje a estátuas ou imagens, falso juramento e injúrias.

---

[54] *Pauli Sententiae*, 5, 29: *Ad legem Iuliam maiestatis. Lege Iulia maiestatis tenetur is, cuius ope consilio adversus imperartorem vel rem publicam arma mota sunt exercitusve eius in insidias deductus est; quive iniussum imperatoris bellum gesserit delictumve habuerit, exercitum comparaverit, sollicitaverit, deseruerit imperatorem. His antea in perpetuum aqua et igni interdicebatur; nuc vero humiliores bestiis obinciuntur vel vivi exuruntur, honestiores capite puniuntur. Quod crimen non solum facto, sede t verbis impiis ac maledictis maxime exacerbatur.(…) Mulieres milites famosi adulti huius legis reos deferre non prohibentur; salus enim principis et status rei publicae per omnes tuendus est: ideoque servi et in dominos rogantur et filii parentes vel parentes filios in hac causa exibere coguntur. (…) In reum maiestatis inquiri prius convenit, quibus opibus, qua factione, quibus hoc auctoribus fecerit : tanti enim criminis reus non obtentu adulationis alicuius, sed ipsius admissi causa puniendus est. Et ideo, cum de eo quaeritur, nulla dignitas a tormentis excipitur.(…)Hac lege damnari non potest, qui per salutem principis periuraverit : hoc enim nos lubrico linguae impoenito dare tantum convenit ; fustibus tamen animadversus aut relegatur aut curia ad tempus submovetur.*

[55] Emanuele CIACERI, *Processi Politici e Relazioni Internazionali"*, Dr. A. Nardecchia, Editore, Roma, 1918, p. 251. *Dig.*, 48, 4, 11: *Plane non quisque legis Juliae maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est - : ceterum si quis ex alia causa legis Juliae maiestatis reus sit, morte crimine liberatur.* FERREIRÓS entende, todavia, que não houve uma tal articulação entre os dois crimes e que esta distinção resulta de uma interpolação pós-clássica; cit., p. 19.

[56] *Dig.* 48, 4, 1: *proximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur.*

[57] *Dig.* 48, 4, 11: *sed qui perduellionis réus est, hostili animo adversus rem publicam, vel principem animatus.*

[58] EmanueleCIACERI, *Processi Politici e Relazioni Internazionali*, Dr. A. Nardecchia, Roma, 1918, p. 254.

A politização dos processos de *maiestas* foi especialmente proporcionada pela relativa indeterminação do âmbito do crime, que se manteve, por isso mesmo, inalterada[59].

Quanto ao regime sancionatório, quer a *lex Cornelia*, quer a *lex Julia* cominavam o exílio perpétuo (*interdictio aqua et ignis*)[60]. Já o confisco de parte ou da totalidade dos bens não é uma pena originária. Se inicialmente ao condenado era concedido conservar o seu património, César e Augusto viriam a introduzir o confisco de parte ou da totalidade dos bens do condenado. Tibério acrescentaria a deportação. Por fim, a constituição de Arcádio e Honório, de 397, para além de prever inequivocamente a pena de morte, viria a estabelecer a transmissibilidade da pena de infâmia aos descendentes do condenado[61].

Do que vem sendo dito se conclui que também neste crime não se verifica a afectação de um vínculo de *fidelidade*, essencial para a configuração alto-medieval da traição.

2.2. Crimes de moeda falsa e violação de selos

Também este tipo de crimes aparece frequentemente a propósito do crime de traição, como se pode ler, desde logo, no título II do Livro V das Ordenações Afonsinas (apesar de se declarar a intenção de o tratar autonomamente[62]).

A associação é antiga. A primeira fonte significativa encontra-se na época de Sila, na *lex Cornelia testamentaria nummeraria*, posteriormente conhecida por *lex Cornelia de falsis*[63]. Esta lei é contemporânea da *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* e ambas se enquadram no movimento legislativo de Sila[64], cujos intuitos reformadores das instituições políticas da República foram responsáveis pelo legado de um acervo considerável de disposições de carácter público, a que a regulação dos crimes de traição não escapou.

---

[59] FERREIRÓS, cit., p. 19. *Vide* CIACERI, cit., p. 255 e seguintes, o caso paradigmático de processos de lesa majestade por insulto a estátuas.

[60] Sobre a lex Julia pode ler-se em *Pauli Sententiae, 5, 29, 1: …his antea in perpetuum aqua et igni interdicebatur…*

[61] *Lex Quisquis*, *Cod.*, 9,8,5, (constituição dos imperadores Honório e Arcádio, 397): *Quisquis cum militibus, vel privatis, vel barbaris inierit factionem (...) gladio feriatur, bonis eius omnibus fisco nostro adictis (…). Filii (...) materna (...) proximorum hereditati (...) habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes (...) infamia eos paterna semper comitetur (...).*

[62] *Ordenações Afonsinas*, LivroV, tít. II, 21. Cf., no mesmo Livro, tít. XXXVIIII, *Do que despende moeda falsa cintemente, e nom foi della feitor*; tít. LXXXII, *Dos que cerceam as moedas d' ouro, ou prata*.

[63] *PS*, 5, 23; *D.* 48, 8; *C.* 9, 16.

[64] Sobre o carácter da reforma de Sila, cf, THOMAS, cit., pp. 17-18.

Ainda que só com Constantino o crime de falsificação de moeda tenha passado a integrar os delitos de lesa-majestade[65], o quadro sancionatório aproxima-se do correspondente aos crimes que se aproximam geneticamente da traição, uma vez que a cunhagem desde cedo integrou o âmbito dos poderes políticos mais significativos[66].

Quanto ao quadro sancionatório, se se determinava num primeiro momento a morte, já em finais da República se previa a *interdictio aqua et ignis*, que se traduzia na pena de deportação e confisco para os *honestiores*, condenação *ad metalla* ou cruz no caso de o condenado ser *humilior* e morte se se tratasse de escravo manumitido após a prática do crime[67].

A incidência legislativa sobre o crime de falsificação de moeda manteve-se no Direito Visigótico. A relação próxima entre falsificação de moeda e traição é também aí particularmente visível, uma vez que o direito de cunhar moeda foi concebido como uma regalia reservada ao Estado, bem como uma forma de afirmação dos monarcas.

Assim se compreende que, até à reforma monetária de Leovigildo[68], os monarcas se tenham limitado a continuar a cunhar moedas romanas, impondo a lei a circulação do soldo de ouro e do triente, mantendo-se os nomes e efígies dos imperadores, naquilo que constituiu uma verdadeira " espécie de contrafacção da moeda do Império"[69] [70].

---

[65] Constituição de Constantino de 326, *Cod.* 9, 24, 2: *Si quis nummum falsa fusione formaverit, universa eius facultates fisco nostro praecipimus addici; in monetis etenim tantummodo nostris cudendae pecuniae studium frequentari volumus. Cuius obnoxii maiestatis crimen committunt, et, praemio accusatoribus proposito, quicumque solidorum adulter poterit reperiri, vel a quoquam fuerit publicatus, illico, omni dilatione summota, flammarum exustionibus mancipetur.*

[66] Constituição dos imperadores Valentiniano, Arcádio e Teodósio (393), *Cod. 9, 24, 3: Si quis super cudendo aere vel rescripto aliquo vel etiam adnotatione nostra sibi arripuerit facultatem, non solum fructum propriae petitionis amittat, verum etiam poenam, quam meretur, excipiat.*

[67] Regime previsto na *lex Cornelia*, *PS,* 5, 25, 1:... *honestiores quidem in insulam deportantur, humiliores autem aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur; serui autem post admissum manumissi capite puniuntur*.... O regime sancionatório do crime *de falsis* veio a agravar-se em fase posterior, tendo passado a integrar a adulteração de pesos, medidas e documentos, a assunção de nome ou título falso e o suborno de testemunhas e juízes, cf. BURDESE, cit., p. 337.

[68] Que passou a cunhar moeda própria a partir de 585.

[69] Assim, Ferdinand LOT**,** *O Fim do Mundo Antigo e o Princípio da Idade Média*, Edições 70, Lisboa, 1991, p. 324.

[70] Tal persistência explica-se também pelo facto de o numerário romano ser o único com curso internacional. A legislação visigótica aponta no sentido de o

Esta proximidade entre falsificação de moeda e traição é tanto mais forte quanto se verifica a "... finalidade legitimadora e propagandística das cunhagens a partir do aparecimento do numerário propriamente visigótico, com Leovigildo.".

Olhando para o tratamento jurídico-penal da falsificação de moeda no Direito Visigótico (cujas fontes principais se encontram em *L V* 7, 5 *de falsariis scripturarum* e em *L V* 7, 6 *de falsariis metallorum*), há que ressalvar o facto de as normas relativas à falsificação de moeda, ainda quando agrupadas num mesmo título, se integrarem num conjunto mais vasto de disposições respeitantes aos metais preciosos[71].

Uma importante inovação, que D'ORS atribui a Leovigildo[72], encontra-se na *LV* 7, 6, 1: a acusação *pro metalla* era um dos cinco casos em que se excepcionava a máxima "*de servis in dominos quaeri non licet*". Segundo a *antiqua*, *LV* 6, 1, 4 (*Pro quibus rebus et qualiter servi vel ancille torquendi sunt in capite dominorum*), tal como nos delitos de adultério, traição, homicídio e malefício, também a acusação de falsificação de moeda contra o homem livre permitia o recurso à tortura dos seus escravos, como meio de prova[73].

No que respeita ao regime sancionatório, previa-se na *LV* 7, 6, 2 a amputação da mão direita para o servo, ficando o castigo ao arbítrio do juiz em caso de reincidência; o confisco de metade dos bens se se tratasse de ingénuo; e a perda da liberdade no caso de o infractor ser homem livre, mas *humilior*. Ainda uma disposição sancionatória para o juiz que não aplicasse as penas previstas, no sentido da perda de um quarto dos bens a favor do fisco. As

---

sistema monetário visigótico ter sido o do Baixo Império. Veja-se mesmo a crise monetária provocada no reinado de Alarico II pela emissão de um tipo de *solidus* rebaixado (de 3, 65 gr.), aquando dos preparativos para a guerra com os francos: os burgúndios consideraram a moeda adulterada e excluíram-na da circulação interna, o que consubstanciou a excepção à norma da irrecusabilidade da moeda oficial, conforme *L Burg.* addit. II, cap. 7 (6). Assim, *vide* Olga Marlasca MARTINEZ, "La regulación de la falsificación de monedas en el Derecho romano y en la ley de los visigodos", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXX (2002), Madrid, pp. 405 a 422, p. 416.

[71] Em "El Código de Eurico", *in Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Estudios Visigóticos*, II. Roma-Madrid, 1960, Alvaro D'ORS defendeu que a base euriciana das referidas disposições da *Lex Visigothorum* seria um título independente *de falsariis*; a*pud* Olga Marlasca MARTINEZ, cit, pp. 405 a 422, p. 417.

[72]Em favor desta posição, o facto de, quer nas *Pauli Sententiae*, quer no *Edictum Theodorici*, 90, a falsificação de moeda ser regulada juntamente com outras modalidades do crime de *falsum*; também no *C. Th.*, 9, o mesmo delito surgir separado dos outros apenas devido à interposição do título 20, *Victum civiliter agere criminaliter posse*; *vide* Olga Marlasca MARTINEZ, cit., p. 419.

[73] Também em *Fuero Juzgo* 7, 6, 1: *Que los siervos deven ser tormentados contra sos sennores que corrompen la moneda.*

disposições constantes de *LV* 7, 6, 3 e 4 equiparavam o delito ao furto[74]

3. A traição no Direito Visigótico

O Direito Visigótico oferece um plano privilegiado de análise do crime de traição[75]. Mercê da estruturação de um edifício jurídico-político que se pretendia sucessor da Roma imperial que os visigodos conheceram e assimilaram, vários traços da cultura jurídica e política permaneceram e sofreram uma adaptação às circunstâncias do reino peninsular.

O crime de traição, longe de ser excepção, poderia mesmo considerar-se um dos perfeitos exemplos da assimilação visigótica de institutos romanos.

Todavia, as disposições conciliares da Igreja visigótica – pilar essencial da monarquia – não só oferecem uma visão pormenorizada da dinâmica atribulada da política interna e, muito especialmente, do aproveitamento político do crime de traição como catalisador da sucessão no trono, como também procedem à exposição de toda uma argumentação que sustenta a perspectiva visigótica daquele delito. Estabelecer um paralelo perfeito com a construção romana da traição é, todavia, apenas aparentemente possível. Há toda uma diferente concepção das relações jurídico-políticas que altera profundamente os dados da questão.

3.1. Análise das fontes: os concílios visigóticos e a legislação régia

Quando em 633 o IV Concílio de Toledo ditou a sentença de Suintila, na sequência da rebelião que, com ajuda franca, o depôs, fê-lo não sem antes expor uma argumentação em toda a linha

[74] Estas disposições correspondem a duas *antiquae* aparentemente de Eurico e, segundo D'ORS, "El Código de Eurico", cit., deveriam integrar o *titulus de furtis*; *LV* 7, 6, 3 *antiqua. De his qui acceptum aurum alterius metalli permixtione corruperint. – Qui aurum ad facienda ornamenta susceperit et adulteraveri, sive heris vel cuiuscumque vilioris metalli permixtione corruperit, pro fure tenetur. LV* 7, 6, 4 *antiqua. Si quorumcumque metallorum fabri de rebus creditis repperiantur aliquid subtraxisse. – Aurifices aut argentarii vel quicumque artifices, si de rebussivi conmissis, aut traditis aliquid subtraxerint, pro fure tenetur.* Disposição idêntica se encontra no *Fuero Juzgo*, 7, 6, 3: *De los que falsan el oro ... sea iusticiado cuemo ladron.*

[75] Paolo PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento político nella storia costituzionale dell' Occidente*, Società editrice il Mulino, Bologna, s.d., p. 90, qualifica a monarquia e os concílios visigóticos como "laboratório político por excelência", remetendo, a título de exemplo, para a discussão em torno do juramento de Jaime I de Inglaterra que, em pleno século XVII, se socorrerá do conceito de juramento dos concílios de Toledo.

reveladora da concepção visigótica do poder régio, fortemente marcada pelo pensamento de S. Isidoro de Sevilha[76].

Em primeiro lugar, não é de menosprezar o facto de a sentença de Suintila surgir nas últimas linhas do cânone LXXV, de âmbito mais genérico (*De commonitione plebis ne in principes delinquatur*). Há – deve haver – toda uma justificação de fundo para o castigo do rei deposto, para lá das contingências palacianas em que a coroa visigótica se viu desde sempre enredada. O Concílio esforçou-se, pelo menos, em fazer apresentar os eventos dessa forma.

O pilar da argumentação expendida é, sem quaisquer dúvidas, a noção de *fidelidade*. O que é posto em causa com a rebelião dos povos contra os seus reis é a *fidelidade* jurada no momento da coroação. O homem que atenta contra o rei atenta contra si próprio porque viola o que pactuou, com a agravante de violar o que jurou no nome de Deus[77]. As referências à *fidem sacramento promissam regibus* são constantes:

…hostibus quippe fides pacti datur nec violatur; quod si in bello fides valet, quanto magis in suis servanda est[78]*?*

…quanto magis nos nostrae salutis interitum timere debemus, ne per infidelitatem eodem saevientis Dei gladio pereamus[79]*?*

…servemus erga Deum religionis cultum atque timorem et usque in mortem custodiamus erga principes nostros pollicitam fidem atque sponsionem: non sit in nobis sicut in quibusdam gentibus infidelitatis subtilitas impia, non subdola mentis perfidia, non periurii nefas, coniurationum nefanda molimina…[80]

---

[76] Que presidiu, aliás, ao IV Concílio de Toledo.

[77] PRODI chama a atenção para a relevância jurídica da *fides* jurada e do *iuramentum* enquanto *sacramentum*, que se manifestam especialmente no IV Concílio de Toledo por influência de S. Isidoro de Sevilha. Se, por um lado, o processo de historicização do juramento enquanto sacramento humano favorece a sua integração na esfera da Igreja, que assim passa a ser chamada a pronunciar-se sobre a nulidade do juramento e influencia decisivamente a regulação do juramento, por outro a integração do juramento – tornado obrigatório pelo mesmo IV Concílio de Toledo, sob pena de excomunhão – adquire uma dimensão "constitucional" no cânone 75 daquele concílio, ao estabelecer-se não só a pena de excomunhão para os violadores do pacto mas exigindo-se também do rei os deveres que os distinguem do tirano, determinando as linhas fundamentais de um modelo para as monarquias europeias dos séculos seguintes; cit., p. 66, pp. 90-91

[78] Concilio de Toledo IV, cânone 75.

[79] Idem.

[80] Idem.

Non aliter et Geilanem memorati Suintilani et sanguine et scelere fratrem, qui nec in germanitatis foedere stabilis extitit nec fidem gloriosissimo domno nostro pollicitam conservavit…[81]

A referência que neste mesmo cânone se faz à inviolabilidade dos reis enquanto *ungidos de Deus*[82] é apenas complementar, no seguimento da citação de passagens bíblicas para reforço da ideia de que a traição ao rei é também um pecado. Ela não corresponde à essência da justificação. A fórmula de S. Isidoro de Sevilha determina a perda da qualidade de rei se este incumprir o seu dever de governar rectamente. Tal concepção de um poder régio condicionado, tão presente na literatura jurídica e política peninsular medieval, afasta-se da ideia de majestade real enquanto qualidade da pessoa do monarca, tal como ela se apresentava no ordenamento jurídico romano.

O que acima se expôs não implica, todavia, que na prática, não tenha ocorrido uma inversão lógica dos processos políticos de sucessão. A deposição de Suintila terá ficado a dever-se a um golpe palaciano, como tantos outros, com a ajuda militar de exércitos francos. Ainda assim, a preocupação do Concílio em justificar a deposição demonstra bem o papel estabilizador que a Igreja visigótica tentou ter na conturbada cena política do reino, reafirmando a necessidade de união interna como factor de paz.

Esta interpretação é reforçada pela pena decretada para Suintila[83]: embora tenham sido decretados a excomunhão e o confisco dos bens, a vida do rei foi poupada, muito provavelmente por influência da Igreja[84].

A punição acima descrita corresponde ao regime punitivo da traição régia no direito visigótico, fortemente influenciado pelo direito imperial. Assim, as sanções características compreendiam a pena de morte, o confisco dos bens e a infâmia[85].

---

[81] Concilio de Toledo IV, cânone 75.

[82] *Illi ut notum est inmemores salutis suae própria manu se ipsos interimunt, in semetipsos suosque reges próprias convertendo vires, et dum Dominus dicat: «Nolite tangere Christos meos»: et David: «Quis, inquit, extendet manum suam in Christum Domini et innocens erat?»*

[83] *De Suintilane vero qui scelera propria metuens se ipsum regno privavit et potestatis fascibus exuit id quum gentis consultu decrevimus: Ut neque eumdem vel uxorem eius propter mala quae conmisserunt neque fillios forum unitati nostrae unquam consociemus, nec eos ad honores a quipus ob iniquitatem deiecti sunt aliquando provemus, quique etiam sicut fastigio regni habentur extranei, ita et a possessione rerum quas de miserorum sumtibus hauserant maneant alieni, praeter in id quod pietate piissimi principis nostri fuerint consequuti.*

[84] José ORLANDIS, "En torno a la noción visigoda de tiranía", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXIX (1959), Madrid, pp. 5 a 43, p. 13.

[85] Concílio de Toledo IV, cânone 75.

A aplicação da pena de morte não era, todavia, praticada de modo uniforme, ficando à discricionariedade do príncipe, como se pode ler na Lei de Chindasvindo**:**

Quod si fortasse pietatis intuitu a principe fuerit ille vita concessa, non aliter quam effossis oculis relinquatur ad vitam[86]

O perdão régio conheceria mesmo alguma regularidade[87], o que justifica alguns apelos conciliares no sentido de tal prática ser suprimida, como forma de dissuasão de um crime que ameaçava constantemente a estabilidade política do reino.

Coincidente com o direito imperial é a transmissibilidade da pena. Estabelecida pela constituição dos imperadores Honório e Arcádio (397)[88], virá a ser aceite pelo Concílio toledano XIII, cânone I.

3.2. A fundamentação do crime de traição: a *fidelidade*

Como pudemos já mencionar, a proximidade entre as normas de direito romano e as de direito visigótico sobre o crime de traição – muito particularmente, no que respeita ao regime punitivo – é flagrante. Também a prática do Baixo-Império de utilização dos processos por traição como instrumento de perseguição política se verificou, com especial incidência, no reino visigótico[89].

---

[86] *Lex Visigothorum l. II, 1, 8, apud* ORLANDIS, "Huellas visigóticas…", cit., p. 645

[87] Concílio de Toledo V, *VIIII: De indulgentia principum noxiis reservata. In his omnibus quae praemisimus potestatem indulgentiae in culpis delinquentium principi reservamus, ut iuxta bonitatis et pietatis suae moderamen ut emendationem presperxerit mentium, veniam tribuat culparum.*

[88] Previa-se então a exclusão do exército e de qualquer cargo público, bem como a incapacidade para adquirir por morte, *Cod.*, 9, 8, 5.

[89] Veja-se, assim, a disposição conciliar determinando garantias processuais para bispos, grandes do palácio e gardingos acusados em processos por traição régia: Concílio de Toledo XIII, II, *De acusatis sacerdotibus seu etiam obtimatibus palatii atque gardingis sub qua eos iustitiae cautela examinari conveniat.(…)Quod si de infidelitatis crimine quiequameis obicitur, simili ut superius praemissum est ordine iudicandi sunt. Quod synodale decretumdecretum, divino et confidimus spiritu promulgatum, si quis regum deinceps aut temeranter custodire neclexerit aut malitiose praeterire prae elegerit, quo quisque de personis taxatis aliter quam praemissum est praedampnentur, aut astu congestae malitiae perimaturvel deiectus sui ordinis loco privetur, sit cum omnibus qui ei ex delectatione consenserint in conspectualtissimi Dei Petris et unigeniti Filii eius atque Spiritus sancti perenni anathemate / ultus , et divinis vel aeternis abdicatur ardorius concremandus: et insuper quidquid contra hanc regulam sententiam nostrae ut in persona cuiusquam fuerit actum aut de rebus accusatae personae extiterit iudicatum nullo vogorem subsistant, quo persona ips aliter quam decernimus iudicata aut testimunii sui dignitatem amittat aut quaestum rei propriae careat.* Este cânone II, que ORLANDIS, na esteira de Félix DAHN, apelida de *habeas corpus* visigótico, terá correspondido a uma tendência de pacificação política verificada na sequência de um período de perseguições

Ainda assim, e olhando para a fundamentação comum às várias disposições dos concílios visigóticos, é possível verificar que a *fidelidade*, (e não a *majestade*) é aqui o conceito chave[90].

Tal facto é compreensível se se atentar no lugar que a *fidelidade* ocupava na teorização visigótica da sustentação do poder do monarca e da estruturação da relação jurídico-política entre Coroa e súbditos.

O juramento prestado na cerimónia de investidura sintetiza a concepção visigótica do poder real: a de uma relação de deveres recíprocos, bem patente na fórmula de S. Isidoro de Sevilha: *rex eris, si recte facias; si non facias, non eris*[91].

Certamente haverá que distinguir entre aquilo que foi a afirmação de princípios e de teorias jurídico-políticas e a concretização dos mesmos ao longo da história da coroa visigótica. Tal não afasta, porém, a validade das mesmas enquanto suporte conceptual da construção visigótica da relação entre súbditos e monarca.

Na sequência da deposição de Suintila, o Concílio, sob o cânone LXXV (*De commonitione plebis ne in principes delinquatur*), desenvolveu toda uma argumentação em torno da ideia de *fidelidade* ao rei, fundada no juramento prestado pelo povo perante Deus no momento da coroação do monarca. Argumentação essa que se manteria de então em diante no ideário dos concílios.

A traição régia é tomada, acima de tudo, como uma quebra da fidelidade prometida com juramento, não só para com o rei, mas também para com Deus, pelo que assume igualmente carácter sacrílego.

A obrigação do rei para com a Igreja, o reino e a gente visigótica não só justifica a perda daquela qualidade de rei[92], como

---

violentas e ruinosas para a nobreza e para o povo visigóticos. *Vide* José ORLANDIS, "El canon 2 del XIII Concilio de Toledo en su contexto histórico", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVII (1997), pp. 1601-1607, p. 1602.

[90] Não pode perder-se de vista a dimensão política do conceito de *juramento* formulado pela doutrina isidoriana patente no IV Concílio de Toledo, pois é nele que o conceito de *fidelidade* adquire a sua relevância jurídico-política. Nas palavras de PRODI, é "... a *fides* invisível que no acto do juramento se torna visível, através dos gestos e da voz, gerando o direito superior a toda a autoridade humana ...", cit., p.73.

91 *Etymologiae* IX, 3, 4: *Recte igitur faciendo regis nomen tenetur, peccando amittitur. Unde et apud veterestale erat proverbium: rex eris se recte facias, si non facias non eris.*. *Sententiae*, III, 48 : *Reges a recte agendo vocati sunt, ideoque recte faciendo regis nomen tenetur, peccando amittitur.*

[92] Veja-se o caso de Suintila, que, segundo o entendimento do Concílio, perdeu automaticamente a qualidade de rei por violação da fidelidade prometida ao povo, Concílio de Toledo IV, LXXV.

implica que se estabelecesse uma relação pessoal de reciprocidade – elemento essencial da fidelidade[93].

Esta reciprocidade de deveres – e não a ofensa à pessoa do monarca *qua tale* – justificam também as disposições conciliares no sentido de se evitarem os perdões régios do crime de traição[94].

Por todos estes motivos, FERREIRÓS chega a afastar a noção de *crimen maiestatis* do mundo visigótico[95].

4. Traição e aleivosia no direito penal medieval

E achamos per direito, que ha hi outra maldade, que nom he chamada treiçom, nem aleive pero que a alguũs pareça que deveria assy seer chamada, e a esta chamam os Direitos maldade feita atreiçoada, e aleivosamente, e esta se comete em estas maneiras, que se seguem[96]

4.1. Etimologia

Se as origens do termo *traição* não suscitam dúvidas, o mesmo não se pode dizer das raízes do termo *aleivosia* ou *aleive*.

Traição deriva de *traditio*, que não designa nenhum delito no ordenamento penal romano, mas apenas a *entrega*. A difusão do termo enquanto sinónimo de traição deveu-se não a motivos de ordem jurídica, mas antes à crescente utilização da imagética bíblica. Mais concretamente, da passagem dos Evangelhos na qual se descreve o discípulo que entregou o Mestre como *Judas proditor* ou *Judas traditor*[97]. Originariamente significando apenas *aquele que entrega*, o termo, associado àquela passagem, adquiriu o sentido de *aquele que entrega desleal ou perfidamente*[98].

No que respeita ao termo *aleive*, a doutrina tem discutido a sua etimologia, muito em função da distribuição geográfica do

---

93 FERREIRÓS, cit., pp. 29, 36.

94 Para além da intenção de dissuadir a continuidade de um procedimento que se tornava já recorrente e que era responsável pela instabilidade na cena política visigótica.

95 FERREIRÓS, cit., p. 22. Veja-se a disposição do Concílio de Toledo XIII, II, que se refere à traição régia como *infidelitatis crimine*.

96 *Ordenações Afonsinas,* Livro V, tít. II, 22.

97 Mc, 14, 44; L, 6, 16; FERREIRÓS, cit., p. 23.

98 TAIPA DE CARVALHO, *Traição e Aleivosia na Idade Média*, dissertação de pós-graduação em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito de Coimbra, policopiado, Coimbra, 1981, 156 pp., p.27. FERREIRÓS, cit., p. 24.

termo na península e do exacto significado das suas possíveis origens.

Desde logo, apontam-se dois possíveis termos de grupos linguísticos distintos.

De origem árabe, teríamos o termo *aib*, que designa a *acção censurável*.

De raiz germânica, o termo *at-lêweis*, que se refere ao *traidor*.

A maior relevância do estudo etimológico reside no contributo para a determinação do significado exacto de cada uma das vozes, com vista a resolver uma das questões clássicas sobre o tema: *traição* e *aleivosia*, tantas vezes referidas conjuntamente[99], como que numa expressão quase formular, são usadas como sinónimos ou, pelo contrário, referem-se a distintos tipos de delito?

Tomando a raiz germânica por certa, ambos os termos teriam o mesmo alcance, o que, de certa forma, corresponde directamente ao uso a expressão conjunta, mais frequente nas fontes.

Apelando já às possíveis origens árabes do termo, tudo aponta no sentido de uma distinção de grau no plano da censurabilidade.

Os argumentos avançados pela doutrina resumem-se a dois tópicos principais: por um lado, a menor carga de censurabilidade que, em geral, se reconhece ao termo *aleivosia*, pelo que este estaria mais próximo da raiz árabe; todavia, os documentos mostram um maior predomínio dos termos *aleive* ou *aleivosia* no noroeste peninsular, o que juntamente com a maior proximidade fonética faz apontar para uma origem germânica. Ocorrendo igualmente quer o uso isolado de cada um dos conceitos, quer o uso conjunto, a distinção passará também pelo significado que adquirem no contexto das fontes. Estas considerações levaram GONZÁLEZ a defender que *aleivosia* designa, em geral, e quando usada isoladamente, um simples delito, encontrando-se apenas em documentos galegos o termo na acepção de *infidelidade*, identificando-se, então, com a *traição*. A fórmula conjunta suscita já um outro problema, na medida em que a expressão tanto é usada para referir delitos típicos de *traição* como de *aleivosia* (menos graves). No primeiro caso, a combinação dos termos serviria apenas o propósito de destacar a gravidade do crime. No segundo, o mesmo Autor propõe duas hipóteses: ou se tratava apenas de uma imprecisão terminológica, ou se pretendia punir infracções que se

[99] A utilização de *aleive* ou *aleivosia* não ocorre já nas fontes de Aragão, Navarra e Catalunha; cf. GONZÁLEZ, cit., p. 323.

mostravam danosas para a comunidade, não tanto pela sua gravidade, quanto pela sua frequência[100].

Tal distinção tem vindo a ser defendida por alguma doutrina[101], sem que, todavia, se possa falar de uma discussão encerrada[102].

4.2. Tratamento jurídico-penal da *traição e aleivosia*

Se a etimologia dos termos não é clara, o mesmo se pode dizer dos contornos jurídico-penais do crime em causa.

Da definição do objecto do delito – ou delitos – à estruturação do quadro repressivo, a doutrina tem traçado com dedicação, mas sem consensos, várias possibilidades de enquadramento de uma figura criminal com tão forte presença nas fontes peninsulares medievais.

Atente-se, pois, nalguns dos pontos de maior relevância para a determinação do tratamento jurídico-penal medieval do crime de traição e aleivosia.

4.2.1. Definição

A doutrina tem tratado o crime de traição, essencialmente, de duas perspectivas distintas – ou atendendo às suas consequências, ou atendendo à sua natureza.

A primeira perspectiva foi adoptada por ORLANDIS nos seus dois estudos sistematizadores sobre o conceito de delito alto-medieval[103]. Partindo da noção, fundamental no direito criminal

---

[100] Juan Garcia GONZÁLEZ, "Traición y Alevosía en la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXII (1962), p. 344.

[101] FERREIRÓS, cit., p. 28, remete para a definição de *aleive* constante do *Fuero Real* e do *Espéculo*.

[102] Paulo MERÊA, "Crimes «Deliberados» e Crimes «De Ímpeto»", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 23, 1947, pp. 136-146, p. 141, refere-se a traição e aleivosia como equivalentes. ORLANDIS, "Las Consecuencias del Delito en el Derecho de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XXVIII (1947), pp. 61-165, p. 126: "Acostumbran las fuentes a emplear las denominaciones de «traydor», «alevoso» o «encartado» para designar al que ha incurrido en pérdida de la paz."

[103] José ORLANDIS, "Sobre el Concepto de Delito en el Derecho de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XXVI (1945), pp. 112-192; *idem*, "Las Consecuencias del Delito en el Derecho de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XXVIII (1947), pp. 61-165. Eduardo CORREIA, "A Evolução Histórica das Penas", *in Revista da Faculdade de Directo de Coimbra*", vol. 53, 1977, pp. 51-311, p. 53, segue a posição de ORLANDIS quanto à caracterização do crime de *traição* enquanto delito que desencadeava a perda da paz absoluta.

medieval, de *perda da paz* – que resultava no desprovimento de protecção jurídica face ao ofendido ou a toda a comunidade – o Autor caracterizou o crime de traição como o delito de especial gravidade que desencadeava a perda da paz absoluta[104], em regra traduzida na perda da paz do concelho.

A qualificação do delito como *traição* poderia, assim, decorrer tanto da concorrência de factores externos, como da verificação de circunstâncias que revelassem uma dimensão subjectiva especialmente reprovável, que actuariam como agravantes.

Esta posição está longe de ser consensual. Vários autores puderam pronunciar expressamente o seu desacordo em relação a esta interpretação, que parece não levar em conta a tradição fixada nas fontes relativamente ao crime de *traição e aleivosia* e à sua fundamentação no quadro da realidade peninsular da Alta Idade Média.

Assim, Paulo MERÊA, no estudo que publicou em 1947 sobre crimes deliberados e crimes de ímpeto[105], afasta-se da interpretação de ORLANDIS precisamente por apelo à característica essencial do crime de *traição*, que o distingue de outros crimes que partilhavam, todavia, o mesmo regime sancionatório. Desta forma, e embora alguns crimes de *traição* implicassem premeditação (caso da morte do convidado, ou do companheiro de viagem), nem todos os crimes premeditados consubstanciariam casos de *traição*[106], o que é bem patente nalguns foros que, prevendo a mesma sanção, ainda assim distinguem os crimes[107]. O crime de *traição* ou *aleivosia* caracterizar-se-ia pela *infidelidade*.

Também FERREIRÓS se refere expressamente à leitura de ORLANDIS, para afastar terminantemente a existência de um crime agravado, designado de *traição*. Nas palavras daquele, "traidor es el desleal"[108]; o fundamento do crime de *traição* residia na quebra de uma relação de fidelidade.

---

104 ORLANDIS, "Sobre el Concepto de Delito…", p. 120, 125; "Las Consecuencias del Delito…", p. 126; "La Paz de la Casa en el Derecho Español de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XV (1944), pp. 107-161, p. 114; "Huellas Visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XV (1944), pp. 644-658, p.656-657**;**

105 Paulo MERÊA, "Crimes «deliberados» e Crimes «de ímpeto»", *in Boletim da Faculdade de Direito de* Coimbra, vol. 23, 1947, pp. 136-146.

106 Paulo MERÊA, cit., p. 141, dá como exemplo o parágrafo 496.º do foro de Soria, que prevê o caso do homicida que pretendesse roubar o viajante.

107 Caso do foro de Salamanca, que distingue o homicídio cometido com *conseyo* de *traicion*. *Apud* MERÊA, cit., p. 142

108 FERREIRÓS, cit., p. 25.

GONZÁLEZ, discordando da tese de ORLANDIS[109], trata igualmente o crime de *traição* a partir da sua natureza, delimitando-a em função de o delito ser cometido contra uma pessoa para com a qual existisse um dever de fidelidade[110].

Ainda TAIPA DE CARVALHO[111] enumera como característica essencial da *traição* a violação de um dever especial e pessoal de fidelidade, a par da gravidade objectiva da infracção.

Uma vez que não existe uma definição clara do delito, que compreendia, além do mais, um vasto leque de situações e que partilhava o regime punitivo com outros crimes, passamos a enumerar os crimes cujos agentes são qualificados, nas fontes medievais, como *traidores e aleivosos*.

Entre os crimes cuja qualificação não oferece dúvidas, encontram-se o homicídio com violação de tréguas, fiança de salvo, ou paz especial[112].

Também a morte do *inimigo* pela parte ofendida depois de findo o estado de inimizade, a morte do senhor natural ou daquele a quem o homicida prestasse serviço e a morte de parente (variando a proximidade de grau)[113] [114] se inserem neste elenco.

Um outro grupo de delitos apresentados pelas fontes de direito local como casos de traição integra o homicídio de pessoas próximas (do companheiro de viagem; do convidado; daquele que fora atraído para local retirado)[115].

ORLANDIS distingue ainda um grupo de delitos caracterizado pela verificação de circunstâncias agravantes, como o dolo, o aconselhamento, a premeditação, a perversidade de sentimentos[116].

Aquele Autor identifica ainda um último conjunto de situações que, em geral, teriam como consequência apenas a

---

[109] GONZÁLEZ, cit., pp. 337-338.

[110] GONZÁLEZ, cit., p. 342.

[111] Américo TAIPA de CARVALHO, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal – Análise histórica. Sentido e limites*, Coimbra, 1985

[112] *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et Consuetudines*, I, p. 865, Costumes e Foros de Castel Rodrigo: *E despoys que dere salua fe si nigmiga fezere… yxca por aleuoso de concelho* ...

[113] GONZÁLEZ, cit., pp. 340-341, faz refrência ao assassinato do pai, ascendentes e colaterais; lei de D. Afonso IV, de 1355: *E o que ferir seu padre ou sa madre ou algũs daqueles donde dizedes per linhagem per linha dereita ata o quarto graao ou algũs seu parente chegado ata o quarto grãao ou sogro ou padrinho ou outros semelhauees*

[114] ORLANDIS, "Sobre el Concepto…", cit., p. 127 e ss..

[115] Na expressão do Fuero de Brihuega, 46: *fiando el uno en el otro*; *apud* GONZÁLEZ, cit., p. 341.

[116] ORLANDIS, "Sobre El Concepto…", cit., p. 133. Qualificação que, sendo coerente com a caracterização que o Autor faz do crime de *traição*, mereceu a discordância de GONZÁLEZ (cit., p. 338) e de MERÊA (cit., p. 141).

inimicitia da parte ofendida. Entre elas, a mais frequente seria a o homicídio sem desafio[117]. MERÊA discorda, uma vez mais: da análise das fontes invocadas, resulta que alguns desses casos respeitariam à morte de um *inimigo*, em sentido técnico, à mercê do ofendido, mas apenas mediante a *diffidiatio*, pelo que, na falta desta, se estaria no âmbito da *traição*. De facto, a *inimicitia* supunha o desafio perante o conselho (como forma de limitação da execução da *faida*). Assim, veja-se a equiparação, que se verifica nalguns foros, destes casos à ofensa praticada sob fiança de salvo ou após reconciliação[118].

4.2.2. As penas

O tratamento fragmentado do crime na Alta Idade Média, disperso pelos direitos locais, não impede, ainda assim, o levantamento de um regime punitivo relativamente homogéneo.

O critério de qualificação adoptado por ORLANDIS, se bem que discutível enquanto tal, revela, todavia, aquela que é a característica comum: a perda da paz absoluta.

Os efeitos da perda da paz projectavam-se quer sobre a pessoa, quer sobre o património do criminoso. Assim, consequências típicas do crime de *traição* eram a morte e o confisco dos bens.

O confisco – efeito patrimonial da perda da paz – revertia para a autoridade jurisdicional e, nalguns casos, também para o ofendido ou seus familiares. Podia também revestir forma de pena pecuniária especialmente grave[119] que desencadearia, na falta de cumprimento por parte do condenado, a execução de uma pena

---

[117] *Port. Mon. Hist.* Leges et Consuetudines, II, p. 9, Costumes e Foros da Guarda: *Todo ome que ome matar, que casa ouier en a Guarda e non ouer desfyado a foro façam delle iustiça come de trahedor*…. Também GONZÁLEZ identifica como traição aqueles homicídios que, em regra, não se enquadrariam nessa qualificação – dando igualmente como exemplo o caso do homicídio sem desafio – para o que o Autor propõe como justificação a intenção de limitar a sua frequente verificação; cit., pp. 339, 342.

[118] MERÊA, cit., p. 145. Também Eduardo HINOJOSA, *El Elemento Germánico en el Derecho Español*, Madrid, 1915, p. 71, defende que quem matasse o seu inimigo antes da declaração de inimizade seria considerado traidor.

[119] Assim, *Port. Mon. Hist.*, Leges et Consuetudines, I, p. 865, Costumes e Foros de Castel Rodrigo (1209), LVII: *E despoys que dere salua fe si nigmiga fezere aquel que ho sobre si leuare peyte la calona dublada a ho quereloso ou a seus parentes la calona e se o matare e non o poderen auer peyte DC morabitinos médios a hos alcaldes e médios a hos querelosos e si lo ferir sobre salua fe peyte C morabitinos e yxca por aleuoso de concello e del querelloso*… Outra consequência relevante no plano patrimonial, também característica do crime de *traição e aleivosia*, era a destruição da casa, símbolo da expulsão do traidor da comunidade e da perda de protecção; cf. ORLANDIS, "Consecuencias …", cit., p. 126-128.

que correspondia, em regra, à morte[120]. Nalguns foros, impunha-se às autoridades do conselho a participação na vingança dos familiares e na destruição da casa do *traidor*[121].

Já no que respeita à aplicação da pena de morte aos casos de traição e aleivosia, haverá que atender à sua evolução, a partir da perda da paz, no processo de concentração do *ius puniendi*.

Se nem todos os delitos punidos com pena de morte originaram, inicialmente, a perda da paz, o caso particular dos crimes de *traição e aleivosia* reflecte essa relação.

Tratando-se de casos em que, originariamente, a morte decorre da vingança, proporcionada pela supressão da protecção jurídica, progressivamente verifica-se quer o envolvimento das autoridades na execução da vingança pelos familiares do ofendido ou por qualquer vizinho do concelho, quer a atribuição desta competência àquelas[122].

Este regime não resulta, pois, da aplicação do regime visigótico da traição régia (cujo regime punitivo se aproximava em toda a linha do regime do direito imperial) mas deriva, sim, de um regime também de origem germânico, mas de natureza distinta e que se desenvolveu na península da Alta Idade Média, marcada pela rápida queda do império visigótico e desestruturação que, a exemplo das dificuldades sentidas antes das invasões de 711, caracterizou o poder político nos primeiros séculos da Reconquista – determinando o retorno das comunidades a formas primitivas de tutela[123].

A percepção deste cenário de dispersão do poder, de flagrante insegurança, permite compreender o papel reservado à *fidelidade* e à sua tutela.

Fundada numa especial relação pessoal de confiança, a preponderância da *fidelidade*, enquanto valor, corresponde ao redimensionar da realidade social, mercê da dispersão e da quase ausência do poder central no quotidiano das populações peninsulares da Reconquista.

---

120 *Port. Mon. Hist.*, Leges et Consetudines, I, p. 380, Freixo (1152): *Ad quem demandarem que homine matou a traicion lide et si caer pectet mil m.º et si non habuerit de que los peche faciant de illum iustitiam quomodo de aleiuoso e de traidor…*

121 *Portugaliae Monumenta Historica*, Leges et Consuetudines, I, p. 380, Freixo (1152): *Ad quem demandarem que homine matou a traicion … sup exeat de fresno pró aleuoso et de suo termino et derribemle las casas…*; idem, p. 603, Santa Cruz (1225): … *faciant de illo iusticiam quoomodo de aleuoso et de traditor … exeat de sancta cruce pro aleiue, et de suo termino, et derribem suas casa…*

122 ORLANDIS, "Consecuencias …", cit., p. 131.

123 ORLANDIS, "Consecuencias…", p. 61; Eduardo CORREIA, *Evolução Histórica das Penas*, cit., p. 53.

A extensão do regime da traição régia visigótica às outras formas de *traição e aleivosia* viria a ocorrer apenas mais tarde, por via legislativa.

De facto, este processo é visível não só em disposições de direito foraleiro, mas sobretudo em legislação régia, que introduz alguma uniformização não só no âmbito processual, mas também no regime punitivo.

Exemplo disso, e para além da já analisada lei de D. Afonso II, que estende a pena de confisco aos casos de traição e aleivosia, encontra-se a lei de D. Dinis, de 1302[124], que determina a aplicação da pena de morte a vários casos, sem, todavia, os qualificar. Assim, estabelece-se, entre outros casos:

Outro sy todo homem, que matar, ou chagar outrem, nom avendo com elle tençom, nem lhe dizendo, nem fazendo por que, ou estando seguro o morto, ou chagado, que o que lhe fezer o que dicto he, moira porem.

Em parágrafo autónomo desta lei prevê-se a mesma pena para o crime de falsificação de selos ou sinais[125]. Este caso é paradigmático da alteração que se verifica no tratamento do crime de *traição*.

Tal resulta, desde logo, da comparação com o regime aplicado ao mesmo crime no título II do livro V das Ordenações Afonsinas: aí, a sanção aplicada não integra já a morte, mas prevê o confisco dos bens sempre que não houvesse ascendentes nem descendentes legítimos, quadro punitivo típico do crime de lesa-majestade de segunda cabeça[126].

Também a lei de D. Afonso IV, de 1355[127], se reveste de particular importância, na medida em que estabelece um regime de conhecimento oficioso pelas autoridades judiciais, naquilo que se pode caracterizar como um regime de "crimes públicos"[128].

… Mandamos que as Justiças das terras filhem. Polla Justiça quando as partes nom quiserem apellar Estes fectos que se seguem

Jtem Primeyramente dos crimes a que o dereito diz crimj Leese maJestatis que he en muitas gisas

Jtem O que matar outro ou firir sobre segurança ou em vendicta ou a reuendicta ou conselheyramente Ou em asuunada ou de proporio E o que ferir

---

124 Transcrita em *Ordenações Afonsinas*, Livro V, 32, 2.

125 *Ordenações Afonsinas*, Livro V, 32, 5.

126 *Ordenações Afonsinas*, Livro V, II, 21: *E quanto he aos beẽs de todollos malfeitores suso ditos em este Capitulo contheudos, que por taaes malefícios forem condepnados per nossa sentença, Mandamos, que teendo elles ascendentes, ou descendentes lidemos, elles ajam os ditos beẽs; e nom havendo elles ao tempo da condepnaçom ascendentes, ou descendentes lidemos, em tal caso Mandamos, que seus beens sejam todosconfiscados pera nós, e que possamos delles fazer o que for nossa mercee, como de cousa nossa.*

127 *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa, 1971, pp. 478-483.

128 Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, cit., p. 232.

seu padre ou sa madre ou algũus daqueles donde dizedes per linhagem per linha dereita ata o quarto / graao ou algũu seu parente chegado ata o quarto grãao ou sogro ou padrinho ou outros semelhauees E o que aquel com que uiuer …

Nesta lei vemos já distinguir-se, claramente, crimes de lesa-majestade de outros delitos que integram o quadro típico dos crimes ditos de *traição e aleivosia*, mas que não são aqui qualificados como tal[129]. Pelo contrário, esses delitos são enumerados juntamente neste parágrafo – e não em parágrafo autónomo – com delitos de natureza distinta[130].

Chama-se particularmente a atenção para os crimes contra a justiça pública (*ferir ou deostar que tenha ofício de Justiça no ofício ou sobre o ofício*), que, ao contrário do que sucede nesta lei, serão qualificados nas Ordenações Afonsinas como crimes de *lesa Magestade de segunda Cabeça*[131].

4.3. A traição ao rei em especial

4.3.1. A *fidelidade* como fundamento

O crime de traição ao rei encontra-se no centro da alteração verificada na concepção do crime tal como fora entendida até à fixação do regime que vemos já estabelecido nas Ordenações Afonsinas e que foi fortemente determinado pela recepção do direito justinianeu e pela divulgação dos monumentos dela mais representativos.

De facto, enquanto que os antigos casos de *traição e aleivosia* são afastados do âmbito do crime, passando a ser tratados como delitos agravados, a traição ao rei mantém-se como crime autónomo, sofrendo também uma progressiva, mas profunda reformulação.

Durante o período de convivência das distintas situações que, por partilharem um mesmo fundamento – a violação de um dever de fidelidade – integravam a noção de *traição*, o delito contra o rei conheceu a continuidade do regime punitivo visigótico[132].

Essa continuidade verifica-se quer no fundamento do crime, quer no quadro sancionatório.

Por um lado, a *fidelidade* devida ao monarca continua a ser invocada na punição dos *traidores*.

---

[129] Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, *Manual* …, cit., pp. 133-134, referem tratar-se de casos de *homicídio doloso qualificado* e de *ofensas corporais qualificadas*.

[130] São referidos, entre outros, crimes como ferir em Igreja, violação, incesto, feitiçaria, heresia, fogo posto ou corte de árvores.

[131] *Ordenações Afonsinas*, Livro V, tít. II, parágrafos 14-21.

[132] FERREIRÓS, cit., p. 25.

Assim, pode ver-se a teorização exposta na *Partida II*, que centra todo o discurso sobre a *traição* nos deveres – decorrentes da fidelidade – dos súbditos para com o monarca.

Também no *Fuero Real* se identifica a infidelidade ao rei com o crime de *traição*.

O resultado da identificação total que se faz no *Fuero Real* determinou, porém, necessariamente, a distinção de regimes sancionatórios para os casos menos graves – que são aí qualificados como *aleive*, ou não qualificados de todo – já que a pena para o crime de traição era especialmente gravosa, compreendendo a pena de morte e o confisco dos bens[133].

De acordo com o que se dispõe no livro IV, tít. XVII, lei II,

Todo ome que matare a outro a traycion o aleve arrastrenle por ello, é despues enforquenlo: e todo lo del trydor hayalo el Rey, y el del alevoso haya la meitad el Rey, e la meitad los herederos: e si en otra guisa lo matare sin derecho, enforquenlo, e todos sus bienes heredenlos sus herederos, é non peche el tomecillo.

Desta forma, os bens do traidor seriam atribuídos, na íntegra, ao rei, enquanto que os do aleivoso apenas seriam confiscados em metade, permanecendo a outra metade na esfera dos herdeiros.

Esta passagem do *Fuero Real* revela algumas particularidades importantes.

Em primeiro lugar, distingue-se claramente *traição* de *aleive* no plano sancionatório, embora na previsão da norma se recorra à caracterização típica conjunta (*a traycion o aleve*). Ainda assim, a diferenciação estabelecida permite ver no crime cometido aleivosamente uma menor gravidade que a verificada naquele cometido com traição.

A distinção esbate-se, de alguma forma, com a previsão autónoma de casos de homicídio *sin derecho* que não integram as noções de *traição* nem de *aleive* e cujo regime sancionatório se afasta do que se aplica aos outros delitos por não contemplar o confisco dos bens.

Uma vez que não é dado um critério de diferenciação, apenas se concluirá pela identificação de dois tipos de crime previstos – traição e aleivosia, por um lado; homicídio sem direito, por outro – sendo que no primeiro se distinguiriam ainda dois delitos (traição e aleivosia), por mera diferença de intensidade, e não de natureza, da ofensa.

Traço característico daquele crime composto era, pois, a pena de confisco (aplicada também com diferente intensidade), que não se previa para o homicídio *sin derecho*.

[133] ORLANDIS, "Consecuencias…", cit., p. 127.

Por outro lado, as penas aplicadas correspondem às previstas nas disposições de direito visigótico[134], compreendendo, como se tem vindo a referir, como penas típicas da repressão da traição régia, a pena de morte e o confisco dos bens.

4.4. A crise da relação pessoal de *fidelidade*. Traição e infidelidade

A traição, enquanto violação de um dever de fidelidade, sofre as primeiras transformações conceptuais, não com o simples afastamento daquela relação, mas ainda com a alteração que se verifica na sua concepção.

De facto, um valor fundamental da vida comunitária medieval não teria sido afastado se não tivesse conhecido ele próprio, uma "crise" interna[135].

A noção fundamental, subjacente à ideai de fidelidade, era a de uma especial relação pessoal, concreta, nascida da vivência em comunidade[136]. Esta mesma ideia, todavia, sofreu um processo de formalização, cujo resultado foi o surgimento das chamadas *pazes especiais* – que resultavam em especiais atribuições de protecção jurídica –, caracterizadas por uma abstracta relação subjacente, originando obrigações entre pessoas indeterminadas. Casos paradigmáticos destas *pazes especiais* são os da *paz do mercado*[137] ou do *caminho*[138].

---

134 FERREIRÓS, cit., p. 25.

135 FERREIRÓS, Iglesia, "La Crisis de la Noción de Fidelidad en la Obra de Diego de San Pedro", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXIX (1969), Madrid.

136 FERREIRÓS, "La Traición…", cit., p. 36; TAIPA DE CARVALHO, "Traição e Aleivosia…", cit., p. 70-71.

137 Luís VALDEAVELLANO, "La Paz del Mercado", *in Anuário de Historia del Derecho Español*, VIII (1931), pp. 201-405, pp. 294-297; ORLANDIS, "La Paz de la Casa…", cit., pp. 108-111: a *paz da casa*, figura antiga no direito germânico, tinha como fim a protecção do que nela morava e, enquanto figura jurídica, com raízes prováveis no primitivo carácter sagrado da casa, actuava como circunstância modificativa da responsabilidade, atenuando-se ou eximindo-se se o dono agisse na casa em defesa dos seus direitos; agravando-se a daquele que cometesse algum delito violando a paz da casa; a figura adquiria ainda diferentes contornos consoante o dono incorresse em *traição* ou em *inimizade*: no caso do *traidor*, verificava-se o afastamento da protecção da casa, já que aquele se via privado da paz absoluta; no caso do *inimicus*, a casa integrava ainda o sistema de protecção do indivíduo, no contexto da restrição progressiva da auto-tutela; cf. p. 116.

138 VALDEAVELLANO, cit., p. 298: a paz protegia os viajantes estrangeiros que se deslocavam ao mercado, designando-se por *conductus* essa paz especial que acompanhava o mercador nas suas viagens.

O que importa ressalvar destas figuras é o seu carácter, já não pessoal, mas territorial[139]. Partindo-se de uma instituição conhecida das populações, para um meio formal de protecção jurídica, ocorreu um processo de abstracção da relação subjacente ao dever de fidelidade, que se viu, assim, diminuída, ou mesmo esvaziada de conteúdo.

5. A recepção do direito justinianeu e a redefinição da teorização do poder

5.1. A equiparação da traição à lesa-majestade

Do que antes se expôs, resulta claro que a *traição* alto-medieval comportava a ofensa ao rei a par de outras. Como fundamento, uma mesma noção: a de *infidelidade*.

Todavia, e como referimos também anteriormente, a ideia de *fidelidade* entra em crise à medida que a reconquista consolida o território, o poder central se fortalece e estrutura e as relações económicas se desenvolvem num cenário de alguma paz.

Este processo veio a conhecer especial desenvolvimento com a recepção do direito justinianeu.

Fenómeno de mera difusão ou de real influência na prática jurídica das comunidades[140], o direito romano-imperial, objecto de um esforço de interpretação e reconstrução pelos juristas das escolas italianas a partir de princípios do século XII[141], é conhecido em Portugal, incontestavelmente, na segunda metade do mesmo século[142]. O mero conhecimento por alguns particulares não fazia,

---

[139] FERREIRÓS, "La Traición…",cit., p. 36.

[140] Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, cit., vol. I, cit., pp. 325-326.

[141] Sem que se tenha operado uma descoberta súbita e ocasional daquele direito, mas antes uma redescoberta dos textos de direito justinianeu que, ao menos no plano teórico, permanecera aplicável em Itália por força de uma *pragmatica sanctio*, de 554. Novos factores, como a *renovatio imperii*, em 800, na linhagem dos francos e, posteriormente, dos germanos; o desenvolvimento das estruturas da Igreja, que mantivera no direito romano a sua *lex saeculi* e um referente técnico do desenvolvimento do direito canónico; ou o surgimento de cidades-estados na península itálica – proporcionavam então uma motivação para o estudo e recriação do direito justinianeu. *Vide* Martim de Albuquerque, Ruy de Albuquerque, cit., vol. I, pp. 245-246; Nuno Espinosa GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., pp. 182-183; Mário de AMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 207-209. Marcello CAETANO, *História do Direito Português*, 3.ª edição, Verbo, Lisboa – S. Paulo, 1992, p. 336.

[142] O testamento do bispo do Porto, D. Fernando Martins, datado de 1185, é apontado comummente como a primeira prova do conhecimento do direito

porém, da legislação romano-imperial direito efectivamente vigente. É neste plano – de determinação do momento em que a influência daquele direito se faz sentir na prática jurídica – que a doutrina jus-historicista mais tem debatido[143] o processo cronológico da recepção. Consensual é, todavia, que a influência da legislação justinianeia se fez sentir logo no reinado de D. Afonso III.

A aceitação do direito imperial em Portugal reveste-se de particular significado político. Atendendo às teses da *plenitudo potestatis* dos reis peninsulares, decorrente da, desde cedo reclamada, *exemptio imperii*, o acolhimento daquele direito não resultou, certamente, do reconhecimento do imperador, por sujeição ao seu direito. Pelo contrário, os monarcas portugueses adoptaram o direito imperial como o seu próprio direito, sujeito às suas competências legislativas, afastando-o ou limitando-o conforme a intenção régia. A adopção de direito imperial enquanto direito do próprio monarca assume, assim, no plano das fontes do direito, as consequências da fórmula que sustentava a tese da *plenitudo potestatis*: *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*[144].

---

justinianeu em Portugal. Nele se lê: *Mando Portugalensi ecclesie Decreta mea et Institutiones et Authenticam et Novellam sicut in uno volumine et Summam Decretorum et Institutionum et Codicis siti in alio volumine… Mando bracharensi ecclesie Codicem meum et Digestum Vetus et Novum in tres partes cum Isforciato et psalterium glosulatum.* (reproduzido por Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, cit., p. 323. Marcello CAETANO, cit., p. 339-340. Nuno E. GOMES DA SILVA, cit., pp. 200-201.

[143] Se alguns Autores duvidam da possibilidade de afirmar com segurança a influência do direito justinianeu antes do reinado de D. Afonso III (caso de Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, cit., p. 327; Henrique da GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*, 2.ª edição, Livraria Sá da Costa – Editora, Lisboa, 1945, vol. I, pp. 113 e seguintes), outros, como Nuno E. GOMES DA SILVA, cit., pp. 203-204, vêem já em certas deis de D. Afonso II ecos da legislação imperial. Em especial, José DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média*, Lisboa, 1994, defende que há indícios sólidos para que se devam ter por anteriores aos que a doutrina commumente aponta os limites iniciais do influxo do direito justinianeu, por via do direito romano-canónico; em particular, as notícias de juízes superiores anteriores a 1211 (pp.248-291), ou os traços relativamente regulares na documentação produzida a partir da década de 1140 (pp. 295 e seguintes).

[144] Martim de ALBQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, cit., p. 335; Nuno E. GOMES DA SILVA, cit., pp. 198-199. Sobre a origem da fórmula e a crítica a CALASSO, *I Glossatori e la teoríaa de la soveranità*, Milão, 1954, *vide* Alfonso OTERO, "Sobre la *plenitudo potestatis* y los reinos hispânicos", *in Anuário de História del Derecho Español*, XXXVI (1964), pp. 141-162; o Autor refere que, precisamente em virtude da *exemptio ab Império* do reino visigótico, não se sentiu nos reinos hispânicos o mesmo clima de emancipação relativamente ao Império

Enquanto direito do imperador, ao ser assumido pelos monarcas como o seu próprio direito, as leis imperiais mostravam-se adequadas à configuração de um poder régio forte[145].

A divulgação do direito justinianeu fez-se, pois, não só por via directa, de estudo prudencial dos textos, mas sobretudo por via indirecta. Esta última não apenas for força do direito canónico, mas, muito particularmente, com a divulgação dos monumentos jurídicos castelhanos do século XIII.

Para além das *Flores de Derecho*, dos *Tempos dos Preitos* – cuja efectiva aplicabilidade não deixa de suscitar dúvidas – e do *Fuero Real* – de aplicação eminentemente local e integradora dos regimes jurídicos das comunidades carecidas de foro –, *As Sete Partidas*, da iniciativa de Afonso X, foram a obra que conheceu maior divulgação e aplicação mais generalizada. Com as suas sínteses de direito imperial tendo por referência o universo jurídico e político hispânico, as *Partidas* influenciaram o direito português de maneira que é possível detectar passos integrais daquela obra nas Ordenações Afonsinas.

Em particular, e como se referiu no capítulo I, a Partida VII foi fonte directa do intróito do título II do Livro V das Ordenações Afonsinas – também elas retrato vivo daquele processo de redefinição face à recepção e às novas circunstâncias do poder, que o direito imperial servia com especial adequação.

Importa, pois, analisar o que se estabelecia nas *Partidas* a propósito do crime de *traição*.

Desde logo se diga que as *Partidas* não conheceram, no entanto, um tratamento coerente da traição.

A Partida II mantém a fundamentação típica alto-medieval – que é também a visigótica, no caso da traição régia. Apelando à ideia de *fidelidade*, desenvolve-se nela uma argumentação fundada nos deveres dos súbditos para com o monarca e a sua família.

Em primeiro lugar, ressalta a argumentação baseada na ideia de um dever de fidelidade por força de uma relação pessoal de confiança:

---

que noutros reinos europeus medievais, cf. pp. 148-150 e 153; sobre a recepção do direito justinianeu e o fortalecimento do poder régio, em especial, Martim de ALBUQUERQUE, "Portugal e a *Jurisdictio Imperii*", *in Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, XVII, pp. 303-357.

145 Martim de ALBUQUERQUE, Ruy de ALBUQUERQUE, cit., p. 336. Acrescia a esta vantagem política o facto de o direito romano integrar o *utrumque ius*, aprovado pela Igreja, o que acentuaria o condicionamento da recepção do direito imperial pelo mesmo fenómeno ocorrido previamente no direito canónico, *vide* Nuno E, GOMES DA SILVA, cit., pp. 199-200.

E son dos maneras de enemigos, los unos de la tierra: e los otros de fuera[146]*. E los de la tierra son aquellos que moran o biuen cotidianemẽte en ella: e estos son mas dañosos que los de fuera por que son como los de casa: e nõ se puede ome bien guardar dellos por que han semejanza de bien, e fazen a las vegadas muy grãdes males e grãdes daños a los que mal quieren.*

(…)

E por esto dixeron los sábios antiguos, q enel mũdo nõ avia mayor pestilẽcia, que rescebir ome daño de aquel en que se enfia…[147]

A reciprocidade desta relação é também mantida como fundamento

Ca assi como el [rei] *deue, toda via, guardar a todos los omes, com justicia e com derecho, assi son ellostenudos, otrosi de guardar a el, siempre com lealtad, e com verdad*[148].

Uma nota se impõe, todavia.

Na Partida II pode verificar-se já um outro fenómeno, que irá caracterizar a construção moderna do poder: a apropriação exclusiva da *fidelidade* pela relação do súbdito com o monarca[149].

A fidelidade – renovada na noção de *lealdade* – deve-se em exclusivo o rei, não se referindo quaisquer outros sujeitos a quem a mesma seja devida. Também esta concepção se afasta da antiga justificação da traição. O resultado desta transformação virá a verificar-se em alguma legislação medieval, que trata como crimes agravados aquilo que nos direitos locais surgia como *traição* ou *aleivosia*.

É, porém, na Partida VII que a recepção das leis imperiais é assumida como ponto de partida para uma reformulação do crime de traição régia.

Desde logo, pela adopção da designação de *crimen maiestatis* e pela assunção da nova fundamentação, em claro contraste com o discurso da Partida II[150]. A referência directa ao crime de *perduellio*[151] demonstra bem a intenção de adoptar o discurso romano-imperial.

---

[146] Esta assimilação ao *inimicus* dos inimigos do território e a sua divisão em inimigos internos e inimigos externos é apontada, especificamente, por Angel FERRARI como exemplo da secularização do conceito de *amizade* nas *Partidas*, "Secularización de la Teoría del Estado en las Partidas", *in Anuário de Historia del Derecho Español*, XI (1934), pp. 449-456, p. 450. Aquela divisão era ainda típica da caracterização da *perdellio* no direito romano.

[147] *Segunda Partida,* tít. XIX, lei III.

[148] *Segunda Partida,* tít. XIX, lei II.

[149] FERREIRÓS, cit., p. 30.

[150] *Setena Partida*, tít. II, lei I: *Laese maiestatis crimen, tãto quiere dezir en romance como yerro de trayciõ que faze ome contra la persona del Rey.*

[151] *Setena Partida*, tít. II, lei III: *Crimẽ perduellionis en latin, tanto quiere dezir en romance como traycionque se faze contra la persona del Rey, o contra la pro comunal de toda la tierra: e esta traycion es de tal natura, que maguer muera el que la fizo ante que sea acusado, pueden lo acusar aũ después de su muerte, e si su heredero non lo pudiere defender ni saluar cõ derecho,*

Também o regime punitivo segue de perto o que prescrevia o direito romano[152], se bem que, neste plano, as diferenças não fossem significativas, dada a permanência do regime visigótico da traição régia[153]:

Qualquier ome que fiziere alguna cosa de las maneras de traycion (…), o diere ayuda, o consejo que la fãga, deue morir por ello, e todos sus bienes deuen ser de la Camara del Rey (…): e de mas todos sus fijos q seã varones, deuẽ fincar por enfamados, para siempre demanera que nũca puedã ayer hõrra de caualleria nin de dignidad, ni oficio: ni peudã heredar a pariẽte que aya: ni a otro estraño que los estableciesse por herederos…[154]

A incoerência que se verifica, assim, entre a segunda e a sétima *Partidas* é reveladora do conflito de concepções e respectivos regimes que a recepção do direito romano-imperial introduziu também neste campo.

As dificuldades que um tal conflito impôs são bem visíveis, em especial, no que toca à definição do regime sancionatório.

Por um lado, ao identificar-se, na segunda *Partida*, qualquer acto de infidelidade para com o rei com o crime de *traição* – levando ao limite a antiga teorização do mesmo[155] – torna-se necessário introduzir um critério distintivo, por forma a fazer aplicar penas diferentes, adequadas à gravidade do delito. Desta forma, chega-se à distinção entre *traição* e *aleive*.

Por outro lado, fazendo-se coincidir, na sétima *Partida*, *traição* com *lesa-majestade*, tratando-se de delitos da mesma natureza cometidos contra outrem que não o monarca, aplica-se o termo *aleive*[156]. Assim, e na leitura de FERREIRÓS[157], a delimitação entre *traição* e *aleive* encontra-se no último parágrafo da sétima *Partida*, II, I, que reserva a qualificação de traição apenas para aqueles catorze *yerros sobre dichos* na mesma lei.

Da adopção da terminologia romano-imperial assume-se uma ruptura com a concepção da relação entre súbdito e monarca: ainda que se continue a fundamentar a traição na violação de um dever que passa a ser de *lealdade*, este decorre, já não de uma

---

deue el Rey judgar el muerto por enfamado de traycion e mandar tomar a su heredero todos sus bienes que ouo de parte del traydor.

[152] ***Cod.*, 9, 8, 5; *D.*, 48, 4, 11.**

[153] Cf. ORLANDIS, "Huellas Visigoticas…", cit., p. 649-651.

[154] *Setena Partida*, tít. II, lei II.

[155] FERREIRÓS, cit., p. 33.

[156] *Setena Partida*, tít. II, lei I: *E sobre todo dezimos que quando alguno de los yerros sobre dichos es fecho contra el Rey,o contra su señorio, o cõntra pro comunal de de la tierra, es propriamẽte llamado traycion: e quando es fecho contra otros omes es llamado aleue, segund fuero de Españna.*

[157] FERREIRÓS, cit., p. 34.

recíproca relação de *fidelidade*, mas sim de uma imposição, assente na natureza do poder régio.

Encontram-se, pois, em confronto duas linhas essenciais de teorização do poder. Por um lado, a ideia visigótica da fórmula de S. Isidoro (*rex eris si recte facias*), expressão de um poder "condicionado e legitimado pela realização da justiça"[158]. Por outro, a concepção do direito romano-imperial de um poder absoluto e isento perante as suas leis (*princeps a legibus solutus*), que viria a encontrar apoio na disseminação das teorias da *plenitudo potestas* (……)[159].

5.2. A recondução de antigos tipos de traição a meras agravantes

Nos parágrafos 22 a 26 do título II do livro V das *Ordenações Afonsinas*, estabelece-se uma distinção entre o crime de traição e aleivosia e a verificação de circunstâncias agravantes.

Trata-se, muitas das vezes, de situações que integravam anteriormente, de pleno direito, o âmbito do crime de traição, porquanto implicavam a violação de uma relação de *fidelidade*. Situação característica é a que se encontra prevista no parágrafo 23:

…quando alguum sob mostrança d'amizade mata, fere, ou faz alguña offença a seu amigo, sem avendo com elle outra reixa nem contenda…

Esta alteração de qualificação, que o legislador das *Ordenações Afonsinas* se atribui, não foi, no entanto, uma iniciativa inédita. Conquanto não inserida num contexto de apropriação régia assumida da ideia de traição, encontra-se em ordenação atribuída a D. Afonso III um exemplo da intervenção legislativa dos monarcas, tendente à publicização do direito penal, designadamente da aplicação das penas. A determinação do direito por iniciativa do rei dotava de alguma generalidade e uniformidade o direito, a aplicar, por esse mesmo motivo, por meio da actuação de representantes do rei, e cada vez menos pelos juízes locais.

Veja-se, pois, a este propósito, a referida ordenação:

Outrosy he estabelecido que todo homem ou molher que outrem chaga ou fere sem porque, nom lhe dizendo nem fazendo porque, nem lhe avendo feito ante nenhuma cousa e estando seguro, que morra porem[160].

Não se faz aqui qualquer qualificação do crime (ao contrário do que sucede ainda na lei de D. Afonso II). Transparece tão somente a intenção de uniformizar o direito vigente, impondo-se

158 TAIPA DE CARVALHO, *Traição e Aleivosia*…, cit., p. 87.
159 TAIPA DE CARVALHO, *Traição e Aleivosia*…, cit., p. 87; "Condicionalidade…", cit., pp. 37-38.
160 *Port. Mon. Hist.,* Leges et Consuetudines, p. 254.

uma mesma pena – a pena de morte – para aquelas situações descritas.

6. O regime penal do crime de lesa-majestade nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas

Da lesa Magestade, e dos que cometem traiçam contra o Rey, ou seu Real Estado, ou fazem outros crimes atraiçoadamente[161]

É talvez do confronto com o regime da lesa-majestade nas *Ordenações Manuelinas e Filipinas* que resulta mais visível a modernidade do conceito de traição acolhido nas *Ordenações Afonsinas*.

Numa obra codificadora, de intuitos reformadores e que assume plenamente alguns dos elementos mais característicos da construção do Estado moderno[162], ressalta a semelhança do regime da traição face à normação das *Ordenações Afonsinas*.

Abandonando a referência à lei medieval de D. Afonso II, este título mantém, ainda assim, alguns passos dos primeiros parágrafos da disposição afonsina.

Mantém, desde logo, a identificação, à partida, entre lesa- - majestade e traição e as considerações de ordem moral e social do crime, assumindo-se expressamente a justificação da pena de infâmia[163], cuja aplicação distingue os crimes de lesa-majestade de primeira cabeça que passam agora a integrar o âmbito mais restrito de *traição* (constantes dos parágrafos 1 a 8) dos restantes casos de primeira cabeça[164]. O confisco continua a ser prescrito para os

---

161 *Ordenações Manuelinas*, V, tít. III.

162 Com especial destaque para o predomínio do direito do reino sobre outras fontes, correspondente à intenção unificadora do direito, e o papel do *rei legislador* em tal tarefa. Cf. António Pedro BARBAS HOMEM, "As Ordenações Manuelinas: Significado no Processo de Construção do Estado", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura*, vol. I, Coimbra, 2003, pp. 289-320, pp. 306, 319-320.

163 *Ordenações Manuelinas*, V, III: *Lesa Magestade quer dizer traiçam cometida contra a Pessoa do Rey, ou seu Real Estado, que he a pior cousa, e mais abominauel crime que no homem pode auer, a qual os antiguos sabedores tanto auorreceram, e estranharam, que a compararam a gafem, porque como esta enfermidade enche todo o corpo sem se nunca mais poder curar, nem somente empece ao que a tem, mas ainda a toda a linhagem delle descendente, e aos que com elle conuersam, pólo qual he apartado da comunicaçam das outras pessoas, assi o erro de traiçam nom soomente condena o que a comete, mas ainda empece, e infama todos os que de sua linha descendem, posto que culpa nom tenham.*

164 *Ordenações Manuelinas*, V, tít. III, 20: *…porem nem elles seram auidos por treedores, nem seus filhos ficaram infamados, nem inabiles para soceder, nem exclusos de Honras, Officios, e Dignidades.*

restantes casos de lesa-majestade de primeira e de segunda cabeças[165].

Mantém-se igualmente ainda a distinção entre os crimes de lesa-majestade e os crimes meramente agravados[166].

A limitação progressiva do âmbito do crime de traição dá origem, neste título, a uma distinção dentro dos crimes de lesa--majestade de primeira cabeça. Somente aqueles crimes referidos nos parágrafos 1 a 8 resultariam na aplicação da pena de infâmia[167].

Já quanto aos crimes de lesa-majestade de segunda cabeça, verifica-se uma alteração de redacção face ao regime das Ordenações Afonsinas, já que se prevê directamente a aplicação da pena de confisco[168].

Do crime de Lesa Magestade[169]

Não se verificam diferenças de maior no cotejo deste título VI, do livro V das Ordenações Filipinas, com o título correspondente das Ordenações Manuelinas

Uma nota apenas de destaque para a eliminação da referência àquela *outra maldade que nom he lesa Magestade, e o Direito lhe chama maldade atraiçoadamente, e aleiuosamente feita* (*Ordenações Manuelinas*, V, 27-29).

Desta forma, ficou plenamente consagrado o moderno crime de traição, já sem quaisquer afloramentos da concepção medieval assente na *fidelidade*.

O regime da traição não sofre alterações de maior nas Ordenações Manuelinas nem nas Ordenações Filipinas. De facto, o regime afonsino apresentava já uma solução moderna para o problema de relativa indefinição tardo-medieval do crime de

---

165 *Ordenações Manuelinas*, V, tít. III, 20: …*em estes casos neste capitolo declarados, os cometedores e feitores deles, ou de qualquer delles, morreram de morte natural, e seus bens seram confiscados*…; V, tít. III, 26: …*em estes casos, e outros semelhantes, que o Direito chama de segunda cabeça, alem de auerem as penas que por Dereito Comum, e Nossas Ordenações deuem d'auer, perderam seus bens os cometedores dos sobreditos casos, e seram confiscados*…

166 *Ordenações Manuelinas*, V, tít. III, 27: *E há ainda hi outra maldade que nom he lesa Magestade, e o Dereito lhe chama maldade atraiçoadamente, e aleiuosamente feita*…

167 *Ordenações Manuelinas*, V, tít. III, 20.

168 *Ordenações Manuelinas*, V, tít. III, 26: … *em estes casos, e outros semelhantes, que o Dereito chama da segunda cabeça,(…) perderam seus bens os cometedores dos sobreditos casos, e seram confiscados, posto que tenham descendentes, ou ascendentes lidimos.*; cf. *Ordenações Afonsinas*, V, II, 21: *Mandamos, que teendo elles ascendentes, ou descendentes lidemos, elles ajam os ditos bees; e nom avendo elles ao tempo da condepnaçom acendentes, ou decendentes lidemos, em tal caso Mandamos, que seus beens sejam todos confiscadospera nós*…

169 *Ordenações Filipinas*, V, tít. VI.

traição, na confluência de fundamentações distintas para o que havia sido um crime complexo, mas conceptualmente unitário.

Conclusões

O estudo do título II do livro V das Ordenações Afonsinas permite detectar o desenvolvimento de um processo fundamental no desenvolvimento do direito português e dos seus institutos.

A reconstrução de conceitos e regimes jurídicos, visível a partir do momento em que o poder régio começa a estruturar-se, encontrou sustentação nos mecanismos jurídicos introduzidos com a recepção do direito justinianeu.

O processo de articulação entre as diversas fontes e a reconstrução de todo um regime jurídico é particularmente visível no texto daquele título. Nele se mantiveram, na tentativa reformadora que representa, traços das soluções de regimes anteriores e das inovações conceptuais que serviam uma nova concepção do poder e das relações entre súbditos e monarca.

Estas alterações encontraram sustentação teórica e técnica nas construções jurídicas introduzidas pelo fenómeno da recepção do direito justinianeu. O contacto com soluções de um direito imperial, marcado pela força de um poder público centralizado e personalizado, revelou-se útil nas novas circunstâncias que marcaram a transição da Alta Idade Média para aquele período que foi, acima de tudo, a antecâmara da Idade Moderna e no qual se começaram a esboçar muitas das suas características, em contraste com os contornos jurídico-políticos subjacentes àquele período mais remoto.

No caso que nos propusemos estudar, verificou-se a reconstrução do conceito de traição, por recurso ao conceito de lesa-majestade, que resultou na identificação exclusiva da traição com a lesa-majestade.

Esta redução do âmbito do crime de traição àquele crime originário do Direito Imperial revela dois fenómenos determinantes da evolução não só deste delito, mas subjacente a todo o direito penal: a crise do conceito de *fidelidade*, valor essencial na vida comunitária enquanto eixo estruturante da *paz*, por um lado; a crescente afirmação do poder régio, que se revela não apenas na apropriação do dever de fidelidade, mas sobretudo na alteração do fundamento do crime de traição – da violação de um dever de fidelidade, emergente de uma relação recíproca entre monarca e comunidade, para uma relação pura de sujeição, baseada na majestade real.

Bibliografia

ABADIA, José Lalinde, *Introducción Histórica al Derecho Español*, Ariel, Barcelona, 1970

ALBUQUERQUE, Martim, "Portugal e a *Iurisdictio Imperii*", *in Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, XVII, 1964, pp. 303-357

ALBUQUERQUE, Martim, ALBUQUERQUE, Ruy, *História do Direito Português,* Lisboa, 1999

QU

ALONSO, Maria Paz, *El Processo Penal en Castilla (siglos XIII – XVIII)*, Universidad de Salamanca, 1982

BARROS, Henrique da Gama, *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*, 2.ª edição, Livraria Sá da Costa – Editora, Lisboa, 1945

BURDESE, *Manual de Derecho Público Romano*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972

CAETANO, Marcello, *História do Direito Português [1140-1495]*, 3.ª edição, Verbo, Lisboa – S. Paulo, 1992

CIACERI, Emanuele, *Processi Politici e Relazioni Internazionali – Studi sulla Storia Politica e sulla Tradizione letteraria della Republica e dell' Impero*, Roma, Dr. A. Nardeccchia, Editore, 1918

CARVALHO, Américo Taipa de, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal – Análise Histórica. Sentido e Limites*, Coimbra, 1985 (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Separata Especial)

CARVALHO, Américo Taipa de, *Traição e Aleivosia na Idade Média*, tese de pós-graduação, 1981, no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra

Corpus Iuris Civilis, ed. Th. Mommsen, Paul Krugger, Berlin, 1954
http://www.fh_augsburg.de/~harsc/Chronologia/Lsposf06/Iustinianus/ius_corp.html

CORREIA, Eduardo, "A Evolução Histórica das Penas", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 53 (1977), pp. 51 a 311

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999

FERRARI, Angel, "La Secularización de la Teoria del Estado en las Partidas", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XI (1934), pp. 449-456

FERREIRÓS, Aquilino Iglesia, "La Traición Regia en Leon y Castilla", *in Boletín de la Universidad Compostelana*, vol. 75-76 (1967-1968), pp. 11-37

GARCÍA-GALLO, Alfonso, "El «Libro de las Leyes» de Alfonso el Sábio", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXI-XXII (1951-1952), pp. 345-528

GONZÁLEZ, Juan Garcia, "Traición y Alevosia en la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXII (1962), pp. 323 a 345

HESPANHA, A. Manuel, *História das Instituições*, Almedina, Coimbra, 1982

HINOJOSA, Eduardo, *El Elemento Germánico en el Derecho Español*, Madrid, 1915

HOMEM, António Pedro Barbas, "As Ordenações Manuelinas: Significado no Processo de Construção do Estado", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura*, vol. I, Coimbra, 2003
– *A Lei da Liberdade*, vol. I, Principia, Cascais, 2001

LACARRA, María, "Sobre la Recepción del Derecho Romano en Navarra", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XI (1934), pp. 457 a 467

Las Siete Partidas, glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez, 1555, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1985
Livro das Leis e Posturas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 1971
LOT, Ferdinand, *O Fim do Mundo Antigo e o Princípio da Idade Média*, Edições 70, Lisboa, 1991
MALDONADO, José, del TORCO, Fernández, "Las Relaciones entre el Derecho Canonico y el Derecho Secular en los Concilios Españoles del Siglo XI", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XIV (1942/1943), pp. 227 a 381
MALTEZ, Adelino, *História das Instituições – Instituições Criminais Antigas*, Lisboa, 1980
MARTINEZ, Olga Marlasca, "La regulación de la falsificación de monedas en el Derecho romano y en la ley de los visigodos", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXX (2002), pp. 405 a 422
MERÊA, Paulo, "Crimes «Deliberados» e Crimes «de Ímpeto»", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 23 (1947), pp. 136 a 146
MOMMSEN, Théodore, *Manuel des Antiquités Romaines*, Albert Fontemoing Éditeur, Paris, 1907
NOGUEIRA, José A. Duarte, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média*, Lisboa, 1994
Ordenações Afonsinas, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998
Ordenações de D. Duarte, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988
Ordenações Filipinas, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985
Ordenações Manuelinas, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984
ORLANDIS, José, "Sobre el Conncepto del Delito en el Derecho de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XVI (1945), pp. 112 a 192
"Las Consequencias del Delito en el Derecho de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XVIII (1947), pp. 61 a 165
"Huellas Visigoticas en el Derecho de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XV (1944), pp. 644 a 658
"La Paz de la Casa en el Derecho Español de la Alta Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XV (1944), pp. 107 a 161
"El Canon 2 del XIII Concilio de Toledo en su Contexto Histórico", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXVII (1997), pp. 1601 a 1607

"En torno a la noción visigoda de tiranía", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIX (1959), pp. 5 a 43

OTERO VARELA, Alfonso, "Sobre la *plenitudo postestatis* y los reinos hispanicos", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIV (1964), pp. 141 a 162

"El riepto de los fueros municipales", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIX (1962), pp. 153 a 173

ORTIZ, José Lopéz, "El Processo en los Reinos Cristianos de Nuestra Reconquista Antes de la Recepción Romano-Canónica", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XIV (1942/1943), pp. 184 a 226

Pauli Sententiae, Testo e Interpretatio, a cura di Maria Bianchi Fossati Vanzetti, CEDAM, Padova, 1995

PERÉZ, Beneyto, "La evolución de la idea de *imperium* en la Edad Media", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XIV (1942/1943), pp. 623 a 629

Portugaliae Monumenta Historica, Leges et Consuetudines, Lisboa, 1866

PRODI, Paolo, *Il sacramento del potere. Il giuramento político nella storia costituzionale dell' Occidente*, Società editrice il Mulino, Bologna, s.d.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991

THOMAS, J. A. C., "Desarrollo del Derecho Criminal Romano", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXII (1962), pp. 7 a 23

TITO LÍVIO, *Ab Vrbe Condita*, Livro I, introdução, tradução e notas de Paulo Farmhouse Alberto, Mem-Martins, 1999

TORRES, Manuel, "El Estado Visigotico", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo III (1926), pp. 307 a 475

VALDEAVELLANO, Luis, "La Paz del Mercado", *in Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo VIII (1931), pp.201 a 405

VITERBO, Frey Joaquim de Santa Rosa de, *Elucidário das Palavras, Termos e Frases Antiquadas*, 2.ª edição, Lisboa, 1865

VIVES, José, *Concilios Visigóticos y Hispano-Romanos*, Barcelona – Madrid, 1963

História das idéias republicanas: a releitura "neo romana"

André de Vasconcelos Dias[1]

Sumário

Introdução
1. A recuperação histórica das idéias republicanas: a leitura "neo-ateniense"
2. A releitura "neo-romana" da tradição republicana
   2.1. Do Legado Romano
   2.2. Da Renascença e da Obra de Maquiavel
   2.3. Da Liberdade Republicana no Pensamento Anglo-Saxão
   2.4. Do Ocaso da Idéia de Liberdade Republicana
3. Considerações finais

Introdução

Na filosofia política contemporânea, o republicanismo exsurge como ponderoso modelo teórico alternativo ou complementar ao liberalismo político. Os estudos precursores de recuperação do legado republicano remontam aos anos 50 do Século XX, mas sua assimilação não foi imediata. Bem observa Ricardo Leite Pinto que, *"Nos anos 70, a república e o republicanismo não existiam nos dicionários de teoria política"*[2]. Trata-se, pois, de um movimento teórico recente, que vem grassando e se consolidando, progressivamente, nos últimos 30 anos.

Explica-se tal na medida em que, tradicionalmente, encarava-se a república como uma mera forma de estado, contraposta à monarquia. Nessa esteira, o republicanismo tinha acepção bastante restrita. Decerto, as idéias republicanas fazem-se presentes desde a antiguidade greco-romana; porém, não menos certo é que sua articulação coerente, a nível abstrato e em sede de generalização teórica, emergiu apenas nas últimas décadas.

Sem embargo, ainda hoje, o republicanismo suscita perplexidades. É que, sob tal rótulo, aglomeram-se correntes de

[1] devasconcelosdias@yahoo.com.br

[2] PINTO, Ricardo Leite. *Neo-Republicanismo, Democracia e Constituição*. Lisboa: 2006, Universidade Lusíada Editora, p. 19.

pensamento incompossíveis. Segue-se o entrechoque de valores que se pretendem republicanos, e sucede mesmo que determinadas noções compartilhadas por todo o pensamento republicano – como virtude cívica e bem comum – assumem significados distintos e incompatíveis entre si. Nesse contexto, tratar o republicanismo em monobloco é quase fazer dele a "vala comum" das críticas pós-socialistas ao liberalismo – e assim, tornando-se tudo, acaba por reduzir-se a um nada teórico. Além disso, o açambarcamento de um universo heterogêneo de doutrinas sob o rótulo de "republicanismo" enseja que se lhe generalizem críticas, as quais, em verdade, não se referem senão a algumas de suas manifestações. O que, em derradeira análise, acarreta a própria incompreensão do fenômeno republicano.

O fator mor da referida heterogeneidade – embora não o único – reside nas distintas bases ideológicas de interpretação da tradição republicana. Inicialmente, procedeu-se à leitura da evolução histórica do pensamento republicano à luz de paradigmas atenienses, nomeadamente da filosofia de Aristóteles. Numa fase posterior, efetuou-se uma releitura da tradição republicana à luz de paradigmas firmados no pensamento romano, notadamente sua peculiar compreensão da idéia de liberdade. Então, revelou-se decisiva uma análise mais acurada da obra de Maquiavel. Trata-se de duas grandes tendências republicanas, que se assentam em premissas distintas, e, bem por isso, por distintas se têm suas conclusões e suas propostas. Na terminologia inicialmente utilizada por Quentin Skinner[3], hoje de trânsito algo corrente, trata-se, respectivamente, do republicanismo "neo-ateniense" e do republicanismo "neo-romano".

Particularmente, a teoria republicana "neo-romana" tem tido grande impacto no discurso da filosofia política hodierna. Contrapondo-se à concepção liberal de liberdade negativa como ausência de interferência externa, o republicanismo "neo-romano" desenvolve-se a partir da idéia de liberdade como não-dominação (ou ausência de poder arbitrário). De acordo com o paradigma clássico do liberalismo, galvanizado por Isaiah Berlin, liberdade significa *"não ser interferido por outros. Quanto maior a área de não-interferência, maior minha liberdade"*[4]. Já de acordo com a idéia de

[3] Por ocasião de sua aula inaugural como *Regius Professor* de História Moderna na Universidade de Cambrigde (vide *Liberdade antes do Liberalismo*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: 1999, Ed. Unesp). Em verdade, Skinner falava apenas em teoria da liberdade "neo-romana"; no entanto, disseminou-se o entendimento de que se trata de uma concepção republicana da liberdade.

[4] BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: Liberty. Oxford: 2002, Oxford University Press, p. 170.

liberdade como não-dominação, a interferência é um mal menor, diante de todas as espécies de dominação (social, econômica, etc.). Assim, como bem demonstra Philip Pettit[5], pode haver dominação sem que haja interferência, bastando a existência do poder arbitrário, a moldar – pelo só fato da dominação – a conduta da parte dominada. E pode haver interferência sem a correlata dominação, desde que aquele que interfere seja forçado a trilhar os interesses do interferido e se sujeite ao controle deste. A concepção da liberdade como não-dominação vem a conformar um ideal político orientador da atividade estatal, cumprindo-lhe erigir salvaguardas aos cidadãos contra a dominação dos poderes privados, sem, no entanto, transformar a própria atividade estatal numa espécie de dominação. Essa alargada concepção de liberdade consubstancia o núcleo central de todo o edifício republicano "neo-romano".

Haja vista a atualidade do tema, o presente estudo tem por objeto principal elucidar o percurso traçado pela releitura "neo-romana" da história do pensamento republicano. Subsidiariamente, faz-se mister a abordagem da corrente republicana "neo-ateniense". A uma, porque, temporalmente, esta precede aquela, e pavimenta os elementos estruturais do pensamento republicano. A duas, porque grande parte do substrato histórico republicano é comum, aflorando as divergências, primordialmente, da interpretação que se faz desse material. A três, porque a adequada compreensão da releitura "neo-romana" pressupõe o contraste com a interpretação "neo-ateniense", a descortinar os elementos de ruptura com o pensamento grego e a lançar luz sobre seus contornos típicos.

O estudo vertente desenvolver-se-á da seguinte forma: no capítulo 02, abordam-se, sinteticamente, o contributo grego ao pensamento republicano, a reconstituição histórica das idéias republicanas e sua interpretação "neo-ateniense"; no capítulo 03, delineiam-se, com vagar, os fundamentos da releitura "neo-romana" da tradição republicana; no capítulo 04, tecem-se algumas considerações derradeiras. Limitado que é à perspectiva histórica do pensamento republicano, este relatório não abrange suas emanações e seus desdobramentos na filosofia política contemporânea[6].

---

[5] PETTIT, Philip. Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford: 1997, Oxford University Press, esp. págs. 51/79.

[6] A título de informação, esclarecemos que *"As Teorias Republicanas Contemporâneas"* constituem objeto de nosso estudo apresentado na cadeira de Direito Constitucional.

1. A recuperação histórica das idéias republicanas: a leitura "neo- ateniense"

O legado grego ao pensamento republicano é, antes de mais, histórico-institucional. O modelo da *polis* grega – mais especificamente, o modelo ateniense –, de uma comunidade que se auto-constitui e se auto-governa, mediante o exercício direto do poder pelos seus membros, como expressão da própria idéia de liberdade, tornou-se paradigma às leituras republicanas clássicas.

Para além do modelo organizacional da *polis*, o legado ateniense ao republicanismo é, igualmente, filosófico. Porém, à partida, atalhe-se o mito "republicano" da filosofia platônica. Platão, deveras, por primeiro discorreu sobre a república, mas sua influência é praticamente nula – se é que há alguma – no pensamento republicano. Como salienta Karl Popper[7], a "república" platônica não passa de um assustador sistema totalitário, cujo holismo coletivista reduz o indivíduo a uma mera engrenagem – em si considerada, de importância somenos – na satisfação do ser coletivo, e que *"o critério da moralidade é o interesse do estado"*[8]. Por outro lado, Popper assinala o equívoco histórico da tradução do termo grego *politeia* – título da famosa obra de Platão – para o latim *res publica*, e sua subseqüente introdução no vocabulário político-filosófico como república. Segundo Popper, a tradução adequada seria "*"A Constituição" ou "A Cidade-Estado" ou "O Estado""*[9].

Ainda que se tenham por corretas as ponderações filológicas de Popper, verifica-se que a escassa influência de Platão no pensamento republicano é devida menos ao fator terminológico do que ao próprio conteúdo de sua obra. Tanto é assim que o mesmo vocábulo – *politeia* – veio a ser posteriormente utilizado por Aristóteles, que é, sem dúvida, a principal fonte de inspiração da leitura republicana clássica ("neo-ateniense").

Sem embargo, o termo *politeia*, em Aristóteles, suscita dificuldades adicionais. Isto porque, na *Política*, o autor emprega-o com 02 significados diferentes: primeiro, no sentido da constituição de um povo, realizada na perspectiva do interesse ou bem comum; segundo, no sentido de que é o governo realizado por muitos no interesse comum. Calha amiudar este ponto.

Ao tratar da constituição (*politeia*) dos governos retos, que se operam no interesse comum, Aristóteles classifica-os de acordo

---

[7] POPPER, Karl. The Open Society and its Enemies, Vol. I: The Spell of Plato. London: 2006, Routledge, esp. págs. 91/126.
[8] POPPER, Karl. *Op. Cit., p.* 113.
[9] POPPER, Karl. *Op. Cit., p.* 94

com o número daqueles que governam. Chama de realeza ou monarquia o governo exercido por um só, no interesse comum. Chama de aristocracia o governo de poucos (ou porque são os melhores ou têm as melhores propostas), também no interesse comum. E remata dizendo que, *"quando a multidão detém o governo em vista do interesse comum, a constituição (politeia) é chamada pelo nome comum a todas as constituições, é uma politeia"*[10].

Como bem observa Alain Renaut, trata-se de frase literalmente intraduzível, pois Aristóteles desloca um termo de significado genérico para um significado específico. Entretanto, ainda conforme Renaut, o significado específico (e apenas ele) do termo *politeia* foi vertido ao latim como *res publica*, e como república se consolidou no discurso tradicional[11]. Eis, portanto, que a fonte de muitos mal-entendidos em torno do vocábulo "república", na obra do Aristóteles, decorre do imbróglio verbal criado pelo próprio autor.

Seja como for, na doutrina de Aristóteles, a *politeia* é sempre o governo exercido em vista do bem comum. E, na acepção de república (consagrada pela tradução clássica do significado específico de *politeia*), seria o governo exercido por muitos em prol desse bem comum. Contudo, seria errôneo associar o "republicanismo" de Aristóteles à defesa da democracia. O governo de muitos no interesse comum demandaria a excelência de muitos, mas, como assinala o estagirita, *"É possível para um, ou poucos, distinguir-se pela excelência; mas dificilmente um maior número de cidadãos poderá atingir a perfeição em todos os tipos de virtude"*[12]. Assim, a virtude cívica emerge como pressuposto do governo de muitos[13].

Verifica-se que o governo no interesse comum, tornado operante pela virtude cívica, é da essência da *politeia*. Mas, o que se deve entender por interesse comum ou bem comum? Qual o significado da virtude cívica? Tais questões reconduzem ao ponto nevrálgico da filosofia política de Aristóteles, cujo esclarecimento

---

[10] ARISTÓTELES (*Política*), *apud* RENAUT, Alain. *Qu'est-ce qu'un Peuple Libre? Libéralisme ou Républicanisme*. Paris: 2005, Ed. Bernard Grasset, p. 80.

[11] RENAUT, Alain. *Op. Cit.,*págs. 80/82. Na recente versão portuguesa da obra de Aristóteles (*Política.* Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: 1998, Ed. Veja), traduz-se *politeia* no primeiro sentido como regime, e, no segundo sentido, como "regime constitucional". Mesmo que tal seja adequado, a nível filológico, perde-se em referência histórica, pois o termo *politeia*, no último significado, veio a ser inserido no de vocabulário filosófico-político como república.

[12] ARISTÓTELES. Política. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: 1998, Ed. Vega, p. 213.

[13] Bem frisa Alain Renaut que, em Aristóteles, *"l'invention de la république coïncidait-elle avec la formulation du problème de la vertu civique"* (op. cit., p. 89)

passa pela compreensão de dois de seus conceitos-chave: *zóon politikón* e *eudaimonia.*

A noção de que o homem é um animal político *(zóon politikón)* remete a duas idéias, ligadas entre si. Uma, que *"só o homem, de entre todos os seres vivos, possui a palavra"*[14], e somente pelo discurso atinge uma comunidade de valores de que resultam a família e a cidade. Em seguida, avança-se a idéia de que o homem, como ser dotado de palavra, apenas se realiza plenamente na *polis* – que, assim, vem a ser concebida como uma dimensão constitutiva da natureza humana.

Por outro lado, noção de *eudaimonia* é frequentemente traduzida por "felicidade", mas, segundo Hannah Arendt, *"eudaimonia não significa felicidade nem beatitude; é intraduzível e talvez até inexplicável. Tem o sentido de bem-aventurança, mas não no sentido religioso; significa, literalmente, algo como o bem-estar do daimón que segue o homem durante toda a sua vida e que é a sua identidade inconfundível, mas que só transparece e é visível para os outros"*[15]. Este bem-estar do *daimón* se realizaria plenamente no ideal de *"vida boa"*. A elucidar o modo de se atingir essa "vida boa", convém deixar falar o próprio Aristóteles:

"os homens não se associaram para viver mas sobretudo para a vida boa. Caso contrário, existiriam cidades de escravos, ou mesmo de animais; mas é impossível existir cidades de escravos e de animais porque estes não partilham da felicidade nem escolhem seu modo de vida. Tão pouco os homens se associaram para formar uma aliança de defesa mútua contra qualquer injustiça nem para facilitar as trocas e as relações comerciais. (...) O que constitui uma cidade é uma comunidade de lares e de famílias com a finalidade da vida boa e a garantia de uma existência perfeita e autônoma. Isto não se realizaria sem que os membros da cidade residam num mesmo lugar e se casem entre si. Daqui surgiram nas cidades as relações de parentesco, as frátrias, sacrifícios públicos, e os lazeres. Estas instituições são obra da amizade – já a amizade é condição de escolha de uma vida em comum".[16]

Agora, pode-se lançar luz sobre o que se tem por virtude cívica e por bem comum no pensamento de Aristóteles. A virtude do cidadão insere-se na natureza constitutiva da *polis*, enquanto dimensão pública do ser humano orientada ao bem comum. Já o bem comum aristotélico é, antes de tudo, um bem comum substantivo, calcado em ideais, crenças, valores e modos de vida compartilhados pelos cidadãos numa comunidade, e que somente

[14] ARISTÓTELES. *Op. Cit., p.* 55
[15] ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: 2001, Antropos, p. 243.
[16] ARISTÓTELES. *Política. Cit.,* págs. 217 e 221.

aí se alcança o florescimento humano e a vida boa. É, em suma, um bem comum lastreado em mundividências convergentes.

Eis as principais noções do pensamento de aristotélico que, como se verá adiante, conformam o ideário subjacente à interpretação "neo-ateniense" da tradição republicana. Volvamos, incontinenti, aos trabalhos que reabilitaram a linguagem republicana no mundo contemporâneo.

Em 1955, Hans Baron publicou um estudo clássico sobre a crise dos primórdios da renascença italiana. Em síntese, o autor trata de gerações que desempenharam um significativo papel na transição política e cultural em torno de 1400, e que, diante do risco da tirania, e na ânsia de manutenção das repúblicas independentes, teriam engendrado um novo tipo de humanismo – que o autor chama de *"humanismo cívico"* –, que apresentaria aspectos peculiares, materializando uma *"nova filosofia de engajamento político e vida ativa, desenvolvida em oposição aos ideais de retirada acadêmica"*[17].

Já em Baron, identificam-se os primeiros traços da leitura republicana neo-ateniense. Diz o autor que o humanismo cívico revelava *"afinidade próxima à visão geral e ao sentimento dos cidadãos da polis grega"*[18]; e que, pela leitura de Aristóteles (mas também de Cícero), ter-se-ia percebido que *"os ideais aceitos pelos cidadãos das antigas cidades-estados poderiam servir como uma ética de engajamento social para os cidadãos em seus próprios estados modernos"*[19].

Nos anos 60 do Século XX, publicaram-se trabalhos pioneiros sobre a influência das idéias republicanas na revolução norte-americana, veiculando propostas hermenêuticas de ruptura com o paradigma liberal de matriz lockeana. De acordo com Bernard Bailyn[20], o discurso revolucionário teria sido amplamente moldado pela herança da antiguidade clássica; bem assim, teria sofrido forte influência de radicais ingleses (whigs) como Thomas Gordon e John Trenchard. Por outro lado, conforme Gordon Wood, a política norte-americana ao longo do período revolucionário estava imbuída de um espírito de *"sacrifício de interesses individuais pelo bem maior do todo"*[21], a ultrapassar o mero desejo de independência da Inglaterra.

---

[17] BARON, Hans. *The Crisis of The Early Italian Renaissance – Civic Humanism and Republican Liberty*. Princeton: 1966, Princeton University Press, second edition, págs. 459/460.
[18] BARON, Hans. *Op. Cit., p. xxviii.*
[19] BARON, Hans. *Op. Cit., p. 451.*
[20] BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution.* Cambridge: 1967, H.U.P.
[21] WOOD, Gordon. *The Creation of The American Republic.* New York: 1969, W.W.Norton, p. 53.

Em 1975, John Pocock publicou a obra que se tornou paradigma do republicanismo contemporâneo – "*O Momento Maquiavélico – Pensamento Político Florentino e a Tradição Republicana Atlântica*"[22] –, cuja grandeza resulta de vários fatores. Primeiramente, Pocock sintetiza os esforços parciais de Baron, Baylin e Wood. Não, decerto, no sentido de acolher, inteiramente, os respectivos pontos de vista, mas no sentido de identificar a linha de continuidade histórica do ideário republicano (ou do humanismo cívico), desde a renascença italiana, introduzindo-se no pensamento anti-monárquico inglês e culminando na ideologia revolucionária norte-americana. Além disso, Pocock lança mão de uma nova metodologia – que, anos mais tarde, viria a ser conhecida como "Escola de Cambridge" –, a compreender a história política não (ou não só) a partir dos textos de referência, mas a partir de uma perspectiva mais alargada, a englobar o contexto e a linguagem política subjacente ao tempo e às sociedades em que foram escritos. Método que permitiu a Pocock reconstituir, com solidez, o legado republicano.

Pocock atribui dois significados à expressão "momento maquiavélico": de um lado, refere-se ao momento e à maneira em que surgiu o pensamento de Maquiavel; de outro lado, *"denota o próprio problema. É uma designação para o momento em um tempo conceitualizado, no qual a república foi vista em confronto com sua própria finitude temporal, na busca de permanecer moral e politicamente estável em meio a uma corrente de eventos irracionais, concebidos como essencialmente destrutivos de todos os sistemas de estabilidade secular"*[23]. E é precisamente diante do problema da sustentabilidade temporal da república que surgem (ou ressurgem) os ideais republicanos.

Um relato completo da obra de Pocock desborda dos objetivos do presente estudo. O que importa vincar é que toda a leitura que Pocock faz da tradição republicana é balizada pelo modelo histórico da *polis* grega e pelo pensamento político de Aristóteles. De conseguinte, embora seja certo que, ao salientar as idiossincrasias do humanismo cívico que irrompe na renascença italiana e se propaga ao mundo anglo-saxão, Pocock soerga alguns elementos de ruptura da tradição política, tal se dá na perspectiva da continuidade hermenêutica, pois, assim como sustentado por

[22] POCOCK, John Greville Agard. The Machiavellian Moment – Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: 2003, Princeton University Press, second edition.

[23] POCOCK, John G. A. *Op. cit., págs. vii/viii.* Assinala Pocock, o título da obra foi sugerido pelo seu amigo Quentin Skinner. Curiosamente, este historiador viria a realizar, anos mais tarde, uma profícua revisão interpretativa do legado republicano descerrado por Pocock, a partir da obra de Maquiavel.

Hans Baron, os valores republicanos são vistos, essencialmente, como uma recuperação do pensamento grego.

Detenhamo-nos neste ponto. Logo no início de sua obra, Pocock assinala que *"a república ou a polis aristotélica"*[24] foi o conceito que re-emergiu no humanismo cívico do século XV. Mais adiante, ao tratar da noção de *"virtus"* – ponto nodal do humanismo cívico –, diz Pocock que *"ela foi assimilada pelo grego areté e partilhou seu desenvolvimento conceitual"*[25], de forma a equiparar o significado político dessas noções. Noutra passagem, aduz que *"a teoria da polis – que é, em certo sentido, teoria política em sua forma mais pura – foi axial para a teoria constitucional das cidades italianas e aos humanistas italianos"*[26], que puderam *"aprender bastante sobre a teoria de tal estrutura da análise aristotélica e da história ateniense"*[27]. E Pocock explicita tal influência nos autores em particular, como em Savonarola[28] e Guicciardini[29].

Há comentadores que divisam na obra de Pocock a acolhida apenas parcial do pensamento de Aristóteles. Assim, reportando a análise de Zuckert[30] (e, ao que parece, endossando-a), pondera Ricardo Leite Pinto que *"Enquanto WOOD entende que o republicanismo se funda numa comunidade orgânica, inspirado na polis natural de ARISTÓTELES, POCOCK enfatiza a cidadania e a participação política, e não a subordinação ontológica da parte ao todo. A visão de POCOCK acentua o humanismo porque o centro da humanidade consiste na actividade de valorar, e é cívica porque essa valoração é política e não social. A virtude é pois a participação activa na vida política. Ser humano é predominantemente ser-se cidadão"*[31]. Em linguagem aristotélica, poder-se-ia dizer que Pocock subscreve a noção de *zóon politikón,* mas não a de *eudaimonia* na "vida boa" comunitária.

De fato, existem pontos de apoio a esta tese. Na sua obra mestra, Pocock não deixa de vincar a posição de Maquiavel no sentido de que a desunião entre os nobres e o povo – e não sua harmonia – foi a causa da grandeza de Roma, malgrado a oposição

---

[24] POCOCK, John G. A. *Op. cit., p. 03*
[25] POCOCK, John G. A. *Op. cit., p. 37.*
[26] POCOCK, John G. A. *Op. cit., p. 74.*
[27] POCOCK, John G. A. *Op. cit., p. 75.*
[28] POCOCK, John G. A. *Op. cit., p. 111.*
[29] POCOCK, John G. A. *Op. cit., p. 129.*
[30] ZUCKERT, Michael P. *Natural Rights and the New Republicanism.* Princeton: 1994, Princeton University Press, págs. 159/164.
[31] PINTO, Ricardo Leite. *O "Momento Maquiavélico" na Teoria Constitucional Norte-Americana. Republicanismo, História, Teoria Política e Constituição.* Lisboa: 1998, Universidade Lusíada Editora, p. 107. De resto, anote-se que a passagem supra-transcrita constitui tradução quase literal de trechos da obra de Zuckert (*cit.,* esp. págs. 160/161)

de outros renascentistas, como Guicciardini[32]. Outrossim, Pocock assinala que os expoentes do humanismo cívico se viram levados a elaborar um sistema próprio, ante as insuficiências do pensamento aristotélico[33]. E, em anos recentes, afirmou Pocock: *"Eu rejeito o questionamento de alguns críticos no sentido de que, ao mencionar Aristóteles, eu tivesse me obrigado a dar um relato sistemático de suas doutrinas, ou sua recepção medieval, como um todo."*[34]

Sem embargo, a leitura atenta da obra de Pocock não permite estabelecer uma tão nítida separação entre os aspectos incorporados e os aspectos rejeitados do pensamento de Aristóteles, na medida em que a idéia da natureza política do homem (*zóon politikon*) e sua verdadeira realização na participação na *polis* conduz, não raras vezes, à noção de ideais de vida partilhados pelos cidadãos e entre si coincidentes (o que se aproxima da idéia de *eudaimonia* na vida boa). A título ilustrativo, diz Pocock que a *Política* de Aristóteles pode ser lida como geradora de *"um corpo de pensamento sobre o cidadão e sua relação com a república, e sobre a república (ou polis) como uma comunidade de valores; e esta é a abordagem que revela sua importância para os humanistas e os pensadores italianos na busca de meios de vindicar a universalidade do vivere civile"*[35].

Logo, não são de todo infundadas certas críticas contemporâneas, como a de Serge Audier, segundo a qual o republicanismo de Pocock *"valorizaria "a liberdade dos antigos", a implicar a devoção a uma comunidade particular"*[36]. Autores há, como Charles Larmore[37], que distinguem os méritos de Pocock enquanto historiador (e a admirável reconstituição histórica da obra em referência) de suas andanças como teórico político. A se fazer justiça, parece-nos de reconhecer que Pocock explora no pensamento de Aristóteles, preponderantemente, a noção do *zóon politikón*; porém, ainda que de forma reflexa, sufraga a idéia de mundividências comuns, típica da noção aristotélica de vida boa.

Tal qual em Pocock, grande parte do pensamento republicano contemporâneo oscila entre esses dois pólos: de um lado, o modelo da *polis* grega e o exercício direto da soberania pelo cidadão, que se associa à noção aristotélica de *zóon politikón*, no sentido de que o homem somente realiza sua natureza e exerce sua

---

[32] POCOCK, John G. A. *Op. cit., p. 194.*
[33] POCOCK, John G. A. *Op. cit., págs. 328/330.*
[34] POCOCK, John G. A. *Afterword (2002).* In: *Op. cit., p. 557.*
[35] POCOCK, John G. A. *The Machiavellian Moment…, cit., p. 67*
[36] AUDIER, Serge. *Les Théories de la Republique.* Paris: 2004, Éditions La Découverte, p. 75.
[37] LARMORE, Charles. *Liberal and Republican Conceptions of Freedom.* In: Republicanism: History, Theory and Practice. Editors Daniel Weinstock and Christian Nadeau. London: 2004, Frank Cass Publishers.

liberdade através da participação nos assuntos da *polis*; de outro lado, a noção aristotélica de *eudaimonia*, a implicar ideais de vida partilhados e a emergência de um bem comum substantivo, a refletir o homogêneo *ethos* da comunidade.

É nesse horizonte semântico que hoje se fala em republicanismo "neo-ateniense", e só por ele se enfeixam autores tão diferentes entre si (como Pitkin e Sandel). Nessa linhagem republicana, a recuperação do legado ateniense e aristotélico dá-se ora diretamente, ora através da interpretação da tradição republicana.

A expressão maior do revolvimento direto desse legado encontra-se na obra de Hannah Arendt. Já no fim dos anos 50 (século XX), a autora retoma os principais temas da filosofia política de Aristóteles. Encarece, precipuamente, a idéia de *zóon politikón*[38], mas não deixa de atribuir valor à *eudaimonia*, e o elo que liga tais noções é *polis*, uma vez que, *"A rigor, a polis não é a cidade-estado na sua localização física; é a organização da comunidade que resulta do agir e falar em conjunto, e o seu verdadeiro espaço situa-se entre as pessoas que vivem juntas com tal propósito, não importa onde estejam"*[39]. E o espaço da verdadeira liberdade consiste no exercício direto do poder, pelos cidadãos, na *polis*.

Da assimilação dos elementos básicos da filosofia aristotélica e da apologia ao modelo da *polis* grega não se segue – como equivocadamente sustenta parte da crítica contemporânea – que Arendt defendesse um retorno inconseqüente à democracia direta e plebiscitária, ou que denotasse alguma nostalgia pela comunidade orgânica. A obra de Arendt situa-se, antes, no plano reflexivo. Trata-se da reflexão sobre o latente problema do totalitarismo, que resulta não do excesso da política, mas de seu abandono. Trata-se de reflexão sobre as perplexidades da democracia representativa, que, no mundo real, converte-se em um sistema oligárquico no qual a satisfação pública é privilégio de poucos. Trata-se, em suma da percepção de que *"aqueles que partilham uma esfera pública tornam-se uma comunidade política, na qual os cidadãos são associados, não por identidade comum ou valores culturais partilhados, mas pelas preocupações que surgem da vida em comum e pela participação em uma esfera pública comum"*[40].

Seguindo os passos de Arendt, mencionem-se os trabalhos de Hanna Pitkin. A autora confere valor predominante à participação e ao auto-governo na esfera pública, pois *"dizer que nós*

---

38 ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: 2001, Antropos, esp. págs. 38/43

39 ARENDT, Hannah. *Op. Cit, págs. 248/249*.

40 HONOHAN, Iseult. *Civic Republicanism*. London: 2002, Routledge, p. 124.

somos animais políticos significa dizer que nós temos de assumir o controle das forças que nos moldam e nos limitam, e que nosso pleno desenvolvimento como seres humanos depende de nosso exercício daquele poder"[41]. Tal como em Arendt, a obra de Pitkin movimenta-se num campo eminentemente reflexivo – o que lhe granjeia incompreensões. As inquietudes da autora concernem, sobretudo, ao crescimento incontrolado dos poderes privados e ao exercício do poder público em proveito de poucos.

Num plano mais prático, mas também encarecer os valores de participação popular, a obra de Benjamin Barber. Aqui, propugna-se uma *"democracia forte"*, e alvitram-se uma série de mecanismos de efetivação do exercício imediato do poder pelo povo. Como reconhece o autor, *"a democracia forte tem bastante em comum com a antiga teoria democrática clássica da antiga polis grega"*[42], embora despida de algumas extravagâncias daquele modelo, e não infensa ao ideário liberal.

Já numa posição eqüidistante entre o *zóon politikón* e a *eudaimonia*, aponte-se a obra de Adrian Oldfield. O autor fala em republicanismo cívico, e desenvolve-o na tradição do pensamento ocidental – notadamente em Maquiavel, Rousseau, Hegel e Tocqueville – dando ênfase ao exercício da cidadania e aos laços comunitários. Mas sua leitura faz-se com base no paradigma ateniense e na leitura aristotélica. Diz o autor que *"A idéia de comunidade tem menos a ver com a organização formal da comunidade que com o sentimento de pertença e engajamento. O engajamento é em relação a outros que partilham interesses, ou posições, ou propósitos, e também em relação àqueles que, por qualquer razão, são incapazes de tomar conta de seus próprios interesses e perseguir seus próprios propósitos. (...) Trata-se de abordar as relações sociais em um espírito aristotélico de "concórdia". É isto que cria o sentido de comunidade; e é isto que cria cidadãos"*[43].

Por outro lado, no âmbito do republicanismo "neo-ateniense", há aqueles que dão maior ênfase à noção de *eudaimonia.* Aqui, há intersecção do republicanismo com o "comunitarismo" – movimento intelectual surgido nos Estados Unidos no início da década de 80 (século XX), a congregar correntes de pensamento as quais, embora sem uniformidade teórica, formulam críticas a variados aspectos do liberalismo, e se unem *"em torno de uma concepção dos seres humanos como integralmente relacionados com as comunidades de*

---

41 PITKIN, Hanna F. Justice: On Relating the Public and the Private. In: Political Theory, v. 09, n. 03, 1981, p. 344.

42 BARBER, Benjamin R. *Strong Democracy – Participatory Politics for a New Age*. Los Angeles: 1984, University of California Press, p. 118.

43 OLDFIELD, Adrian. *Citizenship and Community: Civic Republicanism and the Modern World*. London: 1990, Routledge, p. 173.

cultura e linguagem que eles criam, mantém e habitam"[44]. Em oposição ao atomismo liberal, enfatiza-se a preexistência dos laços comunitários e a prioridade da "vida boa", na comunhão de identidades, valores e crenças.

A mais radical formulação comunitária encontra-se em Alasdair MacIntyre. Largamente influenciado pelo pensamento de Aristóteles – muito, é certo, pelas lentes do cristianismo e da filosofia tomista –, o autor acentua o valor das tradições, e o ideal de vida boa que se atinge pelo sentimento de pertença e pela identificação dos indivíduos com as raízes de suas comunidades, na plena realização da qualidade de membros. E MacIntyre chega ao ponto de dizer que *"a oposição moral crucial é entre o individualismo liberal em uma ou outra versão e a tradição aristotélica em uma ou outra versão"*[45].

Dos "comunitaristas", Michael Walzer talvez seja o menos influenciado pela filosofia aristotélica. Mas, na sua da teoria da "igualdade complexa" da justiça distributiva, o autor põe em relevo as cosmovisões partilhadas pela comunidade, e salienta que *"A comunidade é em si mesma um bem – podendo conceber-se que é o bem mais importante – que é distribuído"*[46]. Daí que o autor não se afasta, substancialmente, da doutrina da vida boa.

De sua parte, Charles Taylor pretende-se filiado ao humanismo cívico, tradição que, no seu entender, vem dos "antigos", seguidos por "modernos" tais como Maquiavel, Tocqueville e Montesquieu. Mas, como se manifestam as repúblicas sob esta ótica? Segundo Taylor, fundamentalmente, *"que elas sejam animadas por um sentido de bem comum imediatamente partilhado. A este nível, tal ligação assemelha-se àquele de amizade, como o viu Aristóteles"*[47]. Dessa vida boa materializada em sentidos comuns, o autor extrai, dentre outras ilações, o significado do patriotismo, que seria *"uma identificação comum a uma comunidade histórica fundada sobre certos valores"*[48].

Refira-se, enfim, a Michael Sandel, o autor do chamado grupo "comunitário" que mais frequentemente invoca a tradição republicana. Nos escritos mais antigos, a critica de Sandel concentrava-se na versão do liberalismo desenvolvida em *"Uma*

---

[44] MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. *Liberals and Communitarians*. Oxford: 1994, Blackwell Publishing, p. 162.
[45] MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue – a Study in Moral Theory*. London: 2007, Duckworth, 3ª ed., p. 259.
[46] WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça*. Tradução de Nuno Valadas. Lisboa: 1999, Editorial Presença, p. 44.
[47] TAYLOR, Charles. *Quiproquos et Malentendus: le Débat Communautariens-Libéraux*. In: *Libéraux et Communautariens*. Paris: 2002, PUF, 2ª edition, p. 101.
[48] TAYLOR, Charles. *Op. Cit., p. 113*.

Teoria da Justiça", de John Rawls, a argumentar que a teoria liberal parte do equívoco ontológico de conceber um *"eu desengajado"*, *"destituído de objetivos e de ligações essenciais"*. Ao que se segue o questionamento de que o "justo" possa se justificar sem pressupor qualquer concepção de "bem" ou vida boa. Acrescenta que *"a comunidade tem de ser constitutiva de uma auto-compreensão partilhada daqueles que nela participam, e, bem assim, integrar os seus dispositivos institucionais, não o mero atributo dos planos de vida daqueles que nela participam"*[49].

Na evolução de seu pensamento, Sandel publicou, em 1996, *"O Descontentamento da Democracia"* – talvez a última grande obra do republicanismo "neo-ateniense". Já aqui, a ênfase maior é colocada nas idéias de participação e auto-governo. O autor preocupa-se com o "fato do pluralismo", e tem em Tocqueville um modelo de referência. Diz Sandel que esse modelo *"não despreza as diferenças. Ao invés de levar ao colapso do espaço entre as pessoas, ele preenche este espaço com instituições públicas que as reúnem em diversas capacidades, que tanto as separam quanto as unem"*[50]. Entretanto, Sandel não abdica da doutrina da *eudaimonia*, e assevera que, *"Desde os tempos de Aristóteles, a tradição republicana tem visto o auto-governo como uma atividade enraizada em um lugar particular, realizada por cidadãos leais àquele lugar e ao modo de vida que ele materializa"*[51].

Eis uma visão panorâmica dos trabalhos de resgate da tradição republicana e de sua leitura "neo-ateniense". Recapitulando, trata-se de uma interpretação que se baseia, de um lado, no modelo organizacional da *polis* grega, e, de outro lado, na teoria da *polis* esboçada por Aristóteles, notadamente em torno das noções-chave de *zóon politikon* e *eudaimonia* (na "vida boa"). Dentro desse grande espectro conceitual, como se viu, desenvolveram-se várias linhas de pensamento, de acordo com a maior ou menor relevância que se dá a cada uma daquelas noções.

Essa amplitude conceitual tem ensejado reducionismos na compreensão do fenômeno republicano "neo-ateniense". Exemplifique-se com o grande filósofo alemão Jürgen Habermas. O autor corretamente identifica sua origem *"na tradição da política aristotélica"*; no entanto, percebe os ideais de participação popular e auto-governo, de um lado, e de bem comum baseado em ideais e valores partilhados, de outro lado, como necessariamente

---

[49] SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: 2005, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 230.
[50] SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent – America in Search of a Public Philosophy*. 1996, Harvard University Press, p. 320.
[51] SANDEL, Michael. *Democracy's... cit., p. 350.*

associados e em fluxo recíproco. Nas palavras de Habermas, o conceito republicano de política consiste na *"prática de autodeterminação de cidadãos orientados pelo bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que a si mesmo se administra"*[52]. Importa dizer: na perspectiva habermasiana, a autodeterminação popular surge intimamente ligada à idéia de comunitarismo[53]. Destarte, Habermas deixa de perceber as nuances que existem dentro do republicanismo de ascendência ateniense.

Mas outro é o reducionismo maior da perspectiva habermasiana. Ao compreender a tradição republicana exclusivamente sob as premissas "neo-atenienses", Habermas ignorou – grosseiramente, no dizer de alguns[54] – a leitura da tradição republicana em bases conceituais inteiramente diversas, que já se realizava desde o início da década de 80 (Século XX). Trata-se do chamado republicanismo "neo-romano", adiante examinado.

2. A releitura "neo-romana" da tradição republicana

O republicanismo "neo-romano", enquanto teoria política, foi sistematizado na obra do filósofo irlandês (naturalizado australiano e hoje lecionando nos Estados Unidos) Philip Pettit. Seus primeiros trabalhos sobre o pensamento republicano datam do fim da década de 80 (século XX), e tiveram sua mais acabada expressão no já clássico *"Republicanismo – Uma Teoria da Liberdade e de Governo"*, publicado em 1997. Desde então, essa corrente republicana tem ensejado prolíficos desdobramentos, tanto na estrutura geral (v.g., John Maynor) quanto em abordagens específicas, como cosmopolitanismo (v.g., James Bohman) e constitucionalismo político (v.g., Richard Bellamy).

Essa teoria não surgiu *ex nihilo,* são profundas suas raízes históricas. Na verdade, boa parcela da tradição histórica que lhe dá arrimo é comum àquela explorada pelo republicanismo "neo-ateniense". Sem embargo, acura-se a leitura dessa tradição, e opera-se uma viragem analítica de suas influências e de suas bases

---

[52] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre Faticidade e Validade, Vol. I.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 2003, Edições Tempo Brasileiro, p. 332.

[53] Assim, a propósito, *Op. cit.,* esp. págs. 345/354.

[54] Sobre o ponto, vide: BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. *A Constituição da União Européia: Alternativa Republica ao Liberalismo*. In: Análise Social, vol. XXXIV, 2000, p. 446; e VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*. Bari: 1999, Editori Laterza, esp. págs. 52/54.

ideológicas, de sorte a propiciar uma compreensão inteiramente nova e original do pensamento republicano.

A releitura da tradição republicana é tributária, especialmente, dos trabalhos de "escavação" do historiador inglês Quentin Skinner. Já em *"As Fundações do Pensamento Político Moderno"*, de 1978, Skinner apresentava diferenças de interpretação histórica em relação à obra de Pocock – como observa Dario Castiglione, *"tais diferenças envolvem questões de cronologia e reconstrução histórica, além que questões de substância que vão além da interpretação textual da idéia de liberdade em Maquiavel"*[55]. Mas é a partir do início da década de 80 que Skinner, efetivamente, começa a lançar nova luz sobre o legado republicano. E sua própria interpretação evoluiu paulatinamente – dos estudos que, a princípio, centravam-se na obra de Maquiavel, Skinner veio a lançar pontes tanto às eras pretéritas (reconstituindo a origem romana desse pensamento) quanto aos tempos subseqüentes (assinalando a influência desse pensamento no mundo anglo-saxão).

Se coube a Skinner a vanguarda na revisão histórica da tradição republicana, é certo que seu empreendimento não foi isolado. Secundaram-lhe, dentre outros, os trabalhos de Maurizio Viroli de Philip Pettit e de Mortimers Sellers. E, hoje, pode-se discernir em conjunto a interpretação histórica "neo-romana" do republicanismo.

A análise que se segue detém-se sobre esse conjunto. Por razões meramente expositivas, discorre-se sobre quatro "momentos republicanos": o legado romano (nas instituições e em autores como Tito Lívio, Salústio, Tácito e Cicero); a Renascença e Maquiavel (como ponto de culminância das idéias republicanas); o republicanismo no pensamento anglo-saxão (da idéia de liberdade, ao longo do movimento anti-monárquico e do contributo radical "whig", até sua influência na revolução e na independência norte-americana); e o ocaso da idéia republicana de liberdade (de Hobbes ao triunfo do liberalismo). Em obséquio à clareza e à inteligibilidade da releitura histórica "neo-romana", recorre-se às fontes diretas invocadas pelos respectivos autores.

2.1. Do Legado Romano

Identifica-se em Roma um modo todo peculiar de conceber a *res publica*, sua organização institucional e seu ideário subjacente, máxime de acordo com a noção de liberdade. Sem se recusar por

[55] CASTIGLIONE, Dario. Republicanism and its Legacy. In: European Journal of Political Science, 2005, 4, p. 458.

completo a herança grega, ressalta-se ser fruto do pensamento romano a cunhagem dos ideais republicanos fundamentais.

À partida, repudia-se o modelo organizacional ateniense. Observa Philip Pettit que *"os romanos e aqueles que os seguiram contemplaram a Atenas clássica principalmente na perspectiva de comentadores hostis como Políbio, dele extraindo o forte desapreço daquilo que ele apresentou como a democracia ateniense"*[56]. Com efeito, no livro VI de suas *Histórias*[57], Políbio realiza o cotejo da constituição[58] romana com outras que se lhe rivalizam, como a de Esparta e a de Cartago, mas exime-se de fazê-lo em relação a Atenas. É que, segundo Políbio, as glórias dos atenienses eram devidas ao seu povo, e não à sua constituição – cuja estrutura seria incoerente. Políbio compara a democracia ateniense a um "*navio sem comandante"*, pois as veleidades da populaça e suas infindáveis disputas conduzem ao naufrágio fatal.

Daí, não se devem tirar conclusões precipitadas. Conforme Sellers, a república romana assentava-se, em última análise, na soberania popular; mas esta se materializava no império das leis, na dispersão do poder, na eleição dos magistrados, na rotatividade do exercício dos cargos públicos, na igualdade da justiça, no respeito à autoridade moral do senado e no *"adequado equilíbrio entre magistratus, senatus, e populus"*[59].

Por outro lado, na formatação das instituições republicanas, cumpre atentar ao pragmático espírito romano. Em contraste com o pensamento ateniense, eminentemente teórico e especulativo, o pensamento romano tinha feições tendencialmente práticas. Ao deslinde de questões práticas, os romanos construíram um monumental sistema jurídico. E muitas das generalizações avançadas pelos romanos operaram-se em torno de conceitos jurídicos.

As repercussões de alguns desses conceitos jurídicos são especialmente importantes para se compreender em que os romanos se afastavam, substancialmente, dos atenienses. Um desses conceitos é o de cidadania. Nicholas Buttle faz um interessante paralelo entre a noção aristotélica e a noção romana de

---

[56] PETTIT, Philip. *Republicanism: Once More with Hindsight*. In: *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: 1997, Oxford University Press, p. 286.
[57] POLÍBIO. *Historias, Vol. II (Livro VI)*. Madrid: 1996, Ed. Gredos S/A, esp. págs. 204/206.
[58] Advirta-se que em Políbio – como, de modo geral, em toda a antiguidade –, a "constituição" tão muito mais um sentido material de forma de organização e estruturação de um povo que propriamente um corpo formal de regras escritas consubstanciadas em um (ou alguns) documentos.
[59] SELLERS, Mortimers N.S. *The Sacred Fire of Liberty – Republicanism, Liberalism, and the Law*. New York: 1998, New York University Press, p. 08.

cidadania. Aduz que, em Aristóteles, *"a cidadania é primeiramente interpretada como uma capacidade, nomeadamente, a capacidade de governar e ser governado"*[60], e a participação nos assuntos da *polis* torna-se moralmente central a esse entendimento de cidadania, visto que é a *polis* que provê a arena para que os indivíduos possam exercitar suas capacidades intelectuais e morais.

Contudo, assinala Buttle que a interpretação aristotélica da cidadania não é adotada na tradição romana, pois, nesta, "*a cidadania era uma questão de status, antes que de capacidade (ou traços de caráter), e era uma questão de direitos, antes que de valor"*[61]*;* daí que, *"para os republicanos romanos, embora a participação na vida pública tenha importância, a participação na vida política não é nem uma característica definidora da cidadania nem uma necessária exigência moral"*[62].

Muito além da noção de cidadania, o pensamento republicano romano desenvolveu-se, primordialmente, em torno de outro conceito jurídico: o de liberdade[63]. Nas palavras de Quentin Skinner:

"De acordo com a teoria republicana, como classicamente proposta na rubrica De statu hominum no início do Digesto, a distinção capital nas associações civis é entre aqueles que gozam do status de liberi homines ou "homens livres" e aqueles que vivem em servidão. A rubrica abre-se com a asserção de que "a distinção básica no direito das pessoas é que todos os homens ou são livres ou são escravos". Como explica o capítulo seguinte, a libertas usufruída pelos homens livres consiste em estar "no seu próprio poder", como situação oposta a estar "no poder de outrem". Em contraste, a perda da liberdade sofrida pelos escravos advém do fato de eles viverem "sob o poder de um senhor", e portanto em sujeição ao seu arbitrium ou vontade arbitrária. Assim, o nervo da teoria republicana consiste em que a liberdade dentro das associações civis é subvertida pela mera presença do poder arbitrário, cujo efeito

---

[60] BUTTLE, Nicholas. *Republican Constitutionalism: a Roman Ideal.* In: The Journal of Political Philosophy, vol. 9, n. 3, 2001, p. 339.
[61] BUTTLE, Nicholas. *Op. Cit., p. 339.*
[62] BUTTLE, Nicholas. *Op. Cit., p. 340.*
[63] No ponto, deve-se assinalar que a revisão "neo-romana" da tradição republicana, no que tange à idéia de liberdade, é tributária do estudo precursor de Chaim Wirszubski (*Libertas as a Political Idea at Rome during the late Republic and Early Principate.* Cambridge: 1968, Cambridge University Press). Contudo, para Wirszubski, a plena noção de liberdade equivalia, entre os romanos, à noção de cidadania (*Op. cit.,* págs. 03/04). Após alguma acolhida inicial (*v.g.,* Philip Pettit, *The Common Mind.* Oxford: 1993, OUP, esp. págs. 311/313), os autores "neo-romanos" vieram a se afastar dessa tese, ou, antes, vieram a identificar na idéia romana de liberdade o supremo valor republicano, sem necessário vínculo com a noção de cidadania.

é reduzir os membros de tais associações do status de homens livres para o de escravos"[64].

É assim que a distinção jurídica entre liberdade e servidão – bastante elementar e de acepção concreta – torna-se o cerne do pensamento republicano, eis que lhe subjazem as idéias de autonomia e independência, de um lado, e de poder arbitrário e dominação, de outro lado. Nessa perspectiva, o binômio liberdade-servidão representa o critério fundamental de avaliação das instituições políticas, de sorte que a apologia da república e o congênito repúdio à monarquia (ou ao império) surge, acima de tudo, como a apologia da independência e o repúdio à dominação e à presença do poder arbitrário. É a grande lição que os autores "neo-romanos" extraem das obras de Tito Lívio, Salústio, Tácito e Cícero.

Um dos maiores historiadores da Roma antiga, Tito Lívio nasceu em 59 a.c., tendo vivido até 17 d.c. Sua grande obra (a única que chegou à posteridade) é *Ab Urbe Condita*, que traça a história de Roma desde a sua fundação até o ano 09 d.c. No tocante aos tempos mais remotos, já se observou que se trata de um relato "semi-mítico"; não obstante, afora o imaginoso período inicial da cidade, boa parte da narrativa histórica de Tito Lívio tem respaldo em outras fontes, e apresenta similitudes com os racontos de Políbio e outros historiadores.

Tito Lívio delineia as vicissitudes históricas da república romana. Ela teria sido instituída em 509 a.c., por *Lucius Junius Brutus*, com a expulsão da dinastia dos Tarquínios. Descreve como o povo de Roma se libertou dos seus primeiros reis e conseguiu fundar um estado livre. Já no intróito do livro II da referida obra (sobre o advento da república), diz Lívio: *"Vou expor a partir de agora a história política e militar do povo romano livre, suas magistraturas anuais e o império das leis, mais forte que o dos homens"*[65]. E relata como, quase quinhentos anos mais tarde, César e em seguida Augusto usurparam as funções *"do senado, da magistratura e das leis"*. Faz-se, assim, o contraste entre os tempos de liberdade e os tempos de servidão.

Observa Mortimers Sellers que *"O espírito da monarquia, para Lívio, era a licenciosidade (licentia) da elite, ao passo que a essência do governo republicano era dar ao povo direitos iguais (aequare ius)"*[66]. Neste passo,

---

64 SKINNER, Quentin. *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge: 2008, Cambridge University Press, p. X.

65 TITO LÍVIO. *Historia de Roma desde su Fundación – Libros I-III*. Traducción de J.A. Villar Vidal. Madrid: 1997, Ed. Gredos, p. 268.

66 SELLERS, Mortimers. *The Sacred Fire of Liberty – Republicanism, Liberalism, and the Law*. New York: 1998, New York University Press, p. 08.

aludam-se às queixas que Tito Lívio mordazmente atribui aos cortesãos, que se debatiam contra as condições igualitárias da novel república, argumentando que *"a liberdade dos demais havia redundado em escravidão para eles: um rei era uma pessoa da qual se podia obter o que fosse preciso, estivesse ou não de acordo com o direito; com ele havia lugar para os favorecimentos, para os benefícios; ele podia irritar-se, mas também podia perdoar; sabia distinguir entre um amigo e um inimigo. As leis são uma força surda e inexorável, mais vantajosa e melhor para o indigente que para o poderoso; nelas não há lugar para consideração ou indulgência, se alguém tiver ido demasiado longe"*[67].

Dentre as várias características do estado livre republicano – como a eleição anual das magistraturas –, Tito Lívio enfatiza o império das leis, precisamente por colocar os cidadãos num plano de igualdade e subtraí-los da submissão ao poder arbitrário. Na raiz desse pensamento, encontrar-se-ia o dualismo liberdade-servidão. Essa mesma idéia informaria as relações entre estados. Segundo Quentin Skinner, *"Lívio sempre define a liberdade das cidades, assim como a liberdade dos cidadãos, em termos de não viver em sujeição ao poder ou à discrição de qualquer outro. Quando, por exemplo, ele descreve a capitulação dos colatinos ao povo de Roma, ele salienta que eles foram capazes de tomar tal decisão porque eles estavam "em seu próprio poder", e portanto "em liberdade para fazer o que quisessem""*[68].

Por outro lado, Tito Lívio (dando voz a Menenio Agripa) ilustra o funcionamento da sociedade livre romana com a metáfora do corpo humano[69], em que todos os órgãos devem cooperar para sua sobrevivência; de modo similar, os magistrados, o senado e o povo têm papéis diferentes e complementares no governo, sem os quais a verdadeira liberdade não poderia subsistir. Há quem veja, aí, semelhanças com o organicismo aristotélico. Todavia, é mister distinguir: em Aristóteles, a relação partes-todo é intrínseca, efetivamente orgânica[70]; já em Tito Lívio, reconhece-se a plena autonomia das partes, e sua concatenação representa, antes, um momento de equilíbrio necessário à preservação da liberdade, impedindo a degeneração de qualquer dessas partes na licenciosidade e na corrupção, com efeitos deletérios à liberdade de

---

[67] TITO LÍVIO. *Op. Cit.,* p. 273.
[68] SKINNER, Quentin. *Liberty and the English Civil War.* In: *Visions of Politics, vol. II.* Cambridge: 2002, Cambridge University Press, p. 318.
[69] TITO LÍVIO. *Op. Cit.,* págs. 320/321.
[70] Não o infirma a crítica aristotélica ao comunitarismo platônico (*Política, cit., págs. 105/107).* É que Aristóteles, na referida passagem, aos questionar perspectiva unitária da cidade, salienta que *"uma cidade não nasce de indivíduos idênticos*". Malgrado as especificidades das partes, Aristóteles compreende-as numa relação intrínseca com o todo da *polis*.

todos. Essas idéias, ainda obscuras em Lívio, vieram a ser retomadas e desenvolvidas, séculos depois, por Maquiavel.

Não menos importante seria o contributo de Salústio (86-34 a.c.), nomeadamente no *Bellum Catilinae*. Desencantado com a decadência do povo romano e com o ocaso da república, o autor proclama que *"é belo servir a coisa pública por seus atos; e servi-la por palavras é não menos sem mérito"*[71]. Recordando os primórdios de Roma, assevera que o poder real surgiu para proteger a liberdade e engrandecer o estado, mas acabou se degenerando em petulante tirania.

Além de verberar o mal inerente ao poder arbitrário da monarquia, Salústio aponta seus efeitos contraproducentes. Demonstra que, na vigência do poder absoluto, não existe estímulo para o desenvolvimento das qualidades e dos talentos – e, de conseguinte, ao próprio desenvolvimento do estado –, pois os déspotas *"suspeitam mais dos bons que dos maus, e o mérito de outrem é sempre algo que eles receiam"*[72]. Em contrapartida, Salústio recorda com que pujança e rapidez se deu o crescimento de Roma, tão logo alcançada a liberdade na república. Portanto, a grandeza de um povo estaria diretamente relacionada com a sua liberdade.

Pela voz de Márcio Pórcio Catão ("o moço"), Salústio veicula um discurso bastante ilustrativo da concepção romana de bem comum: *"eu me dirijo a vocês, vocês que sempre estimaram vossos palácios e vossas vilas, vossas estátuas e vossos quadros, mais que o bem-estar da própria coisa pública: se vocês querem conservar esses bens que lhe são tão caros, qualquer que seja o seu valor; se vocês querem usufruir tranquilamente os vossos prazeres, despertem e ajam em defesa da república"*[73]. Não se fala em tradições partilhadas pela comunidade; não se discutem os valores e as concepções de vida dos cidadãos; e tampouco se sustenta o florescimento humano ou vida boa em comum na *polis*. O bem comum assume, antes, feições instrumentais: é a condição ou o pressuposto de existência e de manutenção da liberdade e da fruição dos bens individuais.

Também importante seria o legado dos moralistas romanos, designadamente os escritos de Tácito (54-120 d.c.). Refletindo sobre os tempos que se seguiram à queda da república, afirma Tácito que *"desapareceram todas as virtudes e costumes antigos. Perdida a*

---

[71] SALÚSTIO, Caio. *La Conjuration de Catilina*. Trad. Alfred Ernout. Paris: 1958, Société D'édition "Les Belles Lettres", p. 56.
[72] SALÚSTIO, Caio. *Op. Cit.,* p. 61.
[73] SALÚSTIO, Caio. *Op. Cit., p.* 109.

igualdade, já não se atendia senão à vontade do príncipe", e que *"dentro de Roma corriam a precipitar-se na escravidão os cônsules, patrícios e cavaleiros"*[74].

De acordo com Quentin Skinner, a obra de Tácito contém profusas reflexões sobre o liame íntimo entre a servidão e o espírito servil, na medida em que *"aqueles que vivem em sujeição sempre terão os mais fortes motivos para evitar riscos e se preservar, em conseqüência do que dificilmente se pode esperar deles qualquer coisa melhor que um abjeto servilismo."*[75]. Assim, por exemplo, a respeito do império romano sob a égide de Tibério, diz Tácito:

"Foram, com efeito, aqueles tempos tão escandalosos por uma sórdida e torpe adulação, que não só as pessoas principais de Roma que, por serem tão ilustres, procuravam disfarçar a sua grandeza à força de tais humilhações, porém todos os consulares, a maior parte dos antigos pretores, e até muitos símplices senadores, quase como à porfia disputavam entre si qual em suas palavras seria o mais servil e abjecto. É tradição constante, que o mesmo Tibério, todas as vezes que saía da cúria, exclamava em grego: que homens estes tão bem azados para serem escravos!"[76]

À luz deste excerto, observa Skinner que, *"para assegurar a obediência dos cidadãos mais importantes de Roma, Tibério não tinha nenhuma necessidade de aventar a possibilidade de coerção, menos ainda de proferir quaisquer ameaças coercitivas. O fato de que todos viviam em total dependência de sua vontade era em si suficiente para garantir o servilismo que ele ao mesmo tempo esperava e desdenhava"*[77]. Vale dizer: mera presença do poder arbitrário bastava para condicionar o comportamento daqueles que se lhe submetiam.

Por fim, sobranceira, a síntese do "republicanismo" em Roma floresce em Marco Túlio Cícero (106-43 a.c.). Orador, jurista, político, filósofo, Cícero representa o mais acabado modelo de homem público romano. Sua vida e sua obra confundem-se com a república e seus valores. Seus serviços à república foram inestimáveis – e, com toda justiça, recebeu o título de *pater patriae*, mercê de seu decisivo papel no desvelar e reprimir a conjuração de Catilina. E seus escritos tornaram-se um rico manancial das idéias republicanas.

Para Cícero, *res publica* é a *res populi*. Esclarece, pela voz de Cipião (o africano), que é *"a república a coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu*

---

[74] TÁCITO, Cornélio. *Anais*. Tradução de J.L. Freire de Carvalho. São Paulo: 1952, W.M. Jackson ed., p. 05/07.
[75] SKINNER, Quentin. *Freedom as the Absence of Arbitrary Power*. In: *Republicanism and Political Theory*. Oxford: 2008, Blackwell Publishing, p. 93.
[76] TÁCITO, Cornélio. *Anais*. Tradução de J.L. Freire de Carvalho. São Paulo: 1952, W.M. Jackson Inc. editores, p. 145.
[77] SKINNER, Quentin. *Hobbes and Republican Liberty, cit., págs. 214/215*.

fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum"[78]. Analiticamente, dessa clássica definição se depreende que: a república, para além de uma mera forma de estado, é aquilo que pertence ao povo em seu conjunto; a base da agregação popular é o acordo na justiça (*iuris consensus*) e o seu fim é o bem ou utilidade comum (*utilitatis communio*). No entanto, semelhante definição, demasiado sinóptica, é insuficiente para a compreensão do sentido e do alcance da concepção republicana de Cícero. Faz-se mister um exame mais detido de sua obra, inclusive para clarificar os pontos de ruptura com a teoria aristotélica da *polis*.

Conquanto seja induvidoso que, em toda a obra de Cícero, polvilham alusões ao instinto de sociabilidade do homem, tal se dá numa perspectiva distinta da noção aristotélica do *zóon politikón*. Em Cícero, a participação dos assuntos da *polis* não configura uma dimensão constitutiva da natureza humana, algo que lhe seja inerente; trata-se, antes, do desiderato de utilidade comum, sob os ditames da justiça, de modo a salvaguardar os interesses de cada cidadão.

Por outro lado, o equívoco de se divisar no pensamento de Cícero uma linha de continuidade em relação à filosofia política de Aristóteles remete à noção de concórdia. Em diversas passagens de sua obra, Cícero enaltece a concórdia entre os homens; compara-a à harmonia da música e diz que ela é o vínculo sem o qual a república não subsiste[79]. Há quem veja, aí, similitudes com noção de concórdia aristotélica, de sorte que o vínculo entre os homens fundar-se-ia em valores, tradições e crenças partilhados pelos membros da comunidade, constitutivos do ideal de vida boa. Porém, a erronia dessa leitura é manifesta.

Embora possam ser mais sólidas as sociedades em que haja comunhão de costumes e relações de amizade, não é aí, em absoluto, que se situa o fundamento do vínculo social na concepção de Cícero. A manutenção dos laços sociais entre os homens basear-se-ia na idéia de justiça[80], à qual se agregaria a generosidade. Quanto à noção mesma de justiça, diz Cícero que ela *"consiste em evitar que um indivíduo cause dano a outro, a menos que isso seja motivado por injustiça, e, seguidamente, em garantir que se utilizem os bens comuns em proveito da comunidade e os particulares, em proveito de cada um"*[81], e acrescenta que *"o fundamento da justiça reside não obstante na boa-fé, isto é, na fidelidade e*

[78] CÍCERO, Marco Túlio. *Da República.* Tradução de Antônio Cisneiros. Rio de Janeiro, Ediouro, 5ª ed., p. 40 (livro I, xxv).
[79] CÍCERO, Marco Túlio. *Op. Cit.,* p. 87 (livro II, xl).
[80] CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres.* Tradução de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: 2000, Edições 70, p. 22.
[81] CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres, cit.,* p. 22.

na verdade nos compromissos assumidos"[82]. Por ampla que seja a noção de justiça em Cícero, parece claro que ela não tem por pressuposto a comunhão de valores ou de mundividências pelos membros do corpo social[83]; ela cinge-se ao aspecto estrutural da sociedade. Segundo Cícero, *"sem uma suprema justiça, não se pode reger de modo algum a coisa pública"*[84].

Ao situar na justiça o fundamento do liame social, Cícero expande-se à perspectiva universal do gênero humano. Observa Nicholas Buttle que, para Aristóteles, as preocupações morais dos cidadãos seriam particularistas (família, amigos, comunidade); mas, para Cícero, *"os cidadãos possuem deveres morais em relação a todos os seres humanos na base de sua humanidade, antes que apenas na base de relações particulares"*[85]. Diagnostica-se, no ponto, a influência da filosofia estóica.

Em Cícero, o substrato mais profundo da justiça atrela-se à idéia de liberdade dos cidadãos, em termos eqüitativos. Eis a justificação da república enquanto forma de estado e de governo. Argumenta Cícero que a monarquia, tomada em si, não seria a mais abominável das formas de governo simples, sendo mesmo admissível, *"quando o poder perpétuo de um só, sua igualdade e justiça garantam a segurança, a igualdade e o bem-estar de todos os cidadãos";* mas, ato contínuo, pondera que *"mesmo então, falta não pouco ao povo que é governado por um rei; antes de tudo, a liberdade, que não se estriba em ter um bom amo, mas em não o ter"*[86]. Trata-se da dialética liberdade-servidão

---

[82] CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres, cit.,* p. 23.

[83] Dentre os autores republicanos "neo-romanos", MAURIZIO VIROLI é particularmente enfático ao assinalar que a idéia de justiça republicana, já em Cícero (mas também em Maquiavel e na tradição subseqüente), estriba-se na salvaguarda da liberdade dos cidadãos, e não em valores morais comunitários (nesse sentido, vide: *Dalla Politica alla Ragion di Stato – La Scienza del Governo tra XIII e XVII secolo*. Roma: 1994, Donzelli editore, esp. págs. 186/190; *Repubblicanesimo*. Bari: 1999, Editori Laterza, esp. págs. 44/46).

[84] CÍCERO, Marco Túlio. *Da República, cit.,* p. 87.

[85] BUTTLE, Nicholas. *Op. cit., p. 340.*

[86] CÍCERO, Marco Túlio. *Da República, cit.,* p. 76 (livro II, xxiii). Deve-se registrar que o governo republicano, para Cícero – como, em geral, para os romanos –, não se confunde com a democracia ateniense. Diz Cícero que a *"excessiva liberdade logo se transforma em dura escravidão para os povos e para os indivíduos"* (*Da República, cit.*, p. 54) e acrescenta que *"quando o povo pode mais e rege tudo ao seu arbítrio, chama-se a isso liberdade; mas é, na verdade, licença"* (*Op. cit.,* p. 96) e que *"não creio que corresponda mais o nome de república ao despotismo da multidão, porque o povo não está para mim, como tu, ontem, Cipião, disseste muito bem, senão onde existe o consentimento pleno de direito, sendo esse conjunto de homens tão tirano como se fosse um só e tanto mais digno de ódio quanto nada há de mais feroz do que essa terrível fera que toma o nome e imita a forma do povo"* (*op. cit.,* p. 103). Na visão de Cícero, o governo republicano é misto, e, embora repouse na soberania popular, é equilibrado pelo poder do senado e dos magistrados, e pelo *medium* do direito.

(ou senhor-escravo), que se torna ainda mais saliente nos últimos escritos de Cícero, como bem o ilustram os discursos contra Marco Antônio (*Filípicas*[87]). Assim, *v.g.,* na oitava *Filípica*, diz Cícero:

"Você chama a servidão de paz? Nossos ancestrais pegaram em armas não apenas para serem livres, mas também para assumirem o poder. Você pretende que nós deponhamos nossas armas, de modo a nos tornarmos escravos. Mas que causa de travar a guerra pode ser mais justa que aquela de repudiar a servidão? Pois a característica mais deplorável dessa condição é que, mesmo que suceda de o senhor não ser opressivo, ele pode sê-lo se assim lhe aprouver"[88].

Em escólio à concepção de liberdade de Cícero, observa Skinner que *"possuir de facto a liberdade de ação não significa, necessariamente, gozar de liberdade pessoal ou política. Se sua liberdade é mantida sob a discrição de outrem, tal que você continue sujeito a sua vontade, então você permanece um escravo"*[89]. Significa dizer que, para a caracterização do *status* da liberdade, não bastaria a ausência de coação ou ameaça arbitrárias, mas a ausência da possibilidade de fazê-lo.

Portanto, em Cícero, é lícito dizer que a *res publica* é a pertença de todos; que seu elemento de coesão é a justiça; que a virtude cívica opera na convergência de fatores que entretenham a justiça; que o bem comum é o seu píncaro, enquanto padrão normativo de regulação justa da economia dos bens individuais e dos bens coletivos; e que o fim último da justiça é a idéia de liberdade, em oposição à idéia de servidão.

Eis, em cifra, os pontos nodais do legado romano ao republicanismo, consoante a interpretação que ora se expõe.

2.2. Da Renascença e da Obra de Maquiavel

O Renascimento, no plano político, significou a eclosão da consciência cívica após um longo período de letargia, reavivando os ideais de participação política, auto-governo, cidade livre e todo o conjunto de representações que lhes são associadas. Ao apontar as bases ideológicas do imaginário político da Renascença, os autores "neo-romanos" não negam a importância do modelo organizacional da *polis* ateniense, nem a ascendência da teoria política de Aristóteles. Também não se desconsideram os aspectos

---

[87] O título atribuído a esses discursos é uma clara referência aos discursos do orador ateniense Demóstenes contra os riscos de invasão e dominação de Atenas por Filipe da Macedônia. Roma e seus cidadãos estariam a correr um risco semelhante – o de caírem sob a dominação e o jugo de Marco Antônio.

[88] CÍCERO, Marco Túlio. *Discours contre Marc Antoine – Huitième à Quatorzième Philippiques.* Trad. M. Héguin de Guerle. Paris:1927, Librairie Garnier Frères, p. 13.

[89] SKINNER, Quentin. *Liberty and the English Civil War, cit.,* p. 315.

inovadores do pensamento renascentista. Contudo, sustenta-se que o Renascimento político teve em Roma – na sua história, na suas instituições e nos seus pensadores – a suprema fonte de inspiração.

Os *studia humanitatis* (retórica, história e filosofia moral), desprendendo-se das estéreis querelas escolásticas, passaram a ter um objetivo de orientação prática, para a vida pública, numa perspectiva tipicamente ciceroniana[90]. Acerca da condução dos negócios da cidade, os tratados pré-humanistas salientariam, acima de tudo, o alcance da grandeza, seja de *status,* de poder ou de riqueza. E, nesse sentido, muitas das reflexões louvar-se-iam na autoridade dos historiadores e moralistas romanos[91]. Outrossim, Skinner ressalta a influência de Cícero já nos autores mais antigos (como Giovanni da Viterbo e Brunetto Latini), especialmente a idéia de concórdia na justiça, e observa:

"eles definem o ideal de justiça, de acordo com os ensinamentos do direito romano, como o princípio de dar a cada um o que lhe é devido, ius suum cuique. Mas assegurar que cada um receba o que lhe é devido, eles argumentam, é o mesmo que assegurar que os interesses de ninguém sejam excluídos ou injustamente sujeitos àqueles de quaisquer outros. O ideal de justiça é visto assim como a noção fundante. Agir justamente é um e o único meio de promover o bem comum, sem o qual não pode haver esperança de preservar a concórdia e portanto de atingir a grandeza"[92].

Passou-se também a questionar a autoridade dos reis e a regra de transmissão hereditária do poder. Explorando as idéias de Salústio, argumentava-se que, no reinado, os homens distintos são objeto de suspeição, sendo apenas quando todo o corpo de cidadãos retém o controle que os melhores podem governar, em vista do bem comum da cidade, que, assim, pode crescer e atingir a grandeza. Inferia-se, então, que apenas sob regimes de eleições periódicas às funções públicas, pelos cidadãos das comunas, poderiam os governos reputar-se livres, e que tal teria necessária conexão com o modo de vida livre dos cidadãos, imune à injusta dependência ou servidão[93].

Idéias que se desenvolveram e se adaptaram à realidade política circunstante. Sua influência nos acontecimentos políticos da Renascença é um fato histórico, tendo servido de base ideológica à revolução da consciência cívica então em curso. As grandes

---

[90] SKINNER, Quentin. *The Reality of Renaissance.* In: *Visions of Politics, vol. II.* Cambridge: 2002, Cambridge University Press, esp. págs. 03/04.
[91] SKINNER, Quentin. *The Rediscovery of Republican Values.* In: *Visions of Politics, vol. II.* Cambridge: 2002, Cambridge University Press, esp. págs. 19/22
[92] SKINNER, Quentin. *The Rediscovery of Republican Values…, cit.,* p. 25.
[93] SKINNER, Quentin. *The Rediscovery of Republican Values..., cit., esp.* págs. 26/30

sínteses do pensamento político renascentista surgem nos Século XV e XVI – em autores como Leonardo Bruni, Alamanno Rinuccini, Girolamo Savonarola e Francesco Guicciardini. Todavia, o grande "momento republicano" do renascimento consuma-se na obra de Maquiavel – especificamente, nos *"Discursos Sobre a Primeira Década de Tito Lívio"* e (em menor escala) na *"História de Florença"* –, que coere o discurso republicano (romano e renascentista), incrementa-o e confere-lhe novas perspectivas.

Aos incautos, pode causar espécie o trato de Maquiavel como baluarte do pensamento republicano, em mercê do vezo de se cingir a compreensão de sua obra ao pequeno opúsculo que lhe granjeou celebridade (*"O Príncipe"*), e de associar o "maquiavelismo", tão-somente, à inescrupulosa arte de conquista e manutenção do poder. Tal é especialmente vincado na representação que se debuxa de Maquiavel no Brasil e em Portugal[94]. Trata-se de reducionismo injustificável, mas é certo que a obra de Maquiavel presta-se a leituras antagônicas, haja vista a real incompatibilidade entre muitas das idéias esposadas em *"O Príncipe"* e aqueloutras defendidas nos *"Discursos Sobre a Primeira Década de Tito Lívio"*.

Algumas hipóteses têm sido avançadas para explicar tamanha variação ideológica no pensamento maquiavélico. De acordo com Quentin Skinner[95], ao escrever *"O Príncipe"*, em 1513, Maquiavel ansiava pelo retorno à vida pública ativa, e aspirava a obter os favores dos Médici, então no poder em Florença. Todavia, cerca de um ano depois, sem qualquer vislumbre de reconhecimento, teria restado claro a Maquiavel que sua expectativa fora baldada. Desapontado, Maquiavel teria abandonado qualquer esperança de uma carreira pública, e teria começado a se perceber, progressivamente, como um "homem das letras". Breve, Maquiavel viria a tomar parte ativa nos encontros de um grupo de humanistas que se reuniam regularmente nos jardins de Cosimo Rucellai (as *"Orti Orticellari"*), nas cercanias de Florença. Ali, os mais intensos debates versavam temas políticos, notadamente a sorte dos regimes republicanos, e *"como eles se erguem na grandeza, como eles sustentam sua*

---

[94] Tal se observa mesmo entre autores que denotam um conhecimento abrangente da obra de Maquiavel, e um exemplo notável são os estudos do Prof. Martim de Albuquerque (*Maquiavel e Portugal – Estudos de História das Idéias Políticas*. Lisboa: 2008, Ed. Aletheia). Não obstante seu vasto conhecimento de todo o conjunto de escritos do secretário florentino (incluindo *"Os Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio"*), o autor não deixa de endossar a representação clássica do "maquiavelismo", e, nesse sentido, sustenta que o pensamento tradicional português é antimaquiavélico (op. cit., p. 144).

[95] SKINNER, Quentin. *Machiavelli: A Very Short Introduction*. Oxford: 1981, Oxford University Press, esp. págs. 54/56.

liberdade, como eles declinam e caem na corrupção, como eles finalmente chegam ao seu inevitável ponto de colapso"[96]. Sob tal influência, Maquiavel teria nutrido e desenvolvido idéias republicanas, que tiveram expressão nos *"Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio"*.

Reconhecendo embora as influências do círculo intelectual de *"Orti Orticellari"* no pensamento republicano de Maquiavel, Elena Fasano Guarino empreende uma abordagem diversa[97]. A autora não busca examinar a descontinuidade ideal entre as referidas obras, tampouco definir qual delas representa a autêntica expressão do pensamento de Maquiavel. O que se deve frisar, no entender da autora, é que *"O Príncipe"* fala, acima de tudo, sobre o estado *(stati)*, ao passo que os *"Discursos"* falam, particularmente, sobre a cidade *(città)*. Seriam dois pontos de vista distintos: o primeiro veicularia ensinanças sobre a arte do poder, enquanto o segundo versaria reflexões sobre o *vivere civile* e as cidades livres.

Talvez se tenha em Maurizio Viroli[98] a mais sistemática análise das discrepâncias ideológicas entre as obras capitais de Maquiavel. Primeiramente, desenvolvendo o raciocínio de Elena Guarini, Viroli observa que, em *"O Príncipe"*, Maquiavel nunca utiliza o termo "político" nem seus sinônimos ou correlatos. Aduz que, no contexto renascentista à altura da confecção da obra em referência, o termo "político" era empregado, exclusivamente, para designar a vida civil, relacionando-se com o discurso sobre a cidade, *"no sentido de uma comunidade de indivíduos que vivem juntos sob o governo da lei"*[99]. Em *"O Príncipe"*, Maquiavel lança mão do termo "estado", ao qual, atribuindo embora significados distintos – como nação ou como poder dos senhores –, não associa as noções de "política" então em voga. E, segundo o autor, Maquiavel não utiliza o termo "político" (ou seus equivalentes ou sinônimos) precisamente porque não escrevia de política mas da arte do estado, e seu fim, naquela obra, não era o de instruir o povo a conservar a cidade, mas instruir o príncipe a preservar o seu estado. Esclarece que Maquiavel tinha convicção de bem conhecer a arte do estado, e que *"O Príncipe"* fora seu esforço de disso convencer os Médici.

Por outro lado, Viroli detém-se na estrutura de composição de *"O Príncipe"*. Sustenta que tal obra foi composta em estrita observância aos cânones da retórica delineados pelos mestres

---

[96] SKINNER. Quentin. *Machiavelli, cit., p. 55.*

[97] GUARINI, Elena Fasano. *Machiavelli and the Crisis of the Italian Republics*. In: Machiavelli and Republicanism. Cambridge: 1990, Cambridge University Press, esp. págs. 29/35.

[98] VIROLI, Maurizio. *Dalla Politica alla Ragion di Stato – La Scienza del Governo tra XIII e XVII Secolo*. Roma: 1994, Donzelli editore, esp. págs. 83/108; e *Machiavelli.* Oxford: 1998, Oxford University Press, esp. págs. 73/113.

[99] VIROLI, Maurizio. *Dalla Politica…, cit.,* p. 84.

romanos, particularmente Cícero e Quintiliano. Assim, o *exordium*, a narrativa, a proposição, a confirmação, a refutação e a peroração final (esta, a famosa exortação à libertação da Itália). Não se tratava de explicar uma verdade científica ou moral, mas da arte da persuasão. A estrutura retórica da obra seguiria as balizas do gênero, e viria em reforço à demonstração dos conhecimentos de Maquiavel sobre a arte do estado. Assim, a questão da compatibilidade entre *"O Príncipe"* e os *"Discursos"* deveria ser perspectivada no sentido de se tratar da obra de um orador, antes que de um filósofo. Mesmo os *"Discursos"* teriam sido articulados numa estrutura retórica, o que, no entanto, segundo Viroli, *"não afeta o republicanismo dele (Maquiavel), salvo no sentido em que o torna poderoso e eloqüente"*[100].

De fora parte os motivos que conduziram à inflexão republicana do pensamento maquiavélico – ou mesmo se Maquiavel, efetivamente, era ou se tornou um ardoroso "republicano" –, é fato inconteste que os *"Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio"* assumiram grande representatividade no corpo de idéias que conformam o "republicanismo", notadamente em sua leitura "neo-romana". Por conseguinte, é mister discorrer sobre os elementos nodais do contributo maquiavélico.

Maquiavel entrevê no povo o guardião maior e mais seguro da liberdade. Para tanto, leva em consideração os objetivos dos segmentos sociais. Os nobres ou poderosos (*"grandi"*) revelariam um grande desejo de dominar, ao passo que nos plebeus se vislumbra *"somente o desejo de não ser dominados e, por conseguinte, maior vontade de viver livres, visto que podem ter menos esperança de usurpar a liberdade do que os grandes; de tal modo que, sendo os populares encarregados da guarda de uma liberdade, é razoável que tenham mais zelo e que, não podendo eles mesmos apoderar-se dela, não permitirão que outros se apoderem"*[101].

Invocando a autoridade de Cícero, Maquiavel assevera que os povos, *"mesmo sendo ignorantes, são capazes de entender a verdade"*[102]. Prossegue dizendo que a multidão é mais sábia e mais constante que um príncipe, e busca desfazer o preconceito histórico de que aquela é objeto. Assinala que *"do defeito de que os escritores acusam a multidão podem ser acusados todos os homens individualmente, e sobretudo os príncipes, porque qualquer um que não fosse regulado pelas leis cometeria os mesmos erros que a multidão irrefreada"*[103], sendo que, na realidade, *"um*

---

[100] VIROLI, Maurizio. *Machiavelli…, cit.,* págs. 112/113.
[101] MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. São Paulo: 2007, Ed. Martins Fontes, p. 24.
[102] MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 23.
[103] MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 167.

príncipe desregrado será mais ingrato, variável e imprudente que um povo"[104]; e remata: *"Se, portanto, pensarmos num príncipe vinculado às leis e num povo acorrentado a elas, veremos mais virtù no povo que no príncipe; e, se pensarmos em ambos irrefreados, veremos menos erros no povo que no príncipe, sendo tais erros menores e mais remediáveis"*[105].

Esclarece Maquiavel que *"não é sem razão que se compara a voz do povo à voz de Deus"*[106], pois o povo raras vezes erraria em seus julgamentos, sendo capaz de absorver o que de melhor lhe é transmitido e seguir as melhores opiniões. Também as escolhas que o povo faz de seus magistrados e representantes seriam melhores que as dos príncipes, eis que jamais se convenceria o povo alçar a tais dignidades pessoas notoriamente infames e corruptas, o que seria possível de se fazer em relação ao príncipe. Para corroborar sua assertiva, diz que *"basta-me o testemunho do povo romano, que em muitas centenas de anos, em muitas eleições de cônsules e tribunos, não fez quatro escolhas de que pudesse arrepender-se"*[107].

A respeito dos excessos, Maquiavel procura demonstrar o antagonismo de suas causas no povo e no príncipe. Afirma que *"as crueldades da multidão são contra aqueles que ela teme que se apoderem do bem comum; as de um príncipe são contra aqueles que ele teme que se apoderem de seu bem próprio"*[108]. Donde os eventuais excessos do povo seriam mais justificáveis, pois colimariam garantir a liberdade comum. Além disso, Maquiavel observa que, onde há um príncipe, *"no mais das vezes, o que é feito em favor do príncipe prejudica a cidade, e o que é feito em favor da cidade o prejudica"*[109].

Até mesmo quanto à longevidade, a fortuna assistiria às repúblicas de preferência aos principados. É que, segundo Maquiavel, um único cidadão, acostumado a proceder de determinada maneira, dificilmente é capaz de alterá-la, ainda que as circunstâncias se modifiquem, o que acarreta sua derrocada; ao passo que as repúblicas *"podem acomodar-se à diversidade dos tempos, em razão da diversidade dos cidadãos que nelas há"*[110].

Entretanto, da apologia que Maquiavel faz da república, ou do depósito último da liberdade nas mãos do povo, não se segue a defesa da democracia nos moldes atenienses. Maquiavel filia-se ao ideal romano de constituição mista, de dispersão do poder entre o

---

104 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 169.
105 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 171.
106 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 170.
107 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 170.
108 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 172.
109 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 187.
110 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 352.

povo, o senado e os magistrados, sob a égide da lei. Do contrário, a multidão irrefreada arruinar-se-ia na licenciosidade.

Posto que Maquiavel perfilhe o modelo organizacional de Roma, sua interpretação das relações sociais rompe, conscientemente, com a leitura de Cícero e de toda a tradição subseqüente – a leitura da harmonia e da concórdia sociais. De acordo com Maquiavel, o que fez a grandeza da república romana, tornando-a livre e poderosa, foi a desunião entre a plebe e os nobres. Nas suas palavras:

"Direi que quem condena os tumultos entre os nobres e a plebe parecem censurar as coisas que foram a causa primeira da liberdade de Roma e considerar mais as assuadas e a grita que de tais tumultos nasciam do que os bons efeitos que eles geravam; e não consideram que em toda república há dois humores diferentes, o do povo, e o dos grandes, e que todas as leis que se fazem em favor da liberdade nascem da desunião deles, como facilmente se pode ver que ocorreu em Roma. (...) E não se pode ter razão para chamar de não ordenada uma república dessas, onde há tantos exemplos de virtù; porque os bons exemplos nascem da boa educação; a boa educação, das boas leis; e as boas leis, dos tumultos que muitos condenam sem ponderar: porque quem examinar bem o resultado deles não descobrirá que eles deram origem a exílios ou violências em desfavor do bem comum, mas sim a leis e ordenações benéficas à liberdade pública"[111].

Tratava-se, à altura, de perspectiva inovadora, a deixar estupefatos alguns dos contemporâneos de Maquiavel, como Francesco Guicciardini. Mas, se bem analisada, a ruptura com a doutrina da concórdia de Cícero não era integral – porquanto, conforme visto, a concórdia ciceroniana era a concórdia na justiça. A ruptura absoluta e definitiva, aqui, era com a perspectiva de concórdia aristotélica à base de ideais, crenças e valores partilhados – ou seja, de qualquer representação de uma "vida boa" plasmada em mundividências convergentes.

Em todo caso, cumpre precisar o significado maquiavélico do conflito social. Para Maquiavel, a discórdia opera como fator dinâmico de maximização do controle do poder, de sorte que a vigilância recíproca concorre à promoção da liberdade comum, impedindo que qualquer dos segmentos sociais sirva-se do poder em seu exclusivo benefício. Na famosa sentença republicana, *"o preço da liberdade é a eterna vigilância"*. Como observa Skinner[112], o realismo maquiavélico fora capaz de divisar os inerradicáveis conflitos sociais, e de notar que a mantença do instável equilíbrio

[111] MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* págs. 21/22.
[112] SKINNER, Quentin. *Republican Liberty in an Age of Princes.* In: *Visions of Politics…, cit.,* págs. 156/157.

passa pelo controle mútuo dos cidadãos e de seus grupos. Para dar vazão a tal controle, Maquiavel exalta o poder de se *"acusar perante o povo ou qualquer magistrado ou conselho os cidadãos que porventura pecassem de algum modo contra o estado livre"*[113], a inibir e reprimir os atentados à liberdade comum, e a assegurar que o *"desafogo dos humores"* se dê por meios ordinários, não conducentes à ruína da república.

Entretanto – adverte Maurizio Viroli –, a apologia dos efeitos positivos do conflito social, em Maquiavel, pressupõe que tal conflito se dê nos limites da vida civil, como em Roma, e que não se degenere em confrontos armados, como em Florença. *"Os conflitos sociais, portanto, ajudam a suster a liberdade comum apenas na medida em que eles não violem os pré-requisitos da vida civil – ou seja, o império da lei e o bem comum"*[114]. De fato, Maquiavel condena as facções (*sètte)* e o facciosismo deletérios à república.

Este ponto é bem explicado por Gisela Bock. Analisando em conjunto os *"Discursos"* e a *"História de Florença"*, pondera a autora que *"as sètte são diferentes dos umori que Maquiavel tinha descrito na introdução do livro III; os últimos são naturais, inevitáveis e podem mesmo conduzir, se controlados e administrados de modo civilizado, à igualdade e ao bem comum, ao passo que os primeiros são meramente lutas por poder, são evitáveis e portanto deveriam ser evitados"*[115]. Em suma, os conflitos sociais seriam benéficos se e na medida em que favorecessem o bem comum, e não apenas determinados interesses seccionais.

Aliás, como observa Mortimers Sellers[116], Maquiavel tinha dúvidas de que Florença houvesse sido uma "verdadeira" república, porque, segundo palavras do próprio Maquiavel, *"embora muitas vezes, por sufrágio público e livre, se tenha outorgado ampla autoridade a alguns cidadãos, para que estes a reformassem, nem por isso eles a ordenaram jamais em vista da utilidade comum, mas sempre em favor dos próprios partidos, o que não criou ordem, porém maior desordem naquela cidade"*[117].

A noção de utilidade ou bem comum é onipresente no pensamento republicano maquiavélico. Refletindo sobre a grandeza alcançada por Roma após a libertação de seus reis, Maquiavel conclui que *"o que engrandece as cidades não é o bem individual, e sim o bem comum. E, sem dúvida, esse bem comum só é observado nas repúblicas, porque tudo o que é feito, é feito para o seu bem, e mesmo que aquilo que se faça cause dano a um ou outro homem privado, são tantos os que se beneficiam que é*

---

113 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos..., cit.,* p. 33.
114 VIROLI, Maurizio. *Machiavelli, cit.,* p. 127.
115 BOCK, Gisela. *Civil Discord in Machiavelli's Istorie Fiorentine*. In: *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: 1990, Cambridge University Press, p. 197.
116 SELLERS, Mortimers N.S. *The Sacred Fire of Liberty…, cit.,* p. 49.
117 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 145.

possível executar as coisas contra a vontade dos poucos por ela assim prejudicados"[118].

Todavia, sublinhe-se que a noção de bem comum, em Maquiavel, nada tem de perfeccionista, tampouco importa a fautorização de valores comuns partilhados pelos cidadãos. À guisa de Salústio, o apanágio do bem comum maquiavélico é a instrumentalidade, ou seja, o conjunto de condições que propiciam aos cidadãos a fruição de seus bens individuais e o gozo tranqüilo da liberdade. Portanto, o bem comum vem a ser, em última instância, o ideal político de garantia da liberdade, ou *vivere libero,* que, segundo Maquiavel, *"consiste em poder cada um gozar livremente e sem temor das coisas que tem, em não duvidar da honra das mulheres e dos filhos, em não temer por si mesmo"*[119].

De acordo com os autores "neo-romanos", esse *vivere libero* constitui o âmago do pensamento republicano de Maquiavel. Observa Quentin Skinner que, à luz da tipologia popularizada na teoria política contemporânea, a concepção de liberdade de Maquiavel seria essencialmente negativa, *"pois o ponto de partida não é uma visão de eudaimonia ou dos verdadeiros interesses do homem"*[120], restando aos cidadãos a escolha e a persecução de seus próprios objetivos pessoais. Não obstante, tratar-se-ia de um conceito de liberdade relacional, que pressupõe a liberdade da comunidade como um todo, nos planos externo e interno, e que realça o papel ativo dos cidadãos na conquista e na preservação dessa liberdade comum.

Em Maquiavel, a participação dos cidadãos nas deliberações públicas não se justifica pela suposta dimensão política da natureza humana (*zóon politikón*), apresentando-se, antes, como um meio de garantir a liberdade. Por outro lado, a abordagem maquiavélica da liberdade de todo o corpo social – no plano externo em relação ao império de outros estados, e no plano interno em relação ao poder monárquico ou ao domínio dos grandes – remete à clássica dialética romana liberdade-servidão. Assim, uma cidade livre seria aquela que não está sujeita ao poder de nenhuma outra; e a liberdade individual consistiria na independência da vontade arbitrária de outrem, podendo cada cidadão viver sem receio de ser oprimido.

Ao refletir sobre os fatores que levam a liberdade a degenerar-se em servidão, Maquiavel enfatiza a corrupção dos cidadãos. A noção maquiavélica de corrupção dos cidadãos, à qual

---

118 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 187.
119 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* p. 65.
120 SKINNER, Quentin. *The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives*. In: Philosophy in History: Essays on Historiography of Philosophy. Cambridge: 1984, Cambridge University Press, p. 217.

se segue a corrupção da sociedade, relaciona-se com a auto-destrutiva tendência humana de colocar a satisfação de seus interesses faccionais acima da preservação do bem comum, a minar os fundamentos da liberdade de todos. Nesse sentido, a corrupção seria *"simplesmente um déficit de racionalidade"*[121].

No intuito de prevenir a corrupção, e assegurar a liberdade comum em termos de independência, Maquiavel deposita grande confiança na força coercitiva das leis. Diz Maquiavel que *"onde são muitas as possibilidades de escolha e se pode usar da licença, tudo logo se enche de confusão e desordem. Por isso se diz que a fome e a pobreza tornam os homens industriosos, e que as leis os tornam bons. E, quando uma coisa funciona por si mesma, sem leis, não há necessidade de lei; mas, quando falta o bom costume, a lei logo se faz necessária"*[122]. A grandeza e a liberdade da república romana adviriam, precisamente, da adequada ordenação legal de suas instituições.

Observa Quentin Skinner[123] que, na concepção maquiavélica, as leis devem ser estruturadas de modo a sustentar o tenso equilíbrio entre as forças sociais opostas, promovendo a vigilância recíproca e evitando tanto o domínio dos grandes quanto a licenciosidade do povo. Assim se poderia a sintetizar a equação legiferante de Maquiavel:

"uma vez que a corrupção é a antítese da virtù, ao passo que a virtù é indispensável para manter tanto a liberdade pessoal quanto a liberdade pública, nosso comportamento corrupto deve ser de algum modo neutralizado a fim de que o vivere libero (e portanto nossa própria liberdade) possa ser preservado. A questão é o que a lei pode realizar em face dessas dificuldades. A resposta, Maquiavel sugere, é que a lei pode ser utilizada para coagir-nos e orientar-nos de tal modo que, mesmo que nós continuemos a agir unicamente pelo desejo de avançar nossas próprias vantagens individuais ou faccionais, nossas motivações podem ser canalizadas para servir o bem comum. (...) Nós somos de tal modo capacitados, por meio dos poderes coercitivos da lei, a alcançar a liberdade que nós realmente desejamos, e evitar as condições de dominação e servidão que nosso comportamento irrefreado viria, caso contrário, a produzir."[124]

Verifica-se que, bem antes de Rousseau – mas sob premissas outras –, Maquiavel concebera a idéia de *"forçar os cidadãos a serem livres"*. Por outro lado, assinala Maurizio Viroli[125] que o império das

---

[121] SKINNER, Quentin. *The Republican Ideal of Political Liberty*. In: Machiavelli and Republicanism. Cambridge: 1990, Cambridge University Press, p. 304.
[122] MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* págs. 20/21.
[123] SKINNER, Quentin. *Machiavelli...*, cit., p. 74.
[124] SKINNER, Quentin. *Machiavelli on Virtù and Liberty*. In: *Visions of Politics…, cit.,* págs. 177/178.
[125] VIROLI, Maurizio. *Machiavelli..., cit.,* págs. 122/123.

leis, em Maquiavel, representa a materialização dos princípios da isonomia e da imparcialidade, a aluir os focos de dominação social. O próprio Maquiavel esclarece que *"nenhuma república bem ordenada jamais usou os méritos de seus cidadãos para anular seus deméritos, mas, tendo ordenado prêmios para as boas obras e penas para as más, mesmo tendo premiado alguém por uma boa obra, castigá-lo-á depois, sem consideração alguma por suas boas obras, caso ele venha a cometer uma má ação"*[126]. De resto, cumpre anotar que a coerção legal, no pensamento maquiavélico, pressupõe não apenas sua previsão formal, mas também a instituição de mecanismos que lhe dêem efetividade.

Por fim, refira-se que Maquiavel denota preocupação com os riscos da demasiada concentração de poder em atores privados. Para o autor, a constituição e a subsistência de uma república devem assentar-se num razoável equilíbrio de riquezas[127]. Adverte que, quando um ou alguns cidadãos adquirem um poder tal que venham a incutir medo nos demais cidadãos e nos próprios magistrados, são latentes os perigos à liberdade[128]. Para contê-los, Maquiavel sustenta que uma república bem-ordenada deve manter o patrimônio público rico e os cidadãos pobres[129]; e que se devem franquear caminhos a quem busca reputação e favores pelas vias públicas, em prol do bem comum, e fechá-los a quem os busca pelas vias privadas[130]. Se tais propostas soam de todo anacrônicas – e talvez já o soassem ao tempo dos *Discursos* –, são inegáveis os méritos de Maquiavel na identificação das acentuadas disparidades do poder privado como fator de abalo da liberdade comum.

Eis expostos os elementos fulcrais da leitura "neo-romana" do republicanismo na Renascença e na obra de Maquiavel.

2.3. Da Liberdade Republicana no Pensamento Anglo-Saxão

O Século XVII testemunhou o período de maior turbulência na economia interna do poder em Inglaterra. E o Século XVIII assistiu a disseminação de tendências de pensamento que culminaram na revolução e na independência dos Estados Unidos da América. Sustenta-se que todo esse interregno histórico teria sido perpassado pelas idéias republicanas romanas de liberdade e de governo.

---

126 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* págs. 85/86.
127 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* págs. 158/162.
128 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* págs. 137/138.
129 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* págs. 112/113.
130 MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos…, cit.,* págs. 406/407.

A eclosão dessas idéias, em Inglaterra, já no início do Século XVII, seria tributária de múltiplas fontes[131]. As primeiras seriam alguns textos medievais da *common law*, dos quais se destacariam, pela sua vasta acolhida à época, o tratado *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, de Henry Bracton, datado de 1260, e reeditado no fim do Século XVI e novamente em 1640; e o tratado *Un Lyver de exposicion de Parcell de les Tenures"*, de Thomas Littleton, datado do Século XV e vertido ao inglês em 1600. Ambos os tratados confeririam relevo à distinção entre homens livres e escravos, fazendo-o em consonância com o paradigma jurídico romano.

Por outro lado, em fins do Século XVI e início do Século XVII, além do fato de a formação universitária incluir o estudo das grandes obras romanas nos textos originais em latim, realizaram-se notáveis traduções ao inglês dessas mesmas obras. Dentre outras, destacam-se as seguintes versões: de Cícero, *"Dos Deveres*", em 1556 e as *"Filípicas"*, em várias edições da mesma época; de Tácito, *"Histórias"* e *"Agrícola"*, em 1591, e os *"Anais"*, em 1598 ; de Tito Lívio, a *"História de Roma"*, em 1600; de Salústio, *"Bellum Catilinae"* e "*Bellum Iugurthinum"*, em 1608. Tais obras teriam se popularizado, espraiando influência no discurso político inglês.

Um terceiro flanco de penetração das idéias republicanas seria pela história e pelos autores do renascimento italiano, especialmente Maquiavel, nos *"Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio"* e na *"História de Florença"*. A influência maquiavélica seria decisiva às concepções republicanas inglesas, inclusive em seus autores fundamentais, como James Harrington. A ponto que Henry Neville falar no *"divino Maquiavel"* dos *"Discursos"*.

Tal conjunto formaria o substrato ideológico elementar da Revolução Inglesa[132], amiúde olvidado pelos historiadores. Já em 1928, a *"Petition of Rights"* denotava a insatisfação do Parlamento

---

131 Acerca da introdução das idéias republicanas "neo-romanas" no pensamento inglês, vide: SKINNER, Quentin. *States and the Freedom of Citizens*. In: States and Citizens – History, Theory, Prospects. Cambridge: 2003, Cambridge University Press, esp. págs. 11/15; *Rethinking Political Liberty*. In: History Workshop Journal, vol. 61, n. 01, 2006, esp. págs. 156/160; *Classical Liberty and the Coming of the English Civil War*. In: Republicanism – A Shared European Heritage, vol. II, esp. págs. 15/28; *A Third Concept of Liberty*. In: The Liberty Reader (ed. David Miller). Edimburg: 2006, Edimburg University Press, esp. págs. 250/254; *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge: 2008, Cambridge University Press, esp. págs. 140/157.

132 Embora se costume falar em revoluções inglesas, da "Revolução Puritana" (1640) à "Revolução Gloriosa" (1688), tem-se entendido que se trata de um mesmo processo revolucionário, cujos antecedentes remontam ao início do Século XVII.

inglês em relação aos poderes arbitrários da coroa inglesa na dinastia dos Stuart. A situação viria a se exacerbar entre a reunião do "Curto Parlamento", em abril de 1640, e a deflagração da guerra civil inglesa, no verão de 1642. Para além das interferências arbitrárias que a coroa inglesa estaria a praticar, o núcleo do conflito residiria na própria existência das prerrogativas arbitrárias monárquicas. E a fonte última do argumento antimonárquico seria a dialética romana liberdade-servidão ou senhor-escravo.

No princípio dos anos 40 (Séc. XVII), a causa parlamentar já cerrava densas fileiras, e teve na figura de Henry Parker um dos seus mais estrênuos defensores. Primeiro no *"Case of Shipmony"* (1640), Parker salientava que o desmesurado poder real de estabelecer impostos e empréstimos forçados era incompatível com a liberdade popular. O autor externava o receio de que a Inglaterra pudesse ser reduzida à uma condição semelhante à da França, onde os poderes absolutos do rei teriam oprimido o povo e levado o estado à ruína. Posteriormente, já na alvorada da guerra civil, nas *"Observações"*, Parker questionava a prerrogativa da "voz negativa" (ou poder de veto absoluto às deliberações do Parlamento), invocada pela coroa, argumentando que, se o monarca fosse tido como o único e supremo juiz da nação, *"nós resignadamente deixamos tudo em suas mãos, damos nossas vidas, liberdades, leis, parlamentos, enfim tudo a ser mantido sob sua mera discrição"*[133].

As *Declarações* das duas casas do Parlamento inglês expressavam-se num tom semelhante. Particularmente na *Declaração* de 04 de agosto de 1642, em que o Parlamento anunciou e oficializou que iria pegar em armas numa postura defensiva, concluiu-se que o rei queria não apenas controlar as milícias, mas governar pela sua vontade ilimitada, e assim *"destruir o Parlamento, e se tornar mestre de nossa religião e de nossas liberdades, tornando-nos escravos"*[134]; o apelo final desta *Declaração* era no sentido de salvar o povo livre inglês da condição de servidão.

No curso da guerra fratricida inglesa, outro personagem de dianteira nas hostes parlamentares fora John Goodwin. Seu *"Anti-Cavalierisme"*, de 1642, talvez seja a expressão mais explícita do pensamento republicano "*neo-romano"* no decorrer dos embates da década de 40 (Século XVII). Anota Skinner: *"Ser "homens e mulheres livres", Goodwin sustenta, é ter "a disposição de suas próprias pessoas e de todas as suas pertenças", de acordo com sua própria vontade. Se seus governantes*

133 PARKER, Henry. *Observations,* p. 43/44, *apud* SKINNER, Quentin. *Rethinking Political Liberty*. In: History Workshop Journal, vol. 61, n. 01, 2006, p. 167.

134 *Exact Collection, apud* SKINNER, Quentin. *Rethinking Political Liberty…, cit.,* p. 167.

são plenos de poderes discricionários, você será obrigado a viver "pelas leis de seus desejos e de seus prazeres" e "ao seu arbítrio e suas veleidades em todas as coisas"[135].

Ainda no interstício da guerra civil, colacionam-se outras importantes contribuições doutrinárias – muitas das quais anônimas –, sendo de mencionar autores como Richard Overton e John Marsh. O ideário romano da liberdade arraigara-se na causa anti-monárquica, refletindo-se inclusive em seu triunfo, com o regicídio de 1649. Registra Skinner: *"A acusação contra Carlos I era a de que ele houvera governado por sua vontade arbitrária, e portanto tiranicamente. O Ato de Março de 1649, abolindo o posto de rei, confirmou que a monarquia é "perigosa à liberdade, à segurança e ao interesse público do povo", e acrescentou que na Inglaterra o efeito das respectivas prerrogativas fora "para oprimir, empobrecer e escravizar os cidadãos"*[136].

Consabido, em 1649, após a queda da monarquia, foi instituída a república (*"commonwealh"*[137]) inglesa. Seu termo final seria o ano de 1660, com a restauração da monarquia. Mas, a rigor, enquanto experiência de governo propriamente republicana, a *"Commonwealth of England"* subsistiu apenas até 1653; em seguida, com a dissolução do Longo Parlamento (1640-1653) adveio o "*Protetorado"* , em que o "lorde protetor" (Olivier Cromwell até sua morte, em 1658, e seu filho Richard Cromwell até 1659) era investido de amplos poderes de governo.

Sem embargo, o interregno de 11 anos que medeia entre a queda e a restauração da monarquia é tido como a "era de ouro" do florescimento das idéias republicanas na Inglaterra[138]. No seio da pletora republicana do *interregnum*, destacam-se as obras de Marchamont Nedham, James Harrington e John Milton.

---

135 SKINNER, Quentin. *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge: 2008, Cambridge University Press, p. 152.

136 *A Third Concept of Liberty*. In: The Liberty Reader (ed. David Miller). Edimburg: 2006, Edimburg University Press, p. 252.

137 Por vezes se traduz o termo *"commonwealth"* por república, o que não é de todo correto; mais apropriado seria algo como "corpo político" ou "estado". Com efeito, há autores da própria época da instituição da *"Commonwealth of England"* que tomavam o termo nessa acepção. Thomas Hobbes, *v.g.*, dizia que se uma *"commonwealth"* pode ser monárquica ou popular. Não obstante, historicamente, a *"Commonwealth of England*" veio a ser assimilada às idéias republicanas – daí que se fala em república inglesa.

138 A percepção do "*Protetorado*" de Cromwell, pelos autores republicanos do período, não foi homogênea. Diversos republicanos viram nele a continuação das profligadas mazelas da monarquia, ante a existência dos mesmos poderes discricionários; outros autores foram-lhe mais condescendentes, como John Milton, compreendendo tal regime como excepcional e necessário na transição que se operava, em virtude das turbulências circunstantes.

Entre meados de 1651 e meados de 1652, Marchamont Nedham publicou uma série de editoriais no periódico oficial *Mercurius Politicus*, com fins pedagógicos de difusão dos ideais de liberdade do novo governo. Tais escritos foram reunidos e publicados, em 1656, sob o título *"A Excelência de um Estado Livre"*. Nedham enfatizaria a soberania popular, sustentando que *"a única maneira de prevenir arbitrariedades é que nenhuma lei ou dominação, qualquer que seja, possa ser feita a não ser pelo consentimento do povo"*[139]. O objetivo último do governo seria garantir a liberdade, a vida e o patrimônio.

Em 1656, foi publicada a obra capital do republicanismo inglês: *"The Commonwealth of Oceana"*, de James Harrington. Valendo-se do modelo de uma utópica república, Harrington procede a extensas críticas do *"Leviatã"* (1651), de Thomas Hobbes, e avança idéias sobre a liberdade dos cidadãos e a liberdade de toda a sociedade. Inspira-se no legado republicano da antiguidade[140] e em Maquiavel, *"o único político dos tempos seguintes"*.

Logo no início da obra, diz Harrington que o governo é *"uma arte pela qual a sociedade civil de homens é instituída e preservada sobre as fundações do direito ou interesse comum, ou (para seguir Aristóteles e Lívio), é o império das leis e não o dos homens"*[141]. O império das leis representaria, antes de mais, a ausência (ou a drástica redução) do poder arbitrário.

No pensamento de Harrington, as leis têm um papel constitutivo na promoção da liberdade. Criticando a posição de Hobbes, sustenta Harrington que efetiva liberdade não é a liberdade contra a lei do estado, mas a liberdade através da lei do estado[142]. Nesse diapasão, a interferência da lei não é tida, necessariamente, como um mal; pois pode ser a interferência mesma da lei que venha a arrimar a liberdade comum.

A liberdade é o parâmetro da lei. E a liberdade de cada cidadão individual é o pressuposto para se conceber uma sociedade livre. Diz Harrington que as leis não são instituídas com outro fim senão o de *"proteger a liberdade de todo homem privado, e que por esse meio*

---

139 NEDHAM, Marchamont. *The Excelency of a Free State,* págs. 32/33*, apud* SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do Liberalismo*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: 1999, Ed. Unesp., p. 34.

140 É indiscutível a influência de Aristóteles no pensamento de James Harrington. Sustenta-se porém que, nos aspectos essenciais, seria mais nítida sua filiação às idéias romanas de liberdade e de governo.

141 HARRINGTON, James. *The Commonwealth of Oceana*. In: The Political Works of James Harrington. Cambridge: 1977, Cambridge University Press, p. 161.

142 HARRINGTON, James. *The Commonwealth of Oceana*. In: The Political Works of James Harrington. Cambridge: 1977, Cambridge University Press, p. 170/171.

vem a se tornar a liberdade do corpo político (commonwealth)"[143]. Na concepção de harringtoniana, portanto, a liberdade estrutura-se no sentido ascendente das partes (os cidadãos) ao todo (o estado ou comunidade política), e não o contrário. Logo, tem precedência a liberdade dos cidadãos.

É nessa perspectiva que se deve compreender a famosa asserção de Harrington: *"Existe um direito comum, lei da natureza, ou interesse do todo, que é mais excelente, e assim reconhecido pelos próprios agentes, que o direito ou o interesse apenas das partes"*[144]. Longe de aderir a idéias organicistas de matriz aristotélica, Harrington filia-se à tradição romana (e maquiavélica) do bem comum instrumental, ou seja, um ideal normativo de salvaguarda da liberdade comum. A primazia conferida por Harrington ao interesse do todo em relação ao interesse das partes equaciona-se em termos da garantia da liberdade de todos, em oposição à liberdade apenas de alguns. Mas o desiderato final é, sempre, a liberdade dos indivíduos.

No que se reporta à engenharia do poder político, Harrington preocupa-se com os mecanismos de controle recíproco, e esposa uma teoria de governo misto. O autor ilustra a necessidade de dispersão do poder legiferante com a singela anedota das duas garotas que têm de entre si repartir um bolo[145]: cabe a uma garota dividir o bolo, e à outra, escolher seu pedaço; logo, a garota responsável pela divisão esforçar-se-á, quanto possível, por assegurar a igualdade, que a si própria aproveita.

O processo de elaboração das leis deveria ser estruturado de modo semelhante. Haveria de existir um senado, cujos membros seriam recrutados não por direito hereditário, ou por considerações da grandeza do seu *status*, *"mas pela eleição por suas partes excelentes"*[146]. Os senadores não seriam os comandantes, mas os conselheiros do povo. A função institucional do senado consistiria em propor e debater as propostas de lei. E haveria de existir uma câmara popular – depositária última da soberania –, composta por representantes eleitos, a refletir com a possível fidelidade os interesses de todo o povo. À assembléia popular seria atribuído o poder de acolher ou rejeitar as propostas do senado. Esclarece Harrington: *"Dividir e escolher, na linguagem de um corpo político, é debater e resolver; e o que quer que sob o debate do senado seja proposto ao povo, e decidido por ele, é decretado auctoritate patrum et jussu populi, pela autoridade do senado e o poder do povo, que em concurso aprovam uma lei"*[147].

---

143 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 171.
144 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 171.
145 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 172/173.
146 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 173.
147 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 174.

Em paralelo à função legislativa, Harrington concebe a função de executar a lei, a cargo da magistratura. Esta, porém, responde perante o povo acerca da adequada execução das leis. Em resumo, a engenharia política abrangeria três ordens: o senado e o povo, que conformariam a legislação, e a magistratura, que se incumbiria execução das leis[148]. A fim de preservar a vida e o movimento natural do corpo político, estipular-se-ia a rotatividade ou alternância no exercício do poder das referidas superestruturas, mediante eleições livres pelo povo, pelo método da votação secreta (que contribuiria para incrementar a liberdade de julgamento dos cidadãos)[149].

Mas Harrington não se detém no arquétipo do poder político. O autor percebe que os fundamentos da liberdade comum, em uma república, podem ser subvertidos pela concentração excessiva do poder econômico. A debelar tal risco, defende um sistema de redistribuição da propriedade territorial. Diz Harrington que a *"igualdade agrária é uma lei perpétua estabelecendo e preservando o equilíbrio do domínio, mediante tal distribuição que nenhum homem ou número de homens dentro da esfera de uns poucos, ou aristocracia, possa vir a superar o poder de todo o povo pelas suas possessões em terras"*[150]. Releva não tanto a proposta harringtoniana, mas seu diagnóstico dos meandros do poder. Conforme se tem observado[151], Harrington exibe uma aguda consciência das formas de dominação entre os homens, que podem advir da desigualdade econômica, e põe em relevo a interdependência entre os poderes político e econômico.

Outra figura de proa do *interregnum* republicano é John Milton. O grande poeta inglês dispôs efusivamente de seu talento literário na defesa da *"Commonwealth of England"* – da qual se tornou um verdadeiro porta-voz. Em fevereiro de 1649, Milton publicou *"A Tenência de Reis e Magistrados"*[152], a justificar o regicídio de Carlos I (ocorrido em fins de janeiro de 1649) e a ascendência legítima do novo regime. Segundo Milton, todos os homens nascem naturalmente livres, e qualquer governo só é legítimo se respeitar as leis e concorrer ao bem comum e à preservação das liberdades. Porém, quando reis ou magistrados tornam-se *"opressores e assassinos dos cidadãos, eles não devem mais ser considerados reis ou magistrados legais,*

---

148 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 185.
149 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 181.
150 HARRINGTON, James. *Op. cit., p.* 181.
151 HONOHAN, Iseult. *Civic Republicanism.* Oxon: 2002, Routledge, esp. págs. 64/65.
152 Optamos pela tradução popularizada no Brasil do título da referida obra (*"The Tenure of Kings and Magistrates"*), sendo certo que o termo inglês *"tenure"*, aqui, tem o sentido de estabilidade ou permanência nos ofícios de reis e magistrados.

mas homens privados a serem checados, acusados, condenados e punidos"[153]. Em outubro de 1649, como resposta ao *"Eikon Basilike"* (obra que retratava o rei executado como um mártir cristão), Milton publica o *"Eikonoklastes";* e, em 1651, em resposta à *"Defensio Regia Pro Carolo Primo"* (de Salmasius), Milton publica o *"Pro Populo Anglicano Defensio"*. Nestes dois últimos textos, Milton busca refinar os argumentos em prol da deposição da monarquia inglesa e da instauração do governo republicano.

Mesmo com a dissolução do "Longo Parlamento", em 1653, e o advento do "protetorado" de Cromwell, Milton manteve-se fiel ao novo governo, que lhe parecia uma necessária etapa de transição ao estabelecimento definitivo da república livre inglesa. Com a morte de Cromwell, em 1658, a conjuntura política prenunciava a iminente restauração da monarquia. Numa derradeira tentativa de esconjurar o fantasma monárquico, Milton canaliza toda sua eloqüência em "*O Modo Pronto e Fácil de Estabelecer um Corpo Político Livre",* publicado em 1660.

Nesta obra, Milton adverte contra os riscos de retorno à monarquia. O povo inglês cobrir-se-ia de grande opróbrio, se, após ter alcançado a liberdade à custa de tanto esforço, admitisse, passivamente, recair na servidão. Pergunta-se Milton: *"Nós nunca amadureceremos o suficiente para termos a sabedoria de utilizar mais graves autoridades, experiências, exemplos? É uma inexprimível alegria servir, uma felicidade vestir a canga?"*[154]. À servidão seguir-se-ia o servilismo dos cidadãos e a perda de sua independência. Milton concita o povo inglês a encarregar-se de seu próprio destino e tomar conta de sua própria liberdade. Então, avança propostas de constituição do estado livre inglês, governado em torno de um grande conselho, constituído pelos *"homens mais competentes, escolhidos pelo povo para discutir os negócios públicos de tempos em tempos em vista do bem comum"*[155].

De acordo com Quentin Skinner[156], a concepção de liberdade de Milton teria alicerce nas idéias romanas sobre liberdade e servidão. Assim, na perspectiva de Milton, a mera existência das

---

[153] MILTON, John. *The Tenure of Kings and Magistrates.* Trecho extraído da edição *online* constante no sítio: http://www.dartmouth.edu/~milton/reading_room/tenure/

[154] MILTON, John. *The Readie and Easie Way to Establish a Free Commonwealth, and the Excellence therof Compar'd with the Inconveniences and Dangers of Readmitting Kingship in this Nation.* London: 1660, T.N., págs. 30/31 (versão fac-símile do original, constante em *"The Online Library of Liberty", no sítio http://oll.libertyfund.org/files/272/1293_Bk.pdf*).

[155] MILTON, John. *The Readie and Easie ..., cit.,* p. 21.

[156] SKINNER, Quentin. *John Milton and The Politics of Slavery.* In: Visions of Politics – Renaissance Virtues (vol. 02). Cambridge: 2002, Cambridge University Press, esp. págs. 297/305.

prerrogativas arbitrárias conferidas ao rei importaria transformar em serva toda a massa de cidadãos. O só fato de os cidadãos dependerem *"da graça e da misericórdia"* do rei bastaria para fulminar a liberdade – que deixa de ser um direito, para se tornar um favor, flutuante aos caprichos do monarca. E essa sujeição permanente teria o nefasto efeito de condicionar o comportamento dos cidadãos. Sintetiza Skinner:

"Recorrendo à autoridade de Tácito, John Milton em seu "Readie and Easie Way" trata a iminente restauração da monarquia inglesa como o retorno a uma condição de servidão, e traça um quadro assustador do servilismo por vir. Existem formas de conduta profundamente censuráveis, ele observa de início, que restam quase impossíveis de serem evitadas por aqueles que vivem na servidão. Não sabendo o que lhes pode acontecer, e desesperados por evitar o ódio do tirano, eles tendem a se comportar de modo complacente. e lisonjeiro, tornando-se "um grupo servil", em "bajulações e prostrações", exibindo "curvações e encolhimentos perpétuos de um povo abjeto". Ao mesmo tempo, há várias linhas de conduta que se lhes tornam quase impossíveis de perseguir. Nós jamais podemos esperar deles quaisquer "palavras e ações nobres", qualquer disposição para falar a verdade ao poder, qualquer prontidão para oferecer julgamentos francos e estar preparados para agir de acordo com eles"[157].

Restaurada a monarquia, John Milton, já cego, volta-se à composição de sua obra-prima poética, *"O Paraíso Perdido"*. Sem se descurar o primor artístico da obra, já se lhe chamou de *"tratado teológico-político republicano"*[158]. Conforme estudo de Blair Worden, *"O satã de O Paraíso Perdido fez-se um anjo não da cristandade, mas do republicanismo"*[159], e seus argumentos seriam bastante similares àqueles esboçados por Milton em "*O Modo Pronto e Fácil de Estabelecer um Corpo Político Livre"*. O inimigo de satã seria um deus que instaurou a tirania do paraíso. Satã questionaria a abjeta postura dos anjos de se prostrarem perante um deus conquistador, recordando que eram todos igualmente livres até que deus ousou se arrogar superior aos seus semelhantes, afetando o equilíbrio celeste e tornando servos todos os anjos. Pela alegoria religiosa, assim, Milton exalava seus últimos suspiros republicanos.

A monarquia rediviva não foi capaz de sufocar por completo as idéias republicanas, que vieram a se renovar por volta das

---

157 SKINNER, Quentin. *Freedom as the Absence of Arbitrary Power*. In: Republicanism and Political Theory. Oxford: 2008, Blackwell Publishing, p. 93.
158 HIMY, Armand. *Paradise Lost as a Republican "Tractatus Theologico-Politicus"*. In: *Milton and Republicanism*. Cambridge: 1995, Cambridge University Press, págs. 118/133.
159 WORDEN, Blair. *Milton's Republicanism and the Tyranny of Heaven*. In: *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: 1990, Cambridge University Press, p. 241.

décadas de 70 e 80 do Século XVII, destacando-se as obras de Henry Neville e Algernon Sidney – ambos os quais haviam integrado o Longo Parlamento de 1640 a 1653. Neville publicou, em 1681, a obra *"Platão Ressuscitado"*, fazendo coro à tradição republicana inglesa (sob a preponderante influência de James Harrington) e renascentista (sob a influência de Maquiavel).

De repercussão transcendente foram os *"Discursos sobre o Governo",* de Algernon Sidney, publicados em 1680. Esta obra, escrita em resposta ao *"Patriarca"*, de Robert Filmer (que defendia o direito divino da monarquia), defendia os direitos de liberdade do povo inglês e o governo republicano. E também esta obra foi utilizada como prova de traição ao rei Carlos II, o que resultou na decapitação de Sidney em 1683 – granjeando-lhe a fama de *"mártir republicano"*[160].

Dentre os autores republicanos ingleses, talvez seja Sidney o que mais explicitamente perfilhe as idéias romanas de liberdade e de governo. O capítulo I, seção 5, dos "*Discursos"* tem o título *"Depender da vontade de um homem é escravidão"*; ali, Sidney esclarece que a *"liberdade consiste apenas numa independência em relação à vontade de outrem, e pelo nome de escravo nós entendemos um homem que não pode dispor nem de sua pessoa nem de seus bens, mas usufrui de tudo pela vontade de seu senhor"*[161]. Seriam escravos os homens e nações que *"não têm outro título a usufruir, senão o da graça do príncipe, que a pode revogar quando bem lhe aprouver"*[162]. Em contraste, seriam livres os povos que se submetessem apenas às leis, emanadas da própria vontade popular.

Também à maneira dos romanos, Sidney divisa na liberdade do povo a grandeza da nação. Consoante Sidney, *"a liberdade produz virtude, ordem e estabilidade",* ao passo que *"a escravidão é acompanhada de vício, fraqueza e miséria"*[163]. O autor recorda que tanto na Grécia quanto em Roma, enquanto houve liberdade, não se admitiram reis, e multiplicaram-se exemplos de grande virtude moral; mas, com a perda da liberdade, advieram o vício e a covardia[164].

Segundo Sidney, nada haveria de mais instável que a monarquia absoluta. O governo ideal deveria ser *"misto, regulado pela lei, e direcionado ao bem comum"*[165]. Assim como na república romana, o governo misto equilibrar-se-ia entre os poderes do senado, dos magistrados e do povo – restando neste a fonte última da soberania.

---

160 SELLERS, Mortimers N.S. *The Sacred Fire of Liberty…, cit.,* p. 21.
161 SIDNEY, Algernon. *Discourses Concerning Government.* London: 1698, Booksellers, p. 12 (versão fac-símile do original, constante no sítio http://oll.libertyfund.org/files/563/0487_Bk.pdf
162 SIDNEY, Algernon. *Discourses..., cit.,* p. 12.
163 SIDNEY, Algernon. *Discourses…, cit.,* p. 104.
164 SIDNEY, Algernon. *Op. cit.,* p. 111.
165 SIDNEY, Algernon. *Op. cit.,* p. 106.

O primado da lei garantiria a igualdade entre os homens. E o bem comum de Sidney incluiria a liberdade como independência pessoal.

Conforme reza a história, a *"Revolução Gloriosa"* culminou, em 1688, com a deposição do rei Jaime II; e a monarquia absoluta inglesa sofreu o seu golpe final, em 1689, com a aprovação do *"Bill of Rights"*. A partir de então, por irônico que possa parecer, não havia na Europa nenhum estado tão "republicano" como a monarquia inglesa – eis que os ideais republicanos colimavam, acima de tudo, a salvaguarda liberdade dos cidadãos e a ausência do poder arbitrário. Nas palavras de Mortimers Sellers, *"A história da liberdade inglesa e do governo equilibrado é a história da gradual integração dos ideais republicanos em um estado que, ao manter um monarca, recusou a si o legítimo uso do nome "república""*[166].

Outrossim, de acordo com a leitura "neo-romana"[167], boa parte da teoria política desenvolvida por John Locke, nos *"Dois Tratados Sobre o Governo Civil"* (publicação em 1689), seria herdeira do ideário político republicano inglês do Século XVII. Por um lado, Locke esposaria a concepção republicana de liberdade, em seu contraste com a servidão ou o poder arbitrário. Tal contraste permeia toda a obra política de Locke, mas fica ainda mais nítido no capítulo IV do *"Segundo Tratado"*, onde se lê que a liberdade *"consiste em não estar sob o domínio de nenhuma outra vontade, nem sob a restrição de alguma lei que não for promulgada pelo poder legislativo"*[168], que se traduz em termos de *"liberdade como independência do poder absoluto e arbitrário"*[169]. Por outro lado, Locke sufragaria a noção republicana de conceber a lei como instrumento de ampliação da liberdade comum, e não (ou não necessariamente) como um mecanismo de interferência restritiva nessa mesma liberdade.

Ao longo do Século XVIII, as idéias republicanas de matriz romana teriam continuado em voga na Inglaterra, e teriam tido grande ascendência sobre os movimentos políticos e ideológicos que concorreram à independência dos Estados Unidos da América. A esse respeito, destacar-se-iam as *"Cartas de Catão"*, da década de 20, atribuídas a John Trenchard e Thomas Gordon, e os trabalhos políticos de Joseph Priestley e Richard Price, já na década de 70.

---

166 SELLERS, Mortimers. *The Sacred Fire..., cit.,* p. 22.

167 A respeito, vide: PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government.* Oxford: 1997, Oxford University Press, págs. 40 e 62; SKINNER, Quentin. *Freedom as the Absence of Arbitrary Power…, cit.,* págs. 86 e 88.

168 LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil.* Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: 2006, Ed. 70, p. 247.

169 LOCKE, John. *Op. Cit.,* p. 248.

Nos anos 20 do Século XVIII – anota Quentin Skinner –, verificava-se que *"o poder arbitrário da coroa havia sido substituído pelo não menos arbitrário e portanto escravizante poder de um executivo corrupto"*[170]. Este seria o pano de fundo das *"Cartas de Catão"*. Trata-se de um conjunto de 144 ensaios, publicados anonimamente entre 1720 e 1723 (sob o pseudônimo do célebre estadista romano), de início no London Journal, em seguida no British Journal. Não obstante versem assuntos diversos, tais ensaios harmonizam-se na crítica à tirania e na defesa das liberdades básicas dos cidadãos.

Argumenta-se que seria discernível, nesta obra, a mesma dialética liberdade-servidão que informara o pensamento republicano do Século XVII. Assim, por exemplo, consigna-se nas *"Cartas de Catão"* que *"liberdade é viver em seus próprios termos; escravidão é viver sob a mera clemência de outrem; e uma vida de servidão é, para aqueles que podem suportá-la, um contínuo estado de incerteza e desventura"*[171]. A verdadeira liberdade consistiria em poder cada homem perseguir seus próprios fins, desde que não cause dano aos seus semelhantes. Por outro lado, antolham-se reflexões sobre os efeitos nocivos da servidão, que se torna uma forma de intimidação perpétua ao espírito humano, deprimindo sua coragem natural, gerando desânimo e vileza, a suprimir qualquer estímulo ao trabalho, ao comércio, e, em geral, à prosperidade das sociedades humanas.

As *"Cartas de Catão"* teriam tido profundo impacto sobre os colonos da *"Nova Inglaterra"*. De igual sorte, em torno de 1770, os argumentos de Joseph Priestley e Richard Price. Em 1769, Priestley alinhavava as justas razões das queixas dos colonos contra as taxações impostas pelo parlamento da Grã-Bretanha, *"Porque em mercê do mesmo poder, pelo qual o povo da Inglaterra pode compeli-los a pagar um centavo, ele pode compeli-los a pagar o último centavo que eles têm. Não haverá nada senão imposição arbitrária de um lado, e humilde súplica de outro"*[172]. Já Price utilizava um tom ainda mais áspero, a comparar a posição dos colonos ingleses no continente americano ao gado sob o jugo de um dono, recordando que *"os indivíduos na vida privada,*

---

170 SKINNER, Quentin. *States and the Freedom of Citizens*. In: States and Citizens – History, Theory, Prospects. Cambridge: 2003, Cambridge University Press, p. 17.

171 TRENCHARD, John; GORDON, Thomas. *Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects, Vol. I.* Indianápolis: 1995, Liberty Fund, p. 430.

172 PRIESTLEY, Joseph. *Political Writings*. Cambridge: 1993, Cambridge University Press, p. 140, *apud* PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government.* Oxford: 1997, Oxford University Press, p. 34.

enquanto mantidos sob o poder de senhores, não podem ser chamados de livres, ainda que possam a ser tratados bondosamente e com equidade"[173].

De acordo com a leitura "neo-romana", teriam sido precisamente essas idéias que vieram a germinar e desabrochar nas consciências dos colonos, culminando na revolução e na independência norte-americanas. Segundo Skinner, o ideário da independência deriva da *"aceitação do clássico argumento de que, se você depender da boa vontade de qualquer outro para a sustentação de seus direitos, segue-se – mesmo se seus direitos são de fato sustentados – que você estará vivendo em servidão"*[174].

2.4. Do Ocaso da Idéia de Liberdade Republicana

A hegemonia da concepção republicana de liberdade – como ausência de dominação ou poder arbitrário alheio –, historicamente, viria a ser suplantada a partir de fins de Século XVIII, com o advento das idéias liberais de matriz utilitarista. Mas a origem remota de seu ocaso corresponderia ao período de maior fertilidade das idéias republicanas na Inglaterra– a guerra civil e o *interregnum* –, e seu primeiro opositor seria ninguém menos que Thomas Hobbes[175].

Em 1651, no Leviatã, Hobbes teria empreendido uma reação consciente para desacreditar a teoria da liberdade republicana – à qual atribuía a responsabilidade pela guerra fratricida e pela insegurança social que assolavam as terras inglesas. Segundo Hobbes, em mercê de tal concepção de liberdade, haurida da antiguidade, *"os homens passaram desde a infância a adquirir o hábito (sob uma falsa aparência de liberdade) de fomentar tumultos e de exercer um licencioso controlo sobre os actos de seus soberanos. E por sua vez o de controlar esses controladores, com uma imensa efusão de sangue"*[176].

---

[173] PRICE, Richard. *Political Writings*. Cambridge: 1991, Cambridge University Press, p. 77/78, *apud* PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: 1997, Oxford University Press, p. 34/35.

[174] SKINNER, Quentin. *A Third Concept of Liberty*. In: The Liberty Reader (ed. David Miller). Edimburg: 2006, Edimburg University Press, p. 254.

[175] Sobre o "contra-ataque" hobbesiano, mencionem-se, especialmente: SKINNER, Quentin. *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge: 2008, Cambridge University Press; *Visions of Politics, vol. III – Hobbes and Civil Science*. Cambridge: 2002, Cambridge University Press, esp. págs. 209/237 (*Hobbes on the Proper Signification of Liberty*); *Liberdade antes do Liberalismo*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: 1999, Ed. Unesp. PETTIT, Philip. *Made With Words: Hobbes on Language, Mind, and Politics*. Princeton: 2008, Princeton University Press; *Liberty and Leviatã*. In: Politics, Philosophy & Economics, 2005, 4 (1), págs. 131/151.

[176] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Monteiro e Maria B. N. Silva. Lisboa: 1999, Imprensa Nacional, 2ª ed., p. 179.

De acordo com Hobbes, o equívoco de seus contemporâneos decorreria da má compreensão dos antigos, pois *"a liberdade à qual se encontram tantas e tão honrosas referências nas obras de história e filosofia dos antigos gregos e romanos, assim como nos escritos e discursos dos que deles receberam todo o seu saber em matéria política, não é a liberdade dos indivíduos, mas a liberdade do Estado"*[177]. Entretanto, não haveria necessária conexão entre a manutenção dos estados livres e a liberdade individual.

Hobbes, então, busca desenvolver um conceito "científico" da liberdade, que assim propõe: *"Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas"*[178]. Nessa linha de raciocínio, prossegue Hobbes, *"um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças à sua força e ao seu engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer"*[179]. Ao adstringir a idéia de liberdade à ausência de interferência externa, Hobbes expurga de seu campo semântico as meras relações de sujeição, e, assim, fulmina a clássica dicotomia romana liberdade-servidão, paradigma do ideário republicano.

Estribado nesse arranjo conceitual, Hobbes pôde afirmar que o modo de estruturação do governo de um corpo político (*"commonwealth"*) em nada afeta a liberdade dos cidadãos. Na sua famosa assertiva: *"Até hoje se encontra escrita em grandes letras, nas torres da cidade de Lucca, a palavra libertas; mas ninguém pode daí inferir que qualquer indivíduo possui lá maior liberdade, ou imunidade em relação ao serviço do Estado, que em Constantinopla. Quer o Estado seja monárquico, quer seja popular, a liberdade é sempre a mesma"*[180] [181].

---

177 HOBBES, Thomas. *Op. Cit.,* p. 178.
178 HOBBES, Thomas. *Op. Cit.,* p. 175.
179 HOBBES, Thomas. *Op. Cit.,* p. 175.
180 HOBBES, Thomas. *Op. Cit.,* p. 178. O tradutor português optou por verter por "estado" o termo inglês *"commonwealth",* utilizado nessa passagem (e em toda a obra) de Hobbes com o significado de "corpo político".
181 Em contradita, James HARRINGTON apontou a falácia da asserção de Hobbes, pois *"Dizer que um cidadão de Lucca não tem mais liberdade ou imunidade em relação às leis que um turco tem em Constantinopla, e dizer que um cidadão de Lucca não tem mais imunidade ou liberdade através das leis de Lucca que um turco tem pelas leis de Constantinopla, são discursos bastante distintos"* (*The Commonwealth of Oceana..., cit.,* p. 170). Isto porque, em qualquer governo, não se haveria de falar em imunidade contra as leis do estado; mas, ao passo que na republicana Lucca os cidadãos poderiam gozar de independência, garantida pelas leis, na despótica Constantinopla os súditos eram inteiramente dependentes da vontade arbitrária do sultão.

De acordo com Philip Pettit[182], a original linha argumentativa desenvolvida por Hobbes teria sido de duradoura influência em 02 aspectos: primeiro, que apenas o exercício de um poder de interferência reduz a liberdade das pessoas, e não a mera existência do poder arbitrário; segundo, que o exercício de um poder de interferência sempre reduz a mesma liberdade, não importando as finalidades da interferência, tampouco se ela ocorra sob uma democracia republicana ou sob um regime ditatorial.

De início, a concepção de liberdade de Hobbes obteve escassa acolhida. Fora, decerto, imediatamente assimilada por Robert Filmer e outros teóricos absolutistas menores; porém, tal assimilação teria se dado mais pelo conjunto da defesa hobbesiana do poder absoluto da monarquia do que propriamente pelos atrativos filosóficos de sua noção de liberdade. E, bem depressa, as concepções absolutistas da liberdade vieram a definhar na Inglaterra, abafadas que foram pelas idéias republicanas de liberdade como ausência de poder arbitrário.

Durante mais de 100 anos, a concepção de liberdade hobbesiana teria sido relegada ao ostracismo. Em torno de 1770, no entanto, tal concepção teria sido reavivada por aqueles que se opunham à independência das colônias inglesas na América, nomeadamente John Lind. Segundo este autor, a liberdade seria *"nada mais ou menos que a ausência de coerção"*[183], e, assim, nada haveria que distinguisse a situação dos cidadãos residentes na Inglaterra daquela dos colonos norte-americanos, pois todos eles se submeteriam às leis coercitivas do parlamento inglês. Logo, a subordinação das colônias à coroa inglesa em nada afetaria a liberdade de seus cidadãos.

Até então, a carreira política do conceito de liberdade hobbesiano quedava pouco auspiciosa. Contudo, eis que, à mesma altura (por volta de 1770), começou a se operar uma grande viragem, e tal conceito passou a ser utilizado pelos defensores da causa democrática e da liberdade dos cidadãos. Tratar-se-ia do movimento utilitarista então vicejante, capitaneado por Jeremy Bentham. De acordo com Bentham, a liberdade seria um conceito meramente negativo, a significar a ausência de restrição. E toda lei, ao interferir na esfera de liberdade dos cidadãos, importaria necessariamente a redução dessa liberdade.

---

182 PETTIT, Philip. *Liberty and Leviatã*. In: Politics, Philosophy & Economics, 2005, 4 (1), p. 148.

183 LIND, John. *Three Letters to Dr. Price, p. 16*, *apud* PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: 1997, Oxford University Press, p. 42.

Outro importante personagem na inflexão conceitual que se operava haveria sido William Paley, eis que seus *"Princípios de Filosofia Moral e Política"*, de 1785, teriam se tornado um manual de ascendência dominante no ensino da teoria política no decurso do Século XIX[184]. Em Paley, verifica-se a rejeição consciente e explícita da teoria da liberdade republicana. Ao tratar da liberdade civil, Paley reconhece que o discurso comum, com o apoio de respeitáveis autores, *"coloca a liberdade na segurança, fazendo-a consistir não meramente numa isenção atual do constrangimento de leis inúteis e deletérias e de atos de domínio; mas em ser livre do perigo de que eles venham a ser impostos ou exercidos"*[185]. Entretanto, na visão de Paley, essa concepção de liberdade padece de imprecisão, na medida em que confunde a liberdade com suas garantias e seus mecanismos de preservação. Assim, o autor perfilha o entendimento de que a liberdade consiste na ausência de interferência externa. A interferência seria sempre um mal, que, no entanto, poderia ser compensado com alguma vantagem pública.

O próprio Paley deixaria entrever os reais motivos conducentes à rejeição do conceito de liberdade como ausência de dominação. No transcurso de seu arrazoado, diz Paley que *"aquelas definições de liberdade devem ser rejeitadas, pois, por tornarem essencial à liberdade civil o que é inatingível na experiência, inflamam expectativas que nunca podem ser gratificadas, e perturbam o bem-estar público com reclamações, que nenhuma sabedoria ou benevolência do governo pode remover"*[186]. Em outras palavras: aquela concepção de liberdade deveria ser rejeitada por razões práticas, visto que demasiado exigente à realidade política circunstante.

À luz das ponderações de Paley, Philip Pettit[187] levanta algumas hipóteses a explicar o obscurecimento da idéia de liberdade como não-dominação. Segundo Pettit, porventura adotada essa concepção, nos Séculos XVIII e XIX, sua plena realização viria a colidir com as tradições da vida social, legitimando o recurso à lei (não-dominadora) para, *v.g.,* promover os direitos das mulheres e dos trabalhadores. Outrossim, com a emergência da igualdade jurídica e da universalização dos direitos, o ideal de não-dominação afigurar-se-ia – aos olhos da época – sobremodo utópico.

Então, por influência do utilitarismo clássico, a concepção de liberdade como não-interferência teria ingressado na tradição de

---

184 Nesse sentido, SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do Liberalismo.* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: 1999, Ed. Unesp., págs. 67/68.
185 PALEY, William. *Principles of Moral and Political Philosophy.* Indianápolis: 2002, Liberty Fund , p. 313.
186 PALEY, William. *Op. Cit.,* p. 315.
187 PETTIT, Philip. *Republicanism..., cit.,* págs. 48/49.

pensamento que, a partir do Século XIX, veio a constituir o liberalismo. Mais que isso: a não-interferência viria a se consolidar como verdadeira pedra angular do discurso liberal. Por outro lado, a teoria "neo-romana" (ou republicana) da liberdade, após ter sido desacreditada (porquanto supostamente confusa e absurda), viria a cair ao nível da invisibilidade em teoria política[188].

Ao longo do Século XX, a teoria liberal continuaria a ignorar o legado republicano, reduzindo a noção de "liberdade negativa" à mera ausência de interferência externa. Nesse sentido, ter-se-ia como paradigma o clássico ensaio *"Dois Conceitos de Liberdade"*, de Isaiah Berlin, publicado em 1958. O autor cristaliza a idéia de que a medida da liberdade é o maior ou menor grau de interferência sofrido pelo indivíduo, e que a interferência da lei é sempre um grilhão. De mais a mais, tratar-se-ia do sentido conferido à idéia de liberdade pelos *"filósofos políticos ingleses clássicos"*[189] – primeiro Thomas Hobbes, em seguida Jeremy Bentham, Adam Smith, Thomas Paine, Stuart Mill, Edmund Burke e tantos outros – e também por autores franceses – como Benjamin Constant e Alexis de Tocqueville.

De acordo com Berlin, tal concepção da liberdade não implicaria o desprestígio de outros valores políticos caros ao liberalismo, como a igualdade ou a justiça. Entretanto, a assimilação recíproca de tais valores representaria uma *"confusão de termos"*, pois *"tudo é o que é: liberdade é liberdade, não igualdade, ou equidade, ou justiça, ou alegria humana, ou consciência tranqüila"*[190]. Assim, ainda que a interferência externa possa vir a ser justificada em proveito de semelhantes valores, haverá sempre uma redução da própria esfera de liberdade individual.

Eis que a idéia de liberdade como não-interferência viria a se elevar à apoteose no âmbito do liberalismo. Mas, como observa Pettit, *"É irônico que a noção de liberdade disseminada na maioria dos círculos liberais contemporâneos seja uma que foi esboçada, em primeiro lugar, pelo mais proeminente de todos os pensadores absolutistas"*[191]. E, com Skinner[192], pode-se dizer que, considerando influência histórica prevalente da concepção de liberdade de Hobbes, não restam dúvidas de que, neste ponto, ele venceu a batalha contra os autores republicanos; mas ainda seria válido indagar se ele teria vencido o argumento.

---

188 SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do Liberalismo…, cit.,* págs. 80/81.
189 BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*. In: Liberty. Oxford: 2002, Oxford University Press, esp. págs. 170/175.
190 BERLIN, Isaiah. *Op. Cit.,* p. 172.
191 PETTIT, Philip. *Made With Words: Hobbes on Language, Mind, and Politics*. Princeton: 2008, Princeton University Press.
192 SKINNER, Quentin. *Hobbes and Republican Liberty..., cit.,* p. 216.

3. Considerações finais

Os estudos que se têm empreendido nas últimas décadas vieram a descerrar um rico conjunto de idéias que, desde a antiguidade, foram associadas à noção de república – primeiro à *politeia,* em seguida à *res publica*, e enfim às traduções aproximadas do mesmo vocábulo. Indiscutivelmente, as múltiplas expressões semânticas desses termos tiveram um peso relevante na consolidação do ideário republicano. Entretanto, o corpo doutrinário que veio a receber a designação de republicanismo, muito além da raiz terminológica, remete aos motivos, aos valores e aos objetivos, que, historicamente, constituíram a razão de ser da causa republicana[193].

Conforme visto, inicialmente, as idéias republicanas foram interpretadas, por um lado, de acordo com o paradigma organizacional da *polis* grega, de uma comunidade que se auto-constitui e se auto-governa, mediante o exercício direto do poder pelos seus membros; e, por outro lado, de acordo com a filosofia política de Aristóteles, gravitando em torno das noções de que o homem é um animal político, que se expressa pelo discurso e pela participação nos assuntos da *polis*, e de que o homem atinge a plenitude de seu ser ou bem-estar do espírito (*eudaimonia*) na vida boa comunitária, a partir de ideais, crenças, valores e modos de vida partilhados pelos cidadãos numa comunidade.

Trata-se do que, hoje, vem se convencionando chamar de interpretação republicana "neo-ateniense". Foi sob essas lentes que, no Século XX, publicaram-se os valorosos estudos históricos de Hans Baron, nos anos 50; Bernard Baylin e Gordon Wood, nos anos 60, e a obra mestra de John Pocock, nos anos 70. De igual sorte, são esses paradigmas que informam, em maior ou menor escala, em alguns ou muitos de seus aspectos, a filosofia política de Hannah Arendt e seus seguidores (como Hanna Pitkin), o movimento teórico comunitário (ou "comunitarista"), e, em geral, a ampla maioria dos escritos sobre o republicanismo ou humanismo cívico até fins da década de 80 e início da década de 90.

É neste último período que veio a surgir uma nova interpretação do legado republicano – encabeçada por autores como Quentin Skinner, Philip Pettit, Maurizio Viroli e Mortimers

[193] Assim funciona, aliás, em toda a teoria política. O liberalismo político, por exemplo, tomou forma (e nome) a partir do discurso daqueles que, ao longo do Século XIX, intitularam-se liberais. Entretanto, o edifício teórico do liberalismo, hoje, pouco tem de referibilidade ao termo "liberal".

Sellers –, que, pela ênfase no ideário da república da Roma antiga, tem sido denominada "neo-romana". Contudo, grande parte do substrato histórico é comum à leitura "neo-ateniense". O que a leitura "neo-romana" propõe, acima de tudo, é o aperfeiçoamento interpretativo da tradição republicana, buscando demonstrar que, por trás da apologia histórica da república, e dos reclamos de auto-governo e de ativa participação política dos cidadãos, subjazem os ideais de não-dominação ou ausência do poder arbitrário.

A leitura "neo-romana" da tradição republicana tem adquirido notável respeitabilidade. É bastante ilustrativo que, recentemente – quase 30 anos após a publicação de sua obra mestra –, John Pocock tenha confessado: *"ao colocar Cícero no lugar de Aristóteles, Skinner foi fazendo várias colocações. Em primeiro lugar, ele sugeriu – eu diria hoje, corretamente – que meu relato da história do discurso cívico deveria ter sido mais atento à história do argumento latino e romano do que ao cânon recebido da história do pensamento político; os romanos não eram atenienses e não deveriam ser tratados como mera extensão daquela cultura"*[194].

Por outro lado, certo que a neutralidade absoluta e a plena objetividade são utopias em sede de ciências sociais, cumpre inquirir até que ponto a leitura republicana "neo-romana" é fiel ao material histórico e ideológico que lhe dá embasamento; se e em que medida ela deixa de ser uma reconstrução histórica para se tornar filosofia política pura; e em que ela se relaciona – e em que ela se distingue – das raízes históricas do liberalismo.

Para proceder a uma tal análise crítica, pode-se tomar como ponto de partida a própria evolução interna da interpretação republicana "neo-romana". Se se analisam os escritos mais antigos de Quentin Skinner (década de 80 e início da década de 90[195]), percebe-se que: o núcleo da doutrina republicana era a obra de Maquiavel, com pouca ênfase no contributo romano; o conceito republicano de liberdade seria meramente negativo, sem os ulteriores contornos da não-dominação ou ausência do poder arbitrário; em lugar da ausência do poder arbitrário, o realce era dado à racionalidade estrutural da sociedade, com destaque ao exercício dos deveres pelos cidadãos como forma de garantir os direitos, ao invés de tomá-los como trunfos. Não foi sem razão que Alan Patten, em meados da década de 90, observou que o "republicanismo instrumental" então advogado por Skinner não

---

194 POCOCK, John. *Afterword (2002)*. In: *Op. Cit., p. 557.*

195 A título de exemplo: *The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives. In: Philosophy in History: Essays on Historiography of Philosophy. Cambridge: 1984, Cambridge University Press, págs. 193/221.The Republican Ideal of Political Liberty. In: Machiavelli and Republicanism. Cambridge: 1990, Cambridge University Press, págs. 293/309;*

representava um efetivo aperfeiçoamento da atitude liberal em relação à cidadania e à virtude cívica, porque falhava em identificar desacordos relevantes entre os posicionamentos republicano e liberal[196]. Isto porque Skinner, somente a partir de *"Liberdade antes do Liberalismo"*, já sob a influência de Philip Pettit, passa a versar um conceito de liberdade republicano "neo-romano" efetivamente autônomo.

O próprio Philip Pettit, na sistematização do republicanismo, foi largamente influenciado por Quentin Skinner e Mortimers Sellers[197]. Em seu escrito mais antigo sobre o tema – "*A Liberdade da Cidade: um Ideal Republicano"*[198], de 1989 – Pettit apenas tangenciava o tema da não-dominação. Semelhante idéia veio a tomar corpo, ainda de forma esquemática, nos primeiros escritos da década de 90, máxime em *"A Mente Comum"*[199], quando Pettit passou a falar em uma noção de liberdade resistente, garantida e segura, em contraste com a sujeição ou a vulnerabilidade. Mas somente em 1996, com a publicação de *"Liberdade como Anti-Poder"*[200], o autor chegou à síntese da concepção republicana de liberdade, em nítido contraste com o paradigma liberal da não-interferência.

Diante do aperfeiçoamento de que foi objeto a concepção republicana "neo-romana" de liberdade, por parte de seus principais fautores – Quentin Skinner e Philip Pettit – poder-se-ia indagar se tal é fruto natural do maior aprofundamento nas investigações em torno do material histórico que lhe dá suporte ou se, ao contrário, decorre de criações intelectuais autônomas, engendradas justamente para fazer frente às perplexidades suscitadas pela mesma tradição. Trata-se de questionamento importante, pois, se verificada esta última hipótese, o republicanismo "neo-romano" careceria de seu propalado fundamento histórico – por maior que seja sua coerência interna, e por maior que seja sua funcionalidade enquanto conjunto de ideais políticos conformadores aparato estatal e informativos sua atuação.

---

196 PATTEN, Alan. The Republican Critique of Liberalism. In: British Journal of Political Science, vol. 26, n. 1 (jan. 1996), p. 36.

197 A confessa influência de Sellers sobre Pettit ter-se-ia materializado, notadamente, pela obra *American Republicanism: Roman Ideology in the United States Constitution* (Basingstoke, 1994)

198 PETTIT, Philip. The Freedom of the City: a Republican Ideal. In: The Good Polity – Normative Analysis of the State. Oxford: 1989, Basil Blackwell.

199 PETTIT, Philip. *The Common Mind – essay on psychology, society and politics*. Oxford: 1993, Oxford University Press.

200 PETTIT, Philip. Freedom as Antipower. In: Ethics, vol. 106, n. 03 (april 1996), págs. 576/604.

Do estudo que desenvolvemos, com recurso direto às fontes invocadas pelos autores republicanos "neo-romanos", não vislumbramos manipulação do material histórico utilizado, para servir de fundamentação *ad hoc* à filosofia política republicana. Importa dizer: não nos parece – como sói acontecer em teoria política – que a história das idéias políticas esteja sendo indevidamente emoldurada para justificar e dar credibilidade a um sistema teórico elaborado no plano abstrato.

Todavia, é possível questionar o grau de intensidade em que a filosofia política republicana "neo-romana" coincide com as respectivas fontes históricas. Assim, *v.g.*, um dos principais atrativos da teoria republicana da liberdade como não-dominação consiste em centrar sua análise nas relações de poder, de modo que tal ideal político deve informar a atuação do poder público para coarctar a dominação dos poderes privados em relação aos cidadãos – sem se tornar, ela própria, uma forma de dominação. Sucede que, historicamente, a ênfase maior da tradição republicana foi conferida a profligar a dominação dos poderes públicos. Autores houve – como Maquiavel e Harrington – que dispensaram grande atenção aos riscos da dominação dos poderes privados. Mas, no curso da história, deve-se reconhecer que o ideal de não dominação relacionou-se, preponderantemente, com o império estatal.

Também se pode discutir a exatidão com que os autores republicanos "neo-romanos" alinhavam o retrato de suas fontes. De acordo com Eric Ghosh, Pettit deixa de perceber os matizes do pensamento de autores que rigidamente classifica em termos de liberdade como não-dominação (como Richard Price) e liberdade como não-interferência (como Jeremy Bentham e William Paley), e Skinner exagera a importância histórica do dano causado pela mera existência do poder arbitrário[201]. Já John McCormick, um dos mais acerbos críticos do republicanismo, acusa Pettit e Skinner de desvios interpretativos da obra de Maquiavel, subestimando os conflitos de classe e os mecanismos institucionais de controle popular propostos pelo secretário florentino, e ignorando o ódio maquiavélico contra a dominação social[202]. Malgrado o acerto de algumas dessas críticas, não se identifica, no contexto geral, qualquer distorção relevante das fontes históricas das idéias republicanas.

---

[201] GHOSH, Eric. *From Republican to Liberal Liberty*. In: *History of Political Thought,* vol. XXIX, issue 1, Spring 2008, págs. 132/167.

[202] MCCORMICK, John P. *Machiavelli Against Republicanism: On the Cambridge School's "Guicciardinian Moments"*. In: Political Theory, vol. 31 n. 5, 2003, págs. 615/643.

De outra parte, tem-se assinalado que a leitura republicana vertente, despindo-se dos elementos "neo-atenienses" – de exercício direto do poder pelos cidadãos, sua participação nos assuntos públicos como fator constitutivo da natureza humana, e sua plena realização nos laços comunitários e na identificação de mundividências partilhadas –, representou, em diversos aspectos, a aproximação ideológica com o discurso liberal, malgrado a pretensa cisão das concepções de liberdade como não-interferência e como não-dominação, peculiares ao liberalismo e ao republicanismo, respectivamente.

A examinar o paralelo histórico-evolutivo republicano-liberal esquematizado por Pettit, observa Charles Larmore: *"Certamente algo está errado numa definição do liberalismo que acomoda Hobbes, mas exclui Locke. A saída desse impasse é óbvia, e consiste em admitir que a tradição liberal não é um todo monolítico"*[203]. Segundo Larmore, é verdade que boa parte da tradição liberal equaciona a idéia de liberdade em termos de não-interferência, sobretudo pela matriz do utilitarismo; no entanto, desde Locke – um dos "pais fundadores" do liberalismo -, muitos pensadores liberais teriam rejeitado uma oposição essencial entre a liberdade e a lei, atribuindo a esta o mister de erradicar os focos do poder arbitrário. E, ainda segundo Larmore, o ideal de liberdade como não-dominação somente pode florescer num sistema liberal de respeito pelas pessoas e de uma estrutura básica das relações sociais a partir de leis justas.

Incontestavelmente, Locke é um dos precursores do pensamento liberal, e a doutrina lockeana, um de seus pilares. Mas não se pode esquecer que o liberalismo, como tal, sobrevém apenas no Século XIX, e é fruto das vicissitudes históricas do período pós-revolucionário. Da obra de Locke, a ideologia burguesa – transmutada liberal – hauriu os elementos da lei natural e da preexistência dos direitos de propriedade[204], os aspectos formais da estruturação do poder e a primazia de um Poder Legislativo que regula a vida social por comandos gerais e abstratos. Entretanto, alguns aspectos substanciais do pensamento lockeano, ligados à economia real do poder arbitrário no seio da sociedade jamais tiveram grande impacto no discurso liberal[205].

---

[203] LARMORE, Charles. *Liberal and Republican Conceptions of Freedom*. In: *Republicanism: History, Theory and Practice*. Editors Daniel Weinstock and Christian Nadeau. London: 2004, Frank Cass Publishers, p. 109.

[204] Na terminologia lockeana, a "propriedade" é o nome genérico dado ao direito de preservação mútua das vidas, das liberdades e dos bens dos homens. A respeito, cf. LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil, cit.,* p. 316.

[205] Todavia, parece-nos de observar que a própria obra de Locke não aprofunda suficientemente a questão da dominação social.

Não parece haver qualquer incongruência em alinhar John Locke à tradição republicana. A uma porque, conforme visto, o núcleo do pensamento republicano consiste menos na defesa da república enquanto forma de estado do que na defesa da idéia de liberdade como não-dominação ou ausência de poder arbitrário. A duas porque, historicamente, a obra de Locke insere-se no contexto ideológico anti-absolutista que orientou os autores republicanos ingleses como Algernon Sidney (com quem Locke partilha o rechaço ao *Patriarca*, de Robert Filmer). Assim, pode-se dizer que, em Locke, verifica-se a intersecção das tradições republicana e liberal.

Mas a história – e a história das idéias políticas – tem seus caminhos próprios, sendo compreendida de acordo com os paradigmas de cada época. Razão assiste à leitura "neo-romana" do pensamento republicano, ao frisar que, desde a ascensão do liberalismo no Século XIX, não só o modo de pensar a liberdade em termos de não-dominação, mas também toda a tradição que lhe dá arrimo, foram relegados a um surpreendente grau de invisibilidade. Da ponto de vista histórico, a exumação desse discurso e a elucidação de suas potencialidades constituem os grandes méritos do republicanismo "neo-romano".

Bibliografia

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: 2001, Antropos.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: 1998, Ed. Veja

ARMITAGE, David; HIMY, Armand; SKINNER, Quentin (ed.). *Milton and Republicanism*. Cambridge: 1995, Cambridge University Press.

AUDIER, Serge. *Les Théories de la Republique*. Paris: 2004, Éditions La Découverte.

BARBER, Benjamin R. *Strong Democracy – Participatory Politics for a New Age*. Los Angeles: 1984, University of California Press.

BARON, Hans. *The Crisis of the Early Italian Renaissance*. Princeton: 1966, Princeton University Press.

BAILYN, Bernard. The Ideological Origins of the American Revolution. Cambridge: 1967, H.U.P.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. *A Constituição da União Européia: Alternativa Republica ao Liberalismo*. In: *Análise Social, vol. XXXIV, 2000, p. 425/455*.

BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*. In: *Liberty*. Oxford: 2002, Oxford University Press, págs. 166/217.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Dialogo Intorno alla Repubblica*. Bari: 1999, Editori Laterza.

BOCK, Gisela. *Civil Discord in Machiavelli's Istorie Fiorentine.* In: *Machiavelli and Republicanism.* Cambridge: 1990, Cambridge University Press.

BUTTLE, Nicholas. *Republican Constitutionalism: a Roman Ideal.* In: *The Journal of Political Philosophy, vol. 9, n. 3,* 2001, págs. 331/349.

CASTIGLIONE, Dario. *Republicanism and its Legacy.* In: *European Journal of Political Science,* 2005, 4, págs. 453/465.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da República.* Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro, Ediouro Publicações S/A, 5ª ed.

_____. *Dos Deveres.* Tradução de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: 2000, Edições 70.GNHM

_____. *Discours contre Marc Antoine – Huitième à Quatorzième Philippiques*. Trad. M. Héguin de Guerle. Paris:1927, Librairie Garnier Frères

CONSTANT, Benjamin. *The Liberty of the Ancients Compared With that of the Moderns.* In: *Political Writings* (translated by Biancamaria Fontana). Cambridge: 1988, Cambridge University Press, págs. 309/328.

DIGESER, Elizabeth Depalma. *Citizenship and the Roman Res Publica: Cícero and a Christian Corolary.* In: *Republicanism: History, Theory and Practice.* Editors Daniel Weinstock and Christian Nadeau. London: 2004, Frank Cass Publishers.

GHOSH, Eric. *From Republican to Liberal Liberty.* In: *History of Political Thought,* vol. XXIX, issue 1, Spring 2008

GORDON, Thomas; TRENCHARD, John. *Cato's Letters : or essays on liberty, civil and religious, and other important subjects.* Indianápolis: 1995, Liberty Fund.

GUARINI, Elena Fasano. *Machiavelli and the Crisis of the Italian Republics.* In: *Machiavelli and Republicanism.* Cambridge: 1990, Cambridge University Press, págs. 17/40.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre Faticidade e Validade, 02 Vols.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 2003, Edições Tempo Brasileiro.

HALLDENIUS, Lena. *Locke and the Non-Arbitrary.* In: *European Journal of Political Science*, 2003, 2, págs. 261/279.

HARRINGTON, James. *The Commonwealth of Oceana.* In: *The Political Works of James Harrington.* Cambridge: 1977, Cambridge University Press, págs. 155/359.

HIMY, Armand. *Paradise Lost as a Republican "Tractatus Theologico-Politicus".* In: Milton and Republicanism. Cambridge: 1995, Cambridge University Press, págs. 118/133.

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Tradução de João Monteiro e Maria B. N. Silva. Lisboa: 1999, Imprensa Nacional, 2ª ed.

HONOHAN, Iseult. *Civic Republicanism.* Oxon: 2002, Routledge.

LARMORE, Charles. *Liberal and Republican Conceptions of Freedom.* In: Republicanism: History, Theory and Practice. Editors Daniel Weinstock and Christian Nadeau. London: 2004, Frank Cass Publishers.

LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil.* Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: 2006, Ed. 70.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue – a Study in Moral Theory*. London: 2007, Duckworth, 3ª ed.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. São Paulo: 2007, Ed. Martins Fontes.

_____. *O Príncipe*. São Paulo: 2001, Ed. Martin Claret.

MCCORMICK, John P. *Machiavelli Against Republicanism: On the Cambridge School's "Guicciardinian Moments"*. In: Political Theory, vol. 31 n. 5, 2003, págs. 615/643.

MILTON, John. *The Tenure of Kings and Magistrates*. Trecho extraído da edição online constante no sítio: http://www.dartmouth.edu/~milton/reading_room/tenure/

_____. *The Readie and Easie Way to Establish a Free Commonwealth, and the Excellence therof Compar'd with the Inconveniences and Dangers of Readmitting Kingship in this Nation*. London: 1660, T.N., págs. 30/31 (versão fac-símile do original, constante em "The Online Library of Liberty", no sítio http://oll.libertyfund.org/files/272/1293_Bk.pdf).

MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. *Liberals and Communitarians*. Oxford: 1994, Blackwell Publishing.

OLDFIELD, Adrian. *Citizenship and Community: Civic Republicanism and the Modern World*. London: 1990, Routledge.

PALEY, William. *The Principles of Moral and Political Philosophy*. Indianápolis: 2002, Liberty Fund.

PATTEN, Alan. *The Republican Critique of Liberalism*. In: British Journal of Political Science, vol. 26, n. 1 (jan. 1996), págs. 25/44.

PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: 1997, Oxford University Press.

_____. *The Common Mind – essay on psychology, society and politics*. Oxford: 1993, Oxford University Press.

_____. *The Freedom of the City: a Republican Ideal*. In: *The Good Polity – Normative Analysis of the State*. Oxford: 1989, Basil Blackwell.

_____. *Freedom as Antipower*. In: *Ethics, vol. 106, n. 03 (april 1996), págs. 576/604*.

_____. *Made With Words: Hobbes on Language, Mind, and Politics*. Princeton: 2008, Princeton University Press.

_____. *Liberty and Leviathan*. In: *Politics, Philosophy & Economics, 2005, 4 (1), págs. 131/151*.

PINTO, Ricardo Leite. *O "Momento Maquiavélico" na Teoria Constitucional Norte-Americana. Republicanismo, História, Teoria Política e Constituição*. Lisboa: 1998, Universidade Lusíada Editora.

_____. *Neo-Republicanismo, Democracia e Constituição*. Lisboa: 2006, Universidade Lusíada Editora.

PITKIN, Hanna F. *Justice: On Relating the Public and the Private*. In: *Political Theory, v. 09, n. 03, 1981, págs. 327/352*.

POCOCK, John Greville Agard. *The Machiavellian Moment – Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition.* Princeton: 1975, Princeton University Press.

_____. *Virtues, Rights and Manners – a Model for Historians of Political Thought.* In: *Virtue, Commerce and History.* Cambrige: 1985, Cambridge University Press, págs. 37/50.

POLÍBIO. *Historias, Vol. II (Livro VI).* Madrid: 1996, Ed. Gredos S/A.

POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies, Vol. I: The Spell of Plato.* London: 2006, Routledge.

RENAUT, Alain. *Qu'est-ce qu'un Peuple Libre? Libéralisme ou Républicanisme.* Paris: 2005, Ed. Bernard Grasset.

SALÚSTIO, Caio. *La Conjuration de Catilina.* Trad. Alfred Ernout. Paris: 1958, Société D'édition "Les Belles Lettres"

SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça.* Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: 2005, Fundação Calouste Gulbenkian.

_____. *Democracy's Discontent – America in Search of a Public Philosophy.* 1996, Harvard University Press.

SELLERS, Mortimers N.S. *The Sacred Fire of Liberty – Republicanism, Liberalism, and the Law.* New York: 1998, New York University Press.

_____. *Republicanism, Liberalism and the Law.* In: *Law and Democracy.* 2003, Ashgate Dartmouth.

SHAW, Carl K. Y. *Quentin Skinner on the Proper Meaning of Republican Liberty.* In: *Politics, 23, 1, 2003, págs. 46/56.*

SIDNEY, Algernon. *Discourses Concerning Government.* Indianapolis: 1996, Liberty Fund.

SKINNER, Quentin. *The Republican Ideal of Political Liberty.* In: *Machiavelli and Republicanism.* Cambridge: 1990, Cambridge University Press, págs. 293/309

_____. *Machiavelli's Discorsi and the Pre-Humanist Origins of Republican Ideas.* . In: *Machiavelli and Republicanism.* Cambridge: 1990, Cambridge University Press, págs. 121/141.

_____. *Machiavelli: A Very Short Introduction.* Oxford: 1981, Oxford University Press.

_____. *The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives.* In: *Philosophy in History: Essays on Historiography of Philosophy.* Cambridge: 1984, Cambridge University Press, págs. 193/221.

_____. *Liberdade antes do Liberalismo.* Tradução de Raul Fiker (do original *Liberty Before Liberalism,* 1998). São Paulo: 1999, Ed. Unesp.

_____. *Sur La Justice, Le Bien Commun et Priorité de la Liberté.* Traduction française par Hervé Pourtois. . In: *Libéraux et Communautariens.* Paris: 2002, PUF, 2ª édition, p. 209/226.

_____. *A Third Concept of Liberty.* In: *The Liberty Reader* (ed. David Miller). Edimburg: 2006, Edimburg University Press, p. 243/254.

_____. *Visions of Politics – Renaissance Virtues (vol. 02).* Cambridge: 2002, Cambridge University Press.

_____. *States and the Freedom of Citizens.* In: *States and Citizens – History, Theory, Prospects.* Cambridge: 2003, Cambridge University Press.

_____. *Classical Liberty and the Coming of the English Civil War.* In: *Republicanism – A Shared European Heritage, vol. II, p. 09/28.*

_____. *Freedom as the Absence of Arbitrary Power.* In: *Republicanism and Political Theory*. Oxford: 2008, Blackwell Publishing, págs. 83/101.

_____. *Hobbes and Republican Liberty*. Cambridge: 2008, Cambridge University Press.

TÁCITO, Cornélio. *Anais.* Tradução de J.L. Freire de Carvalho. São Paulo: 1952, W.M. Jackson ed.

TAYLOR, Charles. *Quiproquos et Malentendus: le Débat Communautariens-Libéraux. Sur La Justice, Le Bien Commun et Priorité de la Liberté.* In: *Libéraux et Communautariens.* Paris: 2002, PUF, 2ª edition.

_____. *What's Wrong with Negative Liberty.* In: *Philosophy and the Human Sciences – Philosophical Papers II.* Cambridge: 1985, Cambridge University Press, págs. 211/229.

TITO LÍVIO. *Historia de Roma desde su Fundación – Libros I-III.* Traducción de J.A. Villar Vidal. Madrid: 1997, Ed. Gredos

VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo.* Bari: 1999, Editori Laterza

_____. *Machiavelli and The Republican Ideal of Politics.* In: *Machiavelli and Republicanism.* Cambridge: 1990, Cambridge University Press.

_____. *Dalla Politica alla Ragion di Stato – La Scienza del Governo tra XIII e XVII secolo.* Roma: 1994, Donzelli editore.

_____. *Machiavelli.* Oxford: 1998, Oxford University Press.

WALZER, Michael. As Esferas da Justiça. Tradução de Nuno Valadas. Lisboa: 1999, Editorial Presença

WIRSZUBSKI, Chaim. *Libertas as a Political Idea at Rome during the late Republic and Early Principate.* Cambridge: 1968, Cambridge University Press

WOOD, Gordon. The Creation of The American Republic. New York: 1969, W.W.Norton, p. 53.

WORDEN, Blair. *Milton's Republicanism and the Tirany of Heaven.* In: *Machiavelli and Republicanism.* Cambridge: 1990, Cambridge University Press.

ZUCKERT, Michael P. Natural Rights and the New Republicanism. Princeton: 1994, Princeton University Press.

Idéias e ideologias na formação do Estado de Direito: a influência do Liberalismo na modelagem dos Estados pós-revolucionários

Sara Maria de Andrade Silva[1]

Resumo

O presente artigo objetiva investigar o processo histórico de formação do Estado de Direito, resgatando desde o surgimento das primeiras civilizações até o desenvolvimento dos Estados Modernos. Igualmente, tratará da influência do liberalismo na definição dos Estados aqui denominados de "pós-revolucionários", delineando as suas idéias-força estruturantes e a ideologia que, em última instância, moldou as bases de um verdadeiro Estado de Direito de face liberal.

Abstract

The present article has for goal to investigate the historic process of the state of law's formation, analysing since the birth of firsts civilizations until the development of modern states. Equaly, it will discuss about the influence of liberalism on the definition of here called "post-revolutionary" states, delining it's ground structurizing ideas and the ideology that, in last instance, molded the bases of a true state of law of a liberal façade

Sumário

1. Apresentação e Metodologia
2. Introdução: breve retrospecto da história do poder político e jurídico
3. Noção de Estado de Direito e Antecedentes Históricos
   3.1. Da Noção de Estado ao Estado de Direito
   3.2. A Formação dos Estados de Direito: precedentes históricos em torno do movimento constitucionalista

[1] Graduação em Direito (1998) e mestrado em Ciência da Informação (2001) pela Universidade Federal da Paraíba. Professora de Cursos Universitários de Graduação (Direito) e Pós-Graduação, atuando nas disciplinas de História do Direito, Sociologia Jurídica, Direito Romano, Introdução ao Estudo do Direito e Metodologia Científica. Atualmente, cumpre o período de investigação (elaboração de tese) dos Doutorados em Ciências Histórico-Jurídicas (Universidade de Lisboa - Portugal) e Sociologia Jurídica (Universidad de Zaragoza - Espanha). saramariaandrade@yahoo.com.br

4. As Revoluções Burguesas e sua Importância na Formação do Estado de Direito
5. Idéias e Ideologias Políticas: em torno dos discursos de formação do Estado de Direito
   5.1. Principais Pensadores e Idéias Políticas Antiabsolutistas
   5.2. Pressupostos Políticos e Jurídicos do Estado de Direito e seu Caráter Ideológico
   5.3. A Teoria Liberal
      5.3.1. O Desenvolvimento da Idéia de Liberdade
      5.3.2. A Experiência Liberal
      5.3.3. A Ideologia das Três Separações
6. Conclusão

1. Apresentação e Metodologia

O estudo da formação do Estado de Direito pode ser empreendido por várias áreas de conhecimento. Desde as digressões da Ciência Política até estudos históricos, sociológicos e jurídicos, observa-se que o fenômeno do surgimento do Estado parece ser um objeto de estudo passível destes diversos domínios e que atrai investigações sob pontos de vista e métodos distintos. Igualmente, pode-se dar movimento a este estudo numa perspectiva mais específica e estrita, a exemplo do viés da história das idéias políticas, cujo eixo geral de reflexão reside essencialmente na problemática em si da própria constituição do Estado.

Para os fins de nosso trabalho, este será o enquadramento epistemológico a que recorrermos, de modo a prestigiar o olhar do historiador político e do âmbito de aplicação de nossa disciplina de investigação: a História das Idéias Políticas. Mais do que isso, a partir deste marco teórico, buscaremos em nossa breve pesquisa uma intercessão com a lente do historiador do direito, com vistas a refletir sobre os aspectos que envolvem os temas fundamentais da formação do Estado de Direito, indo além do exame apenas histórico ou político, mas também inserindo uma perspectiva jurídica, sem contudo cair no dogmatismo legalista da matéria. Em nosso caso, portanto, recorreremos ao estudo da formação do Estado de Direito levando em consideração não apenas a evolução histórica das idéias que constituíram sua base fundamental ou os aspectos jurídicos que lhe estavam intrínsecos, mas também os aspectos tangenciais do seu percurso, particularmente o contexto ideológico em que estava inserido tal fenômeno.

Antes de enveredarmos nesta seara, vale assinalar alguns dos principais aspectos epistemológicos que a investigação na matéria assume. Referidos aspectos hão de trazer à baila os limites e o alcance da disciplina em termos metodológicos e teóricos, a ponto de ser possível traçar um contorno claro, embora não definitivo, de seu conceito estruturante.

Considerando que a investigação sobre as principais teses que vêm marcando o desenvolvimento do pensamento político pode lançar mão de enfoques distintos, o Professor Antonio Pedro Barbas Homem (2007) esclarece que ao investigador da história das idéias políticas várias possibilidades se abrem, a saber, o estudo das *doutrinas* políticas, das *idéias* políticas, da *filosofia* política, das *ideologias* políticas e das *teorias* políticas. Sem embargo da importância de cada uma destas visões para o tema em apreço de nossa pesquisa, elegemos dois exames específicos para o estudo da formação do Estado de Direito: o estudo das idéias e das ideologias políticas que estavam subjacentes ao fenômeno.

De maneira bastante sintética, o estudo das ***idéias*** lança mão de representações simples e meramente descritivas do pensamento político de determinado contexto histórico-evolutivo, enquanto que o exame das ***ideologias*** leva em conta o valor da "verdade" para o conhecimento histórico, o que conduz a história do pensamento político a se confrontar com problemas de natureza ética. Assim, distinguir o que é 'verdade' ou 'manipulação', as falsas representações da realidade política ou a existência de manipulações de comportamentos coletivos é objeto de preocupação do estudo das ideologias políticas, o que apenas pode ocorrer com a contextualização histórica dos acontecimentos.

Metodologicamente, contudo, este estudo corre riscos e perigos, já que, segundo Barbas Homem (idem, p. 37), o exame sobre a historicidade dos problemas políticos não escapa às influências da subjetividade ou parcialidade do juízo histórico do investigador e tão pouco da interferência que as suas tradições intelectuais pode causar.

Deste modo, o historiador corre grande risco (por alguns considerado inevitável e até necessário) de tomar partido em relação a autores, idéias ou épocas históricas. Esta atitude de posicionamento ou engajamento ideológico dos cientistas foi muito propiciada pelo ambiente cultural europeu do século XX, o que põe em evidência a questão dos limites da objetividade do historiador e a maneira como as valorações subjetivas influenciaram no seu trabalho científico[2].

[2] Tal questão foi primeiramente estudada por Weber na obra "O Sentido da Neutralidade Axiológica das Ciências Sociológicas e Econômicas", em 1917.

Neste aspecto, contudo, o Prof. Antonio Pedro Barbas Homem assinala que a objetividade do conhecimento científico e a imparcialidade do historiador são metas a serem perseguidas, idéia que é relativizada pelo fato de que, na investigação histórica, deve-se levar também em conta sua função crítica, de modo que a descrição de alguns acontecimentos não pode se dar de maneira neutral, perdendo-se a noção de *bem* e de *mal*[3]. Isto introduziria uma cisão entre política e moral, entre moral e direito, o que de certo modo explica como e também nos adverte para o fato de que *"A cumplicidade de tantos intelectuais europeus com as barbáries do século XX foi uma traição à função deontológica das ciências sociais"* (Idem, p. 39). Portanto, afirma-se existir uma limitação à objetividade do conhecimento histórico, sobretudo quando o historiador está diante das várias formas que o mal assume ao longo do tempo[4].

Quanto às tradições intelectuais ou as filiações a escolas de pensamento por parte do historiador político, Barbas Homem - acompanhando o pensamento de Koselleck - posiciona-se no sentido de que o investigador deve reconstruir o passado histórico à luz dos conceitos utilizados pelos agentes políticos de cada época, bem como à luz do sentido que eles tinham sobre estes conceitos. Em atendimento a este requisito, também investiremos nossos esforços na presente pesquisa, cuja finalidade é, embora reconhecendo as subjetividades que o tema suscita ao olhar do investigador, realizar uma abordagem científica da história das idéias e ideologias que construíram as bases filosóficas da formação do Estado de Direito.

Inegavelmente, os aspectos até o momento levantados revelam o caminho sinuoso que o historiador das idéias políticas está desafiado a enfrentar. Como ocorre a qualquer dos estudos científicos no âmbito das Ciências Humanas e Sociais, não estamos aqui diante de um objeto passível de apreensão objetiva e isenta. Certamente, os esforços de manter a devida distância entre as filiações pessoais e ideológicas do investigador, de um lado, e o tratamento que ele dará ao seu estudo, de outro, são tanto recomendáveis, quanto necessários. Contudo, não podemos olvidar que o objeto de investigação em apreço não se esquiva da análise compreensiva e valorativa do teórico. Este olhar *compreensivo* típico das Ciências Humanas, além de se buscar possibilidades de explicação para os fenômenos do homem, acresce-lhe o ato de

[3] Léo Strauss, "Droit Naturel et Histoire".

[4] *"o mal não carece apenas de ser explicado, mas também de ser denunciado, para evitar a sua repetição futura. Quer dizer: a reconstrução do passado histórico deve ter significado para o presente"* (Barbas Homem, 2007, p. 39).

compreendê-los, procurando reproduzi-los em seu sentido e atribuir-lhes valor (*enunciados compreensivo-valorativos*).

Portanto, admitimos desde já nossas potenciais 'deficiências' no trabalho que escolhemos realizar, mesmo diante das permissões que o estudo no âmbito das Ciências Humanas nos são outorgadas. Em contrapartida, investimos na tentativa de atenuar tais deficiências mediante a escolha criteriosa e transparente de um método de análise que explique seus referenciais metodológicos, dando pistas de seu potencial de alcance e de seus limites, assim como esclarecemos nossas limitações quanto ao universo teórico em apreço, cuja literatura é inabarcável.

Nestes estritos termos é que podemos agora enunciar o objetivo central de nosso trabalho, qual seja o exame da principal teoria política que amparou a formação do Estado de Direito revolucionário à luz do seu viés ideológico. Isto é, a relação entre as idéias e as ideologias políticas que dão suporte ao discurso (ideológico) jurídico e político da formação do Estado de Direito.

Ante as inúmeras possibilidades que o estudo sobre a formação (ideológica) do Estado de Direito pós-revolucionário pode suscitar, nosso tratamento histórico se debruçará sobre o exame dos antecedentes que permitiram a constituição do Estado de Direito em finais do século XVIII, conquista que resulta como depositária dos ideais e ideologias das revoluções burguesas, também denominadas de 'revoluções liberais'.

2. Introdução: breve retrospecto da história do poder político e jurídico

Pode-se vislumbrar no surgimento das primeiras civilizações os embrionários sinais das origens da organização do poder político-jurídico. As formas de sociabilidade até então existentes estavam baseadas num sistema ainda 'primitivo', com pequeno grau de complexidade. O que distingue um estágio societal de outro é, segundo Pinsky (2001, p. 62), o nível de organização presente numa sociedade tida como 'civilizada', fundamentalmente marcada por certo grau de desenvolvimento econômico, tecnológico, intelectual e político. No aspecto que nos importa, *"uma civilização, via de regra, implica uma organização política formal com normas estabelecidas para governantes e governados; implica projetos amplos que demandem trabalho conjunto e administração centralizada; (...)* [e implica] *a criação de um corpo de sustentação política"*.

Nesse estágio mais complexo, também se dá o desenvolvimento da escrita, o surgimento das grandes

aglomerações urbanas e da estratificação social. A divisão de tarefas se transforma em divisão de trabalho, convertendo-se na marca de uma passagem histórica, já que assinala a *"transição de uma economia de auto-suficiência individual ou grupal para uma estrutura que contempla trabalhadores braçais de um lado e organizadores da força de trabalho de outro"* (Pinsky, Op. Cit., p. 70). Esta divisão em duas grandes classes, denominadas por Juan Ramón Capella (2002, p. 41 e 42) como 'comunidade eminente' e 'comunidades subalternas', compõe uma única sociedade, organizada em torno de um processo produtivo no qual a primeira detém os saberes intelectuais e se dedicam ao controle do trabalho social, enquanto as segundas cuidam da própria subsistência e do sustento dos membros eminentes.

Certamente, segundo Capella, esta divisão do trabalho e dos benefícios dele advindos não transcorria sem resistências ou conflitos. Uma tensão intrínseca ao modo de produção descrito necessitava de instrumentos para neutralizar e conter tais conflitos, o que não seria mais alcançado com normas de regulação, cuja força estivesse baseada apenas na persuasão ideológica. Deste modo, foi o poder político, e a seu serviço o direito, o instrumento capaz de realizar tal tarefa. Este poder político (exercido pela comunidade eminente) tinha a seu lado o saber técnico e organizativo, bem como as forças militares de imposição da ordem e de repressão dos desvios, caracterizando *"a institucionalização da força cultural-militar":*

O 'estado' (...) detém a suprema capacidade de violência; sustenta a regulamentação social e pode inclusive inová-la (...).

O poder jurídico-político assume as funções seguintes: a) garantir a prestação de sobretrabalho das comunidades subalternas; b) reprimir os intentos de emancipação destas; c) difundir – por si ou através de outras instituições sociais – ideologia de aceitação da ordem político-social, obtendo consenso, interiorização da regimentação pelas pessoas, e hegemonia, em definitiva, para a 'comunidade eminente'; d) garantir a realização de tarefas de interesse geral (...) (Idem, p. 44).

Assim, também denominadas como sociedades pré-clássicas, estas formas societais desenvolveram um novo modo de organização política, na qual lideranças deixam de ser provisórias e sujeitas a contestações para buscar solidez e perpetuidade, tudo sustentado em uma suposta legitimação divina (a exemplo do que ocorria no Egito e da Mesopotâmia). Surge um poder político teocrático, baseado na figura do soberano (rei ou sacerdote) que exerce um poder absoluto e incontestável, em vista de sua divinização ou potencial origem sobrenatural.

A experiência dessas sociedades mais remotas no tempo, contudo, não se iguala ao que temos no modelo de organização do

poder político-jurídico grego, um dos mais conhecidos da história da sociedade continental. Sua grande contribuição está no desenvolvimento da Ciência Política que em muito colaborou para a formação das bases do Direito Público, com seus grandes pensadores políticos e com sua noção de democracia.

Seguidamente, com a sociedade romana temos o exemplo de um poder político-jurídico forte e centralizado, o mais representativo dentre todos os outros. Roma passou por várias formas de organização deste poder, desde as formas centralizadas da autoridade nas mãos de um soberano – poder unipessoal, como na Monarquia e Império –, até a forma de uma autoridade compartilhada – poder colegiado –, como na República. Sua grande inovação está no desenvolvimento da noção deste novo formato de organização do poder político: a res publica e atribui-se a Cícero (106-43 a.C.), orador, escritor e pensador político, a realização de tal tarefa. Na sua ótica, o governante, independente de estar no exercício de um poder monárquico, aristocrático ou democrático, deve se guiar por um único princípio norteador, o bem comum. Assim, o interesse comum mantem relação com o que é público (res publica = pertencente a todos em comum), em oposição ao interesse privado, típico da vida doméstica.

Toda a riqueza das idéias de Cícero ou a grandeza e imponência do império romano não evitaram, porém, o seu ocaso. Desde problemas internos (revoltas plebéias, sucessão conflituosa do poder imperial, corrupção dos governos) a problemas externos (ofensiva dos povos bárbaros e altas despesas com a defesa das fronteiras) acarretaram a queda do maior dos impérios, marcando, com a decadência do Império Ocidental (476 d.C.), a passagem para um novo período histórico, no qual o mundo experimentou um momento de instabilidade e enfraquecimento do poder político centralizado: o período medieval.

A Idade Média caracterizou-se fundamentalmente (i) pela experiência da fragmentação de poderes – políticos e jurídicos -, (ii) pelo regime de produção feudal, (iii) por uma sociedade estamental e (iv) pela centralidade da Igreja Católica como instituição de grande prestígio e influência, tanto espiritual, quanto temporal. Aqui, o poder político-jurídico centralizado, forte e laico cede lugar a uma realidade retalhada e submetida ao obscurantismo dos dogmas religiosos.

Segundo afirma o constitucionalista português Jorge Miranda (2002, p. 30), no período medieval o poder real estava diminuído em razão dos poderes da Igreja e dos poderes dos

senhores feudais. Para o autor, excluindo-se algumas experiências[5], não se pode reconhecer no medievo a presença de um poder estatal nos moldes que lhe qualificam os teóricos do constitucionalismo atual.

Contudo, esta não é única leitura possível da Idade Média, momento histórico que, segundo o historiador do direito José Duarte Nogueira (2006), não se ajusta com precisão aos parâmetros do conceito de poder político moderno, cuja lapidação última se deu com a influência do iluminismo e do liberalismo. Para o autor, existem várias formas de Estado que podem ser consideradas conforme as realidades correspondentes. Deste modo, o mesmo vocábulo pode encerrar conteúdos distintos, variando de acordo com a época a que se reporta. No caso medieval, estamos diante de um período de difícil associação entre os conceitos e os traços caracterizadores do poder político-jurídico que hoje denominamos de 'Estado'. Assim, embora não seja possível aplicar os parâmetros modernos àquela época, não significa afirmar que seja impensável a idéia de Estado Medieval, desde que se identifique a base e fundamento da organização societal de modo a desvelar sua vocação para estadualizar-se, configurando, assim, a concepção de um "Estado essencial" (Nogueira, 2006, p. 52 e ss.).

Depois de um longo período de insegurança e instabilidade, inaugura-se uma nova fase que, estimulada pelo descontentamento geral, conduziu a sociedade a aspirar por uma organização política unificada, consistente e garantidora de direitos essenciais. Tal insatisfação resultou em movimentos de ideais revolucionários, como o inglês, o americano e o francês, que caracterizaram o pensamento político do período sucessor - a Modernidade -, sobretudo no século XVIII, conhecido como o 'século das revoluções e das declarações de direitos'.

A transição do período medieval para o período moderno vem marcada pelo Renascimento. No estágio moderno, valoriza-se a razão, a dignidade humana e a personalidade individual. Aqui, o paradigma teológico (a divindade como centro do universo e razão de todas as coisas) cede lugar ao humanismo e ao racionalismo: o homem passa a representar o centro de tudo: "o humanismo vem, por isso, a propor uma filosofia antropocêntrica, que desvia o centro da atenção de Deus para o homem: a fundamentação do governo dos homens já não é a realização de fins superiores, mas antes a de garantir aos cidadãos a satisfação das suas necessidades e dos seus interesses" (Homem, 2001, p. 185).

[5] A existência dos Reinos Bárbaros, do Império Romano do Oriente (que subsiste até 1453), do Império Carolíngio e do Sacro Império Romano-Germânico.

Em virtude de se iniciar neste momento histórico a gestação do Estado de Direito até seu nascimento, dedicaremos ao período moderno, neste breve retrospecto, uma atenção particular. Isso se deve ao fato de estarmos diante do que denominaremos 'antecedentes da formação do Estado de Direito', um dos aspectos a que se dedica o presente trabalho.

Portanto, daremos agora início a um rápido incurso em duas das características da modernidade: a formação dos Estados Modernos e as Revoluções Burguesas. Aqui, temos o cenário do processo de constituição de uma nova forma de organização do poder político-jurídico, cujo auge é o modelo de Estado de Direito que hoje conhecemos.

3. Noção de Estado de Direito e Antecedentes Históricos

3.1. Da Noção de Estado ao Estado de Direito

A idéia de Estado já esteve associada a várias designações terminológicas. Os gregos o tinham como dimensões territoriais limitadas às suas cidades que eram chamadas de polis, donde se originou a palavra "política" como a arte ou ciência de governar a cidade. Os romanos o designaram como civitas e respublica. Segundo Rogério Gesta Leal (2001, p. 191), a filosofia política clássica, tanto na Grécia, quanto em Roma adere à tese de que o Estado é uma espécie de 'extensão da natureza humana', sendo compreendido como manifestação espontânea do indivíduo dotado de razão e de essência social inata.

Várias, contudo, são as formulações teóricas para explicar o aparecimento do Estado. Dentre as razões mais expressivas de sua formação, temos as razões espontâneas, cujas correntes representam a teoria da formação natural, e as razões pretendidas, representadas pela teoria da formação contratual. Ambas partem do pressuposto de que o Estado teria surgido de agrupamentos humanos não integrados a qualquer sociedade política, ou seja, fundam-se na tese de formação originária do Estado. A outra tese existente postula a formação dos Estados por derivação, em que estes se organizam a partir de sociedades políticas preexistentes, mediante fracionamento ou união.

A idéia de formação natural do Estado se apóia em quatro grandes teorias. A primeira sustenta que seu surgimento seria resultado do alargamento das famílias primitivas, formando cada uma delas uma unidade estatal diferente; a segunda teoria defende que o Estado se originou da relação entre dominantes e dominados, exercendo nesse processo um papel de regulador natural; uma

terceira teoria afirma que o Estado teria nascido por razões econômicas, pela necessidade de associação dos indivíduos para suprir suas demandas humanas, que, isoladamente, não poderiam ser satisfeitas; por fim, a quarta teoria vem considerar que o Estado é uma potencialidade em todas as sociedades humanas em estágio de desenvolvimento ou mínima complexidade[6].

Já para a teoria contratual da formação do Estado, uma concepção essencialmente moderna, temos a influência do jusnaturalismo racionalista, particularmente da obra de Thomas Hobbes que pela primeira vez idealizou a existência de um pacto entre os homens que os teria levado do 'estado de natureza' para o 'estado de sociedade'. Neste pacto, todos teriam acordado renunciar sua condição primitiva de liberdade (e de caos) para viver em sociedade sob a égide de um poder que lhe fosse superior, beneficiando-se com a segurança das relações. Outros teóricos da modernidade também adotaram a teoria contratualista para explicar o surgimento da sociedade política, contudo, com certas variações que abordaremos mais adiante.

Foi também no contexto do período moderno que a terminologia "Estado" por aplicada pela primeira vez, quando Maquiavel, em 1513, escreveu a obra "O Príncipe". A partir de então, o termo "Estado" como derivação do latim "Status" vem sendo largamente utilizado na literatura especializada[7]. O seu significado intrínseco vem representar, para a maioria dos autores, "todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros" (Dallari, 1989, p.43).

Azambuja (1988), por esta via, define Estado como uma sociedade política. Sociedade, porque é "um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum" (Idem, p. 02), e política, porque tem sua organização determinada por normas de Direito Positivo, e tal organização se hierarquiza entre governantes e governados com vistas ao bem de todos. Os objetivos do Estado são resumidos no conceito de bem público, ou seja, na ordem e defesa social. Nesse sentido, o Estado é dotado de autoridade e poder, sendo a 'ordem' "o direito de mandar e dirigir, de ser ouvido e obedecido", enquanto que a

[6] Embora haja várias correntes para explicar o processo de formação dos Estados, a tese que representa o pensamento da maioria dos autores é a de que o Estado foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais que, na sua origem, existiam sem a presença dessa entidade de autoridade superior.

[7] Antes dos teóricos da modernidade, contudo, foram os medievais que começaram a aplicar a designação moderna de Estado com o uso do latim *'status'*, que significa "estar firme".

'defesa social' significa a "força por meio da qual se obriga alguém a obedecer" (Idem, p. 05). A força que impõe tal obediência, contudo, deve resultar da autoridade, pois o poder sem autoridade constitui-se em tirania.

Os limites à ação autoritária e arbitrária do Estado vêm a ser referenciados na relação que este mantém com o Direito e a legitimidade. A existência de normas que dão ao Estado personalidade jurídica, atribuindo-lhe deveres e restrições, é o que assegura o seu respeito aos direitos dos membros da sociedade.

Ao ser enquadrado em um sistema normativo fundamental, o Estado passa a designar-se Constitucional. O Estado Constitucional, por sua vez, é uma criação moderna, embora alguns autores apontem as experiências do constitucionalismo desde a Antigüidade. Sua origem se deu paralelamente à emergência do Estado Democrático, que se assenta no grau elevado de respeito e proteção às liberdades e direitos fundamentais.

O Estado Constitucional se funda, enfim, na existência de documentos legislativos a que denominamos Constituições, surgidas a partir do século XVIII. As Constituições encerram o significado de padrão jurídico fundamental imposto ao Estado, aos governantes e aos governados como lei ou preceito maior que não pode ser contrariado.

No seu sentido jurídico e político, a Constituição tem a função de organizar o Estado através de seus elementos essenciais. No seu aspecto valorativo, a Carta Magna é a expressão dos Estados que consagram "valores políticos, ideológicos ou institucionais" (Carvalho, 1992, p. 23). Assim, uma vez que atingimos a fórmula de um Estado submetido a dada ordem jurídica que lhe limita o uso do poder e lhe impõe valores a serem alcançados, podemos assinalar o conceito de Estado de Direito como "o Estado vinculado a limitado juridicamente em ordem à protecção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado" (Novais, 1986, p. 265).

Podemos, portanto, observar que o Estado de Direito é o resultado da transição de formas de exercício do poder e da autoridade em determinado momento histórico. Particularmente, formas arbitrárias de poder político que foram substituídas por uma nova ordem jurídico-política forjada no período moderno. Essa transição marca a passagem da monarquia despótica para o Estado (Liberal) de Direito e foi proporcionada por vários fatores, dentre um deles o movimento constitucionalista moderno. Em sua essência, o constitucionalismo pretendia a instauração de uma nova ordem político-jurídica na qual o poder soberano fosse submetido

a critérios de legalidade, mediante a regulamentação jurídica – e, em regra geral, escrita - de sua organização, bem como através da declaração de direitos individuais. Nesse sentido, o constitucionalismo do final do século XVIII trouxe em seu seio o acúmulo das expectativas antiabsolutistas e antidespóticas, tendo como pressupostos o princípio da separação de poderes, a garantia dos direitos individuais, a soberania popular e a democracia representativa.

Antes de se atingir o estágio do qual resultou o triunfo do movimento constitucionalista, porém, já existia uma forma de Estado, também típica da modernidade: o Estado (Monárquico) Absolutista. Isto é, o Estado Moderno surge inicialmente sob a forma de Estado Absoluto e apenas depois que se transmuta em Estado (Liberal) de Direito, enquanto resultado da vitória dos movimentos políticos (constitucionalismo) e filosóficos da época (racionalismo e iluminismo), processo que abordaremos de maneira minimamente pormenorizada a seguir.

3.2. A Formação dos Estados de Direito: precedentes históricos em torno do movimento constitucionalista

Segundo o critério de periodização clássica da História Geral, a Idade Moderna teve início com a invasão de Constantinopla pelos Turcos e com as grandes navegações. Na linha temporal, sua origem corresponde ao ano de 1453 e se estende até 1789, quando ocorreu a Revolução Francesa. Os Estados Modernos tiveram suas características largamente determinadas pela deficiência do modelo político medieval, o que conduziu sua sociedade a aspirar pela unidade de um poder supremo e de dimensão territorial delimitada. Os novos Estados, então, consolidaram-se resgatando as antigas formas das monarquias absolutas.

Assim, a crise do sistema político medieval, cujo princípio já pode ser sentido desde os séculos XIII e XIV, conduz ao processo de criação dos Estados europeus e no período moderno ressurge definitivamente a idéia de Estado - neste caso ainda representado pela figura do monarca, o Rei, que concentraria todos os poderes, irradiando dele toda autoridade. Na lição de Jorge Miranda (Op. Cit., p. 32-33), o Estado Moderno europeu terá características próprias de sua circunstância histórica: 1) é dotado de unificação política em vez de qualquer outro fator aglutinador, a exemplo da unificação religiosa, correspondendo ao conceito de *comunidade nacional*; 2) tem natureza laica e secularizada, separando-se o temporal do espiritual ou religioso; e 3) possui poder soberano, capaz de fazer frente às resistências internas e às ameaças externas,

confirmando seu poder em relação aos súditos e sua independência e autonomia em relação aos Estados estrangeiros.

Uma vez consolidado o poder político na figura dos Estados, pode-se identificar suas etapas de desenvolvimento até o triunfo do movimento constitucionalista, que forjava a formação de um Estado submisso à lei, opondo-se à representação de um poder político ilimitado e absoluto. Num primeiro período, temos a experiência do *'Estado Estamental'*, ou seja, da monarquia ainda limitada à convivência com diversos estamentos sociais, bem como herdeira das conseqüências do regime feudal. Assim, este primeiro momento se caracteriza como uma fase de transição em que, embora já presente a idéia de Estado, ainda se tratava de um poder pouco desenvolvido em suas potencialidades. Quando o monarca finalmente ganha força para promover a unificação do poder, ingressamos num segundo período do desenvolvimento dos Estados: a época dos *'Estados Absolutos'*.

O absolutismo pode ser aqui entendido como o sistema de governo fundado na máxima concentração de poderes nas mãos do Rei. Por sua vez, o absolutismo possui duas etapas que lhe são características: a primeira, que persevera até início do século XVIII, representa o período do *poder divino do Rei*, ou seja, a fase de seu desenvolvimento em que a autoridade do Rei tinha origem religiosa; e a segunda, que configura o momento de uma nova fundamentação para os poderes do soberano, que deixa de ser teológica para ser racional, haja vista a influência do iluminismo reinante. A este segundo período corresponde a expressão *"despotismo esclarecido"* ou, noutra perspectiva e em certos países, "Estado de Polícia". Em oposição ao absolutismo tradicional, o déspota esclarecido não precisava responder perante ninguém, inclusive perante Deus, dado que sua autoridade era resultado da iluminação racional que ele próprio possuía.

Assim, embora tenha sido largamente combatido pelo movimento constitucionalista, o regime absolutista desempenhou papel extremamente importante para a transição da ordem medieval para a ordem do Estado Constitucional que inaugura a contemporaneidade. Nas palavras do Professor Jorge Miranda (Op. Cit., p. 43-44), *"A função histórica do Estado absoluto consiste em reconstruir (ou construir) a unidade do Estado e da sociedade, em passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder (ainda que na diversidade de direitos e deveres)"*.

Finalmente, chegamos ao momento histórico em que as forças sociais, políticas, econômicas e filosóficas vão operar a grande viragem na definição de Estado. As revoluções liberais do

final do século XVIII, que culminaram com a Revolução Francesa de 1789, marcam a transição de um regime de concentração de poderes nas mãos de um soberano para entregá-lo ao povo, detentor, a partir de agora, dos poderes supremos da nação[8]. O súdito cede lugar ao cidadão, titular dos novos direitos que farão frente ao anterior poder absoluto do soberano. Eis a vitória do movimento constitucionalista que, segundo J.J. Gomes Canotilho (2000, p. 51-52), pode ser definido como:

(...) a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (...) Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosóficos e jurídicos os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Pode-se afirmar, assim, que o constitucionalismo moderno fundou as bases do Estado de Direito nascido ao final da Idade Moderna e consagrado definitivamente na fase contemporânea. Contudo, vale salientar que tal movimento constitucionalista não possui uma face única, ou seja, não se trata de um único movimento que, com características homogêneas, alcançou os mesmos marcos temporais e espaciais. Como bem descreve Canotilho (Op. Cit., p. 51), *"será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais"* e neste sentido é que o ilustre constitucionalista português assinala a diferença entre o movimento constitucionalista inglês, francês e americano.

Ao tratar do modelo inglês, destaca o autor que houve uma espécie de evolução dos 'momentos constitucionais', iniciando-se com a *Magna Charta* (Carta do Rei João Sem Terra), em 1215, passando pela *Petition of Rights,* de 1628, pelo *Habeas Corpus Act*, em 1679 e, finalmente, atingiu o *Bill of Rights*, em 1689. Todo este percurso histórico, contudo, possui traços que nos permitem

[8] Segundo o investigador Horst Dippel, na obra *História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas* (2007, p. 09-10), o grande marco para esta passagem foi a Declaração de Direitos de Virgínia, em Junho de 1776. Na sua carta de direitos foram traçados os aspectos intrínsecos do movimento constitucionalista e do Estado de Direito, sendo o modelo que há mais de 200 anos permanece intocável para a configuração dos Estados constitucionais: *"Encontravam-se aqui os princípios fundamentais e os elementos estruturais que as subseqüentes constituições deviam integrar, princípios e elementos tidos como pré-condição indispensável tanto para assegurar a liberdade individual como para garantir um governo racional e regulado pelo direito, em vez de um governo regulado pelo arbítrio, pelo privilégio ou pela corrupção".*

abstrair os conceitos estruturantes do constitucionalismo inglês, quais sejam: a) a garantia da liberdade de todos, bem como da segurança dos indivíduos e dos seus bens; b) a criação do devido processo legal, consagrando a idéia de um processo justo e regulado pela lei no que tange ao disciplinamento de regras sobre a privação da liberdade ou da propriedade (*due process of law*); c) a interpretação das leis pelos juízes do país e não pelo legislador, desenvolvendo o direito comum do povo (*common law*) e d) a criação de uma nova categoria política: a *representação* e a *soberania* parlamentar, que atuaria ao lado do monarca como órgão de governo, bem como seriam do parlamento editadas as leis que regulariam o exercício do poder supremo, nos moldes de uma 'constituição mista'.

Já em relação ao constitucionalismo francês, o autor assinala que em França o movimento revolucionário queria ir ainda mais além do que atingiu a experiência inglesa, uma vez que esta não havia realizado a completa ruptura com o regime de estamentos do sistema tardo-medieval, conservando algumas prerrogativas de classe. Sendo assim, o movimento constitucionalista francês ambicionava romper com os privilégios, garantindo direitos individuais que ultrapassavam a mera garantia da liberdade e da propriedade: *"os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não 'naturalmente desiguais' por integração, segundo a 'ordem natural das coisas', num dado estamento"* (Idem, p. 57). Outrossim, a nova ordem a ser criada pela convenção entre os indivíduos deveria passar para um 'plano escrito', de modo a garantir os direitos e regular o poder político, daí a idéia de *Constituição* e de *poder constituinte.*

Por fim, quanto ao constitucionalismo americano, a grande marca foi a centralidade que o povo assumiu no processo democrático de tomada de decisões. Ao povo, em momentos tidos como raros, cabia tomar certas decisões, o que se dava através do exercício do poder constituinte. Por outro lado, o governo também atuaria na tomada de decisões, neste caso para as situações mais freqüentes, configurando-se uma espécie de democracia dualista. Na experiência americana, o poder judicial também assume grande importância, mais do que se admite no constitucionalismo inglês e francês, nos quais a figura do parlamento (legislativo) assume primazia. Aqui, o juiz é o verdadeiro fiscal e defensor da constituição que, mediante o controle de constitucionalidade das leis, examinará a devida adequação entre normas ordinárias e a lei fundamental (*judicial review*).

Deste modo, realizadas as devidas advertências quanto às diferenças entre os movimentos constitucionalistas vivenciados em Inglaterra, França e Estados Unidos da América, cabe agora

fazermos uma breve passagem pelo levantamento descritivo das grandes revoluções que conduziram ao triunfo do constitucionalismo nos séculos XVII e XVIII, inaugurando-se um novo modelo de organização da sociedade política que moldará o Estado de Direito pós-revolucionário.

4. As Revoluções Burguesas e sua Importância na Formação do Estado de Direito

Com a vitória do momento constitucionalista, o poder político passa a ser entendido como um 'governo de leis e não de homens'. Fundamentalmente, o argumento central do ideário constitucionalista é de que existem normas que são anteriores ao universo jurídico e que carecem ser obedecidas por qualquer soberano que queira ser reconhecido como detentor de um poder político legítimo. Assim, todo poder político há de se submeter ao direito, sob pena de se tornar arbitrário ou despótico.

Contudo, o esplendor do movimento constitucionalista não foi alcançado sem um longo processo histórico de evolução, no qual se desenrolaram lutas e resistências contra o poder desmedido do rei absoluto. Tais lutas podem ser emblematizadas em três episódios particularmente interessantes ao estudo da formação do Estado de Direito, representativos das reivindicações das classes sociais insatisfeitas e do cultivo de novos ideais (e ideologias) da sociedade. Trata-se do que se convencionou denominar de 'revoluções burguesas', destacadamente a Revolução Inglesa, as Revoluções Americanas e a Revolução Francesa, grande triunfo do ideário político-jurídico moderno.

No primeiro desses movimentos, como assinalamos, se deu o que muitos autores denominam de **Revolução Inglesa**. Sua origem funda-se no confronto tradicionalmente travado entre o Rei (poder absoluto) e o Parlamento Inglês (domínio de maioria burguesa), atingindo seu auge em 1688-89, com uma Declaração de Direitos que veio a proclamar prerrogativas e liberdades aos súditos. À declaração de direitos inglesa foi acrescentado um novo documento, chamado de "Bill of Rights", ratificando e finalmente consagrando a supremacia do Parlamento face ao monarca. Por sua vez, esse conjunto normativo tinha dois pontos basilares: "a intenção de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo, ambos contribuindo para a afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, nascidos livres e iguais, justificando-se, portanto, o governo da maioria, que deveria exercer

o poder legislativo assegurando a liberdade dos cidadãos" (Dallari, Op. Cit., p. 125).

A idéia de participação política começa a ser resgatada e consolidada, prenunciando o surgimento da democracia moderna. Os direitos de cidadania e participação, portanto, começam a ser repensados ao lado dos direitos fundamentais e individuais.

O segundo movimento revolucionário que se deu na Idade Moderna foi a **Revolução Americana**, ocorrida em 1776. Esse movimento contemplou duas etapas: a Declaração da Independência das Colônias Norte-Americanas - sucedida aos quatro dias de julho de 1776 - e a Convenção e Declaração da Colônia da Virgínia - passada em 20 de julho do mesmo ano - que consagraram os direitos fundamentais e individuais nos moldes do que chamamos hoje de direitos civis e políticos.

As motivações históricas e políticas do movimento revolucionário americano também dizem respeito à luta contra o absolutismo, em particular o absolutismo inglês. A Declaração da Independência das Colônias Norte-Americanas e a criação dos Estados Unidos da América, contudo, puderam avançar bem mais no processo histórico em que estavam inseridos, não apenas resgatando as idéias básicas de direitos humanos, mas também progredindo para seu alargamento e para uma concepção mais moderna de democracia.

Segundo Dallari (Op. Cit., p.126), na circunstância histórica em que o movimento revolucionário ocorreu, "os norte-americanos estavam conquistando sua independência e de nada lhes adiantaria livrarem-se de um governo absoluto inglês para se submeterem a outro, igualmente absoluto, ainda que norte-americano". Inexistindo um Parlamento ou uma nobreza que fizessem oposição ao absolutismo monárquico, o governo exercido pelo próprio povo passou a ser uma alternativa não só possível, mas até necessária. A situação, portanto, era propícia à instauração de um governo efetivamente democrático, inspirado na igualdade natural entre os homens e em uma idéia de governo, cujo justo poder é consentido pelos governados, conforme descrito no próprio documento que proclamou e declarou a independência daquele povo.

O terceiro e último movimento revolucionário moderno com vistas à formação do Estado de Direito foi a **Revolução Francesa** (1789), promovida pela maioria de uma população descontente - incluindo-se a burguesia - e sob a influência e inspiração das revoluções inglesa e americanas, o que assentou o movimento francês nos princípios de liberdade, igualdade e legalidade. Tal revolução, contudo, não representou um

movimento semelhante aos vivenciados na Inglaterra e na América, pois as condições políticas eram bem diferentes e seus efeitos também se apresentaram distintos.

Uma característica particular da Revolução Francesa é que sua declaração de direitos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tinha um caráter universal, pelo fato de consagrar princípios baseados na existência e razão humanas, presentes em todo o planeta. Dessa forma, tais princípios foram aceitos com um alargamento de longa projeção, alcançando influência em todo o Ocidente. Outra particularidade é que além de contemplar os Direitos Naturais, próprios da condição humana, a declaração de direitos francesa reconheceu os chamados direitos civis (direitos individualistas que exigiam do Estado uma postura negativa em face do cidadão, a fim de que os indivíduos pudessem realizar as suas liberdades sem quaisquer restrições) e os direitos políticos (direito públicos que assegurava aos cidadãos o direito de participar do exercício do poder, ou seja, o direito de participação política).

Com a Revolução de 1789, consagram-se os ideais modernos e democráticos. Numa negação ao Antigo Regime, este último movimento representa, em âmbito continental, a inauguração de um novo período que há de se construir sobre as bases dos princípios da legalidade, da democracia, da separação de poderes e da garantia dos direitos individuais: emerge o Estado de Direito e inicia-se a Idade Contemporânea.

Esse novo modelo de Estado deve possuir características que lhe qualificam como verdadeiro Estado Constitucional e são tais características que, segundo Horst Dippel (2007, p. 10), constituem a essência do constitucionalismo moderno: i) soberania; ii) princípios universais; iii) direitos humanos; iv) governo representativo; v) constituição como direito supremo; vi) separação de poderes; vii) governo limitado; viii) responsabilidade e sindicalidade do governo; ix) imparcialidade e independência dos tribunais e x) o povo como detentor do direito de reformar seu próprio governo e de revisar sua Constituição.

O movimento constitucionalista, contudo, não se deu isolado de outras transformações relevantes para a época, nem delas esteve isento, representando, ao contrário, um fenômeno amplo que reúne e é influenciado por aspectos que extrapolam a esfera estritamente jurídica. Além de trazer em si preocupações de ordem legal (a limitação por lei do poder político), sua idéia de um Estado submetido ao direito também emerge no contexto sócio-econômico da ascensão da burguesia como classe, o que lhe dá também um tom de luta política. Assim, adequado aos novos princípios evocados pelo liberalismo político, jurídico, econômico

e filosófico, este Estado terá, então, a face de um Estado Liberal, *"imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia"*[9], possuidora desde antes do poder econômico e agora também do poder político.

5. Idéias e Ideologias Políticas: em torno dos discursos de formação do Estado de Direito

As idéias que permearam e conduziram os movimentos revolucionários do período moderno ofereceram subsídios para uma nova forma de pensar o Estado, consolidando-se uma compreensão de Estado de Direito de inspiração democrática, fundado na soberania popular, na preservação da liberdade individual e na igualdade de direitos.

Mais precisamente, o Estado Moderno assume, depois da queda do absolutismo, a forma de Estado Liberal, cuja postura abstencionista representava uma exigência do capitalismo em desenvolvimento e da burguesia como classe em ascensão. Contudo, como acabamos de descrever, este processo não se deu sem lutas e conflitos, do mesmo modo que não prescindiu de um consistente suporte no campo das idéias, que com suas teses antiabsolutistas, contribuiu decisivamente para o triunfo do modelo de Estado de Direito em finais do século XVIII. Neste sentido, faremos agora uma breve exposição dos principais pensadores e suas respectivas obras na luta política de ruptura com o Antigo Regime do poder sem limites.

5.1. Principais Pensadores e Idéias Políticas Antiabsolutistas

As grandes idéias políticas que desferiram os mais contundentes golpes contra o absolutismo (Antigo Regime), vieram de John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau.

Em finais do século XVII, o individualista liberal John Locke (1632-1704) publica a obra Ensaio sobre o Governo Civil (1690), cujo título original era Segundo Tratado do Governo Civil: ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil. Seu pensamento político representa o primeiro ataque contundente ao absolutismo vigente e ainda consagrado por autores filiados ao poder ilimitado - e até autoritário - do Rei, a exemplo de Thomas Hobbes.

Contrariamente a Hobbes na sua defesa da autoridade absoluta do soberano, Locke ansiava por um governo

[9] Jorge Miranda, 2002, p. 47.

antiabsolutista, por um poder político contido e limitado pelo consentimento popular e pelo direito natural. Defendia mecanismos que inibissem o despotismo e a arbitrariedade, inclusive aquela acobertada pela doutrina do direito divino, que justificava os maiores excessos de abuso de poder da época. Atribui-se como causa de sua posição contestadora o conjunto de circunstâncias concretas pelas quais passou, dentre elas a religião que praticava (protestantismo) e a decepção com a 'Restauração' em seu país, a Inglaterra.

Transitando na tese do contratualismo para explicar a formação das sociedades políticas, Locke tem como ponto de partida o 'estado de natureza', tal como os demais pensadores que exploraram esta tese numa espécie de 'moda intelectual' de seu tempo. Em Locke, para o homem sair deste estado de natureza, pactua um 'contrato original' que faz nascer a sociedade política e o governo civil. Trata-se da passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, no qual irão ser preservados os direitos naturais dos indivíduos existentes desde o estágio anterior do qual saíram. Estes direitos serão o escudo social contra a arbitrariedade e os abusos de poder, uma vez que na sua formulação (diferentemente daquela elaborada por Hobbes) o estado de natureza já era governado pela razão, assim como sua renúncia não representa a renúncia por completo dos direitos inatos, sendo estes preservados no estágio seguinte, o estágio da existência de um poder político-jurídico constituído e representado pela figura do Estado:

Quando, por uma convenção unânime, os homens renunciam à sua liberdade primitiva absoluta para fundar a autoridade pública, não abdicam em benefício do poder [do Estado] senão da parcela da sua independência original, incompatível com a existência duma ordem social. O que conservam de sua liberdade natural constitui os direitos individuais. Esses direitos, resíduos da liberdade primitiva, não devem nada ao Estado, nem na sua origem, nem na sua consistência. (...) O papel do Estado é primeiro respeitá-los e depois garanti-los (Burdeau, 1979, p. 31).

O que distingue o estado de natureza de Locke daquele idealizado por Hobbes é que nesta etapa os homens não viviam numa 'guerra de todos contra todos', numa circunstância de selvageria e violência. Ao contrário, em Locke o estado de natureza é um estado de liberdade e de igualdade governado pela razão - que também é natural – a que os indivíduos se submetem apenas por força de sua responsabilidade moral. O que levaria o homem a realizar o contrato original seria tão somente o desejo de se acautelar contra 'certos inconvenientes' e de buscar um nível de

sociabilidade ainda melhor. Estes inconvenientes seriam as tentações de parcialidade às quais o homem no estado de natureza estaria vulnerável, uma vez que, sendo cada um julgador em causa própria (a natureza autorizou o homem a proteger-se e a reprimir o mal que lhe ameaça, mediante o direito natural de punir), poderia atuar em defesa de interesses ou benefícios pessoais.

A maneira através da qual esta passagem ocorreria seria pela via do consentimento de um certo número de homens livres que teria a capacidade de representar a maioria dos seus pares. O poder político, aqui, não decorre do poder paternal, como ocorria na sucessão do poder monárquico, nem da conquista pelas armas ou pela força, como alguns teóricos do absolutismo também defendiam. Apenas mediante o consentimento dos homens livres, racionais e iguais, é que se asseguraria um verdadeiro e legítimo governo civil.

Neste governo, decorrente do contrato original, dois poderes hão de ser fundamentais. O poder legislativo (herdeiro do direito natural do homem poder fazer o que julgar adequado à preservação de sua pessoa e de seus pares) e o poder executivo (herdeiro do direito natural de punir os atos atentadores das leis da natureza, fazendo-as executar por sua própria força). Ao poder legislativo cabe regular "o modo como as forças do Estado devem ser empregues para a conservação da sociedade e dos seus membros (...) o executivo (...) assegura a execução das leis positivas no interior [do Estado]" (Chevallier e Guchet, 2004, p. 101).

Tais poderes devem estar em mãos separadas, sob pena de seu detentor sofrer a tentação do abuso e do arbítrio. Outrossim, entre eles há de se destacar o poder legislativo como o poder supremo, pois dele nasce a lei positiva de todos os Estados, sendo o espírito do corpo político. A este poder estaria, portanto, subordinado o poder executivo que no exercício de suas funções deveria, tanto quanto o primeiro, agir sempre em proveito do bem do povo. Assim, ambos são os depositários do poder da população (verdadeiro poder soberano) e devem primar pelo bem comum, sob pena de verem de si retirados o poder que lhes foi outorgado.

Locke defendia para o povo o direito de insurreição, haja vista que o contrato firmado entre os homens para a criação da sociedade política não representava um contrato de submissão ao poder constituído, mas um contrato de depósito do poder soberano que nunca deixou de ser do próprio povo. Deste modo, sua obra estabeleceu as bases da democracia liberal e essencialmente individualista. Locke será, enfim, o grande ícone de inspiração das revoluções burguesas do século XVIII.

Outro duro ataque ao absolutismo veio a ser formulado por **Montesquieu (1689-1755)** que, em 1748, publica a obra célebre O Espírito das Leis. Sua intenção nesta obra política foi examinar os motivos, os princípios, os impulsos e as tendências que movem uma dada sociedade e seu governo a adotar determinada lei e não outra qualquer. Montesquieu parte do pressuposto de que o legislador obedece a certos fatores que justificam sua produção normativa, não endereçando qualquer resultado a aspectos de aleatoriedade, como o acaso ou a sorte. Assim, seu trabalho se deu no sentido de, mediante um estudo racional, descobrir ligações lógicas entre os aspectos que podem ser extraídos da realidade concreta e que depois dela se descolam para que enunciem, enfim, o 'espírito das leis' de determinada sociedade, atingindo a uma solução abstrata: "toda a lei tem a sua razão porque toda a lei é relativa a um elemento da realidade física, moral ou social; toda a lei supõe um nexo. Um encadeamento de nexos, uma organização de nexos, um sistema de nexos (positivos), eis o espírito das leis" (Idem, p. 109).

Na sua teoria sobre os governos, Montesquieu propõe uma nova classificação em substituição à tipologia tradicional (democracia, aristocracia e monarquia). Assim, faz o seu exame à luz do governo republicano, monárquico e despótico. Antes de tudo, porém, distingue cada governo conforme sua natureza e o seu princípio. A natureza de cada governo designa a sua estrutura particular, aquilo que o faz ser como é. Deste modo, a natureza de um governo republicano tem no povo, ou parte dele, o detentor do poder soberano; a natureza do poder monárquico tem como principal característica o governo de um só, embora limitado por leis fixas e estabelecidas; já a natureza de um governo despótico tem em si também o governo exercido por um só, porém sem qualquer lei ou regra que limite seus desejos, vontades ou caprichos.

Por sua vez, o princípio diz respeito àquilo que Montesquieu denomina como as 'paixões humanas' que movem o governo, ou seja, aquilo que o faz agir. Assim, na república democrática, a causa ou paixão que mobiliza o governo é a virtude do cidadão que, em prol do Estado e do interesse público, renuncia seu egoísmo e sua avidez. Esta virtude, num governo republicano-democrático, nunca pode acabar, sob pena de se degenerar sua própria essência. Para mantê-la, necessário se faz uma 'onipotente educação' a fim de cultivar o sacrifício do egoísmo e o amor à pátria e às leis. Diferentemente, numa república aristocrática (uma espécie de democracia restrita), o princípio será um espírito de moderação que devem possuir os poucos cidadãos que detêm o poder: os nobres.

Por sua vez, a monarquia que repousa numa nobreza hereditária e num regime de privilégios e de desigualdades, tem na ambição o seu princípio fundamentador. Aqui, a ambição põe em movimento o governo através do movimento de todas as suas partes e indivíduos. Estes, na busca de seu benefício pessoal, findam por trabalhar pelo bem comum.

Finalmente, o despotismo - governo de um só sem qualquer limite ou controle - tem como princípio o temor que o príncipe cultiva nos seus súditos, mediante o seu permanente braço levantado e sua força firme. Para o autor, entre a monarquia e um governo despótico não existe outra diferença senão de grau e de moralidade. Às ordens do déspota deve-se obediência extrema que supõe a ignorância de quem obedece. Para mandar, basta querer e nada mais que isso; não necessita o soberano de razões ou ponderações: eis o regime despótico. Por isso, o despotismo é para Montesquieu o maior dos insultos à natureza do homem.

Da descrição exposta, observamos a postura antiabsolutista de Montesquieu que tão odiosamente traça as características do despotismo. Como solução às possibilidades de abuso de poder, o autor elabora sua teoria da liberdade política, consagrada mediante a existência de leis que irão preservar o cidadão do arbítrio. Segundo sua teoria, ser livre é poder fazer o que a lei permite e não ser obrigado a agir se a lei não ordena. Assim, sua concepção de liberdade reside na lei que há de fixar os deveres e proteções do cidadão perante o poder político. Na produção e administração desta lei, o poder político não pode estar concentrado nas mãos de apenas um, mas sim fragmentado ou dividido em vários poderes, pois apenas um poder tem a potência de frear outro poder.

Sua inspiração para idealizar a descentralização do exercício da autoridade veio da experiência inglesa, na qual já existia um formato embrionário de separação de poderes. Em sua formulação, a separação de poderes se daria segundo um poder que elabora as leis (poder legislativo), outro que executa as leis (poder executivo) e um terceiro que julga as violações às leis ou a disputa de interesses (poder judiciário, que diferentemente do pensamento de Locke, recebe status de um poder autônomo e não de mero ramo do poder executivo).

Segundo Montesquieu, cada um destes poderes haveria de ser exercido por um corpo distinto, por ser esta a maneira de evitar o seu acúmulo e o seu abuso. Eis como desenvolve sua argumentação na obra em estudo:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois

e poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (Montesquieu, 2005, p. 166).

Deste modo, o autor examina a lógica do encadeamento de forças do poder político-jurídico, estudando suas formas de convivência segundo um princípio de 'freios e contrapesos' que levaria a todos os poderes controlar-se mutuamente. Este sistema de 'alavancas e travões' não conduziria ao imobilismo do sistema, como defende Montesquieu, pois o movimento necessário das coisas constrangeria cada um dos poderes a mover-se.

Embora não tenha sanado todas as dúvidas e explicações a respeito do funcionamento de um governo fundado na separação de poderes, a obra política de Montesquieu se tornou uma grande influência no Direito Constitucional do Ocidente. Seu reconhecimento foi percebido ainda em vida e em ocasião de sua morte o autor já era consagrado em toda Europa. Evidentemente, existiram oposições ao pensamento de Montesquieu, a exemplo dos defensores da monarquia e da Igreja e das críticas fulminantes de Voltaire, obstinado a denegrir a obra do autor. Contudo, não se pode negar a rica contribuição que seu pensamento forneceu para superação do regime absolutista, resultado de um esforço de 20 anos de trabalho e do depósito de toda sua vida intelectual. Seu pensamento político resultou numa obra vasta e que mergulha nas razões e mistérios não apenas do poder, mas também da própria civilização humana.

Em 1762, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) publica a obra que o torna célebre: O Contrato Social. Assim como Hobbes e Locke, Rousseau aborda a passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, mas com um traço de originalidade de vale a pena ser destacado. Em relação aos seus predecessores, seu pensamento inova em virtude do conjunto de influências intelectuais e concretas sofridas ao longo de sua experiência pessoal, uma vez que sendo de origem não abastada, Rousseau muito se desapontou nos seus contatos com a aristocracia da época. Igualmente, o seu ativismo de pensamento influenciado pelas idéias de Calvino o levou a um novo tipo de raciocínio para fundamentar a formação de uma verdadeira sociedade política.

Em seu pensamento, tanto a liberdade, quanto a igualdade, presentes desde o estado de natureza, mantêm-se no governo civil,

porém com uma feição transformada. A liberdade desnaturada significa a possibilidade que cada um tem de fazer prevalecer a vontade geral sobre sua vontade particular, superando o egoísmo e o amor próprio em benefício do amor de grupo. Já a igualdade transforma-se em igualdade moral e legítima, de modo que se os homens podem ser, pela natureza, desiguais em força ou engenho, na sociedade política, pela via da convenção, igualam-se em direitos (igualdade formal). Em sua concepção de igualdade está implicada a maneira como Rousseau entendia a forma de superar a própria desigualdade entre os homens. Na obra "Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens", assim o autor elabora seu raciocínio:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles (Rousseau, 2001, p. 12).

Ao idealizar a transformação da liberdade e da igualdade na passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, Rousseau formula o seu primeiro traço inventivo em relação às teses contratualistas anteriores: no estado de sociedade forja-se uma nova natureza no homem, capaz de fazê-lo conciliar seus anseios e tendências individuais com seus deveres coletivos. O eixo desta primeira concepção está nos conceitos de soberano, soberania e lei.

Ao tratar do conceito do **soberano**, Rousseau parte do princípio de que não há outro fundamento legítimo para a obrigação da comunidade política senão o pacto realizado entre seus membros, no qual cada um dos associados transfere-se sem reservas à nova comunidade, igualizando-se a todos os demais. Neste ato, cada um também adquire sobre os outros os mesmos direitos que cedeu, de modo que existe uma exata equivalência entre o que se dá e o que se ganha, com a vantagem de se adquirir mais força para conservar o que se possui. A idéia fundamental de contrato no autor, portanto, não é de submissão, mas sim de ligação. O membro da comunidade política em Rousseau obedece, assim, a ninguém menos que a ele próprio, o que faz dele tanto cidadão (quando participa da atividade do corpo político) quanto súdito (quando obedece às leis votadas por este corpo político). O que o autor denomina de 'corpo político', assim, é o próprio povo

que, promulgando a vontade geral, é exatamente o soberano da sociedade, soberano de si mesmo.

No que tange ao conceito de **soberania**, o autor a deduz da noção anterior. Ou seja, a soberania é o poder do corpo político em relação aos seus membros, tendo as mesmas características da vontade geral, uma vez que com esta se confunde: é inalienável, indivisível, infalível e absoluta. Inalienável porque a vontade e a soberania não são passíveis de transmissão (alienação), do mesmo modo que não se representam sob qualquer modo. Rousseau é partidário do voto direto das leis e defende a nulidade de uma lei que não passou pela ratificação pessoal do povo. Igualmente, a soberania é indivisível, ou seja, para ser plena, deve advir de todo o corpo político, sob pena de se tornar expressão de uma vontade particular. Sendo vontade geral, a soberania é também infalível, uma vez que esta vontade popular sempre tenderá para o bem de todos e de cada um. Por fim, a soberania é um poder absoluto, dado que resulta do poder absoluto de cada um sobre os outros no seu antigo estado de natureza. Deste modo, Rousseau opõe ao 'poder sem limites' o 'poder da soberania popular', 'da vontade geral', 'do governo dos governados'.

Finalmente, a **lei** é para Rousseau tanto sublime e sagrada quanto poderosa. Trata-se do único antídoto para o abuso dos homens que, individualmente, detêm o poder. Todo o seu esforço foi no sentido de defender uma forma de governo que submetesse o homem à lei, cuja justiça teria sua origem em uma dimensão transcendente, divina. Esta lei deveria, evidentemente, ser expressão da vontade geral, muito embora o autor reconheça que o povo nem sempre está preparado para tão difícil missão. Aqui, como solução para a necessidade de um entendimento adequado para produzir a norma, valoriza-se a figura do legislador, cujos pormenores de seu perfil, embora tratado pelo autor, não será neste breve ensaio examinado.

Como segunda grande invenção de Rousseau, temos a distinção entre soberania e governo. A soberania vem do povo, do corpo social que vota as leis, enquanto que o governo seria constituído pelo grupo de pessoas concretas que executam tais normas, cumprindo, por ações particulares, a vontade geral. O governo pode ser exercido por magistrados ou príncipes que, de modo algum, podem ser confundidos com os 'senhores do povo'. Porém, eles são, ao contrário, depositários do poder outorgado pelo corpo de cidadãos que tanto pode estabelecê-los quanto pode destituí-los. O governo seria, assim, o corpo intermediário entre o soberano e os súditos que, como qualquer outro corpo que exerce

certo poder delegado, sofre o risco de se degenerar, desejando usurpar o poder soberano. Na visão de Rousseau, este era um vício que qualquer corpo político trazia em si, devendo-se sempre recorrer a meios de manutenção da autoridade soberana do povo, sob pena de se assistir ao seu perecimento.

Ante o exposto, pode-se constatar que, a seu modo, Rousseau também contribuiu para a construção do aparato teórico de derrocada do absolutismo e de triunfo do Estado de Direito. Sua obra política - embora o próprio autor tivesse dúvidas quanto à possibilidade de se concretizar - ganhou força no imaginário dos homens e no ímpeto dos revolucionários. Sabe-se que ela influenciou o espírito e as idéias que animaram as revoluções liberais, particularmente a Revolução Francesa, alimentando as esperanças em torno de um projeto de sociedade baseado, dentre outros pilares, na unidade de Estado, na soberania popular e na lei como expressão da vontade geral.

Depois deste breve levantamento das idéias políticas de maior destaque em seu teor antiabsolutista, podemos agora fazer a passagem para o exame das ideologias que, igualmente, contribuíram para a superação da velha ordem e para a construção de uma nova sociabilidade política e jurídica. Nosso intento, portanto, será investigar de que modo todas as teorizações contra o Antigo Regime constituíram, aqui e ali, elementos para a construção de uma outra visão de mundo, particularmente a teoria liberal que, por sua vez, produziu seus efeitos ideológicos quando da formação do Estado de Direito em finais do século XVIII.

5.2. Pressupostos Políticos e Jurídicos do Estado de Direito e seu Caráter Ideológico

Conforme foi possível observar, pode-se assegurar que as idéias de oposição ao governo absoluto dos Reis foram, juntamente com um conjunto de outros fatores relacionados à época, construindo as bases para a consagração de novos valores sociais e novas formas de sociabilidade. No plano das aparências, o que estava em causa era o interesse de toda a sociedade, o bem comum, os direitos naturais de todos os indivíduos e a exaltação do poder soberano do povo que, para conter os abusos do monarca no exercício do poder político-jurídico, deveria ter em si reconhecida a origem do poder e da autoridade.

Entretanto, uma classe social em particular estava no eixo destas mudanças, emergindo como grande beneficiária das alterações nas formas de organização social. O ideal moderno e democrático que se consagra na formação do Estado de Direito, portanto, mantém profunda relação com o ideal da burguesia,

sustentado pelas teses do liberalismo político, econômico e jurídico. A teoria liberal, enfim, será a moldura para um novo quadro no âmbito do direito, da política e da economia, com o prestígio de uma classe social particular, mas que, contudo, era defendido como ideal social geral.

Este traço do surgimento do Estado de Direito - que em nosso tempo parece claro e evidente, mas que no momento próprio de sua ocorrência não era assumido como projeto de interesse eminentemente burguês - será agora o objeto de exame a ser levado a efeito no presente trabalho. Estamos nos referindo ao estudo do ideário liberal-burguês como ideologia que esteve na base dos discursos políticos, jurídicos e econômicos do Estado de Direito Moderno e antiabsolutista.

Neste sentido, faz-se necessário, antes de tudo, levantar em breves linhas alguns traços característicos do que vem a ser, para os fins do nosso trabalho, ideologia.

Existem duas visões clássicas para designar o termo ideologia, exaltando um sentido positivo, de um lado, e um sentido negativo, de outro. Ou seja, em um ponto de vista o termo está meramente reduzido à noção de idéias, concepções, opiniões e visões de mundo (visão positiva) e em outro, encontra-se associado à compreensão de algo que está a serviço do mascaramento das relações de dominação de uma classe (burguesa-dominante) sobre outra (trabalhadora-dominada), o que viria ocorrer através da figura do Estado (visão negativa).

Muito embora esta última associação, decorrente da teoria marxista, tenha peso em seu rol de adeptos, recebe críticas por denotar um aspecto reducionista do fenômeno ideológico, como se este apenas existisse nas sociedades que trouxessem consigo a existência do Estado e de classes sociais, emblematizando toda esteira de relações do modo de produção capitalista. Ao contrário destas duas visões antagônicas, o Sociólogo brasileiro Alípio de Sousa Filho (2003), que se dedicou detidamente ao estudo do tema, compreende a ideologia como *"a forma simbólica da dominação a que todos os sujeitos sociais estão submetidos no espaço da cultura"* (Sousa Filho, 2003, p. 75). Assim, seu pensamento amplia a abrangência da ideologia para além de mera forma de dominação de uma classe sobre outra, através do Estado, e complementa: *"Com efeito, o que caracteriza essencialmente o ser da ideologia é promover a inversão da realidade social, através de representações que afastam inteiramente sua gênese histórica e seu caráter de produto humano, pondo em seu lugar uma representação da realidade social que a torna uma verdadeira segunda natureza"* (Idem, p. 77).

Deste modo, a ideologia pode ser produto de qualquer espaço de cultura, uma vez que toda ela imprime em seus membros

modelos, padrões, crenças e atitudes que, pelo seu efeito, faz-se parecer algo dado, tornando invisível à gênese arbitrária destes modelos. Essa "inversão da realidade social", convertendo o que histórico e arbitrário em eterno e natural se dá por efeito da ideologia, que confere a estes modos de funcionamento do social a representação de um todo absoluto e advindo da natureza.

Pode-se conceber também a ideologia enquanto 'formas explicativas da realidade' que, no dizer da filósofa Marilena Chauí (1997, p. 21), justificam-na enquanto expressão do "natural", do "justo", ou seja, a forma como "aparece" a realidade é mostrada como o próprio "ser" desta realidade: *"Através da ideologia, são montados um imaginário e uma lógica de identificação social com a função precisa de escamotear o conflito, dissimular a dominação e ocultar a presença do particular, enquanto particular, dando-lhe a aparência de universal".*

Contudo, para além do que domina, a ideologia se situa na abrangência do que também aliena, engana e equivoca sobre a imagem ou representação que a sociedade faz de si própria, aceitando as normas, papéis, lugares e projetos que lhe são dados. Assim é que a idéia da ordem estabelecida encontra respaldo, já que se acha inscrita no plano do *inevitável* e *único*, nas formas das coisas *serem* e *acontecerem*.

Isso, por sua vez, se passa sem críticas ou resistências, dado que a idéia invertida se traveste na própria realidade do social em si, estimulando e mantendo um quase inatingível desconhecimento da natureza convencional e histórica da cultura instituída.

Portanto, quando nos referimos às ideologias que estão na base do discurso liberal como discurso por excelência de ataque ao absolutismo e de exaltação do Estado de Direito, assinalamos o caráter de *inversão* que causava na forma de enxergar a realidade concreta. Convertendo o interesse burguês em interesse de toda a sociedade, a primeira e principal inversão estava realizada. Todas as rupturas engendradas pela emergência do Estado de Direito, em oposição ao Antigo Regime, beneficiavam certamente ao seguimento burguês, sobretudo no que tange à nova forma de regulação a ser estabelecida entre Estado e Sociedade. Contudo, não aproveitaria, como de fato não aproveitou, a todos e indistintos seguimentos sociais, cuja frustração pôde ser sentida apenas em período posterior.

Deste modo, realizaremos a seguir um breve tratamento da teoria de base do ideário burguês, qual seja a Teoria Liberal. A partir de seu entendimento, poderemos identificar os pontos de intercessão entre cada um dos ideais revolucionários, tratados como ideais universais pertencentes a toda sociedade, e a teoria ideológica em apreço.

5.3. A Teoria Liberal

Segundo Georges Burdeau (Op. Cit.), a expressão "liberalismo" carrega em si tanto o significado de uma *teoria*, quanto de uma *doutrina* e uma *experiência*. Enquanto doutrina, o termo foi usado pela primeira vez no ano de 1823, por Claude Boiste. Contudo, enquanto prática e experiência, o liberalismo tem origens mais remotas.

Embora tenha se dado em momentos distintos da história, a experiência do liberalismo pode ser situada no período que compreende o final do século XVIII até a Primeira Guerra Mundial. Pode-se afirmar que este momento é caracterizado por um liberalismo pujante e exitoso, sendo sucedido por uma fase de declínio e enfraquecimento. Isto lhe dá o status de realidade histórica vivida, indo sua existência além de mera teorização doutrinária. Contudo, pelos efeitos corrosivos que causou, a doutrina liberal hoje carrega o estigma de sua prática, prática que segundo o autor, degenerou-se de sua concepção teórica original.

Sua essência está relacionada à idéia de liberdade, uma liberdade que é inerente ao homem e à sua natureza e é nas relações sociais, no contexto do coletivo, que o liberalismo ganha sentido, já que é neste espaço de sociabilidade que a liberdade em todos os seus domínios se expressa. Assim, pode-se falar dos diversos domínios do liberalismo, a exemplo do liberalismo político, econômico, religioso, dentre outros[10].

Neste sentido, são estes opostos que conseguem dar o mínimo de unidade para a idéia de liberalismo, mesmo quando se admite seus conflitos nos diversos domínios em que atua, haja vista que em relação a tais oposições, todas as formas de liberalismo parecem trazer um ponto comum e de regularidade, ou seja, seus contrários identificam aquilo que o liberalismo recusa. Esta recusa se endereça, basicamente, a toda e qualquer forma de obstáculo imposto por autoridade que venha a limitar ou paralisar a liberdade individual.

5.3.1. O Desenvolvimento da Idéia de Liberdade

O século XVI foi bastante representativo para o nascimento da idéia de liberdade. Embora tenha sido um século fecundo de contradições, estava nele se confirmando a libertação do pensamento humano frente aos ditames religiosos e morais. O Renascimento marca a afirmação do indivíduo diante de Deus,

[10] Importante é observar que as diversas dimensões do liberalismo, além de distintas, podem ser também não coincidentes, o que conduz a conflitos inevitáveis.

muito embora a liberdade ainda seja uma conquista de alguns, merecida apenas pela via da ação e êxito de cada um. Neste primeiro momento, a liberdade não era direito ou faculdade de todos, mas privilégio de alguns - dos hábeis e fortes -, como descrevia Maquiavel na obra *O Príncipe*.

Com as contribuições de Tomas Morus (*Utopia*) e Erasmus (*Institutio Principis Christiani*), uma nova concepção de homem ganha prestígio, marcando a prevalência do humanismo cristão. Assim, uma liberdade humanizada e evangélica passa a ser exaltada, introduzindo-se um novo espírito – de caridade e justiça – na política. Na concepção destes dois autores, o homem passa a ser o único valor respeitável, o centro a partir do qual deve gravitar o pensamento político e a economia.

Também o movimento da Reforma trará uma nova contribuição para a concepção de liberdade. Na religião reformada, o homem há de possuir obstáculos apenas impostos por sua própria consciência, consciência esta instruída pelo ensinamento divino. Daí, a disciplina rigorosa que impõe o pensamento luterano e calvinista, cuja dimensão para a liberdade está no espírito e não na convivência em sociedade, de modo que o homem não pode usá-la ou invocá-la para alterar a ordem do mundo (autonomia espiritual x autonomia social). Para Lutero, o homem deve submeter-se resignadamente à ordem estabelecida, como se assim estivesse a cumprir uma penitência. Já Calvino, prega a adesão, alegre e espontânea, à ordem política.

Embora não fosse a intenção da doutrina protestante levar a liberdade espiritual para o campo das relações sociais, aquela se dissipa e escapa para uma libertação material, findando por favorecer um novo arranjo econômico que se converterá no capitalismo: *"a burguesia do século XVI apoderou-se, de algum modo, da mensagem dos reformadores"*[11]. Dentre outros fatores, o gosto pelo risco e a busca livre do lucro foram alavancas para o novo pensamento que se construía na modernidade. Isto quer significar que não foi apenas o pensamento protestante que impulsionou o desenvolvimento do capitalismo, como suscitara Max Weber em sua insigne obra *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. De fato, o que favoreceu tal progresso foi uma revolução nas mentalidades, um novo sentimento que arrebatou o homem em relação ao poder que possuía sobre o universo. É o que levará à denominada "época da razão", momento em que o homem apenas dela se socorre para explicar a realidade e compreender o mundo.

Este novo estado vai interferir nas mais diversas dimensões, sobretudo na justificação do poder político, uma vez que a teologia

[11] Burdeau, p. 24.

já não possui fundamento hábil para resistir às novas formas explicativas do real, desligando-se da fundamentação da autoridade. A confiança na razão e no próprio homem é agora a força que move a nova ordem social e política, sendo esta mesma fé que mobiliza a nova classe social em ascensão: a burguesia.

Contudo, o processo de laicização do poder político e do conhecimento não se deu facilmente. A princípio o pensamento da Reforma não estava de acordo com a total desvinculação entre a sociedade e a ordem religiosa/moral. Para o pensamento protestante, a liberdade defendida era aquela cujo fim estava em fazer livre o homem para um único propósito: ouvir a vontade de Deus. Apenas no século XVII é que estas relações entre o humano e o divino começam a perder força e os dois mundos passam a se distanciar gradativamente. Para mediar esta distância, a natureza passa a ser o meio de intercessão entre o *homem* e *Deus*.

Todo este novo contexto forja um novo tipo de sociedade, a sociedade liberal, que vem desde o início marcada pela diferença entre os indivíduos com situações econômicas distintas. Isso se explica pelo fato de a liberdade, embora estivesse à disposição de todos, depender, para ser realizada em sua plenitude, da inteligência e empreendedorismo de cada um. Assim, o exercício da liberdade finda por ser neste primeiro momento o privilégio de poucos. Na fase do liberalismo nascente, contudo, este monopólio dos privilegiados não acarreta crise, haja vista que nele mais importa o fundamento da liberdade que suas conseqüências:

a liberdade pertence a todos os homens, ainda que nem todos estejam igualmente habilitados a usá-la. [...] O facto de essa liberdade se exteriorizar no plano econômico pela promoção dos vencedores, o facto de socialmente essa liberdade os instalar [os que a professam] numa situação dominante, nada tem que deva surpreender e muito menos causar indignação. [...] se todos os homens têm a vocação da liberdade, pertence a cada um realizar as suas promessas pelo uso que dela sabe fazer[12].

O que se observa é um liberalismo otimista e orgulhoso. Otimista porque embora não negue as adversidades da realidade concreta, crê que a liberdade corrigirá e superará todas elas; e orgulhoso porque nega a intervenção de qualquer forma de autoridade, mesmo que seja para auxiliar e contribuir[13].

Além da descoberta da liberdade laicizada, o processo de secularização atingiu também outros aspectos do conhecimento

[12] Idem, p. 26-27.

[13] Sobre este aspecto, vale relativizar a postura do liberalismo, pois na prática nunca deixou de requerer a intervenção do Estado para viabilizar seus interesses.

moderno que se tornaram viáveis por força dos progressos da ciência. A noção de 'lei natural' igualmente se descolou de uma fundamentação exclusivamente religiosa, restando ao campo divino apenas o papel de organizador inicial da natureza ou de sua causa final. Todos estes câmbios permitiram a libertação do liberalismo da tutela religiosa, muito embora restasse um problema a resolver: para que o conhecimento científico se legitimasse era necessário não apenas conhecer a natureza, mas também distinguir o *bom* do *mal*, o *certo* do *errado* e, sobretudo, a *harmonia* com a ordem natural da *desarmonia*. Aqui é onde o pensamento iluminista exerce sua principal influência, servindo de fundamento ao liberalismo com a sua teoria dos direitos do homem (direitos inerentes à natureza), do contrato social e do racionalismo.

A partir do século XVII estas idéias ganharam grande difusão, assim como qualquer outra que exaltasse a liberdade de pensamento e de consciência. Daí que no século XVIII a razão iluminista finda por nomeá-lo como "século das luzes", fundamentalmente baseado na evidência dos direitos individuais como inerentes à pessoa humana. Assim, o indivíduo é colocado no centro de todas as preocupações da época e ao redor dele tudo deveria gravitar.

A idéia de direitos inatos teve na Declaração de 1789 sua expressão mais acabada. Ali, os direitos individuais naturais foram enunciados como princípios superiores a qualquer vontade humana, motivo pelo qual o documento revolucionário francês apenas os constata e não os cria. Sua base essencial é a liberdade, fundamento para todos os demais direitos, assim como a justificação da organização política, cujo fim seria assegurar os direitos naturais e a liberdade dos indivíduos. A postura abstencionista do Estado em relação à liberdade individual é, portanto, um dos 'dogmas' do liberalismo.

Quanto à noção de liberdade que cada experiência liberal realizou existem divergências teóricas que separam duas grandes categorias sobre no que consiste a liberdade. Para os comentadores da Declaração de 1789, a liberdade francesa é abstrata, inovadora e dogmática, enquanto que a liberdade anglo-saxônica é mais pragmática, mais realista e preocupada em manter aquilo que já fora conquistado na concretude, em vez de sonhar com um futuro idealizado. Contudo, estas diferenças de interpretação não afetam um aspecto essencial da liberdade liberal, qual seja o fato de estar ligada à natureza humana, sendo uma faculdade original do homem. A noção de liberdade nos três países que mais contribuíram para a difusão do liberalismo (França, Inglaterra e Estudos Unidos da

América), nada deve, portanto, às autoridades sociais ou estatais, pois a liberdade não foi criada: *"a liberdade existe"*[14].

5.3.2. A Experiência Liberal

Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2002), a influência das idéias e instituições do liberalismo nos séculos XVII e XVIII da Europa Ocidental foi produto de uma série de condições relacionadas à formação da burguesia, ao desenvolvimento do capitalismo e a configuração de uma estrutura estatal centralizada. Todos estes elementos em conjunto engendraram uma cultura política, jurídica e filosófica de base liberal-individualista.

No campo da política, os pressupostos da modernidade haveriam de se fundar na constituição de um Estado de Direito, uma entidade que teria o poder soberano nas mãos, mas que, diferentemente do regime vigente (absolutismo), estaria limitada pela lei, submetendo-se a regulações de caráter jurídico. Havia, aqui, a preponderância das teorias contratualistas de caráter liberal-individualista que acentuavam a supremacia do indivíduo dentro do corpo social, bem como na relação Estado-Sociedade.

No campo do direito, as normas ganhariam características de generalidade, abstração, impessoalidade e coercibilidade, como forma de garantir mais segurança e certeza no seu objetivo de regular uma sociedade cada vez mais complexa. Tais características, assim, teriam alcance mais amplo que as velhas regras casuísticas, podendo adaptar-se a um número mais elevado de situações e de pessoas, agora alcançados por uma força obrigatória concentrada e advinda do Estado que podia impor-se coativa e heteronomamente ao indivíduo. Também neste campo se fixaram as principais instituições da modernidade jurídica, quais sejam a propriedade, a igualdade, a liberdade e os direitos subjetivos. Estes institutos eram fundamentais para a garantia e consolidação do modo de vida burguês, protegendo os seus interesses privatistas irrestritos e dando-lhes perpetuidade.

Por fim, no âmbito filosófico as teses do racionalismo e do direito natural fundavam projetos sociais em que o homem, centro de todas as coisas e capaz de tudo apreender pela via da razão, teria direitos inatos, merecedores de respeito e garantia por parte do poder político-jurídico. O racionalismo não era, porém de caráter apenas jurídico ou ético-filosófico, mas também de natureza técnico-produtiva, fazendo oposição às formas de produção presentes no sistema feudal. Soma-se a isso, o movimento renascentista, o processo de secularização do mundo e a reforma protestante. A modernidade, enfim, foi um celeiro de

[14] Burdeau, Op. Cit., p. 38.

transformações que traziam em seu cerne o traço, pelo menos em linhas gerais, da ruptura e da descontinuidade em relação ao modo de vida vigente.

Todos estes fatores contribuíram para o desenho de novas relações sociais que emergiam de condições materiais bem distintas daquelas experimentadas até então. Esta nova forma de sociabilidade tinha como princípio fundamental a tese liberal, *"proposta ideológica adequada às necessidades de um novo mundo, bem como à legitimação das novas formas de produção da riqueza e à justificação racionalista da era que nascia"* (Wolkmer, Op. Cit., p. 25). Dentro deste contexto, a figura do indivíduo ganha ênfase e centralidade. O individualismo liberal vai pôr o indivíduo como valor absoluto e, para tanto, toda a ordem de valores e de regras será planejada para justificar e garantir a primazia da vontade individual, com destaque para os direitos de propriedade, de igualdade e de liberdade.

No âmbito dos direitos de propriedade, esta seria tida como absoluta, pertétua e inviolável. A segurança de que os bens seriam incorporados ao patrimônio do indivíduo sem os perigos de perdê-los a qualquer tempo pela invasão arbitrária de sua esfera privada era uma aspiração essencial para a acumulação de riquezas e a estabilidade da nova classe em ascensão. O poder econômico burguês necessitava abolir os privilégios em relação à aquisição de bens, bem como garantir o direito de fruir e dispor destes bens de modo absoluto, garantindo ao seu proprietário o uso que bem lhe aprouvesse, sem qualquer tipo de restrição.

Numa perspectiva dos interesses burgueses, o direito de propriedade inviolável e sem limites tinha várias utilidades. Antes de tudo, o proprietário tem o poder/direito de afastar de seu uso e fruição o *não-proprietário*, o que lhe dá caráter exclusivista - para não designar de 'excludente'. Igualmente, confere ao proprietário o direito de dispor, usar e alienar, de modo a consagrar uma nova e valiosa mercadoria, cuja circulação segura e certa estaria garantida por novas normas jurídicas. E por fim, o direito absoluto e ilimitado da propriedade confere ao seu titular uma faculdade não condicionada a qualquer limitação externa ou finalidade social.

Como proteção à propriedade privada, a questão do direito de propriedade tem um peso historicamente relevante. Encontrando renomados defensores, como Locke, a propriedade privada tinha na propriedade da terra seu maior emblema, que funcionava como referente para a compreensão e regulação da propriedade sobre outros bens, haja vista ser uma fonte de produção de riquezas. Por outro lado, contrariamente ao pensamento de Locke se colocava J. J. Rousseau, que via na

propriedade privada a origem de sérios males para a convivência humana:

Enfim, a ambição devoradora, o ardor de fazer fortuna relativa, menos por verdadeira necessidade do que para se colocar acima dos outros, inspira a todos os homens uma negra tendência a se prejudicarem mutuamente, uma inveja secreta tanto mais perigosa quanto, para dar o golpe com mais segurança, toma muitas vezes a máscara de benevolência; em uma palavra, concorrência e rivalidade de uma parte, e, de outra, oposição de interesses, e sempre o desejo oculto de tirar proveito à custa de outrem: todos esses males constituem o primeiro efeito da propriedade e o cortejo inseparável da desigualdade nascente (Rousseau, Op. Cit., p. 36).

Contudo, embora Rousseau tenha sido um dos pensadores que mais influenciou a Revolução Francesa de 1789, foi a ótica liberal de Locke que prevaleceu, visão esta que baseava o direito de propriedade numa ordem de direito existente desde o estado de natureza, dando-lhe uma justificação natural. Para Locke, a terra foi dada ao homem por Deus e Este também desejava que a terra fosse usada do modo mais vantajoso ao seu proprietário. Mais do que isso, como destaca Barbas Homem (2001, p. 183), *"No sistema do pensamento lockiano, o nascimento da sociedade civil resulta da necessidade de assegurar a conservação do direito de propriedade. (...) Portanto, o governo não tem outro fim que não seja a conservação da propriedade"*. E assim ficou consagrado no Estado de Direito Liberal.

No plano dos direitos de igualdade, a tese liberal moderna propõe uma ruptura com a organização social medieval, na qual a desigualdade é reconhecida e regulamentada como legítima, de modo a endereçar tratamento desigual aos desiguais sem contestações. Já a sociabilidade moderna e liberal-individualista se funda na abstração da igualdade que atomiza a sociedade de modo a tratar cada um como se todos iguais fossem (igualdade de todos perante a lei), muito embora se trate de uma abstração e de um formalismo jurídico que oculta as desigualdades sociais concretas.

Sob o ponto de vista dos interesses burgueses, o princípio da isonomia era por demais primordial, haja vista que no regime de desigualdades vigente (sociedade estamental), o seguimento burguês não tinha qualquer prestígio, pertencia ao terceiro estado (povo), que não dispunha de qualquer privilégio. Este era destinado ao primeiro e segundo estado, ao clero e à nobreza, seja pela posição institucional da Igreja na época, seja pela valorização da aristocracia ('seguimento dos bem nascidos'). Os burgueses, embora já tivessem ascendido economicamente, não tinham tradição e, por conseguinte, qualquer valoração especial. Deste

modo, o estatuto da igualdade em face da lei seria a única maneira assegurada de ascender social, jurídica e politicamente.

No que tange à liberdade, trata-se de um dos direitos inatos do homem (teoria do direito natural) e, portanto, deve ser preservada como valor absoluto. Deste modo, o homem moderno não deve ser restringido em sua autonomia individual, cabendo ao poder político-jurídico tanto se abster de fazê-lo quanto cuidar de sua proteção e garantia, apenas atingindo-a quando estritamente necessário à segurança das relações sociais. Portanto, a postura do poder político-jurídico, desenhado na figura do Estado abstencionista, há de ser 'negativa', ou seja, há de evitar qualquer intervencionismo na esfera individual dos cidadãos. Aqui também se percebe um corte com a 'velha ordem', no que diz respeito aos poderes ilimitados dos Reis nos regimes absolutistas, assim como em relação à ordem medieval teológica, que tanto ambicionava controlar a dimensão espiritual, quanto a dimensão temporal da vida em sociedade.

O princípio da liberdade tinha no modo de vida burguês, particularmente, um valor inestimável, sobretudo na esfera econômica, pois viabilizava - através das instituições jurídicas do contrato e da autonomia de vontade - a livre circulação de riquezas e a prosperidade do capitalismo. Tratava-se, enfim, não apenas da liberdade individual, mas principalmente da liberdade de mercado. Mediante o contrato, estabelece-se a 'relação jurídica', na qual duas partes se vinculam por laços de obrigação no sentido de realizar alguma prestação convencionada. No contrato, prevalecia o princípio da autonomia de vontades, segundo o qual as pessoas tinham plena liberdade de externar sua vontade para convencionar o que quer que seja, pois todos são livres e iguais para tanto: *"No domínio privado, a liberdade contratual constitui o principal modo de realização da autonomia privada, exactamente porque radica na livre escolha – liberdade das partes para contratar e para definir o conteúdo do contrato. Por isso, a existência de um mercado livre realiza a exigência do Estado liberal (...)"* (Homem, 2001, p. 187).

Como instrumento de auto-regulamentação de vontades que é, o contrato exclui de sua prática qualquer intervenção externa, convertendo-se numa expressão do individualismo exacerbado, que apenas a alguns interesses servia: *"Esse pacto montado conforme a declaração de vontade das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade formal, realidade específica dos proprietários burgueses"* (Wolkmer, Op. Cit., p. 29). Deste modo, apenas aqueles que possuem certo poder é que estão totalmente livres para exercer autonomamente suas vontades,

restando ao impotente, em vez do poder livre, a impotência; em vez da autonomia, a dependência; em vez da liberdade, a necessidade.

Diante do que a história já nos revelou, tanto o direito à propriedade, quanto o direito à igualdade formal e à liberdade serão devidamente consagrados pelas revoluções do final do século XVIII. O Estado de Direito, estandarte de todas as aspirações revolucionárias, tomaria a função de enunciá-los e garanti-los pela via da normatização jurídica, fazendo de todos e de cada um titulares de direitos[15]. Para tanto, a figura do 'sujeito de direitos' emerge como categoria nuclear do Estado de Direito que, a esta altura já podemos denominar de *Estado Liberal*.

Com a evolução de novos conceitos que se consagram nos séculos XIX e XX, ganha força a tese de que a ordem jurídica possui uma regra universal que se denomina "norma de liberdade", segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão por força da lei. Ela é a própria decorrência do direito objetivo que, ao fixar proibições ou obrigações, de um lado, deixa livre toda e qualquer conduta não proibida ou não ordenada, de outro. Ambas as situações, porém, são protegidas pelo direito, não existindo espaço vazio para a ordem jurídica (princípio da plenitude do ordenamento jurídico). Outrossim, vale lembrar que por força da característica da bilateralidade-atributividade do direito, a todo dever corresponde um direito e vice-versa (excetuando-se as situações de direitos potestativos). Assim, é *"indiscutível que a liberdade é um verdadeiro direito subjetivo"* (Nóbrega, 1981, p. 142). Deste modo, à luz do ideário das liberdades individuais, o direito subjetivo se confunde com a própria liberdade e com o direito de ser tratado igualmente.

Afirmando-se o indivíduo como titular de direitos subjetivos, ao Estado caberia garantir a segurança e certeza das relações jurídicas, traço da previsibilidade racionalista e cientificista que dominará os séculos XIX e XX, intensificando o processo de codificação do direito, a fim de lhe dar o melhor e mais firme dos suportes: a lei escrita e oriunda da razão do legislador estatal. Deste modo, o indivíduo, a sua liberdade e os seus bens, emblemas da modernidade burguesa, estariam devidamente assegurados por lei e sob a proteção do Estado.

5.3.3. A Ideologia das Três Separações

Finalmente, como forma de concluir nossa breve exposição sobre a influência da Teoria Liberal na estruturação do Estado de Direito Moderno, bem como os benefícios que trouxe à classe

[15] A titularidade de direitos está na órbita da titularidade de faculdades, ou seja, de direitos subjetivos.

social burguesa em ascensão, trataremos agora do que o constitucionalista Jorge Reis Novais (1986) denominou de "ideologia das três separações". Segundo o autor, o Estado de Direito Liberal tem como características fundantes a separação entre *política* e *economia*, entre *Estado* e *moral* e entre *Estado* e *sociedade civil*.

No primeiro caso, temos o aspecto que acentua a postura abstencionista do Estado em relação ao domínio econômico. Aqui, o Estado não deve intervir no espaço que ficou destinado à iniciativa privada, cabendo a ele cuidar apenas da garantia da segurança e da proteção da propriedade. O mercado seria explorado pelo setor privado e teria regras próprias, inerentes ao seu próprio funcionamento. Assim, uma espécie de auto-regulação da economia se daria pelas regras espontâneas de mercado, cuja gestão seria conduzida por uma 'mão invisível' existente na sua própria lógica interna, como bem assinala Barbas Homem (2001, p. 187) na seguinte passagem: *"Para o utilitarismo, o mercado permite o constante ajustamento dos factores de produção, de modo a permitir a prosperidade da sociedade e a liberdade dos indivíduos, segundo uma lei natural, ou na expressão de Adam Smith, uma mão invisível"*.

Tal tese, portanto, teria muita utilidade ao capitalismo concorrencial ascendente, uma vez que prezava pela livre concorrência e pela livre circulação de riquezas. O argumento aqui defendido é que existe uma ordem natural (e por isso justa) que conduzirá a um resultado espontâneo e vantajoso para todos (naturalismo otimista da escola clássica inglesa): *"O bem-estar colectivo resultará, não de uma atividade conscientemente dirigida a atingi-lo, mas antes do livre encontro dos fins individuais (...). Porém, para que estes resultados se produzam é necessário que as leis internas da economia se possam desenvolver sem interferências exteriores e, logo, sem intervenção do Estado na esfera econômica (...)"* (Novais, 1986, p. 301).

Dado que a ordem do mercado é natural, qualquer interferência externa seria artificial e negativa para o conjunto da sociedade. Este primeiro distanciamento entre Estado e economia, portanto, configurava-se como extremamente benéfico ao seguimento burguês, que necessitava e desejava atuar sem coações ou arbítrios de poderes externos a interferir na atividade do mercado.

Contudo, para o projeto da liberdade no domínio econômico se concretizar plenamente era necessário que o Estado, por outro lado, assumisse certas funções, inclusive na própria esfera econômica. Aqui, além de segurança e paz, o bom funcionamento do mercado dependia de outros fatores, a exemplo de obras de infra-estrutura que, por não serem lucrativas à época, residiam nas

mãos do poder público. Deste modo, a total separação entre Estado e economia nunca chegou a se realizar, como pretendia o liberalismo clássico, uma vez que o mercado não poderia alcançar a totalidade da esfera econômica e necessitaria sempre de um 'Estado Protetor' para o seu bom funcionamento. Daí a constatação de que o Estado se acomodou plenamente aos interesses econômicos da época, atuando apenas nos campos e nos limites que a estes serviam.

Na separação entre *Estado* e *moral*, a tese fundante se pauta na impossibilidade do Estado influir no âmbito íntimo dos indivíduos. A virtude e a ética são incoercíveis, não cabendo ao Estado buscar seu controle ou cuidar de punir sua violação, dependendo sua prática unicamente da consciência interna dos homens. Neste campo, a contribuição do filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804) foi primordial. Na sua formulação sobre a distinção entre Direito e Moral, Kant acentua que a moral se interessa pelo aspecto interno das ações humanas, enquanto que o direito se destina a disciplinar aquilo que o homem exterioriza. Isto é, as normas que atuam no plano pessoal do indivíduo, visando torná-lo melhor, mais virtuoso, caracterizam-se pela interioridade, pertencentes ao plano da moral. Aqui o que interessa é o que se passa no interior dos destinatários da regra moral, a sua adesão espiritual e espontânea. Já para o direito, interessa a conduta exteriorizada pelo indivíduo, independente de sua pureza de coração ou de sua intencionalidade. Fundamentalmente, Kant assinala que nem todo bem de natureza moral necessita ou acarreta efeitos na seara jurídica, de modo que estes dois universos, embora possuam pontos de intercessão, não necessariamente correspondem.

A partir desta distinção se formulou a idéia de separação entre o Estado e a moral. Para Kant, a moral é autônoma em relação à legalidade, não podendo o Estado exercer sobre os indivíduos qualquer influência que atinja sua esfera íntima de motivações ou de escolha dos fins que irão seguir. Deste modo, a moral, assim como na sua relação com o direito, é incoercível: o mundo do direito (exterior) é compatível com o uso da força, diferentemente do mundo da moral (interior), cujo cumprimento forçado o tornaria sem sentido. Portanto, a única forma de justificar o Estado de Direito seria pela via da legalidade, do direito e da razão: *"o seu único fim é o Direito, no sentido de que lhe compete exclusivamente assegurar a ordem jurídica, garantir a cada um a liberdade exterior que lhe permita determinar os seus próprios critérios morais e procurar a felicidade pessoal"* (Idem, p. 308).

Do ponto de vista dos interesses burgueses, a teorização de Kant (que não foi formulada para atender a qualquer interesse de

classe em particular, mas tinha pretensões de uma 'forma jurídica universal') consagrava um elemento essencial para o exercício da liberdade de mercado sem quaisquer interferências externas ou formas de controle. Na perspectiva kantiana, este aspecto tem caráter puramente filosófico, mas nas mãos da burguesia, tratava-se de um instrumento de luta política. A separação entre o âmbito de atuação do Estado e da moral fornecia-lhes o correspondente da autonomia de vontade existente na seara dos contratos: a autonomia moral do indivíduo. O Estado de Kant é um Estado racional que não tinha interesse pelo que os indivíduos elegiam como fins pessoais. Deste modo, a entidade estatal kantiana tinha como preocupações principais garantir a *liberdade* ao homem, a *igualdade* ao súdito e a *independência* ao cidadão[16], enquanto que em relação à ética, abstinha-se completamente.

Finalmente, o distanciamento entre *Estado* e *sociedade civil* é o resultado das duas primeiras antíteses. Tanto a economia quanto a moral estavam no âmbito da regulação privada, no campo das escolhas individuais que, por sua vez, concentravam-se na sociedade civil e não na sociedade política. A crença otimista liberal do século XVIII é no sentido de que existe uma ordem natural que regularia, por dinâmica própria, o mercado e a moral, campos impulsionados pelas *"leis naturais da competitividade individual"* (Idem, p. 311). A sociedade civil seria um 'recinto fechado' no qual se dava a disputa de interesses em equilíbrio natural.

De um modo mais amplo, esta separação entre Estado e sociedade civil corresponde a o que se denomina também de distinção entre espaço público e espaço privado. Esta separação não é invento da modernidade, mas sim uma de suas características mais palpáveis e que foi bem manejada no cenário da caracterização liberal do Estado de Direito. Segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, na sua obra "A Condição Humana" (1997), esta distinção entre a esfera pública e a esfera privada sempre percorreu as relações humanas, remontando os tempos da Grécia Antiga, particularmente da *polis* grega.

Para Hannah Arendt, a distinção entre espaço público e privado no período moderno se representava na dicotomia ou oposição entre o *Estado* e o *indivíduo*. O privado (esfera do indivíduo) emerge como antítese do público (esfera do Estado) e do social (espaço de encontro entre ambas as esferas). A tônica da época moderna é preservar a vida privada da esfera política e social.

[16] Embora tais garantias de liberdade, igualdade e independência fossem extensíveis a todos os cidadãos indistintamente, apenas foram atingidas em sua plenitude pelo seguimento burguês, os únicos que na concretude tinham condições materiais para tanto.

A ideologia da separação entre Estado e sociedade civil engendra a regulação das formas através das quais o indivíduo estabelecerá seu relacionamento com os diversos espaços em que atua, quais sejam, a *família*, o *mercado* e o *Estado*.

No cenário familiar, célula básica da sociedade, ele assume o papel de pai, marido, filho e irmão. Trata-se do espaço da privacidade, do descanso, de um refúgio da subjetividade. Lá o indivíduo pode ser o que realmente é, demonstrar suas inseguranças e fragilidades e se desvencilhar das posturas socialmente aceitas e exigidas. Neste campo, o indivíduo exerce seu direito à intimidade e atua dentro de um espaço reservado à sua vida particular.

No mercado, o indivíduo assume o papel de produtor e consumidor, do burguês, do homem empreendedor e eficiente em permanente competição. Seu sucesso ou fracasso resulta e depende unicamente do seu esforço e competência. A liberdade e a igualdade são presumidamente existentes e pertencentes a todos; o empenho e a inteligência são pessoais e fazem a diferença frente a um mercado que, na ideologia liberal, oferece a todos as mesmas condições e possibilidades. Um futuro promissor, portanto, apenas não é conquistado pelos 'inseguros', 'preguiçosos' e 'incompetentes', "por isso o burguês não precisa ter má-consciência em relação àqueles que nada têm, pois eles mesmos são culpados pela situação desfavorável em que vivem" (Ferreira, 1993, p.171). Neste campo, o burguês exerce seus direitos civis, pratica sua liberdade e exercita seu direito de igualdade na busca de próprios interesses pessoais, estando no pleno uso de sua autonomia de vontade e da liberdade de mercado.

Frente ao Estado, finalmente, o indivíduo aparece como *cidadão*, o *"legitimador da ordem institucional"* (Idem, p.169). O Estado lhe assegura garantias constitucionais, como liberdades e proteção individual contra atos arbitrários, e reconhece seu direito de participação política, conforme as regras específicas de cada época e sociedade. Por outro lado, o cidadão *"deve pagar os impostos, respeitar as leis, acatar as autoridades, zelar pelo patrimônio público e estar sempre pronto para defender o país"* (Idem, p. 169). Neste campo, o cidadão há de exercer seus direitos políticos e suas obrigações cívicas.

Neste aspecto, é comum entre muitos teóricos do liberalismo a atribuição de certo antagonismo entre o indivíduo e o Estado, como se houvesse uma inevitável incompatibilidade entre ambos. A preservação da autonomia individual, assim, estaria estreitamente ligada a uma não intervenção estatal, sua maior ameaça e rival. Em perspectiva contrária, outros teóricos alegam que não existia rivalidade entre estes dois atores no pensamento

dominante do século XVIII. Verdadeiramente, o que se opõe nesta época é a liberdade individual ao Estado Absolutista, aquele que oprime a liberdade e a autonomia, mas não ao Estado que recebe dos homens, mediante o contrato social, o poder de garantir a ordem natural e a liberdade de seus outorgadores. Por isto, o que de fato receia o homem revolucionário e o liberal do século XVIII não é o poder ou o Estado em si mesmos, mas sim o poder arbitrário.

Atribui-se ao liberalismo de segunda geração esta concepção negativa do Estado, a concepção de que ele constitui o inimigo natural da liberdade. A este respeito Georges Burdeau destaca o que de fato havia de subjacente neste quadro: o forte receio dos liberais ter no Estado um aliado dos fracos e desfavorecidos - o que se explica, inclusive, por crescer esta oposição à medida que crescia a doutrina socialista (Op. Cit., p. 42). Daí o autor afirmar que este antagonismo se trata de uma degenerescência do liberalismo e não de sua essência original.

6. Conclusão

A Idade Moderna assistiu à formação de Estados Absolutistas e à ascensão do Estado Liberal. Os três grandes movimentos revolucionários que citamos consistem na aspiração da sociedade em geral por uma nova ordem, que limitasse rigorosamente o poder do Rei e garantisse liberdades e direitos fundamentais. A condição de súdito de um reino despótico gerava insatisfação e tensão na população, cujo desejo era possuir o status de liberdade e igualdade perante seus pares e frente ao Estado. Este, por sua vez, deveria consistir em uma organização una, sólida, que oferecesse a segurança devida aos seus membros, sem, contudo, poder intervir nas suas atividades individuais ou se prestar a assistencialismos: "para os pensadores liberais, o poder político não tem por função realizar a felicidade dos indivíduos, mas apenas assegurar que cada um possa escolher livremente o seu destino e, em função dele, ser feliz" (Homem, 2001, p. 186).

Com as revoluções burguesas, particularmente aquela ocorrida na França de 1789, esse ideal foi definitivamente consagrado, assumindo, inclusive, um caráter (pretensamente) universal. A partir desse movimento que marcou época, dá-se início a um novo estágio de nossa história política, com a consolidação do Estado de Direito e de seus postulados, desenvolvidos ao longo dos séculos XIX e XX, com movimentos de adaptação e ajustamentos às condições materiais de cada sociedade.

O Estado de Direito que emerge ao final do século XVIII traz como traço delineador um dos mais importantes princípios fundamentadores do liberalismo: o princípio da segurança. Na gênese da ideologia liberal sempre esteve presente uma oposição contundente ao arbítrio do poder, maior dos perigos que a liberdade individual poderia enfrentar. O princípio da segurança, portanto, tinha como fim fulminar tais perigos, eliminando os entraves e as intervenções inesperadas do poder constituído à vontade livre do homem. Tais intervenções apenas seriam admitidas quando necessárias à garantia da liberdade de todos, diante de situações em que a vida social estaria ameaçada.

Em sua primeira fase, o liberalismo apenas vislumbrava a ameaça do poder da autoridade política, nunca do uso individual e abusivo das próprias potencias individuais. Para tanto, três ferramentas seriam as armas para prevenir qualquer arbitrariedade que pudesse advir de um regime político: a existência de uma constituição, o princípio da separação de poderes e a primazia da lei.

A constituição foi idealizada pelos teóricos do liberalismo e pelos revolucionários do século XVIII como o regulamento do poder, como o fundamento imediato da autoridade do Estado, constituindo-lhe e lhe estabelecendo limites a um só tempo. Caracteriza-se como regra de natureza superior ao poder em exercício, ditando as regras de seu modo de investidura e funcionamento. Fundamentalmente, a constituição representa a idéia de que o poder não pertence aos governantes que, em vez de seus donos, são tão somente seus agentes.

O princípio da separação de poderes, por sua vez, estava intimamente ligado à existência de uma constituição: na origem do pensamento liberal, sem uma constituição, não estaria presente o fundamento da limitação do poder político e a separação de poderes seria o instrumento para torná-la possível.

A lei representava para o espírito liberal e revolucionário a fonte da justiça, a expressão da razão e o instrumento para a felicidade[17]. A princípio o liberalismo não admite que o homem possa criar a lei, cabendo a ele tão somente descobri-la na ordem que governa a natureza e traduzi-la em fórmulas jurídicas. Contudo, esta percepção, já ingênua para a época, veio a ser substituída pela teoria da representação. A lei, portanto, seria expressão da vontade do povo e manifestação da razão humana, conforme o típico espírito revolucionário e a essência do pensamento das luzes. O

[17] Esta exaltação da lei não atingiu a todas as experiências liberais dos séculos XVIII e XIX, de modo que em Inglaterra e Estados Unidos ela não conquistou tanto prestígio como ocorreu com a experiência francesa.

órgão encarregado de enunciar a lei seria aquele que representasse o próprio povo, o Poder Legislativo, constituído por homens que escutam a voz da razão e que rejeitam suas próprias ambições.

Assim idealizada, a assembléia logo revela sua face elitista, uma vez que legitimará para tal tarefa 'a autoridade duma elite burguesa' que seria a única possuidora de esclarecimento e capaz discernir o que representa a 'vontade geral'. A idéia de lei é imediatamente associada à idéia de razão e seu uso deveria se restringir a situações pontualmente importantes, sem que caísse na banalização do cotidiano. Igualmente, não seria seu fim interferir na 'ordem natural', não se admitindo utiliza-la para pôr em causa o status quo existente, tão pouco intentar corrigir seus defeitos. Por isso, a lei assume caráter abstrato e geral, a fim de que não descesse aos pormenores da vida cotidiana e assim tivesse a necessidade de alterar-se constantemente. A abstração e generalidade da lei eram, portanto, condição para sua própria durabilidade.

Diante de tudo o que vimos, resta fácil compreender como o projeto de gestação do Estado de Direito foi fortemente marcado pela ideologia liberal. Esta, além de elaborar justificativas no campo das idéias políticas, também forjava seus efeitos de inversão (ideológicos) na forma de se enxergar as mudanças propostas pelo projeto do liberalismo. Podemos destacar como o principal destes efeitos ideológicos em relação ao Estado de Direito, aquele que fez do interesse liberal a expressão do interesse universal, como se fosse algo almejado pela sociedade como um todo. Ou seja, a função ideológica da teoria liberal-burguesa, baseada nas idéias do direito natural (ideal e imutável) e num projeto de racionalização do Estado, foi transformar suas escolhas em algo que não parecia surgir dos anseios e de relações materiais concretas daquela época. Isto é, consagrava na natureza a existência de um 'direito de todos' e no postulado da razão a justificativa do projeto liberal, sem revelar seus verdadeiros e poucos beneficiados.

Deste modo assinala Novais, quando trata da adjetivação "liberal" para o Estado de Direito pós-revolucionário. No seu pensamento, o Estado de Direito do qual falamos está fortemente condicionado aos interesses burgueses de classe, contextualizando-se dentro de um cenário de esgotamento das relações de sociabilidade nos moldes do absolutismo vigente. Daí o Estado de Direito cumprir com todas as expectativas e necessidades deste seguimento burguês:

O contexto histórico do advento do Estado de Direito moldaria necessariamente os seus contornos a um entendimento compatível com os interesses da burguesia ascendente para quem, como vimos, mais que um conceito filosófico o Estado de Direito era, sobretudo, um conceito de luta política

dirigida simultaneamente contra a imprevisibilidade reinante no Estado de Polícia e as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental. É para garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança da propriedade e das exigências de calculabilidade requeridas pelo funcionamento do sistema capitalista que se orienta o projecto de racionalização do Estado levado a cabo pela burguesia (Novais, Op. Cit., p. 316).

Os grandes traços deste projeto liberal (e burguês) para o Estado de Direito estão emblematizados nos direitos civis e políticos que emergiram com as conquistas revolucionárias. O modo de regulação social baseado na preservação e defesa das liberdades individuais (com ênfase no princípio da autonomia individual), no fim dos privilégios e da sociedade estamental (princípio da isonomia), na proteção da propriedade privada e numa democracia eleitoral e representativa seria o modelo que favoreceria em tese a todos, mas particularmente à burguesia como classe e ao capitalismo como modo de produção de riquezas.

Assim, na perspectiva liberal, o Estado deve visar apenas à segurança das relações sociais e dos direitos individuais, encontrando legitimação teórica para tal papel sobretudo nas formulações de John Locke, tido como o pai do liberalismo. Há de se garantir a inviolabilidade do espaço privado (direito à intimidade), a não intervenção no domínio econômico (liberdade de mercado e autonomia da vontade) e a igualdade de todos perante a lei como estatutos jurídicos que libertariam o homem da 'velha ordem'.

Consagrou-se na formação do Estado de Direito Liberal, assim, a limitação dos poderes estatais e a homogeneização dos indivíduos. Com isso, os direitos civis de traço liberal suprimem as subjetividades e individualidades pelo estabelecimento de prerrogativas e deveres gerais sob o manto da igualdade formal (igualdade de todos perante a lei). Essa igualdade, contudo, é seletiva e sua formalidade apenas mascara as diferenças reais, como as disparidades econômicas, desigualdades étnicas ou distinções de gênero.

No âmbito dos direitos políticos, restou evidente que a liberdade econômica ocupou um papel bem mais importante que a liberdade política, cuja função estava mais relacionada à base garantidora daquela, particularmente para proteger o direito de propriedade contra o arbítrio das autoridades[18]. Sua primeira experiência democrática é elitista, censitária. Aqui, a propriedade, além de requisito para a busca da felicidade, passou a ser um

[18] Georges Burdeau, Op. Cit.

requisito de cidadania. Segundo a Enciclopédia do século XVIII e todos os seus filósofos, o verdadeiro cidadão apenas podia ser encontrado na figura do proprietário, aquele suficientemente independente para não ceder a pressões ou a ambições egoísticas. O bom cidadão seria aquele que se guia pela ordem e pela razão, sendo autônomo e livre de qualquer sujeição.

Daí, antes do sufrágio universal, foi o sufrágio censitário a primeira experiência de democracia do liberalismo, forma esta que limitava a cidadania ativa àqueles que possuíssem interesse e condições de contribuir para o desenvolvimento nacional, instituindo-se uma verdadeira democracia elitista. O receio de que o poder, agora nas mãos do povo, pudesse servir às suas reivindicações igualitárias levou os defensores do liberalismo a nutrir verdadeiro horror à democracia pura. Daí, a idéia de uma democracia representativa que selecionasse os membros da sociedade que poderiam ter participação ativa.

Além de tal aspecto, outras críticas se endereçam hoje à democracia liberal, particularmente aquela que repousa no formalismo e na postura abstencionista do Estado. A democracia naquele período vivenciada consentia ao Estado uma confortável omissão diante das diferenças entre classes sociais. Essa omissão se corporifica na declaração, pela teoria liberal, de que esses temas não são políticos, mas sim pertencentes a outros âmbitos, cuja discussão não passa pelo Estado nem pelos debates de interesse público. A separação entre o que é público e o que é privado conduziu, portanto, ao grande mal de se excluir do debate público temas que eram considerados de interesse privado, num verdadeiro processo de "despolitização" de várias das questões sociais pela via da inversão ideológica promovida pela teoria liberal.

No que tange aos direitos políticos, portanto, este aspecto da inversão ideológica e do conseqüente reducionismo da esfera pública em benefício do domínio privado, findou por influenciar na prática do direito de participação do poder político e na própria idéia de cidadania e de democracia, pensadas apenas sob a forma eleitoral e representativa, assim como limitadas à órbita do Estado:

> *a politização do social, do cultural e, mesmo, do pessoal abre um campo imenso para o exercício da cidadania e revela, no mesmo passo, as limitações da cidadania liberal, inclusive da cidadania social, circunscrita ao marco do Estado e do político por ele constituído* (Santos, 1997, p. 263).

Deste modo, o que vai além das aparências da teoria liberal é a maneira como "despolitizou" aqueles setores da seara do interesse político e público, nomeadamente o setor do mercado e da economia. A conseqüência prática deste processo de 'exclusão',

foi a limitação da participação política à prática do poder representativo, tida como a maneira mais adequada, e até a única possível, de participação e de exercício de direitos políticos. Assim, excluía-se outros modos de pensar a democracia, a exemplo da articulação entre representação e participação, redefinindo e ampliando o espaço da política e do espaço público. Ao contrário, "a teoria política liberal transformou o político numa dimensão sectorial e especializada da prática social – espaço da cidadania – e confinou-o ao Estado. Do mesmo passo, todas as outras dimensões da prática social foram despolitizadas e, com isso, mantidas imunes ao exercício da cidadania" (Santos, op. cit., p. 271).

Ora, estão presentes aí elementos que tornam possível um exame sobre as redes de poder e os mecanismos de produção das idéias políticas da época, fazendo delas verdadeiras ferramentas ideológicas de inversão do particular em universal, do construído em natural, do público em privado e assim por diante. Todos os mecanismos presentes neste funcionamento ideológico da teoria liberal também não deixaram de contar com a força das antíteses ruptura/continuidade e amigo/inimigo.

É exatamente aos finais do século XVIII que se encontra na historiografia os primeiros sinais das relações de antagonismo, levando-se em conta o tempo e o pensamento da época. Com a antítese ruptura/continuidade, se introduziu no campo político e histórico os conceitos de 'Idade Moderna' e 'Idade Contemporânea', de 'Antigo Regime' e de 'Novo Regime', assim como fizeram os escritores do Renascimento ao inventar o conceito de 'Idade Média', a fim de estabelecer uma ruptura com período que lhe antecedeu. Este esforço de identificação de realidades antagônicas nada mais expressa que a idéia de relacionar conceitos opostos para destacar a existência de uma ruptura revolucionária de um período para outro.

A idéia de ruptura promove as negações do passado, a partir das transformações das realidades e da mudança da ordem estabelecida. Neste aspecto, realizando uma distinção clara entre o Antigo Regime (Absolutismo) e o Novo Regime (Constitucionalismo), a história parece apontar para a transição de um modelo para outro como um verdadeiro corte com o passado, mas que deve ser investigado pelo pesquisador das idéias políticas, a fim de verificar até que ponto ou em que pontos esta ruptura realmente ocorreu.

Igualmente, na antítese amigo/inimigo[19] existe ligação intrínseca com os demais antagonismos aos quais a teoria liberal estava relacionada. Este contraste, levado para o campo da política,

[19] Carl Schmitt (1888-1985).

explica como o parlamentarismo se tornou inimigo da ditadura, como a razão se tornou inimiga da violência e como o Novo Regime seria o oposto do Antigo Regime[20].

O grande efeito de tais antíteses, assim, foi o de atribuir às expectativas e reivindicações revolucionárias o emblema da oposição ao Antigo Regime, cujos males seriam superados pela implementação do ideário social, político e jurídico do liberalismo. Aliás, as convicções liberais, ou a liberdade que lhe é essencial, apenas adquire sentido nesta idéia de oposição ao seu contrário, a exemplo do despotismo, do absolutismo, do dirigismo e do coletivismo, todos opositores comuns das diversas formas de liberalismo.

Já observamos que as instituições jurídicas da modernidade (direito à igualdade, direito à liberdade, direito de propriedade, os sujeitos de direitos e os direitos subjetivos) foram a antítese do que vigorava no regime absolutista e no sistema de produção feudal. Do mesmo modo, a mudança de um Estado Absolutista e Despótico para um Estado de Direito representava a descontinuidade da nova ordem em relação modelo de poder político até então vigente. Portanto, as rupturas que os ideais revolucionários realizam estão tanto no âmbito da esfera privada, quanto no espaço da esfera pública, nitidamente separadas para garantir a primazia do indivíduo em detrimento da coletividade.

Estas mesmas observações podem ser traduzidas para a relação amigo/inimigo, também presente na história das idéias políticas e crucial para o fortalecimento da ideologia liberal: o Estado de Direito era o inimigo do Estado Despótico, a nova ordem era inimiga da velha ordem, a razão era inimiga da violência, a liberdade era inimiga da opressão, o direito era inimigo do arbítrio, a igualdade era inimiga das injustiças e privilégios, a democracia era a inimiga do poder ilimitado do soberano... enfim, o liberalismo era inimigo do absolutismo.

Nestas relações, pode-se encontrar na teoria liberal a sua associação a tudo o que seria benéfico para a sociedade e a oposição a todos os seus males. Deste modo, classificar as realidades mediante tais antagonismos, seria uma maneira de dividir as coisas entre aquilo que é e não é desejável, estando o liberalismo no campo

[20] Uma questão importante é observar que nem todos os conceitos tidos como contrários são simétricos, porém são apresentados e vividos como inimigos em certas épocas, intensificando a força de oposição das idéias. Igualmente, existem relativizações para outras antíteses, que não podem ser generalizadas ou ter caráter totalizante, a exemplo da oposição entre os adeptos do direito natural e do positivismo: existem jusnaturalistas liberais e positivistas não liberais, ou seja, enquanto na ciência eles se opõem, na política não necessariamente isto acontece.

do bom, do útil e do necessário, da mesma maneira que relaciona o que não lhe é conforme com o conservadorismo:

Essa classificação constitui o instrumento com que podemos desmontar um dos pilares sobre o qual se ergue toda a estratégia de enaltecimento do liberalismo. Com efeito, a advocacia liberal opera a partir do princípio, jamais demonstrado, de que todos aqueles que combatem o liberalismo o fazem porque são, de um modo ou de outro, adeptos do autoritarismo (Martins, 2003, p. 627).

Um forte exemplo deste efeito de enaltecimento do liberalismo pela via da associação se encontra no seu relacionamento com a democracia. O alcance desta estratégia é tamanho que chegou a se consagrar expressões do tipo "liberal-democracia" ou "democracia liberal", como se um termo tivesse no outro o seu pressuposto, sem se saber ao certo o que é substantivo e o que é adjetivo. Naturalmente, trata-se de 'falsos conceitos', uma vez que *"a democracia, por princípio, reclama mais do que o liberalismo pode conceder"* (Idem, p. 650). Contudo, a sutileza do recurso semântico aqui empregado acaba por induzir à compreensão de que a democracia se exaure nos limites do projeto liberal.

Fundamentalmente, pode-se até afirmar que o liberalismo tem pontos de distinção com a democracia que vão além do que se pode denominar de 'patamares de participação'. Sua diferença é mais essencial, cabendo, inclusive, admitir-se mais suas diferenças que suas semelhanças. Como afirma Homem (2001, p. 191), o *"Liberalismo não se identifica com democracia. O liberalismo preocupa-se com a questão do fundamento do poder, a democracia com o seu modo de exercício. Para os teóricos fundadores do liberalismo, (...) a conquista de direitos civis fundamentais e o alargamento da esfera da liberdade privada é independente da liberdade política e da democracia"*.

Trazendo estas reflexões para os limites de nosso estudo, tudo isso denota que a ideologia do liberalismo atingiu, desde o seu princípio o efeito de inverter a compreensão da realidade, induzindo a visões equivocadas daquilo que realmente estava em jogo e qual o núcleo de interesses que rigorosamente seria contemplado com o triunfo do Novo Estado de Direito. Se no princípio a teoria liberal assumiu uma face revolucionária, que tanto beneficiaria os burgueses quanto os seus aliados menos favorecidos, depois revela-se restritiva, ao excluir destes últimos os benefícios sociais do desenvolvimento, *"denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo"* (Wolkmer, 2003, p. 121). Na verdade, ela se apresenta como revolucionária em relação ao Antigo Regime, contudo, mostra-se conservadora no que tange às reivindicações populares: *"A liberdade de que ele* [o liberalismo] *se*

reclama foi, efectivamente, interpretada de tal modo que se tornava um privilégio. Generosa no seu princípio, foi discriminatória nas suas conseqüências"[21].

Disto tudo, podemos concluir a ambigüidade que a teoria liberal e as revoluções burguesas possuem em relação aos binômios ruptura/continuidade e amigo/inimigo. De um lado há o prestígio da liberdade com valor absoluto, por outro, a restrição real do poder de exercê-la diante de suas desvantagens concretas. Por um lado, a exaltação da igualdade de todos perante a lei como estatuto que porá fim a todo o regime de privilégios da sociedade estamental, por outro, a ocultação das diferenças reais (sociais) como se fossem de natureza pessoal (competência, ambição, esforço) e temporária. Colocando-se como inimigo do absolutismo, não assume, contudo, a postura de combate a todas as formas de abuso de poder, a exemplo daquelas ocorridas nas relações interpessoais, nas micro-relações nas quais atuam os micro-poderes e, principalmente, nas relações econômicas e de mercado, que por muito tempo passaram isentas de crítica[22].

Enfim, no que tange a influência do liberalismo na formação e formatação do Estado de direito, inegável é seu serviços aos anseios da liberdade liberal: *"a nova liberdade precisa desse novo poder para se proteger contra a intolerância e as barreiras morais que o dogmatismo das religiões fazia pesar sobre os homens. Precisa de uma autoridade laica capaz de opor, ao objectivo da salvação eterna, objectivos seculares. (...) Ora essas aspirações só o Estado está em condições de as satisfazer. (...) O Estado não era então o inimigo da liberdade; era a condição dessa liberdade"*[23].

Assim, o Estado, ao invés de grande inimigo do liberalismo, sempre foi um verdadeiro aliado, inclusive para garantir as condições de sua existência e desenvolvimento. Isso precisamente marcou os movimentos de aproximação e afastamento que sempre existiram entre os liberais e o poder estatal, o que se dava conforme as exigências de conjuntura política, econômica e social que ao longo da história se impuseram ao liberalismo, redundando em oscilações do dever de abstenção estatal no que tange à liberdade.

Este aspecto reforça nossa tese, no sentido de que a história da formação do Estado de Direito está intimamente relacionada com a expansão e experiência do liberalismo, particularmente o liberalismo político e econômico. O marco temporal que registra o

---

[21] Geroges Burdeau, Op. Cit., p. 12.

[22] Segundo Georges Burdeau, *"só meio século mais tarde, quando a industrialização tiver desmentido este optimismo, se poderá denunciar a hipocrisia da apóstrofe de Guizot [enriquecei-vos]. Para o operário das manufacturas, para o mineiro obrigado a permanecer dez horas no seu poço, para a criança que começa a trabalhar com a idade de oito anos, para todos aqueles que se iam tornar proletários da sociedade industrial, é mais do que humor negro, é uma provocação incitá-los a enriquecerem (...)"* (Op. Cit., p. 73).

[23] Op. Cit., p. 45-46.

século da Reforma, é o mesmo que sustenta as bases de formação da idéia de Estado, tal como Jean Bodin concebeu e tal como a temos hoje. Isso não se dá por mera coincidência, uma vez que a doutrina liberal necessitava de um tal contexto político-jurídico para se realizar, de uma nova forma de poder que, em vez de inibir e oprimir a autonomia individual se prestasse a salvaguardá-la. Portanto, sabendo manejar todas estas estratégias, a ideologia liberal forjou o Estado de Direito ao seu modo e vinculou o seu desenvolvimento ao próprio desenvolvimento do capitalismo, como nos dias atuais podemos perceber.

Bibliografia:

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, 8ª edição.
AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 1988.
BURDEAU, Georges. O Liberalismo. Lisboa: Publicações Europa-América, 1979.
CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000.
CAPELLA, Juan Ramón. Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
CHAUÍ, Marilena. Crítica e Ideologia. *In*: Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 1997.
CHEVALLIER, Jean-Jacques e GUCHET, Yves. As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel à Actualidade. Portugal: Publicações Europa-América, 2004.
DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1989.
DIPPEL, Horst. História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
FERREIRA, Nilda Teves. Cidadania: uma questão para a educação. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
HOMEM, António Pedro Barbas. A lei da liberdade: Vol 1: introdução histórica ao pensamento jurídico. Épocas medieval e moderna. Lisboa: Principia, 2001.
HOMEM, Antonio Pedro Barbas. História do Pensamento Político: relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Coimbra Editora, 2007.
LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MARTINS, Carlos Estevam. Liberalismo: O Direito e o Avesso. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 46, nº 4, 2003, pp. 619 a 660.
MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Coleção a Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2005.
NÓBREGA, José Flóscolo da. Introdução ao Direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
NOGUEIRA, José Artur A. Duarte. Lei e Poder Régio: As Leis de Afonso II. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.
NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento Vol. XXIX, 1986, p. 257-495.
PINSKY, Jaime. As Primeiras Civilizações. São Paulo: Contexto, 2001.
ROUSSEAU, J. Jaques. Discurso sobre a Origem e o Fundamento da Desigualdade entre os Homens. E-book, 2001.
SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.
SOUSA FILHO, Alípio de. Cultura, Ideologia e Representações. *In*: Maria do Rosário de Carvalho; Maria da Conceição Passeggi; Moises Domingos Sobrinho. (Org.). Representações sociais: teoria e pesquisa. 1 ed. Mossoró: Fundação Guimarães Duque/Fundação Vingt-un Rosado, 2003, v. 1376.
WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Contributo para o estudo da evolução da oposição ao terrorismo internacional após a II Guerra Mundial

José Alexandre da Cruz Soares[1]

Resumo

A nível internacional têm-se revelado algumas dificuldades em fixar uma mera definição jurídica de terrorismo; referem-se alguns aspectos da génese do fenómeno e factos que o ligaram a pré-compreensões que dificultaram a sua análise. Em relação ao tema foi dada uma atenção particular ao papel dos sujeitos de Direito Internacional. O estudo da evolução da definição jurídica do terrorismo internacional e mecanismos adoptados para lhe fazer face, efectuado quer pelas organizacões internacionais, como a ONU, quer supranacionais, como a União Europeia, permite concluir sobre a forma como o assunto vem progredindo. Apesar de terem existido evoluções na coordenação da oposição ao terrorismo internacional e tentativas para o reconduzir a uma efectiva jurisdição universal, é na alçada do Direito Comum e em normas de Direito Penal, com referência a cada uma das ordens jurídicas dos Estados que os actos e os seus autores continuam submetidos.

Abstract

After describing the difficulty that exist at an international level of fixing a mere legal definition of terrorism, it is mentioned a few aspects of the phenomena genesis and facts that conducted to pre-understandings that complicated its analysis. Regarding this theme it was given a special attention to the role of the International Law actors. The study of the evolution of the legal definition of international terrorism and the mechanisms that were adopted to face it, according to the international organizations, such as ONU and supranational, as European Union, allows understanding how this matter as been developing. Although, there was several approaches to lead back international terrorism to an effective universal jurisdiction, it's remains as a responsibility of the Penal Law, with reference to legal demands of the States, which the acts and its performers are still submitted.

---

[1] José Alexandre da Cruz Soares é licenciado em Direito e em Ciências Sócio-Militares. Actualmente, exerce a função de Coronel, de Infantaria, do Exército Português, na situação de activo e encontra-se colocado na Direcção de História e Cultura Militar. soaresjac@netcabo.pt

O Estado é "uma pessoa de cujos actos uma grande multidão, mediante factos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada como outrora, de modo a ela poder usar a força e os recurso de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e defesa comum[2]".

1. Introdução

1.1. O terrorismo internacional e o Direito Internacional

O terrorismo internacional sendo uma questão actual tem autonomia e relevância ao nível do Direito Internacional como têm, por exemplo, o Direito Marítimo ou os Tratados, os Crimes de Guerra ou os Crimes Contra a Humanidade? Ou estaremos perante um fenómeno contemporâneo e passageiro a que comunidade internacional responderá a breve trecho e sem necessidade de recorrer à sua autonomia, como tema jurídico, judiciário, etc.?

A reflexão jurídica e estudo do terrorismo internacional, na actualidade, à luz da actividade e papel dos sujeitos de Direito Internacional, poderá contribuir para responder a estas questões.

A outra questão que nos induziu a este trabalho, sendo concumitante com estes aspectos, procura saber se a realidade do terrorismo internacional é subsumível a critérios de valores de natureza legal internacional e quais os mecanismos que vêem sendo adoptados para o efeito.

Sobre o tema do terrorismo existe uma divisão genérica que leva em consideração, quer aspectos meramente jurídicos ou metodológicos, quer a forma como o fenómeno vem sendo enquadrado de acordo com os intervenientes e seus actos, em: terrorismo internacional e terrorismo interno[3]. O terrorismo internacional consistindo na acção de terror transfronteiriça dos respectivos autores, actos, alvos ou vítimas, tem por oposição o

[2] Hobbes, Thomas, *Leviatã* ..., pág 251.

[3] A separação entre terrorismo internacional e terrorismo interno é muito ténue e na prática quase sempre inexistente (Gearson, Jonh *Superterrorism* ..., pág 10).

terrorismo interno que ocorre quando autores, actos, alvos e vítimas se reconduzem ao território de um único Estado[4].

De acordo com esta divisão o terrorismo internacional interfere com o Direito Internacional: no cumprimento de tratados internacionais, por exemplo sobre extradição, afecta o costume internacional, como na liberdade de navegação marítima ou aérea e prejudica os princípios gerais internacionais, como a boa-fé, a proibição de abuso de direito, *pacta sunt servanta*[5] ou a proibição de ingerência nos assuntos internos dos Estados. De igual forma, o terrorismo internacional e o interno se reconduzem a aspectos que afectam bens jurídicos de Defesa Nacional, da segurança do Estado e dos cidadãos, pelo que a respectiva diferença não parecendo passar por este aspecto, apenas se encontra nos critérios de natureza legal e nos mecanismos adoptados para lhe fazer face. Ao contrário do terrorismo internacional, o terrorismo interno obtêm, normalmente, resposta privilegiada, jurídica ou criminalmente, no âmbito da ordem interna, sem necessidade de recurso ao exterior ou ao Direito Internacional.

1.2. Definição jurídica de terrorismo

A necessidade de fixar uma definição jurídica de terrorismo internacional, suficientemente esclarecedora e comummente aceite tem sido uma das dificuldades. A sua definição jurídica poderá ser uma das respostas que facilitem, já que a comunidade internacional esbarra, em aspectos metodológicos, há longos anos e praticamente desde o início do fenómeno, com essa dificuldade.

1.3. A actuação dos sujeitos de Direito Internacional face ao terrorismo

A viabilidade da actuação organizada contra o terrorismo internacional, decorrendo do seu sistemático desrespeito pelo Direito Internacional, vem exigindo dos respectivos sujeitos (Estados, Organizações Internacionais e indivíduos), uma maior congregação das suas capacidades; nomeadamente porque o terrorismo internacional a todos coloca invariavelmente na qualidade de vítimas, sem protecção jurídica adequada, de que é exemplo a possibilidade conferida de recurso a um sistema de garantias que salvaguarde a reparação dos direitos dos ofendidos. Aliás, como já é possível para os crimes da competência do

[4] Este não é a finalidade do Relatório, tal como não é igualmente a análise da cooperação judiciária internacional (aquisição de provas, competência internacional, etc.) no âmbito do próprio terrorismo internacional.

[5] Cunha, Joaquim da Silva e Pereira, Maria da Assunção do Vale *Manual de* ..., pág 311.

Tribunal Penal Internacional[6], por via do artigo 75.º, através da restituição, da indemnização e da reabilitação.

2. História do terrorismo

A ideia de terrorismo esteve inicialmente associada à actuação intimidadora e forma de governo violento, exercido na França, entre 1789-1794[7]. No Nouveau Dictionnaire Portugais-Français, editado em 1863, traduzia-se o terrorismo como o "système, régime de la terreur" e terrorista como o "agent ou partisan du système de la terreur. Homme qui intimide, qui effraye, qui épouvante"[8]. O Novo Diccionario Portuguez-Italiano/Italinano-Portuguez, de 13 de Julho de 1897[9], através da tradução directa, também anota a existência do termo. De acordo com o Nuevo Dicionário Portugues- Hespañol[10], editado em Lisboa, em 1911, define-se terrorismo e terrorista como o "sistema de terror en el gobierno, como el de Francia en 1793 y 1794 e o "agente ó partidario del terrorismo", respectivamente.

Entre nós a asserção e o reconhecimento linguístico deste assunto acontece, provavelmente, por via dos dicionários bilingues, e atendendo a estas duas últimas datas de edição, como se verá mais abaixo, o significado de terrorismo e de terrorista enraizado nas pessoas dessa época já era diferente do inicial, porque correspondia a uma mudança no sentido como era entendido pela população em geral, em relação á actuação dos seus promotores e quanto aos respectivos fins.

2.1. O terrorismo dos finais do século XVIII ao início do século XX

Inicialmente a noção de terrorismo esteve ligada à forma e comportamento de terror do governo de um Estado em relação aos seus concidadãos e eventualmente em relação a outros Estados[11]. Porém, actualmente, o conceito de terrorismo está associado, a

[6] Vide competência do Tribunal Penal Internacional, artigo 5º e seguintes: crime de genocidio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.
[7] Definição do Oxford English Dictionary, na sua versão de 1795.
[8] Roquette, J.- I. *Nouveau Dictionnaire …,* pág 1142.
[9] *Novo Diccionario ...,* pág 891.
[10] Coelho, Frederico Duarte *Nuevo Dicionário* ..., págs 1904 e 1905
[11] Andress, David *O Terror...,* pág 81.

maior parte das vezes, a actos violentos contra Estados, tendo havido portanto uma inversão no conceito. Existem autores, como Chomsky, Walter Laqueur e Ariel Merani[12], que defendem, por exemplo que a actuação dos governos, durante os regimes, nazi de Hitler e comunista de Stalin contra os seus povos, bem como a acção dos membros das forças de segurança (esquadrões da morte) na América Latina, são actuações que seguiram dinâmicas e estratégias de terrorismo.

A alteração no significado terá ocorrido, gradualmente, numa segunda fase, em meados do século XIX, decorrente da forma como nos jornais era tratada a actuação da oposição russa contra os seus governantes (anos 80) e mais tarde na sequência dos atentados bombistas dos anarquistas franceses (anos 90); copiados depois noutras capitais europeias. Nesta fase o terrorismo enquadrava-se no âmbito das questões políticas do tiranicídio e da resistência ao poder. Os alvos de actuação terrorista passaram a ser chefes de Estado: czares (Alexandre II), reis (Humberto I, da Itália), e presidentes da República (William Mckinley) ou chefes de polícia. Os seus autores perseguiam, com esta forma de actuação, violenta e propagandeada, alterações políticas, punição ou vingança política. As preconizadas alterações políticas faziam-se em nome da oposição política a regimes ditatoriais ou autocráticos, regimes republicanos ou monárquicos e a punição e vingança política atingia delatores, informadores ou mesmo representantes de forças da ordem interna[13].

Daí que, por esta época e a partir dela até aos nossos dias, o terrorista se assumisse psicologicamente e procurasse politicamente a conotação com um mártir e um herói[14]. Nesta altura a actividade terrorista ainda não incutia a ideia de terror ao público em geral, podendo afirmar-se que, ao contrário, despertava curiosidade e em alguns casos mesmo fascínio[15].

No entanto, para os Estados em geral, de acordo com os respectivos ordenamentos jurídicos, os terroristas sempre foram perseguidos e os seus actos considerados crimes. Mas a tipificação criminal do terrorismo nem sempre foi necessária ou imediata e feita da mesma forma em todos os Estados. Entre nós, por exemplo, só recentemente o tipo criminal do terrorismo foi acolhido e muito por influência da adesão a convénios

[12] Morani, Ariel *Terrorism as* …, pág 205 e seguintes.
[13] Atentados de 1892 de Ravachol (François Koënigstein) contra os responsáveis pela condenação de dois anarquistas e contra o restaurante onde trabalhava o respectivo delator.
[14] Gearty, A. and Kimbel, A. *Terrorism and* …, pág. 12.
[15] Fletcher, George *Romantics at* ..., pág. 54.

internacionais[16]. Pelo que os actos terroristas, a existir, anteriormente, seriam subsumíveis, na nossa ordem jurídica, aos crimes contra a segurança do Estado e aos crimes contra a ordem e tranquilidade pública (do Titulo II e do Titulo III, no Código Penal, precedido pelo Decreto com força de lei de 10 de Dezembro de 1852, bem como no Código Penal que se lhe seguiu, promulgado pelo Decreto de 16 de Setembro de 1886[17]).

Em matéria do Direito Internacional a questão tinha relevância, apenas de forma casuística, designadamente, na extradição dos terroristas e punição dos seus crimes. O aspecto casuístico era recorrente, não existindo verdadeiros valores de natureza legal internacional e mecanismos para o efeito, pois, por exemplo, sempre que existia motivo para a extradição de culpados ou suspeitos, entre os Estados, a resposta dependia da vontade política dos respectivos governantes ou de convenções multilaterais e acordos bilaterais que eventualmente existissem, para o efeito.

Nos dias que correm, numa nova fase, o conceito de terrorismo alargou o seu âmbito e incorporou a violência contra diferentes tipos de organizações, o Estado, um conjunto de Estados ou a Comunidade Internacional. Em nome também de um alargado número de critérios de valoração jurídico-política, nesta fase, o terrorismo começa a adquirir verdadeira dimensão internacional.

2.2. O terrorismo na actualidade

O conceito de terrorismo, na actualidade, pode ser abordado de diversas formas e muito do insucesso da tarefa em o definir, como se verá, reside exactamente na disparidade de maneiras como é estudado ou contextualizado.

A tarefa complica-se se considerarmos o terrorismo no contexto da lei internacional para os conflitos armados que nos remete logo para a seguinte consideração quanto aos seus autores: se a guerra é conduzida por agentes do Estado (os combatentes), para se classificar o terrorista - distinguindo-o ou associando-o ao

[16] Nos termos do Decreto Lei Nº 400/82 de 23 de Setembro que aprovou o Código Penal foram incluídos dois artigos (288º Organizações Terroristas e 289º Terrorismo) que não faziam parte da versão do Projecto de 1966. A fonte legislativa imediata, anterior, era a Lei 24/81 de 20 de Agosto que introduziu alterações ao artigo 263º, Código Penal então vigente. De premeio Portugal aprovou, com reservas, a Convenção Europeia para a Repressão do Trrorismo, pela Lei 19/81, de 18 de Agosto.

[17] No Código Penal, em vigor, o Terrorismo e outros tipos conexos estão integrados no Capítluo Dos Crimes Contra a Ordem e Traquilidade Públicas.

estatuto do combatente ou do soldado -, parecem ser necessários mais requisitos legais ou outra qualificação.

O entendimento tradicional do estatuto de combatente evoluiu com as alterações da lei internacional sobre a Guerra e outros tipos de conflitos armados – inscritos em diversas Convenções e respectivos Protocolos. Ao contrário desta evolução o terrorismo, em geral, ainda não se libertou sequer de pré-compreensões. Pelo que é avisado que a análise do terrorismo internacional deva ser contextualizada, sempre que possível, tendo em atenção as pré-compreensões, de que está refém, nomeadamente de índole política, que no caso concreto do terrorista consoante as circunstâncias - vantagens ou inconvenientes -, tendem a afastá-lo ou associá-lo a qualquer ligação com o combatente. Por exemplo, existem mesmo diversas situações e conflitos, designadamente aqueles que se arrastam ao longo do tempo em que se começa politicamente por classificar os autores de actos de violência como terroristas e, no final, acabam por ser considerados combatentes[18]. Ou daqueles conflitos em que dependendo das partes em presença e do momento, os mesmos intervenientes são ora terroristas ora combatentes[19].

Definir o fenómeno com recurso ao estatuto do autor ou do grupo onde ele se enquadra, ajuda porque normalmente o terrorista procura um rótulo ou insere-se dentro de uma estrutura organizada. Este enquadramento, sendo uma extensão do referido anteriormente, parece pois ser apenas adequado como auxiliar, pois como se viu algumas vezes é difícil definir as situações quando cruzadas com pré-compreensões de índole política.

Para se estudar e definir o terrorismo, já não com base nos seus autores, recorre-se normalmente a dois aspectos: os tipos de alvos escolhidos (crianças, civis, etc.) ou os métodos utilizados (sabotagem, assassinato, bombas, reféns, etc.). Este caminho, se estivermos atentos, é normalmente o seguido pelos decisores políticos. Uma visão tão estrita também é decepcionante, porque permite múltiplas (todas as) interpretações, com base na argumentação política, onde, como se sabe, as coisas podem ser defensáveis em função dos valores ou fins em presença e também é incompleta, porque as acções de terrorismo visam produzir efeitos muito para além dos danos físicos imediatos.

---

[18] Vide os presos de Guantanamo: autores confessos de actos de terrorismo mas considerados "combatentes inimigos" pelos seus captores dos Estados Unidos.

[19] Exemplo do conflito Israelo-Palestiniano.

O terrorismo vive de ambiguidades e incertezas de toda a natureza seguindo uma via indirecta, oportunista e tortuosa de actuação. Serve-se dos estados das coisas, num dado momento, em relação aos indivíduos e suas limitações, para afectar o seu objectivo final, por exemplo, a Comunidade Internacional.

Para complicar, ainda mais, existem diversas definições e significados de terrorismo consoante a perspectiva de análise seja em ciências sociais[20], jurídica[21], militar[22], política[23], entre outras. Como denominador comum todas as perspectivas aliam o fenómeno à forma de actuação violenta.

O terrorismo enquadra-se, então, naquilo que diversos autores apelidam de "espectro da violência política" que integra outras formas, como, por exemplo: a guerrilha, as rebeliões ou motins, as revoluções, a resistência pacífica, etc. Concorrente com esta posição, numa outra visão (mas gradativa), coloca-se o terrorismo no patamar de violência entre a guerra de guerrilha e a rebelião[24].

3. Uma definição de terrorismo na actualidade

Assim, pode afirmar-se que o terrorismo é a acção violenta por motivações e valoração política, normalmente com actuações espectaculares, que visa publicitar ou chamar à atenção, através de terror, intimidação ou justo receio e incutir repulsa, adesão ou limitar as capacidades entre indivíduos, grupos de pessoas ou público em geral.

---

[20] " O terrorismo é a exaltação deliberada e fria da violência sobre todas as formas de actividade política" (Johnson,Paul *Terrorismo* ..., pág 6).

[21] The British prevention of Terrorism Act of 1974: " the use of violence for political ends including the use of violence for the purpose of putting the public or any section of the public in fear".

[22] De acordo com a cartilha miltar portuguesa (*Regulamento de* ..., pag 233), "o terrorismo (atentados e sabotagem) é o princial processo utilizado por um movimento subersivo com vista á intimidação da população civil".

[23] The Vice-President´s Task Force on combating the terrorism (1986), (the Bush committee): "unlawful use or threat of violence against persons or property to further political or social objectives; usually intended to coerce a government, individuals or groups to modify their behavior or politics"

[24] Laqueur, Walter *The Age ..., e*m especial Capitulo 1.

O *modus operandi* terrorista é necessariamente violento e os seus actos prejudicam bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade, pessoais e patrimoniais, da paz e humanidade e do Estado. Mas, como é bom de ver, por exemplo nem todos os actos violentos e criminosos contra pessoas que gozem de protecção internacional, são terrorismo. Porque os actos terroristas tem a particularidade de exigir uma conexão política e os seus autores estão motivados e congeminam direccionadamente de acordo com ela, existindo pois um objectivo político na actuação terrorista.

A conexão política não é aleatória e desgarrada, tem critérios de valoração, designadamente: filosóficos, religiosos, ideológicos, raciais, étnicos, económicos, militares. Pelo que a correlação ou conexão exige outro aspecto suplementar que se pode exprimir da seguinte forma: num acto terrorista aos valores políticos em presença subjaz um local e uma época. Factos facilmente apreensíveis em diversos atentados terroristas só interpretáveis face a determinados contextos, de lugar e tempo. Os autores do sequestro e morte do primeiro-ministro italiano, Aldo Moro, procuraram realçar e demarcar campos ideologicamente antagónicos – o que demonstra a existência de um critério de valoração política –, na Itália, nos anos 70 do século passado - o que demonstra a existência suplementar de um local e a época específica. Pode então afirmar-se que todas as actuações terroristas têm um aspecto em comum: normalmente correspondem a situações ou contextos que são irrepetíveis.

A utilização do perigo ou potencial perigo, com recurso ao terror, intimidação e justo receio (vislumbre da possibilidade de algo terrível), procura sempre uma reacção que em última instância seja de repulsa ou adesão. O terrorismo visa afastar todos da indiferença – vítimas, promotores, população em geral, organizações internacionais. Ninguém fica indiferente a um atentado terrorista suicida. Para os terroristas os seus actos são espectáculos para que urge chamar à atenção de todos e o veículo para o efeito é tudo o que a sociedade proporcione: boatos, reuniões em grupo, *mass media*, etc. O terrorismo carece, vive e sobrevive da propaganda em redor da sua actuação.

Se os objectivos ou as finalidades terroristas são múltiplas os seus alvos também. Os alvos indirectos do terrorismo são diversos: desde associações, ao Estado, a um conjunto de Estados ou a Comunidade Internacional. Os alvos directos são as pessoas individuais, as instalações, as infra-estruturas, os meios tecnológicos e a tecnologia e a estrutura e organização de pessoas colectivas. E os instrumentos adequados para o efeito terrorista pretendido apenas têm os limites inerentes à própria natureza da mente

humana. As principais características do terrorismo são: a fluidez, a surpresa, a economia nos meios, a centralização da decisão, o secretismo da preparação e a escolha criteriosa dos alvos.

O terrorismo carece, ainda, de apoio financeiro, estruturas consubstanciadas numa base ou conjunto de bases para apoio da sua actuação e de acesso aos meios de comunicação social. A estrutura financeira, as infra-estruturas e a promoção da actuação terrorista são essenciais.

Na lógica terrorista é importante que o sentimento do cidadão seja alterado pelos actos terroristas praticados. Segundo Marice Tugwell a transferência da culpabilidade, pelos aspectos censuráveis do acto terrorista para outro indivíduo que não o praticou é o objectivo psicológico do terrorismo[25]. Isto significa que após a violência do acto terrorista, através da manipulação dos sentimentos dos indivíduos, partindo do seu estado de latência ou indiferença, procura induzir-se à actividade pelo assumir da sua culpa. Portanto para este autor o objectivo do terrorismo é fazer com que outro indivíduo se sinta culpado pelas atrocidades infligidas. O que levanta desde logo a questão de saber se é possível existir terrorismo sem atrocidades ou bastarão actos violentos?

O rol de atentados terroristas acompanhados de atrocidades é diversificado e comum: atentados bombistas, assassínios, desvios de aviões, tomada de reféns, etc.

No entanto, há actos terroristas violentos que não implicam necessariamente perdas humanas ou atrocidades como: sabotagens e atentados bombistas sem vitimas humanas, desvios de aviões sem perda de vidas, tomadas de reféns sem vitimas, destruição de infra-estruturas e instalações, etc.

A diferença entre estes tipos de actuação terrorista está apenas no facto das respectivas acções afectarem ou não as relações humanas essenciais e a própria vida humana. Constatando-se que nem todos os actos terroristas são atrocidades[26], estamos consequentemente perante uma realidade mais abrangente e que não visa apenas a manipulação dos sentimentos de culpa, antes pelo contrário, procura-se pelo espectáculo a adesão, sem recurso a qualquer temor. Existem também situações em que o terrorismo visa limitar ou coagir a capacidade de actuação dos indivíduos. Nestes casos o alvo é a liberdade individual ou a limitação das actividades em grupo: de associações, do Estado, das Organizações Internacionais, etc.

---

[25] Raporot, David C. *La moral*..., pág 73 e seguintes.
[26] Wellman, Carl *On terrorism* …, pág 250.

4. Definição jurídica internacional de terrorismo

Internacionalmente a dificuldade começa exactamente na definição do que é juridicamente terrorismo. O acordo internacional tropeça porque uns Estados, enquanto lhes é possível, fogem ao compromisso – nas estruturas internacionais, regionais existentes –, porque apoiam o terrorismo e os terroristas, individualmente, não se assumem ou não lhes é reconhecido o estatuto de soldados – o que permitiria o seu enquadramento no plano das leis internacionais da Guerra e dos conflitos. Estes aspectos parecem indiciar que, por enquanto, a questão exige soluções individualizadas.

A Sociedade das Nações, apesar da sua curta e conturbada existência, é considerada um marco histórico sobre a definição do terrorismo internacional. Em 1937, esta organização internacional aprovou, como medida contra o terrorismo, a Convenção para a criação de um tribunal internacional para o efeito. Porém, a Convenção nunca entrou em vigor, quer por não reunir a assinatura do número suficiente de Estados, quer pelo início das hostilidades da II Guerra Mundial. Apesar disso, atenta a sua importância, referira-se o que artigo 1.º (2) definia terrorismo como o "acto criminal contra um Estado e destinado a induzir ou a criar terror na mente dos indivíduos, dos grupos de pessoas ou público em geral". Esta definição foi logo criticada por ser demasiado genérica, podendo conter actos legítimos de indivíduos contra a opressão e o direito à autodeterminação dos povos.

A Convenção de Genebra de 1949, designadamente no seu artigo 33.º, sem definir, remeteu o terrorismo, mediante a sua proibição, para um crime sob alçada da jurisdição universal. Como se sabe os crimes de guerra e contra a humanidade também são de alçada universal, mas normalmente são os próprios Estados que usam da sua iniciativa contra os seus responsáveis.

O verdadeiro esforço para a definição internacional de terrorismo tem origem, na Organização das Nações Unidas, nos anos 70, do século passado, no apogeu da Guerra Fria e acabou por esbarrar, por esse motivo, numa questão entre os então designados Estados do Primeiro e do Terceiro Mundo. Nessa época, tal como já acontecera com a Sociedade das Nações, as dificuldades decorriam da especial ligação entre o terrorismo e as lutas de libertação nacional.

Recentemente, sobre a evolução do tema do terrorismo internacional em organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas, a sua definição jurídica tem continuado a

esbarrar em inúmeros outros obstáculos de natureza política -como se perceberá mais abaixo. A questão da definição de terrorismo não é decorrente de qualquer limitação de natureza jurídica, mas sim da envolvente política internacional em cada momento e das opções, das necessidades ou enfileiramento político de cada Estado. O que significa, como se viu, estar a definição do terrorismo internacional igualmente apegada ou dependente de pré-compreensões de natureza política. Reflectido, por outro lado, no facto de a maioria da pessoas continuarem mal informadas sobre o assunto e ao contrário daquilo em que o senso comum acredita, por exemplo, o terrorismo internacional ainda não é considerado uma infracção *erga omnes*[27], como já acontece para os casos de pirataria, escravatura, genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade[28].

5. Os Estados e o terrorismo

Os Estados como sujeitos de Direito Internacional são chamados frequentemente a desempenhar papéis sobre a problemática do terrorismo. Internacionalmente, umas vezes como vitimas, não raras vezes como promotores, outras como interventores, em Organizações Internacionais, ou como Altas Partes Contraentes de tratados, sobre a matéria. Perante o terrorismo internacional, a reunião destes papéis muitas vezes num só sujeito, em simultâneo, é revelador da sua natureza complexa e capacidade multifacetada. Mas também um Estado ao reagir, por exemplo, aos actos de terror, normalmente de forma desconcertada (órgãos com posições muitas vezes contraditórias, por exemplo sobre a autoria de um atentado terrorista[29]) revela a natureza complexa destes actos e ao recorrer a diversos meios (políticos, militares, policiais, etc.), revela-se a capacidade multifacetada, dos Estados para lhe fazer face.

O terrorismo internacional, em relação aos Estados, por outro lado, também afecta o conteúdo de diversos princípios gerais de Direito Internacional, especialmente o princípio da soberania e igualdade dos Estados, o princípio da integridade territorial dos

[27] No sentido de que a lei ou os efeitos não atingem unicamente os seus autores, mas, igualmente, todos os sujeitos da Comunidade Internacional (Estados, Organizações Internacionais, Indivíduos).

[28] Vide competência do Tribunal Penal Internacional no artigo 5.º e seguintes: crime de genocidio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

[29] Recorde-se a posição contraditória mantida pelo primeiro-ministro espanhol, Aznar, em relação a elementos dos serviços secretos do seu país, sobre a autoria dos atentados de Madrid, de 11 de Março de 2004.

Estados (artigo 2.º, alínea 4, da Carta das Nações Unidas) e o princípio da proibição de ingerência nos assuntos internos dos Estados.

O princípio da soberania e igualdade dos Estados apoia-se num aspecto crucial da jurisdição. Nas relações internacionais a igualdade dos Estados depende do reconhecimento mútuo ao direito à livre jurisdição do outro Estado, donde cada Estado, em tese, deverá reconhecer direitos aos outros da mesma forma que os reconhece para si. Emanam dele aspectos com relevância para as situações, entre Estados, de extradição ou julgamento de terroristas.

O princípio da integridade territorial significa que o exercício de qualquer jurisdição no território de outro Estado é uma violação, a não ser, é claro, que ela esteja sancionada por um tratado ou acordo. O exemplo desta situação é a possibilidade conferida pela Convenção de Schengen de vigilância de suspeitos de crime terrorista, por exemplo, dentro das fronteiras de outro Estado vizinho da União Europeia[30].

O princípio da proibição de ingerência nos assuntos internos dos Estados, tendo a sua origem recente ligada à aplicação às questões do terrorismo, foi aceite em 1970, pela Resolução[31], da Assembleia Geral da Nações Unidas, sobre relações e cooperação entre Estados, em interpretação da Carta, estando assim contextuado:

"Nenhum Estado... tem o direito de intervir, directa ou indirectamente, sob qualquer motivo, nos assuntos internos de outro Estado... Todo o Estado tem o direito inalienável à escolha da sua forma de organização política, económica, social, e cultural sem interferência de outro Estado...Todos os Estados deverão abster-se de organizar apoiar, fomentar, financiar, instigar actividades armadas, subversivas, ou terroristas... noutro Estado".

Por implicação decorrente de uma interpretação literal, deste princípio, poderá estar a ideia, desviante e criticável, de que não existe direito de indagar sobre o terrorismo ou terroristas noutro Estado ou a pedir a sua punição, se por exemplo o crime não está previsto nesse Estado[32].

Nas relações internacionais a esmagadora maioria dos Estados, nos dias que correm, têm em matéria de terrorismo internacional uma conduta ético-jurídica irrepreensível, conforme

[30] Artigo 40.º da Convenção de Schengen.

[31] Declaração de princípios de Direito Internacional sobre relações de amizade e cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas. A/RES/2625 (XXV), 24 Oct. 1970, adoptada pela Assembleia sem votação.

[32] Excepção especifica no artigo 1.º alínea 1, da Convenção de Toquio de 1967: "A presente Convenção aplicar-se-á às infracções à lei penal".

com a Carta das Nações Unidas e os princípios gerais de Direito Internacional, mas outros, em número muito restrito, mantêm uma atitude comprometedora, passiva ou activa. Por uma questão de metodologia e facilidade de interpretação pode basicamente dividir-se em quatro modelos o papel do Estado quanto ao terrorismo internacional, a saber: o Estado Não Interventor, o Estado Interventor, o Estado Promotor e o Estado Vítima. De referir que na envolvente de determinados momentos políticos e situações internacionais o Estado pode desempenhar o papel, simultaneamente, de mais de um dos modelos: ser interventor e vitima ou promotor. Em matéria de terrorismo internacional, também a situação jurídica do Estado varia de acordo com a sua capacidade de gozo e exercício de direitos, designadamente decorrente de se ser membro de Organizações Supranacionais[33]. Portanto, a modelagem, aqui referida, terá de levar em consideração as limitações de soberania dos Estados derivadas da pertença a Organizações Internacionais e dos tratados ratificados.

Para a criação do modelo seguiu-se, então, o critério do posicionamento do Estado face ao terrorismo internacional, em geral, ou no contexto de determinado acto ou conjunto de factos atribuídos a terrorismo internacional.

5.1. O Estado Promotor[34]

Em geral os ataques terroristas não partem de Estados, normalmente são orquestrados por grupos ou indivíduos que não se identificam com a estrutura, os órgãos ou com responsáveis de um Estado. O Estado promotor é aquele que de forma "continuada e significativa coopera e providencia apoio crucial[35]" às actividades dos autores de terrorismo internacional. Desta forma, internacionalmente, o terrorismo tem contado com o apoio ou aquiescência de alguns Estados[36], cuja actuação, simplificando, poderemos sistematizar nos seguintes tipos:

---

[33] O caso de Portugal, após a sua adesão à Comunidade Económica Europeia.
[34]Em inglês a expressão "state-sponsored terrorism".
[35] Elementos da definição do Departmento de Estado Norte-americano inseridos no "Country Reports on Terrorism Released by the Office of the Coordinator for Counterterrorism April 28, 2006. Chapter 6 -- State Sponsors of Terror Overview".
[36] O departamento de Estado Norte-americano considera actualmente nesta categoria: "Cuba (March 1, 1982), Iran (January 19, 1984), North Korea (January 20, 1988), Sudan (August 12, 1993), Syria (December 29, 1979). Country Reports on Terrorism Released by the Office of the Coordinator for Counterterrorism April 28, 2006".

- Actos terroristas suportados por um Estado

O terrorista ou grupo terrorista é apoiado por serviços ou órgãos de um Estado. Exemplo: atentado perpetrado pelos serviços secretos franceses ao navio do Green Peace, Rainbow Warrior, em 1985.

- O Estado não age directamente mas com recurso a terceiros. Exemplos de mercenários e de grupos armados (equipados, com apoio logístico e financiados).
- O grupo terrorista é independente mas tem apoio financeiro, logístico e de armamento de um Estado:
- O Estado apenas cede apoio logístico ao grupo terrorista. Exemplos: bases de apoio e treinos.
- O Estado não fornece qualquer apoio, apenas serve de "santuário" antes ou depois do acto terrorista.
- O Estado não serve qualquer apoio, passivo ou activo, mas os autores de actos terroristas sobrevivem nas suas fronteiras.
- O Estado chamado a extraditar terroristas, furta-se.

O Estado Promotor, num grau mais avançado de apoio ao terrorismo internacional pode ainda assumir duas variantes ao modelo, o do Terrorismo de Estado e do Estado Terrorista.

5.1.1. O Terrorismo de Estado[37]

Nas relações internacionais, outra problemática da ligação entre o Estado e o terrorismo, é a de saber ser existe Terrorismo de Estado. Como já se viu o conceito teve acuidade na forma de actuação violenta dos governos contra os seus súbditos e eventualmente contra outros Estados.

Em qualquer dos casos, interna e externamente, o Terrorismo de Estado tem sido um conceito do léxico e da luta política, mas com consequências palpáveis.

No relacionamento internacional, nas épocas mais recentes, sob o ponto de vista prático e político ele é uma cambiante mais acentuada, do explanado anteriormente, onde um Estado já se empenha activamente na criação de condições para a actuação terrorista, agindo, por exemplo, com recurso a mais do que um dos tipos enumerados anteriormente sem, no entanto, o assumir abertamente. Esta situação ainda não é o grau mais avançado de

[37] Em inglês "state terrorism".

envolvimento, porque esse corresponderá ao Estado Terrorista.

Os exemplos clássicos, recentes, da discussão internacional do Terrorismo de Estado ocorreram durante os anos 80 do século passado, especialmente em três casos: o do apoio paramilitar dos Estados Unidos da América à guerrilha que lutava contra o governo sandinista da Nicarágua, o da tomada de reféns dos diplomatas americanos no Irão e os da Líbia e Síria, no apoio a actividades terroristas.

O caso " relativo às actividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra a Nicarágua" (Nicarágua contra os Estados Unidos) foi julgado pelo Tribunal Internacional de Justiça merecendo deliberações no sentido da "obrigação dos Estados Unidos se absterem de interferir nos assuntos internos" da Nicarágua[38].

A Líbia e a Síria[39] vêm sendo acusados de treinar e financiar terroristas ou grupos terroristas e de facilitar a actividade terrorista com objectivos políticos, nomeadamente a Síria no Líbano ou em atentados contra aviões civis (contra a Síria nunca existiram provas concludentes).

No caso "Relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Irão", feitos reféns, em Teerão (Tabriz e Shiraz), em 4 de Novembro de 1979, o Tribunal Internacional de Justiça deliberou no sentido da "responsabilização do Irão" e "entrega imediata dos nacionais Americanos"[40].

Analisando verifica-se que em qualquer destes casos os actos praticados correspondem genericamente ao conceito de acto terrorista.

No caso da Nicarágua pediu-se mesmo a condenação dos Estados Unidos com base no facto de "recrutar, treinar, armar, financiar, suportar logisticamente e encorajar, cooperar, apoiar e dirigir acções militares e paramilitares contra a Nicarágua"[41].

O Irão ratificou, em 12 de Julho de 1978, a Convenção sobre Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Protecção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos (Convenção de Nova Iorque)[42], pelo que o sequestro e a tomada de

[38] Vide resumos TIJ: Providência de 10 de Maio de 1984, Providência de 4 de Outubro de 1984 (sobre El Salvador) e Sentença de 26 de Novembro de 1984 (72, 73 e 75); Em terminologia inglesa: Merits ICJ Rep. (1986) 14.

[39] Ver nota de rodapé 31.

[40] Vide resumos TIJ: Providência, em 15 de Dezembro de 1979, e Sentença de 24 de Maio de 1980 (62. e 63).

[41] Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, Merits, ICJ Rep. (1986), pág. 19.

[42] A/ RES/ 3166 (XXVIII) 1973.

reféns dos diplomatas americanos são actos terroristas em violação flagrantemente desta Convenção.

A Líbia foi acusada de terrorismo, pela prática de actos em flagrante violação do artigo 1º da Convenção de Montreal de 1971, (Convenção para a Repressão de Actos Ilegais Contra a Segurança da Aviação Civil). Decorrente destes atentados de sabotagem aérea, com recurso a explosivos e bombas a bordo de aeronaves dos voos 103 da PAN AM e 772 da UTA[43], o Tribunal Internacional de Justiça chamado a pronunciar-se deliberou que "os direitos alegados pela Líbia, sobre a interpretação da Convenção de Montreal não eram adequadas" para o julgamento dos cidadãos Libios suspeitos dos dois atentados[44].

Em todas estas ocorrências na troca de acusações de natureza política a que deram origem acusou-se os Estados Promotores de violações inerentes ao Terrorismo de Estado. Em nenhuma das situações nos diversos organismos internacionais se recorreu à referida terminologia, nomeadamente em documentos oficiais, pelo que se conclui ser o Terrorismo de Estado um conceito com relevância politológica, sociológica e da refrega e argumentação política, mas ainda não acolhido juridicamente. Nenhuma das entidades internacionais que intervieram em qualquer dos casos e, em especial, o Tribunal Internacional de Justiça deliberaram ou conheceram sequer, juridicamente, este argumento. O mais próximo foi a alusão deste Tribunal, no Caso Nicarágua contra Estados Unidos da América, em referência à violação do princípio da proibição de ingerência nos assuntos internos dos Estados e do princípio da soberania dos Estados, nos seguintes termos: " a forma directa de acção militar ou a indirecta através do apoio a *actividades subversivas*[45] no outro Estado"[46] – a Nicarágua.

A argumentação de agentes da política internacional (membros de governo ou da administração e serviços públicos de alguns Estados) que, por vezes, parecerem tentar viabilizar o terrorismo de Estado por Razão de Estado, cai dentro dos parâmetros existentes sobre estas questão, pelo menos já desde o Renascimento. Onde a Razão de Estado não era aceitável, mesmo

[43] Considerações, do Conselho de Segurança para o Tribunal Internacional de Justiça, intituladas "Letters dated 20 and 23 December 1991 (S/23306, S/23307, S/23308, S23309, and S/23317) sobre o alegado envolvimento de cidadãos Líbios na destruição de dois aviões (voos 103 da PAN AM, sobre Lockerbie, na Escócia e 772 da UTA, sobre Niger em 1989).
[44] ICJ Reports 1992, pág 15 e págs 126-127.
[45] O terrorismo é entendido militarmente como uma das formas de subversão ou principal processo da subversão.
[46] Vide os parágrafos 202 a 209 da Sentença de 26 de Novembro de 1984.

quando era entendida "como contravenção à Lei Internacional, tendo em vista um benefício público"[47], porque remetia sempre para a posição contrária "de ela poder ser útil (ao respectivo agente, por exemplo o Estado), mas em tudo violadora da Lei"[48].

Como conclusão pode afirmar-se que o Terrorismo de Estado, sendo um facto que corresponde a situações de violação flagrante de normas de Direito Internacional, com recurso a diversos actos de terrorismo em simultâneo, muito embora seja politicamente marcante, ainda não encontrou, até ao momento, eco no mundo jurídico internacional.

5.1.2. O Estado Terrorista

O Estado Terrorista é, por enquanto, uma mera construção teórica, na medida em que até hoje nunca nenhum Estado assumiu este posicionamento, perante outros Estados ou a Comunidade Internacional. Do passado, noutra forma de organização societária humana, anterior ao advento do Estado, chegaram-nos descrições e provas de comunidades que em determinado momento poderão ter assumido o modelo de governo de terror e intimidação de um "Estado Terrorista"[49].

No entanto, uma aproximação ao modelo, poderá corresponder à conduta de Pol Pot no Cambodja[50] e ao Afeganistão em algumas fases da forma de governo talibã, quando internamente, se executava uma política sistemática de terror sobre os seus concidadãos[51], as suas infra-estruturas[52], os seus organismos[53] ou seu o património[54], e externamente, se conduzia uma política de muito apoio e suporte ao terrorismo internacional[55].

Este modelo exige ainda mais uma característica fundamental: a generalização do suporte ou beneplácito da população, do Estado, pela sedição de terror em curso. Em determinadas alturas a actividade terrorista no Afeganistão foi tão generalizada e empenhada, entre alguma da sua população que,

---

[47] Scipione Amarato (1531-1601) "Discorsi sopra Cornelio Tacito" (1534).
[48] Traiano Boccalini (1556-1613) " Commentari sopra Cornelio Tacito" (1677).
[49] Gengis Kan.
[50] Entre 1975 e 1979.
[51] Julgamentos sumários, arbitrarios e aplicação de penas desmesuradamente inumanas.
[52] Votar ao esquecimento todo o sistema sanitário, viário, aéreo, etc.
[53] Inexistência de forças armadas, polícia, sistema de ensino, etc.
[54] A tentativa de delapidação do Ouro Bateriano e destruição à bomba das milenares estatuas de Buda. O equivalente seria a destrução das pirâmides do Egipto ou a destruição de Petra, pelos respectivos governos.
[55] A Al-Qaeda.

também neste ponto, a forma de governo talibã poderá ter correspondido ao modelo.

Por fim para a completa correspondência com o modelo faltava a assumpção pelo próprio Estado, do Afeganistão, do seu enquadramento internacional como Estado Terrorista, o que objectivamente nunca foi feito.

5.2. O Estado Vítima

O Estado Vítima é aquele que sofre a acção terrorista: no seu território, sobre os seus funcionários, agentes ou cidadãos, ou mesmo sobre os seus interesses. Normalmente o Estado Vítima evolui para Estado Interventor, se é que já o não era.

O Estado Vítima pode chegar a essa situação, das mais diversas formas e, designadamente, se os seus interesses vitais forem ameaçados pelos actos de terrorismo. Um Estado que dependa da importação de elevadas quantidades de combustíveis fósseis pode ser vítima de terrorismo se os actos terroristas afectarem os meios de transporte ou as fontes dessa energia, mesmo muito para além das suas fronteiras.

Está conforme à Lei Internacional e seus princípios que o Estado Vitima possa agir contra o terrorismo, depois de efectuado o respectivo ataque.

Em relação à possibilidade de se permitir o uso da força como prevenção contra futuros ataques, a prática internacional vem refutando essa hipótese, até porque os casos concretos foram normalmente baseados em erros[56]. O Conselho de Segurança chamado a pronunciar-se sobre o assunto condenou-o através de Resolução[57].

Recentemente, depois dos atentados contra as Torres Gémeas, nos E.U.A e depois da adopção pela Assembleia Geral de uma estratégia mundial contra o terrorismo pelas Nações Unidas, sob a forma de uma Resolução[58], com Plano de Acção em Anexo, contendo medidas concretas, julga-se que serão porventura mais aceitáveis as possibilidades de intervenção ou actuação preventiva pelo Estado Vítima, como autodefesa contra o terrorismo, em casos em que exista razoabilidade ou elevados indícios, dessa prática.

---

[56] Intercepção de aviões civis, em voos comerciais, em 1973 e 1986, perpetrado pela aviação militar Israelita, sobre aviões ao serviço da Iraqi Airways e Libia, respectivamente.

[57] Vide UN Docs. S/PV.1736, de 13 Aug 1973 e UN Docs. S/PV. 2651, 4 Feb 1986 e S.PV.2655/Corr. 1,18 Feb 1986.

[58] A/RES/60/288, 20 Set 2006.

5.3. O Estado Interventor

O Estado Interventor é aquele que adopta, normalmente, uma postura séria, empenhada, pública e contrária à do Estado Promotor. É a outra face de Jano do Estado Promotor.

O Estado pode ser interventor em matéria de terrorismo internacional de diversas formas. Através do contributo dos seus representantes nas Organizações Internacionais que participem activamente, quer no seu funcionamento, quer na elaboração de actos internacionais relevantes (Resoluções, Convenções, Acordos, Protocolos, Comités Internacionais, Grupos de Trabalho, etc.) e através da forma como responde na execução de Tratados onde seja Alta Parte Contraente (envolvendo forças e meios, financiado actividades, cedendo infra-estruturas para apoio de tarefas de combate, estudo e prevenção do terrorismo).

O Estado Interventor pode em determinadas situações envolver-se em respostas coercivas contra o terrorismo. Mas procurando sempre conciliar essa acção com os preceitos legais internacionais ou pelo menos agindo de forma razoável.

Prima facie, veja-se como está regulada internacionalmente a possibilidade de "resposta coerciva" militar e não militar. O uso da força militar para sanar conflitos internacionais é proibido, excepto se for exercido no âmbito "do direito inerente de legítima defesa individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas"[59]. Para uso desta prorrogativa importará analisar de facto e de direito as características do ataque armado contra o Estado para que ele possa intervir, respondendo à agressão, individual ou colectivamente.

Em primeiro lugar, o ataque armado deverá ser sério e dirigido contra o território do Estado, contra os seus funcionários, agentes ou civis. No ataque armado contra um interesse nacional, julga-se que só é de admitir resposta coerciva militar se ele atingir aspectos vitais para a existência do próprio Estado. A resposta aceitável, se isso não acontecer, julga-se que será a coerciva não militar.

Em segundo lugar, o ataque deverá ser parte de uma actividade consistente com uma estratégia de violência terrorista (organização terrorista), não devendo ser uma mera e isolada acção terrorista. O atacante deverá estar associado a uma organização terrorista, com objectivos, estratégia e acções condizentes de terror e não um mero executante isolado de um acto terrorista. O uso da força militar é o *ultimo ratio* dos Estados, pois as relações internacionais devem visar a paz internacional. Isto significa não bastar um qualquer ataque terrorista esporádico para activar uma

[59] Arigo 51º da Carta das Nações Unidas.

resposta séria de uso da força, individual ou colectiva, como autodefesa. Nem se julga que face à actuação do terrorismo internacional se possa defender, de forma generalizada, o direito a uma legítima defesa antecipada ou preventiva[60], mesmo com base na ideia de que o direito consuetudinário anterior à adopção da Carta das Nações Unidas o reconhecia. Esta parece ter sido a posição do Juiz Schwebel no Caso Nicáragua contra Estados Unidos da América, referindo que o direito à defesa colectiva, dos Estados Unidos e de El Savador, não decorre (do artigo 51º da Carta), se e somente se tiver ocorrido um ataque armado[61].

Na Comunidade Internacional é reconhecida a possibilidade de os Estados se aliarem com propósitos de defesa colectiva, nomeadamente através tratados. No domínio da autodefesa colectiva a "resposta" do Estado aliado deverá ter sido requerida ou autorizada pelo Estado Vítima da acção terrorista[62]. Mas apenas mediante a pré-existência de um tratado com esse objectivo.

Finalmente, os princípios de Direito Internacional determinam que o uso da força deve ser proporcional aos meios envolvidos no ataque e que se esgotaram todas as tentativas para a solução pacífica[63]. Se o ataque for de pequena dimensão, quando muito pode abrir-se eventualmente caminho à possibilidade de aplicação de outro tipo de sanções internacionais ("resposta coerciva" não militar): económicas, políticas, diplomáticas, etc. De qualquer forma a resposta coerciva só é aceitável na medida em que se possa atribuir ou imputar o ataque armado a um Estado Promotor ou a uma organização terrorista. Tal como já foi

---

[60] Intercepção de aviões civis, em voos comerciais, em 1973 e 1986, perpetrado pela aviação militar Israelita, sobre aviões ao serviço da Iraqi Airways e Libia, respectivamente.

[61] **"**The United States was entitled to do so, through measures overt or covert. Those measures could be exerted not only in El Salvador but against Nicaragua on its own territory"; *Dissenting Opinion of Judge Schwebel:* "CASE CONCERNING THE MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (NICARAGUA *v.* UNITED STATES OF AMERICA) (MERITS)".

[62] Vide em Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits) (1986) I.C.J. Rep. 104-105 and 120 a posição dos Juizes "Schwebel and Jennings" que foi a seguinte: "o requerimento formal como pré-condição para a autodefesa colectiva decorrente de um ataque armado contra o Estado apoiado ou contra o Estado Vítima não é suficiente para justificar a autodefesa colectiva, a não ser que seja feita com referência a um tratado colectivo (multilateral ou bilateral) existente entre os Estados, em que se preveja e estatua que um ataque a um deles, seja com um ataque ao outro". Esta decisão merece acalorada critica e está fora da prática corrente dos Estados tal como refere Brownlie, Ian em *International Law* ..., págs 329 a 331.

[63] Nicaragua (Merits) (1986) I.C.J., idem, pags 103, 122 e 123.

analisado, julga-se que a situação concreta do Estado Promotor que não presta qualquer apoio, passivo ou activo, mas os autores de actos terroristas sobrevivem nas suas fronteiras ou que chamado a extraditar os terroristas se furta, foge à possibilidade de "resposta coerciva" militar, do Estado requisitante da extradição.

5.4. O Estado Não Interventor

A neutralidade em relação a um conflito ou a uma guerra é uma posição que pode ser adoptada pelos Estados. Portugal fê-lo em relação à II Guerra Mundial, mas o exemplo paradigmático é o da Suíça[64]. Pelo que nos podemos questionar se existindo um conflito com utilização de práticas terroristas, poderá um Estado declarar a sua neutralidade, com as mesmas consequências das do Estado de Guerra?

Esta hipótese, parece ser de aceitar pela Comunidade Internacional e pelos restantes Estados, desde que por exemplo, a neutralidade seja real, séria e não sirva de "santuário" da actividade terrorista ou de terroristas, tal como decorre para os suspeitos da prática de outros crimes, sob jurisdição universal. Por outro lado, mesmo o Estado Neutral tem o dever de extraditar suspeitos ou terroristas[65]. Em matéria de terrorismo o Estado Neutral[66], tal como qualquer outro Estado, pode ser vítima, interventor ou não interventor.

Correspondendo à situação mais frequente dos Estados a não intervenção é diferente da neutralidade. Por vezes os Estados, em relação a uma questão em concreto (acto terrorista) optam por não se vincularem ou sequer manifestarem pelos mais diversos motivos. Portanto esta posição, ao contrário da neutralidade, é também meramente circunstancial e tende, normalmente, a alterar-se em função da evolução dos acontecimentos. Um exemplo claro do referido ocorreu em relação aos atentados do 11 de Setembro, nos Estados Unidos da América, onde diversos Estados adoptaram inicialmente uma posição, temporária, não interventora que evoluiu posteriormente.

6. O Indivíduo e o terrorismo

[64] A neutralidade perpétua da Suiça decorreu da Declaração das potências do Congresso de Viena, de 20 de Março de 1815.
[65] A Suiça ratificou, com reservas, a Convenção Europeia sobre Extradição, e depositou os respectivos instrumentos em 20 de Dezembro de 1966.
[66] A Suiça ratificou, com reservas, a Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo, e depositou os respectivos instrumentos em 19 de Maio de 1983.

Durante os últimos cem anos foram elaboradas diversas convenções internacionais destinadas a humanizar as práticas da Guerra.

A análise do que se entende por "combatente ao abrigo da Lei Internacional" é uma das formas de abordar a situação do indivíduo como sujeito de Direito Internacional. Por esta via, tal como já feito anteriormente, é possível perceber, igualmente, o enquadramento do indivíduo que pratica actos de terrorismo internacional.

6.1. O Indivíduo como Combatente

Tradicionalmente o combatente deve (em todas as circunstâncias) distinguir-se da população civil. Senão analise-se o que prescreve o artigo 1.º e 2.º da Convenção de Haia de 1907[67] pouco alterada[68], pelo artigo 4.º da Convenção de Genebra (III) relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra, de 12 de Agosto de 1949[69].

Nestes instrumentos de Direito Internacional o estatuto de combatente define-se com base em requisitos ligados ao facto do indivíduo em causa ser membro de forças armadas regulares ou irregulares, das Partes em conflito, por exemplo de um Estado.

Os membros de forças regulares têm o seu estatuto automático de combatente, reconhecido pelo facto de se distinguirem dos civis. Os membros irregulares de forças armadas (milícias ou corpos de voluntários), são também pelo mesmo motivo automaticamente combatentes.

Os membros de outras forças (outras milícias e corpos voluntários, movimentos de resistência), para serem reconhecidos como combatentes carecem dos seguintes requisitos adicionais:

- "Pertencer a forças organizadas que são uma das partes no conflito;
- Responder a um comandante que se responsabilize pela sua actuação;
- Usar símbolos ou distintivos reconhecíveis à distância;
- Transportar armamento visível;

[67] Regulamento, em anexo, respeitante às leis e costumes da guerra em terra.
[68] O artigo 2º, da Convenção de Haia, considera como combatentes também os resistentes armados à ocupação militar, mesmo sem estarem integrados em qualquer estrutura organizada, o que é diferente do consignado na Conveção de Genebra.
[69] Esta Convenção de Genebra aplica-se ao estado de guerra declarada ou a outro qualquer conflito armado envolvendo as Altas Partes contratantes (artigo 2º).

- Conduzir operações de acordo com as leis e costumes da guerra".

Dois Protocolos adicionais à Convenção de Genebra (I e II)[70], foram elaborados a partir de 1974 e concluídos em 1977, entrando em vigor em 7 de Dezembro de 1979. O Protocolo I é relativo à protecção de vítimas dos conflitos armados internacionais e o Protocolo II relativo à protecção de vítimas dos conflitos armados não internacionais.

Ambos foram elaborados envoltos em grande discussão política com reflexos nos actos de ratificação efectuados com algumas reservas ou declarações unilaterais, pelas Partes contraentes. Existem igualmente Estados com relevância internacional e envolvidos em diferendos internacionais que apenas assinaram os Protocolos, não os ratificando, como: os EUA, o Irão, Marrocos, o Paquistão e as Filipinas.

6.2. O terrorismo e o Combatente

O Protocolo II tem como âmbito de aplicação os conflitos entre as forças armadas de uma Alta Parte Contraente e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que exerçam controlo sobre parte do território, a partir do qual levem a cabo operações militares. Este Protocolo proíbe actos de coacção e, especificamente, os actos de terrorismo contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades em curso no conflito não internacional (artigo 4.º, número 2, alínea a.). São exemplos dos tipos de conflitos abrangidos por este Protocolo as guerras civis.

O Protocolo I tem um vasto âmbito de aplicação, incluindo as lutas de autodeterminação, contra regimes racistas e de ocupação estrangeira. Abarca os conflitos onde uma das partes é um Estado e a outra o "povo" ou uma sua facção. Os artigos 43.º e 44.º do Protocolo I adicional à Convenção de Genebra, não alterando, na essência, o conceito de combatente, veio actualizá-lo ao integrar, em função das novas práticas de guerra, os conflitos correspondentes a situações mais fluidas e com menor empenhamento de forças, de que são exemplo as guerrilhas.

Esta nova redacção, complementando as anteriores e não as afastando, aditou que o indivíduo fazendo parte de uma força organizada, hierarquizada e disciplinada, respeitador das normas internacionais e não se podendo distinguir da população civil, terá ainda assim, o estatuto de combatente se fizer "uso de armas abertamente: durante cada recontro militar e durante o tempo que

[70] Ratificados por Decreto do Presidente da Republica nº 10/92, de 1 de Abril, publicados no Diário da Republica, I Série-A, nº 77/92.

estiver à vista do adversário, tomando parte do desdobramento militar que proceda ao lançamento do ataque em que participe".

Esta alteração é muito importante, porque, na prática, o estatuto de combatente pode ser reconhecido a qualquer civil que empunhe uma arma ou integre um dispositivo militar e, momentos depois, volta a misturar-se entre a população, assumindo o anonimato.

A Espanha foi uma das Partes que ratificou o Protocolo I, com reservas, declarando em concreto sobre este tema que apenas acolhia o entendimento da sua aplicação a conflitos com recurso a material de guerra convencional e em relação ao artigo 44.º, n.º 3, alínea b) que a distinção entre civis e combatentes se aplica unicamente nos territórios militarmente ocupados. O que significa que não é combatente, por exemplo, alguém que abra fogo a partir de um território de um país vizinho ou num território não ocupado militarmente[71].

Portugal também ratificou este Protocolo, com reservas, numa posição semelhante à espanhola declarando que a expressão "conflitos armados" do artigo 1.º não incluía os "actos de terrorismo", por subsumíveis ao Direito Comum. Logo na actuação terrorista exercida em conflitos internacionais, os seus autores serão sempre que possível perseguidos e julgados de acordo com as normas de Direito Penal. Por esta via no decurso de um conflito internacional o terrorista apoiante de um dos contendores não é abrangido pelo estatuto de combatente. A questão remete para normas de Direito Comum e internacionais referentes a Convenções ou Acordos, eventualmente existentes. Julga-se que a ideia jurídica que subjaz a esta posição é resumida à fórmula: "*uma causa (legitima ou justa), não justifica actos de terrorismo*".

O Reino Unido também ratificou o Protocolo I, com reservas, em relação ao artigo 3.º, n.º 3, esclarecendo que a autoridade representante do "povo" carecia, à luz da tradição negocial, que fosse reconhecida pela respectiva Organização Regional[72].

Os E.U.A. mantiveram desde o inicio, em 1974, grandes reservas aos Protocolos I e II; sendo actualmente apenas seus signatários. Em relação ao Protocolo I a Administração Reagan

[71] Medida da máxima relevância se tiver em conta possíveis actos ou agressões, aos enclaves espanhois de Ceuta e Melilha, no Norte de África.

[72] O Reino Unido mantinha na Irlanda do Norte um conflito em que os seus adversários (o Exército Republicano Irlandês- IRA), preconizavam a separação deste território do Reino. Os representantes do projecto separatista, liderado por nacionalistas, nunca foram demograficamente a maioria da população (que pertencia a uma vertente unionista), nem nunca conseguiram o reconhecimento de qualquer Organização Regional.

considerava que ele conduzia a um encorajamento do terrorismo principalmente, pela forma controversa como no artigo 1.º, n.º 4, se incluiam as lutas de libertação e no artigo 44.º, n.º 3, como se alteravam os requisitos necessários para se reconhecer ao indivíduo o estatuto de combatente[73].

O Protocolo I mereceu igualmente oposição ligada à interpretação conjugada do artigo 1.º, n.º 4 com o artigo 96.º, n.º 3, que permite que uma "autoridade" empenhada num conflito de autodeterminação fosse elevada, automaticamente, ao patamar de Alta Parte contraente, pela entrega em depósito de uma declaração unilateral assumindo o compromisso de sua aplicação[74].

No entanto, a maior crítica ao Protocolo I em relação à Convenção de Genebra, é exactamente a não inclusão de qualquer referência à proibição de actos de terrorismo. Esta omissão levanta as mais fundadas objecções e dificuldades interpretativas e daí a posição portuguesa, anteriormente exposta sobre a distinção entre "conflitos armados" e "actos de terrorismo" reflectida na declaração prévia à sua ratificação e aprovação.

6.3. O Terrorista e o Combatente

Pelas condições previstas, no artigo 3.º do Protocolo I (essencialmente reconduzidas ao momento do "fim das operações militares"), cessa o seu âmbito de aplicação.

Relacionando o determinado neste artigo, com a conjugação dos artigos referidos anteriormente levantam-se dúvidas que poderiam implicar uma dupla impossibilidade de trazer a julgamento os terroristas. Aceite pela Parte Contraente o Protocolo I, sem reservas ou declarações, como fez Portugal e Espanha, o duplo facto de o terrorismo não ser proibido pelo Protocolo I e a sua vigência terminar no final das hostilidades ("ou final das operações militares"), tem como epílogo que qualquer autor de actos reconhecidamente de terrorismo, praticados durante o conflito, poderá ser ilibado.

Daqui decorre, por exemplo, a situação já referida algumas vezes de os terroristas muitas vezes também não estarem interessados juridicamente no estatuto de combatente, porque objectivamente o estatuto de terrorista, porque dúbio, é mais

[73] Greenwood, Cristopher *Terrorism And* …, págs. 51 e 52.

[74] A escopo de lembrança refira-se que na época da elaboração dos Protocolos desenrolava-se na cena internacional a fase final do conflito entre Portugal e os movimentos de libertação nas Províncias Ultramarinas, pelo que alguma da discussão na sua elaboração reflectia este facto.

favorável. Alguns dos seus actos, se fossem analisados no crivo das outras leis da Guerra seriam considerados e subsumíveis a crimes de guerra ou crimes contra a humanidade podendo levar os seus autores, como combatentes, à justiça, enquanto pelos meios legais internacionais do Protocolo I, os actos e os autores, puderam ser esquecidos, pois não existe qualquer instrumento legal internacional ou tratado adicional, à Convenção de Genebra ou ao Protocolo I, que crie um regime penal do tipo *aut dedere, aut judicare*. Em conflitos desta natureza, torna-se imprescindível a existência de um tratado, convenção ou acordo internacional que permita que um Estado Parte requisite a extradição a outro Estado Parte de suspeitos de terrorismo, com elevada razoabilidade de terem praticado ou preenchido os requisitos legais do respectivo tipo criminal.

Outra forma controversa de analisar a questão da prática de actos de terrorismo no Protocolo I será aquela que defende que não existindo nele uma previsão e estatuição sobre o assunto, os terroristas poderão retirar vantagens da utilização dos mecanismo da lei humanitária internacional.

Situação também controversa, decorrente do Protocolo I, ocorrerá quando indivíduos e grupos que pratiquem actos de terrorismo beneficiarem do estatuto de combatentes quando for possível trazê-los à presença de um sistema jurídico para responder pelos seus actos criminosos[75].

Portanto, daqui decorre que enquanto o estatuto do combatente e o estatuto do indivíduo em geral vem evoluindo positivamente na ordem jurídica internacional, a mesma ordem jurídica através de alguns dos seus instrumentos mais recentes vem, ao invés, lançando algumas dúvidas ou, pelo menos, uma situação jurídica não suficientemente esclarecida sobre o estatuto criminal do terrorista internacional, como sujeito de Direito Internacional.

Sobre esta questão controversa e às respostas futuras que para ela se avizinham, a aprovação da Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 10 de Março de 2004 foi muito pertinente e esclarecedora. Esta Recomendação refere-se ao direito dos prisioneiros de Guantanamo[76] a um julgamento justo (2003/2229/INI)) e no respeitante aos aspectos jurídicos da sua

[75] Muito embora os Estados Unidos da América não sejam até ao momento Alta Parte Contraente deste Protocolo, vide situação dúbia dos presos talibãs na base americana de Guantanamo, em Cuba, abaixo explanada.

[76] Inicialmente o seu núnero teria ultrapassado as cinco centenas e vem reduzindo pelos mais diversos motivos: suicídio, conclusão judicial dos respectivos processos, com condenações ou ilibações, etc.

situação naquela base militar é de realçar, designadamente o seguinte do seu conteúdo:

"a) Solicite-se às autoridades americanas que ponham imediatamente termo ao vazio jurídico actual em que são colocados os prisioneiros desde a sua chegada à base de Guantanamo, que garantam um acesso imediato à justiça a fim de determinar o estatuto de cada prisioneiro numa base casuística, quer procedendo à sua acusação nos termos da Terceira[77] *e Quarta*[78] *Convenções de Genebra e do Convénio Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (e mais particularmente nos termos dos seus artigos 9.º e 14.º), quer libertando-os imediatamente, e garantam aos acusados de crimes de guerra um julgamento justo em conformidade com o direito humanitário internacional e no estrito respeito dos instrumentos internacionais em matéria de direitos do Homem;*

b) Manifesta-se o seu desagrado por ainda não ter sido instaurado um Tribunal Penal Internacional ad hoc pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, como meio mais adequado para tratar esta questão";

Situando o caso, recordam-se os seus antecedentes. Em 2003, na Administração Bush, constituíram-se Tribunais Militares, para julgar os prisioneiros de Guantanamo, com apelo ao estatuto de "combatentes inimigos"[79].

Já depois da referida Recomendação do Parlamento Europeu, a situação tornou-se controversa internamente nos Estados Unidos e, em Julho de 2006 o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu contra este procedimento da Administração por considerar, para este efeitos, os Tribunais Militares "inconstitucionais, violadores do Código de Justiça Militar[80] e da "Convenção de Genebra" (Caso Hamdan v. Ramesfeld).

Depois desta decisão o 19th Congresso aprovou o "Military Commissions Act of 2006" que outorgou autoridade legal, ao Presidente dos Estados Unidos, para que fosse estabelecido um novo Tribunal Militar, para o efeito. Sob a sua égide os julgamentos iniciaram-se em Março de 2007, com a condenação do australiano David Hicks, enviado para o seu pais para cumprimento da pena.

Entretanto, foram proferidas, sobre o assunto, outras decisões por tribunais, de que se realça uma do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, de Outubro de 2007 que reconheceu aos

---

[77] A Convenção III, Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Presioneiros de Guerra, de 12 de Agosto de 1949.

[78] A Convenção IV, Convenção Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949.

[79] Note-se que procedimento diferente foi adoptado em relação aos terroristas acusados dos atentados de 1993 e de 1998, contra embaixada uma americana em África e Zacarias Moussaoui (acusado de participação nos atentados de 11 de Setembro 2001), julgados pelos Tribunais Federais.

[80] Uniform Code of Military Justice

prisioneiros de Guantanamo os direitos inerentes ao *habeas corpus*[81]. Em Dezembro de 2007, a Comissão Militar determinou que aquele que declara ser prisioneiro de guerra tem direito a esse tratamento até que um tribunal competente decida o contrário.

7. As Organizações Internacionais e o terrorismo

Na prática quase todas as Organizações Internacionais, coevas, têm sido sujeitos activos, juridicamente, em matéria de terrorismo internacional, quer promovendo o seu combate, quer promovendo negociações e diversos Tratados, para o efeito.

Algumas das Organizações Internacionais já foram vitimas de ataques ou atentados terroristas. Como o ocorrido em Bagdad, contra a ONU, através do lançamento de uma viatura armadilhada (carro-bomba e suicida), contra o seu edifício sede, no Hotel Canal, em 19 de Agosto de 2003[82].

7.1. A Organização das Nações Unidas e o terrorismo

No recobro da II Guerra Mundial, as Nações Unidas foram instituídas para manter a paz e a segurança internacionais, com recurso a medidas que prevenissem e afastassem as ameaças e reprimissem os actos de agressão (artigo 1.º da Carta).

Os Estados-membros das Nações Unidas, por seu lado, deverão resolver as controvérsias internacionais por meios pacíficos, devendo abster-se de recorrer à ameaça ou ao uso da força (artigo 2.º alíneas 3) e 4)).

Deste conjunto de preceitos parece impor-se limitações no uso do poder por parte dos Estados - o poder aqui julga-se genericamente entendido, como o que apela a todas as capacidades do Estado e não só ao seu poder militar.

O artigo 51.º, no entanto, não afasta a possibilidade de recurso à força inerente à legítima defesa individual e colectiva dos Estados, caso ocorra um ataque armado.

Portanto, a questão do terrorismo internacional, na medida em que é uma forma de agressão, ameaça à paz e à segurança, também carece de enquadramento face aos preceitos da Carta. Parece defensável, esta interpretação, porque a Carta nada nos diz em contrário. Os Estados parecem poderem invocar a legítima

[81] Caso Boumedine v. Bush; *habeus corpus* no sistema americano significa o direito de um preso poder solicitar, por exemplo a um juiz, a presença perante um tribunal.

[82] Provocou 22 vítimas oficiais (incluindo o representante especial do Secretàrio Geral, Sérgio Vieira de de Mello), além de danos patrimoniais avultados.

defesa, seguindo os procedimentos previstos para o efeito, tal como já referido atrás, se a agressão terrorista for conduzida por um ataque armado, sério e considerável.

Além destes aspectos as Nações Unidas prevêem no quadro das atribuições dos seus órgãos[83], com apelo ao definido no Capitulo VI (solução pacífica de controvérsias) que eles poderão promover, estudos, "negociações, inquéritos, mediações, conciliações, arbitragens, e decisões judiciais", como forma de "afastar a ameaça à paz e segurança internacionais". Na prática, como veremos, são estas as intervenções mais frequentes, dos órgãos das Nações Unidas, em relação ao terrorismo internacional.

7.1.1. A Assembleia-geral, o Secretário-geral e o terrorismo.

Entre os anos 50 e 70, do século passado, houve um incremento progressivo no número de desvio de aviões comerciais ao que a Comunidade Internacional, para lhe fazer face, respondeu, sucessivamente, com três Convenções[84]:

- Convenção de Tóquio de 1963, (Convenção de Tóquio relativa às Infracções e a Certos Outros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves — sobre segurança e crime cometidos a bordo de aviões);
- Convenção de Haia de 1970, (Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves — sobre "desvio de aeronaves");
- Convenção de Montreal de 1971, (Convenção para a Repressão de Actos Ilegais Contra a Segurança da Aviação Civil — relativa aos actos de sabotagem aérea, com explosivos e bombas).

Estas Convenções por terem um âmbito de aplicação muito bem definido já na época não respondiam à densidade e miríade das questões em que se alicerça o terrorismo.

Assim, em 1972, sobre o terrorismo e sob os auspícios da Assembleia-geral das Nações Unidas (AGNU) estabeleceu-se, por Resolução, um Comité Ad Hoc para o Terrorismo Internacional[85]

---

[83] Assembleia-geral, Conselho de Segurança, o Secretariado e Tribunal Internacional de Justiça (arigo 7º da Carta)

[84] Sobre os respectivos conteúdos ver súmulas em Anexo.

[85] A/RES/3034 (XXVII). O Comité era consistido por 35 membros nomeados pelo Presidente da Assembleia-geral, e destinava-se a tomar medidas de prevenção e a estudar o terrorismo internacional e actos de violência associados. No parágrafo 10 a Assembleia Geral requeria que o Comité " submetesse um relatório com recomendações para uma possível cooperação e rápida eliminação do problema" .

(Ad Hoc Committee on International Terrorism). Neste Comité não se conseguiu definir terrorismo. A discussão centrou-se em volta da definição, relativa aos actos, de "constituição de reféns, pirataria aérea, sabotagem, assassínio, ameaças, fraude, bombardeamento e disparos indiscriminados".

Tal definição mereceu logo reparos jurídicos, pois nem todos os actos nela contidos são terrorismo e o terrorismo não pode ser definido quanto ao tipo de alvos. Os actos de desvio de aviões não são todos subsumíveis no tipo criminal do terrorismo, além de que já existia legislação sobre a aviação específica para o efeito. Nem os actos de bombardeamento de Dresden, na II Guerra Mundial, são actos de terrorismo, pois caem na alçada genérica dos actos de guerra; etc.

Portanto, no terrorismo internacional o que era importante era o aspecto volitivo dos autores dos actos; conhecer e saber quem está por detrás da prática do acto. E aqui tal como atrás referido, pode afirmar-se que o terrorismo exige sempre conexão com critérios de valoração de uma vontade política e com um objectivo que importa, necessariamente, analisar e determinar a cada momento. O que dificulta a tarefa porque normalmente está-se prisioneiro de pré-compreensões.

Estes aspectos, na prática, tiveram como desiderato que a definição de terrorismo não avançou, também, decorrente da situação política internacional da época que fazia com que alguns dos Estados do grupo de países desenvolvidos quisessem evitar qualquer alusão ao conceito de Terrorismo de Estado e os Estados do Terceiro Mundo alusão aos actos ligados às chamadas Lutas de Libertação Nacional.

Os principais factos internacionais em volta do tema do terrorismo envolviam Portugal e as suas Províncias Ultramarinas, Israel e a questão da Palestina e a África do Sul e sua forma de regime político. Atentos a estes motivos e aos intervenientes, o Comité Ad Hoc evitou qualquer definição de terrorismo ou tentativa para isso e o assunto foi-se arrastando até 1979.[86]

No entanto, ainda assim, progrediu-se, a partir de 1973, de forma pragmática e casuística, para novas Convenções. Primeiro a Convenção sobre Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Protecção Internacional, incluindo os Agentes

---

Depois de ter tomado nota do relatório, mais tarde, a Assembleia Geral através da Resolução A/RES/32/147, de 16 de Setembro de 1977, convidou o Comité a continuar as actividades ao abrigo da Resolução 3034, mas agora "estudando as causas do terrorismo e, consequentemente, recomendando medidas práticas de combate ao terrorismo".

[86] GAOR 34th session, supp. No 37(A/34/37) 1979.

Diplomáticos (relativa aos ataques contra altos funcionários de governo e diplomatas) em 1973, depois a Convenção Contra a Tomada de Reféns (relativa a raptos) em 1979[87].

De permeio a própria Assembleia-geral, em 14 de Dezembro de 1974, chegou a uma definição de "acto de agressão" pouco feliz, mais uma vez demasiado genérica e, concretamente, no que diz respeito ao fenómeno do terrorismo internacional de difícil aplicabilidade. [88] O acto de agressão foi, então, definido como o "…uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou qualquer outra forma inconsistente com (o espírito) da Carta das Nações Unidas".

A Assembleia-geral em 1984, por Resolução[89] actualizou em consenso e produziu uma nova definição, de "acto de agressão", mais adequada e conforme ao fenómeno da agressão terrorista internacional: "... envio por um Estado de bandos armados, grupos, irregulares ou mercenários, que levem a cabo actos de força armada contra outro Estado, de elevada gravidade ...".

Em 1985, a Assembleia-geral emitiu uma Resolução[90] em que condenou a prática de actos de terrorismo, divididos em dois grupos: os "tiram vidas humanas inocentes", questionando os "direitos fundamentais e liberdades" e os incluídos em diversas outras Convenções já existentes sob o tema do terrorismo[91]".

O Secretário-geral, em 1987, tentou a convocação de uma conferência para retirar a luta de libertação nacional do conceito de terrorismo, o que resultou numa Resolução[92].

Em 1989, o assunto ainda não estava esclarecido como se deduz do Relatório que se lhe seguiu e foi submetido[93]. Este Relatório é revelador das diversas posições dissonantes, de onde se realçam as seguintes:

- A Síria insistia na convocação de uma Conferência que diferenciasse terrorismo de luta de libertação nacional (pág. 15);

[87] Sobre os respectivos conteúdos ver súmulas em Anexo.
[88] A/RES/3314 (XXIX) 14 Dec. 1974.
[89] A/RES/3314(XXIV) 14Dec 1984.
[90] A/RES/40/61 9 Dec. 1985.
[91] Referência às Convenções já refreridas anteriormente.
[92] A/RES/42/159. 7 Dec. 1987. Foi aprovada com uma abstenção, 152 votos a favor e dois contra dos USA e Israel, pela relevância da questão palestiniana e forma de actuação levada acabo pelos palestinianos.
[93] (A/44/456) Add.1.10Out 1989.

- Israel chamou à atenção para a "cínica diferença entre terrorismo permitido e proibido" (pág. 8);

- A Espanha em nome dos Doze referiu a "rejeição de qualquer ligação entre terrorismo e luta de libertação nacional", mas igualmente que "*uma causa legítima, não justifica actos de terrorismo"* e que " o melhor modo de combater o terrorismo é evitar conceitos genéricos e mediante os actos concretos de terrorismo, (…) partir para a celebração de Convenções no âmbito das Organizações Internacionais …" (págs. 12 e 13).

Destas posições importa realçar esta abordagem pragmática sobre a modalidade legal internacional para lidar com o fenómeno do terrorismo, defendida em nome dos Doze, reflectindo o que até então se tinha passado e continuará também no futuro e que se pode sintetizar da seguinte forma: na impossibilidade de se chegar a um acordo sobre um conceito abrangente de terrorismo internacional dever-se-ia privilegiar a celebração de Convénios casuísticos, para o efeito.

Como fase importante da evolução do assunto, na Resolução de 1987, reafirmada pelo Relatório de 1989, instavam-se os "Estados a prender, julgar e extraditar os autores de actos de terrorismo" (Paragrafo 5., Alínea a)).

Esta referência legal internacional à extradição e julgamento de autores de actos de terrorismo levantou questões de natureza prática, ligadas a convenções internacionais. A Convenção Europeia sobre Extradição[94] exclui do seu âmbito de aplicação certos actos políticos, através de uma diferenciação negativa que leva em consideração o que é ofensa política, com referência a uma conduta específica (artigo 3º, alíneas 1. e 2.). Mas, nem todos os actos políticos são excluídos, porquanto os autores de actos contra os chefes de governo e sua família poderão ser extraditados (artigo 3º, alínea 3.).

A Convenção leva em consideração e respeita, ainda, as outras vinculações sobre o assunto assumidas por cada Estado (artigo 3º, alínea 4.). Se Convenção deve ser interpretada face ao que se lhe seguiu e levando em consideração a evolução do assunto é esclarecedor o recurso ao artigo 2º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, de 27 de Janeiro de 1977 que não considera como infracção política os actos conexos com: as infracções sob a alçada Convenção de Haia (de 1970), as infracções decorrentes da Convenção de Montreal de 1971, as infracções sob

[94] Convenção Europeia sobre Extradição, Paris, 13.XII.1957. (359 UNTS 274).

a alçada da Convenção sobre Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Protecção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos de 1973, raptos, tomada de reféns, sequestro, infracções comportando a utilização de armas ou todo o tipo de bombas. O artigo 3º desta Convenção afastando todas as disposições que lhe sejam contrárias e incompatíveis (sendo de aceitar quer as estatuições, quer as previsões, quer as interpretações), inclui as da Convenção sobre Extradição.

Por sua vez, como se viu, o artigo 3º alinea 4, da Convenção sobre Extradição permitindo aos Estados Parte assumir obrigações contrárias, no âmbito de outras Convenções, abre a porta às extradições por motivos políticos, por exemplo, pela prática de actos terroristas.

Em suma, nesta altura, volta-se novamente à discussão do que são actos políticos que ofendem e merecem reprovação (com a consequente possibilidade de extradição) e à resposta que parece levar em consideração a conduta específica do indivíduo[95].

Mais tarde, na sequência, a Assembleia-geral das Nações Unidas (AGNU) numa Resolução de 1989[96] faz a referência à "luta inalienável dos povos à autodeterminação de regimes coloniais e racistas e à luta de libertação nacional". Isto é, a luta contra regimes coloniais e racistas, legitima os movimentos de libertação.

Historicamente, nesta época, houve uma alteração substancial no cenário internacional, que se concretizou no facto de a U.R.S.S. também ter passado a ser alvo de ataques terroristas e, por esse motivo, ter alterado a sua postura internacional.

Assim, reflectindo esta alteração, a Resolução A/RES/44/29, 4 Dec. 1989 refere no:

- Parágrafo 1. "…são condenáveis todos os actos, métodos e práticas de terrorismo...". O que significa na prática um alargamento da definição de terrorismo.

- Parágrafo 3. "… ao abrigo da Lei Internacional apela-se para que os Estados se abstenham de organizar, instigar, assistir, e participar em actos de terrorismo, entre Estados…". Isto é, os Estados devem abster-se de actos que possam cair na definição de terrorismo;

[95] Refire-se que o artigo 4º, da Convenção exclui do seu âmbito de aplicação os crimes de guerra; o que teria relevância se por exemplo os terroristas se assumissem como soldados ou os seus actos fossem reconhecidos com tal. O artigo 6º exclui também a extradição de nacionais, assunto da máxima importância envolvendo terroristas.
[96] A/RES/ 44/29, 4 Dec 1989.

- Parágrafo 6. "Os Estados devem de forma unilateral, em cooperação com outros Estados e órgãos das Nações Unidas contribuir para a progressiva eliminação das causas do terrorismo internacional, prestando especial atenção às situações de colonialismo e racismo, às que envolvam violação flagrante dos direitos humanos e liberdades fundamentais e às que envolvam ocupações estrangeiras e dêem origem ao terrorismo internacional, pondo em causa a paz e segurança internacional". O que abriu portas a uma vasta colaboração internacional sobre o terrorismo.

Concluindo, pela primeira vez em relação ao passado, para além de um maior consenso sobre o terrorismo e maior colaboração entre sujeitos internacionais, decorre, ainda, desta Resolução que a luta de autodeterminação é aceitável, mas não justifica actos de terrorismo.

Em 1991 foi aprovada mais uma Resolução[97], muita extensa, sobre medidas para eliminação do terrorismo internacional, onde ainda se faz alusão às "lutas de libertação nacional, aos regimes coloniais e racistas".

Em 1994 foi adoptada a Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional[98], onde se dizia que:

- Parágrafo 2. "…a prática terrorista é uma grave violação dos princípios das Nações Unidas e uma ameaça à paz e segurança internacional"

- Parágrafo 3. "…actos criminais destinados a inculcar terror por motivos políticos (designadamente: filosóficos, ideológicos, raciais, étnicos) são injustificados"

Denotando mais uma evolução significativa, a Assembleia-geral, em 1996, estabeleceu um novo Comité Especial (Ad Hoc) para elaborar Convenções Internacionais sobre Terrorismo[99]: "ataques bombistas, actos de terrorismo nuclear e matéria conexa" (paragrafo 9). Do seu trabalho resultou[100]:

- A Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, adoptada pela Resolução da Assembleia-geral 52/164 de 15 Dezembro 1997;

---

97 A/RES/46/51, 27 Jan 1992.

98 A/RES/49/60, 17 Feb 1995, 49th Sess., 84th mtg., Supp. No. 49, U.N. Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism – a conjugar com U.N. GAOR, 51st sess., 88th mtg., Supp. No. 49, at 5, U.N. Doc. (A/Res/51/210, 1996).

99 A/RES/51/210, 16 Jan 1997.

100 Sobre os respectivos conteúdos ver Anexo.

- A Convenção de Nova Iorque para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, adoptada pela Resolução da Assembleia-geral 54/109 de 9 Dezembro 1999;
- E a Convenção para Supressão de Actos de Terrorismo Nuclear, adoptada pela Resolução da Assembleia-geral 59/290, de 13 Abril 2005.

O Parágrafo 6 desta Resolução de 1996 colocava, ainda, ênfase na necessidade de agilizar os mecanismos legais e jurisdicionais, internacionais e nacionais, para resposta ao fenómeno terrorista.

Como se viu a actividade do Comité Especial (Ad Hoc)[101] encarregado de elaborar Convenções Internacionais sobre Terrorismo tem sido profícuo. E durante os anos que se seguiram a AGNU manteve em cima da mesa o tema do terrorismo com a aprovação de, pelo menos, duas Resoluções[102].

Até que, em 18 de Setembro de 2001, na sequência dos ataques de aviões às Torres Gémeas, em Nova Iorque, e ao Pentágono, em Washington, em 11 de Setembro, se promoveu a Resolução 56/1[103] que condenou estes actos terroristas nos Estados Unidos. Esta Resolução apela à cooperação internacional, sem limites, contra os autores dos ataques e contra os responsáveis pelo respectivo apoio logístico:

- Parágrafo 3. *Insta urgentemente à* cooperação internacional para submeter à acção da justiça os autores, organizadores e patrocinadores das atrocidades";
- "Parágrafo 4. *Insta também urgentemente à* cooperação internacional para prevenir e erradicar os responsáveis por prestar assistência, apoio e abrigo aos autores, organizadores e patrocinadores dos actos de terrorismo que deverão igualmente prestar contas dessa actuação".

A partir deste acontecimento nos Estados Unidos da América, a Assembleia-geral redobrou de actividades e esforços políticos[104] e multiplicou-se a implementação de legislação nacional e internacional sobre o fenómeno terrorista.

---

[101] Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly Resolution 51-210 of 17 December 1996, Sixth Session (28 January–1 February 2002), U.N. GAOR, 57th Sess., Supp. No. 37, U.N. Doc. A/57/37 (2002).

[102] Resoluções: A/RES/55/158 30 Jan 2001 e A/RES/54/110 2 Fev 2000.

[103] A/RES/56/1, 11 Oct 2001.

[104] Até 2001 a Assembleia-geral adoptou 19 Resoluções sobre terrorismo; a partir dessa data, em apenas 7 anos, 31 Resoluções.

Em 2002 é adoptada uma Resolução[105] em que se invocam mais uma vez medidas para eliminar o terrorismo internacional e a determinação para que o Comité Especial continue a elaboração de uma Convenção Geral Internacional sobre terrorismo, fixando-se uma agenda para o efeito (parágrafos 16 e 17).

A Assembleia Geral também vem adoptando uma série de Resoluções sobre Direitos Humanos e Terrorismo onde se condena "a prática terrorista por ofensa aos direitos humanos, ameaça às liberdades fundamentais e à democracia e se deplora os efeitos contra pessoas inocentes, (mulheres, crianças e idosos), assassinadas ou mutiladas pela actuação indiscriminada e com recurso à violência"[106]. Recentemente, a mais importante, por conter medidas e programa de actuação sobre os direitos humanos e terrorismo, foi a Resolução A/RES/60/158, de 28 de Fevereiro de 2006, (Protecção dos direitos humanos e liberdades fundamentais como medida contra o terrorismo).

A Assembleia-geral, em 2002, pela Resolução 1373 (2001), de 28 de Setembro de 2001, denotando preocupações na actividade, ligação e eficácia entre os seus órgãos, decide por Resolução a prestação de serviços e apoio ao Comité Contra o Terrorismo estabelecido pelo próprio Conselho de Segurança[107].

Em 2002 surge a preocupação reflectida, numa Resolução[108], a quem se seguiram outras[109], sobre o acesso de terroristas a armas de potencial destrutivo maciço e indiscriminado[110]. Na sequência da actividade da Conferência Geral

---

[105] A/RES/56/88, 24 Jan 2002: estabelecida com base no Relatório A/56/593 da Sexta Comissão. A Sexta Comissão, por recomendação da Assembleia-geral, de 27 de Setembro a 18 de Outubro de 1999, tem desde a sua 2º sessão, em 27 de Setembro de 1999, constituído um Grupo de Trabalho sobre terrorismo. O seu primeiro presidente eleito foi o Sr. Philippe Kirsch (Canadá).

[106] A/RES/56/160, 13Fev 2002; A/RES/57/219, 27Fev 2003; A/RES/58/136, 10Mar 2004; A/RES/58/187, 22Mar 2004; A/RES/59/191, 10Mar 2005; A/RES/60/158, 28Fev 2006; além de Relatórios do Conselho para os Direitos Humanos: A/HRC/RES/6/28, 19Dec 2007.

[107] A/RES56/288, 17Jul 2002.

[108] A/RES/57/83, 9Jan 2003.

[109] A/RES/58/48, 8Jan 2004. /RES/59/80, 16Dec 2004; A/RES60/73 e 78, 11Jan 2006; A/RES/61/86, 18Dec 2006; A/RES/62/33, 8Jan 2008.

[110] As armas de destruição maciça podem ser de três tipos básicos: as bacteriológicas, as químicas e as nucleares. Para as armas químicas existe um vasto suporte legal internacional de proibição. As armas bacteriológicas são de difícil produção existindo também uma Convenção Internacional para o efeito desde 1972 (the Convention On the Prohibition on the Development, Production, And Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxic Weapons and on Their Destruction. Maior cuidado à Comunidade Internacional merecem as armas nucleares, pelo receio de existência deste material entre

do Organismo Internacional de Energia Atómica, mediante Resolução[111], foi constituído um grupo para assessorar o Director Geral sobre aspectos de segurança nuclear. Especial importância merece a Resolução – A/RES60/73 – sobre o risco de terrorismo radiológico (nuclear), onde no:

- Parágrafo 1. "Se exorta os Estados-membros a apoiar as actividades internacionais para prevenir e reprimir a aquisição e utilização de fontes e materiais radioactivos por terroristas, em conformidade com as autoridades jurídicas, a legislação nacional e o Direito Internacional";
- Parágrafo 3. Se "convida os Estados-membros a ratificar o Convenção Internacional para a repressão de actos de terrorismo nuclear";
- Parágrafo 4. Se "convida também os Estados-membros a apoiar e secundar o trabalho do organismo internacional sobre energia atómica e seu código de conduta sobre segurança tecnológica e física, de importações e exportações".

As preocupações decorrentes da eventualidade de terrorismo nuclear contribuíram, de permeio, para a aprovação, já referida atrás, da Convenção para Supressão de Actos de Terrorismo Nuclear, adoptada pela Resolução da Assembleia-geral 59/290 de 13 Abril 2005[112].

A mais importante actividade da Assembleia-geral culminou, após um período de consultas aos Estados-membros, com a aprovação de uma estratégia mundial contra o terrorismo pelas Nações Unidas. A estratégia foi aprovada sob a forma de uma Resolução[113] com Plano de Acção, em Anexo, contendo:

- "I. Medidas para fazer frente às condições que propiciam a propagação do terrorismo (promovendo o entendimento, a tolerância e o diálogo de civilizações);
- II. Medidas para prevenir e combater o terrorismo (por exemplo: antes de concessão de asilo verificar da actividade terrorista do candidato);
- III. Medidas destinadas a aumentar a capacidade dos Estados para prevenir e combater o

grupos terroristas. A sua origem poderá ser, designadamente, o arsenal da ex - União Soviética, de onde, após a implosão do respectivo regime comunista, estas poderão ter chegado à posse de elementos com intenções de actuação terrorista.

[111] GC (46)/RES/13, aprovada em 20 de Setembro de 2002 pela Conferência Geral do Organismo Internacional de Energia Atómica

[112] Sobre o respectivo conteúdo ver Anexo.

[113] A/RES/60/288, 20Sep 2006.

terrorismo e a fortalecer o papel do sistema das Nações Unidas a esse respeito (visando-se uma maior coordenação de actividades, evitando as duplicações);

- IV. Medidas para assegurar o respeito de todos pelos direitos humanos e a adopção da lei como base fundamental da luta contra o terrorismo" (apostar na complementaridade do reforço e protecção dos direitos humanos e sua base legal, nas medidas contra o terrorismo).

Para o futuro, sob o ponto de vista jurídico, a estratégia mundial contra o terrorismo, continua a insistir e dar ênfase à necessidade de desenvolvimento do respectivo quadro legal, complementado nos direitos humanos.

7.1.2. O Conselho de Segurança da ONU (CSONU) e o terrorismo

Pelo menos desde 1985 que o CSONU acompanha a questão do terrorismo internacional, com mais acuidade, mas nem sempre de uma forma coerente e levando em consideração as questões da Assembleia. Veja-se que determinou, ao arrepio das Convenções dimanadas pela Assembleia Geral, por exemplo, que os actos do Iraque contra cidadãos detidos como reféns antes da invasão de Agosto de 1990 eram ilegais, mas não os considerou actos de terrorismo[114], tal como a violência contra pessoal diplomático em Setembro de 1990, no Kuwait, pelo mesmo Iraque não foram considerados actos de terrorismo[115].

Mais tarde é verdade que o CSONU, através de uma Resolução em 1991[116], veio rever a situação e considerar com referência à Convenção Contra a Tomada de Reféns de 1979, toda as situações de reféns como actos terroristas:

"Lembrando a Convenção Internacional sobre a tomada de reféns...que caracteriza todos esses actos como manifestações de terrorismo internacional,... Deplora as ameaças feitas pelo Iraque no presente conflito de fazer uso de terrorismo contra alvos fora do Iraque ..."

No caso do atentado contra o avião da Pan Am, voo 103, que caiu em Lockerbie, na Escócia em 01 de Dezembro de 1988, e contra o voo 772 UTA, que caiu no deserto do Chade, os USA, a GB e a França (membros permanentes do Conselho), reuniram provas que indiciaram dois elementos dos serviços secretos da Líbia de co-autoria do crime de terrorismo. O assunto foi levado ao

[114] S/RES/666, 13 Set. 1990 (Vide 2. da Resolução).
[115] S/RES/667, 16 Set 1990.
[116] S/RES/687, 3Abr 1991.

CSONU que se pronunciou referindo que " decorre dos princípios de Direito Internacional proteger os cidadãos nacionais contra actos de terrorismo internacional"[117]. Como se sabe, a Líbia invocou diversos argumentos que mais não foram que manobras dilatórias e de excepção ao abrigo da Convenção de Montreal de 1971, sobre Segurança da Aviação Civil.

O arrastar deste caso e de outras situações de terrorismo internacional[118] levou o CSONU a adoptar na Resolução 1269 (1999)[119], a seguinte postura: " a repressão dos actos de terrorismo internacional, incluindo aqueles em que os Estados estão envolvidos é essencial para a paz e segurança internacional".

Portanto, em resposta a considerações anteriores deste trabalho, do referido nesta Resolução e levando em consideração também a Carta das Nações Unidas parece poder inferir-se que o Estado Vítima para reprimir o terrorismo internacional pode recorrer ao uso da força, como legitima defesa, ao abrigo da Lei Internacional, uma vez posta em causa a sua segurança. Mas, como aí igualmente se defendeu, esta possibilidade é severamente limitada pelo Direito Internacional que exige dos sujeitos, vítimas, proporcionalidade na resposta à maior parte dos crimes terroristas que são normalmente, por sua vez, de actividade de baixa intensidade e levados a cabo por indivíduos ou grupos de indivíduos em atentados bombistas, desvio de aviões, assassínios.

Em 2001, o CSONU estabeleceu o seu Comité Contra o Terrorismo encarregado de monitorizar as respostas dos Estados-membros aos requerimentos da sua Resolução 1373 (2001)[120], onde se obrigou os Estados-membros a partilhar informações sobre grupos terroristas e a tipificar nas suas ordens jurídicas internas como crime as condutas de: apoio a actividades terroristas, refúgio e apoio financeiro aos terroristas.

No entanto já anteriormente o Conselho adoptara as Resoluções 1267 (1999)[121] e 1333 (2000)[122], sobre o Afeganistão, decidindo que os Estados-membros se deviam disponibilizar a perseguir terroristas e organizações terroristas.

Desde 2001 até à actualidade, após os atentados de 11 de Setembro, o CSONU aprovou 18 Resoluções sobre a ameaça à paz e segurança internacional causadas pelo terrorismo internacional,

---

[117] S/RES/731, 21 Jan. 1992.

[118] De premeio foram aprovadas Resoluções sobre terrorismo internacional relativas: ao atentado contra o presidente do Egipto, aos atentados em Nairobi e Dar-es-Salaam e à situação no Afeganistão.

[119] Sobre cooperação internacional na luta contra o terrorismo.

[120] U.N. SCOR, 56th Sess., 4385th mtg., U.N. Doc. S/INF/57 (2001),

[121] U.N. SCOR, 54th Sess., 4051st mtg., U.N. Doc. S/INF/55 (1999).

[122] U.N. SCOR, 55th Sess., 4251st mtg., U.N. Doc. S/INF/56 (2000).

ditadas em grande parte pela questão afegã e da Al-Qaeda e pelo apelo à cooperação internacional.

7.1.3. O Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) e o terrorismo

O TIJ foi chamado a intervir no caso "relativo ao apoio paramilitar de actividades contra a Nicarágua"[123].

O tribunal nos seus acórdãos vem evitando a questão de fundo sobre a existência de terrorismo à luz do Direito Internacional. Como se viu, por exemplo, o conceito Terrorismo de Estado não tem relevância legal, apenas é um vocábulo político e vem servindo para definir (de acordo com as conveniências práticas e posicionamento relativo das Partes em questão), Estados da actualidade como a Líbia, o Iraque, os EUA, o Irão, etc.

Em concreto, no caso "Relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Irão", em Novembro de 1979, feito refém, o Tribunal Internacional de Justiça deliberou no sentido da "responsabilização do Irão" e "entrega imediata dos nacionais Americanos"[124], sem alusão ao terrorismo. Em relação ao recurso a explosivos e bombas a bordo de aeronaves dos voos 103 da PAN AM e 772 da UTA[125], chamado a pronunciar-se deliberou, também sem alusão directa ao terrorismo: que "os direitos alegados pela Líbia, sobre a interpretação da Convenção de Montreal não eram adequadas" para o julgamento dos cidadãos Libios suspeitos dos dois atentados[126].

7.1.4. O Tribunal Penal Internacional e o terrorismo

A Resolução A/RES/51/207, de 17 de Dezembro de 1996 decidiu a organização de uma conferência internacional para a criação e o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional.

Como se viu têm havido diversas tentativas para incluir o crime de terrorismo sob a alçada internacional, entre elas no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Na conferência

---

[123] Merits, ICJ Rep. (1986) 14.

[124] Vide resumos TIJ: Providência, em 15 de Dezembro de 1979, e Sentença de 24 de Maio de 1980 (62. e 63).

[125] Considerações, do Conselho de Segurança para o Tribunal Internacional de Justiça, intituladas "Letters dated 20 and 23 December 1991 (S/23306, S/23307, S/23308, S23309, and S/23317), sobre o alegado envolvimento de cidadãos Líbios na destruição de dois aviões (voos 103 da PAN AM, sobre Lockerbie, na Escócia e 772 da UTA, sobre Niger em 1989).

[126] ICJ Reports 1992, pág 15 e pgs 126-127.

internacional de Roma de 1998, para estabelecimento do Tribunal, doze Estados acordaram na inclusão do crime de terrorismo, sob a respectiva alçada, entre eles a Líbia, Argélia e Israel, outros que o crime de terrorismo fosse considerado um crime contra a humanidade.

Por receio de politização do Tribunal, aliado à falta de definição jurídica ainda existente na Comunidade Internacional e por questões de natureza pragmática ligadas ao receio de eternização do assunto, o crime de terrorismo foi eliminado da Convenção – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. No entanto, a questão poderá ainda estar em aberto atendendo à redacção do artigo 1.º que atribui competência ao Tribunal "nos crimes com relevância internacional", aspecto que o crime de terrorismo obviamente preenche.

A exclusão do terrorismo da competência do Tribunal Penal Internacional tem consequências práticas importantes. Por exemplo, coloca as vítimas, normalmente, sem protecção jurídica adequada, de que é exemplo a possibilidade conferida de recurso a um sistema de garantias que salvaguarde, nomeadamente, a reparação dos direitos dos ofendidos. Tal facto já é possível para os outros crimes da competência do Tribunal Penal Internacional[127], por via do artigo 75.º, através da restituição, da indemnização e da reabilitação.

7.2. A União Europeia e o terrorismo

A União Europeia muito devido à sua recente instituição como Organização Internacional Supranacional, ao facto de ser, simultaneamente, uma área de activa circulação de pessoas e bens e de relativa prosperidade económica é um alvo privilegiado do terrorismo internacional - facto provado no número elevado de actos terroristas ou tentativas descobertas antes da sua execução de que foi alvo. Entre 1983 e 1986 perto de 40% dos 3000 actos terroristas a nível mundial tiveram lugar no espaço europeu[128].

A partir das iniciativas políticas, quer da Comunidade Europeia que assumiu por vezes poderes inerentes à soberania dos Estados (como se verificará posteriormente neste texto), quer do Conselho da Europa desenvolveu-se, visando a harmonização das legislações nacionais, um sistema de combate ao crime, onde se abrangeu o fenómeno do terrorismo.

---

[127] Vide competência do Tribunal Penal Internacional, artigo 5º e seguintes: crime de genocidio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

[128] De Villepin, X. *Relatorio ao* ..., 1 July 1987.

A União Europeia por aplicação do Acordo de Schengen e do Tratado de Maastricht e na segunda fase, como corolário da assinatura do Tratado de Amesterdão[129], a partir de 1 Maio de 1999, por inclusão no seu quadro institucional da estrutura montada no espaço Schengenn.

O Conselho da Europa, especialmente, pelo contributo da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (1977).

A Europa sem fronteiras encarregou-se de introduzir limitações aos Estados-membros como sendo "necessárias ao funcionamento de uma sociedade democrática", na asserção da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[130].

Até à Ratificação da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (1977), coexistiram alguns acordos multilaterais[131], de natureza criminal e lei penal, com cláusulas contendo limitações que permitiam aos Estados Parte recusarem-se a cooperar, levando em conta a disparidade geográfica e a diversidade de sistemas legais[132]. Mas a Convenção foi também o documento legal que combinou diversas áreas de cooperação entre os Estados Partes.

Como se viu anteriormente, a primeira área de cooperação diz respeito à extradição de autores de uma lista de actos que deixaram de ser "ofensas políticas" (artigos 1.º e 2.º), com apelo ao critério dos actos de terrorismo.

Outra área de cooperação envolve a assistência mútua nos procedimentos relacionados com ofensas previstas nos mesmos artigos. Para o efeito, cada Estado contraente, por via do previsto no artigo 7.º, não querendo extraditar o autor dos actos tem a obrigação de iniciar procedimentos criminais e penais de acordo com a sua lei (a faceta do princípio *aut dededre, aut judicare* - tranferir ou proceder criminalmente). Finalmente, se não for possível chegar a uma solução sobre a interpretação da própria Convenção é determinado um procedimento para resolução de desacordos, entre Estados Partes, através da nomeação de árbitros (artigo 10.º).

---

[129] Todos os Estados integrados após a adesão em 1 Maio de 2004, estão vinculados á totalidade do acervo Schengen; O Reino Unido e a Irlanda participam em certos aspectos Schengen, designadamente, no Sistema de Informações Schengen (SIS).

[130] Soulier, G. *Lutte contre* …, pág 32.

[131] Promovidos pelo Conselho da Europa. Sobre terrorismo o Conselho emitiu declarações em : Dezembro de 1975, Julho de 1976, Dezembro de 1977 e Abril de 1978; outras declarações foram emitidas com respeito aos diversos ataques terroristas dos anos 80 do século passado.

[132] Decocq, A., *Les convention ...,* pág 35.

Esta Convenção foi ratificada com reservas ou declarações unilaterais de 10 Estados em referência ao artigo 13.º[133] que permite que um Estado Parte não extradite por actos referidos "como ofensas políticas".

No Conselho de Roma de 1 e 2 de Dezembro de 1975, no contexto da cooperação política, tinha sido aceite a proposta do Primeiro-Ministro do Reino Unido para que os Ministros responsáveis pela segurança interna (ministros do interior e ministros da Justiça) se reunissem numa base regular para estudo e discussão. A primeira conferência de ministros que teve lugar no Luxemburgo em 29 de Junho de 1976 adoptou o nome de TREVI (Terrorismo, Radicalismo, Extremismo e Violência Internacional), em honra da fonte existente em Roma. Os peritos criminais reuniram-se de acordo com o seguinte calendário e agenda de trabalho com classificação secreta:

- TREVI I: Grupo de combate ao terrorismo (sistema de troca de informações e oficiais de ligação)
- TREVI II: Grupo para a troca de informações sobre manutenção da ordem pública e treino operacional de pessoal policial.
- TREVI III: Grupo criado em 1986 para a coordenação de combate ao crime organizado e narcotráfico. O secretário-geral da Interpol tem o estatuto de observador no Grupo.
- TREVI 1992: Grupo criado em 1989 para estudo das consequências relativas à eliminação de fronteiras entre Estados-membros.

No Conselho de Londres de 1 de Junho de 1977, os ministros nele reunidos, decidiram adoptar uma série de medidas práticas para fazer face ao terrorismo: "troca de informações sobre actividades terroristas, técnicas para fazer face a ataques terroristas, controlo do tráfico de armas, trocas entre pessoal policial e segurança na aviação civil".

Em 4 de Dezembro de 1979 os Nove Estados-membros da Comunidade Económica Europeia, decorrente da novidade das questões colocadas pela Convenção Europeia para a Repressão do

[133] Tal posição mereceu muitas críticas em alguns destes países como no caso da França (Charpatier, J. *Vers un* ..., pág 927). A França apenas ratificou a Convenção dez anos depois da sua assinatura e depois dos ataques terroristas de que foi alvo em Setembro de 1986.

Terrorismo [134], assinaram o Acordo de Dublin, sobre cooperação em matéria de justiça[135]. Este Acordo perdeu, na prática o interesse jurídico devido, quer ao sucesso da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, quer ao facto de ter sido apenas ratificado por quatro Estados-membros: Bélgica, França, Itália e Holanda.

O Tratado de Maastricht, no seu artigo K.1, levou a cabo a institucionalização da EUROPOL, que a partir de 4 de Setembro de 1992 foi levada à prática, com a formação de 15 polícias no "quartel-general" do sistema SIS de Schengen em Estrasburgo[136]. As alíneas 7 e 9 do artigo K.1, prevêem igualmente a cooperação policial para prevenção e combate do terrorismo e outras formas de crime internacional.

As relações e "as formas apropriadas de cooperação", entre a Comunidade Europeia e o Conselho da Europa, para se evitar a concorrência, nesta matéria foram reguladas, pelo artigo 230.º, inalterado, do Tratado da CEE.

Para a protecção de vítimas nacionais de terrorismo do artigo 220.º Tratado da CEE decorria que a "protecção de pessoas e protecção de direitos" era alcançada mediante "negociações". O que parecia remeter para o campo diplomático qualquer questão desta natureza. De qualquer forma este assunto teve desenvolvimentos surpreendentes na Comunidade Europeia, com a decisão do Tribunal de Justiça no Caso Cowan[137] em que uma vítima britânica de um ataque terrorista em Paris, pediu compensações ao abrigo da previsão existente para o efeito no Código de Processo Penal Francês. Perante o não pagamento das compensações pelas autoridades francesas o Senhor Cowan levou o assunto ao Tribunal de Grande Instância Francês que pediu ao Tribunal de Justiça esclarecimentos. Através da deliberação de Julgamento de 1989 reconheceu-se que: "impondo a lei comunitária limites... as previsões legislativas não devem ser discriminatórias entre pessoas da Comunidade garantindo-lhes um tratamento igualdade...". Significando que em vista do Código Francês e pelo Artigo 7.º, inalterado, do Tratado de Roma os cidadãos comunitários não deveriam ser discriminados.

---

[134] Vide artigo 5.º do acordo de Dublin refrente ao modelo de arbitragem previsto no artigo 10.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo.

[135] Boletim CE 12-1979, pág. 99.

[136] Neste âmbito, desde 1980 que existe um grupo informal para coodenação de aspectos sobre a supressão do terrorismo.

[137] Cowan (1989) ECR 195.

O Acordo de Schengen[138] era quase exclusivamente virado para os aspectos dos nacionais dos Estados-membros e a travessia de fronteiras comuns (com medidas para permitir a vigilância visual de turistas e suas viaturas na travessia de fronteiras e redução ao mínimo de paragem de fronteiras) e para o reforço da cooperação entre as autoridades para a prevenção e controlo do crime.

A implementação do acordo sofreu diversos atrasos decorrentes do processo de unificação alemã e conclusão da Convenção de Aplicação do Acordo em 19 de Junho de 1990, também em Schengen[139].

Em matéria de cooperação policial a Convenção de Schengen trilhou novos caminhos: abolição de fronteiras internas, harmonização de regras sobre a travessia de fronteiras externas, política de vistos, movimentação de estrangeiros, narcóticos, armas e pedidos de asilo.

Considerando a cooperação em matéria policial e segurança a Convenção abriu portas ao sistema baseado em quatro aspectos[140]. O primeiro decorreu do artigo 40.º sobre a possibilidade de vigilância, a pedido e mediante autorização e condições[141], de suspeito, extraditável, noutro país – por assassinato, rapto, destruição por explosivos.

No segundo, por via do artigo 41.º possibilitou-se o direito a perseguir, para além das fronteiras, pessoas em fuga após execução do acto criminal. Neste caso pode-se continuar a perseguição informando as autoridades do país em que esta se realiza - mediante limite territorial e tempo previamente fixado por cada Estado Membro. A detenção é levada a cabo por polícias do Estado Membro onde se faz a perseguição. Nesta perseguição o polícia perseguidor pode usar farda, identificação e armamento o que parece corresponder ao abanar do sacrossanto princípio da soberania.

Em terceiro, por via dos artigos 48.º a 91.º, permitiu-se a assistência mútua na cooperação judicial - aplicação do princípio do *non bis in idem* -, na extradição, em matéria de narcóticos, armas de fogo e munições. Neste aspecto temos uma extensão das Convenções, sobre a mesma matéria, do Conselho da Europa.

---

138 Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, publicado no JORF, de 5 de Agosto, de 1986, pag 9612.

139 Portugal e a Espanha juntaram-se à Convenção do Acordo em 25 de Junho de 1991.

140 Le Jeune, P. *La politique* ..., pág 715.

141 Em França agindo acompanhados por policias Franceses; sem poderem deter ou usar armas de fogo.

Finalmente, o quarto aspecto diz respeito a implementação do SIS sobre troca de informações, carregamento e centralização em banco de dados disponível a todos os Estados-membros[142].

A Convenção de Schengen, embora diversas vezes criticada em Resoluções[143] do Parlamento Europeu, obrigou os Estados a alterações legislativas e a uniformizar procedimentos nas suas estruturas policiais.

Em Acto do Conselho, de 26 de Julho de 1995, estatui-se a Convenção que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol), designado "Europol", com sede em Haia, Países Baixos. A Europol foi dotada de personalidade jurídica própria, tendo por missão melhorar a eficácia e a cooperação dos serviços competentes dos Estados-membros a fim de prevenir e lutar eficazmente contra a criminalidade organizada internacional. A Europol visa facilitar o intercâmbio de informações, analisar informações e coordenar as operações entre os Estados-membros. O Serviço Europeu de Polícia (Europol) não tem poderes executivos como os serviços de polícia dos Estados-membros. Não pode interpelar indivíduos, nem realizar buscas domiciliárias. Esta Convenção teve diversos actos modificativos de que se destaca a Decisão do Conselho de 3 de Dezembro de 1998, sobre terrorismo[144]:

"Artigo 1.°: A partir da data de início das suas actividades nos termos do disposto no n.°4 do artigo 45.° da Convenção, a Europol terá poderes para tratar das infracções cometidas, ou susceptíveis de serem cometidas, no âmbito de actividades de terrorismo que atentem contra a vida, a integridade física, a liberdade das pessoas e os bens".

A partir dos ataques terroristas de 11 de Setembro de 2001, a União Europeia intensificou a luta contra o terrorismo[145]. O marco importante foi a Decisão-quadro, 2002/475/JAI**,** do Conselho, de 13 de Junho de 2002 (tomada antes dos atentados de Madrid em 11 de Março de 2004 e de Londres em 7 de Julho de

---

142 Este aspecto deverá ser cruzado com as limitações da Convenção Europeia sobre proteção dos indivíduos face à informatização de dados pessoais, de 28 de Janeiro de 1981.

143 Resolução do PE de 23 de Novembro de 1989 (OJEC C.323, 27 Dez 1989, pag 98); Resolução do PE de 15 de Junho de 1990 (OJEC C. 175, 16 Julho 1990, pag 170)

144 JO C 26 de 30 de Janeiro de 1999.

145 Proliferam regulamentos sobre terrorismo e terroristas, por exemplo: Regulamento (CE) n.° 59/2008 da Comissão, de 24 de Janeiro de 2008 , que altera pela 9ª vez o Regulamento (CE) n.° 881/2002 do Conselho, que institui certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a Osama Bin Laden, à rede Al-Qaeda e aos talibã.

2005), relativa à luta contra o terrorismo**,** aplicável a qualquer acto terrorista[146] cometido (artigo 1.º) "intencionalmente e que possa ser prejudicial a uma organização ou a um país, intimidando a população ou afectando gravemente ou destruindo as estruturas políticas, económicas ou sociais do país ou organização", com "recurso a ofensas fisicas e a homicídio, rapto, captura de meios de transporte, fabrico de armas, atentados com libertação de substâncias perigosas, ou ameaça de cometer os referidos actos, etc.". Previu-se que as infracções pudessem ser cometidas por um ou vários indivíduos, grupos terroristas, contra um ou vários países. A Decisão-quadro considerou, ainda, como "grupo terrorista" uma organização estruturada composta por mais de duas pessoas que se mantém ao longo do tempo e actua de maneira concertada (artigo 2.º). Além disso, serão puníveis a instigação, a ajuda, a cumplicidade e as tentativas de praticar um acto terrorista(artigo 4.º).

Assim a fim de punir os actos terroristas, os Estados-membros deveriam prever na sua legislação nacional:

- Sanções penais efectivas, proporcionais e dissuasivas, com possibilidade de extradição (artigos 5.º e 9.º);
- E circunstâncias atenuantes (artigo 6.º- colaboração com as autoridades judiciais e policiais; identificação de provas e de outros autores da infracção, etc.).

O Relatório da Comissão, de 8 de Junho de 2004, apresentado nos termos do artigo 11.º da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo[147], faz o ponto da situação sobre as medidas aplicadas pelos Estados-membros para lhe dar cumprimento. Segundo o relatório, a maior parte dos Estados-membros aplicou as medidas necessárias. Todavia, certas obrigações relativas a comportamentos específicos, como o roubo agravado cometido com o objectivo de praticar actos terroristas ou a cumplicidade (artigos 3.º e 4.º), só foram parcialmente transpostas para o direito nacional, dos vários Estados-membros.

Por último, o Relatório refere que poucos Estados-membros comunicaram à Comissão as disposições de transposição no prazo previsto. O Luxemburgo, os Países Baixos e a Grécia, em Abril de 2005, ainda não tinham enviado os documentos solicitados.

---

[146] O problema dos actos terroristas já tinha sido invocado no Conselho Europeu Tampere em 1999 e no Conselho Europeu de Santa Maria da Feira em Junho de 2000.
Nos últimos anos, os Estados-membros adoptaram vários actos legislativos relativos ao terrorismo.

[147] COM (2004) 409 final - Jornal Oficial C 321 de 28 de Dezembro de 2004.

Em 2004 e 2005[148], por iniciativa da Espanha, foram dadas novas funções e alterada a Convenção de Schengen, com a finalidade de aumentar a sua eficácia nas actividades contra o terrorismo. Basicamente estas alterações visaram uma melhor coordenação dos serviços nacionais especializados na luta contra o terrorismo[149] e o seu alargamento também a outras instâncias como a Europol e o Eurojust[150]. Ampliou-se também a lista de categorias de objectos abrangidos como embarcações, aeronaves, contentores, autorizações de residência e certificados de matrícula. E uniformizaram-se aspectos jurídicos e técnidos de intercâmbio, entre entidades, relativas aos registos de dados pessoais e normas de consulta de arquivos e ficheiros[151].

Em 2006 estabeleceu-se o SIS II[152], fundado no SIS I, com tratamento e fornecimento de dados sobre pessoas nacionais, de países terceiros (artigos 2.º e 3.º - são pessoas de países fora da Comunidade), com responsabilidades descentralizadas de manutenção e funcionamento, em cada Estado-membro (os N. SIS II), e ligação ao sistema central sedeado em Estrasburgo (o CS-SIS), com funções de supervisão técnica e administração.

Em conclusão temos que os países da União Europeia, devido às caracteristicas da organização supranacional a que pertencem, respeitando o Direito Comunitário e convenções de âmbito regional, tendem a reconduzir o fenómeno do terrorismo internacional à alçada do Direito Comum, assim como os seus autores a normas de Direito Penal, mas com referência às especificidades, nomeadamente político-administrativas, de cada uma das ordens jurídicas dos Estados-membros.

---

148 Regulamento (CE) n° 871/2004 do Conslho, de 29 de Abril de 2004, relativo à introdução de novas funções no Sistema de Informações de Schengen, inclusive em matéria de luta contra o terrorismo. Decisão 2005/211/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à introdução de novas funções no Sistema de Informações de Schengen, inclusive em matéria de luta contra o terrorismo.

149 Não existe um modelo comum aos Estados da União Europeia, por exemplo no Reino Unido desde 1992 que o MI5 é o órgão ani-terrorista (Gearty, A. and Kimbel, A. *Trrorism and* ..., pág 20).

150 Em (4) do Regulamento supracitado.

151 Do Gabinete SIRENE (Supplementary Information Request at National Entry); em (5) do supracitado Regulamento, com as medidas definidas no seu articulado.

152 Regulamento (CE) n.º 1987/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 2006, relativo ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II) [Jornal Oficial L 381 de 28.12.2006].

8. Conclusões

O terrorismo pode ser dividido genericamente em terrorismo internacional e terrorismo interno. O terrorismo internacional consiste na acção de terror transfronteiriça dos respectivos autores, actos, alvos ou vítimas e tem por contraposição o terrorismo interno. O terrorismo internacional interfere com o Direito Internacional e o terrorismo interno obtem resposta privilegiada no âmbito da ordem interna.

A noção de terrorismo evoluiu da forma e comportamento de terror do governo de um Estado em relação aos seus concidadãos e em relação a outros Estados, para o conceito associado, a maior parte das vezes, a actos violentos contra organizações, o Estado, um conjunto de Estados ou a Comunidade Internacional. Houve, portanto, uma inversão no conceito.

De acordo com os ordenamentos jurídicos dos Estados, os terroristas sempre foram perseguidos e os seus actos considerados crimes. Mas o tipo criminal do terrorismo só recentemente foi acolhido e, muitas vezes, por influência da adesão a convénios internacionais. Em matéria do Direito e Relações Internacionais a questão tinha relevância, de forma casuística, designadamente, na extradição dos terroristas e punição dos seus crimes.

O terrorismo, actualmente, é a acção violenta por motivações e valoração política, normalmente com actuações espectaculares, que visa publicitar ou chamar à atenção, através de terror, intimidação ou justo receio e incutir repulsa, adesão ou limitar as capacidades entre indivíduos, grupos de pessoas ou público em geral.

Todavia a definição jurídica de terrorismo internacional tem sido difícil porque alguns Estados fogem ao compromisso e os terroristas, individualmente, não se assumem ou não lhes é reconhecido qualquer estatuto que permita o seu enquadramento no plano das leis internacionais. A falta de definição de terrorismo está ligada ou dependente de pré-compreensões, nomeadamente, de natureza política.

Nas relações internacionais, pode basicamente dividir-se em quatro modelos o papel do Estado quanto ao terrorismo internacional, a saber: o Estado Não Interventor, o Estado Interventor, o Estado Promotor e o Estado Vítima.

A violência do terrorismo internacional, em relação aos Estados, afecta o conteúdo de princípios gerais de Direito Internacional, como o princípio da soberania e igualdade dos Estados, o princípio da integridade territorial dos Estados e o

princípio da proibição de ingerência nos assuntos internos dos Estados.

Na actuação terrorista exercida em conflitos internacionais existem actualmente duas possibilidades de enquadramento casuístico quanto aos terroristas. Ou os autores de terrorismo serão sempre que possível perseguidos e julgados de acordo com as normas de Direito Penal e, por esta via, no decurso de um conflito internacional, o terrorista apoiante de um dos contendores não é abrangido pelo estatuto de combatente. Assim, remete-se para normas de Direito Comum e internacionais referentes a Convenções ou Acordos, eventualmente existentes e a ideia jurídica que subjaz a esta posição é resumida à fórmula: "*uma causa (legitima ou justa), não justifica actos de terrorismo"*. Ou autores de terrorismo são considerados combatentes e julgados e perseguidos no âmbito das Leis da Guerra.

O papel das organizações internacionais sobre o terrorismo internacional tem sido importante e as Nações Unidas, sob os auspícios da Assembleia-geral, estabeleceu um Comité Ad Hoc para o Terrorismo Internacional, onde foram aprovadas de forma pragmática e casuística, diversas Resoluções sobre terrorismo algumas delas referentes a Convenções.

Em 1985, a Assembleia-geral emitiu uma Resolução em que se condenou a prática de actos de terrorismo, divididos em dois grupos: os que "tiram vidas humanas inocentes", questionando os "direitos fundamentais e liberdades" e os incluídos em diversas outras Convenções já existentes sob o tema do terrorismo". O Secretário-geral, em 1987, tentou a convocação de uma conferência para retirar a luta de libertação nacional do conceito de terrorismo, o que resultou numa Resolução, onde importa realçar a abordagem pragmática, com base na ideia de que *uma causa legitima não justifica actos de terrorismo e uma* modalidade legal internacional para lidar com o fenómeno que se pode sintetizar da seguinte forma: na impossibilidade de se chegar a um acordo sobre um conceito abrangente de terrorismo internacional dever-se-ia privilegiar a celebração de Convénios casuísticos, para o efeito.

Na Resolução de 1987, reafirmada pelo relatório de 1989, instavam-se os "Estados a prender, julgar e extraditar os autores de actos de terrorismo" (Paragrafo 5., Alínea a)). Numa Resolução de 1989 determinou-se que: "…são condenáveis todos os actos, métodos e práticas de terrorismo..."; "… ao abrigo da lei internacional apela-se que os estados se abstenham de organizar, instigar, assistir, e participar em actos de terrorismo, entre Estados…"; e, "Os Estados devem de forma unilateral, em cooperação com outros Estados e órgãos das Nações Unidas

contribuir para a progressiva eliminação das causas do terrorismo internacional ...". Pela primeira, decorreu que a definição do terrorismo internacional ficou definitivamente livre de pré-compreensões sobre as lutas de libertação nacional.

Em 1994 foi adoptada a Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional que supõe mais uma evolução significativa de condenação inequívoca do fenómeno.

Em 18 de Setembro de 2001, promoveu-se a Resolução 56/1 que condenou os actos terroristas de 11 de Setembro nos Estados Unidos e a partir daqui a Assembleia-geral redobrou de actividades e esforços políticos e multiplicou-se a implementação de legislação nacional e internacional sobre o fenómeno terrorista.

Recentemente, a Assembleia Geral vem adoptando Resoluções sobre Direitos Humanos e Terrorismo onde se condena "a ameaça às liberdades fundamentais e à democracia e se deplora os efeitos contra pessoas inocentes, assassinadas ou mutiladas pela actuação indiscriminada e com recurso à violência".

A actividade da Assembleia-geral culminou com a aprovação de uma estratégia mundial contra o terrorismo pelas Nações Unidas que foi aprovada sob a forma de uma Resolução[153], com Plano de Acção contendo medidas concretas para o prevenir e combater.

O Conselho de Segurança da ONU vem interpretando de forma limitadora a possibilidade de se reprimir o terrorismo internacional com recurso ao uso da força, como legítima defesa, ao abrigo da Lei Internacional, uma vez posta em causa a segurança. Mas em 2001, na sua Resolução 1373 (2001), obrigou os Estados-Membros a partilhar informações sobre grupos terroristas e a tipificar nas suas ordens jurídicas internas, como crime, as condutas de apoio a actividades terroristas, refúgio e apoio financeiro aos terroristas.

O TIJ foi chamado a intervir em casos de terrorismo internacional, mas nos seus acórdãos, vem evitando pronunciar-se sobre a questão da existência de terrorismo à luz do Direito Internacional.

Tem havido diversas tentativas para incluir o crime de terrorismo sob a alçada internacional, entre elas no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. A exclusão do terrorismo da competência de um Tribunal Penal Internacional coloca as vítimas sem protecção jurídica adequada, de que é exemplo a possibilidade conferida de recurso a um sistema de garantias que salvaguarde a reparação dos direitos dos ofendidos.

---

[153] A/RES/60/288, 20Sep 2006.

Nas Nações Unidas tem sido condenado de forma cada vez mais inequívoca o terrorismo internacional alicerçado, juridicamente, na aprovação de Resoluções e mediante uma abordagem essencialmente casuística, através de Convenções.

Quer a Comunidade Europeia que assumiu, por vezes, poderes inerentes à soberania dos Estados, quer o Conselho da Europa desenvolveram, através da harmonização das legislações nacionais, um sistema de combate ao crime, onde se abrangeu o fenómeno do terrorismo.

A União Europeia por aplicação do Acordo de Schengen e do Tratado de Maastricht e na segunda fase, como corolário da assinatura do Tratado de Amesterdão, a partir de 1 Maio de 1999, por inclusão no seu quadro institucional da estrutura montada no espaço Schengenn.

O Conselho da Europa, especialmente, pelo contributo da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (1977) que combinou diversas áreas de cooperação entre os Estados Partes. Uma das área referente à extradição de autores de uma lista de actos que deixaram de ser "ofensas políticas" (artigos 1º e 2º), com apelo ao critério dos actos de terrorismo. A outra área de cooperação envolve a assistência ao Estado contraente que não querendo extraditar o autor dos actos tem a obrigação de iniciar procedimentos criminais e penais de acordo com a sua lei (a faceta do princípio *aut dededre, aut judicare* - transferir ou proceder criminalmente).

Pode afirmar-se que os países da União Europeia, respeitando o Direito Comunitário, tendem a reconduzir o fenómeno do terrorismo internacional à alçada do Direito Comum e os seus autores a normas de Direito Penal com referência a cada uma das ordens jurídicas dos Estados-membros.

ANEXO: Súmulas das principais Convenções sobre terrorismo

As Convenções sobre terrorismo

A Convenção de Genebra de 1949 remete o terrorismo para um crime sob alçada de jurisdição universal. Depois outras Convenções sobre terrorismo foram adoptadas. As Convenções sobre terrorismo são instrumentos internacionais normalmente contendo cláusulas técnicas referentes ao âmbito de cada uma delas. No entanto existem igualmente cláusulas especialmente de matriz jurídica que merecem ser analisadas.

a. Convenções universais sobre terrorismo

Existem diversas Convenções universais sobre terrorismo, a saber:

Convenção de Tóquio relativa às Infracções e a Certos Outros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves (1963); a Convenção aplica-se aos actos criminais a bordo de aviões (artigo 1.º), dando primazia à jurisdição do local do seu registo e não considera o desvio de avião um acto de "pirataria aérea"(artigo 3.º). O artigo 4.º, providencia jurisdição suplementar sobre a punição de acordo com o território de sobrevoo do avião, para situações em que a segurança de um Estado seja afectada. A Convenção foi ratificada com um elevado número de reservas e declarações unilaterais.

Convenção de Haia para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves (1970); esta Convenção foi inovadora, servindo de modelo para outras Convenções futuras, de acordo com o seguinte método:

1. Definiu o "desvio de avião" como infracção e obrigou os Estados Parte a punições severas (artigo 1.º e 2.º);
2. Manteve o período de voo desde o final do embarque até à abertura das portas de desembarque (artigo 3.º);
3. Estabeleceu o princípio de "extraditar ou julgar" (aut dedere aut judicare) no artigo 7.º;
4. Pelo artigo 4.º obrigou os Estados Parte a estabelecerem jurisdição para a infracção:
    a. Cometida a bordo de aeronave registada no Estado;
    b. Caso o avião aterre com os suspeitos ou autores a bordo nesse Estado;
    c. No caso de aeronave alugada remete para o local da sede ou residência permanente do dono.

Concluindo, levando em consideração o número de Estados Parte, sendo o Estado obrigado a agir criminalmente contra o suspeito, se não o tiver extraditado, parece estarmos perante uma situação de jurisdição internacional ou quase, tal como reconhecida para outros crimes sob alçada do Tribunal Penal Internacional.

Convenção de Montreal para a Repressão de Actos Ilegais Contra a Segurança da Aviação Civil (1971); esta Convenção definiu:

1. As infracções penais e alargou o seu âmbito de aplicação, para além da própria aeronave, às instalações e serviços de navegação aérea (artigo 1.º);
2. O período de voo foi mantido desde o final do embarque até à abertura das portas de desembarque (artigo 2.º);
3. O artigo 4.º, da Convenção anterior, foi clarificado em alguns aspectos, designadamente, sobre as infracções para os actos fora do Estado de registo da aeronave:
4. O artigo 5.º obriga os Estados Parte a determinar a jurisdição sobre as infracções penais.

Protocolo Adicional à Convenção de Montreal para a Repressão de Actos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil (1988). Actualizou especialmente a redacção sobre as infracções do artigo 1.º da Convenção.

Convenção sobre Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Protecção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos (1973); definiu, através da utilização de terminologia idêntica à Convenção de Montreal:

1. As infracções no artigo 1.º como o homicídio, o rapto, o atentado e as respectivas tentativas e ameaça;
2. O artigo 3.º obriga os Estado Parte a estabelecer a competência das infracções, caso o seu autor não tenha sido extraditado;
3. O artigo 4.º prevê que os Estados Parte cooperem na prevenção das infracções penais;
4. O artigo 8.º tenta minimizar aspectos referentes á diferentes ordens jurídicas, nomeadamente sobre a extradição.

Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns (1979); sobre a tomada de reféns e respectiva tentativa, com o fim de coagir terceiro, seja Estado, Organização Internacional, pessoa física ou jurídica ou grupo de pessoas.

Convenção de Roma para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (1988); com âmbito de aplicação sobre infracções penais relativas a actos contra navios ou pessoas a bordo e respectiva tentativa (artigo 1.º).

Protocolo Adicional para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental (1988); com âmbito de aplicação às infracções exercidas contra plataformas fixas ou ou pessoas a bordo.

Convenção de Montreal sobre explosivos plásticos (1991);

Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, 1998; referente às infracções de atentados com explosivos em locais públicos, instalações do Estado, sistema de transporte ou infra-estruturas (artigo 2.º). Esta convenção emprega a terminologia particular do terrorismo, no artigo 5º; afastando da classificação como actos políticos os "actos criminosos... concebidos ou calculados para provocar um sentimento de terror na população, grupo de pessoas ou determinadas pessoas..."

Convenção de Nova Iorque para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (1999); aplicando-se aos actos tidos por infracções de actividade financeira, directa ou indirecta, e reunião de fundos para apoio a actividades terroristas, como: créditos bancários, cheques de viagem, cheques bancários, ordens de pagamento, acções, títulos, obrigações, saques bancários e letras a crédito (artigos 1.º e 2.º). A Convenção é aplicável segundo o critério da nacionalidade do autor ou do território onde foi cometida a infracção.

Convenção para Supressão de Actos de Terrorismo Nuclear, adoptada pela Resolução da Assembleia-geral 59/290 de 13 Abril de 2005.

b. Três instrumentos legais internacionais não directamente relacionados com o terrorismo, mas igualmente relevantes:

Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e do Armazenamento das Armas Bacteriológicas (biológicas) ou Toxinas e sobre a sua Destruição (1972);

Convenção de Viena sobre Protecção Física dos Materiais Nucleares (1980); com âmbito de aplicação virado para a receptação, furto, desvio, detenção, utilização, cedência, alteração,

alienação, ou dispersão de materiais nucleares, provocando a morte ou coagindo terceiros;

Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição (1993);

c. Convenções regionais sobre terrorismo

Um número crescente de Convenções vem sendo adoptada a nível regional, a saber:

Entre a Organização dos Estados Americanos temos duas Convenções:

Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional (1971). Evitando definir terrorismo enumera no artigo 1.º os actos de terrorismo como sendo: o sequestro, o homicídio, e outros atentados contra a vida humana.

O artigo 6.º enfatiza que as disposições da Convenção não serão interpretadas no sentido de prejudicar o direito de asilo.

Convenção Interamericana contra o terrorismo (2002). Coloca o ênfase na repressão do financiamento do terrorismo.

Entre outras Organizações Internacionais regionais temos:

Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (1977), Aprovada com reservas por Portugal no que concerne à não-aceitação de extradição quando as infracções sejam punidas com pena de morte ou penas perpétuas, no Estado requisitante.

South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) Regional Convention on the Suppression of Terrorism (1987);

The Arab Convention on the Suppression of Terrorism (1998);

The Treaty on Cooperation among the States Members of the Commonwealth of Independent States in Combating Terrorism (1999);

The Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism (1999);

The Organization of African Unity (OAU) Convention on the Prevention and Combating of Terrorism (1999).

BIBLIOGRAFIA

ANDRESS, David *O Terror*, Civilização Editora, 2007.

BROWNLIE, Ian *International Law and the use of force between States,* Oxford doctoral thesis, 1963.

CHARPATIER, J. *Vers un espace judiciaire européen*, Annuaire français de droit international, 1978.

COELHO, Frederico Duarte, Nuevo *Dicionário Portugues-Hespañol,* Lisboa, dicionário composto e impresso na Typ. do Annuario Commercial, Praça dos Restauradores, 27, 1911.

Country Reports on Terrorism, Released by the Office of the Coordinator for Counterterrorism
April 28, 2006.

CUNHA, Joaquim da Silva e Pereira, Maria da Assunção do Vale, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Fevereiro 2000.

DECOCQ, A., *Les convention européennes sur le terrorisme*, Notes et etudes de l`Institut de Criminologie, 14 July 1990.

FLETCHER, George, *Romantics at War: glory and guilt in the age of terrorism,* Oxford, Princeton University Press, 2002.

GEARSON, Jonh, *Superterrorism policy responses*, Edited by Lawrence Freedman, Blackwell Publishing, 2002.

GEARTY A. and Kimbel A., *Terrorism and the rule of law*, A report on the laws relating to political violence in Great Britain and Northern Ireland, CLRU, School of Law, King`s College, London, WC2R2LS, 1995.

GREENWOOD, Cristopher and Gearty, Connor, *Terrorism And Humanitarian Law – The Debate Over Adittional Protocol I,* King`s College London, 1996.

HOBBES, Thomas, *Leviatã*, tradução de João Paulo Monteiro, 3ª edição, INCM, Estudos Gerais Série Universitária Clássica de Filosofia.

LE JEUNE, P., La *Politique européenne de lutte contre le terrorisme*, thèse de Doctorat de Droit, Lyon 1991.

JOHNSON, Paul, *Terrorismo a praga dos nossos tempos*, Serviços de cultura e imprensa da Embaixada dos E.U.A., 1982.

LAQUEUR, Walter, *The Age of Terrorism*, Boston, Little Brown, 1987.

Novo Diccionario Portuguez-Italiano/Italinano-Portuguez, Garnier, Paris, com prefácio do autor assinado, em Villa Fontana, a 13 de Julho de 1897.

WELLMAN, Carl, *On terrorism itself*, The Journal of Value Inquiry.

RAPOPORT, David C., *La moral del terrorismo*, Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1985.

Regulamento de Campanha – Operações- Volume II, EP, 1979.
ROQUETTE, J.-I., *Nouveau Dictionnaire Portugais-Français, Dédie a L´Academie Royale de Lisbonne*, Membre correspondant da la méme Academie, Paris, J.-P. Auíllaud, Morani, Ariel *Terrorism as a Strategy of Insurgency*, Edit by Conor Gearty, Reader in Law and Director of The Civil Liberties Research Unit, King`s College London, 1996.
SOULIER,G., *Lutte contre le terrorism*, M. Delmas-Marty (ed.) Raisonner la raison d`Ètat, vers une Europe des droits de l`homme (PUF).
DE VILLEPIN, X., *Relatorio ao Senado sobre "A ratificação da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (1977)",* Sénat 346, 1 de Julho de 1987

Direito e religião no Brasil

Nadilson Portilho Gomes[1]

Resumo
O presente estudo sobre "Direito e Religião no Brasil" busca estabelecer uma relação entre esses dois ramos de conhecimento, de 1500 a 1988, levando em conta o Direito da época, as instituições jurídicas e a influência da religião na Justiça brasileira, de pontos julgados importantes.

Abstract
The present study on "Law and Religion in Brazil" seeks to establish a relationship between these two types of knowledge, from 1500 to 1988, considering the law of the time, legal institutions and the influence of religion in Brazilian courts, which are considered important points.

Sumário

1. Introdução
2. Definições e objetos de estudos
   a) Direito e Religião (Conceitos)
   b) Direito e Religião (Relação Poliédrica)
3. Brasil Colonial (1500-1822)
   I. O Rei, sua Religião e o "povo"
   II. A Contra-Reforma e o seu sentido de religiosidade na terra brasilis colonial
   III. O Direito e a Religiosidade preteridas
      a) Indígenas
      b) Negros
      c) Quilombos (sécs. XVII e XVIII) e reduções indígenas (sécs. XVII e XVIII)
   IV. O Direito e a Religião como práticas não rigorosas
   V. Missões jesuítas (1549-1759): os seus sentidos e influências no direito brasileiro
   VI. As justiças dos primeiros séculos: Capitanias hereditárias (1520), Governadores-Gerais (1548), eclesiástica e justiça colonial
   VII. A inquisição como instrumento político-ideológico e de defesa do território
   VIII. A liberdade dos indígenas como discórdia entre colonos e os religiosos

[1] Nadilson Portilho Gomes é membro do Ministério Público do Estado do Pará (Brasil), doutorando em Ciências Histórico-Jurídicas na Universidade de Lisboa. nadilson.gomes@bol.com.br

IX. Marquês de Pombal: A ruptura religiosa (1759) e o regalismo
X. Chegada da Família Real (1808) e o Tratado de Comércio e Navegação (1810)

4. A religião na luta pelo território brasileiro
   a) Guerra Guaranítica/Os Jesuítas dos Sete Povos das Missões (1754-1756)
   b) França Antártica (1555-1557)
   c) Igreja Reformada da Holanda (1630-1654)
   d) Guerra de Canudos (1896-1897)
5. A religião na luta pela independência do Brasil e proclamação da República
6. Evolução histórico-constitucional: Do império à República (1824-1988)
7. Conclusão

1. Introdução

Direito e Religião são temas que sempre andaram ligados na vida do homem, de tal modo que não parece impossível afirmar que ambos, mutuamente, influenciaram-se. No mundo inteiro não fora diferente. Apesar da evolução do Estado Contemporâneo com a adoção do princípio da laicidade, a religião continua a influenciá-lo para muitas questões importantes[2]. Não sendo conveniente desprezar essa correlação do âmbito jurídico com a religiosidade como expressão dessa transparência dos valores sociais, as quais acabam espelhando a forma do Estado e o seu agir, pelos governos, e as relações do cidadão para com o mesmo.

O presente trabalho sobre "Direito e Religião no Brasil" pretende a um só tempo situar essa correlação no Estado brasileiro, desde o período colonial (1500) até 1988, sob o prisma da historicidade, mas não se descurando do direito vigente[3], buscando-

[2] Basta citar alguns exemplos atuais nos quais os argumentos religiosos são, usualmente, utilizados para negar práticas sociais, sexuais ou biológicas: casos de não reconhecimentos das uniões homossexuais, eutanásia, aborto, inseminação artificial, uso de preservativos sexuais, clonagem de embriões, pesquisas com células estaminais, masturbação, uso da pílula do dia seguinte ou quando o Estado nega o fenômeno religioso, como na negativa de aposição de símbolos religiosos em prédios públicos, dentre outros.

[3] De acordo com o que bem disse John Gilissen: "a história do direito visa fazer compreender como é que o direito actual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos" (*In:* GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 13).

se revelar as instituições jurídicas estudadas[4], com todas as facetas que as construíram, compreendendo as influências da religião no Direito Brasileiro, ou seja, no direito dito da Coroa ou do Estado ou Oficial, mas apenas dos pontos julgados mais importantes.

Sem dúvida, as dificuldades encontradas para a pesquisa giraram em torno do vasto material disperso relacionado ao tema de forma fragmentária, não havendo livros ou textos tratando do tema "Direito e Religião no Brasil", muito menos de obras abordando o Direito ou a Religião naquelas terras de forma ordenada, sistemática e em profundidade[5]. Nesse sentido, não houvera outra saída a não ser o recurso aos manuais de História geral e religião, aliada a conferição das informações obtidas com o exame de documentos antigos, nos casos de suspeita sobre a fonte consultada, o que tornou o trabalho lento e meticuloso. Nesse ponto, fora um desafio por demais árduo para um simples relatório de disciplina e nisso acaba por residir seu êxito, por resultar num esforço de uma ligeira síntese geral dessa relação de Direito e Religião, visando contribuir para a História do Direito no Brasil.

Também, merecendo reservas as fontes em que baseara o presente trabalho produzidas pelos jesuítas[6], procurou-se fazer a leitura daqueles fatos descritos em consonância com os acontecimentos na Europa e no Brasil à época, de forma a revelá-los, inquestionavelmente, mais fiéis à história real.

---

[4] No sentido do conceito de História do Direito "como parte da História Geral que examina o Direito como fenômeno sócio-cultural, inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos, e materializando evolutivamente por fontes históricas, documentos jurídicos, agentes operantes e instituições legais reguladoras" (*In* WOLKMER, Antonio Carlos. História do História do Direito no Brasil. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.4).

[5] Essa mesma dificuldade é narrada quando se fala de História de Direito no Brasil em geral por WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5

[6] Cf. MAGALHÃES, Joaquim Romero, "A construção do espaço brasileiro", *In* História da expansão Portuguesa, vol. 2, Círculo de Leitores, Lisboa, 1998, pp.36-37, quando diz que: "Tendo a Companhia de Jesus um como que sentimento de posse relativamente ao Brasil e às suas gentes, o interesse dos padres passava por que houvesse um pleno conhecimento do que por lá iam fazendo. O que nem sempre garante o integral valor das informações. No entanto, transparecem notas do maior interesse em que a edificação das almas não implica distorções piedosas – como o número de catecúmenos, sempre exagerado, ou os entusiásticos resultados da evangelização, sempre provisórios. O desânimo também emerge. Os Jesuítas não se limitavam, porém, a apresentar as suas obras e feitos. Homens cultos, de formação humanista, procuravam entender e explicar o que viam e observavam".

Enfim, buscou-se traçar um quadro cultural de reodernação do Direito no conjunto das práticas sociais que o determinaram diante do fenômeno religioso, de forma generalizante. E não só, levando-se em conta a nova história, que não se ocupa mais com a narração de acontecimentos, mas, em principal, das mudanças estruturais, desde os mínimos detalhes, recuperando a experiência histórica das pessoas comuns e das mentalidades coletivas, reconhecendo a realidade por todas as representações, preconceitos e estereótipos que a envolvem, rompendo-se com o paradigma tradicional da suposta objetividade dos fatos que não existe, como uma forma de repensar e reordenar a tradição normativa, com o propósito de analisar criticamente as fontes e experiências culturais passadas para um processo aprendizagem, de conscientização e emancipação [7], entre Direito e Religião no Brasil.

2. Definições e objetos de estudos

a) Direito e Religião (Conceitos)

A religião apresenta uma importância tão grande na vida do homem que parece impossível dissociá-la da mesma, de quaisquer prismas de estudo, pois a mesma resta presente na organização da sociedade. Não se podendo estudar a evolução histórica dos povos dissociada do elemento religioso[8].

Conceituar religião não parece fácil. As etimologias mais apontadas para essa palavra são a de Cícero (*relegere*), de Augusto de Hipona (*reeligere*) e de Lactâncio (*religare*)[9]. Para Cícero a vida religiosa aparece como reflexão e cumprimento escrupuloso dos deveres diante de potências superiores. De forma que, os romanos se situaram frente a divindade como um contraente frente ao outro. Lactâncio atrela essa palavra ao vínculo de piedade paterno-filial, atrelando-a ao cristianismo. Augusto de Hipona entende-a como "nova eleição", um retorno amoroso a Aquele que, por negligência, o homem havia abandonado. Tomás de Aquino vê na religião, em sua obra Suma Teológica, seu caráter essencial de virtude, seu conteúdo específico e adoção de um estado ou modo de vida. Mas, outros autores quiseram dar seus conceitos. Lord Herbert de Chernes aponta as características universais da religião como a

[7] Cf. BURKE, Peter (org.). A Escrita da História: Novas Perspectivas. São Paulo: UNESP, 1993, pp. 19-20.
[8] No sentido da importância da religião na vida das sociedades humanas, ver: ADRÃO, Paulo Pulido. A Liberdade Religiosa e o Estado. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 13.
[9] Cf. FERRER, J. *Filosofía de La Religión.* Madrid: Palabra, 2001, pp. 18-19.

crença a um poder supremo externo ao mundo, dever do mesmo ser reverenciado, a inclusão da piedade e da santidade de vida no culto ou reverência ao lado das cerimônias externas, a existência de penas e prêmios depois da vida. Simplificando, E. B. Tylor entende a religião como a crença em "seres espirituais", não materiais, o que não é aceito por J. G. Franzer, por esse entendimento não permitir a diferenciação do religioso do mágico. Por sua vez, R. Otto vislumbra na religião um *mysterium tremendum et fascinans*, conceito complexo que vislumbra não só uma crença em um poder sobrenatural, mas uma singular experiência desse poder. Para Durkheim ela é um sistema unificado de crenças e práticas, relativas a coisas sagradas, que une os homens numa única comunidade chamada Igreja. Bronislaw Malinowski menciona que a religião está relacionada de forma intrínseca e indireta com as necessidades fundamentais ou biológicas do homem. Paul Tillich vê a mesma como o assunto ou preocupação radical ou definitiva. Para Clifford Geertz a religião envolve um sistema de símbolos que atua para estabelecer sentimentos e motivações, fortes, dominantes e prolongados nos homens, com formulação de concepções de ordem geral da existência, as quais ganham, revestidas com a aura de fatos, mostram-se como reais[10].

O avançar na investigação de novas culturas e etnias com os intentos de uma definição ampla, baseados numa origem comum, fracassaram ante os dados crescentes sobre os conteúdos das religiões[11]. Assim, diante do emaranhado de conceitos de religião, fora adotado um conceito amplo da mesma no presente trabalho, onde foram aceitas as manifestações, cultos, religiosidades indígenas e negras originais, ou mesmo com as aculturações ocorridas, ao lado da igreja católica oficial, com um sistema organizado, juntamente com as protestantes e dos judeus, considerando-se também as alterações ocorridas nas mesmas ao longo do tempo.

Apesar do uso do termo religião ser apropriado pelo cristianismo para diferenciar-se de outras religiões falsas[12], não se pode negar, de forma geral, que a mesma estabelece um modelo de comportamento (ética), comporta rituais, tidos como essenciais, apresenta explicações da realidade, formas de interpretação no

[10] Cf. LOZANO, Rafael Palomino. Religión y Derecho Comparado. Madrid: Iustel, 2007, pp. 112-117.
[11] Cf. K.-H. Ohlig. La Evolución da la conciencia religiosa (trad. De M. Villanueva Salas). Barcelona: Herder, 2004, p. 19.
[12] Nesse sentido: D. MERKUR. "The Exemplary Life". *What is Religion? Originis, Definitions & Explanations*, p. 78, citado por LOZANO, Rafael Palomino. Religión y Derecho Comparado. Madrid: Iustel, 2007, p. 117.

âmbito religioso e crenças sobre o divino (dogmática). Ainda, pode ter dimensão política, quando o impulso religioso é capaz de promover reformas ou transformações sócio-políticas. É marcada pela atitude pessoal no homem e é orientada ao sobrenatural ou ao divino[13].

Definir Direito, igualmente, não é tarefa das mais simples. Para se ter uma idéia para Kant "Direito é o conjunto de condições pelas quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro, segundo uma lei geral de liberdade" [14]. Para Ehrlich "o direito é ordenador e o suporte de qualquer associação humana e, em todos os lugares, encontramos comunidades porque organizadas" [15]. Por sua vez, Hans Kelsen define direito nos seguintes termos: "o direito se constitui primordialmente como um sistema de normas coativas permeado por uma lógica interna de validade que legitima, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas que lhe integram" [16]. Já Miguel Reale diz ser o direito "a realização ordenada e garantida do bem comum, numa estrutura tridimensional bilateral atributiva" [17]. Nesse sentido, percebe-se que Kant vê o Direito por uma ótica moralista, Ehrlich por uma sociológica, kelsen pelo prisma do normativismo e Miguel Reale por três aspectos inseparáveis e distintos, o *axiológico* (que envolve o valor de justiça), o *fático* (que trata da efetividade social e histórica) e o *normativo* (que compreende o ordenamento, o dever-ser).

Muitos doutrinadores e filósofos desafiam essa conceituação, parecendo que essa discussão não tem fim, pelo próprio conceito de Direito ser tão plural, dinâmico, temporário e guardar atualidade com o tempo em que se situa, por reforçar e legitimar as estruturas de poder existentes numa determinada sociedade. Importa abreviar que, para a História do Direito interessa todo esse complexo de relações. Não sendo por demais assinalar que "o Direito não é uma ordem estática e acabada. É antes dinâmica, porque necessariamente se manifesta na acção"[18].

---

[13] Cf. LOZANO, Rafael Palomino. Religión y Derecho Comparado. Madrid: Iustel, 2007, p. 117-120.
[14] KANT, Emmanuel. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 80.
[15] EHRLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 24-25.
[16] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984, p. 57.
[17] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Bushatsky-Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 88.
[18] ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. refundida. Lisboa: Almedina, 2006, p. 14.

b) Direito e Religião (Relação Poliédrica)

A relação entre Direito e Religião não é uma das mais simples, ora um nega o outro, ora se apóia, ora silencia (relação poliédrica) [19]. O Direito aparece regulamentando os limites do exercício religioso de forma a preservar essa liberdade ou não, dependendo das sociedades e do tempo a que se refere. Inegavelmente, Direito e Religião se encontram em contínua interação ao longo da história[20].

Religião desde os primórdios ocupara um papel central na vida do povo, lado a lado, com a definição de outros elementos do Estado[21]. Não sendo de se estranhar que nas sociedades arcaicas, o direito mostra-se fortemente impregnado de religião[22]. Ainda, que no mundo, em vários lugares, o próprio Estado fora amoldado pela religião, ganhando peculiaridades próprias[23].

O direito canônico tivera uma importância crucial na evolução do direito ocidental, perdendo influência com a laicização dos Estados e a Revolução Francesa[24]. Nesse sentido, não se pode deixar de reconhecer a sua relevância no que se refere às instituições e à cultura jurídica, pois "na esfera das instituições, especialmente no processo e no conceito de jurisdição. É dele que parte a reorganização completa da vida jurídica européia, e as cortes, tribunais e jurisdições legais, civis, seculares, principescas, serão mais cedo ou mais tarde influenciadas pelo direito canônico. O processo do ius commune, que dominará a Europa até o século XVIII é fundamentalmente criação também dos canonistas. Quando contrastamos a tradição continental, da qual descende boa parte do direito brasileiro, com a tradição inglesa, vemos o quanto sobreviveu do procedimento inquisitorial (em oposição adversarial). Na esfera da cultura, serão os canonistas a formular critérios de racionalização e formalização do direito. Dos

---

[19] Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar. Religião e Estado de Direito. Uma visão panorâmica. Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. Vol. II. Lisboa: Faculdade de Lisboa, Coimbra Editora, ano 2006, pp. 429-445.

[20] Nesse sentido: LOZANO, Rafael Palomino. Religión y Derecho Comparado. Madrid: Iustel, 2007, p.37.

[21] Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Op. cit.*, p. 434.

[22] Cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 35.

[23] Podem citados como exemplos disso, dentre dezenas que existem, só para abreviar, os Estados de inspiração religiosa direta, com monarquias teocráticas, com atribuição da função religiosa aos reis, em alguns casos, adorados como deuses, como se deu na Mesopotâmia, Egito ou Israel, com suas peculiaridades locais, bem como no Estado Grego e no Romano quando predominaram, dentro das religiões politeístas professadas, concepções também teocráticas, conforme o Prof. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Op. cit.*, pp. 434-435.

[24] No mesmo sentido: GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 17.

canonistas sai a primeira classe de juristas profissionais com uma carreira assegurada na burocracia eclesiástica. Se a tudo isso somarmos a influência que a vida da Igreja tem no Ocidente medieval, seja nas cortes seja no cotidiano das aldeias e paróquias, vemos que o direito canônico, como disciplina da vida, dissemina-se capilarmente na sociedade"[25].

Na origem do Ocidente, o Direito, o Poder, a Religião, aparecem intrinsecamente unidos, independendo-se de forma progressiva[26]. Na idade média, após o predomínio da religião cristã na Europa, haverá a afirmação de estruturas próprias do poder político e religioso, os quais vão se diferenciando gradualmente, o que não impedira a interferência mútua, mercê de outros tantos fatores histórico-políticos, entre um e outro. Por sua vez, na idade moderna, abre-se o caminho para o regalismo, caso em que o Estado, tendo uma religião oficial, produz legislação de natureza religiosa. Finalmente, com a idade contemporânea se estabelecem os fundamentos da laicidade, com separação entre Estado e Igreja, ou Direito e Religião[27].

3. O Brasil Colonial (1500-1822)

II. O Rei, sua Religião e o "povo"

A difusão do catolicismo nas terras brasileiras resultou das preocupações espirituais do rei D. João III (1521-1557), chamado de "o Piedoso", o qual procurara religiosos para realizarem trabalhos missionários nos territórios ultramarinos apossados no decurso das viagens de descoberta e expansão marítima promovidas pelos seus antecessores no trono desde as primeiras décadas do século anterior[28], encontrando nos jesuítas o meio para realização de seu programa político de cristianização do mundo ultramarino[29].

Ao tempo do descobrimento do Brasil, Portugal era um país uniformemente católico, onde o modelo de cristandade medieval

[25] LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. Lições Introdutórias. 2ª ed. Max Limonad, 2002, pp. 84-85.
[26] PAZ, J. A. Souto. *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho Comparado*. Madrid: Marcial Pons, pp. 15-20.
[27] Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Op. cit.*, pp. 429-445.
[28] Cf. FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. I. Lisboa: Gradiva, 2006, p. 87.
[29] Cf. BARRETO, Luís Filipe. Os Descobrimentos e a ordem do Saber: uma Análise Sociocultural. Lisboa, 1987, p. 39.

mantinha-se praticamente íntegro, sendo o religioso o elemento unificador da sociedade[30]. Não sendo de se estranhar que, no período da monarquia limitada pelas ordens ainda dominava a teoria teocrática, pela qual os reis recebiam o seu poder de Deus[31].

D. João III, por sua religiosidade, pela afeição aos jesuítas, aliado ao seu intento de cristianização das terras descobertas, dispensara proteção política, financiamento econômico e recomendação diplomática aos mesmos[32]. Por assim dizer, patrocinara a difusão do catolicismo no território brasileiro, impondo-a como de direito sob os auspícios da Coroa, desprezando as religiosidades locais encontradas e as convicções, nesse sentido, dos colonos.

Não se podendo esquecer que essa religiosidade oficial de Portugal, na época, a qual conseguira transpor-se, sobremaneira para o Brasil, tem raízes mais profundas e complexas, decorrendo de todo um passado histórico marcado pela influência da igreja católica. Disso, explica-se o nascimento do Brasil como "Terra de Vera Cruz" e o seu apoderamento por Pedro Álvares Cabral, em nome do rei D. Manuel I, "grão-mestre da Ordem de Cristo e patrono da Igreja do Novo Mundo e da santa fé católica", que controla todos os negócios eclesiásticos, a partir de 1483[33], a celebração da primeira missa por frei Henrique Coimbra[34] e a menção na Carta de Pero Vaz de Caminha da importância da empreitada no "acrescentamento da nossa fé"[35]. Assim, a igreja chancelava a descoberta e dominação das novas terras.

Mas entender essa dinâmica de correlação não é bem simples. Passa pela idéia de patronato dos detentores do poder temporal sobre as instituições eclesiásticas, desde o Edito de Milão, como conseqüência da evolução da igreja. O direito inicial dos senhores apresentarem candidatos aos cargos eclesiásticos (direito de apresentação) vai tornar-se a essência do patronato, incluindo

---

30 Cf. TAVARES, Maria José Pimenta Ferro. Judaísmo e Inquisição. Estudos. Lisboa, 1987, pp. 17 e ss.

31 Cf. GODINHO, António & CAEIRO, Francisco. História do Direito Português. 2ª ed. Coimbra, 1915, p. 124.

32 Cf. FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. I. Lisboa: Gradiva, 2006, pp. 88-89.

33 Nesse sentido: ALVES, Marcio Moreira. A Igreja e a Política no Brasil. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1978, p. 07.

34 Em 1531, frei Henrique Coimbra presidira o primeiro auto-de-fé de Portugal, onde pessoas tidas como hereges foram queimadas na praça de Olivença. *In* WEFFORT, Francisco C. Formação do pensamento político brasileiro: idéias e personagens. São Paulo: Ática, 2006, p. 17.

35 Cf. COUTO, Jorge. A construção do Brasil. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 95.

"os direitos honoríficos, os direitos utilitários e as obrigações". Ainda, a figura do patronato que se restringia sobre os territórios da Europa e do ultramar, passa a exigir a intervenção do Papa. Assim, "já não se trata apenas de reconhecer direitos materiais e espirituais em territórios conhecidos, com populações cristianizadas", mas de, verdadeiramente, "proceder à partilha de um mundo desconhecido para evitar que dois reinos cristãos se batam por ele"[36]. Nesse sentido, os reis recorrem à igreja para darem legitimidade aos seus domínios.

Nesse contexto, vale registrar a Bula *Inter Caetera* ou *Inter-Coetera* (1493) e o Tratado de Tordesilhas (1494), pois em ambos os instrumentos o Papa espanhol Alexandre VI exercera papel fundamental, dividindo o mundo entre Portugal e Espanha. Pela primeira, concedera as terras descobertas ou a descobrir a oeste de uma linha que passava a 100 léguas das ilhas de Açores e de Cabo Verde a Suas Majestades católicas. Pelo segundo, garantiu que os soberanos de Portugal e de Espanha aceitassem a partilha do mundo entre eles, respeitando-se a fronteira das terras a 370 léguas a oeste da ilha mais ocidental do arquipélago de Cabo verde[37].

Também, a bula *Universalis Eclesia*, de 1508, representara uma dessas facetas da sujeição da igreja ao rei. Por ela, a esse último fora permitido propor não só a criação de cargos eclesiásticos de toda espécie, bem como nomear os seus titulares, levantar dízimo do culto, controlar as comunicações entre as autoridades eclesiásticas e o Papa e vice-versa e dar ou recusar autorização de publicar as atas pontifícias. Dessa forma, a estrutura da igreja estava sob a tutela administrativa do rei e dependente do tesouro real[38].

No Brasil, no período colonial e no Império, o padroado manteve-se, pontuando a intromissão do poder civil na Igreja[39] e também desta naquele. Valendo lembrar que, no período colonial, as atribuições e jurisdições do padroado envolviam duas instâncias do reino português, a Mesa de Consciência e Ordens (questões religiosas) e o Conselho Ultramarino (administração civil e comércio), grosso modo.

O ambiente real favorecia a difusão do catolicismo nas terras brasileiras. Dessa forma, a religião do rei passava para o povo como parte do seu próprio poder de governar. Traçava-se um parâmetro religioso de colonização, pela catequização e conversão de almas.

---

[36] Cf. ALVES, Marcio Moreira. A Igreja e a Política no Brasil. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1978, pp. 07-08.
[37] Cf. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 08.
[38] Cf. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 08.
[39] Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 118.

Não sendo à toa a afirmação de Marcio Moreira Alves de que "as decisões pontifícias sobre o Novo Mundo determinaram os primeiros limites do Brasil, a natureza do seu regime político e o caráter da sua Igreja antes mesmo de o país ser oficialmente descoberto"[40].

O povo não era visto como tal e essa figura devia ser criada. A visão de Antônio Vieira de que "cada família é uma república", referindo-se ao Brasil da época, sobre a inexistência do povo, fora continuada em diante[41].

III. A Contra-Reforma e o seu sentido de religiosidade na terra *brasilis* colonial: Dilatação da Fé e do Império

Falar de Direito e Religião no Brasil significa, antes de tudo, abordar o contexto mundial em que ambos situavam-se no país no momento da colonização.

O sentido da evolução da religião no Brasil deve ser compreendido dentro do paradigma europeu da contra-reforma onde a igreja católica busca reconquistar pelas armas os territórios protestantes e a conversão dessas massas por toda uma série de meios[42], tais como pela construção de igrejas, criação de seminários, universidades, colégios, dentre outros. Nesse sentido, não se pode dissociar a história da religião e do Direito no Brasil dos antecedentes da reforma protestante sob a ótica da colonização onde os abusos cometidos pela igreja católica, a nova visão de mundo trazida com o pensamento renascentista, ao lado de uma burguesia comercial insatisfeita com a igreja e dos reis descontentes com a intromissão do papa nos assuntos que antes eram tidos como lhes afetos, criaram um cenário de vários questionamentos sobre o catolicismo romano, acabando por gerar conflitos e guerras religiosas. E não só, mas por abrirem espaços a fundações de novas religiões como o Luteranismo e Anglicanismo, as quais ameaçavam

---

[40] ALVES, Marcio Moreira. A Igreja e a Política no Brasil. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1978, p. 09.

[41] Cf. WEFFORT, Francisco C. Formação do pensamento político brasileiro: idéias e personagens. São Paulo: Ática, 2006, p. 29. Nesse sentido: *"Não éramos uma nação, pois a nação não se configura historicamente sem a sua substância que é o povo", In* RAMOS, Guerreiro. O problema nacional do Brasil. Rio de Janeiro: Saga, 1960, pp. 21-22; *"No Brasil, por efeito do maldito sistema de trabalho por escravos, a população é composta de maneira que não há uma classe que se constitua verdadeiramente o que se chama povo"*, expressão contida na 'Memória' de João Severiano Maciel da Costa, de 1821, da Imprensa da Universidade de Coimbra, repetida por Louis Couty, posteriormente, *In* MARTINS, Wilson. História da inteligência brasileira. Vol. 02. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992, p. 105.

[42] Nesse sentido BAUMGARTNER, Mireille. A Igreja no Ocidente. Das origens às reformas no século XVI. Lisboa: Edições 70, LDA, 2001, p. 245.

a posição antes ocupada pela igreja católica, como única verdadeira de Deus na Terra. A Igreja católica frente a esses episódios, em busca da reconquista de fiéis e manutenção de sua hegemonia, acaba por se utilizar da inquisição, da Companhia de Jesus e do Concílio de Trento (1545-1563). Isso sem contar *O Index*, que estabelece censura e faz queimar livros tidos como heréticos.

Preocupados com os avanços do protestantismo e com a perda de fiéis, bispos e papas reúnem-se na cidade de Trento (Concílio de Trento) com o objetivo de traçar um plano de reação. No mesmo ficara definido: Catequização dos habitantes de terras descobertas, através da ação dos jesuítas; Retomada do Tribunal do Santo Ofício (Inquisição) para punir e condenar os acusados de heresias; e Criação do *Indux Librorium Proibitorium* (índice de livros proibidos) para evitar a propagação de idéias contrárias à Igreja Católica.

Vê-se nesse período um rei ávido pela manutenção do seu poder político e a igreja querendo manter o seu poder espiritual diante das crises, convulsões e novas doutrinas religiosas difundidas na Europa. Assim, teve o Brasil sua origem católica.

Na época, com as contestações da Holanda, França[43] e Inglaterra, sobre a divisão do mundo entre Portugal e Espanha, essas últimas tiveram que lançar mão do povoamento para fazer valer seus interesses. E não sendo esse suficiente, empreenderam ação militar e religiosa. Foi o que ocorrera no Brasil para conquista do litoral, o qual estava sob a ameaça dos franceses, aliados dos Tupinambá, inimigos dos Tupininquim, por sua vez, aliados dos portugueses. A dominação era feita da seguinte forma: repelia-se o rival pelas armas e fundava-se uma fortificação, após isso, eram enviadas missões religiosas para pacificação dos indígenas, que se não fosse possível, fazia-se à força[44]. Nesse sentido, desde o início, a conquista do Brasil esteve ligada ao catolicismo e a ação religiosa, católica, de regra, funcionara a favor da ocupação do território.

O Brasil fora "formado pelas vicissitudes históricas da última Idade Média e do curto Renascimento vivido pelos países ibéricos, bem como pela Contra-Reforma e pela longa decadência dos séculos seguintes". A tradição das cruzadas, as campanhas da Reconquista, a busca de novas regiões para o domínio, o saque e a

[43] É conhecida a afirmação do rei Francisco I (1494-1547), da França, que lhe exigia "que lhe mostrassem a cláusula do testamento de Adão que o excluía da partilha do Mundo", *In*: COUTO, Jorge. A construção do Brasil. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 200.

[44] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. História do Brasil no contexto da história ocidental: ensino médio. 8ª ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Atual, 2003, p. 120.

cobiça de riquezas – eis o complexo de motivos que movia os homens nos séculos XV e XVI, até inícios do XVII, época dos descobrimentos e das conquistas[45]. Pelos portugueses colonizadores o Brasil nunca foi visto como uma verdadeira nação, mas sim como uma empresa temporária, uma aventura, em que o enriquecimento rápido, o triunfo e o sucesso eram os objetivos principais. Estas eram as reais intenções dos colonizadores, não obstante o discurso simulado e cínico da necessidade de levar a palavra cristã aos pagãos. Em lugar de uma evangelização, houve uma completa heresia e desrespeito aos ensinamentos do cristianismo originário[46].

IV. O Direito e a Religiosidade preteridas

a) O Indígena[47]

Na chegada dos colonizadores os nativos já tinham seus cultos e crenças, porém isso não fora aceito[48]. Partindo-se de uma visão etnocêntrica[49], o colonizador via que os índios não tinham "Fé, nem Lei, nem Rei"[50]. Porém, isso tem mudado recentemente com os estudos feitos por antropólogos, etnólogos, sociólogos, juristas e profissionais correlatos, em torno da cultura geral dos

---

[45] WEFFORT, Francisco C. Formação do pensamento político brasileiro: idéias e personagens. São Paulo: Ática, 2006, pp. 17 e 34.

[46] CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 212.

[47] Estima-se que, no momento da chegada dos portugueses no Brasil, existiam dois milhões de índios. Nesse sentido: SILVA, Francisco Teixeira da. Conquista e Colonização da América Portuguesa. O Brasil Colônia – 1500/1750. *In* História Geral do Brasil. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 64. No sentido de existirem um milhão a cinco milhões de índios: COUTO, Jorge. A construção do Brasil. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 62. Tomé de Souza, primeiro governador-geral do Brasil, dizia que eram tantos "que ainda que os cortassem em açougue nunca faltariam", *In:* AZEVEDO, João Lucio de. Os jesuítas no Grão-Pará. *Del sentimiento tragico dela vida.* Madrid: Akal Editor, 1983. Lisboa: Tavares Cardoso, 1900, reedição da Secult, Governo do Pará, 1999, p. 129.

[48] Mesmo apontando a existência de um direito penal indígena, não houve influência do mesmo no Direito Lusitano, segundo GONZAGA, João Bernardino. O Direito Penal Indígena: à época do descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, s/d., pp. 11-15.

[49] "Etnocentrismo jurídico" denomina-se a posição de vários autores que vinculam o Direito ao Estado, como bem assevera CHASE-SARDI, Miguel. El derecho consuetudinário indígena y su bibliografia antropológica em El Paraguay. Asunción: Universidad Católica, 1990, p. 49.

[50] Foram nesse sentido as afirmações de: GANDAVO, Pero de Magalhães. Tratado da Terra do Brasil. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980, p. 52; e D'ABBEVILLE, Claude. História da missão dos padres capuchinhos na Ilha do Maranhão e terras circunvizinhas. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975, p. 255.

povos pré-colombianos, ágrafos, os quais demonstram que "o direito indígena não estava de acordo com os padrões do direito europeu"[51], mas nem por isso deve ser visto como inexistente ou desprezível, por não possuir "instituições tais como são definidas nos sistemas romanistas ou do *common Law*, por exemplo a noção de justiça, de regra de direito (*rule of law*), de lei imperativa de responsabilidade individual"[52]. Eram "povos de origem tribal em diferentes estágios culturais, todos eles beirando, porém, o neolítico, despossuídos por completo de uma regulamentação realmente jurídica, mas antes dominados ainda pelo império da norma indiferenciada de cunho sagrado"[53].

Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada como parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um Direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social[54].

A catequização dos nativos, ou seja, suas conversões ao catolicismo fora vista como imperativa pelos colonizadores, como forma de pô-los na "civilidade" e na "sociedade", recorrendo-se às ordens e apoio da Coroa para fazê-lo, a qual chegara a recorrer à força e às leis, não se podendo afirmar que houve aceitação geral pacífica da religiosidade alienígena pelos indígenas perplexos com a novidade[55]. Nesse sentido, a influência do catolicismo, o poder da

---

[51] COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena. Tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 1999, p. 20.

[52] GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 36.

[53] MACHADO NETO. A. L. Sociologia jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 311.

[54] WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 17.

[55] Inúmeros tipos de resistências indígenas podem ser citados: A dos Tamoios, no Rio de Janeiro; A "Guerra do Gentio", iniciada no começo do século XVII até a segunda metade do século XVIII, com ataques dos índios contra as vilas de Cairu, Jequiriçá, Ilhéus e Maragojipe; dentre outros. Isso, sem contar as dificuldades para evangelizá-los, pela inconstância desses povos: *"concordam com tudo e logo mudam de idéia"* (NÓBREGA, Manuel da. Cartas do Brasil. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1988, p. 231); *"mui inconstantes e mutáveis; crêem de ligeiro tudo aquilo que lhes persuadem, por dificultoso e impossível que seja, e com qualquer discussão facilmente o tornam logo a negar"* (GÂNDAVO, Pero de Magalhães. História da província Santa Cruz. Lisboa: Assírio e Alvim, 2004, pp. 97-98).

Coroa e das leis fora decisivo para os rumos que o direito e a religião tomariam naquelas terras novas.

Valendo destacar que, os nativos foram vistos como objeto de proteção jurídica[56], coisa. O "bandeirismo de preação", prática ocorrida no início do século XVII, significara justamente isso, a coisificação dos autotócnes. Diante da crise de mão-de-obra no Brasil e os engenhos da Bahia necessitando desse tipo de trabalho, os bandeirantes intensificaram as capturas de índios, já usados pelos mesmos em suas terras como escravos, atacando as missões jesuíticas espanholas de Tapes, Itatins e Guairá. A coroa espanhola que via naqueles aldeamentos a importância estratégica para a ocupação do sul, com o recurso poderoso da catequização, fora surpreendida pelos bandeirantes[57], os quais aprisionavam essa mão-de-obra escrava, disciplinada pelos jesuítas com intuito de comercialização. Após a regularização do abastecimento de escravos, com a expulsão dos holandeses e recuperação dos domínios africanos por Portugal, esse bandeirismo não se ocupara mais desse tipo de escravização indígena[58].

Coisificação nem sempre aceita, como prova a "Guerra dos Bárbaros ou Confederação dos Cariri", em que os indígenas, no Rio Grande do norte, opuseram-se à escravidão e lutaram com os colonizadores por, aproximadamente, dez anos[59].

Mas falando em bandeiras ou bandeirismo, que buscava apresar e evangelizar índios, nas mesmas era obrigatória a figura do capelão, como disse Domingos Jorge Velho, em 1692: "Meu Capelão saiu para fora estando eu para sair para a Campanha (...) Mandei-o buscar; não quis vir; (...) Sem ele morreram-me três homens brancos sem confissão, cousa que mais tenho sentido nesta vida; peço-lhe pelo amor de Deus me mande um clérigo em falta de um frade, pois se não pode andar na campanha e sendo com tanto risco de vida sem capelão"[60]. Assim, misturava-se fé e império, naqueles primeiros tempos de Brasil.

---

[56] Cf. MACHADO NETO, A. L. Sociologia Jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 309-310.

[57] Os bandeirantes viviam da caça e do apresamento de índios e da busca de metais preciosos no interior do Brasil e contribuíram na expansão territorial além da linha de Tordesilhas.

[58] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. História do Brasil no contexto da história ocidental: ensino médio. 8ª ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Atual, 2003, pp. 121-122.

[59] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, pp. 122-123.

[60] ABREU, J. Capistrano. Capítulos de história colonial. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp, 1988, p. 143.

As historiografia brasileira carece de uma leitura sobre os conflitos existentes entre os índios, colonos e colonizadores, sob o ponto de vista da religiosidade, posto que as afirmações genéricas sobre essas causas costumam se restringir à implantação agrícola do colono[61] e, simplesmente, à escravização do autóctone. De certa forma, os indígenas estavam mais afastados do estigma social da escravidão, chegando a ser dispensada aos mesmos uma liberdade tutelada ou protegida, diferentemente dos negros[62]. Aos mesmos, num primeiro momento, fora dispensada a imagem do "bom selvagem"[63]. Mas isso não apagara, nos primeiros tempos, o estigma existente dos portugueses, iguais entre si pela origem nacional, aparecerem superiores aos povos conquistados[64].

b) O negro

Os negros levados para o Brasil estavam na condição de escravos, portanto, não sendo permitido-lhes contribuir para o direito e suas religiosidades eram vistam na marginalidade, por estarem na condição de coisa, de objeto[65]. Para se ter um idéia "os pretos e descendentes de pretos, esses continuavam relegados, ao menos em certos textos oficiais, a trabalhos de baixa reputação, os *negros jobs*, que tanto degradam o indivíduo que os exerce, como sua geração"[66]. Também, é conhecido o caso do índio que ocupava o posto de capitão-mor e teve baixa pelo vice-rei do Brasil por ter casado com uma negra[67].

c) Os quilombos e reduções indígenas

Ao lado dos indígenas e dos negros, os primeiros reconhecidos como integrantes de várias nações, com direito próprio, existentes no vasto território brasileiro e os segundos como escravos africanos, desintegrados de suas culturas originais,

---

[61] No sentido de que as guerras com os índios foram conseqüência direta da implantação agrícola do colono: SILVA, Francisco Teixeira da. Conquista e Colonização da América Portuguesa. O Brasil Colônia – 1500/1750. *In* História Geral do Brasil. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 58.

[62] Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 56.

[63] Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 56.

[64] Cf. WEFFORT, Francisco C. Formação do pensamento político brasileiro: idéias e personagens. São Paulo: Ática, 2006, p. 36.

[65] Cf. MACHADO NETO, A. L. Sociologia Jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 309-310. No mesmo sentido: CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 214.

[66] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 56.

[67] Cf. Portaria de 06 de agosto de 1771. *In:* LISBOA, João Francisco. Obras. III. São Luís do Maranhão: 1866, pp. 383 e ss.

drasticamente pela migração e servilismo, os quilombos de negros e as reduções indígenas, orientadas por jesuítas, aparecem como formas primárias de um "Direito insurgente, eficaz, não estatal"[68].

A subjulgação do negro diante de sociedade escravagista, de negação da sua cultura, os mais diversos tipos de violências a que fora impingido e a defesa de legitimidade da escravidão pela elite dominante fizeram surgir os quilombos[69], locais onde negros se refugiavam e acabavam por inaugurar um direito próprio, clandestino diante do oficial, entre os séculos XVII e XVIII.

O quilombo de Palmares retrata bem esse exemplo de exceção ao direito oficial, como estrutura político-econômica organizada de resistência, defesa e sobrevivência ao escravagismo colonial, com fundamento no igualitarismo e participação comunitária[70], mantida com a agricultura e criação de animais de subsistência, com sociedade livre regida por usos e costumes consagrados, dando-se o uso da terra em pequenas dimensões, rejeitando-se o latifúndio sesmeiro, ficando o excedente da produção para o Estado para a riqueza social e defesa do sistema[71]. Lá, podiam praticar seus cultos com liberdade. Por fim, o Estado não reconhecera essa organização como legal, confrontando-o com expedições militares[72]. Decisivo para a repressão oficial fora a escassez de mão-de-obra com a expulsão dos holandeses, em 1654, e o estímulo para a fuga de escravos que Palmares gerava[73]. Apenas em 1694, o quilombo fora destruído pela expedição do governo, tendo o bandeirante Domingos Jorge Velho sido contratado para a ação[74], com seus quase oito mil homens[75].

Nos séculos XVII e XVIII, as chamadas reduções indígenas, em territórios atuais do Paraguai, Argentina e Brasil, aparecem como um sistema comunal missioneiro da terra incentivado pelos

---

[68] ALFONSIN, Jacques Távora et alli. Negros e Índios no Cativeiro da Terra. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989, p. 20.
[69] WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 56.
[70] WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 56.
[71] MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. 7ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, pp. 38-39.
[72] Com o Alvará de 10 de março de 1682 foram determinadas várias providências para chamar os quilombolas aos trabalhos nos engenhos e propriedades agrícolas, de onde haviam fugidos, assegurando-lhes a prescrição do domínio dos senhores, no prazo de cinco anos, a contar do dia em que voltassem ao convívio do povo, cfe. TRÍPOLI, César. História do Direito Brasileiro. Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 110-144.
[73] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 153.
[74] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 153.
[75] Cf. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. Escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social. Rio de Janeiro: Cultura, 1866, pp. 31 e seguintes.

jesuítas espanhóis com índios guaranis reduzidos[76], onde as práticas político-legais européias associado ao solidarismo indígena[77] gera uma estrutura de controle e punição distinta da tradição européia, já que não castigava na proporção do delito, mas na medida da recuperação do infrator[78]. Nesse sistema, os jesuítas eram juízes e tribunais no interior das reduções, onde aplicavam a Lei das Índias, estando a serviço da coroa espanhola, sendo-lhes facultado por concessão do Papa Paulo III, a elaboração[79] de estatutos ou normas para suprir falta nos casos de insuficiência e inadequação[80].

V. O Direito e a Religião como práticas não rigorosas

O catolicismo nas terras brasileiras experimentara um "relaxamento usual", conforme já mencionado antes, muito apontado pela sujeição da Igreja Católica ao poder civil. Não sendo à toa que, "em conseqüência do grão-mestrado da Ordem de Cristo, sobretudo, depois de confirmada em 1551 por sua santidade o papa Júlio III, na bula *Praeclara carissimi*, sua transferência aos monarcas portugueses com o patronato nas terras descobertas, exerceram estes, entre nós, um poder praticamente discricionário sobre os assuntos eclesiásticos. Propunham candidatos ao bispado e nomeavam-nos com cláusula de ratificação pontifícia, cobravam dízimos para dotação do culto e estabeleciam toda sorte de fundações religiosas, por conta própria e segundo suas conveniências momentâneas. A Igreja transformara-se, por esse modo, em simples braço do poder secular, em um departamento da administração leiga ou, conforme dizia o padre Júlio Maria, em um *instrumentum regni*[81]. Mesmo assim, nem todos os religiosos concordaram com essas intromissões, no período colonial e no império, havendo revolta por parte do clero[82]. Essa zona de um "rigor aberto", não exclusiva no tratamento da igreja, envolvia a sociedade como um todo, como sublinhara Sérgio Buarque de

[76] Cf. RUSCHEL, Ruy Ruben. "O Direito de Propriedade dos índios Missioneiros". *In*: veritas. Porto Alegre: PUC, v. 33, n. 153, março 1994, p. 107.
[77] WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 53.
[78] Cf. BRUXEL, Arnaldo.Os Trinta Povos Guaranis. 2ª Ed. Porto Alegre: EST/Nova Dimensão, 1987, p.54.
[79] Os jesuítas elaboraram regras específicas "para a sua circunstância local e estas normas que compuseram o corpo legislativo das reduções foram recolhidas no Livro de Ordens que cada padre devia ter em sua redução, e que, seguindo-o, não daria lugar para improvisações que fizessem diferentes os sistemas administrativos de cada povo, com vistas a alcançar uma uniformidade (...)", conforme diz HERRERO, Beatriz Fernández. La Utopía de América: Teoría, Leyes, Experimentos. Barcelona: Anthropos, 1992, pp. 322-323.
[80] WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 55.
[81] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 118.
[82] Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, pp. 118-119.

Holanda "sinuosa até na violência, negadora de virtudes sociais, contemporizadora e narcotizante de qualquer energia realmente produtiva, a "moral das senzalas" veio a imperar na administração, na economia e nas crenças religiosas dos homens do tempo. A própria criação do mundo teria sido entendida por eles como uma espécie de abandono, um languescimento de Deus"[83].

Nesse quadro havia a família colonial, a qual aparecia numa dimensão onde o Estado não se intrometia, em geral. Como observou Sérgio Buarque de Holanda: "nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para a sua tirania. Não são raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso"[84].

As medidas que visavam impedir a influência dos negros na colônia, como a ordem régia de 1726, a qual proibia o exercício de cargos municipais a qualquer mulato até a quarta geração e a brancos casados com mulheres de cor, tendiam a serem letras mortas diante da tendência para um abandono das barreiras sociais. D. João chegara a dar ordem, em 1731, para que o governador desse posse para o ofício de Procurador da Coroa ao mulato Antônio Ferreira Castro, bacharel, pelo fato de não haver ninguém formado. Mas essas liberalidades não constituíam regra[85]. É conhecido também, o caso de João Fernandes que chegara a ser governador de Angola e Paraíba, sendo filho ilegítimo de uma prostituta mulata. Mesmo assim, também não constituíam novidade da colônia brasileira, pois o Padre Antônio Vieira havia entrado na Companhia de Jesus, apesar de ter uma avó mulata, e isso ser proibido pelo império luso[86].

Importante, nesse aspecto a observação Weffort sobre a obra "Casa Grande & Senzala", de Gilberto Freyre, no que se refere a religião e a mestiçagem no Brasil: "a condição de ingresso na colônia era a religião, não a raça, o que permitiu à mestiçagem tornar-se uma tendência geral, além de objetivo de políticas da Coroa, com a complacência do clero e até mesmo dos jesuítas. Reconheceu uma simetria entre a escala social e a racial na colônia, na qual os brancos tinham mais probabilidade de estar em posições

[83] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 62.
[84] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 82.
[85] Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 55.
[86] Cf. BOXER, C. R. A idade do ouro do Brasil; dores de crescimento de uma sociedade colonial. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969, pp. 39-40.

de mando, de maior poder e dinheiro, ao passo que os negros, em geral escravizados, estavam no ponto mais baixo da hierarquia social"[87].

Em 1504, fora concedido o primeiro contrato para exploração da terra ao judeu Fernão de Noronha, o qual durara até 1512. Vê-se que, eventuais negócios da Coroa com judeus não impediam a violência contra os mesmos, que ocorria em Portugal[88]. No Brasil, no primeiro século colonial, muitos judeus e degredados progrediram pela propriedade da terra[89]. Havia o entendimento vigente de que a terra era propícia para "couto e homizio garantido a todos os criminosos que aí quisessem ir morar, com a exceção única dos réus de heresia, traição, sodomia e moeda falsa"[90].

A prática do apresamento de índios não impedira que alguns deles fossem agraciados com títulos de nobreza[91], recebidos como "reis da terra Brasil", pelo monarca de Portugal e até lhes fossem entregues sesmarias, como ocorrera com os índios maracajás, tendo até um deles ganhado a Ordem de Cristo e uma pensão anual [92]. Também, curiosamente, com o alvará de 1755, o governo português tratou de estimular os casamentos entre brancos e indígenas, destacando-se que, diferentemente dos negros, esses últimos estavam distanciados do estigma da escravidão[93].

A própria religião católica tivera que ceder um pouco diante da diversidade cultural do Brasil. Fora até estimulada pelos jesuítas a redação do catecismo em língua indígena e adotados usos e comportamentos dos autóctones, numa clara adoção do sincretismo religioso. Mas como ocorrera com os negros, visando a atraí-los para o catolicismo, símbolos e formas das religiões dos nativos acabaram sendo incorporados ao cristianismo aplicado daqueles tempos coloniais [94].

V. Missões jesuítas (1549-1759): os seus sentidos e influências no direito brasileiro[95]

[87] Cf. WEFFORT, Francisco C. Formação do pensamento político brasileiro: idéias e personagens. São Paulo: Ática, 2006, p. 280.
[88] Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 82.
[89] Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 85.
[90] MARTINS, O Brasil e as colónias portuguesas. Lisboa: Guimarães, 1979, pp. 18-21.
[91] Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, pp. 75-76.
[92] Cf. COUTO, Jorge. A construção do Brasil. Lisboa: Cosmos, 1997, pp. 241, 257 e 261.
[93] Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 56.
[94] Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, pp. 99-100.
[95] Quando se fala em "Direito Brasileiro", pretende-se referir as raízes do ordenamento jurídico brasileiro.

No Novo Mundo a ação de re(conquista) da igreja católica pôde ser sentida com as ordens religiosas vindas e que pretendiam não só a cristianização desses povos, mas a conquista de fiéis. Ao mesmo tempo, significava a luta pela restauração do poder político da igreja católica de Roma, abalado pela reforma protestante[96]. No caso da expansão do século XV, essa cobertura foi feita de uma dupla textura: a luta contra o infiel e a salvação das almas[97].

Registre-se que, no primeiro meio século, no que se refere à Igreja, fora dada pouca prioridade ao Brasil, sendo apenas em 1549, portanto quinze anos depois da fundação da Companhia de Jesus, chegaram os primeiros jesuítas à Bahia[98]. No início da evangelização, na chegada de Manuel da Nóbrega, os trabalhos religiosos dependiam do bispado do Funchal, sendo apenas em 1551, quando o território tornou-se dependência eclesiástica da diocese de Salvador, que a igreja começa sua institucionalização no Brasil[99].

Com a chegada do colonizador e a imposição de sua cultura, de sua religião e de "suas leis" o Brasil passa a não ter o Direito como produto da evolução linear e gradual de uma experiência comunitária como ocorrera com a legislação de outros povos[100], passando o Direito Português a ocupar a base quase que exclusiva do Direito Pátrio. Nesse contexto, os trabalhos das ordens religiosas ganharam sentido especial. Às ordens religiosas, inclusive à Companhia de Jesus, cabia trazer os povos das novas terras descobertas para essa igreja, impedir neles a penetração de seitas heréticas, dando-lhes combate e lançando as bases da igreja romana e, ainda, manter vigilância sobre os colonos de forma que não se desgarrassem dos preceitos católicos[101].

---

96 A Reforma Protestante fora um movimento influenciado pelas idéias de liberdade dos costumes da Renascença e pelo pensamento humanista que acabara por questionar valores até então vigentes, causando mudanças na igreja católica.

97 MARQUES, Oliveira. *History of Portugal* (v. I: From Lusitania to Empire). New York/London: Columbia University Press, 1972, p. 140. Original em português: História de Portugal (v. I: Das Origens às revoluções liberais). Lisboa: Palas, 1975.

98 Cf. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 09.

99 Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 93.

100 Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. *Op. cit.*, p.45. No mesmo sentido: MACHADO NETO, A. L. Sociologia Jurídica. *Op. cit.*, p. 308.

101 Fora nesse sentido que Paulo III lançara mãos da Inquisição, da Companhia de Jesus e do Concílio para (re)conquista de fiéis e renovação católica, como bem assinalou BAUMGARTNER, Mireille. A igreja no Ocidente. Das origens às reformas no século XVI. Lisboa: Edições 70, LDA, 2001, p.245.

Nesse primeiro momento, o índio fora visto como objeto do direito real, não sendo-lhe permitido contribuir para o ordenamento jurídico, figurando como merecedor de proteção jurídica[102], sendo também sua religiosidade preterida[103]. Não sendo de se estranhar a afirmação de José de Anchieta, em 1554, o qual falava dos índios "que parecem aproximar-se mais à natureza das feras que à dos homens"[104].

Ainda, graças aos trabalhos de religiosos, aliada a recusa dos indígenas, que a escravatura desses povos autóctones, também proibida pela coroa portuguesa, de certa forma, não ganhara dimensão das *encomiendas* do México, da Guatemala, da Colômbia e do Peru[105].

A legalidade oficial lusitana não reconhecera como Direito as modalidades de comportamentos indígenas conforme disposições jurídicas "que nada têm a ver com o Direito Estatal, porque são expressão de uma sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais do Estado" [106]. As nações dos nativos que aqui habitavam, quando da chegada da colonização, viviam num período neolítico em que era comum a confusão entre o direito e o divino, e os tabus e o misticismo eram formas de resolução para as questões jurídicas[107].

Por sua vez, os negros levados para a escravidão também deixaram de contribuir para a formação jurídica do Brasil[108], pois não tinham direitos e nem podiam reconstituir suas organizações de origem, sendo seus cultos vistos como satânicos, merecedores de repressão, e quando muito, tolerados na marginalidade.

Levando-se em conta o que fora dito, vê-se que o luso colonizador fora, naturalmente, o que pôde influenciar definitiva e predominantemente o ordenamento jurídico brasileiro[109] e se

---

[102] Cf. MACHADO NETO, A. L. Sociologia jurídica. *Op. cit.*, pp. 309-310.

[103] *"Em cousa nenhuma crêm estão e estão papel branco para neles escrever à vontade"*, *In:* NÓBREGA, Manuel da. Cartas do Brasil. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1988, p. 125; Ainda, "não têm nem entendem crença alguma", *In:* COUTO, Jorge. A construção do Brasil. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 95.

[104] Cf. MARTINS, Wilson. História da Inteligência brasileira. Vol. 02. São Paulo: T. A. Queiroz, 2001, pp. 39-41.

[105] Cf. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 10.

[106] MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. "Índios e Direito: O Jogo Duro do Estado". Rio de Janeiro: AJUP/FASE, jun.1989, p.8.

[107] CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 214.

[108] Cf. MACHADO NETO, A. L. Sociologia jurídica. *Op. cit.*, pp. 309-310.

[109] Cf. MACHADO NETO, A. L. Sociologia jurídica. *Op. cit.*, pp. 309-310. No mesmo sentido: CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial.

utilizara muito bem do catolicismo para fazê-lo, em especial dos trabalhos missionários dos jesuítas.

Pode-se dizer que a história da Companhia de Jesus no Brasil, do catolicismo patrocinado pela Coroa, inicia-se com o desembarque de seis jesuítas na Baía de Todos os Santos com o 1° Governador Geral, Tomé de Souza. Manuel da Nóbrega era o líder desse grupo e, após algum tempo, fora nomeado Provincial do Brasil (1553), liderando todos os jesuítas que trabalharam na Colônia[110].

Cento e vinte e oito jesuítas chegaram ao Brasil entre 1549 e 1598[111] e, com esses poucos homens, iniciaram um trabalho que até hoje desperta surpresa por ter sido levado adiante por grupo tão reduzido face o impacto que causara[112]. Interessante que, os jesuítas acabaram por moldar a "religiosidade" dos nativos e colonos, difundindo o catolicismo nas terras recém-descobertas, combatendo "maus costumes", relacionados a práticas sexuais e familiares[113], influenciando a cultura brasileira e o futuro direito nacional, na medida em que impunham o direito que devia ser obedecido, segundo eles. Além do mais, exerceram papel fundamental na ocupação do Brasil, fundando igrejas, vilas e demais povoados, como se verá adiante. Eles ultrapassaram as vias dos trabalhos religiosos, o que pode ser comprovado desde o início, quando a costa litorânea brasileira era habitada por uma única família indígena, com "esse idioma, prontamente aprendido, domesticado e adaptado em alguns lugares, pelos jesuítas, às leis da sintaxe clássica, que há de servir para o intercurso com os demais povos do país, mesmo os de casta diversa"[114], abre-se,

---

In: Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 211-226.

[110] Segundo o Pe. Cesar Augusto dos Santos, *In:* LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]; organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.].Tomo I-III. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 10.

[111] ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 10.

[112] Cf. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 10.

[113] Vale destacar que, o casamento servira também para legitimar essa situação, sendo que na década de 1550, Manuel da Nóbrega pedira aos superiores em Lisboa a obtenção do Papa de dispensas especiais para poderem casar parentes, o que chegara a ser concedido para os de 3º e 4º graus de consagüinidade e afinidade para os novamente convertidos, posteriormente, conforme narrado por BEATRIZ PERRONE-MOISÉS. Civilizando a moral. Os missionários e o sistema de parentesco e casamento dos povos tupi da costa brasileira. MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA (Coordenadora). Sexualidade, Família e Religião na Colonização do Brasil. Lisboa: Livros Horizonte, 2001, pp. 13-21.

[114] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 105.

sobremaneira, um dos grandes trunfos para a conquista do território e ocupação.

Os jesuítas além de combaterem a antropofagia[115] dos nativos, também desempenharem papel importante em intervenções para dirimir conflitos graves entre os colonos,[116] sendo natural que fossem procurados para fazê-lo, por suas erudições, presença nos locais e de alguma forma representarem a Coroa. Assim, iam dizendo o direito a ser obedecido. Adotavam a orientação tridentina da Companhia de Jesus quanto à intervenção católica "como intervenção efetiva na vida prática dos fiéis"[117].

Os jesuítas mesmo desconsiderando as religiosidades indígenas, catequizando-os ou "civilizando-os", utilizaram-se dos mesmos para defender o território recém descoberto por Portugal de invasões francesas e inglesas, como ocorrera no Espírito Santo, em 1581 e 1592[118]. Nesse sentido, a catequese dos nativos fora bem utilizada para a defesa das terras coloniais. Na verdade, a catequização significava civilização, no sentido de que o cristianismo era usado como instrumento poderoso para conversão e dominação dos indígenas, inclusive, nos interesses da Coroa portuguesa. Assim, não era à toa o esforço dos padres de realizar batismos, casamentos etc., de "catequizar".

Catequizar tinha sentido muito amplo. À exemplo disso, diante do julgamento de um mestiço, Nóbrega *"lhe encareceu o seu crime e agravo (...) e lhe disse: 'Irmão, um tal pecado só se pode satisfazer sendo enterrado vivo: confessai-vos, comungai e tende santa paciência, que amanhã a tais horas vos hei de mandar abrir a sepultura; há-se-vos de cantar o ofício de finados, dizer missa dos defuntos e heis de ser enterrado vivo (...). Pasmavam os portugueses e índios de cousa tão nova. Acabado o ofício, o triste foi estendido na cova e si lhe foi lançado alguma terra. Neste passo, o irmão Pedro Corrêa pediu com muitas lágrimas ao padre tivesse compaixão daquele miserável, e o padre, que só queria meter o horror no culpado e aviso aos mais, se dobrou, mostrando nisso grandes dificuldades"*[119].

A Fórmula do Instituto da Companhia de Jesus, incluída na Bula de Aprovação, mencionava serem os jesuítas soldados de Deus, com voto de castidade perpétua, os quais serviam ao Senhor

---

[115] Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 70, referindo-se aos índios Aimorés da Bahia.

[116] Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 70.

[117] AZEVEDO, João Lucio de. Os jesuítas no Grão-Pará. *Del sentimiento tragico de la vida*. Madrid: Akal Editor, 1983. Lisboa: Tavares Cardoso & Irmão, 1900, reedição da Secult, Governo do Pará, 1999, p. 129.

[118] Cf. LEITE, Serafim. Op. cit. Tomo I, livro II, p. 78-79. No mesmo sentido: WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 103.

[119] *In:* FRANCO, Padre Antônio. Vida do padre Manuel da Nóbrega. Introdução a Nóbrega. Academia Brasileira de Letras: Rio, 1931, p. 39.

e ao Romano Pontífice, que procuravam o proveito das almas, na vida e na doutrina cristã, propagando a fé, pela pública pregação e ministério da palavra de Deus, pelos exercícios espirituais e obras de caridade, também de ensinar aos meninos e rudes as verdades do cristianismo, consolar espiritualmente os fiéis no tribunal da confissão[120]. Mas, como visto, os jesuítas foram, além disso. Na parte temporal, buscavam a "subordinação de todos os estamentos sociais ao 'bem comum' do reino"[121].

Os jesuítas recebiam da Coroa favores reais para sua manutenção, pelas dificuldades de conseguirem satisfazê-la por outros meios[122]. Esse auxílio real pode ser comprovado de inúmeras formas. Por exemplo, pela própria ação do Governador Tomé de Sousa, o qual deu à Companhia de Jesus mantença e a sua primeira sesmaria chamada "Água de Meninos", para agasalhar os missionários da segunda expedição e meninos órfãos que vieram com os mesmos, sem contar, índios e mestiços que iam se reunindo[123]. Fora nesse sentido que o rei D. João III escrevera uma carta ao Governador Geral do Brasil Tomé de Sousa onde vê-se claramente a recomendação de cuidado para com os jesuítas: *"Tomé de Sousa Amigo: Eu El-Rei vos envio muito saudar. Nessa Capitania do Brasil andam alguns Padres e Irmãos da Companhia de Jesus, os quais folgarei que sejam providos do que lhes for necessário, assim para seu mantimento como para seu vestido; encomendo-vos e mando-vos que lhes façais dar tudo o que para as ditas coisas houverem mister. Em Almeirim, ao primeiro de Janeiro de 1551"*[124]. À isso, soma-se o alvará de 12 de fevereiro de 1557, o qual destinava, a cada um dos 28 religiosos do Brasil, quatro *panicus* de mandioca e um alqueire de arroz, e, quando não houvesse arroz, um alqueire de milho da terra e um cruzado em dinheiro[125], dentre outros relatos desta natureza.

---

120 De acordo com a Fórmula do Instituto, transcrita In SERAFIM, Leite. Op. cit. Tomo I- III, p. 4.

121 HANSEN, João Adolfo. "Padre Antônio Vieira". *In*: Mota, Lourenço Dantas (Org.). Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico. São Paulo: Senac, 1999, p. 29.

122 Cf. LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]: organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.]. Tomo I, livro I, p.15.

123 Cf. SERAFIM, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro I, p.15.

124 Trecho transcrito da carta. *In:* LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]; organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.].Tomo I, Livro I. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 15.

125 Cf. Registos do Conselho Ultramarino, na Rev. do Inst. Bras., 67, 1ª P. p. 60, citado *In:* LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]; organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.]. Tomo I, livro II. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 42.

Porém, a extensão dos trabalhos da Companhia de Jesus no Brasil cresciam e os recursos necessários a sua manutenção, também aumentavam. Em meio a indefinições, para manutenção do Colégio da Baía, o rei D. Sebastião expedira o alvará, de 07 de novembro de 1564. Por esse alvará, Portugal, por meio do seu rei, assumira o encargo de sustentar os padres da Companhia de Jesus, invocando a sua obrigação de consciência de dilatação da fé, como rei cristão, sua qualidade de governador e perpétuo administrador da Ordem de Cristo e a vontade de completar a obra começada pelo seu avô, D. João III, mencionando a finalidade catequística e religiosa da Companhia[126]. Ocorre que, por esse alvará, o rei dotara o reitor e os padres do dito colégio de uma redízima de todos os dízimos e direitos pertencentes ao mesmo e os que lhe pertencerem nas terras do Brasil[127]. Porém, a redação do alvará era clara no sentido dos recursos não visarem à instrução, mas aos fins religiosos e de catequese, ainda, suscitando dúvidas se os padres poderiam usá-las para proveito próprio.

Mas não era fácil aos religiosos lançaram mãos daqueles recursos, tendo a Corte até mandado que fosse cumprido o alvará[128]. O que, também, não fora situação definitiva. Nesse sentido, o rei mandou que lhes pagassem com dotação das alfândegas[129]. Mesmo assim, ainda não ficara fácil o recebimento pelos jesuítas, pelas dificuldades colocadas pelos oficiais subalternos e encarregados de dar cumprimento às ordens reais. No geral, apesar do apoio real, os jesuítas nunca receberam dotação que garantisse catequese e colonização tranqüila do Brasil, tirando um ou outro período, o que fê-los a buscaram outros recursos[130].

Essas dificuldades para manutenção dos Colégios da Baía e do Rio de Janeiro fora reconhecida nos exames feitos pelo Visitador Cristóvão de Gouveia, o qual reconhecera os abusos dos oficiais do rei[131].

---

126 Citação do alvará de D. Sebastião, de 07 de novembro de 1564, *In:* LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]; organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.]. Tomo I, livro II. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 43.

127 Cf. LEITE, Serafim, 1890-1969. *Op. cit.,* p. 43.

128 Cf. LEITE, Serafim, 1890-1969. *Op. cit.,* p. 43. (Traslado do alvará per que S. A. manda que nas partes do Brasil se paguem aos Padres da Companhia que nelas residem os ordenados e esmolas que teem cada ano a custa da fazenda de S. A. e do que lhe for devido dos anos passados. Em Almeirim, 5 de maio de 1570, Arq. Hist. Col., Registos, I, 236v.)

129 Cfr. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 44 (Arq. Hist. Col., Registos, I, 134-134v.

130 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 44.

131 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, pp. 44-47.

Em 1604, foram dadas ordens a Bento Dias de Santiago, arrematante das rendas do rei, que pagasse aos padres o corrente e o atrasado[132].

Depois, fora mandado que os padres fossem pagos, como pediram, nas redízimas do açúcar. Porém, encontraram novamente dificuldades, posto que os oficiais de engenho indicavam os engenhos mais distantes ou difíceis. Então, o rei, atendendo aos reclames dos padres, deferiu que os padres tivessem a faculdade de apontar os engenhos das redízimas[133], melhorando os recursos para os trabalhos religiosos.

Até aqui, vê-se que a Coroa Portuguesa mantinha uma relação clara de apoio aos trabalhos dos jesuítas no Brasil, diga-se, da igreja. Havendo nesse período, a figura de um Estado encarregado de converter os pagãos de suas conquistas, com a confiança do Supremo Chefe da Igreja Católica. Veja-se, porém, que as dotações reais vinculavam-se aos trabalhos de catequese e religioso. O respeito da garantia e continuidade do ensino, da manutenção dos órfãos, dentre outros de assistencialismo, vai servindo para justificar o apoio pelo Estado da igreja católica no Brasil, com o tempo.

O Estado Português dotara com rendas próprias os colégios do Brasil[134], apesar das dificuldades muitas vezes encontradas pelos jesuítas para obterem-nas.

Os padres reconheciam a autoridade real, bastando mencionar que chegaram, em 1592, a contestar à corte as difamações lançadas pelo Capitão Gabriel Soares de Sousa, as quais segundo eles queriam induzir o rei contra a Companhia de Jesus[135].

A catequese fora um grande instrumento dos jesuítas no Brasil na difusão da doutrina católica, em especial, dirigido às crianças[136]. Veja-se, porém, que a mesma contara com o apoio da Coroa tendo Mem de Sá instituído o tronco e o pelourinho em cada vila para os moços que fugiam da escola[137]. Clara demonstração de apoio à educação oficial, religiosa.

---

132 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, pp. 46-47.
133 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 47.
134 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p.49.
135 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 51.
136 "Convidamos os meninos a ler e escrever e conjuntamente lhes ensinamos a doutrina cristã, lhes prègamos para que com a mesma arte, com que o inimigo da natureza venceu o homem, dizendo *eritis sicut dii scientis bonum et malum*, com igual arte seja ele vencido, porque muito se admiram de como sabemos ler e escrever e teem muita inveja e vontade de aprender e desejam ser cristãos como nós" (Nóbr., CB, 91-92) *In:* LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro I).
137 Cf. Carta de Mem de Sá a El-Rei D. Sebastião, do Rio de Janeiro, 31 de março de 1560 (*In:* LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro I, p. 34).

Vale destacar que, não se admitia escravos nos colégios dos jesuítas[138]. Porém, isso deve ser entendido no contexto social vigente onde escravos eram coisas e seus patrões queriam escravos para trabalhar e não estudar. Portanto, não havia interesse de que os escravos, negros, estudassem. Sendo reservado aos mesmos o papel do trabalho, no período colonial. Mesmo assim, os jesuítas desempenharam papel especial na emancipação dos negros quando se envolveram em querelas com colonos pelo fato de trazerem escravos dos sertões fugidos de seus patrões e não quererem entregar-lhes, tendo havido até sentença favorável de Lisboa para a liberdade dos escravos, sob o fundamento de que fugiram pelas suas próprias pernas[139], em 1599. Nisso, já havendo, um princípio do abolicionismo inegável.

As idéias de Pe. Antônio Vieira, nesse assunto da escravidão, marcam um discurso distoante da maioria dos missionários, mas nem por isso pode ser desprezado. Ele via que pelo sofrimento dos negros estaria o caminho para a salvação, desde que conhecedores da religião[140].

Sem contar que, os jesuítas marcaram o assistencialismo no Brasil com o acolhimento de órfãos vindos de Portugal, em 1550, fundando o Colégio dos Meninos de Jesus, na Bahia[141]. Merecendo destaque também, o episódio de 1610, onde índios atacaram Porto Seguro, tendo os jesuítas socorridos os sitiados[142].

Como visto, os jesuítas foram "colonos, caçadores de escravos, lavradores, artífices, mestres, historiadores, geógrafos, negociantes, estadistas e generais. Criaram as reduções e as fazendas" e ergueram "templos e edificavam povoações"[143], não se restringiram assim, a meros missionários da Contra-Reforma, influenciando a colônia brasileira, desde a educação, a cultura em geral até suas instituições. Não sendo de desmerecer um raio de

---

138 À respeito disso, ver a discussão sobre essas razões apontadas por Serafim Leite, *Op. cit.*, p. 34.

139 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 61, (Carta de Pedro Rodrigues, Bahia, 19 de dezembro de 1599, BNL, fg, cx. 30, 82 (7º); Bras. 15, 369 (10), 473v-474.

140 "Eles mandam, e vós servis; eles dormem, e vós velais; eles descansam, e vós trabalhais; eles gozam o fruto de vossos trabalhos, e o que vós colheis deles é um trabalho sobre o outro. Não há trabalhos mais doces que o das vossas oficinas; mas toda essa doçura para quem é? (...) Fabricais o mel, mas não para vós" (*In:* VIEIRA, Antônio. Sermões. Organização de Alcir Pécora. Vol. 01. São Paulo: Hedra, 2001, pp. 655-657.

141 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro I, pp. 15-16I.

142 Cf. LEITE, Serafim. *Op. cit.* Tomo I, livro II, p. 73.

143 AZEVEDO, João Lucio de. Os jesuítas no Grão-Pará. Del sentimiento trágico de la vida. Madrid: Akal Editor, 1983. Lisboa: Tavares Cardoso & Irmão, 1900, reedição da Secult, Governo do Pará, 1999, p. 12.

ação dos jesuítas que "detinham o direito exclusivo de ensinar latim e filosofia no colégio de artes, a escola preparatória obrigatória para o ingresso nas faculdades de teologia, cânones, leis civis, e medicina na Universidade de Coimbra. Além desta, a outra universidade de Portugal, em Évora, era também uma instituição dos jesuítas. No Brasil, os colégios dos jesuítas eram as principais avenidas da educação secundária"[144].

Não só os jesuítas deram suas contribuições para implantação da igreja no Brasil. Outras ordens também tiveram sua importância. "Os Beneditinos, chegados à Bahia em 1581, construíram rapidamente sete abadias e numerosas residências. Os seus mosteiros, muitas vezes notáveis por seu tamanho e riquezas, desempenharam um importante papel militar no combate contra os corsários franceses no Rio de Janeiro e contra o invasor holandês na Bahia. Os Franciscanos e os seus parentes Capuchinhos, que se instalaram no Recife em 1585, tornaram-se as ordens mais numerosas do país (...). Os Carmelitas, originariamente estabelecidos em Olinda e em Santos, construíram inúmeros conventos no Rio de Janeiro e nas cidades mineiras de Minas Gerais (...)"[145]. Ainda, apesar de seus poucos impactos, vale registrar a presença de ordens religiosas femininas no Brasil. As primeiras foram as clarissas, vindas de Évora, chegadas na Bahia em 1677. Diante de uma sociedade e igreja patriarcais essas ordens não se livraram dos ditames da posição inferior da mulher na sociedade[146].

As irmandades laicas, as quais agrupavam membros de uma mesma profissão, também não podem ser esquecidas como um elemento dinâmico do catolicismo brasileiro. Importante papel nas irmandades dos negros era, inquestionavelmente, a possibilidade de compra de liberdade de seus membros. As irmandades construíam igrejas, ocupavam-se de cuidados as mesmas, decorando-as, mantendo-as, pagando salários de padres e sacristães, chegavam a funcionar até como associações de assistência social e bancos[147]. Inegável assim, os seus significados de "instrumento de ascensão social das mesmas e o de reforço das estruturas do poder social estabelecido"[148].

---

144 MAXWELL, Kenneth. Eighteenth-Century Portugal. *In*: LEVENSON, Jay A. (Org.). The Age of the Baroque in Portugal. Washington/New Haven/London: Yale University Press/National Gallery of Art, 1993, p. 110.
145 ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 11.
146 Cf. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit* ., pp. 11-12.
147 Cfr. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit*, pp. 12-13.
148 ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 13.

VI. As justiças dos primeiros séculos: Capitanias hereditárias (1532), Governadores-Gerais (1548), eclesiástica e colonial

Ao lado do trabalho da Igreja, era preciso um Direito Especial[149], condizente com a necessidade de expansão ultramarina, direção e organização da vida colonial, que se adequasse às vicissitudes locais, o que impulsionará os rumos de uma futura ordenação de Capitanias Hereditárias e Sistema de Governadores-Gerais.

De 1520 a 1549, o Brasil convivera com regime das Capitanias Hereditárias[150], prática político-administrativa tipicamente feudal, com regência de legislação eclesiástica, cartas de doação e forais. Num segundo momento, com os Sistemas de Governadores-Gerais diante do fracasso da maioria das Capitanias Hereditárias, com cartas de doação, forais das capitanias, cartas régias, alvarás, regimentos dos governadores gerais, leis e ordenações reais[151].

No período das capitanias hereditárias, a administração da justiça estava entregue aos donatários, possuidores soberanos da terra, que exerciam as funções de administradores, chefes militares e juízes. Depois, com os governadores-gerais, a justiça brasileira passa a evoluir para criação de uma justiça colonial e formação de um grupo de profissionais[152], com juízes ordinários, juízes de fora, juízes de vintena, juízes de órfãos, escrivães do público e notas, tabeliães judiciais, escrivães dos órfãos, os alcaides, meirinhos, inquiridores, quadrilheiros, almotacés, dentre outros[153]. Porém, essa evolução colonial da justiça brasileira não descaracteriza sua ligação com a igreja católica. Só para ter uma idéia, entre 1609 e 1759, havia restrições aos cristãos novos e aos "impuros de sangue", como mestiços, mulatos, judeus, e outros, para integrarem

---

149 Cf. SODRÉ, Nelson Werneck. Formação Histórica do Brasil. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1970, p. 77.

150 Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. *Op. cit.*, p.47.

151 Cf.: SODRÉ, Nelson Werneck. Formação Histórica do Brasil. *Op. cit.,* p. 77; MACHADO NETO, A. L. Sociologia Jurídica. *Op. cit.*, pp. 313-314; TRIPOLI, César. História do Direito Brasileiro. Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, v. 1, p. 62-63, 80-81 e 95-96.

152 Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. *Op. cit.*, p.58

153 Cf. CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In:* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 218.

a magistratura do Tribunal da Relação da Bahia[154], dentre outros grupos. Isso, sem contar a exigência de ser graduado preferencialmente em Direito Civil ou Canônico[155] para ter acesso à magistratura. Havendo nisso, sem dúvida, predileção ao catolicismo da igreja de Roma.

No sistema de capitanias hereditárias, os capitães-donatários gozavam de direitos e possuíam obrigações perante a Coroa, sem contar os seus amplos poderes: "a) tinham o monopólio da baixa e da alta justiça, "ressalvando a morte natural ou retalhamento de membros" em pessoas de condição nobre, mas com alçada até a morte sobre escravos, gentios e homens livres de menor qualidade e a morte, sem apelação ao rei, nos casos de traição, heresia, sodomia e moeda falsa; b) visando promover o povoamento, tinham o direito de doar sesmarias, conforme o regimento de dom Fernando (1367-1383) e as Ordenações Manuelinas, de 1521, sem ônus para o sesmeiro, mas com a obrigação de cultivá-las no prazo máximo de cinco anos, sob pena de perda das terras; c) tinham, ainda, o comando militar e o direito de alistar os colonos e formar milícias"[156].

O sistema de capitanias hereditárias tratava-se de mecanismo de dominação, pelo qual o rei não abdicava de seus poderes e de sua soberania. Estava inserida na expansão ultramarina portuguesa com sua centralização monárquica e com toda sua obra administrativa feita com respeito às Ordenações Manuelinas, de 1521, sem possibilidade de inovação. Os capitães eram muito vigiados pelos funcionários da Coroa e seus poderes eram limitados. Não ficando ao alvedrio dos mesmos a administração da colônia, como se poderia supor[157]. No sistema de capitanias hereditárias, "o rei nomeava um feitor ou almoxarife, para cuidar dos seus impostos; um provedor, para fiscalizar as atividades dos capitães e dos colonos, além de inúmeros tabeliães. Contava o monarca, ainda, com um ouvidor, com alçada sobre o cível e o crime, com direito a um meirinho e escrivães, tudo conforme o costume do Reino. Mais importante, enviava regularmente um "juiz de fora parte", nomeado pelo rei e frente a quem cessavam as atribuições de outros"[158]. Mesmo assim, o sistema de capitanias hereditárias não fora suficiente diante dos capitães-donatários ou

---

154 SCHWARTZ, Stuart B. Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. São Paulo: Perspectiva, 1979 , p. 62, 72 e 232.

155 SHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 142.

156 SILVA, Francisco Teixeira da. Conquista e Colonização da América Portuguesa. O Brasil Colônia – 1500/1750. *In:* História Geral do Brasil. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 58.

157 Cf. SILVA, Francisco Teixeira da. *Op. cit* ., pp. 58-59.

158 SILVA, Francisco Teixeira da. *Op. cit.*, p. 58.

de seus lugares-tenentes "que no ultramar reproduziram, com uma cor nova, os fastos da história feudal européia"[159].

É com Tomé de Souza, 1º governador-geral, que ocorre a centralização dos poderes, antes dispersos pelos donatários. Aparecem o ouvidor-geral (como instância de apelação da justiça local), o provedor-mor (de responsabilidade pelos impostos e taxas da Coroa) e o capitão-mor da costa (com a missão de defesa). Ainda, surgem as câmaras, órgãos locais de administração, com seus funcionários. Nessas, não podiam ser integradas oficiais sem pureza de sangue, ou seja, negros, judeus ou mouros, conforme legislação vigente na época. Ele e os demais que o sucedem, até União Ibérica, em 1580, tinham em objetivo o povoamento, a expulsão dos franceses e o controle do gentio, pela matança ou catequese[160].

Ainda, Tomé de Souza tinha, entre suas funções, a de dar apoio ao trabalho de evangelização: "devia proibir que as aldeias de índios fossem 'salteadas', evitar abusos contra os índios, fomentar a conversão dos nativos ao catolicismo, impedir a escravização dos conversos, favorecer os aliados (tupiniquins) e punir os que resistiam à colonização (tupinambás), criar feiras para trocas com índios"[161].

O ouvidor-geral "conhecia por ação nova dos casos crimes e tinha alçada até a morte natural, inclusive nos escravos, gentios e peões cristãos livres. Nos casos, porém, em que, segundo o direito, cabia a pena de morte, inclusive nas pessoas das ditas qualidades, o ouvidor procederia nos feitos afinal e os despacharia com o governador sem apelação nem agravo, sendo ambos conformes nos votos. No caso de discordarem, seriam os autos com os réus remetidos ao corregedor da corte"[162]. É oportuno frisar que sobre as pessoas eclesiásticas nenhum poder tinha o ouvidor. Havia uma divisão de competência entre as leis do reino e as leis do clero. Dessa forma, aqueles que pertenciam a este último não podiam ser julgados pela justiça do reino, pois a eles não eram aplicadas as normas editadas pelo mesmo. Se houve invasão de competência, esta foi de maior monta realizada pelo clero, não se podendo fazer um juízo benigno ou inocente quanto às suas atitudes e

[159] MARTINS. O Brasil e as colónias portuguesas. Lisboa: Guimarães, 1979, pp. 21-22.
[160] Cf. SILVA, Francisco Teixeira da. *Op. cit.,* pp. 58-67.
[161] WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 81. No mesmo sentido: WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. Formação do Brasil Colonial. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 77.
[162] GARCIA, Rodolfo. Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73.

procedimentos[163]. Assim, o ouvidor-geral era figura de maior destaque na justiça desses primeiros tempos.

Apesar de ser criado em 1587, o primeiro Tribunal da Relação da Bahia, não chegara a ser funcionar, apenas em 1609, a segunda instância fora instaurada com "dez desembargadores, incluindo o chanceler, que servia de juiz da chancelaria, três eram desembargadores de agravo, um ouvidor-geral, um juiz dos feitos da coroa, fazenda e fisco, um provedor dos mesmos feitos e promotor de justiça, um provedor dos defuntos e resíduos, e dois desembargadores extravagantes. O governador-geral presidia a Relação quando lhe parecia, não tendo voto nem subscrevendo as sentenças"[164]. Em 1751, fora implantado mais um Tribunal da Relação no Rio de Janeiro "seus desembargadores eram em número de dez, incluindo o chanceler. Cinco deles eram de agravo, um ouvidor-geral do crime, um do cível, um juiz dos feitos da coroa e fazenda"[165]. Das decisões desses tribunais de Relação da Bahia e do Rio de Janeiro só era possível recurso para a Casa de Suplicação em Lisboa, em alguns casos. Mas, "transferida a corte para o Rio de Janeiro, D. João VI, por alvará de 10 de maio de 1808 determinava o seguinte: a Relação da cidade do Rio de Janeiro se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para nele se findarem todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação em Lisboa"[166].

No Brasil Colônia o Direito vigente era o da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, as quais englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603), que eram aplicadas sem qualquer alteração no que se refere à legislação privada comum que continham, nas terras descobertas. Ao lado disso, a organização

163 CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 218.
164 GARCIA, Rodolfo. Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 84.
165 GARCIA, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 219.
166 NASCIMENTO, Walter Vieira. Lições de história do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 252.

administrativa da colônia também reclamava legislação especial[167]. Não fora de se estranhar, diante da insuficiência das Ordenações para pôr soluções aos problemas locais que iam surgindo, a promulgação avulsa e independente de várias "leis extravagantes" [168]. Ao lado disso, não se pode esquecer das próprias condicionalidades que afetavam a difusão do catolicismo e moldavam o direito local, dado que os padres coloniais tiveram que se adaptar ao poder absoluto do latifundiário e depender da família patriarcal[169].

As Ordenações Afonsinas, "pelo fato de terem sido substituídas, em 1521, pelas Ordenações Manuelinas, tiveram pouco espaço de tempo quanto à sua aplicação no Brasil-Colônia"[170].

As Ordenações Filipinas estiveram em vigor no Brasil por mais de 300 anos, só sendo substituídas, em 1917, pelo Código Civil Brasileiro[171].

O modelo jurídico predominante durante os primeiros dois séculos de colonização foi, por conseqüência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito Alienígena – segregador e discricionário com relação à própria população nativa -, revelando, mais do que nunca as intenções e o comprometimento da estrutura

---

167 Cf. MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. História do Direito Nacional. 3ª ed. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, pp.63-84; MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 20 ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1991, pp. 565-569; GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 395-397; TRIPOLI, César. História do Direito Brasileiro. Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, v. 1, pp. 56-82; WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. *Op. cit.*, pp.47-48; CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 216.

168 Nesse sentido: TRIPOLI, César. História do Direito Brasileiro. Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, v. 1, p. 75; WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: forense, 2002, p.48.

169 Nesse sentido: ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, pp. 14-15.

170 CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 216. No sentido de que as Ordenações Afonsinas não tiveram nenhuma aplicação prática no Brasil: BRÜNING, Raulino Jacó. História do Ministério Público Catarinense. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 28.

171 SILVA, Francisco Teixeira da. Conquista e Colonização da América Portuguesa. O Brasil Colônia – 1500/1750. *In* História Geral do Brasil. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 58. No mesmo sentido: CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 217.

elitista do poder[172]. Além disso, a burocracia e as relações sociais de parentesco começaram a marcar a sociedade local e o governo[173]. Mas isso, não significa que essas segundas não tenham raízes mais profundas, pois, desde o início, "assim como as sesmarias concedidas por Martim Afonso beneficiaram figuras da pequena nobreza, também as capitanias, concedidas pelo monarca a partir do início do ano de 1530, tinham como beneficiários figuras pertencentes à nobreza de serviço, a maioria delas associada aos empreendimentos governamentais na Ásia"[174].

VII. A inquisição como instrumento político-ideológico e de defesa do território

No final do século XVI os jesuítas se ressentindo da liberalidade dos costumes demonstrada pelos colonos[175], uma vez longe da Inquisição, ainda, da presença estrangeira de protestantes, como ingleses, holandeses e franceses no Brasil, e mais concretamente, pela tentativa de Nicolas Durand de Villegaignon[176] de fundar uma colônia no Rio de Janeiro[177] com franceses calvinistas, ameaçando o monolitismo católico, reclamaram a vinda de um visitador do Santo Ofício. A Coroa, por sua vez, limitava-se a enviar comissários especiais para realização de processos por "causa da fé". Muitos foram os acusados e condenados[178] por

---

[172] WOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. *In*:Teoria do direito e do estado. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 12.

[173] Nesse sentido: SCHWARTZ, Stuart B. Burocracia e sociedade no Brasil colonial. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 251.

[174] Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 79.

[175] Em 1586, no sertão de Jaguaripe houve a criação de uma seita chamada de Santidade de Jaguaripe, a qual deixava os escravos praticarem livremente seus cultos no local, fazendo com que deixassem os trabalhos na fazenda, tendo o governador da Baía Manuel Teles Barreto, temendo uma revolta geral, tomara medidas para dissolver a seita, conforme bem lembrado por ALIDA C. METCALF. Álvaro Rodrigues: Um intermediário no mundo Português. MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA (Coordenadora). Sexualidade, Família e Religião na Colonização do Brasil. Lisboa: Livros Horizonte, 2001, pp. 37-43.

[176] Uma missão francesa enviada por João Calvino se estabeleceu, em 1557, numa das ilhas da Baía de Guanabara, fundando a França Antártica. No mesmo ano, esses calvinistas realizaram o primeiro culto protestante no Brasil. Porém, foram perseguidos e elaboraram a Confissão de Fé de Guanabara, assinando com isso, suas sentenças de morte, acabando com o movimento.

[177] Ilha de Serigipe, atual ilha de Villegaigon, localizada na baía de Guanabara.

[178] Nesse contexto chegara a ser processado Álvaro Rodrigues por não ter tirado nenhuma sentença de excomunhão e por ter tolerado ritos gentílicos em sua fazenda, conforme ALIDA C. METCALF. Álvaro Rodrigues: Um intermediário no mundo Português. MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA

blasfêmias, por diminuírem em conversas o valor da paixão de Cristo, por atos heréticos contra a autoridade da igreja, de judaísmo às escondidas, por delitos de bigamia e práticas sexuais anômalas ("pecado nefando"). Houvera condenação de sair em "auto público" (para serem humilhados e esconjurados pelo populacho), sem serem ouvidos seus protestos de inocência, de confisco de bens, envio ao reino para serem julgados pelo Conselho do Santo Ofício, e até sacrifício em fogueira pública.

Assim, ao lado das formas convencionais de administração da justiça, produzidas e mantidas pelo Estado no período colonial, houve a presença da justiça eclesiástica acolhida e resguardada pela Inquisição. No Brasil, mesmo não havendo tribunais de inquisição[179], as visitações do Santo Ofício não deixaram os acusados brasileiros fora dos julgamentos, "nos casos de necessidade e gravidade" eram julgados pelo Tribunal Inquisitorial de Lisboa, ou seja, da metrópole[180].

Desde 1580, o Santo Ofício delegara poderes inquisitoriais ao bispo da Bahia para enviar hereges a Lisboa. Porém, apenas em 1591, Portugal nomeara um visitador, Heitor Furtado de Mendonça, para inquirir *in loco* os seus habitantes e iniciar os processos de inquisição. Em 1591 e 1618 destacam-se as inquisições, aumentando-se as perseguições na primeira metade do século XVIII, curiosamente quando a produção de ouro dominava a economia colonial. Nesse momento, a maioria dos prisioneiros eram cristãos-novos do Rio de Janeiro[181].

Nesse sentido, a igreja católica, por meio de seus agentes e de sua inquisição, vai contribuindo decisivamente para defesa dos interesses de dominação da metrópole portuguesa e vai impondo a religião católica como a oficial. Serve-se a Coroa da religião e de uma de suas facetas mais questionáveis, a Inquisição, para fundamentar "um sistema político de dominação e onde não havia lugar para os judeus, cristãos-novos, muçulmanos, negros, mulatos, ciganos, heterodoxos ou contestadores de qualquer espécie. Através de seu sistema de ameaças, (...) de perseguição, (...) de tortura, a Inquisição garantiu a continuidade da estrutura social do

(Coordenadora). Sexualidade, Família e Religião na Colonização do Brasil. Lisboa: Livros Horizonte, 2001, pp. 37-43.

[179] Para uma visão geral da inquisição na história do cristianismo, ver ALAIN, Corbin [et al]. Histoire Du Christianisme. Pour miex comprendre notre temps. Paris: Editions Du Seuil, 2007.

[180] Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. *Op. cit.*, p.69.

[181] Cf. NOVINSKY, Anita. A inquisição. 2ª ed. São Paulo. Brasiliense, 1983, pp. 76, 78, 79. No mesmo sentido: VARNHAGEN, João Adolfo de. História geral do Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Laemmert, 1907, tomo I, p. 163.

antigo regime, e a religião preencheu a sua função político-ideológica".[182]

Vale ressaltar que, nesse período colonial, vários eclesiásticos desvirtuaram-se da vida religiosa, confundindo os colonos e índios, sendo possível encontrá-los amancebados com negras da terra, praticando pecados e consentindo a escravatura do gentio, o que pode ser comprovado pelas cartas dos jesuítas[183]. Assim, o catolicismo fora acompanhado de um "relaxamento usual", com "maus padres, isto é, negligentes, gananciosos e dissolutos"[184].

Os judeus no Brasil amargaram também a inquisição. Os marranos que permaneceram na colônia com a expulsão dos holandeses e que, contaram com o compromisso de não sofrerem perseguições, conforme estipulado no tratado de capitulação dos holandeses remanescentes, ainda, o ambiente favorável de tolerância religiosa em Portugal e o apoio do padre Antônio Vieira, cujos esforços redundaram na Companhia Geral do Brasil, fundada em 08 de março de 1649, com cristãos-novos ricos integrando essa sociedade, e ganhando os mesmos várias concessões como isenção de confisco de bens e facilidades comerciais e de transporte, não puderam prolongar por muito tempo essas condições favoráveis. Com a morte de D. João IV, em 1656, a inquisição marcara o fim da tolerância. Com a lei de 09 de setembro de 1683, fora determinada a expulsão dos cristãos-novos de Portugal e a imposição de pena de morte aos que retornassem ao país. Isso permitiu a vinda dos cristãos-novos perseguidos para o Brasil, mas abrira um período de grandes perseguições locais para os judeus (1700-1770). De 1707 a 1711 e de 1729 a 1739, os judeus viveram no Brasil um período de violências dos mais implacáveis. Isso, deu-se como decorrência da perseguição empreendida em Portugal aos

---

[182] NOVINSKY, Anita. A inquisição. *Op. cit.,* p. 90.

[183] Cartas: De P. Manuel da Nóbrega ao P. Simão Rodrigues em Lisboa, Baía, [10? de abril] de 1549, M.B., vol. I, p. 114; De P. Manuel da Nóbrega ao P. Simão Rodrigues em Lisboa, Baía, [15 de abril] de 1549, M. B., vol. I, p. 116; De P. Manuel da Nóbrega ao P. Simão Rodrigues em Lisboa, Baía, 9 de agosto de 1549, M. B., vol. I, pp. 124-125; De P. Leonardo Nunes aos padres e irmãos de Coimbra, [S. Vicente, Novembro (?) de 1550], M.B., vol. I, p. 207; De P. Manuel da Nóbrega ao P. Simão Rodrigues em Lisboa, Pernambuco, 11 de agosto de 1551, M. B., vol. I, p. 270; De P. Manuel da Nóbrega a D. João III, Rei de Portugal, Olinda [Pernambuco], 14 de setembro de 1551, M. B., vol. I, p. 290; De P. Leonardo Nunes ao P. Manuel da Nóbrega na Baía, S. Vicente, 29 de junho de 1552, M. B., vol. I, p. 337; De P. Ambrósio Pires ao P. Diego Mirón em Lisboa, Baía, 6 de junho de 1555, M. B., vol. II, p. 230; De P.Manuel da Nóbrega a Tomé de Sousa, antigo Governador do Brasil em Lisboa, Baía, 5 de julho de 1559, M. B., vol. 3, 1958, p. 74.

[184] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, pp. 118-119.

judeus, aliado a riqueza dos mesmos que atraía a sede do confisco e a intolerância e rancor contra os judeus do bispo do Rio de Janeiro, D. Francisco de São Jerônimo, o qual já tinha até sido qualificador do Santo Ofício em Évora[185].

Mas entender a dinâmica do tratamento jurídico dos judeus no Brasil, passa pela análise da evolução histórica do direito português no que se refere aos mesmos, o qual não pode ser desprezada. Se é verdade que nos primeiros tempos da monarquia em Portugal, os judeus gozavam de um regime de tolerância, no qual não pagavam dízimos para a igreja, não usavam sinais que os identificassem, podendo serem investidos em cargos públicos, havendo até casos de jurisdição sobre cristãos, não pode-se dizer que isso fosse mantido ao longo dos tempos. Com Afonso IV, os judeus foram alvo de inúmeras restrições, desde a oneração de suas relações negociais perante o fisco, proibição de saída do país com fortuna de 500 libras ou mais, sem a permissão real, sob pena de confisco dos bens, até a proibição de usura. Por sua vez, com D. João I tiveram um tratamento mais favorável, com as proibições dos cristãos de incomodá-los em suas festas e de lhes ferir, matar ou roubar. Situação essa que não perdurara com D. Duarte, o qual determinara a vedação para o judeu não empregar cristãos, com a pena desde o pagamento de quantia altíssima para época, perda de todos os seus bens, até o açoite público. Ainda, proibira, sob penas severas, aos "senhores grandes honrados" que tivessem em suas casas judeus, sob quaisquer condições. E com D. Afonso V isso não mudara, continuaram em vigor as leis dos sinais vermelhos que os judeus deviam usar, do encerramento nas judiarias, da incapacidade para exercerem altos cargos da coroa e dos ofícios que antes realizavam, mas ainda continuaram a ter seus juízos privativos. Com D. João II, não sofreram hostilidades de início, mas com a expulsão dos judeus em 1492, pelos reis católicos Fernando e Izabel, passaram por novo momento de insegurança e intraqüilidade. D. João II, que permitira que os mesmos passassem em Portugal, mediante o pagamento de oito cruzados por cabeça e não permanecerem por mais de oito meses, sob pena de torná-los escravos, tirara os filhos dos que ficaram, a maioria, e enviou-os para a ilha de São Tomé, onde foram praticamente dizimados. Já no reinado de D. Manuel fora concedida aos judeus emigrados a mesma liberdade e proteção que gozavam os naturais. Mas, em 05 de dezembro de 1496, diante da exigência dos reis católicos de expulsão dos judeus de Portugal, para o casamento de sua filha, D. Manuel expulsara-os, sob pena de morte e confisco de bens, desde

[185] Cf. SEREBRENICK, Salomão. Breve História dos Judeus no Brasil (1500-1900). Rio de Janeiro: Edições Biblos, 1962, pp. 141-150.

que aceitassem se batizar. Ocorre que, diante da negativa da maioria dos judeus em batizar-se, o rei determinara que seus filhos menores de quatorze anos de idade fossem retirado-lhes e doutrinados no catolicismo. Para os judeus que ficaram a portaria de 30 de maio de 1497, concedera-lhes, dentre outros privilégios, a proibição de se inquirir sobre matéria religiosa num período de 20 anos. Mas, diante de um rei que não garantia-lhes segurança e o comportamento ameaçador crescente por parte do povo, os judeus trataram de emigrar, mesmo diante das leis que proibiam a saída do Portugal. Os que ficaram, os conversos, tiveram que lidar com a rejeição popular, considerados culpados pelas calamidades do mundo, sendo apelidados de cristãos novo e marranas ou confessos. Dessa forma, o motim de Lisboa de 1507, significara uma faceta dessa rejeição, onde foram assassinados mais de 2000 judeus, cristãos novos. Ao final, a inquisição viera trazer mais sofrimentos aos judeus. Com a expulsão dos judeus, Portugal sofrera abalo econômico[186].

O terror da inquisição brasileira que, no Rio de Janeiro e Paraíba, entre 1707 e 1711, levara mais de 500 pessoas prisioneiras para Lisboa, causara a paralisação das relações mercantis colônia-metrópole. Diante disso, sofrendo prejuízos, a coroa portuguesa parou de confiscar engenhos, em geral, pertencentes a pessoas de origem judaica. Mas, em menos de 20 anos, o enriquecimento pela exploração de minas e comércio de diamantes dos judeus despertara uma nova fase da inquisição (1729-1739), ávida por confiscos de bens, que chegara a prolongar-se até 1770[187].

VIII. A liberdade dos indígenas como discórdia entre colonos e os religiosos

A partir de 1580, os missionários da Companhia de Jesus no Brasil passam pelas primeiras sérias oscilações com as autoridades coloniais em razão dos questionamentos sobre o direito de liberdade dos indígenas. Também, a lei de 1587 de D. Felipe restringira as iniciativas missionárias com vista a explorar o interior do Brasil, as quais só poderiam ser feitas com a permissão oficial do governador[188]. De um lado, os jesuítas combatiam os chamados processos de escravidão qualificados de ilícitos dos indígenas, porém usufruíam da escravização lícita, nos seus colégios e propriedades[189]. Sem dúvida, fora nessa matéria a se travar um dos

[186] Cf. GODINHO, António & CAEIRO, Francisco. História do Direito Português. 2ª ed. Coimbra, 1915, p 413-416.
[187] Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 151-153.
[188] Cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 159.
[189] Cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, pp. 158-159.

primeiros debates jurídicos do Brasil. O jesuíta espanhol Quirício Caxa defendia a tese da escravidão voluntária dos indígenas, ou seja, de que os índios podiam vender sua liberdade. Por sua vez, o Pe. Manuel da Nóbrega contrariava-a, não vendo como assegurar os requisitos de credibilidade dessa tal escravidão voluntária[190].

As influências dos jesuítas e dos colonos marcaram a legislação nessa área de liberdade dos indígenas, ora preponderando a vontade de uns, ora de outros. Em 1595 e 1596, o rei Felipe I expedira legislação restringindo mais a possibilidade de se fazer guerras contra os índios, bem como reforçava o exercício de jurisdição temporal sobre as aldeias missionárias por parte dos padres[191], apesar do desacordo da entrega destas atribuições aos jesuítas por parte do poder generalício da Companhia de Jesus em Roma. Em 30 de julho de 1609, o rei Felipe II publicara lei que determinava a liberdade incondicional dos índios[192]. Porém, o cumprimento da mesma não fora à frente face os protestos de colonos, os quais exigiam a expulsão dos jesuítas, o que não ocorrera pelo fato dos mesmos terem assinado documento aceitando a escravatura dos indígenas. Diante disso, a Coroa teve que rever essa Lei no ano seguinte[193].

Assim se pautou a política da coroa ao longo daquele século, de um modo oscilante e hesitante. A legislação anti-escravagista da coroa era atenuada com a expedição de medidas de excepção que cediam claramente às reivindicações dos colonos no que respeitava à possibilidade de guerrear e cativar índios[194].

Em 1612, houve manifestação antijesuítica em S. Paulo, organizada por interessados no comércio escraveiro, onde colonos peticionaram à Câmara exigindo autorização para recorrerem à mão de obra indígena a fim de remediar a miséria pela qual estava

---

190 Cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 159.

191 Tentativa da corte filipina de implantar sistema de encomiendas na América Portuguesa. Nesse sentido: FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. I. Lisboa: Gradiva, 2006, p. 167; ASSUNÇÃO, Paulo. Negócios Jesuíticos: A Administração dos Bens Divinos. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 118; SCHWARTZ, Suart B, Burocracia e Sociedade no Brasil, São Paulo, 1979, p. 110.

192 Cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, pp. 167-168.

193 Cfr. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 167-168.

194 Cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 168. Nesse sentido: SCHWARTZ, Stuart B. Souvereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751, Barkeley, 1973, p. 134 e ss; LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]; organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.]. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Tomo V, pp.55 e ss.

passando a população branca e que os capitães ficassem com o poder temporal das aldeias[195]. Estas e outras queixas de teor semelhante que chegavam às mãos do rei encontraram finalmente o eco esperado. A corte exarou uma nova medida régia que obrigava à escolha de capitães para assumirem a administração civil das aldeias, ficando os padres apenas com a administração espiritual. Este novo modelo de administração imposto pelo poder central não sanou, todavia, os conflitos existentes, em especial porque muitos índios recusaram aceitar a autoridade dos capitães, fugindo para a floresta. Estes capitães, por seu lado, viram, nesta rebeldia, a mão conspiradora dos jesuítas[196].

Os jesuítas defendiam em relação ao índio a "liberdade possível", idéia assentada no fundamento de que os mesmos deviam ser cristianizados para serem livres. Mesmo assim, não se omitiam do respeito às leis régias que estipulavam as condições e a situação que a escravidão era permitida[197]. Sem dúvida, "o confronto entre os colonos – que viam na escravatura dos índios a única fonte possível de mão-de-obra – e os jesuítas, que se recusavam a deixar que os seus pupilos saíssem das aldeias sem as garantias estabelecidas pela lei, provocou motins, tumultos, massacres, e mesmo uma guerra"[198].

Os missionários entendiam que os indígenas não poderiam ser convertidos se não fossem submetidos ao domínio da Coroa, criando-se um paradigma na aliança entre igreja e monarquia, nesse aspecto[199]. "Nóbrega reconhece, indiretamente, um problema que analisará cada vez mais explicitamente durante os últimos dois anos da década (anos 1550). Os indígenas não podem ser convertidos a menos que sejam submetidos à norma portuguesa; mas o ato de submissão coloca-os em contato com os povoadores que querem

---

[195] Fora apresentado à Câmara um Termo de Ajuntamento. Cf. LEME, Pedro Taques de Almeida Paes. Informação sobre as minas de São Paulo e dos sertões da sua capitania desde o ano de 1597 até ao presente de 1772. A expulsão dos jesuítas do Collégio de São Paulo. São Paulo, pp. 174-175, citado na p. 169 de FRANCO, JOSÉ EDUARDO.

[196] Cf. FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. I. Lisboa: Gradiva, 2006, p. 170; LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]; organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.]. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Tomo VI, p. 491; MONTEIRO, Manuel John. Negros da Terra. Índios e Bandeirantes nas Origens de S. Paulo. São Paulo, 1995, pp. 31 e ss.

[197] Cf. FRANZEN, Beatriz Vasconcelos. Os colégios jesuíticos no Brasil: educação e civilização na colônia (1549-1759), *In*: Brotéria, vol. 155, 2002, pp. 69-90.

[198] ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 10.

[199] Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 96.

afastá-los do controle dos jesuítas e que vivem, eles próprios, fora da igreja"[200].

Os missionários viam como nocivas as ações dos cristãos que prejudicavam as ações evangelizadoras pela escravização dos índios. Numa carta, em 1550, Nóbrega dizia que os índios "não têm feito resistência nem matado aos que queriam fazê-los cristãos e se deixam arrastar para a fé", mas que os cristãos "fazem-lhe todo o mal. E toda a intenção que trazem é de os enganar, de os roubar, e por isso permitem que vivam como gentios sem a ciência da lei e têm praticado muitos desacatos e assassínios"[201].

Até meados de 1570, as autoridades brasileiras decretaram a escravidão voluntária, considerando lícitos os meios de cativar os índios por meio de guerra justa autorizada pela coroa ou pelos governadores locais, ou por guerra contra tribos índias que atacavam os colonos e que praticassem a antropofagia[202].

IX. Marquês de Pombal: A ruptura religiosa e o regalismo

Nos dois primeiros séculos da colonização do Brasil não se verifica formada uma concepção de mundo brasileira, mas sim de uma mentalidade do colonizador baseada na racionalidade escolástico-tomista e nas teses do absolutismo português, condicionadas pelo mercantilismo econômico e pela administração centralizadora burocrática, com uma estrutura feudal-mercantil fundamentada em raízes senhoriais, as quais acabavam por reproduzir toda uma ideologia de Contra-Reforma[203], que não favorecia o surgimento de uma classe burguesa rica, capaz de projetar-se e impulsionar uma forma capitalista de exploração da riqueza. Ao lado disso, a incapacidade política da elite lusitana que permitira maior articulação do Estado, aniquilaria o alvorecer do humanismo luso, deixando Portugal num plano secundário no desenvolvimento econômico europeu. Nesse sentido, a Inquisição

[200] COHEN, Thomas. The Fire of Tongues Antônio Vieira and the Missionary Church in Brazil and Portugal. Stanford: Stanford UP, 1998, pp. 33-34.
[201] NÓBREGA, Manuel da. Cartas do Brasil. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1988, p. 107.
[202] Cf. LEITE, Serafim, 1890-1969. *Op. cit.*, pp. 207 e ss.
[203] Cf. MERCADANTE, Paulo. Militares & Civis: a Ética e o Compromisso. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, pp. 16-17. Ainda aponta que, esse caráter romântico-senhorial da cultura portuguesa que predominou no período da expansão ultramarina estava associado a uma ética inspirada nas cruzadas, na honra cavalheiresca dos antepassados, na subserviência espiritual aos ditames da Igreja e no desprezo pelas práticas mercantis lucrativas.

e a Companhia de Jesus vieram a contornar os traços da sociedade[204].

Portugal só viera a se aproximar do ideário renascentista, da modernidade científica e filosófica, do espírito crítico, reconciliando-se com a Europa, apenas com o iluminismo de Luis Antonio Verney e com as reformas[205] de Marquês de Pombal[206], as quais acabam influenciando ideologicamente a colônia brasileira, fornecendo "as bases para a modificação do Estado, restaurando a autoridade pública, fraca, corrupta e atrasada"[207]. Essa influência do iluminismo pombalino no Brasil, no início do século XIX, pode ser verificada em José Bonifácio de Andrada e Silva e nas iniciativas de Rodrigo Sousa Coutinho, chefe do governo de D. João VI[208]. Mas vão além disso, e chegam até a independência[209].

Nessa conjuntura surge o regalismo reforçando uma mudança nessa relação do Estado e a Igreja. Trata-se de doutrina política que preconizava a supremacia do poder político em relação ao poder eclesiástico [210], que acabara por alargar a jurisdição do Estado ás custas da Igreja[211]. E não só, traduz-se na afirmação do poder real, logo, também do poder do Estado que representa[212].

Como marco, em 1728, houve o estabelecimento do beneplácito régio por D. João V, que proibia que ninguém fizesse leitura, possuísse ou divulgasse bulas, breves, graças ou qualquer outro despacho da Santa Sé e dos seus tribunais e organismos sem antes serem autorizados pela coroa[213]. No ano de 1760, o beneplácito régio é reabilitado por D. José I, que dá força de lei.

---

[204] Cf. MERCADANTE, Paulo. *Op. cit.*, pp. 18-19.

[205] As reformas limitam a jurisdição do clero, os jesuítas são expulsos de Portugal em 1759, restringem os benefícios da nobreza, incrementam o poder econômico da burguesia, impulsionam a reformulação do ensino e do modelo universitário, Conforme WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: forense, 2002, p.45.

[206] Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. *Op. cit.*, p. 44.

[207] FAORO, Raymundo. Existe um Pensamento Político Brasileiro? São Paulo: Ática, 1994, p. 27.

[208] Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 136.

[209] ANTONIO CANDIDO. Formação da literatura brasileira; momentos decisivos. Vol. 01. Belo Horizonte: Itatiaia, 1997, p. 64-65.

[210] Cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 328.

[211] Cf. CASTRO, Zília Osório de. O Regalismo em Portugal. António Pereira de Figueiredo, separata da revista Cultura, História e Filosofia do Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa, t. IV, 1987, p.394.

[212] Cf. CASTRO, Zília Osório de. *Op. cit.*, p.394.

[213] OLIVEIRA, Miguel de. História Eclesiástica de Portugal. Lisboa: Europa-América, 1994, p. 200, citado por FRANCO, José Eduardo. O Mito dos

Traduzindo-se em mudanças profundas que vinham ocorrendo desde o renascimento, a reforma, os novos pensamentos de Bacon, Newton, Locke e Descartes, Grócio e Espinoza[214], dentre outros, o regalismo[215] marca o cerceamento do poder pontifício pelos Estados Nacionais, derivando a centralização dos seus poderes[216].

O absolutismo ganha um sentido novo na medida em que os governantes guiam-se pelos princípios da razão e consideravam-se fonte do direito[217]. Essa teoria do poder, em que se baseava a ideologia política do despotismo esclarecido, concebe o poder do rei como tendo natureza divina e que, assim, não admitia qualquer contestação[218].

Em 1759, Marquês de Pombal decreta a expulsão dos quinhentos jesuítas que estavam trabalhando no Brasil[219]. Em 1760 se consumava a perseguição promovida pelo Marquês de Pombal aos jesuítas, ratificada ulteriormente em 1773, com o Breve Pontifício da Supressão, de Clemente XIV[220]. Um dos principais motivos para a essa expulsão dos jesuítas era de que suas missões atrapalhavam o cumprimento do Tratado de Madri[221].

Em 05 de outubro de 1768, Sebastião José de Carvalho e Melo dera um golpe a favor da tolerância religiosa com a medida

---

Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. I. Lisboa: Gradiva, 2006, p. 327.

214 Cf. CASTRO, Zília Osório de. *Op. cit.*, p.394.

215 Marcaram a evolução do regalismo em Portugal a obra de Francisco Velasco de Gouveia e a sua Justa aclamação do Sereníssimo Rei de Portugal D. João IV, de 1646, sobre a validade de elevação de D. João IV; a de Manuel Rodrigues Leitão "Tratado Analytico e Apologetico", de 1715, sobre os provimentos das igrejas de Portugal; a de Gabriel Pereira de Castro "De manu regia", entre 1622 e 1623, principal tratado teórico do regalismo português, cf. FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. I. Lisboa: Gradiva, 2006, p. 327, citando AZEVEDO, L. G. de. O regalismo em Portugal até ao tempo de P. Francisco Soares, *In* Brotéria, vol. 24, 1937, pp. 292-303 e 481-498.

216 Cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 328.

217 Cf. AGESTA, Luis Sanchez, El Pensamiento Politico del Despotismo Ilustrado, Sevilha, 1979, pp. 174 e ss, citado por FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 331.

218 Esse poder dito iluminado tem como defensores Grócio, Hobbes e Kallar, cf. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 331.

219 Cf. ALVES, Moreira Marcio. *Op. cit.*, pp. 10-11.

220 Cf. BLACK, Luísa. Linhas Históricas da Revolução Francesa: O desenvolvimento do cepticismo e do livre pensamento. *In* "A Revolução Francesa 200 anos depois", Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, Série de História, nº 2 – Abril/1992, Edição Especial, Lisboa, Universidade Lusíada, p.72.

221 Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 141.

que estabelecera que, num prazo de quatro meses, os que tivessem filhos em idade casadoura, procedessem a enlaces com famílias excluídas dado o repúdio dos nobres ao cristão-novo[222].

Em 1769, com Marquês de Pombal, surge a "Lei da Boa Razão" que definira regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, nos casos de omissão, imprecisão ou lacuna, minimizando a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos, dando "preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas".[223] Porém, isso não implica numa abertura geral para a construção de um nacionalismo do direito no âmbito local, mas, antes, demonstra o interesse da metrópole de criar regras para o pagamento de impostos e tributos aduaneiros, ainda, de estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças à sua dominação[224]. Nesse sentido, vai fortalecendo-se a figura do Estado.

Em 25 de maio de 1773, o Marquês de Pombal conseguira a promulgação da lei que pôs fim nas diferenças entre cristãos-velhos e cristãos-novos, não sendo mais toleradas também a legislação discriminadora contra cristãos-novos. Em seguida, em 01 de outubro de 1774, aquela lei fora regulamentada por decreto, o qual sujeitava os veredictos do Santo Ofício à sanção real. Assim, a inquisição portuguesa ficava controlada[225].

O regalismo fica mais nítido no período imperial do Brasil com a Constituição de 1824, que "invadiu tudo, apoderou-se de tudo, de tudo serviu-se, leis, códigos, ministérios, câmaras, assembléias para manietar a Igreja"[226].

X. Chegada da Família Real (1808) e o Tratado de Comércio e Navegação (1810)

O protestantismo em geral só pudera estabelecer-se definitivamente no Brasil após a chegada da família real em 1808, marco de abertura religiosa. Vê-se assim,

A vinda da família real não significara apenas a abertura dos portos (1808), o Alvará de 1º de abril de 1808 (de permissão das

[222] Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, p. 162.
[223] VALLADÃO, Haroldo. História do Direito, Principalmente do Direito Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 76; MARTINS JÚNIOR, Isidoro. Op. cit., pp. 78-80; TRIPOLI, César. Op. cit., p. 154-155; WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 48.
[224] Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 49.
[225] Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 162-163.
[226] SCAMPINI, José. A liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 57.

manufaturas) e a elevação do Brasil à categoria de Reino Unido (1815), mas a extinção do regime colonial[227] que promovera profundas transformações no Brasil. Em 1808, marco da abertura religiosa, o protestantismo pudera se estabelecer.

As repercussões das disposições pombalinas, reconhecidos os seus resultados imediatos, não apagara de pronto o clima de desconfiança[228]. Graças ao Tratado de Comércio e Navegação, de 19 de fevereiro de 1810, firmado entre Portugal e Inglaterra, fora concedida liberdade religiosa aos imigrantes protestantes, 'ficando proibida a inquisição no Brasil[229]. Mas essa tolerância, conforme se vê no artigo nº 12 do referido tratado não permitia uma verdadeira liberdade religiosa: "nem os vassalos da Grande Bretanha, nem outros quaisquer estrangeiros de comunhão diferente da religião dominante dos Domínios de Portugal, serão perseguidos ou inquietados por matérias de consciência, tanto nas suas pessoas, como nas suas propriedades, enquanto êles se conduzirem com ordem, decência e moralidade, e de uma maneira conforme aos usos do País e ao seu estabelecimento religioso e político" e "porém, se se provar que êles pregam ou declamam pùblicamente contra a religião católica, ou que êles procuram fazer prosélitos ou conversões, as pessoas que assim delinqüirem poderão, manifestando-se o seu delito, ser mandadas sair do país..."[230]. Por esse Tratado, também a Inglaterra exigia o direito de extraterritorialidade, ficando os súditos ingleses, radicados nos domínios portugueses, não sujeitos às leis portuguesas, mas às inglesas, com juízes eleitos por eles[231].

4. A religião na luta pelo território brasileiro

A religião apresentara peculiaridades diversas em momentos variados nas disputas travadas pelo território brasileiro, não podendo dizer que o catolicismo experimentara uma tranqüilidade absoluta na sua propagação na colônia.

a) Guerra Guaranítica (Os Jesuítas dos Sete Povos das Missões)

Após a assinatura do Tratado de Madri[232], em 1750, o qual reconhecera o princípio do *uti possidetis* (adoção do critério de

[227] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 132.
[228] Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 164-165.
[229] Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 162-163.
[230] SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 166-167.
[231] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 163.
[232] Ver SIMON, Mário. Os Sete Povos das Missões. 2ª ed. Porto Alegre: Martins, 1987, pp. 114-115.

ocupação efetiva do território por Portugal e Espanha), invalidando o Tratado de Tordesilhas, deram-se violentos conflitos entre índios guaranis, as tropas espanholas e luso-brasileiras no sul do Brasil. Os Guarani recusaram-se a deixar suas terras no território do Rio Grande do Sul e a mudar para o outro lado do rio Uruguai, conforme acertado naquele acordo de limites. Inclusive, por ele, a Espanha cedera aos portugueses o território dos Sete Povos das Missões, dirigidos por jesuítas, em troca da Colônia do Sacramento, uma fortaleza, visando, com isso, o controle das duas margens do rio da Prata. Em razão da recusa dos indígenas, que já abrangia todos os aldeamentos, em 1753, Portugal e Espanha uniram-se para atacar a região dos Sete Povos das Missões, buscando que o Tratado fosse cumprido. Com isso, deram-se violentos confrontos naquela região, denominados de "Guerras Guaraníticas", as quais terminaram em 1756, com a derrota dos índios[233].

Antes do Tratado de Madri a Espanha tinha reconhecido a possessão portuguesa da Colônia do Sacramento, porém não definitivamente, o que ocorrera pelo Segundo Tratado de Utrecht, de 1715. Diante das Guerras Guaraníticas viu-se que o Tratado de Madri seria insuficiente para disciplinar a ocupação daquelas terras pelo fato da maioria dos indígenas terem se refugiado nas matas. Assim, a cláusula do *uti possidetis* fora anulada com o Tratado do Pardo, de 1761. Ocorre que, a definição dos limites ficara como antes de 1750 e as negociações foram retomadas com o Tratado de Ildefonso, de 1777. Por esse, Portugal abdicava da região dos Sete Povos e Sacramento, em troca da ilha de Santa Catarina, pertencente à Espanha. Com a declaração de guerra entre Espanha e Portugal, os gaúchos invadiram o território dos Sete Povos, conquistando-o. No mesmo ano de 1801, essa possessão fora reconhecida como de Portugal pela Espanha, pelo Tratado de Badajós, e Sacramento ficara com essa última[234].

Vale destacar que, os conflitos dos indígenas com o povo colonizador fora freqüente. Apesar das Guerras Guaraníticas serem mais conhecidas, não se pode esquecer as diferentes resistências[235] ocorridas durantes esses contatos, normalmente desprezadas na historiografia oficial, consideradas como naturais, por colidirem, simplesmente, culturas diferentes.

b) França Antártica

---

[233] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 124.
[234] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, pp. 124-125.
[235] A resistência indígena legitimava as "guerras justas", por qualquer motivo, pela quais os índios eram tornados cativos.

O Protestantismo chegara ao Brasil com calvinistas no final de 1555, com um grupo de franceses liderados por Nicolas Durand de Villegaigon, os quais se instalaram numa ilha na Baía de Guanabara, com propósito de fundarem a França Antártica, nação de refúgio para os perseguidos pelas guerras religiosas e massacres no Velho Mundo, com a religião calvinista. Depois, chegaram mais colonos e pastores reformados enviados por João Calvino, a pedido de Villegaigon. No dia 10 de março de 1557, realizaram o primeiro culto protestante no Brasil. Ocorre que, ocorreram desavenças teológicas entre Villegaignon e os calvinistas, aliado ao apoio dos índios e jesuítas, os portugueses conseguiram expulsar os franceses do Brasil em 1567.

Em 1624, os holandeses invadiram Salvador, a capital da colônia, prendendo o seu governador Mendonça Furtado e enviando-o para Amsterdã, sendo seu lugar ocupado por Van Dorth, numa tentativa de invasão que durara quase um ano, de 1624 a 1625. Ocorre que, os colonos se organizaram e empreenderam resistência. O bispo D. Marcos Teixeira mobilizara os moradores apresentando a luta como contra os heréticos calvinistas. No final, assassinaram Van Dorth e a esquadra luso-espanhola "Jornada dos Vassalos" acabara por expulsar os holandeses[236].

c) Igreja Reformada da Holanda

Em meados do século XVII, por meio dos holandeses ocorrera novamente a tentativa de introdução do calvinismo no Brasil quando a o nordeste brasileiro fora ocupado por vinte e quatro anos (1630-1654) pela Companhia das Índias Ocidentais[237].

Os holandeses, após fracassarem nas tentativas de conquistar a Bahia, seu objeto de desejo, resolveram atacar Pernambuco, em 15 de fevereiro de 1630, com uma esquadra de 70 navios com 7000 homens, por apresentar condições favoráveis à fortificação e ser pior defendida. Após isso, de 1630 a 1635, houvera lutas incessantes com pernambucanos para consolidação da conquista holandesa. Mas, de 1635 a 1644, no governo de Maurício de Nassau, os judeus realmente alcançaram um nível excepcional de vida econômica, social e cultural no território brasileiro[238]. E isso não pode ser dissociado da tolerância religiosa e igualdade de tratamento para luso-brasileiros e holandeses dispensada por Maurício de Nassau.

A tolerância religiosa para com os judeus, nesse período, deu-lhes condições de diversificarem os seus ramos ocupacionais e

[236] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 90.
[237] Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 105-130.
[238] Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 105-104.

aquilatarem um espaço invejável naquela sociedade, tornando-se grandes proprietários rurais e urbanos. Inclusive, por volta de 1638, com o confisco de engenhos dos portugueses pelo governo holandês, os judeus adquiriram propriedades em hasta pública a preços simbólicos. Aliás, desde o início, os judeus, vindos da Holanda, muitos refugiados de Portugal, Espanha e França, falavam vários idiomas (espanhol, francês, ladino, holandês e português) e serviram de intérpretes para o exército e a marinha holandesa, alcançando um posto de intermediários, que facilitou-lhes o progresso[239].

O domínio econômico dos judeus foram também alvos de ódios de cristãos, mas graças Maurício de Nassau várias situações foram contornadas. Não se podendo desprezar que a liberdade de culto, a suficiência numérica de judeus e suas concentrações numa área restrita, a continuidade imigratória e a superioridade cultural do grupo, considerado em relação ao meio dominante, contribuíram para o surgimento e fortalecimento da comunidade judaica no nordeste brasileiro[240]. Assim, o direito oficial facilitara não só a tolerância religiosa como aquinhoava os judeus com o poder econômico.

A partir de 1645, a situação dos judeus no Brasil mudara, enfraquecendo o domínio holandês. Antes disso, a saída de Maurício de Nassau do governo já sinalizara a decadência diante da assunção da administração do domínio holandês pelo Supremo Conselho de Recife, o qual passara a perseguir católicos e expulsar frades do país. Diante disso, sem a ação apaziguadora de Nassau e as investidas contra católicos, rompendo-se a tolerância religiosa, os judeus passaram a emigrar, causando o enfraquecimento do comércio. Por sua vez, os soldados holandeses passaram a desertar para o exército português. Naquele momento, a Holanda estava em guerra com a Inglaterra e não pôde prestar o apoio necessário à colônia no Brasil. Essa situação seguiu-se de um retorno de judeus para a Holanda, uma parte foram para Guiana, Antilhas e Nova Holanda (América do Norte) e outros, de forma dispersa, ficaram no próprio território brasileiro[241]. Mas a perda da colônia brasileira pela Holanda tem causas mais complexas. Nesse contexto, não podem ser desprezados os confiscos das propriedades luso-brasileiras pela administração do Supremo Conselho, nem o longo processo de rebelião, conhecido como "Insurreição Pernambucana", ocorrido de 1645 a 1654, onde os revoltosos acumularam as vitórias de Monte das Tabocas (1645) e a primeira

[239] SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 108-111.
[240] SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 112-123.
[241] SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 123-134.

(1648) e segunda batalha de Guararapes (1649). Ainda, o Ato de Navegação, de 1651, o qual excluiu os holandeses do comércio colonial inglês. Por fim, em 1661, fora firmado tratado em que a Holanda reconhecia a perda da colônia brasileira[242].

Na Nova Holanda, o esquema administrativo seguia o modelo da metrópole. Foram organizadas as Câmaras dos Escabinos, que substituíram as Câmaras Municipais. Eram presididas pelos escoltetos, sempre holandeses, que atuavam como representantes dos interesses da Companhia, além de acumularem a função de polícia. Entretanto, os luso-brasileiros tinham representações nesses órgãos e conseguiam muitas vezes que seus interesses fossem atendidos[243].

Nesse período, a igreja oficial da colônia fora a reformada da Holanda, gozando os católicos e judeus residentes de tolerância religiosa. Com a expulsão dos holandeses, os vestígios do calvinismo no Brasil desapareceram[244]. Ao oposto do catolicismo, a religião reformada, trazida pelos invasores, não oferecia nenhuma espécie de excitação aos sentidos ou à imaginação dessa gente, e assim não proporcionava nenhum terreno de transição por onde sua religiosidade pudesse acomodar-se aos ideais cristãos[245]. Assim, como disse Sérgio Buarque de Holanda, "não parecem ter conseguido, para sua fé, tantos prosélitos, ou tão dedicados, como os conseguiam, sem excessivo trabalho, os portugueses, para a religião católica"[246].

Os missionários protestantes chegaram a se valer da língua portuguesa nos seus sermões e prédicas diante dos escassos êxitos do uso da neerlandesa[247].

d) Guerra de Canudos (1893-1897)[248]

A Guerra de Canudos fora movimento típico de resistência ocorrido numa sociedade rural, em região onde as relações pessoais baseavam-se nos laços de fidelidade pessoal. É apontada como oposição a transformações decorrentes da modernização. Movimentos semelhantes ocorreram em diversas regiões do mundo[249].

---

242 Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 94.
243 KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 92.
244 Cf. SEREBRENICK, Salomão. *Op. cit.*, pp. 105-130.
245 Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 65.
246 Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.,* p. 65.
247 Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.,* p. 65.
248 Cf. WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 225.
249 Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 391.

A Guerra de Canudos tem na figura do beato Antônio Vicente Mendes Maciel, conhecido como "Antônio Conselheiro", sua expressão. Em torno desse líder religioso agruparam-se inúmeros seguidores, causando perseguição por parte da igreja católica, a qual não aceitava o crescimento de uma comunidade de beatos no sertão baiano, na localidade de Arraial de Canudos, às margens do rio Vaza-Barris. Também, os latifundiários rurais se articularam com a igreja para dispersar aquele movimento de insurreição, o qual acontecia após a proclamação da República. O argumento de que Conselheiro adotara posição monarquista fora utilizado para reprimir a comunidade, onde se pretendia construir a cidade santa de Belo Monte. De um lado, à igreja interessava a manutenção de fiéis. De outro, aos grandes proprietários, a mão de obra barata e numerosa na região[250].

Fora fácil para Antônio Conselheiro arregimentar todos aqueles fiéis fanáticos, diante do misticismo, da miséria e descaso governamental para aquela região, sua aparência magra, de barba, cabelo compridos, com sua veste, tipo daqueles apóstolos de Cristo, servira para também para fomentar suas aspirações, que foram vistas como heréticas, anti-republicanas e restauradora da monarquia[251].

A primeira campanha militar contra Canudos ocorrera em 1896, mas apenas em 1897, na quarta expedição, comandada pelo general Artur de Andrada Guimarães, com oito mil soldados e armas mais modernas da época, o movimento fora, de uma vez, controlado[252].

A figura do beato era comum no sertão nordestino. Sua origem estava relacionada às atividades do padre José Maria Ibiapina que, seguindo a orientação do catolicismo do seu tempo, procurou melhor comunicação entre clero e fiéis. O padre Ibiapina foi o responsável pela criação de inúmeras casas de caridade – mistura de orfanato e escola -, que se multiplicaram a partir do século XIX. (...) Essas casas de caridade eram administradas por ordens leigas, não reconhecidas pela Igreja, mas toleradas por ela. E foi a partir dessas casas que se multiplicaram as ordens de beatos, expressão concreta da intensificação da religiosidade no sertão nordestino[253].

[250] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 392.
[251] Nesse sentido: WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, pp. 225-247.
[252] Cf. KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 392.
[253] KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, pp. 391-392.

A Guerra de Canudos ficara imortalizada na obra "Sertões" de Euclides da Cunha, na qual se descrevem as empreitadas militares contra a massa de fanáticos, pobres[254].

5. A religião na luta pela independência do Brasil e proclamação da república

A relação entre a Igreja e a Metrópole tivera atritos, desde o período colonial, como visto, mas esses ganharam proporções maiores com os novos tempos.

No Brasil, eclodiu a "Revolução de 1817", nesse mesmo ano, contra os comerciantes portugueses, na verdade, anticolonial e separatista, queria, de uma vezes por todas, o fim do regime colonial e maior igualdade entre os membros da colônia. Na mesma, fora importante, como difusor do pensamento iluminista, no final do século XVIII, o padre Manuel de Arruda Câmara, sem contar a participação na mesma do seu discípulo, padre João Ribeiro. Este último, aparentemente, fundara a sociedade secreta "Areópago de Itambé"[255], também nos fins do século XVIII, com características das lojas maçônicas aparecidas depois, não admitia europeus em seus quadros e servira na propagação de idéias anticolonialistas. Também, o "Seminário de Olinda", fundado em 1800, pelo bispo D. José da Cunha de Azevedo Coutinho, fora foco dos ideais emancipacionistas, tendo um dos seus participantes, o padre Miguel Miguel Joaquim de Almeida Castro participado da "Revolução de 1817". No dia 07 de março de 1817, fora formado o governo provisório, tendo o padre João Ribeiro ficado como representante do clero. Na Lei Orgânica editada chegara a ser proclamada a liberdade de consciência, a liberdade de imprensa, com exceção dos ataques à Constituição e à religião, a tolerância religiosa, apesar do reconhecimento da católica como oficial e clero assalariado[256]. Assim, o clero teve importância para os rumos da colônia.

O Frei Caneca também participara da Revolução de 1817, depois liderara a Confederação do Equador (1823-1824) contra D. Pedro I[257].

Na verdade, umas das causas apontadas para a queda da Monarquia fora a crise religiosa, sendo natural que a República consagrasse o Estado laico, que tanto defendiam os propagandistas republicanos. Em 1872, os bispos de Recife e Belém proibiram os

---

254 Cf. CUNHA, Euclides da. Sertões. Campanha de Canudos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.
255 Fechada em 1802, surge depois com o nome de Academia dos Suassunas.
256 KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, pp. 173-176.
257 KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *Op. cit.*, p. 175.

católicos de participarem da maçonaria. Depois, determinaram a expulsão de membros das maçonarias das irmandades. Não atendidos, fecharam as irmandades. Ocorre que, em 1874, os bispos foram presos num Estado onde a igreja era ligada ao Estado, dependente das decisões do imperador. Não bastou que, em 1875, o mesmo anistiasse os dois prelados, posto que a situação já tinha minado as relações do Estado e a Igreja. Aproveitando-se disso, a propaganda republicana tratava de demonstrar a crise existente entre Estado e Igreja. Ainda, a divisão na igreja entre os que admitiam a República, com um catolicismo liberal, e os partidários da Monarquia, com uma igreja atrelada ao Estado[258].

A imprensa republicana, ao tornar público o que fora secularmente velado, expunha a debilidade da Monarquia. Trazia à tona as contradições de um império que se pretendia moderno e liberal, mas que, entretanto, por sua ligação com a igreja, não admitia a livre consciência, a liberdade de ensino, a liberdade de religião, o casamento civil, a instituição do registro civil de nascimentos e óbitos, nem mesmo a secularização dos cemitérios pelas administrações municipais. Império que teria a sua continuidade com a princesa Isabel, beata, ligada a confessores conservadores[259].

Vale registrar que, na época, "embora o catolicismo fosse a religião oficial do país, estudos recentes têm mostrado que o envolvimento afetivo do povo com esta religião se dava mais no aparato que exatamente em sua essência. Certo havia a encenação da prática do catolicismo, pois basta lembrar as inúmeras igrejas e capelas da paisagem, as muitas festas religiosas, as monumentais procissões e mesmo um cotidiano impregnado de rezas, ladainhas e terços, reforçando publicamente a representação da igreja. (...) Contudo, a ortodoxia católica não estava impregnada nas mentalidades. Até porque o trânsito entre o universo sagrado e profano era bastante fluido, registrando-se padres na maçonaria, padres que constituíam famílias e elementos leigos que controlavam as irmandades religiosas. Os valores estavam misturados. Portanto, para esta comunidade dita "católica" a crise da Igreja pouco significou, não se constituindo, sob este enfoque, em desestabilizador da Monarquia, como entenderam alguns estudiosos"[260]. Mas, sob a propaganda republicana, que demonstrava uma Monarquia absoluta e uma República de liberdade, essa crise fora usada para desacreditar o Império. E, sem

[258] Cf. MARTINS, Ana Luiza. O Despertar da República. São Paulo: Contexto, 2001, pp. 29, 79- 86.
[259] MARTINS, Ana Luiza. *Op. cit.*, pp. 86-87.
[260] MARTINS, Ana Luiza. *Op. cit.*, pp. 86-87.

dúvida, a adoção da República no Brasil está ligada a esse movimento, juntamente com o fim da escravidão e a tomada do poder pelos militares[261]. Mas isso não significa que não houvesse uma revolta do clero contra as administrações, um problema de intromissão do poder civil que vinha há tempos prolongando-se. Como menciona Sérgio Buarque de Holanda "essa revolta reflete-se na própria pastoral coletiva do episcopado brasileiro de março de 1890, que surge quase como um aplauso franco ao regime republicano, implantado quatro meses antes, não obstante lhe seja impossível aprovar, em princípio, as idéias de separação entre a Igreja e o Estado. Nesse documento são ridicularizados os ministros de Estado que ordenavam aos bispos o cumprimento dos cânones do Concílio de Trento nos provimentos das paróquias; que lhes proibiam a saída da diocese sem licença do governo, sob pena de ser declarada a sé vacante e de procederem as autoridades civis à nomeação do sucessor; que exigiam fossem sujeitos à aprovação dos administradores leigos os compêndios de teologia em que deveriam estudar os alunos dos seminários; que vedavam às ordens regulares o receberem os noviços; que negavam aos vigários o direito de reclamarem velas da banqueta; que fixavam a quem competia a nomeação do porteiro da maça das catedrais. Referindo-se, por fim, aos efeitos do padroado, em que se firmava essa posição de inconteste supremacia do poder temporal, conclui a pastoral: "Era uma proteção que nos abafava"[262].

6. Evolução histórico-constitucional: Do império à República (1824-1988)

No Brasil, a Constituição de 1824[263] estabelecia a religião católica como sendo a religião oficial do Império[264] e só permitia a

---

[261] Cf. MARTINS, Ana Luiza. *Op. cit.*, pp. 87-109.

[262] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, pp. 118-119.

[263] A Constituição de 1824 estabelecia no seu art. 5°: *"Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras Religiões são permitidas com seu culto domestico ou particular, em casas para isso destinadas, sem fórma exterior de Templo"*.

[264] Vale citar casos de países em que, na atualidade, ainda a Igreja ocupa *status* semelhante ao brasileiro da Constituição de 1824: No Reino Unido o monarca deve pertencer à Igreja Anglicana, a Câmara dos Lordes integra arcebispos e bispos daquela confissão religiosa, sendo os respectivos clérigos inclusive, nomeados pelo monarca; Na Dinamarca, o art. 4° da Constituição afirma que *"A Igreja Evangélica Luterana é a Igreja nacional dinamarquesa e a goza, como tal, do apoio do Estado"*, e o respectivo art. 6° diz ainda que *"...o rei deve pertencer à Igreja Evangélica Luterana"*; Na Finlândia, o art. 83º da Constituição dispõe que *"A legislação eclesiástica estabelecerá a organização e a administração da Igreja Evangélica Luterana"*; Na Grécia, o art. 4º da Constituição prescreve que *"A religião dominante na Grécia é a Igreja Ortodoxa Oriental de Cristo"*, dizendo-se também nesse mesmo

elegibilidade para o Congresso àquelas pessoas que professassem o catolicismo. Importante destacar nesse período que as demais religiões tinham seus cultos relegados a um segundo plano, de forma marginal e no âmbito doméstico, não podendo ser praticadas em público.

A elegibilidade para o Congresso das pessoas que professassem o catolicismo ao lado da religião católica como oficial do Estado significava a ligação da Igreja e o Estado. Estado esse colonizado por Portugal, país de tradição católica, que pelos trabalhos dos missionários da Companhia de Jesus, preponderantemente, soube muito bem firmar e difundir as bases do cristianismo nas novas terras.

O clero católico era tratado como um ramo do funcionalismo público, e as rendas da igreja eram matéria de Estado. Os padres dispunham de enorme influência política nas localidades, não apenas por serem freqüentemente proprietários de terras, mas também pelas funções públicas que exerciam (registros civis e de terras que eram confiados às freguesias ou paróquias). Finalmente, conserva-se o instituto do beneplácito régio[265]: qualquer decisão de concílios ou constituições da Igreja dependiam, para ter vigência no Brasil, do acordo do governo[266].

A Constituição do Império ao estabelecer a religião católica como oficial estava acatando no plano ideológico-político o primeiro liberalismo português[267], cognominado de vintismo, que

---

preceito que *"O texto das Sagradas Escrituras é inalterável"* e que *"É proibida a sua tradução oficial para outra forma de linguagem sem aprovação da Igreja Autocéfala da Grécia e da Grande Igreja Cristã de Constantinopla"*, tudo isso sem falar do regime de imunidade soberana do Monte Athos, que tem um estatuto de impenetrabilidade do poder estadual, reconhecido pelo art. 105º da Constituição da Grécia.

[265] Ficara conhecido o caso do primeiro a que fora aplicado pena pelo Supremo, o bispo de Olinda, Fr. Vital Gonçalves de Oliveira, o qual impunha um interdito a uma irmandade de Recife e excomungara os membros maçons da confraria, de acordo com determinações de Pio IX. Como as determinações do Papa e do Concílio não haviam sido submetidas ao governo imperial para beneplácito, a Irmandade do SS. Sacramento da Igreja de Santo Antônio apresentara um recurso à Coroa, na forma do Decreto nº 1.911, de 1857, o que resultara em denúncia apresentada pelo Procurador da Coroa ao Supremo Tribunal de Justiça, em 10.10.1873. (*In* LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. Lições Introdutórias. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 326-327.

[266] LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. Lições Introdutórias. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 325.

[267] Conceito do primeiro liberalismo português, de acordo com FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. II. Lisboa: Gradiva, 2006, p. 41.

saiu da revolução de 1820, o qual buscava proceder à regeneração nacional, não rejeitando a religião, antes procurando integrá-la como uma componente fundamental para sustentar o edifício moral do novo regime. Embora marcado por um antropocentrismo que valorizava o indivíduo enquanto cidadão e peça dinâmica do tecido social, o regime liberal não dispensou o enquadramento da multividência cristã e o serviço moral que a igreja poderia continuar a fornecer para o revigoramento da consciência individual e coletiva da nação[268]. Assim, a religião tinha um lugar central enquanto elemento estruturador da ordem moral e da coesão social[269]. Ainda, legitimava o Império o qual optara por não romper com o catolicismo romano e as influências tradicionais que o mesmo ainda tinha no seio social[270].

Vê-se que a monarquia protegia a Igreja Católica, como matéria de ordem púbica[271]. Essa situação vem mudar com a edição do Decreto 119-A, de 17 de janeiro de 1890, que estabelecera a separação entre a igreja e o Estado no Brasil.

Com a República, em 1890, a religião católica deixa esse *status*[272], passando o Estado a ser laico, em diante, e a consagrar a ampla liberdade de crença e cultos religiosos[273].

Disso, significando que o mesmo passara a se manter indiferente às diversas igrejas que podiam livremente constituir-se[274]. Assim, sendo possível a convivência de diversos credos. Mas isso, frisa-se, apenas formalmente, pois na prática as religiões afro-brasileiras continuarão a ser reprimidas policial e socialmente, refugiando-se na semiclandestinidade por várias décadas[275]. Assim,

---

[268] Falando no que se refere ao liberalismo português, Cf. CORREIA, José Eduardo Horta, Liberalismo e Catolicismo: o Problema Congregacionista (1820-1823), Coimbra, 1974, pp. 17 e ss.

[269] No mesmo sentido o liberalismo português, cf. GARRET, Almeida, "O dia vinte e quatro de Agosto", *In*: Obras Completas, vol. 6, Lisboa, 1985, pp. 219.

[270] Ver PIMENTA, Carlos Faria. Religião e Revolução – Os liberais católicos no vintismo (1820-1823). In "A Revolução Francesa 200 anos depois", Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, série de história, nº 02-abril/1992, edição especial, Lisboa, Universidade Lusíada, pp. 179- 191.

[271] Nesse sentido também: LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. Lições Introdutórias. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 327.

[272] Na primeira Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, no seu art. 72, § 3º, consta que *"todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum"*.

[273] Cf. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 215.

[274] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 178.

[275] Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. *Op. cit.*, p. 327.

na prática, essa separação entre igreja e Estado não ficara sendo absoluta.

Não se pode esquecer que, no Brasil, houve a evolução de um "liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular"[276], "matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias"[277].

As estruturas atuais da igreja católica nascera, no Brasil, com a Constituição de 1891[278].

As associações religiosas adquiriram personalidade jurídica com a Constituição de 1934[279], o que repetido na de 1946, igualmente com a proibição do exercício dos cultos religiosos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes[280].

Ainda, a Constituição de 1934 previu a colaboração entre o Estado e a Igreja, vendo-se assim que essas relações continuaram apesar da proclamação da República. E foram além disso, como comprovam o ensino religioso facultativo religioso na escola pública e a menção no nome de Deus na Constituição, reivindicações católicas. Por sua vez, a igreja católica acaba apoiando a ditadura do Estado Novo, de 1937. Mesmo assim, a Constituição de 1937, reconhecera apenas a liberdade de culto, afastando a religião da esfera pública, que só retornara com as Constituições de 1946[281] e 1967[282].

---

[276] NOGUEIRA, Marco Aurélio. As Desventuras do Liberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 67.

[277] WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 79

[278] Cf. ALVES, Marcio Moreira. *Op. cit.*, p. 05.

[279] O Artigo 113, item 5º da Constituição de 1934 estatuiu que: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício de cultos religiosos desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil."

[280] "Art. 141. (...)
§ 7º - E' inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil". *In* DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1946. 3º vol. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

[281] "Art. 31. À União, aos Estados e ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: II – estabelecer ou subvencionar cultos religiosos ou embaraçar-lhes o exercício; III – ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração em prol do interesse coletivo".

[282] "Art. 9º. (...) II – À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: estabelecer cultos religiosos ou Igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar".

O próprio Oliveira Viana reconhece que a *Rerum Novarum* e a *Quadragesimo Anno* foram seus guias de atuação no Ministério do Trabalho, do governo Getúlio Vargas, "ideal de sociedade fundada na cooperação, na incorporação, no predomínio do interesse coletivo sobre o individual, na regulação das forças sociais em função de um objetivo comunitário"[283]. Na verdade, esse "corporativismo de Estado é, no essencial, a submissão organizada da sociedade ao Estado"[284]. Assim, as doutrinas da Igreja Católica ainda foram usadas pelo Estado para fortalecer-se, mas numa ótica populista de concentração do poder.

A atual Constituição vigente no Brasil, de 1988, adotara o princípio da separação entre Igreja e Estado, reconhecendo: a) a liberdade de religião e de consciência, tendo cada indivíduo e grupo a liberdade de escolha de sua religião, de praticá-la, de sair da mesma e para ela voltar, dentro dos critérios de cada religião; b) a adoção do princípio da igualdade no tratamento das religiões, significando o reconhecimento de uma realidade social e humana; e o princípio democrático nesse prisma, não ficando o poder político preso a nenhuma religião, sendo legítimo a todos os grupos político-partidários exercerem o poder político[285].

Apesar da adoção da laicidade, o Direito da Europa Ocidental, bem como do Brasil, por ser colonizado por Portugal, sofre influência do direito canônico por diversas razões consideráveis: o universalismo cristão da Idade Média (o mundo medieval no Ocidente é um mundo cristão); o caráter escrito do direito canônico (o único direito escrito entre o fim do séc. IX e o séc. XIII); e a atribuição aos tribunais eclesiáticos da competência exclusiva em numerosos domínios da área do direito privado, como casamento e divórcio[286].

As Constituições brasileiras de 1891 e 1937, não tinham no seu preâmbulo[287] a invocação do nome de Deus. Ocorre que, a

---

[283] CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Viana. *In*: Bastos, Elide Rugai; Moraes, João Quartim de (Orgs). O pensamento de Oliveira Viana. Campinas: Unicamp, 1993, p. 24.

[284] WEFFORT, Francisco C. *Op. cit.*, p. 271.

[285] Em sentido semelhante fala sobre as vantagens da separação entre Igreja e Estado, Jorge Bacelar Gouveia no artigo "Religião e Estado de Direito. Uma visão panorâmica". *In* Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. Vol. II. Lisboa: Faculdade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 436.

[286] Cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 17. Destacando-se porém, que o autor só refere-se à Europa Ocidental em suas colocações.

[287] "Preâmbulo é uma parte introdutória que reflete ordinariamente o posicionamento ideológico e doutrinário do poder constituinte", como bem disse FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. 1ª Ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 1989 p. 03.

atual, de 1988, assim o faz expressamente[288]. Apesar disso não significar intolerância religiosa, parece impossível negar-se essa sua conotação monoteísta da inspiração política do Poder Constituinte.

Na verdade, fora o Preâmbulo, as demais disposições constitucionais apontam no sentido de respeito à liberdade e tolerância religiosa, consagrando verdadeira vedação de intromissão do Estado nos assuntos das igrejas, das religiões, de financiamento das mesmas, de forma a proibi-lo de determinar cultos religiosos ou religiões, de manter relações de dependência ou aliança com seus representantes, ressalvando na forma da lei, a colaboração de interesse público, não podendo haver impedimento ao exercício desses direitos, ao funcionamento e embaraço das igrejas e religiões[289].

---

[288] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

[289] CF/88: Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição; Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos;III - autodeterminação dos povos;IV - não-intervenção;V - igualdade entre os Estados;VI - defesa da paz;VII - solução pacífica dos conflitos;VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político; Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...); b) templos de qualquer culto;

Também, a forma de Estado é protegida como cláusula pétrea[290], havendo assim segurança jurídica do mesmo não tornar-se em Estado religioso.

7. Conclusão

Num primeiro momento, vê-se que o direito implantado no Brasil, português, com todas as influências da igreja católica, não absorveu e ignorou o direito consuetudinário dos indígenas, desrespeitando as culturas autóctones, também preterindo o dos africanos levados para a escravidão. Quando muito, os aspectos utilizados do direito indígena e africano foram esvaziados do seu conteúdo original e preenchidos por outros, como o sincretismo, numa forma de aproximação.

Portugal controlara a colônia por meio do padroado, chegando a manter a igreja com recursos, impedindo a entrada de novas religiões e reprimindo ou adequando a dos africanos e índios, estabelecendo seu domínio, centralizando o poder político.

A metrópole portuguesa propagara no Brasil uma cultura "senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica", que acabara traçando o perfil da sociedade que se formava, influenciando suas instituições que herdaram um ranço "conservador, elitista, antidemocrático e antipopular", espelhado por práticas "autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias", mas num rumo da laicidade do Estado e respeito a diversidade religiosa.

Interessante observar que, movida pela cobiça de riquezas, expansão do poder e alargamento da fé, a colonização do Brasil vai misturando direito e religião e, pela obra do governo, dos capitães-donatários, de alguns capitães-governadores, dezenas de bandeirantes, fidalgos, membros da pequena nobreza, índios, negros, mamelucos, degredados e judeus, vai havendo a conquista e ocupação do território.

Nesse contexto, os jesuítas tiveram importância estratégica quando participavam de ações com a administração colonial. Ainda, quando a companhia de Jesus exercera vigilância sobre os habitantes da colônia, de forma a não desvirtuarem-se dos preceitos da religião católica, buscando controlar os seus modos de vida e suas crenças, combatendo práticas tidas como pecaminosas como a penetração de seitas heréticas, sob aos mais diversos aspectos, desde a constituição das famílias, batismo dos filhos, celebração dos esponsais e matrimônios e rituais funerários. Inclusive,

[290] CF/88: Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado (...).

incentivando os membros da comunidade a denunciarem os blasfemos, os concubinatos, os sodomitas, os curandeiros e feiticeiros.

Os conflitos existentes quanto à liberdade dos indígenas giraram em tornos dos interesses diversos dos religiosos e colonos, os quais pretendiam catequizá-los e escravizá-los, respectivamente.

A Guerra de Canudos, a qual assumira faceta religiosa, não se constituiu em movimento republicano e reformador, mas em luta contra a miséria.

Viu-se que, muitas vezes, a questão religiosa fora usada como de fundo para questionar e legitimar disputas políticas e ideológicas, sendo responsável também pela defesa do território e como forma de hegemonia do poder da Coroa.

A evolução constitucional demonstra a busca da igreja católica ainda em querer manter seu *status* de poder e na política. Mesmo assim, a ordem jurídica ruma, no Brasil, para um Estado verdadeiramente laico e de respeito às diferentes religiosidades.

Bibliografia:

ANTONIO CANDIDO. Formação da literatura brasileira; momentos decisivos. Vol. 01. Belo Horizonte: Itatiaia, 1997.

(As) primeiras cartas dos Jesuítas do Brasil para o conhecimento da América (1549-1562), organização de Serafim Leite, Pubblicazioni Del Civico Instituto Colombiano, Génova, 1951.

ABREU, J. Capistrano. Capítulos de história colonial. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp, 1988.

ADRÃO, Paulo Pulido. A Liberdade Religiosa e o Estado. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

AGESTA, Luis Sanchez, El Pensamiento Politico del Despotismo Ilustrado, Sevilha, 1979.

ALFONSIN, Jacques Távora et alli. Negros e Índios no Cativeiro da Terra. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989.

ALAIN, Corbin [et al]. Histoire Du Christianisme. Pour miex comprendre notre temps. Paris: Editions Du Seuil, 2007.

ALVES, Marcio Moreira. A igreja e a Política no Brasil. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1978.

ANTONIO CANDIDO. Formação da literatura brasileira; momentos decisivos. Vol. 01. Belo Horizonte: Itatiaia, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. refundida. Lisboa: Almedina, 2006.

ASSUNÇÃO, Paulo. Negócios Jesuíticos: A Administração dos Bens Divinos. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

AZEVEDO, L. G. de. O regalismo em Portugal até ao tempo de P. Francisco Soares, *In:* Brotéria, vol. 24, 1937.

AZEVEDO, João Lucio de. Os jesuítas no Grão-Pará. *Del sentimiento tragico dela vida.* Madrid: Akal Editor, 1983. Lisboa: Tavares Cardoso, 1900, reedição da Secult, Governo do Pará, 1999.

AZEVEDO, João Lucio de. Os jesuítas no Grão-Pará. Suas missões e a colonização. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1930.

BAUMGARTNER, Mireille. A igreja no Ocidente. Das origens às reformas no século XVI. Lisboa: Edições 70, LDA, 2001.
BASTOS. Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
BARRETO, Luís Filipe. Os Descobrimentos e a ordem do Saber: uma Análise Sociocultural. Lisboa, 1987.
BETHENCOURT, Francisco. História das Inquisições. Portugal, Espanha e Itália. Lisboa: Temas e Debates, 1996.
BLACK, Luísa. Linhas Históricas da Revolução Francesa: O desenvolvimento do cepticismo e do livre pensamento. *In* "A Revolução Francesa 200 anos depois", Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, Série de História, nº 2 – Abril/1992, Edição Especial, Lisboa, Universidade Lusíada.
BOXER, C. R. A idade do ouro do Brasil; dores de crescimento de uma sociedade colonial. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.
BRÜNING, Raulino Jacó. História do Ministério Público Catarinense. Florianópolis: Habitus, 2001.
BRUXEL, Arnaldo.Os Trinta Povos Guaranis. 2ª Ed. Porto Alegre: EST/Nova Dimensão, 1987.
BURKE, Peter (org.). A Escrita da História: Novas Perspectivas. São Paulo: UNESP, 1993.
DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1946. 3º vol. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
BRASIL HISTÓRIA – Texto e Consulta, de Antônio Jr., Luís Roncari e Ricardo Maranhão (orgs). São Paulo: Brasiliense, 1976.
CASTRO, Zília Osório de. O Regalismo em Portugal. António Pereira de Figueiredo, separata da revista Cultura, História e Filosofia do Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa, t. IV, 1987.
CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Viana. *In*: Bastos, Elide Rugai; Moraes, João Quartim de (Orgs). O pensamento de Oliveira Viana. Campinas: Unicamp, 1993.

CHASE-SARDI, Miguel. El derecho consuetudinário indígena y su bibliografia antropológica em El Paraguay. Asunción: Universidad Católica, 1990.

COHEN, Thomas. The Fire of Tongues Antônio Vieira and the Missionary Church in Brazil and Portugal. Stanford: Stanford UP, 1998.
COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena. Tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 1999.
COUTO, Jorge. A construção do Brasil. Lisboa: Cosmos, 1997.
CORREIA, José Eduardo Horta. Liberalismo e Catolicismo: o Problema Congregacionista (1820-1823), Coimbra, 1974.
CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In:* Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
CUNHA, Euclides da. Sertões. Campanha de Canudos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.
D'ABBEVILLE, Claude. História da missão dos padres capuchinhos na Ilha do Maranhão e terras circunvizinhas. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.
D. MERKUR. "The Exemplary Life". *What is Religion? Originis, Definitions & Explanations. In:* Idinopulos and Wilson (Eds). Leiden: E. J. Brill.
DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1946. 3º vol. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
EHRLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
FAORO, Raymundo. Existe um Pensamento Político Brasileiro? São Paulo: Ática, 1994.
FACÓ, Rui. Cangaceiros e fanáticos. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1972.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Religião, Estado e Direito. In: Revista Direito Mackenzie. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2002, ano 3, número 2, São Paulo, 2002.
FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. 1ª Ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERRER, J. *Filosofía de La Religión*. Madrid: Palabra, 2001.
FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Das origens ao Marquês de Pombal. Vol. I. Lisboa: Gradiva, 2006.
_____ . O Mito dos Jesuítas. Em Portugal, no Brasil e no Oriente (Séculos XVI a XX). Do Marquês de Pombal ao século XX. Vol. II. Lisboa: Gradiva, 2007.
FRANCO, Padre Antônio. Vida do padre Manuel da Nóbrega. Introdução a Nóbrega. Academia Brasileira de Letras: Rio, 1931.
FRANZEN, Beatriz Vasconcelos. Os colégios jesuíticos no Brasil: educação e civilização na colônia (1549-1759), *In*: Brotéria, vol. 155, 2002.

GARCIA, Rodolfo. Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
GALVÃO, Walnice Nogueira. No calor da hora. São Paulo: Editora Ática, 1974.
GANDAVO, Pero de Magalhães. Tratado da Terra do Brasil. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980.
GÂNDAVO, Pero de Magalhães. História da província Santa Cruz. Lisboa: Assírio e Alvim, 2004.
GARRET, Almeida, "O dia vinte e quatro de Agosto", *In*: Obras Completas, vol. 6, Lisboa, 1985.
GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
GODINHO, António & CAEIRO, Francisco. História do Direito Português. 2ª ed. Coimbra, 1915.
GONZAGA, João Bernardino. O Direito Penal Indígena: à época do descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, s/d.
GOUVEIA, Jorge Bacelar. Religião e Estado de Direito. Uma visão panorâmica. *In:* Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. Vol. II. Lisboa: Faculdade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006.
GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HANSEN, João Adolfo. "Padre Antônio Vieira". *In*: Mota, Lourenço Dantas (Org.). Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico. São Paulo: Senac, 1999.
HART, Herbet L. A. O Conceito de Direito [tradução de A. Ribeiro Mendes]. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
HERRERO, Beatriz Fernández. La Utopía de América: Teoría, Leyes, Experimentos. Barcelona: Anthropos, 1992.
HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1902-1982. Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
KANT, Emmanuel. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.
K.-H. Ohlig. La Evolución da la conciencia religiosa (trad. De M. Villanueva Salas). Barcelona: Herder, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

KOSHIBA, Luiz & PEREIRA, Denise Manzi Frayze. História do Brasil no contexto da história ocidental: ensino médio. 8ª ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Atual, 2003.

LEITE, Serafim, 1890-1969. História da Companhia de Jesus no Brasil [fotografias David Dalmau]; organização Cesar Augusto dos Santos... [et al.]. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
LINHARES, Maria Yedda; CARDOSO, Ciro Flamarion Santana; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da [et al]. 9º ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1990.
LISBOA, João Francisco. Obras. III. São Luís do Maranhão: 1866.
LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. Lições Introdutórias. 2ª ed. revista. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
LOZANO, Rafael Palomino. Religión y Derecho Comparado. Madrid: Iustel, 2007.
MACHADO NETO, A. L. Sociologia Jurídica. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MAGALHÃES, Joaquim Romero, "A construção do espaço brasileiro", *In:* História da expansão Portuguesa, vol. 2, Círculo de Leitores, Lisboa, 1998.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. Escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social. Rio de Janeiro: Cultura, 1866.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. "Índios e Direito: O Jogo Duro do Estado". Rio de Janeiro: AJUP/FASE, jun.1989.
MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA (Coordenadora). Sexualidade, Família e Religião na Colonização do Brasil. Lisboa: Livros Horizonte, 2001.
MARQUES, Oliveira. *History of Portugal* (v. I: From Lusitania to Empire). New York/London: Columbia University Press, 1972.
MARTINS, Ana Luiza. O Despertar da República. São Paulo: Contexto, 2001.
MARTINS. O Brasil e as colónias portuguesas. Lisboa: Guimarães, 1979.
MARTINS, Wilson. História da Inteligência brasileira. Vol. 02. São Paulo: T. A. Queiroz, 2001.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. História do Direito Nacional. 3ª ed. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional.
MAXWELL, Kenneth. Eighteenth-Century Portugal. *In*: LEVENSON, Jay A. (Org.). The Age of the Baroque in Portugal. Washington/New Haven/London: Yale University Press/National Gallery of Art, 1993.

MERCADANTE, Paulo. Militares & Civis: a Ética e o Compromisso. Rio de Janeiro: Zahar, 1978
MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
MONIZ, Edmundo. A guerra social de Canudos. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1978.

MONTEIRO, Manuel John. Negros da Terra. Índios e Bandeirantes nas Origens de S. Paulo. São Paulo, 1995.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 20 ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1991.
MONUMENTA BRASILIAE, organização e coordenação de Serafim Leite, 5 vols, Monumenta Historica Soc. IESU, Roma, 1956-1968.
MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. 7ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.
NASCIMENTO, Walter Vieira. Lições de história do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
NÓBREGA, Manuel da. Cartas ao Brasil (1549-1560). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.
NÓBREGA, Manuel da. Cartas do Brasil. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1988.
NOGUEIRA, Marco Aurélio. As Desventuras do Liberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
Novas Cartas jesuíticas (de Nóbrega a Vieira), Serafim Soares Leite Edições, São Paulo, 1934.
NORONHA, Ibsen José Casas. Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista. Consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2005.
NOVINSKY, Anita. A inquisição. 2ª ed. São Paulo. Brasiliense, 1983.
NÓBREGA, Manuel da. Cartas ao Brasil (1549-1560). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.
NOGUEIRA, José Artur A. Duarte, 1954-Lei e poder régio. Vol. I. As Leis de Afonso II. Lisboa: AAFDL, 2006.
Novas Cartas jesuíticas (de Nóbrega a Vieira), Serafim Soares Leite Edições, São Paulo, 1934.
NORONHA, Ibsen José Casas. Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista. Consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2005.
NOVINSKY, Anita. A inquisição. 2ª ed. São Paulo. Brasiliense, 1983.
OLIVEIRA, Ruy Bruno Bacelar. Canudos: O Assassinato da Liberdade. Vitória da Conquista: Editora Engeo Ltda, 1990.
OLIVEIRA, Miguel de. História Eclesiástica de Portugal. Lisboa: Europa-América, 1994, p. 200.
PAZ, J. A. Souto. *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho Comparado*. Madrid: Marcial Pons.
PAES, Maria Paula Dias Couto. A sociedade do Corpo Místico. A formação do império e a fundação da América Portuguesa. Tese de doutoramento apresentada em História na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, ano 2006. Fonte: Biblioteca da Universidade Nova de Lisboa.
PEREIRA, Margarida Portela Costa. A Correspôndencia jesuítica e a imagem da mulher indígena no Brasil Quinhentista. Tese de mestrado em História apresentada na Universidade Nova de Lisboa, ano 2006. Fonte: Biblioteca da Universidade Nova de Lisboa.

PIMENTA, Carlos Faria. Religião e Revolução – Os liberais católicos no vintismo (1820-1823). *In:* "A Revolução Francesa 200 anos depois", Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, série de história, nº 02-abril/1992, edição especial, Lisboa, Universidade Lusíada.

500 anos de educação no Brasil (organizado por Eliane Marta Teixeira Lopes, Luciano Mendes de Faria Filho, Cynthia Greive Veiga). Coleção Historial 6. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

RAMOS, Guerreiro. O problema nacional do Brasil. Rio de Janeiro: Saga, 1960.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Bushatsky-Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

Revista das História das idéias 25. Tolerancias, Intolerancias. Volume 25. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias; Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2004.

RUSCHEL, Ruy Ruben. "O Direito de Propriedade dos índios Missioneiros". *In*: veritas. Porto Alegre: PUC, v. 33, n. 153, março 1994.

SCHWARTZ, Stuart B. Burocracia e sociedade no Brasil colonial. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SCHWARTZ, Stuart B. Souvereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751, Barkeley, 1973.

SCAMPINI, José. A liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Petrópolis: Vozes, 1978.

SODRÉ, Nelson Werneck. Formação Histórica do Brasil. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1970.

SILVA, Francisco Teixeira da. Conquista e Colonização da América Portuguesa. O Brasil Colônia – 1500/1750. *In* História Geral do Brasil. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990.

SIMON, Mário. Os Sete Povos das Missões. 2ª ed. Porto Alegre: Martins, 1987.

SEREBRENICK, Salomão. Breve História dos Judeus no Brasil (1500-1900). Rio de Janeiro: Edições Biblos, 1962.

TAVARES, Maria José Pimenta Ferro. Judaísmo e Inquisição. Estudos. Lisboa, 1987.

THOMSON, Oliver. A assustadora história da maldade; [tradução Mauro Silva]. São Paulo: Ediouro, 2002.

TRIPOLI, César. História do Direito Brasileiro. Época Colonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

VALLADÃO, Haroldo. História do Direito, Principalmente do Direito Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VARNHAGEN, João Adolfo de. História geral do Brasil. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Laemmert, 1907.

VIEIRA, Antônio. Sermões. Organização de Alcir Pécora. Vol. 01. São Paulo: Hedra, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

_____. História do Direito no Brasil. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. *In:*Teoria do direito e do estado. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

WEFFORT, Francisco C. Formação do pensamento político brasileiro: idéias e personagens. São Paulo: Ática, 2006.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. Formação do Brasil Colonial. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

Leituras

Direito e Literatura. Mundos em Diálogo, Almedina, Coimbra, 2010, coordenação de Helena Buescu, Cláudia Trabuco e Sónia Ribeiro

António Pedro Barbas Homem[1]

Apresentação do livro *Direito e Literatura. Mundos em Diálogo*

Lisboa, Livraria Almedina, 2 de Março de 2010

I.

Fiquei muito feliz com o convite que a minha colega e amiga Professora Maria Helena Buescu me fez para apresentar o presente livro e felicito e cumprimento os organizadores e autores deste *Direito e Literatura. Mundos em Diálogo*.

Sempre entendi o direito também como uma forma de literatura e fiz questão de introduzir nos meus livros textos que ilustrassem que o direito é antes de mais uma criação cultural.

Poder dialogar com os autores deste livro é, por isso, um privilégio e uma honra.

Cumprimento igualmente o editor, Engenheiro Carlos Pinto, a quem devo muitas atenções, e cujo profissionalismo e bom gosto mais uma vez cumpre elogiar.

II

O título desta obra evoca dois mundos, o da literatura e do direito.

Com o que, com ironia, se pode responder aos que pensam, seguindo C. P. Snow, que juntar duas ciências ou uma ciência e uma arte é como pretender juntar o azeite e a água.

Os excelentes estudos aqui recolhidos demonstram como os dois mundos se associam, como o direito tem sido tema para a literatura, como têm sido juristas alguns dos mais relevantes escritores e como a linguagem utilizada por legisladores, juízes e advogados pode ser vista como literatura.

Efectivamente, é tão longa como a própria língua a relação entre o direito e a literatura.

[1] pedrobarbashomem@fd.ul.pt

Na literatura universal, pelo menos desde a Antígona que discutir a injustiça e o dever de obediência a leis mais altas do que as leis humanas faz parte do pecúlio intelectual do Ocidente.

As injustiças são matéria-prima para a literatura, trate-se de leis ou de decisões judiciais injustas. Os temas centrais do direito, liberdade para agir e responsabilidade pelos danos, são material literário por excelência.

Na história da literatura portuguesa, o direito sempre forneceu admiráveis materiais. Talvez alguém mais sarcástico também pudesse dizer que o «direito imita a vida» e nisso também imita a arte; talvez, mas mais exactamente o direito regula a vida – por isso, a interpretação dos textos jurídicos sempre se afastou da interpretação dos textos literários.

E este é também um extraordinário tema literário.

Recordo, desde logo, a notícia do torto de que foi injustamente vítima Lourenço da Cunha (cerca de 1214), talvez o mais antigo documento na língua portuguesa.

O torto a que se refere outro texto de um dos mais antigos livros de linhagem, acerca de uma personagem que «viveu em grande torto mas morreu em grande direito».

Quando D. Dinis determina que as leis sejam escritas em português dá um passo fundamental para a consolidação da língua – numa época em que, em termos comparativos, as chancelarias europeias utilizam preferentemente o latim ou, em Inglaterra, o francês.

O torto, isto é, o crime e o dano sempre foram assuntos preferidos pelas audiências e a leitura dos mestres da literatura, ao lado dos textos populares, dá-nos bons exemplos desta relação, nem sempre saudável, fácil e justa.

O prazer risonho com que Fernão Lopes nas suas crónicas descreve acontecimentos relacionados com o direito dão conta desta ligação entre o direito e a vida. Acontecimentos menores em reinados maiores ganham uma importância que apenas este fenómeno pode explicar.

III

Gil Vicente toma liberdades que poucos, em épocas de censura e absolutismo, ousaram repetir.

Rindo se corrigem os costumes: podemos recordar acerca do juiz Pêro Marques, analfabeto e pouco inteligente, que se socorre da mulher Inês Pereira para que esta lhe leia as Ordenações que ele deve aplicar nos julgamentos, como tinha sido intimado a fazer pelo magistrado do rei – «para eu ir pela carreira/ assim como

ela diz assim faço eu;/ e em terra de Viseu ninguém me contradiz» (*O Juiz da Beira*, 17-40, adaptado).

Ou a saborosa sabedoria do mesmo juiz; disputando-se numa herança um burro, Pero Marques resolve citar o burro para a sua audiência.

E se ninguém quer saber da opinião do burro, ninguém duvida da sabedoria da república de peixes na tragicomédia *Cortes de Júpiter*: como no teatro grego que serve de exemplo inspirador, os peixes grandes comem os pequenos. Ainda hoje o fazem.

IV

Se não é surpreendente em face do tipo de cursos ministrados na universidade que a maioria dos homens de letras até ao liberalismo tenha formação jurídica, também o paradigma do homem de letras aponta para uma universalização dos modelos literários – o jurista é igualmente um poeta e deve mesmo recordar-se que alguns deles foram mais aclamados na época em que viveram como escritores e poetas do que como juristas. É o caso, entre tantos outros, de Duarte Nunes de Leão, Gabriel Pereira de Castro ou Tomás António Gonzaga.

Era o tempo em que paixão e direito não se opõem. Com o peso estilístico da retórica barroca, o Padre Manuel Bernardes opõe razão e paixão, lembrando Pascal:

> «O poder não há-de embargar a justiça, quando a justiça embarga o poder. Porém, o trabalho está em que as névoas da paixão opondo-se aos olhos da razão, fazem parecer razão o que na verdade é paixão.»

V

A desconfiança em relação à manipulação das leis através da interpretação é um tópico permanente da cultura jurídica ocidental. Por vezes ressoava o eco camoneano, sobre o vício e a cobiça do dinheiro:

«Este interpreta mais que subtilmente
Os textos; este faz, e desfaz Leis;
Este causa os perjúrios entre a gente
E mil vezes tiranos torna os Reis» (VIII, 99).

VI

Stendhal confidenciou a Balzac que, quando preparava a *Cartuxa de Parma*, lia uma página do código civil francês por noite para disciplinar o estilo. É também a genialidade do estilo que ainda hoje justifica a vigência do Código de Napoleão, duzentos anos

depois da sua aprovação e de tantas transformações técnicas, tecnológicas e sociais.

O século XIX foi francês, não apenas para a literatura como para o direito.

À influência francesa se refere Eça:

> «...apenas entrei na Universidade, fui abrindo o meu rego de bacharel através de livros franceses. E [os lentes] o saber necessário para confeccionar a *sebenta*, iam buscá-lo todos os meses aos livreiros da Calçada, que o recebiam de França, encaixotado, pelo paquete do Havre.» (Eça de Queiroz, *Obras*, II, *Últimas Páginas*, «Artigos Diversos», Porto, Lello, pp. 813 ss.)

Mas a relação entre o direito e a literatura pode ser recordada através de exemplos inspiradores, como o de Alexandre Herculano, nomeado revisor do Código Civil, a convite de Seabra.

Existiu uma preocupação com o estilo das leis, expresso na máxima de um direito compreensível pelo homem comum. A ciência da legislação dirigia-se ao cidadão, não ao técnico do direito.

Não é um acaso que tenha sido o século XIX a inventar o romance e a remeter o direito para o domínio do racional.

Tema da moda dos escritores do barroco, as emoções e as paixões são expulsas pela razão prática kantiana do mundo do direito.

Que os mesmos teorizadores do racionalismo da política e do direito sejam os primeiros representantes da estética romântica não deve surpreender.

O romancista ocupa-se agora de algo que o direito deixa livre para as paixões: a privacidade, a intimidade, a vida do espírito.

Recordo a frase genial com que termina o *Vermelho e o Negro*: «O inconveniente do reino da opinião pública, que, aliás, ocasiona a liberdade, é que se ocupa do que não lhe interessa; por exemplo, a vida privada.»

O Código Civil actual, em relação ao anterior, se ganhou em ciência perdeu em alma e em estilo – como no mito fáustico, vendeu-o ao espírito do positivismo triunfante, à ciência de conceitos. Com isto não ganhou nem a vida nem o direito.

Este é, sem dúvida, um problema crucial do direito dos nossos dias. Leis incompreensíveis, mal escritas, leis que se sucedem a um ritmo frenético, um campeonato de reformas estruturais em que os políticos prometem reformar por decreto até não deixar pedra sobre pedra.

Sabemos no entanto, como escreveu o Príncipe de Salinas, que se trata apenas de mudar alguma coisa para tudo ficar na mesma.

Hoje em dia, o direito e a literatura enfrentam perigosos inimigos.

A cultura, como o direito, encontram-se cada vez mais nas mãos dos *media*. A simplificação das frases, o carácter formulário da comunicação, a banalidade das ideias e do vocabulário, tudo lembra a denúncia de Kundera acerca de uma sociedade dominada pelo kitsch – a atitude kitsch, o homem kitsch e, acrescento, o direito kitsch.

«O espírito do romance é o espírito da complexidade», lembrou este.

O mundo unidimensional de homens sem qualidades é também a de um direito sem qualidades.

Escreveu Kafka que foi Sancho Pança, medíocre mas um homem livre, quem inventou o Quixote, preso aos demónios e a sonhos superiores a si próprio.

Todos nós que aqui estamos partilhamos certamente do sonho de Sancho: que a literatura continue a fazer sonhar. E certamente estamos de acordo que estes perigosos adversários do espírito e da cultura têm de ser combatidos pelo espírito e pela cultura.

No presente livro encontra-se a esperança no reencontro com a tradição dos bons livros que nos fazem sonhar.

Com o que se prova que o direito e a literatura são o melhor de dois mundos.

***Ordens e Congregações Religiosas no Contexto da I República*, coordenação de Luís Machado de Abreu e José Eduardo Franco, Lisboa, Gradiva, 2010**

António Pedro Barbas Homem[1]

Apresentação do livro *Ordens e Congregações Religiosas no Contexto da I República*.
Fátima, Centro Paulo VI, 15 de Fevereiro de 2010

1. Saúdo os Professores José Eduardo Franco e Luís Machado de Abreu, organizadores, e, nas suas pessoas, todos os autores. Cumprimento igualmente o Dr. Guilherme Valente e felicito por mais esta valiosa contribuição para a cultura portuguesa.

Estão de parabéns os organizadores, os autores, a Editora Gradiva e a Conferência dos Institutos Religiosos de Portugal pelo livro que hoje é publicamente anunciado.

Obra de grande fôlego editorial e projecto muito significativo no ano em que se assinalam cem anos sobre a implantação da República, *Ordens e Congregações Religiosas no Contexto da I República* é mais e simultaneamente um trabalho distinto do que resulta do seu título: ao proceder-se a uma releitura do legado histórico das Ordens e Congregações Religiosas, especialmente no liberalismo oitocentista, permite-se um juízo acerca de um grande arco temporal da história de Portugal, o qual nomeadamente evidencia a importância destas instituições no campo do ensino e da instrução, da assistência na saúde e na velhice, no apoio aos órfãos e outras pessoas frágeis da sociedade – sem descurar obviamente a formação cristã.

Do mesmo modo, descreve-se com atenção a legislação e a prática republicanas em relação às Ordens e Congregações e à Igreja, em geral, e apontam-se as consequências para a sociedade e para a Igreja das transformações republicanas.

Podemos então perguntar qual o significado desta publicação neste momento e, mais ainda, da problemática que ela trata.

2. A contextualização histórica é importante para explicar a situação contemporânea. Contextualização que evite cair no *mito do*

[1] pedrobarbashomem@fd.ul.pt

contexto denunciado por Popper, Strauss e outros, porquanto o historicismo, como alertou Sua Santidade João Paulo II, nega a validade permanente da verdade ao reduzir a história a «uma espécie de achado arqueológico a que se recorre, a fim de pôr em evidência posições do passado, em grande parte já superadas e sem significado para o tempo presente.» (*Fides et ratio*, 87).

O uso do tempo histórico não passa apenas pelos mecanismos da narrativa histórica, mas exige igualmente a compreensão dos silêncios da história, do esquecimentos e do perdão. Existe uma dimensão ética do trabalho histórico: recordar é um trabalho ético. Está escrito: «Não esquecerei as tuas palavras» (*Salmos*, 118, 16).

Neste sentido, o contexto da I República evocado por este livro tem um especial significado para nós, aqui e agora, numa época em que uma vez mais se anuncia e banaliza o dito da morte de Deus e em que se apregoa a modernidade com o mesmo fervor e vazio doutrinário com que o século XIX falava do progresso e o XX de desenvolvimento económico e social.

Escreveu um dia Milan Kundera que se a revolução francesa se repetisse a humanidade ficaria ainda menos orgulhosa de Robespierre. Um pensamento que podemos recordar para a implantação da república: se tivéssemos que repetir a revolução de 1910, não poderíamos ignorar a expulsão dos jesuítas; a extinção das ordens religiosas; a intervenção pública em irmandades e confrarias; a proibição de utilização de trajes talares; os interrogatórios e medições lombrosianas dos clérigos detidos; as humilhações públicas e a miséria a que foram submetidos.

As comemorações da república são assim a oportunidade para um pacto de Estado acerca do passado. Longe de leituras ideológicas, da identificação artificial das lendas negras da história portuguesa, parece ser o tempo de Portugal fazer a paz com o seu passado – mesmo com o passado marcado pela presença da religião, da Inquisição e da censura, e com o passado anti-clerical e, mais ainda, anti-jesuítico.

3. Apesar dos apóstolos do fim da história, reconhecemos que a humanidade vai conhecendo no seu desenvolvimento novas questões, que muitas vezes parecem apresentar-se sob a forma de retornos a um passado mais remoto ou mais próximo.

Depois de um século marcado pelas guerras ideológicas e pela ambição de domínio dos Estados, a possibilidade de a humanidade voltar a viver guerras de religião e de civilização constitui uma preocupação efectiva para todos quantos entendem

que a justiça, o bem comum e a caridade devem reinar nas relações entre os Estados, os povos e as pessoas.

Não se trata de uma possibilidade hipotética, destinada a dar origem a discussões teóricas e teses académicas acerca de um *choque de civilizações*.

Dramaticamente, este problema coloca-se dentro de cada civilização e cultura, e os debates travados nos Estados de distinta inspiração religiosa, ao lado do problema dos terrorismos de matriz religiosa, demonstram a necessidade de encontrar as respostas que possam assegurar a paz e a concórdia nas relações entre os povos e dentro deles.

Compreende-se, assim, a importância de manter viva a memória de um passado comum ao serviço do Evangelho. Paixão pela verdade comum a todos; paciência para o caminho; olhar humilde para todos os que nos precederam no caminho: estas e outras são tarefas para todos os caminhantes, autoridades e fiéis.

A dimensão eclesial tem sido um dado constituinte da fé cristã desde a sua origem. Um dos grandes teólogos do século XIX, o francês Lubac escreveu que «nunca existiu cristianismo sem Igreja». Mas esta vivência do cristianismo no seio da Igreja conhece muitas e diversas formas organizativas porque, como escreveu Karl Barth, «não se chega a cristão a partir do vazio».

Não se trata apenas de religião, mas da religião organizada, da religião ao serviço do próximo. E de uma organização que é feita por homens e mulheres em concreto: frequentemente a história esquece o humano, a história dos homens da Igreja do século XX, postos na penumbra pela identificação das grandes dinâmicas da histórica, nomeadamente pela oposição simplista entre clericalismo e anticlericalismo.

Como escreveu o Papa João Paulo II na Encíclica *Redemptoris Missio*,

> «A Igreja está efectiva e concretamente ao serviço do Reino. Em primeiro lugar, serve-o com o anúncio que chame à conversão: este é o primeiro e fundamental serviço à vinda do Reino para cada pessoa e para a sociedade humana. A salvação escatológica começa já agora, na novidade de vida em Cristo: «a todos os que O receberam, aos que crêem n'Ele, deu o poder de se tornarem filhos de Deus » (*Jo* 1, 12). A Igreja serve ainda o Reino, fundando comunidades, constituindo Igrejas particulares, levando-as ao amadurecimento da fé e da caridade, na abertura aos outros, no serviço à pessoa e à sociedade, na compreensão e estima das instituições humanas. A Igreja, além disso, serve o Reino, difundindo pelo mundo os «valores evangélicos»,

que são a expressão do Reino, e ajudam os homens a acolher o desígnio de Deus.»

4. O *longo século XIX* (1820-1910) é marcado pela sucessão do que então foram designadas como as *questões*: romana, a propósito das relações com o Papa e do estatuto da Santa Sé, mas também do Padroado, das Irmãs da Caridade, do Beneplácito Régio, das Congregações, da propriedade sobre os bens eclesiásticos, entre tantas outras questões.

Se é verdade que o direito constitucional liberal reconhece a religião católica, apostólica romana como a religião da Nação, e que um princípio jurídico que vem do Antigo Regime institui o baptismo como condição para a aquisição da qualidade de português e pune como crime diversas condutas contra a fé, também não é menos verdade que desde o século XVIII a construção teórica do direito público assumiu uma vertente institucional importante em torno do *direito do Estado acerca das coisas sagradas*.

A legislação liberal do século XIX colocará a Igreja ao serviço do Estado, realizando este projecto regalista e galicano das Luzes.

A famosa «lei dos três estados» formulada por Comte foi a palavra de ordem deste movimento pela *ordem e progresso*: depois das idades teológica e metafísica, apenas a era do espírito positivo seria capaz de guiar o homem no domínio da natureza, através da ciência e da técnica. Já se escreveu que esta proposição era mais dogmática para o positivismo triunfante do que o dogma da Santíssima Trindade para a fé católica.

Por isso, uma leitura simplista do processo histórico no sentido de ver nele uma dialéctica ou pelo menos uma oposição entre as forças católicas e as anti-católicas, clericais e anti-clericais, congregacionistas e anti-congregacionistas, certamente que é errado. Faz parte da *lenda negra* da história de Portugal a tese de que o atraso português se deve à Igreja e aos clérigos, tese que tem tanto de errado como de propaganda.

Também é fácil, sedutora, mas errada a redução da complexidade do processo histórico a uma oposição entre castiços e estrangeirados, progressistas e conservadores – sendo que os católicos em geral e a Igreja em particular estariam do lado dos castiços e reaccionários.

A leitura desta obra permite ultrapassar, se ainda fosse necessário, esta e outras conclusões grosseiras.

5. O leitor chega assim ao final do livro com diversas conclusões fundamentais devidamente alicerçadas na documentação histórica: a importância das ordens religiosas na prestação de cuidados de saúde, na educação, ciência e cultura, na propagação da fé em Portugal e no Ultramar. E, de outro lado, intui a ausência do Estado nestas mesmas actividades, que nem a retórica republicana nem o direito administrativo suprem.

Ao mesmo tempo, damo-nos conta das diversas faces da república na sua relação com a Igreja, na instrumentalização intencional do direito ao serviço da política, e do vazio que essa legislação política deixou no plano social, da protecção do património e, em especial, no plano das referidas actividades sociais dos institutos religiosos.

Em boa hora, portanto, a evocação da instauração da república em 1910 permite este tipo de investigação. A qualidade dos estudos e o currículo dos seus autores dispensam qualquer tipo de adjectivação em relação a um livro que se vai impor como referência futura para futuros investigadores.

6. Apenas uma última palavra.

Se já no século XIX se assinalava o triunfo do *egoísmo civilizado* para caracterizar uma sociedade fundada em projectos de vida voluntariamente escolhidos por cada pessoa e, na nossa época, ainda mais marcada pelo relativismo ético, que projectos de vida individual estejam por vontade dos próprios simultaneamente ao serviço de Cristo e do próximo constitui um elemento extraordinário.

Para recordar um clássico hoje em desuso, a *Imitação de Cristo*, colocar as exortações à vida e às consolações interiores ao serviço do próximo é certamente uma tarefa que não está ao alcance de todos. Que o exemplo da vida de Cristo continue a solicitar vocações individuais, assentes na renúncia ao mundo e num ideal de plenitude de vida cristã, é sobejamente motivo de admiração. Recordar a história das Ordens e Congregações e das suas realizações é um imperativo de justiça e um elo entre o passado, o presente e o futuro.

Tenho por isso muita honra em associar-me à Conferência dos Institutos Religiosos de Portugal e saúdo com afecto os seus membros.

Bartolomé Clavero, *Manual de Historia Constitucional de España*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, 237 páginas

Isabel Banond

Bartolomé Clavero Salvador, nasceu em Madrid en 1947. É doutorado pela Universidade de Sevilha desde 1972, onde também se licenciou em 1969. Catedrático de História do Direito na mesma, exerceu idênticas funções, entre 1980 e 1987, na Faculdade de Direito de Jerez de la Frontera da Universidade de Cádiz.

O ***Manual de Historia Constitucional de España*** comporta onze capítulos, precedidos de um "Prólogo". Segundo o próprio Autor assume no "Prólogo", "la Constitución es una especie particular de norma; el constitucionalismo, la cultura politica y conducta social que la fomenta y guía. La historia constitucional puede entender de la una, la Constitución, o con criterio más amplio también del otro, el constitucionalismo" (pág. 13). A decisão pelo primeiro dos critérios é desde logo assumida e a História do Constitucionalismo projectada pela via da Constituição.

Não sendo este o nosso entendimento, porque pensamos que a História do Constitucionalismo sempre deverá ser vista como "um mais" relativamente à História das Constituições (não apenas releva o processo constituinte mas as questões de âmbito político, económico, social e quejandas que lhe subjazem e acabam por ser por ela determinadas), acolhemos a divergência. A subjectividade inerente a tais matérias permite entendimentos algo maleáveis e diversa articulação no conteúdo dos discursos. Não desdoura nem desilude o ***Manual***; ao contrário fornece indicações preciosas sobre a evolução do constitucionalismo espanhol pautando-se, por isso mesmo, como um texto de referência obrigatória para o estudo da formalização constitucional, tal como ela é entendida a partir de finais do século XVIII e em Espanha a partir do século XIX. E é neste quadro que as observações que seguem deverão ser entendidas.

São sucessivamente alvo de estudo os textos compreendidos entre 1808 (*Constituição de Bayona*) e 1978 (*actual Constituição*). E em todos eles existe a preocupação de distinguir entre direitos indivíduos, da sociedade e do Estado, funcionando a Constituição em si mesma como um acto ou manifestação da liberdade, quer dos indivíduos quer da sociedade.

Veremos por ordem cada um destes vários tópicos.

Direitos:

No que respeita à temática dos direitos, o entendimento do ***Manual*** resulta duma observação essencialmente de direito positivo ao nível da evolução histórica. E é importante esta ideia porque se por um lado permite aproximar duma possível interpretação inglesa dos "rights", que não precisam de ser declarados para existirem, por outro marca bem a diferença que deve ser assumida entre esta leitura insular e a do *Estatuto Real de 1834*, por exemplo, onde os direitos individuais eram ignorados "por não haver motivos para a sua explicitação".

Textos materialmente constitucionais:

Por outro lado, ao falar-se em Constituição isso não significa que a origem da mesma, enquanto regra superior do ordenamento jurídico, se confine a textos provenientes das assembleias representativas. Em Espanha, como aliás em Portugal e muitos outros Estados europeus do Constitucionalismo Moderno, existem textos materialmente constitucionais mas formalmente de origem diversa, sem que com isso o seu grau de obrigatoriedade seja menor. Ainda assim convém não esquecer a interpretação que neste contexto é dada ao vertente problema uma vez que não se poderá confundir Constituição propriamente dita e *Estatuto Real de 1834*: "Hubo más, inclusos una especie de Constitución. Evita lo nombre. No lo era, sino Estatuto. (…) No se tiene la pretensión de haberse llegado a una Constitución, pero a la posición se apunta" (pág. 49). Não é "a Constituição" mas interage com os seus destinatários do mesmo modo.

De igual modo os *Códigos* e os próprios *Fueros*, bem como algumas *Leys* avulsas de carácter regional devem assim mesmo ser entendidos enquanto textos que se encontram na directa decorrência da formalização constitucional, integrando com os seus textos a estrutura de fechamento de uma cúpula que a Constituição representava. Assim mesmo decorre da leitura conjugada que as págs. 37, 96 e 98, do ***Manual***, por exemplo, permitem assumir ao intérprete assumir.

Ideia de Constituição:

Posto que Constituição é, por definição, o espelho da liberdade e o diverso entendimento conceptual da liberdade subjaz à multiplicidade dos textos constitucionais. O "Índice Geral" do ***Manual*** é, por si só, revelador desta ideia, que depois é textualmente desenvolvida e levando em linha do conta, entre outros, o caso acima apontado.

De acordo com o ***Manual*** o sentido de "história" deve presidir ao conceito de Constituição. A orientação conceptual dada no "Prólogo" e depois desenvolvida em vários pontos do texto para aí aponta. Assim, a Constituição, enquanto facto normativo, apresenta conotações distintas ao longo do tempo, da sua própria história, e tanto determina diversificadas respostas a um mesmo problema que não se confinam ao espaço tutelado mas à ocasião patente. Os casos mencionados a págs. 49-50, 96, 99-101 ou 172 e ss. são meros apontamentos.

A competente legislação ordinária mais não faz que dar ao texto constitucional a devida sequência. De facto, "Qué especie de norma, que la mayúscula distingue, la Constitución sea, es asunto debatido (…) cuestión que cambia a lo largo de su propia historia" (pág. 13). Exemplos do que se afirma podem ser encontrados, entre outros, nas págs. 56-57, 91-92 ou 114-116.

Observações finais:

A ideia geral que sobressai da leitura do ***Manual de Historia Constitucional de España*** consubstancia um percurso em que a definição e o definido por vezes se sobrepõem. A história das Constituições escritas espanholas e dos textos que as acompanham de perto, para cada caso, consiste numa "história" de cada Constituição reunida numa colectânea que, em si mesma, constitui um instrumento constitucional homogéneo de elevado valor científico e pedagógico. Outrossim se fornecem ao intérprete as linhas de força de um quadro que comunga da simplicidade da linguagem com o rigor da investigação, patente nas "Lecturas" no final de cada capítulo e nos frequentes comentários insertos ao longo do próprio texto.

Por estes motivos trata-se de um texto de leitura obrigatória para toda e qualquer pesquisa que no domínio da História do Constitucionalismo Moderno se pretenda levar a bom porto.

Mª Teresa Bouzada Gil, *La vía de fuerza. La práctica en la Real Audiencia del Reino de Galicia. Siglos XVII-XVIII,* Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2001, 855 páginas

Sílvia Alves[1]

A *vía de fuerza* constitui uma figura jurídico-processual exclusiva da Coroa castelhana e tipicamente «moderna»: «impensável no omnipresente ambiente religioso medieval e desnecessária no liberal mundo novecentista» (p.21).

Mª Teresa Bouzada Gil realizou um amplo e laborioso estudo das fontes, aliando a perspectiva do direito legislado – aliás, escasso neste domínio – da doutrina e da prática judicial da *Real Audiencia de Galicia*.

Após a *Introdução*, a Autora abre três capítulos. O primeiro descreve o ambiente que o *Prólogo* de Manuel Fraga Iribarne qualifica como «ideológico» e que explica o surgimento da *vía de fuerza*: a colaboração e a tensão que caracterizaram as relações entre o poder temporal e o poder espiritual, o crescente intervencionismo régio e o regalismo hispânico. O segundo capítulo apresenta dogmaticamente o conceito de *fuerza*, as respectivas causas, origem, natureza, figuras afins, modalidades e elementos pessoais. A primitiva natureza criminal – nunca abandonada – deu lugar a uma violência processual, praticada por juízes eclesiásticos, contra membros do clero ou contra leigos. A *vía de fuerza* configura assim um procedimento colocado pelos monarcas à disposição dos seus súbditos para fazer face à permanente ingerência e abusos da jurisdição eclesiástica. Por fim, as fontes arquivísticas permitem analisar «a realidade jurídica, as suas vivências e desenvolvimento na prática de um tribunal régio concreto» (p.539), a *Real Audiencia de Galicia*. Seguem-se o *Epilogo* em que a Autora persegue a evolução legislativa ulterior deste instituto até ao seu desaparecimento, as *Conclusões*, a *Bibliografia* e respectiva *Adenda*, encerrando a obra um conjunto de *Gráficos, dados e formulários*.

Repensando o problema da natureza jurídica da *vía de fuerza*, «provavelmente um dos aspectos mais complexos desta figura» (p.328), «difícil de estabelecer com segurança e precisão» (p.363), a Autora opõe-se de forma veemente ao seu entendimento como verdadeiro recurso, que ecoa na expressão que triunfaria - *recurso de*

[1] silviaanjosalves@gmail.com

fuerza - e que carrega «uma extraordinária carga ideológica» (p.353), uma vez que não existe hierarquia entre os tribunais eclesiásticos e os tribunais régios.

Em causa está um conflito entre jurisdições independentes resolvido por um tribunal régio através de um «remédio», de carácter judicial ou extrajudicial, variante da *vía de expediente*, procedimento apto a decidir com celeridade, «sem estrépito nem figura de juízo certos assuntos de índole governativa» (p.359). Nos séculos XVII e XVIII, a *vía de fuerza* tem uma dupla natureza: «governativa e contraditória ou contenciosa de índole condicional» (p.362), no caso de o juiz eclesiástico não modificar a sua actuação em conformidade com a provisão real. Prefere por isso a Autora a denominação «clássica e originária» (p.359) que se encontra no título escolhido – *vía de fuerza*.

Pedro Soares Martínez, *Filosofia do Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, 766 páginas + ilustrações (Prémio «Marquês de Sampayo» da Academia Portuguesa da História)

Gonçalo Sampaio e Mello[1]

"*A teacher effects eternety;*
we can
never tell where his influence
stops"

Henry Adams

Conheceu já três tiragens editoriais (1991, 1995, 2003) e avizinha-se uma quarta (2010) o compêndio de *Filosofia do Direito* do Prof. Pedro Soares Martínez, Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e da Universidade Católica, Vice-Presidente da Academia das Ciências e antigo Ministro de Estado. Num povo cujo escol não possui vocação especulativa – já o notou Cabral de Moncada -, trata-se de acontecimento literário que muito diz do valor intrínseco da obra, de resto galardoada com prémio de âmbito nacional.

Não é o Prof. Soares Martínez nome desconhecido no panorama da cultura portuguesa. Jurista de mérito, economista, historiador e memorialista de vastos recursos, deitam para cima das duas centenas os títulos que perfazem a sua bibliografia activa. Faltava-lhe contudo produzir trabalho de relevo no campo da filosofia do direito, mesmo porque ninguém antes o fizera ainda na Escola em cujo seio teve o privilégio de se diplomar e cuja fundação remonta à I República. Eis afinal, como produto acabado, o volume que a Casa Almedina, de Coimbra, vem dando à estampa, com apuro técnico e gráfico dificilmente superáveis.

Oito são os capítulos em que se reparte a obra em questão, a saber: o Homem, a Sociedade, a Ordem, o Poder, a Norma, a Construção Jurídica, a Ilicitude e a Reacção à Ilicitude. Seguem-se-lhes a literatura consultada pelo Autor, índices diversos (onomástico, complementar e alfabético de matérias) e a reprodução iconográfica de vultos grandes do pensamento universal, a exemplo de Sto. Agostinho, S. Tomás de Aquino, Lutero, Espinosa, Montesquieu e Kant. A respectiva capa ostenta

[1] gsm@sapo.pt

as figuras de Platão e Aristóteles segundo o fresco de Rafael existente na "*stanza della segnatura*" do Vaticano.

Desde logo, e a título de *vue d' ensemble,* dir-se-á estarmos perante um jurista de apurada sensibilidade, inata e adquirida, vasta cultura humanística e grande capacidade de reflexão e inovação pessoais. Acresce a isto a elegância literária do texto plasmado, a harmonia estética de se desprende das suas 700 laudas de retórica condensada, cujo intuito parece ser não apenas formar, mas persuadir e cativar quem as lê.

Do ponto de vista substancial, afirma-se o A., segundo supomos, fundamentalmente como essencialista, tradicionalista, institucionalista, personalista e legitimista. Nada contudo revela de dogmático *in se*: antes, mantém-se aberto ao debate, à razão especulativa, à contraposição dialéctica de argumentos válidos, sempre na busca da verdade, usando de linguagem de índole prudencial, ou não fosse a prudência a rainha das virtudes conforme a lição dos moralistas mais doutos. No fundo, trata-se de um espírito clássico, possuído do culto da ordem, da proporção, da medida, defensor de posições intemporais e por isso mesmo sempre actuais.

Pelo que respeita ao aspecto jurídico, adopta S. M. concepções chegadas à corrente jusnaturalista tradicional, cujas raízes mergulham longe no tempo e no espaço: desde o mundo greco-latino à escola luso-espanhola do direito natural, passando pela escritura sagrada, pela patrística e pelo tomismo. Desta feita, a visão que perfilha da realidade jurídica apresenta-se a um só tempo, segundo supomos também – e salvo erro de análise da nossa parte – como uma visão ontológica, metafísica, axiológica, ordinalista, pluralista e teocêntrica.

Ontológica por procurar saber aquilo que o direito é, por contemplar o estudo do *ser* do direito, da sua essência ou natureza, daquilo que o torna distinto das outras realidades normativas, mau grado a íntima conexão que o mesmo manifesta relativamente às normas religiosas, éticas e cívicas que o enquadram. Metafísica porque, para além de procurar saber aquilo que o direito é, intenta discernir o *porquê* do direito, a sua causa primeira ou última, aquilo que superiormente o justifica e fundamenta. Axiológica por considerar os *valores* que dão sentido à ordem imposta pelo direito, nomeadamente a beleza, a bondade, a justiça: sendo a justiça, virtude cardeal, "a própria meta do direito", ou seja, a meta sem a qual este deixa de o ser para se converter em corrupção de si próprio (*ius iustum* versus *ius iussum*). Ordinalista por ver naquela mesma ordem, e não na força coactiva, um elemento constitutivo da realidade jurídica. O direito é *ordem*, a ordem é intrínseca ao

direito, enquanto a força da coercibilidade, apesar de necessária para garantir a eficácia exterior do direito, reveste carácter ancilar e até patológico. Pluralista por considerar que o poder político estatal não cria ou produz todo o direito. Direito existe *acima* do Estado (direito divino e direito natural) e *fora* dele (direito internacional, direito comunitário, direito canónico, *v.g.*) e mesmo no seio do respectivo território direito existe que é criado e aplicado pelos corpos sociais organizados de nível intermédio. Assim, a estatalidade não é da essência do direito, nem o direito é tão só aquilo que o poder político central determina. Enfim, teocêntrica por fazer derivar a validade e legitimidade da regra humana positiva, em última análise, da sua conformação com uma ordem jurídica superior, transcendente, *supra-positiva* – ordem essa criada por Deus, e que aquela mesma regra humana terá de procurar reflectir como se fora espelho ou imagem fiel.

Sendo jusnaturalista à maneira clássica, Soares Martínez rejeita assim, *ipso facto*, todas as visões reducionistas, exclusivistas ou desintegradoras do jurídico, como sejam, nomeadamente, as perspectivas positivista, voluntarista, empirista, utilitarista, relativista, monista, legalista e outras, para o contemplar de maneira abrangente e unitária.

Como corolário das concepções globais acabadas de enunciar, ainda que em traço breve e necessariamente tosco, e do espírito vincadamente filosófico como na obra são encaradas as grandes questões que em todas as épocas se colocam à consciência e à razão -: as questões do bem e do mal, do ser e do nada, da origem e do destino do homem, do poder e sua legitimidade, da liberdade e suas aporias, da violência e da ordem, da paz e da guerra, etc. – muitas são as teses nela contidas que poderiam ser hoje rotuladas de heterodoxas. Heterodoxas ou inactuais, no sentido que Nietzsche emprestava a este vocábulo, vale dizer, pertinentes e válidas em si mesmas mas alheias ao favor do tempo em que se encontram formuladas.

Não é comum efectivamente, nos dias que correm, ver esgrimir ideias que fizeram a chamada "prova do tempo" mas a dada altura caíram em estado de relativa obscuridade, letargia, obnubilação. Como não é comum tão pouco descortinar visões havidas por originais mas que resumem afinal séculos de reflexão, experiência e cultura.

Tem interesse passar à fieira umas e outras, ou algumas delas apenas, pois mais não permite o perímetro desta crónica.

Assim, após observar que o homem tem uma essência que lhe é própria, que o homem é, não se limitando a estar, e que o respeito pela pessoa humana envolve corpo e espírito, o A. faz

notar que muitos dos direitos actualmente proclamados como fundamentais só conseguem encontrar realização mediante o sacrifício de outros tantos direitos que se lhes contrapõem e os invalidam. De facto, o direito de abortar revela-se oposto ao direito de viver, o direito à estabilidade da família colide com o direito ao divórcio, o direito à liberdade de expressão ofende o direito à privacidade de terceiros, o direito ao trabalho afecta o direito de propriedade e pode liquidá-lo quando o Estado, a fim de o garantir, priva o proprietário dos meios de produção, o direito à saúde tem conduzido à insolvência das instituições de segurança social que o tutelam, o direito à habitação, tal como se encontra enunciado, é em si mesmo irrealizável, etc.

Páginas volvidas anota o Autor a tendência que o *homo medius* revela para negar aquilo que desconhece, recorda que a bondade e a justiça nem sempre acompanham a sabedoria, sobretudo quando meramente livresca ("há sábios maus, injustos e mesquinhos"), alerta para o fenómeno da acção corruptora do poder, porque exercido por seres naturalmente sujeitos a capitulações e debilidades de diversa índole, aponta como causas da expansão do crime o declínio da família, incapaz agora de educar moral e civicamente os seus membros, e a expectativa de impunidade que lavra no seio dos delinquentes, denuncia os criminosos «de colarinho branco», cujo património, porque subterrâneo, escapa à alçada da justiça penal, alerta para o colapso do sistema carcerário em vigor nos regimes de raiz europeia, enfim, equipara a droga e a prostituição dos nossos dias à escravatura de outras eras, com a agravante de tais práticas recaírem sobre seres humanos que as leis presumem responsáveis e livres.

Particularmente autorizadas são também as considerações que o A. desenvolve em torno do poder e sua legitimidade (*quoad titulum* e *quoad dominium*) e em torno dos labirintos da sociedade contemporânea. A páginas tantas faz notar, *v.g.*, que o desrespeito generalizado das normas de cortesia contribui mais acentuadamente para abalar o estado social do que a falta de observância das próprias normas éticas; e que, por seu turno, quando as normas éticas são esquecidas ou enjeitadas, não há regras jurídicas que consigam impor a justiça, a qual passa a ser definida pelos grupos mais fortes ao sabor de critérios de oportunidade. Noutro passo chama a atenção para os riscos da democracia de massas ("tiranos de muitas cabeças"), cujo domínio cai debaixo do jugo dos aduladores, dos demagogos, de políticos profissionais não raro destituídos de escrúpulos, já que, tal como actualmente se pratica, o sufrágio popular reclama custos financeiros elevados, assenta em candidaturas urdidas segundo as melhores técnicas do

mercado publicitário, agrava o fosso existente entre candidatos e eleitores. Remédios para quanto antecede aponta três, segundo a sua óptica, a saber: revitalização dos chamados «corpos intermédios», obstáculo efectivo ao abuso do poder e à tentação despótica dos governantes; preparação prévia e adequada dos mesmos governantes – "questão fulcral de todos os tempos", acentua – por forma a prevenir o improviso e a venalidade que é comum encontrar entre os novos-ricos da soberania; entrega do governo aos melhores, aos aristocratas, àqueles cuja competência, espírito de serviço e culto da honra sem proveito – ou mesmo contra proveito – reputa inseparáveis do progresso de qualquer sociedade bem constituída (alude a aristocratas verdadeiros, que não a oligarcas ou a plutocratas). Sem a consagração formal, efectiva, de tais providências, bem poderá o Estado moderno vir a cair de novo na perversão totalitária. "O *Leviathan*, cujo expansionismo já impressionou de tal modo Hobbes, no século XVII, que lhe serviu de epígrafe para o seu tratado sobre o Estado, não terá findado ainda o seu curso destruidor das liberdades", adverte frontalmente o Autor. E nem mesmo valerá a esse Estado o rótulo de «Estado de Direito» – construção ilógica, aliás, vazia de conteúdo, apesar de constantemente brandida a nível político -, pois certo é que um Estado, qualquer ele seja, cuja comunidade despreze ou menospreze o culto dos valores ideais, estará condenado a resvalar para a involução cultural ou mesmo para a sua própria destruição.

Muitas outras passagens do compêndio de *Filosofia do Direito* do Prof. Soares Martínez seriam dignas de glosa adequada. Assim, a censura que o A. faz da lei da concentração capitalista, superiormente prevista por Marx, e que o universo tecnológico hodierno parece tender a realizar; a análise que tece do fenómeno revolucionário, destruidor, por mutação brusca, de uma ordem político-social determinada; a afirmação de que a norma injusta não é direito, mas a norma incoerente ou incongruente também o não é; a crítica da figura do «juiz-pilatos», magistrado incapaz de assumir a responsabilidade das sentenças que profere porque permeável à pressão do poder, à exigência das massas, à liquidez da opinião pública; a denúncia da inflação legislativa, perturbadora do equilíbrio da ordem jurídica, demolidora da presunção ou ficção do conhecimento do direito; a defesa do costume como *fons manifestandi*, enraizado que está na experiência histórica dos povos; a constatação de que, seja qual for o problema em análise, não é a utilidade que dita a bondade da sua solução mas, ao invés, a respectiva bondade que a torna útil; o esclarecimento que introduz no rumoroso processo de Galileu, alegada vítima do Santo Ofício

(protegido do cardeal e depois papa Barberini), bem como na "lenda negra" da fortaleza da Bastilha, onde em 1789 se encontravam sete prisioneiros (quatro falsários, dois loucos e um aristocrata); enfim, a apologia que faz do património familiar e da premência de estender o direito de propriedade aos mais pobres, aos mais carenciados, aos excluídos da terra. Neste ponto, o Autor é acutilante: só a titularidade de bens exteriores permite que o homem se mantenha digno, livre e independente perante os demais. Recortem-se as palavras que utiliza: "Todo o homem que não possui, permanentemente na dependência dos outros para satisfação de necessidades imediatas de subsistência, encontra a sua capacidade de opção fortemente limitada pela vontade alheia, pelas imposições de outros homens, que tenderão a dominá-lo, no plano físico, material, e mesmo ao nível da consciência e do espírito. Por isso se tem qualificado de «injustiça imerecida» a absoluta carência de bens dos pobres, dos proletários, aos quais deveria ser assegurado o acesso à propriedade, a fim de os tornar realmente livres. É sabido que, relativamente a alguns homens, pela sua índole, a propriedade não contribui para os tornar livres. Outros porém quereriam ser livres, teriam condições para sê-lo, e não conquistam a sua liberdade, não preservam a sua personalidade, a sua consciência, por inteira penúria de bens, que os torna dependentes de todos quantos, abusivamente, lhes exigem atitudes incompatíveis com essa consciência, com essa personalidade. Consequentemente, a defesa das liberdades humanas postula o acesso à propriedade, com a possível amplitude e generalização."

Homem de letras, digno de figurar numa galeria de heterodoxos à maneira de Menéndez y Pelayo, clássico pela elegância da forma e pela substância da doutrina que subscreve, vulto que se vem norteando pelo doutrinarismo e pelo prudencialismo mas nunca resvalou para o oportunismo ou a subserviência, mestre cuja serenidade deriva da reflexão em torno da comédia humana, professor que nunca deixou de o ser a despeito da dureza dos tempos e dos lugares – é Pedro Soares Martínez figura de alto relevo do pensamento filosófico-jurídico português. Não admira, assim, o triunfo editorial do compêndio que vimos analisando. É que, conforme revela a sabedoria bíblica, o vento do espírito sopra onde quer. *Spiritus flat ubi vult.*

Slim Laghmani, *Histoire du droit des gens. Du jus gentium imperial au jus publicum europaem,* A.Pedone, Paris, 2003, 249 páginas

Pedro Caridade de Freitas

Em 2003, a Editora francesa A. Pedone publicou uma obra do Professor da Faculdade de Ciências Sociais Jurídicas, Políticas e Sociais de Tunes, Slim Laghmani, intitulada *Histoire du droit des gens. Du jus gentium imperial au jus publicum europaem*.

As obras actuais sobre História do Direito Internacional Público não são abundantes, pelo que um trabalho recente sobre esta disciplina jurídica não pode deixar de ser tido em consideração.

O Professor tunisino tem a percepção da escassez de obras sobre este ramo jurídico, razão pela qual, na *Introdução,* se interroga sobre a oportunidade de fazer uma História do Direito das Gentes, ao invés de uma análise actual do Direito Internacional. A resposta é dada pelo próprio Autor ao esclarecer que pretende elaborar uma tentativa de compreensão e explicação da evolução global do Direito das Gentes, mais do que fazer um estudo analítico dos princípios e regras *ius-internacionalistas*.

Com o título - *Histoire du droit des gens. Du jus gentium imperial au jus publicum europaem* - Slim Laghmani não pretende apenas trabalhar as relações entre Estados soberanos, mas ir mais longe, e realçar o *ius gentium* como uma disciplina que trata das relações jurídicas entre povos. Com esta dimensão, Slim Laghmani concretiza um dos seus objectivos, o de incluir na análise o contributo da civilização muçulmana para o desenvolvimento do *ius gentium*.

A obra abrange um vasto período histórico, com incidência para a época clássica e medieval, que corresponde ao *jus gentium imperial*.

No segundo capítulo, temporalmente delimitado pelos séculos XV a XVII, é feita a análise da construção do Direito Internacional com base na ideia de Estado. Esta fase é sugestivamente denominada por Slim Laghmani como de "destruição" e de "reestruturação", uma vez que sob os destroços da *Respublica Christiana* foi erigida uma Europa de Estados, que construiu o moderno Direito Internacional.

O terceiro momento corresponde à sedimentação do *ius gentium europaeum*, estendido unilateralmente a todo o mundo, e à dicotomia entre o direito das nações "civilizadas" e o direito do

"resto do mundo". A este capítulo chama o Professor tunisino de o "*nascimento de uma ordem jurídica: o direito internacional clássico*". Não é muito comum a utilização desta designação para caracterizar o direito internacional construído pós-Vestefália, em regra refere-se como um Direito Internacional moderno. No entanto, e uma vez a obra terminar nos alvores do século XX, não nos é permitido perceber se o Autor qualifica o Direito Internacional no século XX como o Direito Internacional moderno.

Não obstante uma abordagem política do *ius gentium*, Slim Laghmani não descura a sua evolução formal e material, tratando temas tão diversas como a liberdade dos mares, a questão dos estreitos, o regime dos rios, a génese do direito internacional humanitário e os meios pacíficos de resolução de diferendos.

A distinção entre povos "civilizados" e "não civilizados" é essencial para a compreensão do todo que constitui o *ius gentium*, e nomeadamente para a influência que o mundo "civilizado", constituído pela Europa e pelos Estados que compõem o continente americano, teve na divulgação das normas jurídicas de relacionamento entre os Estados.

Esta questão dicotómica está sobejamente explanada no livro e constitui a segunda parte do subtítulo do livro: *o jus publicum europaeum*.

A actualidade do tema não se encontra apenas nesta obra, mas também noutras, como no texto de 2005, de Tetsuya Toyoda, publicado no *Journal of the History of International Law*, que faz uma análise das relações internacionais entre o ocidente e o mundo "não civilizado". Anotamos que o tema tem suscitado o interesse da *ius* historiografia, nomeadamente sempre que é analisada a influência do *ius europaeum* no direito dos povos não ocidentais.

Com esta obra Slim Laghmani não tem apenas como intenção delimitar a evolução histórica e conceptual do Direito das Gentes, mas demonstrar a nova transformação deste Direito. Se com a *Respublica Christiana* o Direito das Gentes era *imperial*, com os descobrimentos, a ocupação de novos continentes, o conhecimento de novos povos e o aparecimento e desenvolvimento dos Estados modernos, fruto do trabalho de Homens tão diversos como Vitória, Suárez, Grócio, Pufendorf, Wolff e Vattel, transformou-se em *ius publicum europaem*.

Slim Laghmani vai mais longe no devir da História do direito Internacional e utiliza-a para demonstrar que hoje há um retorno a um *ius imperial*, por força do domínio dos Estados Unidos da América.

Após as transformações do Mundo, na sequência da perestroïka soviética e da queda do muro de Berlim, poderá haver

uma tendência para considerar o Direito Internacional pela prática dos Estados Unidos, e assim, considerá-lo como um *jus gentium imperial*. Slim Laghmani não se exime, assim, de apresentar a sua leitura da evolução recente do Direito Internacional, realçando as divergências entre o ocidente e o mundo islâmico.

O livro não fala apenas de *imperium*, mas também de mundialização, de um Direito que se universalizou, apesar de europeu, que se estendeu a todos os continentes, e que regulou as relações entre Estados, entre indivíduos e organizações internacionais. É assim feita uma análise de um Direito inter-confessional, inter-étnico e intersubjectivo, que atende aos Direitos do Homem e aos crimes internacionais contra a humanidade. É por isso que, olhando para o futuro, e quem sabe para outra obra que proceda à evolução do Direito no século XX, o Autor considera o Direito Internacional actual como um Direito da humanidade, do ambiente, do mar, do património comum da humanidade.

Este Direito, comum a todos, é para Slim Laghmani um novo *ius gentium,* que entronca naquele que foi construído a partir dos trabalhos da escola espanhola de Direito Natural.

Maria de Fátima Bonifácio, *Monarquia Constitucional (1807-1910)*, Texto Editores, Mirandela, 2010, 212 páginas.

Isabel Graes[1]

No seu mais recente trabalho *Monarquia Constitucional (1807-1910)*, Maria de Fátima Bonifácio revisita um período e uma temática por si sobejamente trabalhados, em especial *n'O Século XIX Português*.

Partindo de marcos cronológicos classicamente estabelecidos e repartidos ao longo de nove capítulos, a trajectória de oitocentos é explicada com base numa classificação tripartida: *revolução, radicalismo e república*, conceitos que definem a sucessão política, social e económica do século que viu nascer o Liberalismo português.

Se a autora associa os pontos nevrálgicos a personalidades que conduziram o virar da página da História, como foi António Bernardo da Costa Cabral, Saldanha, Fontes, Luciano de Castro, Franco e Alpoim, não deixa de dar especial relevância a uma outra personagem histórica que constitui um factor constante de perturbação política – o povo.

A análise histórica ora apresentada procura identificar os motivos conducentes à revolução, num país que na opinião da autora *não era revolucionário, mas antes conservador* como o revelam as reformas de 1885-1890 já no final do período em estudo que é designado como o "*malogro da vida nova e o regresso à vida velha*", ou ainda o governo de Luciano de Castro. Igualmente determinantes na constituição deste quadro revolucionário se apresentariam as características macrocefálicas de Lisboa no quadro sócio-politico e económico do país.

Como data inicial do primeiro movimento revolucionário é indicado 1808 ao invés de 1820, fazendo residir aquele primeiro pronunciamento na ocupação napoleónica e na guerra peninsular; a que se associam motivos pessoais e a luta contra o anticlericalismo jacobino. O factor revolução será transversal a todo o século adoptando então as mais variadas formas, sejam elas oposições civis ou militares; progressistas, cartistas e/ou vintistas; saldanhistas e cabralistas; da *unha branca* face à *unha negra*; ou mesmo partidária, como sucede em 1846-1851, as quais serão intercaladas, por vezes,

[1] Isabel.Graes@tcontas.pt

por momentos completamente inúteis, como sucede com a Patuleia onde a intervenção estrangeira garante um desfecho "*sem vencidos nem vencedores*" (p.52), para citarmos apenas alguns exemplos. Deste modo, a revolução torna-se o principal agente da história portuguesa no século XIX, especialmente após a instauração do constitucionalismo monárquico em 1834.

Os momentos convulsivos, nevrálgicos e de clivagem oitocentistas são temperados por períodos de uma hipotética *pax* de contornos regeneradores (cap.IV) que assenta no "*cansaço geral provocado por década e meia de improfícuas "lutas fratricidas"; na neutralização política de um exército unificado, que à excepção da aventura da "Saldanhada" em 1870, não se voltou a disponibilizar para arbitrar as dissenções politicas dos civis; e, finalmente, no acordo sobre a norma constitucional obtida graças à aprovação parlamentar do Acto Adicional à Carta em 1852*" (p.65-66); de *estabilização* (Fontismo) ou *acalmação* (1908).

Todavia, subjacente à revolução está o radicalismo que constitui por si só a força daquela, na medida em que constitui a vontade de mudança, pessoal ou social, e por isso encontramo-lo por exemplo em 1820, 1836 e 1842, ou ainda nos movimentos desencadeados pelos irmãos Passos, por Costa Cabral ou Palmela para ser, mais tarde, afastado em 1852. É fundado neste sentimento que o soberano Congresso redige uma Constituição *puramente radical*, assim como o Vintismo dá a conhecer uma *república disfarçada de monarquia*, legitimada no fundamento democrático e tão diferente dos modelos coetâneos.

O radicalismo ora enunciado vai-se diversificando, ideológica e sociologicamente e ainda que por várias vezes se tenha tentado constitucionalizar ele, "*nunca se deixou unificar nem constituiu uma alternativa autónoma e coerente de poder*" tendo-se conservado inalterável e "*irracional*", ou seja, impermeável à moderação.

É o radicalismo que permite à Esquerda Monárquica apresentar um peso social, político e eleitoral nas cidades de modo a permitir-lhe impor-se à Direita e ao Rei como sistema de governo; do mesmo modo que a Direita também necessita de o adoptar. Este radicalismo combate a partidarização da monarquia a que a reforma constitucional e eleitoral no final do século poria um fim, marcada esta última pela substituição do método rotativo pela fragmentação partidária.

A partir da noção de radicalismo, Maria de Fátima Bonifácio apresenta não só o factor de introdução do ideal republicano associado a movimentos patrióticos (a resposta à Concordata de 21 de Fevereiro de 1857, a contestação do art. 6º da Carta, o centenário de Pombal, e sobretudo a oposição à capitulação pró-britânica) do

mesmo modo que explica a queda da monarquia, regime que apresentava um quadro agonizante e que o período de *ditadura* franquista não só leva à *gangrena por práticas administrativas corruptas* como impulsiona a propaganda revolucionária e a actividade das sociedades secretas. No entanto, a República seria introduzida não pela violência revolucionária, mas pela propagação contagiosa do seu ideal começando a evidenciar-se com as eleições de 1881-1883, para só voltar a manifestar-se já em 1906 sendo acentuado pelas medidas do governo franquista.

Assim definido o espírito republicano podemos compreender o alcance das afirmações de Maria de Fátima Bonifácio quando diz que *"todo o liberal é republicano na sua essência, todo o liberal segue o sistema republicano por convicção* (p.160) e que a" *verdadeira alma do radicalismo era e fora afinal desde sempre a "ideia de república*" (p.161).

Por este motivo, *a República, forma plena e consumada da democracia, não seria pois o resultado de uma violência revolucionária, mas sim o fruto lentamente amadurecido, mas certo, do progresso* (p. 162) o que permite a Maria de Fátima Bonifácio concluir que a República representa a vitória do radicalismo, da crítica e ainda a reposição da ordem que apenas aguarda o momento em que o povo se encontre apto para assumir as responsabilidades cívicas exigidas por aquela.

Luís Bigotte Chorão, *A crise da República e a Ditadura Militar*, Sextante Editora, Lisboa, 2009, 960 páginas

Miguel Lopes Romão[1]

Luís Bigotte Chorão apresentou em obra destinada ao público em geral, no final de 2009, o resultado da sua investigação de doutoramento em História pela Universidade de Coimbra (cujas provas se realizaram em Fevereiro de 2008). Intitulada "A crise da República e a Ditadura Militar", apresenta um percurso da história política e jurídica nacional num período sobre o qual se carece de elementos: o final da primeira República, o período pós-golpe de 1926 e o início do Estado Novo.

O autor põe ao serviço do seu trabalho a sua formação jurídica e isso resulta numa mais-valia relevante para vários pontos em que o Direito é um elemento estrutural do debate na época e a problemática jurídica a face mais sólida da dimensão institucional em causa.

Não é contudo apenas uma história *de direito* o que nos apresenta, mas sim um trabalho pleno, profundamente justificado e detalhado, simultaneamente inserido na história geral e atento à micro-história que a condiciona e determina e, tantas vezes, parecendo contradizê-la, ilumina-a, sem os pruridos desnecessários de evitar novas leituras e novas visões. O binómio "caos-ordem" em que muitas vezes, e intencionalmente no Estado Novo, se fez a leitura da passagem entre os primeiros anos da República e a Ditadura Militar donde emerge o *novo Estado*, é posto em evidência por Bigotte Chorão como insuficiente, simplista e mesmo enganador, permitindo o seu trabalho preencher adequadamente e com prazer o institucional e o jurídico de Portugal nos anos 20 e 30 do século XX.

O seu objecto de atenção inicial, como o explica, é o de "apreender aspectos particulares da Ditadura Militar, em especial dos relacionados com o Direito, questionando-se e tentando esclarecer em que medida a Lei (entendida num sentido amplo) foi colocada ao serviço da ditadura, e de que modo alicerçou o movimento *constituinte* da *Ditadura para além da Ditadura*, do chamado Estado Novo" (p. 20).

[1] miguelromao@fd.ul.pt

Este percurso é seguidamente feito em grande medida com base na figura pública de Manuel Rodrigues Júnior, ministro da Justiça pela primeira vez de 1926 a 1928 e novamente em 1932, e na visão que se retira da política de e para a justiça e em especial da "política do direito" nestes primórdios do Estado Novo. Lidando com um passado recente ele próprio *incompleto*, chama a si uma tarefa ao mesmo tempo revolucionária e legitimadora, tentando cobrir de novidade quase todos os campos fundamentais do direito.

Assim, a primeira parte da obra contextualiza o surgimento e os conteúdos dos golpes militares de 1926 e do período que se lhes segue, à luz do direito e da sua legitimação, cabendo à segunda parte do trabalho recolher a investigação em que, a propósito do papel e da acção de Manuel Rodrigues, se apresentam, no quadro legislativo, judicial, prisional e jurídico em sentido amplo, os elementos que preencheram a construção de um novo tipo de política para o Direito, cujos resultados são ainda hoje visíveis em vários pontos da legislação e, o que é mais, da experiência jurídica e cultural das instituições.

Trabalhos de alunos do 1.º ciclo

Relação da Igreja Católica e Portugal no Pós 25 de Abril - Paradigma Fiscal no quadro comparativo das demais confissões religiosas

Diogo Geraldes[1]

Sumário

Nota Preliminar
I. Considerações históricas
1. Igreja Católica em Portugal na Idade Média
2. Igreja Católica e Portugal nos alvores do protestantismo - Idade Moderna
3. A Igreja Católica e Portugal na aurora do constitucionalismo liberal
4. O grave conflito entre Portugal e a Igreja na Proclamação da República da 1910
5. O ambiente do estatuto jurídico de uma nova política religiosa
6. A Concordata de 1940: Antecedentes e características
7. O Concílio Vaticano II. A mudança do paradigma da Igreja
8. As implicações fiscais presentes na Concordata de 1940
II. Relação da Igreja Católica e Portugal no Pós 25 de Abril
9. A Constituição de 1976: a Constituição Democrática
10. O Princípio da igualdade, a igualdade na tributação. A capacidade contributiva
11. Benefícios fiscais e isenções e a exclusão de tributação
12. A Concordata e a ordem Constitucional Portuguesa à luz da subjectividade da Santa Sé na Comunidade Internacional
13. Estatuto fiscal da Igreja Católica presente na Concordata e comparação com o Estatuto fiscal presente na Lei 16/2001 (LLR)
Conclusão

[1] diogo.geraldes@campus.ul.pt

Nota Preliminar

Por mais infinita que seja a delimitação espacial de um trabalho é necessário fazê-la. Aparar o que é supérfluo, que não possibilita a descoberta ou que tolha essa pretensão por caminhos tortuosos que não raras vezes se sucedem. Com a delimitação sugerida pelo Professor, o presente trabalho não poderá abarcar algumas matérias importantes mas que por imperativo espacial não podem ser abordados.

O trabalho centrar-se-á nas relações que a Santa Sé e Portugal estabeleceram após o 25 de Abril de 1974, focando-se num dos domínios mais delicados – as implicações fiscais. No prosseguimento deste estudo não é possível estabelecer o regime fiscal da Igreja Católica sem compará-lo com o regime vigente para as demais confissões religiosas.

Contudo, para se apreender a projecção que a religião tem no seio da cultura portuguesa é necessário retroceder na História, expondo os momentos mais significativos que marcaram a relação entre a Igreja Católica e Portugal desbravando os *filamentos seculares e culturais* [2] da Nação Portuguesa.

Releva para o presente trabalho a justificação da Subjectividade Internacional da Santa Sé, na medida em que conduz a um diferenciado face às restantes confissões religiosas.

Dedicar-se-á grande acuidade aos momentos históricos conducentes a alterações importantes que irão afluir ao século XX, sem descurar a alusão da ligação religiosa desde o berço da nacionalidade. Os momentos que servirão de mote ao andamento histórico serão:

- Evolução histórica.
- Lei de Separação de 1911, resultado da Proclamação da República.
- Concordata de 1940
- Concilio Vaticano II
- Constituição de 1976
- Lei de Liberdade Religiosa
- Concordata de 2004

Como o título permite descortinar, a História serve de antelóquio preparatório à explanação do âmago do trabalho, "o paradigma fiscal no quadro comparativo das demais confissões religiosas". Isto é, far-se-á uma análise ao regime fiscal da Igreja Católica e das demais confissões religiosas, confrontando com a Lei

[2] A expressão é de Maria Luísa DUARTE, *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias,* vol. I, tomo I, ed. Lex, 2001,p. 76

Fundamental à luz dos princípios vigentes na ordem jurídica portuguesa.

Como este trabalho é elaborado no 2º ano do plano de estudos, ainda não foi leccionada a disciplina de Direito Fiscal, por esse facto não será abordado numa vertente puramente fiscal.

I. Considerações históricas

1. A Igreja Católica em Portugal na Idade Média

A religião Católica, desde o berço da nacionalidade, está intimamente ligada à cultura portuguesa. Não é indiferente o facto de a Península Ibérica ter pertencido ao Império Romano. Este, devido à expansão que atingiu, tornou-se demasiado grande e vasto para ser controlável, tendo perto da sua capitulação em 476 d.C., a Europa quase dominada na sua totalidade e com um controlo vasto do Oriente[3].

Com a queda do Império Romano do Ocidente, deixou de existir uma figura no plano internacional[4] que fosse fonte de concórdia e lograsse de legitimação unanimemente aceite. Emerge a figura do Romano Pontífice[5], que será durante toda a Idade Média o vértice da comunidade dos Reinos[6] Cristãos, a designada *Respublica Christiana*.

Após a Independência do Reino de Portugal face ao Reino de Castela, que se consumou materialmente em 1143[7], só em 1179 foi formalmente exarada a sua existência jurídico-constitucional num acto do Papa Alexandre III, a Bula *Manifestus Probatum.*

---

[3] Vide, Sebastião CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, 4ª edição, vol, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1969, pp 80e ss.

[4] Plano internacional circunscrito ao antigo Império Romano, com poucas excepções.

[5] Após um período de terríveis perseguições aos Cristãos pelo Império Romano, o Imperador Constantino consagra a religião Católica como religião oficial do Império. É notório que esta inversão de posicionamento em relação aos Cristianismo é reveladora de uma religião de "conveniência" que o Império utilizará na sua ambição tentacular. Vid. Salvatore CALDERONE, *Constantino e il Cattolicesimo,* Florença, 1962, pp 125 – 192 e Marla SORDI, *Storia di Roma. Il Cristianesimo e Roma,* Bolonha, 1965, pp 375 – 396.

[6] Contra a designação de Reino, postulando a existência de Estados desde a Grécia Antiga, Vide Diogo FREITAS DO AMARAl, *História das Ideias Políticas*, 5ª reimpressão da edição de 1998, vol. I, Almedina, *passim.*

[7] Ano da assinatura do tratado de Zamora, entre D. Afonso Henriques e Afonso VII de Leão e Castela, a 5 de Outubro de 1143.

Neste acto está patente a *auctoritas* do Papa no plano jurídico-constitucional[8] e espiritual já que, segundo a máxima Paulina *«nulla potestas nisi a Deo»*[9], sendo o Papa o vigário de Cristo na terra. Cada Monarca teria de ser, como nos diz Frei Heitor Pinto, «imitador de Cristo ornado de todas as virtudes, abrasado no fogo da divina caridade, para que ensine e governe não somente com leis e palavras mas com obras e exemplos»[10]. Ou seja, verifica-se que na Idade média a teleologia do poder será baseada na realização da justiça e do bem comum. O monarca é visto como um pai que deve tratar os seus súbditos (filhos), com misericórdia e rectidão vertidas na lei e nos bons costumes.[11]

Do outro lado do prisma, ou melhor, na ordem social mais terrena, povo, a religião é o motor de muitas comunidades no que concerne ajuda e esclarecimento de questões, *verbi gratia*, ensino, e tarefas administrativas, onde, com parcos recursos humanos o Rei não tinha meios para suprir as necessidades da população onde por vezes a única pessoa que conheciam era um clérigo.[12]

A religião marcava fortemente quase todas as actividades quotidianas, sendo praticamente transversal a todas as camadas da população, formando um corpo indivisível onde o Rei era a cabeça que comandava todos os membros.[13] Relevam as posições aristotélica e tomista sobre a natureza do regime, a defesa e teorização da monarquia apresentado o reino de Deus como arquétipo político[14]. Esse comando, teórico, exercia-se na prática pela união de todos à religião (hodiernamente seria uma religião de

---

[8] Mesmo antes da existência Constituições formais pode justificar-se a existência de Constituições não escritas onde exista um poder político, neste caso de legitimação Divina. Vide. Paulo OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais,* vol. I, Almedina, Lisboa, 2007, *passim.*

[9] Para o desenvolvimento das doutrinas justificativas do poder, vide RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português,* 12ª edição, vol. I, Edição Sintra, Rio de Mouro, 2005, pp. 459- 474.

[10] Cfr. Frei Heitor PINTO, *Imagem da vida Cristã.* Diálogo da Justiça, vol I, p. 160.

[11] Crf. António BARBAS-HOMEM, *A lei da Liberdade,* vol. I, Principia, Lisboa, 2001, pp 122-131.

[12] As freguesias são um exemplo paradigmático da influência fundamental da Igreja Católica na modulação da cultura da comunidade, Vide. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo,* vol. I, Almedina, 3ª edição, Lisboa, 2006, pp. 509 – 520.

[13] O denominado "organicismo e paternalismo político." Vide. António BARBAS-HOMEM, *op cit.* pp. 26 e 27.

[14] Extraído da Cristologia, onde todo o Povo de Deus comunga com o Corpo místico de Cristo, Cfr. *Catecismo da Igreja Católica*, Gráfica de Coimbra, 2ª edição, Coimbra, ponto 218, Vide. Martim DE ALBUQUERQUE, *O poder político no Renascimento Português,* ISCPU, Lisboa 1968, pp. 47-62, 123-135 e 205-235.

Estado). Factor de coesão territorial, a religião permitiu congregar diversos núcleos populacionais da época da ocupação Romana. É profunda a importância ao nível sócio-cultural através da dinamização dos centros de estudo, claustrais, episcopais e a própria Universidade. Não obstante todos os "abusos" reportados ao clero, estes devem ser objecto de uma interpretação histórica, devido à complexidade de laços entre as diversas ordens[15] e as prerrogativas concedidas à Igreja eram o reflexo (na maioria das vezes do papel desempenhado pela mesma na comunidade).[16]

2. A Igreja Católica e Portugal nos alvores do protestantismo – Idade Moderna.

É na transição para a Idade Moderna que a Europa sofre profundas transformações religiosas, fruto dos novos desafios lançados no âmbito dos descobrimentos, com a redefinição das abordagens evangelizadoras e do estatuto jurídico dos fiéis *v.g* índios.[17] Mas é com a reforma protestante que a Europa deixará de militar na unidade teológico-política. É o fim da *Respublica Christiana*.

Com o dealbar da navegação por outros povos (Ingleses, Espanhóis e Holandeses), surge um conflito latente que ficará marcado pela questão do *mare clausum*.

Neste, mais uma vez, salienta-se a postura de cariz católico da denominada Escola Espanhola[18] na questão supracitada.

Vislumbra-se, nesta época, o nascimento do Estado como paradigma da época Moderna, que conduzirá à supremacia do Soberano face ao Papa. As guerras religiosas, a teorização do Estado, a invocação da Razão de Estado, entre outras mudanças no

[15] Historicamente, Nobreza, Clero e Povo.
[16] Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, op cit, pp 24 – 32.
[17] O verdadeiro confronto de civilizações ocorre com os descobrimentos, Cfr, António BARBAS-HOMEM, *op cit*, p 140.
[18] Composta por Francisco de Vitória, Domingo de Souto e Francisco de Suarez. Para um conhecimento aprofundado do da querela jurídica política e religiosa entre dois hemisférios do Cristianismo. O Catolicismo e o Protestantismo. Vide. Paulo MERÊA, *Um aspecto da Questão Hugo Grócio – Serafim de Freitas (condição jurídica dos mares no Direito Romano) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, II,* 1916, pp. 464 e ss.

pensamento europeu maioritário conduzirão à igualdade (formal) entre os Estados[19,20].

Importa realçar a fidelidade de Portugal à Doutrina católica. O exemplo paradigmático encontra-se na denominada *"Segunda Escolástica"* que tinha em Portugal grandes defensores[21]. Face à reforma protestante presente em grande parte da Europa, desenha-se em Portugal uma corrente que pugnará pelos valores da tradição católica alicerçados na concepção da moral da política[22]. A contra-reforma é edificada com auxílio de muitos teólogos portugueses que adaptam a moralidade cristã medieva às novas concepções teológicas do renascimento, nomeadamente pela afirmação da subordinação ao poder do Romano Pontífice.

À margem das querelas doutrinárias a Igreja continuava a ter o domínio exclusivo da conformação moral das gentes, culminando, negativamente, no Santo Ofício[23]. Foi a face que transpareceu nesta época da Igreja em Portugal, todavia desenvolveu-se um trabalho ao nível assistencial com a amplitude da Santa Casa da Misericórdia abarcando praticamente toda a rede hospitalar portuguesa[24].

A subordinação ao Papa pelo poder político não foi sempre a tónica dominante nas relações internacionais. A questão dos jesuítas fomentada pelo Marquês de Pombal é apenas um dos exemplos na tentativa de afirmação da Igreja nacional face à Santa Sé[25].

---

[19] Martim DE ALBUQUERQUE, *O poder político no Renascimento Português,* pp. 150 a 213.

[20] Sem esquecer a importância fulcral da Paz de Vestefália (1648), Vide por todos, Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, 3ª edição, 2006, Estoril, pp. 9 – 14, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *OS Descobrimentos e os Direitos do Homem*, *in* Jornal de Letras.

[21] Tais como D. Jerónimo Osório, Molina, Francisco Suarez, pertencentes à escola peninsular

[22] Entre outros autores, destaca-se o Bispo de Silves, D. Jerónimo Osório e Barbosa de Homem. Crf. *Discursos de la Iuridica y verdadera RAzon de Estado, Contra a fomentacion por médios ilícitos,* p. 263

[23] Não raras vezes manipulada pelo político no sentido de eliminar os opositores e inconvenientes para a estabilidade Real. Vide., Teresa BERNARDINO - *Sociedade e atitudes mentais em Portugal (1777-1810)*.: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1985, p. 100 e ss.

[24] Cfr. Laurinda, ABREU, *Padronização Hospitalar e Misericórdias: apontamentos sobre a reforma da assistência pública em Portugal. Revista Portuguesa de História*, 1996, 31 (2), pp. 287-303.

[25] Cfr. Sergio Ferlito, *La lege Portoghuese di Libertà Religiosa in* separata da revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII – nº 2, Coimbra Editora, 2002, Lisboa, pp. 1402- 1406.

A acção da Igreja era ampla, abarcando quase toda a sociedade portuguesa. Até ao despontar do liberalismo em Portugal as relações entre os dois Estados (Santa Sé e Portugal) são pautadas pelo estabelecimento de acordos que visam quase sempre estabelecer obrigações recíprocas decorrentes da acção do padroado em Portugal e posteriormente nos territórios além-mar[26].

Digno de nota é a celebração de apenas duas concordatas durante as Constituições de cariz liberal (excluindo a Constituição de 1911) [27]. Com as Constituições de pendor formal, foram positivadas normas ainda que incipientes sobre a regulamentação das relações entre o Estado e a Igreja[28].

3. A Igreja Católica e Portugal na aurora do constitucionalismo liberal

Não é de somenos importância o facto de a Igreja ser um pilar fundador do *Ancien Regime,* correspondente ao pensamento da unidade axiológica edificada em torno do ideal cristão. A nacionalidade confunde-se com a Igreja Católica e o espírito cristão está imerso na cultura portuguesa. Logo na transição para a Monarquia Constitucional deram-se passos no sentido de não haver um corte repentino no passado de comunhão entre a Igreja e o Estado[29]. Neste sentido haverá, em Portugal uma relativa secularização da sociedade com preponderância para afastar do plano político a Igreja[30].

---

[26] Houve um total de 16 acordos (concórdias) até à primeira constituição de 1822. Para um aprofundamento do conteúdo dos acordos, Vide. *Estudos sobre a nova Concordata, Santa Sé – República Portuguesa 18 de Maio de 2004,* Universidade Católica Editora, 2007, Lisboa, pp 357 - 359

[27] Não obstante ser classificada como a última constituição liberal, para as relações entre a Igreja e Portugal, esta será abordada autonomamente visto ser a matriz da separação intempestiva entre Igreja e Estado que estará na base da Concordata de 1940, vid. *Infra 4§*

[28] Uma excepção é a Concordata de 1848, que reatou as relações entre Portugal e a Santa Sé firmada por D. Maria II após um grave conflito perpetrado pelo Ministro da Justiça no Decreto de 30 de Maio de 1834 que visava extinguir todos os conventos e ordens religiosas. Verifica-se uma tensão permanente entre as correntes pré-modernas e tradicionalistas no constitucionalismo oitocentista em grande parte devido à tentativa de controlar jurisdicionalmente a Igreja, por parte do Estado. Cfr, Sobre este ponto, Jónatas MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra Editora, 1996, Coimbra, pp. 112 e ss.

[29] Face aos ideais liberais tinha perdido relevância a comunhão política e religiosa do Estado e da Igreja.

[30] Cfr, Jónatas MACHADO, *op cit,* pp. 92 – 95.

A revolução liberal pôs em causa o regalismo e a ausência de igualdade entre os diversos estratos da comunidade. O pensamento liberal radicava, sobretudo, na revolução francesa que viria a ter um forte pendor anti-clerical na medida em que, lancetava o passado sem deixar qualquer marca de identificação com o presente[31].

Altera-se o modo de observar a origem do Poder. Em Portugal, opta-se por enveredar pela via moderada, que conduzirá ao constitucionalismo liberal[32]. Contudo opera-se o figurino de origem do Poder; este já não se encontra apenas na legitimidade Papal mas sim na Nação (art. 121.º C. 1822). Acentua-se o carácter derivado da autoridade do Rei, resultando o seu poder da Nação. Ensaia-se, explicitamente por limitação negativa a proibição de ingerência do Rei na esfera judiciária (Cfr. 124.º C. 1822) [33]. Em Portugal, consagra-se a religião católica como religião de Estado em sede Constitucional. A monarquia constitucional é influenciada pelo ideário liberal mas, sem descurar a forte tradição e implementação da religião católica no seio da comunidade, concede alguma tolerância para as demais confissões, mas proclama a religião Católica como religião de Estado, (o Preâmbulo, o art. 25.º e o art. 237.º são exemplos paradigmáticos) [34].

Concilia-se a posição dominante da Igreja em toda a sociedade com os novos vectores liberais. As restantes Constituições da Monarquia liberal (1826 e 1838) tinham de comum declararem a religião católica apostólica de rito romano, religião oficial do Estado (art. 6.º da C. 1836 e art. 3.º da C. 1838). A distinção, nas diversas Constituições, operava-se apenas no modo de manifestação da religião perante as pessoas.

Apesar de, aparentemente, a consagração do catolicismo como religião de Estado estabelecer um regime favorável de quase exclusividade, este retirava qualquer "margem de manobra" à Igreja no sentido da intromissão do Estado no seio da organização e actividade administrativa ser um limite à própria actuação livre da

---

[31] É de relevar para assunção de uma liberdade no plano religioso assente na igualdade entre os homens, vide art. 1.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. " Os homens nascem e são livres e iguais em direitos."

[32] Pelas discussões travadas nas Cortes Constituintes e pela imprensa da época é possível descortinar três tendências do modelo político-constitucional a eleger: O constitucionalismo inglês, o modelo francês, no sector mais radical, e os gradualistas, que perfilhavam o figurino da Constituição de Cádis de 1812. Cfr, José GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* Almedina, 7ª edição (4ª Reimpressão), 2003, p. 129.

[33] Cfr, José GOMES CANOTILHO, *op. cit.,* pp. 132 e 133.

[34] As referências encontram-se logo à Santíssima Trindade alude um modo inquestionável à Igreja Católica, pois esta estabeleceu-a como dogma desde o Concílio de Constantinopla em 553. Cfr. *Catecismo da Igreja Católica*, *op. cit.,* p. 72.

Igreja. Sendo considerada uma religião oficial, eram concedidos à Igreja uma série de privilégios e à Coroa um conjunto de prerrogativas que, mais do que favorecer, dificultavam a liberdade e a autonomia da acção da Igreja. Se o culto e o clero eram subvencionados (embora mal) pelo orçamento de Estado, e aos bispos era reconhecida uma particular capacidade de representação política como membros vitalícios da Câmara dos Pares do Reino, à Igreja, era retirada liberdade de exercício com o «beneplácito régio»[35].

Saliente-se o facto de este tratamento diferenciado só ter sido exequível devido à existência de uma margem muito residual de crentes de outros credos.

4. O grave conflito entre Portugal e a Igreja na Proclamação da República da 1910

A proclamação da República foi acompanhada de um gravíssimo conflito religioso, alicerçado num anticlericalismo de natureza jacobina com fortes influências do positivismo (jacobino) ideológico do Partido Republicano. Este espírito presidiu à elaboração da Constituição de 1911 (C. 1911), apesar de não estar explicitamente expresso.[36]

O cerne do conflito surge com a Lei de Separação de 1911, por meio da qual se verifica uma drástica separação entre o Estado e a Igreja[37]. Pode defender-se que esta lei era "filha ilegítima" da idêntica Lei francesa de Combes (visceralmente jacobina e anticlerical) [38]. Ou seja, verifica-se um recrudescimento dos valores mais radicais herdados da Revolução Francesa[39]. Seguiu-se um

[35] Indispensável à publicação e circulação dos seus documentos. Eram ainda cerceadas outras liberdades com as contínuas ingerências do Estado na organização e expressão da vida em Igreja.

[36] A liberdade religiosa, de consciência e a igualdade política e civil de todos os cultos estava apenas consagrada formalmente, (arts. 3.º, 4.º e 5.º, respectivamente). Os princípios constantes desta Constituição rapidamente se transformaram em "letra morta". Assim, por todos, Jónatas MACHADO, *op.cit.,* pp. 120 e ss, Jorge MIRANDA*, A Constituição e a Concordata: Brevíssima Nota, in* Lusitania Canónica, Estudos sobre a nova Concordata…. *op. cit.*, pp. 101-112; JORGE MIRANDA, *O princípio da igualdade e tributação dos ministros de culto*, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha, Coimbra Editora, Lisboa, 2005. pp. 437-463.

[37] Cfr. Sergio FERLITO, *op. cit.*, p. 1410.

[38] Assim, D. Eurico Dias NOGUEIRA, *A concordata de 1940: Contributo para a paz em Portugal e aspectos a modificar in* Lusitania Canónica, Relações Igreja – Estado em Portugal, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, p. 347.

[39] Com uma posição oposta vide Jónatas MACHADO, *op cit,* passim

período difícil de declarado conflito institucional que contribuiu em larga medida para o descrédito da primeira República e havia de conduzir à revolução de Maio de 1926 e ao consequente Governo ditatorial[40].

Um curioso relato que contrasta fortemente com o discurso oficial do regime republicano surge de um escritor espanhol, Unamuno, que na sua viagem por Portugal dois anos antes da revolução de 1910, caracteriza o povo português como profundamente católico nas suas múltiplas expressões místicas, do popular ao pseudo-erudito…[41]

5. O ambiente do estatuto jurídico de uma nova política religiosa

Com a aprovação da Constituição de 1933, inaugura-se um novo capítulo nas relações entre a Igreja e Portugal, tendo a Constituição encerrado um cariz compromissório com forte pendor totalitário[42]. A questão religiosa favoreceu a adesão por parte dos grupos católicos ao ideal corporativista e nacionalista do regime de Salazar que canalizaram o seu descontentamento face à primeira República[43,44]. A Liberdade Religiosa foi consagrada amplamente não só na sua vertente individual (art. 8.º da Constituição de 1933), como na própria liberdade de organização das confissões e separação das Igrejas do Estado, inscrito numa constituição portuguesa pela primeira vez (art. 45.º e 46.º, respectivamente), mas que praticamente não foram cumpridos.

---

[40] Sendo certo que houve alguma atenuação do regime de suspeita e de desrespeito face à Igreja a partir da primeira guerra mundial. Entre outros. o Presidente Sidónio Pais inverteu tenuemente a marcha e restabeleceu as relações diplomáticas com a Santa Sé (promovidas pelo cientista-político Egas Moniz), Cfr D. Eurico Dias NOGUEIRA, *op cit.*, p. 248.

[41] Cfr D. Carlos AZEVEDO (coordenação), *História religiosa de Portugal,* vol. III, Circulo de Leitores, Rio de Mouro, 2002, pp. 148 e 149.

[42] Há um tríplice compromisso – entre o constitucionalismo liberal, as tendências políticas de Salazar – Nacionalismo político e autoritarismo. Assim Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional,* tomo I, Coimbra Editora, 3ª edição, 2003, Lisboa, pp. 298 – 304.

[43] Paulo OTERO, *A concepção unitarista do Estado na Constituição de 1933, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, pp. 415 – 434, Sobre a Constituição de 1933 em geral Vide, Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação da Administração à juridicidade,* Almedina, Coimbra, 2003, pp. 110 – 132; 355 – 357; 424 – 426; 567 – 569.

[44] Para a construção do corporativismo é necessário atentar às Encíclicas: *Rerum Novarum*, de 1891, e *Quadragesimmo Anno*, de 1931, onde se propões um via intermédia entre o socialismo e o capitalismo.

A manipulação urdida pelo regime permitiu que o fenómeno religioso fosse aproveitado como elemento de estabilização social, nacionalizando com aproveitamento político, o carácter conservador dos portugueses.

Apesar de formalmente separadas, mantinham-se em estreita colaboração moral, sem o distanciamento requerido.[45]

6. A Concordata de 1940: Antecedentes e características.

A Concordata surge num ambiente de aproximação recíproca em «regime de separação concordatado». Ao estabelecer um regime favorável para a Igreja, o Estado poderia controlar a sua liberdade, já que, tendo a Igreja o controlo dos crentes, mais possibilidades tinha o regime de permanecer no poder. A Igreja foi ainda mais manietada após a revisão Constitucional de 1951, devido à inclusão (art. 45.º, CRP) da designação «Religião da Nação Portuguesa»[46]. Foi um passo atrás que afastou o tratamento atribuído pelo Estado à Igreja Católica e às demais confissões religiosas, na medida em que as relações entre Igreja e Estado seriam objecto de uma convenção internacional (Concordata), enquanto com as demais confissões não católicas apenas se estabeleceria acordos para regular as «manifestações extrínsecas dos cultos»[47]. Além disso a personalidade jurídica das associações e organizações católicas continuava a ser reconhecida *ope legis*, e as associações doutras confissões só poderiam ser reconhecidas casuisticamente[48].

---

[45] Assim, D. Carlos AZEVEDO, *Momentos e temas em confronto nas relações Igreja - Estado em Portugal in op. cit,* pp. 9 – 14; Manuel BRAGA DA CRUZ, *A Concordata com a Santa Sé cinquenta anos depois*, Communio, 1991, pp. 272 – 280 e Jorge MIRANDA, *O princípio da igualdade e tributação*… p. 448.

[46] Apesar do parecer negativo da Câmara Corporativa, elaborado por Marcello Caetano.

[47] Atente-se no facto de a Constituição de 1933 tratar com desigualdade as relações com a Igreja e as demais confissões. Tratando as outras confissões como «não católicas» e limitando os acordos à «manifestação extrínseca dos cultos» a Constituição violava uma norma (art. 4.º) que propugnava a igualdade na aplicação da lei. É claramente uma desigualdade que atentava contra os princípios eclesiais. O Estado tentava, mais uma vez, "amarrar" a Igreja à sua doutrina.

[48] O que, de *per si*, não é discriminatório. Só o é na medida do tratamento francamente desajustado que a religião católica tinha face às demais religiões, tratando-a com superioridade. Esta não deve ser aferida pelo Estado. O Estado deve apenas reconhecer a religião com mais laços históricos, e tratá-la em conformidade, não com tamanha desproporção, que só atenta contra a liberdade dos crentes face ao poder político.

Na revisão Constitucional de 1971, o nome de Deus foi introduzido na Constituição (art. 45.º, CRP), no artigo sobre liberdade religiosa. Esta seria objecto, no final do Estado Novo, de uma lei, a Lei n.º 1/71, de 21 de Agosto. Surgida por imposição do crescimento de outras manifestações da «pulverização» do religioso, em tese, possibilitaria um tratamento diferenciado dependendo da sua representatividade[49]. Contudo, é a Constituição de 1976 que garantirá a liberdade religiosa sem limites no tratamento das confissões, na medida em que uma Constituição de pendor totalitário (C. 1933) nunca poderia ter uma abertura à liberdade.

Nos 48 anos de totalitarismo, houve sempre vozes no seio da Igreja católica que se ergueram contra o regime opressor, sendo de destacar as intervenções da «Acção Católica», a manifestação a partir de 1958 do Bispo do Porto, D. Sedas Nunes, que numa das suas cartas exprimiu a sua opinião sobre a Corporativismo. Criticou fortemente o corporativismo implementado pelo Estado Novo, porque aquele não correspondia ao corporativismo defendido pela Igreja[50]. A intervenção mais mediática foi, por ventura, a do Bispo do Porto, D. António Ferreira Gomes. Na intitulada "declaração de voto ou Pro-memória"[51] é feita uma crítica dura ao regime e à actuação de Salazar. Como consequência, o bispo do Porto será exilado durante 10 anos (1959 – 1969)… Pode defender-se que só compreendendo a dinâmica das relações entre o Estado e a Igreja é possível entender que não é concebível a queda da Primeira República e a ascensão do regime autoritário, sem referência à política religiosa republicana e à insatisfação de grandes porções da comunidade portuguesa (maioritariamente tradicional e agrícola). De igual modo não é possível compreender a Revolução de 1974 sem analisar a tensão crescente da consciência católica, após a II Guerra Mundial e sobretudo após o Concílio Vaticano II[52].

---

[49] Para um maior desenvolvimento, vide, D. Carlos AZEVEDO (coordenação), *op cit,* pp. 480 – 506.

[50] De destacar as crónicas de Ruy Belo e as intervenções que milhares de leigos tiveram na denúncia da política do Estado Novo mas que muitas vezes não era seguida pela hierarquia. O corporativismo do Estado Novo tinha, em teoria, sido inspirado pelo corporativismo propugnado pela Doutrina Social da Igreja. Cfr. D. Carlos AZEVEDO, *Momentos e tema.. op. cit.*, pp. 11 – 26; *Compêndio da Doutrina Social da Igreja,* principia, 2005, Estoril, pp. 258 e ss.

[51] Mais conhecida por "Carta a Salazar".

[52] Cfr. Manuel BRAGA DA CRUZ, *O Estado Novo e a Igreja Católica,* Bizâncio, Lisboa, pp.32 – 48 e 191 – 193.

7. O Concílio Vaticano II. A mudança do paradigma da Igreja

O ambiente político e eclesial presente ao tempo da aprovação da Concordata de 1940 era, como já se disse, um «regime de separação concordatado»[53]. Perante o confisco[54] de bens operado em 1834 (para as ordens religiosas) e em 1911 (para o clero diocesano), a concordata era uma manifestação da (re)aproximação entre o Estado e a Igreja. Seria uma forma de compensar o tratamento arbitrário de que esta padecera anteriormente.

Um marco que poria em causa a actualidade da Concordata e da actuação do regime viria a ser o acontecimento do século na Igreja, o Concílio Vaticano II. O verdadeiro *aggiornamento* proposto por João XXIII na abertura conciliar permitiu reposicionar o magistério da Igreja católica. Isto é, o Concílio Vaticano II significou mais do que uma renovação teológica e doutrinária, tendo consubstanciado uma viragem para a modernidade. Importa realçar a importância *prima facie* da passagem da precedência da verdade sobre a liberdade para uma precedência da liberdade sobre a verdade. Esta inversão encerra uma importância primacial porque lançou o mote para a construção de Liberdade como fonte luminescente da dignidade da pessoa humana, encontrando-se positivada nos documentos conciliares, designadamente na Declaração *Dignitates Humanae.* Consagra de modo solene e categórico o reconhecimento da liberdade religiosa a todos os homens[55].

A Declaração alerta para o facto de todo o homem ter o dever de procurar a religião, sem quaisquer meios coactivos, de uma maneira livre. É condenada a impossibilidade do exercício público dos actos religiosos[56]. Em sintonia, encontra-se a Constituição

---

[53] Vide, *supra* §6.

[54] Para uma diferença entre confisco, expropriação e indemnização, vide, António Carlos dos SANTOS, Maria Eduarda GONÇALVES, Maria Manuel Leitão MARQUES, *Direito Económico*, Almedina, 5ª edição, Coimbra, pp. 43 e 46. De notar que a propriedade era um Direito Sacrossanto nas Constituições liberais, mas para a Igreja olvidou-se esse principio paladino dos liberais. Vide, art. 6.º da C. 1822, art.145.º - 21 da Carta Constitucional de 1926; art. 23.ª da C. 1838; art. 3.º - 25 da C. 1911. Classificando o direito como Sacrossanto nas Constituições liberais, Assim, José GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, art. 1.º a 107.º*, vol. I, Coimbra editora 4ª edição, Coimbra, 2007, pp. 798 – 811.

[55] Cfr. *Declaração Dignitatis Humanae sobre a liberdade religiosa.* p. 2. E Vide. João XXIII, Encíclica *Pacem in Terris*, 11 de Abril 1963: AAS 55 (1963), pp 260 e 261.

[56] A Declaração não distingue católicos ou protestantes ou qualquer outra manifestação religiosa, tendo como limite a perturbação da ordem pública. É claramente contrária aos princípios constantes da Constituição de 1933. Não

Pastoral *Gaudium et Spes*, que pela primeira vez não estabelece um paralelismo entre a sua condição de sujeito de Direito Internacional e as relações com os Estados, uma vez que o magistério do Concílio Vaticano II não privilegia propriamente essa condição, para fundamentar as suas relações com os Estados. Sendo embora Igreja Universal, «agrupamento ou sociedade visível e comunidade espiritual», a Igreja tenta ser fermento na vida social do corpo político. Difundindo, como diz a *Gaudium et spes* - «os reflexos da sua luz, sobretudo enquanto cura e eleva a dignidade da pessoa humana, consolida a coesão da sociedade e dá um sentido mais profundo à actividade quotidiana»[57]. No Concílio opera-se uma inversão da justificação do exercício da liberdade religiosa concedida à Igreja Católica. Se até ao Concílio a doutrina que era patente nas relações entre o Estado e a Igreja, era elaborada numa «centralidade institucional», isto é, tomando como referencial a configuração sócio-jurídica da «sociedade perfeita»[58], agora, prevalece preferencialmente uma «centralidade personalista», ou seja, a especificidade das relações entre os Estados e a Igreja consubstancia-se na colaboração prestada pelas entidades, ambas à vocação integral da pessoa humana[59]. Após a II Guerra Mundial, assiste-se ao último estádio do "Estado Moderno", que nasceu face à falência dos Estados totalitários, inspirados remota ou mais proximamente pelo Estado hegeliano. Este último estádio é caracterizado pelo ideal de Estado democrático, de Direito, social, laico e pluralista. Com a revalorização da dignidade da pessoa humana numa sociedade democrática, já não é possível o Estado tecer considerações sobre os «valores de espírito». A criação cultural, as convicções morais, artísticas, as opiniões políticas, etc, não podem ser objecto de «doutrina de Estado». Contudo o Estado recorre a um sistema de valores imanente à sociedade mas que transcende o próprio Estado[60]. E aí, o Estado socorre-se da matriz

advoga a supremacia de qualquer religião. «É, portanto, uma injustiça contra a pessoa humana e contra a própria ordem estabelecida por Deus, negar ao Homem o livre exercício na sociedade, uma vez salvaguardada a justa ordem pública». Cfr. Declaração… *op. cit.*, p. 3, 2§.

[57] Gaudium et Spes (tradução) *A Igreja no mundo actual*, Editorial Apostolado da Oração, 7ª edição, Braga, p. 65, ponto 40.

[58] Antes do Concílio a projecção *externum* do seu Direito era baseada na socialidade perfeita, apesar de se assumir como que a Igreja tinha essa duplicidade. A sua essência era divina e humana. Assim, Ruy Leitão, *Sobre a natureza das Concordatas*, tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa em 1945 (inédita).

[59] Cfr. Gaudium et Spes (tradução) *A Igreja no mundo actual*, *op. cit.*, p.135, ponto 76

[60] Enquanto entidade político-administrativa.

que conforma uma comunidade, que constitui o "filamento cultural." No caso português, o Estado, pelo que foi exposto, deve recorrer, entre outras, à matriz cristã. O Estado é plural e laico, mas o Estado é constituído por pessoas que desenvolvem a sua actividade através da cultura impregnada na própria sociedade[61].

No que concerne ao Direito Internacional, este século é pródigo em proclamações da dignidade da pessoa humana como direito inalienável, e consequentemente, a liberdade religiosa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, proclama no art. 18.º a liberdade religiosa nas suas diversas manifestações. De considerar a Acta de Helsínquia, adoptada por 35 Estados, incluindo a Santa Sé, que também proclamou o direito à liberdade religiosa[62].

Sobre a eliminação das formas de intolerância e de discriminação fundadas na religião ou nas convicções, debruça-se a Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 25 de Novembro de 1981. É de particular importância para Portugal o estabelecido no art. 13. º do Tratado de Roma, já que a par da DUDH, os tratados da União[63] entram na ordem jurídica portuguesa, estando apenas sujeito ao crivo da Lei Fundamental[64].

Verifica-se que o paradigma do final do Estado Novo no que concerne à Igreja, encontrava-se esgotado e francamente desactualizado. A Igreja tinha mudado, agora encontrava no Estado um parceiro para a independência e não um suserano no qual a Igreja ficava manietada pelo poder político[65].

8. As implicações fiscais presentes na Concordata de 1940

[61] Para uma abordagem geral, Cfr. G. THILS, *Le statut de la communnauté ecclesiale dans le droit des états modernes*, p. 387. Paulo OTERO, *Instituições políticas… op. cit.*, pp 428 – 449 e JOÃO XXIII, Enciclica *Pacem interris,* 11.04.1963, AAS 55 (1963), pp. 291-292.

[62] O documento sistematizou os direitos em três secções, sendo a terceira sobre a liberdade religiosa.

[63] Direito primário da União Euro-Comunitária. Expressão utilizada pela Professora Maria Luísa Duarte. Vide. Maria Luísa DUARTE, *op. cit.,* Passim.

[64] A DUDH encontra-se num plano supra-constitucional (art. 16.º CRP) e o Direito da União Europeia tem uma parametricidade similar às normas de Direito Interno (art. 8.º n.º 4 da CRP).

[65] *Gaudium et Spes* (tradução) *A Igreja no mundo actual*, *op. cit.*, p. 135, ponto 76. A visão da Igreja centra-se no serviço e caridade. Estes dois vectores da mensagem evangelizadora só podem ser conduzidos se não houver uma interacção que não redunde em controlo por parte do Estado em relação à Igreja católica.

A Concordata de 1940, de 7 de Maio,[66] tem diversos artigos que, *prima facie,* poderiam redundar em privilégios infundados. Contudo, estes devem ser entendidos à luz do momento histórico que lhes deu origem. O artigo VIII, referente às "isenções fiscais", dispõe:

São isentos de qualquer imposto ou contribuição, geral ou local, os templos e objectos nele contidos, os seminários ou quaisquer estabelecimentos destinados à formação do clero, e bem assim os editais e avisos afixados à porta das igrejas, relativos ao ministério sagrado; de igual isenção gozam os eclesiásticos pelo exercício do seu múnus espiritual.

Os bens e entidades eclesiásticos, não compreendidos na alínea precedente, não poderão ser onerados com impostos ou contribuições especiais.

À Concordata foi aditado o Acordo Missionário, que tinha como *ultima ratio* tutelar o padroado no *além-mar*.

O artigo 11.º do Acordo Missionário rezava assim[67]:

Serão isentos de qualquer imposto ou contribuição, tanto na Metrópole como nas colónias :

a) todos os bens que as entidades mencionadas no artigo 8[68] possuírem em conformidade com os seus fins:

b) todos os actos *inter vivos* de aquisição ou de alienação, realizados pelas ditas entidades para satisfação dos seus fins, assim como todas as disposições *mortis causa* de que fôrem beneficiárias para os mesmos fins.

Além disso, serão isentos de todos os direitos aduaneiros as imagens sagradas e outros objectos de culto.

Como já foi aludido, o estabelecimento deste regime foi fruto da compensação que o Estado se viu na obrigação de conceder. Como muito do património que tinha sido confiscado à Igreja[69] já era património classificado, não era materialmente possível a restituição dos bens em espécie. A Indemnização afigurou-se como uma das soluções possíveis, mas os montantes seriam de valor tão elevado que rapidamente foi afastada essa hipótese.

A solução que correspondeu ao entendimento possível atribuiu à Igreja uma amplitude generosa no que concerne à sua

[66] Publicada no *Diário do Governo,* 1.ª série, n.º 158 de 10 de Julho de 1940.

[67] Apesar de se ter utilizado o pretérito, o Acordo Missionário (as relações jurídicas que ainda existiam, mantêm-se) ficou ressalvado com a Concordata de 2004. Vide art. 31.º da Concordata de 2004.

[68] Dioceses, circunscrições missionárias, outras entidades eclesiásticas, institutos religiosos das colónias assim como os institutos missionários, masculinos e femininos, que se estabelecerem em Portugal continental e ilhas adjacentes.

[69] Vide, *supra* 7, §1.

actividade eclesial, concedendo desagravamentos fiscais, isto é, mais do que isenções. Estas pressupõem um reconhecimento administrativo (subjectivo ou objectivo), enquanto que, nas situações de exclusão da tributação, esta é operada *ope legis*[70]. Ou seja, não é necessária qualquer norma habilitante que reconheça a personalidade jurídica. É uma norma não necessita de regulamentação porque o Estado devolve, neste caso, ao Direito Canónico, a erecção de pessoas morais. A letra do preceito deixa antever uma "isenção"[71] objectiva[72]. Isto é, as "isenções" só seriam aplicadas nos próprios templos e seminários e não nas pessoas morais (colectivas) que as administravam[73,74]. No artigo 11.º do Acordo Missionário prevê-se que todos os bens não estejam sujeitos a tributação. Se se reportar à época da redacção do artigo facilmente se percebe a amplitude dos desagravamentos fiscais concedidos à Igreja.

Importa sublinhar que este regime resultava também da especificidade do posicionamento da Igreja católica gerada ao longo de séculos (como foi apresentado anteriormente)[75] e do seu amplíssimo papel e acção na sociedade portuguesa em domínios variados, como a assistência, a beneficência, a educação, a cultura. Face ao exposto, é possível afirmar que o estatuto da Igreja católica não enfermava de privilégios, não obstante a relação entre as duas

---

[70] Crf. Isabel MARQUES DA SILVA, *Implicações fiscais in op. cit.*, pp. 210-222; Manuel PIRES, *Aspectos fiscais in op. cit.,* pp. 201-207.

[71] A isenção entre "aspas" indica a exclusão de tributação.

[72] Para estabelecer a melhor interpretação a tomar. Vide, entre outros, João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 175 – 185; José de OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito - Introdução e teoria geral, 13.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 391-430.

[73] Uma interpretação tendo em conta a *ratio* do preceito, atendendo-se aos elementos histórico e teleológico, postergando-se o literal. Nesse sentido o STA, pelo menos desde 1965, veio afirmando reiteradamente que as isenções previstas no artigo VIII da Concordata de 1940 têm carácter subjectivo ou pessoal e não carácter objectivo ou real – Cfr entre outros, Ac. Do STA de 30 de Junho de 1993 (rec. N.º 4776); Ac. Do STA de 18 de Fevereiro de 1988 (rec. Nº 4776) e Ac. Do STA de 4 de Junho de 2003 (rec. N.º 593/2003). A erecção de pessoas morais (ou colectivas, como é mais usual em Portugal) é regida pelo Código de Direito Canónico e a Lei Fundamental do Estado do Vaticano (A nova Lei Fundamental do Vaticano apenas foi publicada em 2000, vide, *Lei fundamental do Vaticano in, http://www.vatican.va/vatican_city_state/legislation/documents/scv_doc_20001126_legge-fondamentale-scv_po.html*).

[74] Cfr. Manuel PIRES, *Isenção de Impostos, Comentário ao artigo VIII da Concordata de 1940, in* Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 135 e ss.

[75] Vide, *Supra*, 1-7.

entidades estar corrompida pelo posicionamento do Estado Novo e da respectiva Constituição de 1933[76].

II. Relação da Igreja Católica e Portugal no Pós 25 de Abril.

9. A Constituição de 1976: a Constituição Democrática.

A Revolução de Abril de 1974 terminou com 48 anos de vigência do regime político anterior, o Estado Novo, consubstanciando-se na descontinuidade material da Constituição de 1933. Seria o prenúncio da liberdade e a efectivação do respeito pela dignidade da pessoa humana. Desde o início, a legitimidade revolucionária teve igualmente como ponto de referência a DUDH.

Apesar da turbulência fracturante, vivida no período que precedeu a aprovação da Constituição, e das tentativas de enformar a Constituição num sentido socializante, prevaleceu a liberdade, a participação democrática, o respeito pelo direitos do Homem e a efectiva atenção à propriedade privada (nas revisões subsequentes)[77]. Com a primeira Constituição verdadeiramente democrática, passa a garantir-se a liberdade religiosa sem discriminação de confissões e ainda sem limites específicos, servindo a separação entre o Estado e a Igreja como garantia da liberdade e da igualdade.

10. O Princípio da igualdade, a igualdade na tributação. A capacidade contributiva

Um dos princípios primazes num Estado de Direito é a igualdade. Há de comum na tradição constitucional portuguesa[78] a positivação deste Direito, como característica indelével do

---

[76] Assim, Manuel PIRES, *Benefícios Fiscais e a Igreja Católica, in* Lusitania Canonica, Relações Igreja... *op. cit.,* p. 153.

[77] Para uma perspectiva da transição para a Constituição de 1976, Ver Jorge MIRANDA, *Manual…* Tomo I, *op. cit.,* pp. 329-252; José GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…op. cit.*, pp. 195-219. Mais desenvolvidamente no que concerne às revisões constitucionais que permitiram abrir a Constituição à iniciativa privada em 1982 e 1989, expurgando muito do cariz socializante que enformava a Constituição, Vide, numa abordagem económica. Eduardo PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, AAFDL, reimpressão de 2008, Lisboa, 2001, pp. 101-168.

[78] Com um pendor decisivo nas Constituições liberais.

liberalismo. Contudo, a fórmula empregue na Constituição Portuguesa de 1976 (CRP), constante do art. 13.º, deixa notar a componente jusracionalista enformada pela moderna técnica jurídica. O seu n.º 1, segundo o qual «todos os cidadãos têm a mesma dignidade social perante a lei», apresenta o traço da igualdade natural interligado com a igualdade jurídica. Todavia o *social* presente na frase faz emergir a distância face ao pensamento liberal. Neste, bastava a igualdade formal, isto é, *igualdade perante a lei*. O foco centrava-se no aplicador da lei. Agora exige-se uma igualdade material, *uma igualdade na lei*[79]. Mais do que dirigido para o aplicador do preceito, a igualdade na lei impende sobre os órgãos criadores da norma, sendo objecto de uma estruturação, partindo o Estado de sujeito passivo da igualdade para criador dessa mesma igualdade[80]. Esta proíbe igualizações arbitrárias ou infundadas, material ou racionalmente. E proíbe discriminações, feitas com base em critérios subjectivos, ou com base em critérios objectivos mas aplicados em termos subjectivos. A igualdade da lei obriga o legislador também a adoptar distinções a fim de criar um mínimo de igualdade de oportunidades, ou *a priori*, ou nos resultados a atingir.

Modernamente é possível então encontrar dois corolários da igualdade fiscal. O primeiro é esta conquista das revoluções liberais, a generalidade ou universalidade dos impostos. Significa este princípio que todos os cidadãos estão sujeitos ao pagamento de impostos, não havendo entre eles distinção de classe, ordem ou de casta. Esta generalidade implica sobretudo a proibição de distinções assentes em critérios meramente subjectivos, como os enunciados no art.º 13/2 da CRP. A denominada proibição da discriminação tem vindo gradualmente a perder importância, já que a tipificação de conceitos insusceptíveis de discriminação *de* lei, deixa de colher, baseado em factores subjectivos, porquanto no moderno Estado Social existe um comando Constitucional que impele o legislador a tomar medidas na erradicação desta realidade[81].

No contexto supracitado, a igualdade tributária assenta numa particularidade do grande princípio da igualdade. No entanto,

---

[79] O pensamento liberal centrava-se na universalidade da lei e na prevalência de lei na medida da abrangência de todo o universo destinatário da norma e a prevalência da lei como predomínio da vontade geral sobre o interesse particular. Assim, Sérgio VASQUES, *O Princípio da Equivalência como critério de igualdade tributária*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 15- 38.

[80] Atentando no possível "vazio semântico" do princípio da igualdade, Maria de GLÓRIA GARCIA, *Princípio da igualdade: Fórmula vazia ou fórmula carregada de sentido?*, BMJ, 1986, n.º 368, *in Maria da Glória Garcia* (Lisboa, 2005), *Estudos sobre o princípio da Igualdade*, 29-73.

[81] Assim, Sérgio VASQUES, *op. cit.,* p. 34.

o fenómeno da tributação tem contribuído de forma decisiva para a transformação do próprio princípio da igualdade. Reveste particular importância o tema da igualdade na tributação, porque, como esta consiste na ablação coactiva da propriedade privada, é necessário atender ao critério da igualdade para materializar a justiça que deve presidir à supressão de um direito fundamental (propriedade privada) [82]. Ora, a materialização da justiça consubstanciada no desígnio do Estado Social carece de um critério uniformizador para garantir a igualdade tributária. Ou seja, decorre da igualdade a uniformidade dos impostos, isto é, todos devem estar adstritos ao pagamento de impostos com base num mesmo preceito. O critério que é hoje unanimemente entendido é o da capacidade contributiva[83]. Pode traduzir-se este princípio numa adaptação da fórmula clássica, o princípio da igualdade fiscal, que exige que o que é essencialmente igual seja tributado de forma igual, e o que seja essencialmente desigual, seja tributado de maneira desigual, na medida dessa desigualdade. Exige-se também um tratamento proporcional, das situações relativamente iguais afigura-se para o legislador, ora em mera faculdade, ora em obrigação. E a comparação entre aquilo que é igual ou desigual está sujeita ao critério da capacidade contributiva, que remonta à antiguidade clássica, e está ínsito na própria Bíblia[84].

O critério da capacidade contributiva assenta em duas funções primaciais: uma função garantística, no sentido de que só devem ficar sujeitas a tributação os que podem pagar (*ability to pay*), e uma função solidarista, no sentido de que desde que haja capacidade de pagar todos devem contribuir para as despesas públicas na medida da sua capacidade[85]. Ou seja, neste critério não é possível atender a critérios extrafiscais discriminatoriamente arbitrários. Contudo, a imperiosa necessidade de harmonizar os diversos preceitos constitucionais, perante incumbências prioritárias do Estado em matérias do domínio económico-social (art. 81.º), concedem ao legislador a possibilidade de assentir

[82] Não é displicente a colocação do Direito de propriedade entre os «direitos económicos», Não está colocado como Direito Fundamental, apesar natureza análoga, art. 17.º CRP, o que representa a delimitação fora do quadro sacrossanto atingido no ideário liberal. Cfr, José GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, Constituição da República… *op. cit.,* pp.799-810.

[83] No critério adstrito à igualdade tributária, encontram-se dois corolários. O princípio da generalidade (igualdade fiscal subjectiva) e o princípio da distribuição de riqueza (igualdade fiscal objectiva). Cfr. Nuno SÁ GOMES, *Manual de Direito Fiscal* , Vol. II Lisboa, p. 125.

[84] Gn 14, 18-20; Lv 30, 27; Reis2 23, 35; Lc 21, 1; Mc 12, 41.

[85] Cfr. Nuno SÁ GOMES, *op. cit.,* p. 200.

isenções e outros desagravamentos fiscais derrogatórios dos regimes tributários.

11. Benefícios fiscais e isenções e a exclusão de tributação.

Em termos formais, encontra-se perante uma isenção sempre que a lei subtrai à tributação, através da previsão normativa de um facto impeditivo, situações e sujeitos que de outra forma, ficariam dentro do âmbito da previsão da norma tributária[86]. Ocorre, pois, sempre que uma situação jurídica que deveria ser tributada e não o é, por razões de extra-fiscalidade[87].

Importante realçar a natureza de excepção da isenção fiscal face a uma determinada regra, previamente formulada através de expressa previsão legal. Em suma, está-se perante uma isenção fiscal sempre que se trate de uma norma com um objectivo extra-fiscal. Estas surgem de um modo casuístico sendo abundantemente utilizados no sentido de promover um comportamento altruísta de uma organização privada ou fomentar as práticas culturais, artísticas, etc. A sua legitimação advém dos factos supracitados. A legitimação terá sempre em conta a permanente tensão entre as isenções fiscais e o princípio da capacidade contributiva que consagra a distribuição dos encargos tributários[88].

Há um juízo valorativo empreendido pelo Estado, na medida em que a evolução para um Estado Social de Direito compreendeu a valorização de comportamentos que

---

[86] Cfr.J.L SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra editora, Coimbra, 3.ª edição,2007, p. 449.

[87] Deve ser aplicado com proporcionalidade. A medida deve ser *necessária* para o fim que se visa observar, isto é, à prossecução do objectivo extra-fiscal em causa, terá de mostrar-se *adequada* ao objectivo, na medida em que é a medida que lesa em menor grau o princípio da igualdade tributária. Terá que existir uma relação com o objectivo de meio-fim, e terá de mostrar-se ainda *proporcional* em sentido estrito aos ganhos extra-fiscais que se obtenham em contrapartida com a medida. Cfr. Sérgio Vasques, *op. cit.*, pp. 86 e 87; para um aprofundamento do princípio da proporcionalidade em Direito Administrativo, Vide. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso… op. cit.*, vol. II, pp. 127- 132.

[88] Tudo isto deve ser acompanhado do cálculo permanente da receita perdida (despesa fiscal) e de uma ponderação exacta dos limites que devem acompanhá-los. Na verdade o denominado benefício fiscal é sempre um benefício para alguns contribuintes, levando, algumas vezes, à oneração de outros contribuintes.

complementam a função *v.g.*, social, acometida ao Estado como incumbência prioritária deste[89].

Para uma percepção do conjunto dos desagravamentos fiscais é necessário proceder à definição dos vários tipos de desagravamentos fiscais.

O conceito mais lato de desagravamentos fiscais compreende dentro de si várias figuras. Assim, dentro dos desagravamentos fiscais podemos distinguir as *não sujeições tributárias ou as exclusões tributá*rias dos *benefícios fiscais*[90].

As não sujeições tributárias são normas fiscais estruturais que estabelecem delimitações negativas da incidência, são geralmente medidas legislativas com alguma estabilidade e durabilidade.

Os benefícios fiscais são normas excepcionais, com carácter temporário, criadas para a tutela de interesses públicos extra fiscais de natureza social ou económica, com valor superior aos impostos que excepcionam.

O art. 2.º n.º 2 do EBF enuncia as possíveis manifestações dos benefícios fiscais: as isenções, as reduções de taxa, as deduções à matéria colectável e colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas.

Existe ainda uma diferença, que, embora procedimental, pode ter implicações na autonomia das instituições. Se nos casos da concessão de benefícios fiscais se atribui genericamente poderes de fiscalização à Direcção- Geral do Impostos[91], nas situações de não sujeição tributária tal não acontece, porque estão fora do âmbito de incidência do imposto.

Tanto na Concordata como na Lei Liberdade Religiosa encontram-se estas duas figuras tributárias com algumas diferenças de regime.

12. A Concordata e a ordem Constitucional portuguesa à luz da subjectividade da Santa Sé na Comunidade Internacional.

[89] Com as sucessivas revisões constitucionais, atenuou-se e restringiu-se as incumbências prioritárias do Estado, atribuindo-se à sociedade cível um papel crescente.

[90] Ambos explicitados nos arts. 2.º e 3.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF). Decreto-Lei n.º 108/2008, que republica o Estatuto dos Benefícios Fiscais.

[91] Cfr. O art. 6.º do EBF, *a contrario*, Quando não se concede benefícios fiscais, nas situações de não sujeição tributária, consequentemente não estão sujeitas a fiscalização tais entidades.

A personalidade jurídica da Santa Sé na comunidade internacional apresenta-se como algo difícil de negar. Todavia, a sua posição carece de fundamentação, sendo necessário atender à importância histórica, à efectividade da presença internacional e à organização administrativa como critérios norteadores da justificação da personalidade jurídica da Santa Sé. É tanto mais importante esclarecer esta prerrogativa internacional, quanto o debate sobre a liberdade religiosa atinente aos instrumentos jurídicos usados no estabelecimento das respectivas relações com as confissões religiosas.

Praticamente desde a fundação do Igreja ficou estabelecido que existiria uma estrutura que dependeria do sucessor designado por *Cristo*[92]. A presença na comunidade Internacional da Igreja manifesta-se, temporalmente, desde que a Igreja católica se tornou pela declaração do Imperador Constantino (380 d.C.), religião oficial do Império Romano, desde esse momento a Igreja nunca perdeu a sua personalidade jurídica internacional participando ininterruptamente nas relações internacionais, sobrevivendo à reforma protestante (que fracturou a Europa), à revolução Francesa mas sobretudo à denominada questão Romana[93]. Apesar da pequena porção territorial detida pelo Vaticano, a Santa Sé exerce todas a as prerrogativas de um Estado. Sendo detentor, como qualquer Estado soberano, de funções legislativas, judiciais e executivas[94], com as limitações decorrentes dos micro-Estados.

---

[92] A base jurisdicional última da fundação da Igreja encontra-se em Mt. 16, 16. Presente em todos os documentos eclesiais com especial referência para o *Catecismo da Igreja Católica*, *op. cit.*, pp. 8-20 e 190-193.

[93] Antes na ascensão ao poder de Victor Emanuel I, o Papa detinha um amplo poder temporal, já que era soberano nos Estados Pontifícios. A sua autoridade era comparável a qualquer Chefe de Estado. Contudo o poder temporal era e sempre será acessório do poder espiritual. O primeiro era garantia de independência do segundo. Cfr. August FRANZEN, *Breve história da Igreja*, editorial presença, 1996, pp. 322 e ss; Salmo CAETANO DE SOUSA, A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: Distinção e complementaridade, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, N/d, p. 298. Mesmo desaparecendo a soberania temporal do Papa, após a conquista violenta de Victor Emanuel I em 1870, a Santa Sé não perdeu, *ipso facto*, a subjectividade internacional. Como se aludiu, o Vaticano (ou os estados pontifícios) eram o reflexo da presença da Igreja no mundo. Mas, como ainda o Direito Internacional Publico "vivia" em larga escala dos Estados, à Santa Sé foi estabelecido um território onde teria total jurisdição e independência, o Vaticano. Decorrendo dos acordos de Latrão firmados com a Itália em 1929. Ao *ius legationis* e *ius tractum* do Papa, atribui-se uma parcela de território onde pudesse ser exercido pelo Papa o Magistério Petrino com independência.

[94] O Direito Canónico tem a particularidade de ser uma ordem jurídica que não tem poder coactivo externo apesar de projectar os seus efeitos no denominado *ius publicum ecclesiasticum externum*.

Discute-se o suposto privilégio da Igreja Católica. Sendo a Igreja o reflexo jurídico-institucional da Santa Sé, aquela apresenta características que mais nenhuma confissão possui. A universalidade, a par da unidade e da independência, que caracterizam a Igreja e lhe permitem actuar com igualdade na cena internacional, podendo afirmar-se que é difícil a qualificação da posição da Igreja na cena Internacional como de privilégio[95].

Uma última característica reside na conceptualização do Estado do Vaticano/Santa Sé como união pessoal onde a Santa Sé e o Vaticano encontram na pessoa do Romano Pontífice a complementaridade essencial para a representação externa da Igreja e do Vaticano[96]. Como corolário da subjectividade internacional da Santa Sé aparece o regime concordatário, isto é, a Igreja detém na qualidade de sujeito com personalidade internacional *jus legationis* e *jus tractuum*, que lhe permite o estabelecimento de convénios com os Estados, sendo as Concordatas um instrumento de paradigmático[97]. Ou seja, as Concordatas são tratados internacionais firmados entre a Santa Sé e os Estados.

A Concordata, visando estabelecer as obrigações e direitos da Igreja Católica num determinado Estado, afigura-se de natureza primacial, nomeadamente em Portugal, onde a população é maioritariamente católica (85%)[98], além de toda a influência e

---

[95] O Código de Direito Canónico, peça chave no ordenamento jurídico da Santa Sé/Vaticano/Igreja, estabelece no cânone 330 e ss a hierarquia da Igreja, permitindo a unidade e impedindo a desagregação que poderia originar a perda da subjectividade internacional.

[96] Questão controvertida. Havendo autores que não consideram o Vaticano um Estado, Cfr, Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.,* pp. 212 – 214; André GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Direito Internacional Público,* Almedina, Coimbra, 1993, pp. 269 e ss., Autores que consideram o Vaticano um Estado, Cfr. Salmo CAETANO DE SOUSA, *op. cit.,* pp. 288 – 314, Mario TEDESCHI, *Vaticano (Stato della Città del) in* Enciclopédia del Diritto, XLVI, 1993, pp 284 e ss, , , Natale ADDAMIANO - Chiesa e stato : dalle origini del cristianesimo ai patti lateranensi, Mario Bulzoni Editore, Roma, 1969. *Passim;* Estabelecendo as prioridades da Santa Sé nas relações internaionais, princípio da não beligerância, promoção e defesa da Dignidade da Pessoa Humana, entre outros, Vide, Tauran, D. Jean-Louis - *Intervencão do secretário para as relações da Santa Sé com os Estados in* http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_doc_20020422_tauran_po.html

[97] Contra o modelo concordatário actual. Pugnando pelo alargamento do modelo concordatário a outras religiões, Vide, Vitalino CANAS, Os acordos religiosos ou a generalização da fórmula concordatária, in *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida,* Coimbra, 2007, pp. 281-334.

[98] Cfr, Jorge MIRANDA, *A Constituição e a Concordata: Brevíssima Nota, in* Lusitania Canonica, Estudos sobre a nova Concordata: Santa Sé - República Portuguesa, 18 de Maio de 2004,Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006;

importância no campo cultural, assistencial, moral, etc., que a Igreja teve ao longo dos séculos (e ainda tem) como foi referido anteriormente[99].

A natureza da Igreja em Portugal não se compadecia com uma lei geral sobre a liberdade religiosa (Lei n.º 16/2001), devido às especificidades que a Igreja apresenta, nomeadamente em questões ligadas ao património, aos feriados religiosos ou à questão fiscal, que se apresenta com algumas nuances face ao regime comum (é o que está subjacente ao art. 58.º da LLR)[100]. É de realçar que a Concordata, no domínio fiscal e em praticamente todos os domínios, teve como fonte de inspiração a LLR, o que denota vontade expressa de estabelecer o mais possível um regime próximo entre a Igreja e as demais comunidades religiosas.

Quanto à inserção da Concordata na ordem jurídica Portuguesa, desde logo parecem existir dois princípios fundamentadores do conteúdo da Concordata: o primeiro é a proclamação da independência e autonomia da Igreja Católica e do Estado Português, cada um na sua ordem. O segundo, que decorre do primeiro, é o princípio da cooperação (que só é possível havendo separação), que parte da responsabilidade mútua da Igreja e de Portugal no serviço do bem comum, para a construção de uma sociedade que promova a dignidade da pessoa humana, a justiça e a paz[101]. Estão ambos presentes no preâmbulo, preâmbulo esse que, estranhamente, não apresenta qualquer referência ao Concílio Vaticano II…

Este princípio da cooperação tem múltiplas concretizações ao longo do texto concordatário. Assumindo diferentes sub-princípios, alguns destes coincidem com fins que o Estado também prossegue, como a cooperação nas relações e em organizações internacionais, a assistência e a solidariedade social, o ensino e a preservação do património cultural – daí a importância da cooperação, num Estado de Direito Democrático baseado no respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, sendo um Estado laico sem ser laicista.

Outros princípios como o do respeito pelas tradições nacionais (arts. 3º e 22.º), a garantia da liberdade institucional da

---

Cfr, VERA JARDIM, *Uma Concordata do Concílio e do Estado Democrático, in* Lusitania Canonica… *op. cit.*, p. 53.

[99] Vide, *supra,* pontos 1 a 7.

[100] Regime comum às demais religiões, arts. 31.º e 32.º da Lei n.º 16/2001 (Lei da Liberdade Religiosa, LLR).

[101] "A Santa Sé e a República Portuguesa, afirmando que a Igreja Católica e o Estado são, cada um na própria ordem, autónomos e independentes;", Cfr. António de SOUSA FRANCO, *Princípios Gerais da Nova Concordata*, *in* Lusitânia Canónica... *op. cit.*, pp. 17 e ss.

Igreja e reconhecimento do respectivo exercício da sua missão de forma livre (art. 2.º, n.ºs 1 e 4), a garantia da liberdade individual e da prática religiosa dos católicos, e ainda o reconhecimento da função social da Igreja, integram igualmente texto em causa.

É sobretudo este último princípio, o do reconhecimento da função social da Igreja, que mais interessa nesta análise. Concretiza-se na atribuição de direitos e benefícios às pessoas jurídicas canónicas, com fins de assistência e solidariedade (artº 12), no empenho do Estado na afectação de espaços a fins religiosos (artº 25), e nos benefícios fiscais da Santa Sé, Conferência Episcopal, dioceses e demais jurisdições eclesiásticas e outras pessoas jurídicas canónicas (arts. 26.º e 27.º) - mas não dos sacerdotes. É, portanto, com base neste princípio que se estruturam os benefícios e isenções tributárias da Igreja Católica.

De duvidosa constitucionalidade é o art. 9.º da Concordada de 2004. A igreja tem liberdade para a criação, extinção, modificação e extinção de dioceses, paróquias e outras jurisdições eclesiásticas mas terá sempre que notificar os órgãos do Estado e a nomeação e remoção de Bispos terá que cumprir a respectiva formalidade de notificação (art.º 9, *in fine*) [102]. Poderá estar em causa o n.º 4 do art. 41.º, *in fine*, que estatui a liberdade de organização interna das Igrejas e consequente proibição da ingerência do Estado na organização interna da Igreja[103].

Na actual ordem Constitucional, a norma nuclear é o art. 41.º, que condensa num só preceito toda a dinâmica que um Estado deve ter em relação às religiões sob a epígrafe "Liberdade de consciência, de religião e de culto":

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.

2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.

3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.

4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.

---

[102] Assim, Jorge MIRANDA, *A Constituição e a concordata*…, *in* Lusitania Canonica, *op. cit.*, pp. 111 e 112.

[103] Pode inferir-se que o dever de notificação (de jurisdições eclesiásticas) se deve ao facto de no n.º 2 do art. 26.º da Concordata estar estatuída uma exclusão de tributação. O Estado ao atribuir essa "isenção" não deixa de ingerir na organização interna na medida em que arroga-se ao direito de querer ser informado sobre as jurisdições eclesiásticas.

5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades.

6. É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei.

Estes três direitos aqui previstos decorrem uns dos outros pela ordem em que são expostos. A liberdade de consciência consiste essencialmente na liberdade de opção pelos próprios valores éticos ou morais da conduta própria ou alheia. A liberdade de religião é a liberdade de ser ou não praticante de um determinado credo religioso. A liberdade de culto consubstancia-se no direito individual ou colectivo de praticar os actos externos de veneração[104] associados a uma determinada religião.

Atendendo sobretudo à liberdade religiosa, que mais interessa para o presente trabalho, esta norma consiste numa concretização do princípio da igualdade (art. 13º n.º2 da CRP), reiterando a proibição de discriminação ou privilégio por motivos religiosos.

O n.º 4º vem dar expressão ao princípio da separação entre o Estado e as Igrejas. É ele próprio um lime material à revisão da Constituição [art. 288.º al. c)].

Deste princípio decorrem dois corolários: o princípio da não confessionalidade do Estado e a liberdade de organização e independência das igrejas e confissões religiosas. O primeiro proíbe qualquer ingerência religiosa na organização ou governo do Estado ou poderes públicos e exige ainda a neutralidade do Estado[105]. O segundo garante o oposto, isto é, a proibição da ingerência do Estado na organização interna e funcionamento das confissões

[104] Veneração, aqui, em sentido lato.

[105] A constituição impõe que haja uma separação entre o Estado e as Igrejas, ou seja, a neutralidade confessional. Diferente é a posição laicista, onde se rejeitam as manifestações religiosas, não estabelecendo quaisquer tipo de relações com nenhuma religião. Esta posição atenta contra o princípio da igualdade (art. 13.º CRP) porque este obriga à diferenciação do que se mostra inequivocamente diferente. Neste caso, a Igreja tem uma função crucial, designadamente na assistência caritativa, logo o tratamento sem ser desigual e diferenciado. Vide, numa posição de menor abertura às relações com as diferentes comunidades religiosas, J.L Gomes CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República…op. cit.,* pp. 604 – 617. A igualdade administrativa da actividade do Estado, Vide, Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, pp. 122 – 127. Sobre a distinção entre laico e laicista, Vide, Jorge MIRANDA, *Manual… op. cit.*, tomo IV, pp. 405 e ss.

religiosas. Trata-se sobretudo de admitir uma independência recíproca[106].

Esta laicidade não equivale no entanto a uma irrelevância ou desconsideração da religião. O Estado não assume fins religiosos, não professa nenhum credo religioso, nem submete nenhuma Igreja ao seu regime administrativo. Mas não ignora a função social, as vivências religiosas e tradições inerentes, nem o apoio social educacional e de inclusão que as confissões religiosas têm[107].

Uma última nota para o facto de a Concordata ser um tratado como qualquer outro[108]. No Direito português ela vigora, actualmente por via do art. 8º n.º 1 da CRP, que é uma cláusula de recepção automática, aplicando-se sempre que para tal esteja habilitada, podendo ser invocada junto dos órgãos e agentes do Estado como atributiva de direitos e impositiva de deveres[109].

Quanto à relação com as normas de Direito interno, como normas de Direito Internacional, as normas da Concordata primam sobre as normas legais e têm força inferior às normas constitucionais. Os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional, em particular, podem apreciar a conformidade das normas constitucionais ou ordinárias com as de natureza concordatária.

13. Estatuto fiscal da Igreja Católica presente na Concordata e comparação com o Estatuto fiscal presente na Lei n.º 16/2001 (LLR).

Os artigos centrais na do Estatuto fiscal da igreja Católica e Portugal são os arts. 26.º e 27.º da Concordata que teve com fonte de inspiração os arts. 31.º e 33.º da LLR[110].

À semelhança dos artigos 31.º e 33.º da LLR, encontram-se no artigo 26.º da Concordata de 2004 dois institutos de recorte diverso: exclusões tributárias ou situações de não sujeição tributária, no seu nº 1, e benefícios fiscais, na modalidade de isenções, nos

---

[106] Referência a este princípio também no preâmbulo da Nova Concordata. É aliás com base nesta independência recíproca e autonomia do Estado e da Igreja que se fundamenta todo o Acordo internacional.

[107] Assim Jorge MIRANDA E Rui MEDEIROS, anotação ao art. 14.º da CRP, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra editora, 2005, pp. 447 e 448.

[108] Apenas de um ângulo jurídico.

[109] Jorge MIRANDA, A *Concordata e a ordem constitucional portuguesa*, Direito e Justiça, vol. V, 1991, pp. 158 e ss.

[110] Como foi expressamente assumido pelo Professor Doutor António de Sousa Franco, Cfr António SOUSA FRANCO, *A opinião do Prof. Doutor António de Sousa em entrevista à «Agência Ecclesia» in* Lusitania Canonica, Estudos sobre a nova Concordata... *op. cit.*

seus números 2,3 e 4. O efeito prático desta distinção já foi referido anteriormente[111].

Não obstante a natureza diversa das duas figuras, os regimes têm como destinatários os mesmos sujeitos: *a Santa Sé, a conferência Episcopal Portuguesa, as dioceses e demais jurisdições eclesiásticas e as outras pessoas jurídicas canónicas constituídas pelas competentes autoridades eclesiásticas para a prossecução de fins religiosos a que tenha sido reconhecida personalidade civil nos termos dos arts 9.º e 10º.* da Concordata. Uma das diferenças profundas entre o regime fiscal da Concordata e da LLR aplicado às demais confissões religiosas centra-se neste ponto. O Estado reconhece automaticamente personalidade jurídica às jurisdições eclesiásticas presentes n.º 2 do art. 26.º. Ou seja, há claramente uma devolução para o Direito interno da Igreja, o Direito Canónico. Neste caso, a regulação da erecção de pessoas morais (inclusive das associações dos fiéis) e de agrupamentos de Igrejas particulares encontra-se regulada na parte I, título V (referente ao povo de Deus, nos cânones 298 - 329), para aquelas. Encontra-se regulada na Parte II, Secção II, Títulos I a III (referente à constituição da Hierarquia da Igreja, nos cânones 330 – 572), para estas. Todo o procedimento está presente no CDC, ao qual o Estado recorre para aferir da validade e eficácia das normas[112,113].

Apenas é necessário notificar os órgãos competentes do Estado, enquanto na LLR é necessário que a comunidade religiosa esteja inscrita para ser beneficiária das isenções fiscais, havendo requisitos para o registo conforme (constantes do art. 34º da LLR).

Estes desagravamentos assentam no domínio extra-fiscal Os fundamentos muitas vezes invocados para a atribuição de desagravamentos fiscais à Igreja católica é o facto de esta prosseguir fins não lucrativos, e a pela função social, coincidente com o interesse público, que esta prossegue, como está previsto no art. 5.º da LLR: *" O Estado cooperará com as Igrejas e comunidades religiosas radicadas em Portugal, tendo em consideração a sua representatividade, com vista designadamente à promoção dos direitos humanos, do desenvolvimento integral de cada pessoa e dos valores da paz, liberdade, solidariedade e tolerância.".* Paralelo a esta disposição o art.º 1, n.º 1 da Nova Concordata, que dispõe: "*A República Portuguesa e a Santa Sé declaram*

[111] Vide, *supra,* ponto 8.2, §7 e 8.
[112] Do Código de Direito Canónico, CDC, de 1983. Verifica-se, mais uma vez a projecção externa do Direito Canónico, o *ius publicum ecclesiasticum externum.*
[113] Como exemplo, o Ac. Do Tribunal da Relação do Porto, n.º convencional JTRP00034700, que interpreta à luz do CDC o estatuto jurídico, interno, da Santa Casa da Misericórdia.

o empenho do Estado e da Igreja Católica na cooperação para a promoção da dignidade da pessoa humana, da justiça e da paz."

De facto, quando correctamente atribuídos, os benefícios fiscais não constituem privilégios, mas antes nivelam e repõem a igualdade nas situações que prevêem. Assim sendo, as isenções e as exclusões previstas na Concordata de 2004, por se referirem a pessoas colectivas que prosseguem fins não lucrativos coincidentes com a sua função, parecem ser equilibradas e justamente atribuídas. Acresce a isto o facto de ser um regime praticamente igual para todas as confissões religiosas no país[114].

Depois do exposto relativamente ao regime fiscal patente sobretudo nos artigos 26º e 27º da Concordata, é agora imperativo compará-lo com o disposto para as demais confissões religiosas em Portugal, na Lei da Liberdade Religiosa, a Lei nº 16/2001:

Artigo 31º
Prestações livres de imposto

1- As igrejas e demais comunidades religiosas podem livremente, sem estarem sujeitas a qualquer imposto:

a) Receber prestações dos crentes para o exercício do culto e ritos, bem como donativos para a realização dos seus fins religiosos, com carácter regular ou eventual;

b) Fazer colectas públicas, designadamente dentro ou à porta dos lugares de culto, assim como dos edifícios ou lugares que lhes pertençam;

c) Distribuir gratuitamente publicações com declarações, avisos ou instruções em matéria religiosa e afixá-las nos lugares de culto.

2-Não está abrangido pelo disposto no número anterior o preço de prestações de formação, terapia ou aconselhamento espiritual, oferecidas empresarialmente

Artigo 32º
Benefícios fiscais

1-As pessoas colectivas religiosas inscritas estão isentas de qualquer imposto ou contribuição geral, regional ou local, sobre:

a) Os lugares de culto ou outros prédios ou partes deles directamente destinados à realização de fins religiosos;

b) As instalações de apoio directo e exclusivo às actividades com fins religiosos;

c) Os seminários ou quaisquer estabelecimentos efectivamente destinados à formação dos ministros do culto ou ao ensino da religião;

d) As dependências ou anexos dos prédios descritos nas alíneas a)a c) a uso de instituições particulares de solidariedade social;

[114] De salientar a justeza das diferenças em matéria fiscal, que incentivam a caridade e a necessidade.

e) Os jardins e logradouros dos prédios descritos nas alíneas a)a d) desde que não estejam destinados a fins lucrativos.

2-As pessoas colectivas religiosas inscritas estão igualmente isentas do imposto municipal de sisa e sobre as sucessões e doações ou quaisquer outros com incidência patrimonial substitutivos destes, quanto:

a) Às aquisições de bens para fins religiosos;

b) Aos actos de instituição de fundações, uma vez inscritas como pessoas colectivas religiosas.

3-Os donativos atribuídos pelas pessoas singulares às pessoas colectivas religiosas inscritas para efeitos de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares são dedutíveis à colecta em valor correspondente a 25 % das importâncias atribuídas, até ao limite de 15% da colecta.

4-Uma quota equivalente a 0,5 % do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, liquidado com base nas declarações anuais, pode ser destinada pelo contribuinte, para fins religiosos ou de beneficência, a uma Igreja ou comunidade religiosa radicada no País, que indicará na declaração de rendimentos, desde que essa comunidade religiosa tenha requerido o benefício fiscal.

5-As verbas destinadas, nos termos do número anterior, às igrejas e comunidades religiosas são entregues pelo Tesouro às mesmas ou às suas organizações representativas, que apresentarão na Direcção-Geral dos Impostos relatório anual do destino dado aos montantes recebidos.

6-O contribuinte que não use a faculdade prevista no n.º 4 pode fazer uma consignação fiscal equivalente a favor de uma pessoa colectiva de utilidade pública de fins de beneficência ou de assistência ou humanitários ou de uma instituição particular de solidariedade social , que indicará na sua declaração de rendimentos.

7-As verbas a entregar às entidades referidas nos nºs 4 e 6 devem ser inscritas em rubrica própria no orçamento de Estado.

Ora, da comparação destas normas com os arts. 26.º e 27.º da Concordata, resultam algumas identidades e diferenças. Existe uma coincidência absoluta relativamente ao regime tributário das prestações para fins religiosos, a que atrás nos referimos como classificáveis como acréscimos patrimoniais (art.31.º da LLR e art. 26.º nº 1 da Concordata). No que respeita ao regime tributário das pessoas colectivas religiosas há uma identidade quase completa (art. 32.º n.º1 e 2, 26.º n.ºs 2, 3 e 4).

Divergem os diplomas, no sistema de percepção de receitas fiscais, 0,5% do IRS que os sujeitos passivos queiram destinar a fins religiosos ou de beneficência. Para se aplicar às igrejas radicadas no país depende de um requerimento, art. 32.º. Quanto à Igreja Católica, é lhe reservado o direito, pelo art. 27.º n.º 1, de "se incluir no sistema de percepção de receitas fiscais previstas no direito

português", ainda que tal facto possa estar sujeito a acordo com os competentes órgãos da república portuguesa. A Igreja Católica optou por não se incluir no regime de percepção de receitas fiscais[115]. Esta decisão resultou de uma comparação com o sistema que vigora em Espanha, onde este sistema de percepção de receitas fiscais se revelou desvantajoso, tendo-se então estendido que a concessão directa de donativos seria mas vantajosa, subtraindo-se esta possibilidade para as instituições católicas.

Nem todas as divergências de regime jurídico comportam a violação do princípio da igualdade. Para tanto é preciso que sejam baseadas em critérios discriminatórios e arbitrários.

Daqui parece poder inferir-se que as diferenças entre o sistema fiscal previsto na Lei de Liberdade Religiosa e o que consta na Concordata não violam este princípio. Por um lado, por algumas vantagens decorrerem da própria estrutura da sociedade portuguesa, 85% dos cidadãos continuam a declarar-se católicos (como já foi mencionado), e são vastas as obras e instituições da Igreja sobretudo nos campos do ensino e solidariedade social. Este factor parece importante e deverá ser ponderado na elaboração de normas para que venham a ter uma aplicabilidade prática coerente com a realidade social. Acresce ainda o facto de a simplificação administrativa decorrer, uma vez mais, da hierarquia sabiamente ordenada e disciplinada da Igreja[116].

Por outro lado, o requerimento que é exigido na Lei n.º 16/2001 no art. 32.º não é menor direito que aquele que é atribuído com decisão por parte do Estado no art. 27.º da Concordata, sendo que o resultado final acaba sendo praticamente igual em ambos. A questão apenas tem interesse no plano teórico porque, como se referiu, a Igreja não se incluiu no regime de percepção de receitas.

Poderia encontrar-se, no entanto, uma dificuldade relativamente às Igrejas e comunidades religiosas não radicadas no país, que sofreriam de uma desigualdade relativamente às outras. No entanto, a lógica da Lei é estabelecer um estatuto adequado para as confissões religiosas com presença duradoura e efectiva e com actividades inconfundíveis com actividades de outra natureza.

Quanto à tributação dos ministros de culto, o regime que vigorava na Concordata de 1940 previa que os eclesiásticos estivessem isentos de qualquer imposto quanto aos rendimentos exclusivamente resultantes do exercício do múnus espiritual, não se verificando isenções fiscais para os rendimentos de actividades

[115] Circular 6/2005 da Direcção-Geral dos Impostos, nota de rodapé ao ponto 3.

[116] H, Silva, ACCIOLY, Manual de Direito Internacional Público. São Paulo, Saraiva, 2002. p. 66.

remuneradas pelo Estado ou outras entidades públicas e rendimentos obtidos em actividades com fins diversos dos religiosos. Este regime era claramente violador do princípio da igualdade tanto comparando a posição dos ministros de culto católicos com os de outras confissões, como comparando-a com a dos cidadãos em geral. Seriam então os sacerdotes católicos os únicos portugueses a não pagar impostos sobre o rendimento. Esta questão é ainda agravada pelo facto de o Código de Direito Canónico estatuir no seu cânone 281, §1º, que *os "clérigos dedicados ao ministério eclesiástico, recebem uma remuneração condigna com a sua condição, tendo em conta a natureza do seu múnus, e as circunstâncias dos lugares e dos tempos, com o qual possam prover às necessidades da sua vida e à justa retribuição daqueles cujos serviços necessitem."* Acrescem ainda a universalidade e igualdade do imposto, imposto pela Constituição. Um argumento de Direito comparado[117] - nas Concordatas celebradas entre a Santa Sé e Espanha e Itália só gozam de isenções os institutos, associações e outras pessoas colectivas, mas não os sacerdotes[118].

É perfeitamente compreensível a isenção das pessoas colectivas religiosas, devido à função social que desempenham, sobretudo no que toca à " promoção dos direitos humanos, do desenvolvimento integral de cada pessoa e dos valores da paz, da liberdade, da solidariedade e da tolerância" (art. 5.º da Lei da Liberdade Religiosa). A cooperação não põe em causa a separação nem a laicidade do Estado.

E a título de factualidade refira-se que a remuneração base mensal dos eclesiásticos católicos, estabelecida pelo patriarcado, é de 745 Euros, e portanto não fica muito longe do ordenado mínimo nacional[119]. Daqui se infere que a maior parte destes sujeitos passivos, embora sujeitos ao regime, não têm IRS para liquidar, por se encontrarem no limite mínimo de subsistência. Não se alteram

---

[117] Numa perspectiva de Direito Comparado, Cfr. Alberto de la HORA, *Las relaciones estado-confesiones en la constiución española de 1978 y en la ley de libertad religiosa de 1980, in A religião no Estado Democratico*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pp. 67 – 80.

[118] Referindo-se à situação anterior, Manuel PIRES, *Benefícios fiscais e a Igreja Católica in* Lusitania Canonica, Relações Igreja Estado…*op. cit.*, pp. 145 – 160; quanto ao novo regime fiscal, neste ponto Manuel PIRES, *Aspectos fiscais in* Lusitania Canonica, Estudos sobre a nova Concordata… *op. cit.*, pp. 201- 207.

[119] Carta de esclarecimento do Ecónomo Diocesano do Patriarcado de Lisboa a todos os sacerdotes, acerca do IRS do Clero. Cfr Circular da conferência Episcopal Portuguesa, *Principais implicações tributárias decorrentes da nova Concordata celebrada entre o Estado Português e a Igreja Católica.*
Cfr. Circular da DGSI, Direcção de Serviços do IRS, Circular n.º 6/2005.

grandemente as receitas ficais com a passagem para este novo regime, embora no plano teórico faça toda a diferença por a igualdade estar reposta, pois a não tributação não é a mesma coisa que beneficiar de uma isenção.

Em suma, o princípio constitucional da igualdade (art. 13º CRP), conexo com o princípio da universalidade de direitos e deveres dos cidadãos (art. 12º CRP), têm concretizações no Direito Fiscal pressupondo esta mesma igualdade fiscal um imposto sobre o rendimento pessoal (art. 104.º n.º 1) que se liga ao objectivo da justa repartição da riqueza e dos rendimentos (art. 103.º nº 1). A igualdade fiscal também não admite isenções em razão da qualidade das pessoas. O tratamento diferenciado de diferentes confissões religiosas justifica-se pelo peso real que tenham na sociedade, mas esta diferenciação tem de basear-se em critérios de proporcionalidade, com ponderação de valores e situações, sem se tornar num tratamento privilegiado ou discriminatório.

A Concordata de 2004 permitiu adaptar a realidade actual da vida em Igreja e de Portugal, aos desígnios do Concílio Vaticano II numa perspectiva Democrática ao qual Portugal aderiu desde 1974 e defensora da Liberdade Religiosa.

Conclusão

A influência que o cristianismo teve em Portugal moldou a sociedade portuguesa, tendo tido uma grande responsabilidade no estabelecimento da identidade e nacionalidade portuguesas. Produto de séculos de História em que a Igreja Católica exerceu uma forte influência sobre Portugal, como religião oficial. Os desígnios de Portugal e da Igreja entrecruzam-se num só na medida da protecção da dignidade da pessoa humana e na sua defesa, em todos os seus quadrantes da vida. Apesar da separação entre o Estado e a Igreja ser um imperativo constitucional, o Estado não deve olvidar que mais de 85% da população se declara católica, como anteriormente já se referiu. Todavia, é de reforçar a ideia da importância primacial da liberdade religiosa enquanto materialização da dignidade da pessoa humana. Um direito inalienável, esse da manifestação da religiosidade de cada um. É nesse espírito que a Constituição repousa. Não se vislumbra um regime mais vantajoso para a Igreja Católica em detrimento das restantes religiões. As eventuais diferenças ou possíveis vantagens que são concedidas nesta Nova Concordata resultam, por um lado, de ser a religião maioritária no país, por outro, de a Igreja exercer um conjunto de actividades que aproveitam ao bem comum: a

promoção da Igualdade, a promoção da dignidade de cada indivíduo, a protecção da família e do direito à vida, importantes auxílios nas áreas da saúde, do ensino, do apoio à imigração e a outros problemas sociais, que são teoricamente parte das funções incumbidas ao Estado.

É francamente notório que a Nova Concordata vem estabelecer importantes (e urgentes) correcções em matéria de igualdade em questões fiscais, tanto entre a Igreja e demais religiões como no confronto da Igreja com a sociedade globalmente considerada.

A mais evidente era a situação dos sacerdotes católicos no que concerne à exclusão de tributação dos rendimentos recebidos. Perante a Constituição de 1976, padecia claramente de uma inconstitucionalidade na medida em que violava o princípio da igualdade (art. 13.º da CRP). Com a Nova Concordata terminou a distinção entre sacerdotes católicos e demais sacerdotes, e entre sacerdotes e a restante população (pois se os sacerdotes têm todos os direitos que assistem aos demais cidadãos, porque não hão de ter também todos os deveres, ou o deve de pagar impostos em concreto?). Repôs-se uma situação, compreendida ao tempo da celebração da Concordata de 1940, mas injustificada e flagrantemente desigual.

A vantagem concedida à Igreja Católica reside no reconhecimento automático das jurisdições eclesiásticas (as que se encontram tipificadas no n.º 2 do art. 26.º da Concordata de 2004), sem que seja necessário prévia inscrição. Este facto explica-se pela organização única da Igreja e pela sua implantação na sociedade portuguesa. Aliás, quanto às pessoas jurídicas canónicas que prosseguem fins assistenciais, fins diferentes dos religiosos, a lei remete para o regime vigente para as demais pessoas colectivas privadas com fins idênticos. Um regime coerente que visa a de igualdade, uma vez que instituições que prosseguem fins análogos não devem ser objecto de um tratamento mais ou menos desvantajoso por estarem associadas a uma confissão religiosa, e sobretudo a influência e interpenetração da Igreja não deve ser factor de atribuição de qualquer vantagem num Estado de Direito democrático.

É tempo de concluir. A Concordata de 2004 é um marco no entendimento da Igreja e de Portugal. Pela primeira vez à luz de um Estado Democrático pugna-se pela igualdade (artº 13 da CRP), o que era urgente no Estado de Direito Democrático (artº 2 CRP) e laico (artº41 da CRP). Mas sobretudo a Concordata é um exemplo de cooperação entre o Estado e a Igreja, onde há um reconhecimento mútuo da autonomia e independência recíprocas,

que reforça os alicerces constitucionais. A Concordata é o resultado de um esforço sério de todos os intervenientes, eclesiásticos e civis, na valorização e manifestação de um princípio caro às duas entidades: a promoção da liberdade religiosa

Ao terminar, pondo em prova a formulação pragmática de Renan, segundo o qual *«o meio mais enérgico de salientar a importância duma ideia é suprimi-la e mostrar em seguida o que seria o mundo sem ela»*, se suprimíssemos a ideia da religião, talvez não seria pensar na nossa civilização, como a conhecemos.

Bibliografia

Alberto de la HORA, *Las relaciones estado-confesiones en la constiución española de 1978*.

André GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Direito Internacional Público,* Almedina, Coimbra, 1993.

António BARBAS-HOMEM, *A lei da Liberdade,* vol. I, Principia, Lisboa, 2001.

António Carlos dos SANTOS, Maria Eduarda GONÇALVES, Maria Manuel Leitão MARQUES, *Direito Económico*, Almedina, 5ª edição, Coimbra.

António de SOUSA FRANCO

Princípios Gerais da Nova Concordata, *in* Lusitânia Canónica... *op. cit*

António SOUSA FRANCO, *A opinião do Prof. Doutor António de Sousa em entrevista à «Agência Ecclesia» in* Lusitania Canonica, Estudos sobre a nova Concordata... *op. cit.*

August FRANZEN, *Breve história da Igreja*, editorial presença, 1996

Carta de esclarecimento do Ecónomo Diocesano do Patriarcado de Lisboa a todos os sacerdotes, acerca do IRS do Clero.

Catecismo da Igreja Católica, Gráfica de Coimbra, 2ª edição, Coimbra.

Estudos sobre a nova Concordata, Santa Sé – República Portuguesa 18 de Maio de 2004, Universidade Católica Editora, 2007, Lisboa.

Circular da conferência Episcopal Portuguesa, *Principais implicações tributárias decorrentes da nova Concordata celebrada entre o Estado Português e a Igreja Católica.*

Circular 6/2005 da Direcção-geral dos impostos.

Circular da DGSI, Direcção de Serviços do IRS, Circular n.º 6/2005.

Compêndio da Doutrina Social da Igreja, principia, 2005, Estoril.

D. Carlos AZEVEDO

(coordenação), *História religiosa de Portugal,* vol. III, Circulo de Leitores, Rio de Mouro, 2002

Momentos e temas em confronto nas relações Igreja - Estado em Portugal in op. cit,

D. Eurico Dias NOGUEIRA, *A concordata de 1940: Contributo para a paz em Portugal e aspectos a modificar in* Lusitania Canónica, Relações Igreja – Estado em Portugal, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002.

Diogo FREITAS DO AMARAL,

Curso de Direito Administrativo, vol. I, Almedina, 3ª edição, Lisboa, 2006

História das Ideias Políticas, 5ª reimpressão da edição de 1998, vol. I, Almedina.

Declaração Dignitatis Humanae sobre a liberdade religiosa. E Vide. João XXIII, Encíclica *Pacem in Terris*, 11 de Abril 1963: AAS 55 (1963).

Diário do Governo, 1.ª série, n.º 158 de 10 de Julho de 1940.

Discursos de la Iuridica y verdadera Razon de Estado, Contra a fomentacion por médios ilícitos.

Eduardo PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, AAFDL, reimpressão de 2008, Lisboa, 2001.

Encíclicas *Rerum Novarum* de 1891 e *Quadragesimmo Anno*, de 1931, onde se propões um via intermédia entre o Socialismo e o capitalismo

Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF). Decreto-Lei n.º 108/2008.

Frei Heitor PINTO, *Imagem da vida Cristã.* Diálogo da Justiça, vol I.

G. THILS, *Le statut de la communnauté ecclesiale dans le droit des états modernes.*

Gaudium et Spes (tradução) *A Igreja no mundo actual*, Editorial Apostolado da Oração, 7ª edição, Braga.

H, Silva, ACCIOLY, Manual de Direito Internacional Público. São Paulo, Saraiva, 2002.

Isabel MARQUES DA SILVA, *Implicações fiscais in in* Lusitania Canonica, Estudos sobre a nova Concordata... *op. cit.*

J.L SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra editora, Coimbra,3.ª edição,2007,

João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2007

Jorge MIRANDA E Rui MEDEIROS, anotação ao art. 14.º da CRP, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra editora, 2005

Jorge MIRANDA,

A *Concordata e a ordem constitucional portuguesa*, Direito e Justiça, vol. V, 1991

A Constituição e a Concordata: Brevíssima Nota, in Lusitania Canonica, Estudos sobre a nova Concordata: Santa Sé - República Portuguesa, 18 de Maio de 2004,Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006;

Manual de Direito Constitucional, tomo I, Coimbra Editora, 3ª edição, 2003, Lisboa,

O princípio da igualdade e tributação dos ministros de culto, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha, Coimbra Editora, Lisboa, 2005.

José de OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito - Introdução e teoria geral, 13.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2007.

José GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, art. 1.º a 107.º*, vol. I, Coimbra editora 4ª edição, Coimbra, 2007

lei 16/2001 (Lei da Liberdade Religiosa, LLR).
Jónatas MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra Editora, 1996, Coimbra, pp. 112 e ss.
Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, principia, 3ª edição, 2006, Estoril.
José GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* Almedina, 7ª edição (4ª Reimpressão), 2003, p. 129
Laurinda, ABREU, *Padronização Hospitalar e Misericórdias: apontamentos sobre a reforma da assistência pública em Portugal. Revista Portuguesa de História*, 1996, 31
Maria Luísa DUARTE, Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias, vol. I, tomo I, ed. Lex, 2001.
Marla SORDI, Storia di Roma. Il Cristianesimo e Roma, Bolonha, 1965
Lei Fundamental do Vaticano apenas foi publicada em 2000, vide, *Lei fundamental do Vaticano in,*

http://www.vatican.va/vatican_city_state/legislation/documents/scv_doc_20001126_legge-fondamentale-scv_po.html)
libertad religiosa de 1980, in A religião no Estado Democratico, universidade Católica Editora, Lisboa, 2007
Manuel BRAGA DA CRUZ,
A Concordata com a Santa Sé cinquenta anos depois, Communio, 1991
O Estado Novo e a Igreja Católica, Bizâncio, Lisboa.
Manuel PIRES,
Aspectos fiscais in Lusitania Canonica, Estudos sobre a nova Concordata… *op. cit.*, *Benefícios fiscais e a Igreja Católica in* Lusitania Canonica, Relações Igreja Estado…*op. cit.*,
isenção de Impostos, Comentário ao artigo VIII da Concordata de 1940, in Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001
Maria de GLÓRIA GARCIA, *Princípio da igualdade: Fórmula vazia ou fórmula carregada de sentido?*, BMJ, 1986, n.º 368, *in Maria da Glória Garcia* (Lisboa, 2005), *Estudos sobre o princípio da Igualdade*.
Martim DE ALBUQUERQUE,
O poder político no Renascimento Português, ISCPU, Lisboa 1968.
OS Descobrimentos e os Direitos do Homem, *in* Jornal de Letras.
Paulo MERÊA, *Um aspecto da Questão Hugo Grócio – Serafim de Freitas (condição jurídica dos mares no Direito Romano) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Cimbra, II, 1916*.
Mario TEDESCHI, *Vaticano (Stato della Città del) in* Enciclopédia del Diritto, XLVI, 1993.
Natale ADDAMIANO - Chiesa e stato : dalle origini del cristianesimo ai patti lateranensi, Mario Bulzoni Editore, Roma, 1969.
Nuno SÁ GOMES, *Manual de Direito Fiscal* , Vol. II Lisboa.
Paulo OTERO,

A concepção unitarista do Estado na Constituição de 1933, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação da Administração à juridicidade, Almedina, Coimbra, 2003
Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I, Almedina, Lisboa, 2007.
RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português,* 12ª edição, vol. I, Edição Sintra, Rio de Mouro, 2005,
Ruy Leitão, *Sobre a natureza das Concordatas*, tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa em 1945 (inédita).
Salmo CAETANO DE SOUSA, A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: Distinção e complementaridade, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, N/d,
Salvatore CALDERONE, Constantino e il Cattolicesimo, Florença, 1962.
Sebastião CRUZ, Direito Romano (Ius Romanum), 4ª edição, vol, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1969,
Sergio Ferlito, *La lege Portoghuese di Libertà Religiosa in* separata da revista da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII – nº 2, Coimbra Editora, 2002, Lisboa.
Teresa, BERNARDINO - *Sociedade e atitudes mentais em Portugal (1777-1810).*: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1985
Sérgio VASQUES, *O Princípio da Equivalência como critério de igualdade tributária*, Almedina, Coimbra, 2008.
VERA JARDIM, *Uma Concordata do Concílio e do Estado Democrático, in* Lusitania Canonica… *op. cit.*
Vitalino CANAS, Os acordos religiosos ou a generalização da fórmula concordatária, in Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida. - Coimbra, 2007.

Jurisprudência

Ac. Do Tribunal da Relação do Porto, n.º convencional JTRP00034700,
Ac. Do STA de 30 de Junho de 1993 (rec. N.º 4776); Ac. Do STA de 18 de Fevereiro de 1988

Abreviaturas

Ac. - Acórdãos
CDC – Código Canónico de 1983
CRP – Constituição da Republica portuguesa de 1976
DGSI – Direcção-Geral dos serviços de Impostos
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais (Decreto-Lei n.º 108/2008)
LLR – Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º. 16/2001)
STA – Supremo Tribunal Administrativo
UC – Universidade Católica

Vária

António Pedro Barbas Homem

Intervenção no Seminário *Laicidade – Uma reflexão universitária*, organizado pelo Prof. Jorge Miranda
Lisboa, 14 de Abril de 2010

I

Recebi com muita satisfação o convite para estar presente no Seminário *Laicidade – Uma reflexão universitária* organizado pelo Prof. Jorge Miranda a quem cumprimento calorosamente.

Falar sob a presidência do meu querido mestre Prof. Martim de Albuquerque e na companhia de colegas e amigos cuja obra muito admiro e, no caso de António Araújo e de Fernando Catroga, tive a honra de recentemente apresentar e de prefaciar, é motivo para ainda maior satisfação.

Face ao pouco tempo disponível para um conjunto tão ilustre de oradores, eu excluído, pensei que um tema interessante, no plano da metodologia e da epistemologia do discurso científico acerca da laicidade, seria uma referência sucinta e problematizante a um conceito sempre presente, mesmo que de modo indirecto, na reflexão de historiadores das ideias políticas e do direito público e de filósofos políticos – o de teologia política.

Nos dez minutos que tenho disponíveis – depois completados em texto escrito – vou agora apresentar breves reflexões acerca da relação entre laicidade e teologia política.

Estas reflexões situam-se, portanto, não no plano da construção histórica propriamente dita, mas dos seus pressupostos teóricos.

Para o efeito, começo por uma interrogação: é sustentável no plano metodológico a posição daqueles que entendem ser possível traçar uma genealogia do espírito laico no Ocidente, em oposição a um espírito confessional?

II

É importante não perder de vista o modo como na teoria das ciências sociais e humanas esta questão tem vindo a ser estudada.

Três lugares comuns de análise podem ser identificados para compreender o conceito de teologia política: a filosofia política; a teologia fundamental do cristianismo; e o discurso historiográfico.

Sem entrar, por falta de tempo, na problemática da diferenciação entre laicidade e secularização, parto do conceito de laicidade proposto por Edgar Morin e aceite por Fernando Catroga:

> «A constituição de um espaço de pluralismo que é o facto originário da cultura europeia moderna, tal como se desenvolveu desde o Renascimento» [*Entre Deuses e Césares*, p.482].

III

Começo por uma advertência metodológica, típica da história dos conceitos.

Foi Carl Schmitt quem apresentou a seguinte tese nos seus «quatro capítulos para a história da soberania» publicados em 1922 sob o título de *Teologia Política*:

> «Todos os conceitos marcantes da doutrina moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados. Não apenas segundo o seu desenvolvimento histórico, porque foram passados da teologia para a doutrina do Estado, na medida em que, por exemplo, o Deus todo-poderoso se tornou no legislador omnipotente, mas também na estrutura sistemática, cujo reconhecimento é necessário para uma consideração sociológica destes conceitos».

Atente-se que a preocupação de Schmitt era a de identificar, de acordo com a sociologia compreensiva de Weber – a quem são dedicados os primeiros três capítulos da referida obra – conceitos tipológicos.

Como sublinha Alexandre Franco de Sá, esta tese não significa apenas que os conceitos jurídicos e políticos fundamentais decorrem de um processo de secularização do horizonte teológico, mas também que as decisões políticas têm um fundamento transcendente, uma teologia como origem [*O Poder pelo Poder*, p. 625].

A tese de Weber que caracteriza o processo político do Ocidente em torno do monopólio da violência legítima nas mãos do Estado tem agora um importante acrescento interpretativo (embora e em rigor apenas tornados claros em *Teologia Política II*, o último texto de Schmitt): a neutralização da teologia operada pelo Estado moderno e pelo nascimento do *jus publicum europaeum*, a separação clara entre as esferas teológica e política, tornou igualmente presente um outro tema, o da politização da teologia.

Atente-se que a analogia entre política e teologia constitui uma preocupação típica do primeiro pós-guerra, uma época marcada pela discussão acerca do *Declínio do Ocidente* e do

nascimento de novos paganismos, os da divinização do Estado totalitário.

Ao mesmo tempo mas por outras vias metodológicas e intenções científicas, Kelsen apresenta um enquadramento simétrico para o seu positivismo jurídico, mais tarde expresso em teorias do Direito e do Estado: o paralelo entre a omnipotência de Deus e a soberania do Estado; a bondade de Deus e a auto-limitação da soberania; o papel mediador do intérprete dos textos sagrados e a função declarativa da lei por parte do juiz e da administração. Como sublinha Merio Scattola, tal exige um quadro religioso rigorosamente monoteísta, em que o abandono do método teológico pela ciência jurídica só seria possível se no lugar do monoteísmo fosse colocado um igualmente radical panteísmo [Merio Scattola, *Teologia Política*, Lisboa, Edições 70, p. 186].

IV

Estes estudos acerca da relação entre teologia e política logo suscitaram uma outra questão, implícita em alguns e explícita em outros autores: teologia política ou – e – política teológica?

A reacção crítica que a obra de Schmitt teve entre os teólogos, tanto cristãos como judaicos, tem muito que ver com esta abertura a uma outra perspectiva que estava perigosamente próxima do paganismo anti-cristão que triunfa com Hitler.

A divinização do Estado totalitário, com a sua própria religião e a manipulação das formas simbólicas, teve os seus teóricos – e a ideia de que na história do cristianismo a formulação dos dogmas foi mais uma resposta a problemas enfrentados pela Igreja do que a problemas intemporais da fé foi utilizada para justificar a crítica ao cristianismo.

Em especial, a discussão polarizou-se em torno de um dogma central do cristianismo, o da Santíssima Trindade, formulado em 325 no Concílio de Niceia, e a sua conexão com a conversão do Império Romano e a doação de Constantino.

É a esta temática e à refutação de Schmitt que se dedicou Petterson logo em 1935, autor que, em todo o caso, trata o monoteísmo como um problema político e pretendeu demonstrar a impossibilidade teológica de uma teologia política [*O Monoteísmo como problema político: contribuição para o estudo da história da teologia política no Império Romano*, em *Theologische Traktate*, Munique, 1951].

A questão permanece como problema político e como problema teológico.

A este último responde Ratzinger do seguinte modo:

> «É possível mostrar que na Igreja antiga, a vitória da fé trinitária sobre o monarquianismo significou o triunfo sobre

> o abuso político da teologia: a fé trinitária da Igreja ultrapassou os limites politicamente aproveitáveis, anulando, dessa maneira, o uso da teologia ao serviço de um mito político e negando a utilização da pregação para justificar uma situação política» [*Introdução ao Cristianismo*, Cascais, Principia, 2005, p. 123].

Em outras obras de Joseph Ratzinger, a crítica às teologias políticas actuais, como a da libertação, vai de par em par com aquelas que propõem a desmundanização e laicização radical da sociedade, isto é, os teólogos que sustentam, no último caso, que a pureza do cristianismo apenas é possível com a renúncia a misturar a fé e o mundo [entre outros, Joseph Ratzinger, *A Igreja e a Nova Europa*, Lisboa, Verbo, 2005, pp. 47 ss.].

Deste modo, o lugar teológico para a doutrina social – que os Papas sempre recusaram ver como uma alternativa às ideologias, estas já classificadas como «religiões civis» – não é o das teologias políticas, embora se realize no espaço político:

> «A esperança da fé estende-se sempre infinitamente para lá das nossas realizações; atinge o eterno. Mas o próprio facto de esta esperança nos ser dada nos dá também a coragem, apesar de todas as inadequações, para retomar sempre de novo a luta por uma ordem de justiça, que é forma de liberdade e eleva uma barreira contra a tirania da injustiça» [Joseph Ratzinger,*A Igreja e a Nova Europa*, Lisboa, Verbo, 2005, p. 53].

V

Na historiografia das ideias políticas e do direito público, coube a Kantorowicz conceder um estatuto epistemológico privilegiado ao conceito em estudo no seu livro magistral de 1957, *Os dois corpos do rei*, ao utilizá-lo como subtítulo – «Um estudo de teologia política medieval».

Sem uma justificação precisa, teologia política designa de modo descritivo os teólogos que escrevem sobre a política – aqueles que, na sequência de São Paulo, estruturam os conceitos fundamentais do que no século XVI se chamará a política cristã: os nomes de Papas como Gelásio, o de teólogos como Santo Agostinho e, ainda no período medieval, São Tomás e Álvaro Pais, são fundamentais.

Escreveu o ilustre historiador:

> «Este estudo pode ser entendido como uma tentativa para compreender e, se possível, demonstrar como, através de que meios e de métodos, certos axiomas da teologia política que *mutatis mutandis* permaneceram válidos até ao século XX

começaram a ser desenvolvidos na Idade Média» [*The Kings Two Bodies*, Princeton, 1997, introdução, xviii].

O autor logo acrescenta que pretendeu afastar tanto o fascínio com os «ídolos da teologia política moderna» como a pretensão de criticar à luz do presente as concepções do passado; antes, reafirma que a sua preocupação foi a de apresentar as concepções políticas que estiveram na origem dos Estados modernos.

Estudiosos como Ullmann, Jeanine Quillet, entre tantos outros, aprofundaram o nosso conhecimento deste universo em que teólogos, canonistas, clérigos e Papas desenvolvem o essencial de uma doutrina acerca do poder e em que os conceitos de Coroa, Reino, Dignidade e Pátria são os alicerces do Estado moderno.

Os temas da separação entre o mundo de César e o Deus, a cidade de Deus e a cidade dos homens, o problema da obediência às leis de César são cruciais desta herança teórica.

Contudo, os historiadores do direito têm vindo a sublinhar a importância de outros elementos para além da teologia: neste sentido e para além do direito romano, importa não perder de vista numa reflexão acerca do significado histórico da laicidade a importância primordial que para este processo tiveram o direito canónico e os canonistas. Neste processo, a própria Igreja teve que ser construída num plano estritamente secular e as suas instituições e o seu direito interno foram posteriormente um modelo para a construção do Estado.

Estas observações permitem uma conclusão provisória para a questão inicial: não é sustentável no plano metodológico a posição daqueles que entendem ser possível traçar uma genealogia do espírito laico no ocidente.

Porém e do mesmo modo, o processo político do Ocidente é de uma grande complexidade e não deve ser entendido como uma mera transposição de conceitos teológicos.

VI

A pergunta que se coloca no final e em relação à nossa actualidade é a de saber se é possível pensar o Direito e o Estado sem Deus, ou seja, qual a relação, à luz da história, entre o direito, a política e a teologia.

Esta questão colocou-se de modo radical no debate acerca do preâmbulo do projecto de Constituição para a Europa.

Ao prescindir do preâmbulo, os políticos europeus apenas colocaram o problema entre parêntesis, suspenderam um tema que permanece actual na discussão em torno do papel da religião no

espaço público, da utilização de símbolos religiosos ou da educação religiosa nas escolas do Estado.

Acrescentaria, agora noutro plano e para exemplificar uma outra problemática que não é possível desenvolver: ao introduzir o conceito de subsidiariedade no constitucionalismo europeu, conceito com raízes bem evidentes na teologia e no direito canónico, este debate demonstrou como estas questões são tão actuais agora como nos tempos de Schmitt e de Kantorowicz, mas que estudar a influência da teologia na política continua a ser um tema válido no presente.

Afinal, a teologia, como a política, constantemente se reinventam.

Se o fascínio pela interpretação histórica é de extrema utilidade para entender o presente, o intérprete não pode reduzir fenómenos complexos a uma explicação linear.

Permito-me concluir com uma advertência: sabemos à luz da história que, como na profecia de Hölderlin, ao deslocar a omnipotência de Deus para o Estado, à força de querer construir o Paraíso na Terra, o homem apenas encontra o Inferno.