

## Resenhas

### *História do direito no Brasil\**

Gizlene Neder\*\*

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro (I)*, Coleção Pensamento Criminológico, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2000, 280 pp.

Um livro nada simples, resultado de um grande projeto, esta primeira parte do *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, de Nilo Batista.

Num certo sentido, constitui obra inaugural – esperamos todos – de uma reflexão mais sistemática no campo da História do Direito no Brasil. É sabida e notória a insipiência, para não falar da falta, do campo em nosso país. O argumento é bastante conhecido, desde os tempos da implantação dos cursos jurídicos, em 1827: a História do Direito no Brasil não poderia ser empreendida, uma vez que a codificação nacional não havia ainda substituído, na sua totalidade, a legislação portuguesa. O Código Criminal – nos

marcos do Iluminismo penal – fora aprovado em 1830. Quanto ao Código Civil, o país esperou até 1916, tendo as Ordenações do Reino (Filipinas) vigido no Brasil, na área do Direito de Família, muito além de em Portugal. Confundindo, portanto, a História do Direito com a História das Legislações, a paralisia intelectual tomou conta de juristas e historiadores. É bem verdade que o magistral livro de Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, carrega os troféus do pioneirismo. Mas seu caráter ensaístico e a ausência de um desdobramento da reflexão que possibilitasse a criação do campo da História do Direito no Brasil – para além das questões suscitadas por Faoro e para

\* Resenha recebida em janeiro de 2003 e aceita para publicação em abril de 2003.

\*\* Professora do Departamento de História da Universidade Federal Fluminense.

*Tempo*, Rio de Janeiro, nº 15, pp. 201-206

além do próprio Autor – fez da obra do jurista gaúcho um episódio único na história intelectual do país. O resultado é que Raymundo Faoro talvez seja mais lido nos cursos de Ciências Sociais e História do que nos cursos de Direito.

O livro de Nilo Batista traz as marcas do Autor e do seu tempo.

O Autor, dotado de uma formação jurídica humanista, e seu livro escapam do dogmatismo jurídico que reina no campo do Direito.

Nilo Batista toma como ponto de partida um tempo histórico muito remoto. Reflete, neste sentido, a tradição, assentada pelo Iluminismo, de busca de fundamentos jurídicos na Antiguidade. Também nos leva à queda do Império Romano no Ocidente e à Alta Idade Média na Península Ibérica. *Onde é quando começam as coisas* é o título do primeiro capítulo do livro. Mas, se, aí, o Autor não negou as marcas da formação jurídica, fugiu completamente dos vícios evolucionistas e positivistas do campo. Isto porque, de um lado, o *Matrizes ibéricas* é um livro a um só tempo erudito e de fácil leitura. De outro, o leitor não é massacrado com aquele plano de livro de história do Direito, já bastante batido, que apresenta pelo menos metade do número de páginas discorrendo sobre as ditas *origens* (leia-se, uma resenha histórica repetitiva sobre as *heranças históricas do direito romano*).

Pode-se ver claramente uma certa influência da concepção de totalidade e de síntese histórica do livro de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Punição e Estrutura Social*, de 1939. Obra, aliás, que foi recentemente traduzida para o português, a partir da liderança e da iniciativa

do próprio Nilo Batista, como diretor da coletânea *Pensamento Criminológico*, na qual este seu livro está editado. O livro dos juristas alemães da *Escola de Frankfurt*, que inspirou, tematicamente (e não metodologicamente), Michel Foucault em *Vigiar e Punir*, encontra-se referido enquanto forma e estratégia para articular a relação entre a História e o Direito.

Usando a metodologia do campo da História da *Escola dos Annales* e, neste ponto, sua contribuição vai além das sugestões oferecidas pelos autores do *Punição e Estrutura Social*, Nilo Batista aplica com muita propriedade o método regressivo, formulado, sobretudo, por Marc Bloch. Neste ponto, podemos conhecer o quanto a ordália e o duelo judiciário do Direito Visigótico, ou uma outra matriz, igualmente importante, a da intervenção moral que se difundiu através do Direito Penal e Penitencial Canônico, estão ainda presentes na cultura jurídico-penal brasileira de hoje. Nós, homens e mulheres dos limiares do século XXI, estamos diante do desafio de compreender em que medida, afinal, a punição ao estranho (que, na linguagem antropológica hodierna, é tratado como Outro), através do banimento, reinventa os processos de exclusão, que transfigura todo banido em bandido – *ban(d)ido*, escreve Nilo Batista (p. 36).

Uma outra face do plano deste livro é o tratamento dado ao processo de apropriação cultural, na Europa ocidental, desde a Alta Idade Média. Seu enfoque reflete as influências das discussões acadêmicas no campo das Humanidades, nesta virada de século/milênio.

Tomando o pluralismo jurídico, vigente no processo histórico de formação

dos Estados europeus, sua análise da cultura jurídica e do processo de aculturação, resultante de empréstimos e apropriações entre o Direito Romano, o Canônico e o Germânico, supera todas as marcas da reflexão que aprisionou os historiadores do Direito (dentro e fora do Brasil) até bem pouco tempo. Estas marcas estiveram agrilhoadas nas disputas nacionalistas de todos os matizes, que, desde fins do século XVIII, buscaram originalidade e pioneirismo no “Direito Pátrio”. Foram estas mesmas disputas que impediram a ampla circulação do importante livro de um dos autores mais citados pelos juristas brasileiros de meados do século XIX – Von Savigny – *História do Direito Romano na Idade Média*, que Nilo Batista cita em italiano e que, até onde sabemos, não teve muita aceitação/circulação entre os juristas (do século XIX e de hoje). Ao contrário do *Tratado de Direito Romano*, que foi amplamente adquirido e citado, esta outra obra do erudito jurista alemão não contou com uma boa recepção, mesmo na Europa, pois esta vivia seu tempo das nacionalidades. Trata-se de um livro que foi na contramão dos interesses e das expectativas geradas pelo processo de afirmação nacional, quando a elaboração de uma codificação moderna veio a pôr fim ao pluralismo jurídico vigente.

A propriedade e a pertinência do enfoque culturalista, da forma como está trabalhado no *Matrizes Ibéricas*, deslinda um dos entraves interpretativos que dividiu por décadas os historiadores do Direito na Península Ibérica, acerca de suas origens. Estes historiadores do Direito se posicionaram entre germanistas e romanistas, ou seja, entre os que defen-

diam um peso maior às influências do Direito Visigótico (leia-se “nacional”) e aqueles outros, que frisavam o do Direito Romano. Como este debate se inscreveu no contexto de vigência do Iluminismo, ocorreu um recalçamento das influências e das permanências culturais do Direito Canônico. E não há como negar: estas influências foram enormes e decisivas. Tais permanências culturais do Direito Canônico estão a perambular pelas formações sociais ibéricas e pelos seus prolongamentos ultramarinos na América, na África e na Ásia. Superadas hoje muitas das questões de afirmação da idéia de nação, Nilo Batista nos brinda com esta interpretação refinada que coloca com clareza o pluralismo jurídico que gerou um paralelismo de poder na Península Ibérica. Trabalha com igual detalhe as sutilezas do Direito Visigótico, do Romano e do Canônico. O estudo de cada uma destas matrizes buscou identificar e interpretar o *corpus juris* apropriado culturalmente, sua recepção na Península e sua implicação nas codificações modernas das formações sociais ibérica e brasileira.

A análise do Direito Visigótico, por exemplo, é empreendida a partir da sua principal fonte histórica, o *Liber Iudiciorum*, de 654, quando, tanto o Código de Eurico quanto o Breviário de Alarico perderam a validade no reino visigótico. Recesvinto mandou que as leis que ordenava fossem observadas por todos e proscreeu o uso de leis romanas ou estrangeiras. Ressalte-se que, para Von Savigny, o Direito Positivo Visigótico implicou aculturação e empréstimo, tendo em vista a dinâmica e as estratégias de dominação no Império Romano, de

modo que, ao referir-nos ao *Liber*, devemos levar em conta duas questões: trata-se de um Direito Visigótico (germânico) romanizado; outra questão frisada por Von Savigny e incorporada por Nilo Batista refere-se à pregnância religiosa canônica do código romano, conhecido e divulgado no ocidente cristão (o Código de Justiniano).

O capítulo 6 (*O Direito Penal Visigótico: o sistema penal contra servos e judeus*) é aberto com um subtítulo primoroso, *O fetiche da lei*, parodiando o pensador alemão que, afinal, cunhou o conceito de fetiche (da mercadoria), para interpretar o mercado na sociedade capitalista. Para Nilo Batista, a criação do reino visigótico impunha o rompimento de algumas tradições jurídicas germânicas, quando se procurou substituir a paz comunal por uma ordem política. Neste ponto, o Autor identifica nas leis (especialmente as leis penais) um importante instrumento (...) *cuja eficiência se media muito mais pela imperatividade do que pelo conteúdo* (p. 82). Estaria também referido a este processo o surgimento de uma perspectiva política, em que (...) *o 'pertencimento' legítimo está agora associado à obediência ao Liber, que tem como pressuposto seu conhecimento; uma cidadania de classes, diferenciada, começa a ser dada à luz através da submissão dos diferentes*. Vale dizer, a submissão, preferencialmente, dos servos e judeus (...) *à lei imobilizada e fetichizada na escrita* (p. 83).

As penas do Direito Germânico destacadas no *Matrizes ibéricas* são: de morte, corporais (açoites, mutilações e escaldamento), restritivas de liberdade (exílio e escravização), encarceramento, pecuniárias (confisco, multa, composição,

tarifação). Na análise das penas corporais, por exemplo, Nilo Batista reflete sobre a diferenciação penal visigótica, que, ainda que teoricamente pudessem recair sobre homens livres, se dirigiam predominantemente ao universo dos dominados: servos e judeus. Quanto às normas contra judeus, destacamos duas outras interpretações também primorosas. Lançando mão de imaginação histórica e sociológica, o Autor aventa um possível pacto entre servos e judeus, dois oprimidos no reino visigótico. Recorrendo à historiografia sobre o anti-semitismo em Portugal e no Brasil, ecoa a advertência da historiadora Anita Novinsky para o equívoco de trazer, para a conjuntura histórica de formação do reino visigótico, o clichê mercantil-usurário, que se consolidará a partir do século XII. Para a historiadora, os judeus do reino visigótico (Alta Idade Média) viviam ligados à terra que eles mesmos cultivavam, muitas vezes com a ajuda de escravos. O conjunto de leis destacadas e interpretadas permitem, tranqüilamente, as abduções referentes à prevenção dos legisladores visigodos.

Destacamos, por fim, o melhor capítulo do livro, o oitavo: *Direito Penal e Penitencial Canônico (o sistema penal contra o herege)*, onde o Autor nos apresenta uma gama variada de detalhes e interpretações sugestivas. A começar, por exemplo, pela abertura do capítulo: *Uma influência silenciosa, mas profunda (as matrizes da intervenção moral, da inquisitorialidade e do dogmatismo legal; a construção de um novo sujeito culpável e a desqualificação jurídica do réu)* é o título do primeiro item trabalhado. Citando o combativo criminólogo holandês, Louk Hulsman, Nilo Batista

subscreeve a idéia de que a lógica do sistema penal provém do sistema de moral escolástica. Na verdade, para pensar em sintonia com o abolicionismo penal, capitaneado por Hulsman, o já citado livro dos criminólogos da *Escola de Frankfurt*, Georg Rusche & Otto Kirchheimer, foi pioneiro e detém o epíteto de originalidade. Foi, sobretudo, a reflexão da relação entre História e Direito, construída por Georg Rusche, ainda no início da década de 1930, que primeiro sugeriu a relação entre religião e punição (penitência).

Nilo Batista fundamenta-se, no oitavo capítulo, nas pesquisas dos historiadores Vauchez (*A Espiritualidade na Idade Média Ocidental*), Marc Bloch (*A Sociedade Feudal*), Kantorowicz (*Os dois corpos do rei*) e Delumeau (*A confissão e o perdão*).

O ponto de partida da análise das matrizes canônicas do Direito Peninsular é a reforma gregoriana, no século XIII. Trata-se de um capítulo difícil e complexo para o campo do Direito, tão minado por convicções (dogmatismos) iluministas, que, desde a aurora do século XIX, se referem ao Direito como se este já estivesse completamente laicizado.

Vale sublinhar o cuidado que o Autor tem em frisar o que foi recalçado pelo Iluminismo jurídico – o Direito Romano chega às sociedades européias ocidentais através da Igreja e das universidades (especialmente de Bolonha) por ela criadas, sofrendo, portanto, um processo de aculturação.

Igualmente primorosa é a interpretação do sistema penal canônico como totalizante e inexorável, que não admite contestação ou desobediência. Notamos, aqui, a presença do grande livro de Pierre Legendre (psicanalista e historiador do

Direito Francês), *O Amor do Censor*. Mas Nilo Batista vai muito além das preocupações de Legendre. Enquanto o historiador do Direito Francês concentra sua atenção nos meandros do processo de constituição da ordem dogmática na cristandade ocidental, o Autor do *Matrizes ibéricas* busca a matriz da tortura e do extermínio. Não que ao historiador francês estas questões sejam indiferentes, ou que lhe falte sensibilidade. Acontece que, para o historiador do Direito Penal no Brasil, elas são cruciais. Ousaríamos mesmo dizer que a menção ou a ocultação da tortura e do extermínio em qualquer empreitada intelectual no Brasil diz muito sobre os autores do campo do Direito Penal entre nós. E Nilo Batista está entre os bons autores.

O oitavo capítulo contém uma das melhores passagens de todo o livro, no tratamento dispensado à *desqualificação jurídica do réu*. Esta, através da excomunhão, expediente de exclusão, isolamento e desvinculação do sujeito da ordem jurídica, procura converter o réu em objeto indigno de proteção. Converte-o em ameaçador e temível, cujo extermínio apenas consumará a sanção irremediável. Nilo Batista foi extremamente feliz na estruturação do plano deste oitavo capítulo e não deixou de mencionar o *reinado da confissão*, tratado junto com outros *reinados* (do homomorfismo penal, do combate ao crime e do novo sujeito culpável). O quanto a introdução, pela reforma gregoriana, da confissão auricular, anual e obrigatória, influenciou os sistemas penais modernos na cultura ocidental deveria ser matéria (aí sim) obrigatória nas Faculdades de Direito. O rol dos delitos/pecados do sistema penal

canônico, trabalhados no *Matrizes ibéricas*, inclui os delitos/pecados contra a fé (blasfêmia, apostasia, sortilégio, anabatismo e perjúrio), os delitos/pecados contra o Estado pontifício e a administração eclesiástica (lesa-majestade, cisma, simonia, sacrilégio, dentre outros), e, claro – pois se trata de tema super em voga na historiografia brasileira de hoje – os crimes/pecados sexuais (fornicação, estupro e concubinato, adultério, bigamia, rapto, incesto, sodomia, molície e bestialidade); sem contar os crimes/pecados de homicídio, suicídio, abortamento, esterilização e usura.

As páginas finais foram dedicadas às distintas concepções sobre punição no

sistema penal canônico e às (...) *notícias do processo penal canônico – a inquisição medieval* (pp. 225-270). O quadro histórico apresentado nestas páginas finais do livro só se complementaria com a utilização do rico material bibliográfico produzido pela igreja (a partir da reforma gregoriana e, sobretudo, a partir da reforma tridentina, século XVI) para normalizar e disciplinar o clero e seu rebanho: os manuais para confessores e inquisidores. Mas, aí, já nos remetemos ao tema do segundo volume do *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, que vamos aguardar com imensa expectativa.