

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MILTON GUSTAVO VASCONCELOS BARBOSA

DO SACRIFÍCIO À "PENA DOS MODERNOS":
COMO A IDEIA CRISTÃ DE PENA MOLDOU O DIREITO PENAL NO OCIDENTE

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

MILTON GUSTAVO VASCONCELOS BARBOSA

**DO SACRIFÍCIO À "PENA DOS MODERNOS":
COMO A IDEIA CRISTÃ DE PENA MOLDOU O DIREITO PENAL NO
OCIDENTE**

Tese de Doutorado apresentada à faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais.

Orientadora: Profa. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer

PORTO ALEGRE

2017

Ficha Catalográfica

B238 BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos

Do sacrifício à "pena dos modernos" : Como a ideia cristã de pena moldou o direito penal no ocidente / Milton Gustavo Vasconcelos BARBOSA . – 2017. 203 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientadora: Profa. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer.

Co-orientador: Prof. Dr. Roberto Holfmeister Pich.

1. História das ideias. 2. História do direito penal. 3. Filosofia medieval. 4. Teoria mimética. 5. Antropologia filosófica. I. Gauer, Ruth Maria Chittó. II. Pich, Roberto Holfmeister. III. Título.

MILTON GUSTAVO VASCONCELOS BARBOSA

**DO SACRIFÍCIO À "PENA DOS MODERNOS":
COMO A IDEIA CRISTÃ DE PENA MOLDOU O DIREITO PENAL NO
OCIDENTE**

Tese de Doutorado apresentada à Escola de
Direito da Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul, como requisito para
obtenção do título de Doutor em Ciências
Criminais.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer (orientadora)
Escola de Direito – PUCRS

Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza –
Escola de Humanidades PUCRS

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner
PGGCCRIM

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza –
PPGCCRIM

Prof. Dr. Celso Rodrigues –
FTEC-IBGEN

PORTO ALEGRE

2017

*À Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e a todos aqueles que creêm
na primazia da Justiça sobre o poder.*

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço a Deus por ter me dado saúde, força e concentração, além das que eu acreditava ter, e assim, possibilitado o término desse trabalho. Agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, por ter oferecido todos os instrumentos necessários para a realização da pesquisa, ofertado excelentes aulas e congressos, proporcionado o aprendizado com grandes mestres do direito brasileiro. Agradeço a meus pais e a meu avô João, por tudo que fizeram por mim nesses anos. Agradeço a minha noiva, Ana Maria, por toda paciência, todo apoio, toda renúncia e todo amor. Agradeço à minha orientadora, Ruth Maria Chittó Gauer, mestra de toda a vida, que, em primeiro lugar foi minha professora por seis semestres (ao fim dos quais pude começar a compreender um pouco do que se escondia por trás dos aparentemente tão técnicos debates jurídicos de nosso tempo); segundo, ensinou-nos que as barreiras que nos separam da produção acadêmica dos grandes centros mundiais estão apenas dentro de nós, e que superá-las não só é possível, como é também nosso dever. Agradeço ao meu coorientador Roberto Hofmeister Pich, por ter, com seu vastíssimo conhecimento, dado todo o suporte necessário em minha pesquisa no campo da filosofia medieval e por ser um grande incentivador de sua continuidade. Agradeço a meu amigo Wilson Franck, um dos grandes professores que encontrei nos anos de PUCRS, que me apresentou autores essenciais e foi meu grande interlocutor, além de um amigo-irmão. Agradeço a Álvaro Oxley Rocha e Fábio Roberto D'ávila, meus orientadores de mestrado, com quem muito aprendi e a quem sou enormemente grato. Agradeço a Juliana Franck, Karina Franck, Felipe Bertoni, Família Bertoni, Arcênio Cuco, Letícia Correia, Daniel Alexandre, Vanessa Urquiola, Enivaldo Chichelero, Família Perdiger, Uillian Vargas, Samyr Ismail e os amigos da Estrela do Sul, por terem sido minha família porto alegreense. Agradeço ao meu querido amigo, conterrâneo e vizinho Sebastião Costa, sempre disposto para um mate para espantar o banzo de estar longe do Piauí. Agradeço aos amigos do círculo das Letras. Agradeço ao casal Beatriz e Ranieri Rivas, e a Victor Melo, pelo apoio na reta final do trabalho. Agradeço imensamente a grandes amigos como Mauro Fonseca Andrade, Pablo Alflen, Marcelo Santanna, Daniel Pulcheiro, Thayara Castelo Branco, Bruno Rotta, Germana Dalberto, Vicente Cardoso, Samuel Sganzerla, Tomás Grings Machado, João Alves Neto, Bruno e Giovana Bounicori, Daniel Leonhardt, Klayton Torpor, Humberto Garay, Cristiano Moraes, Rafael França, Carlo Velho Masi, Maura Leitzke, Denise Luz, André Sampaio, Thiago Hanney, Marcelo Marcante e Yuri Felix. Agradeço, por fim, aos amigos secretários de nosso programa de pós-graduação, Marcia Lopes e Andrews Luiz Bianchi.

“Disse, ou por outra – berrou: - “se é preciso matar o inocente, se convém matar o inocente, deve-se matar o inocente!”. Bem sei que o ser humano está cada vez menos humano. Não estarei insinuando nenhuma novidade se disser que a maioria absoluta passa por um processo de desumanização irresistível. Mas quem quer que tenha um mínimo de humanidade, sabe que não se mata um inocente. Se a salvação da humanidade depender do sangue de um inocente, a humanidade deve ser imolada e nunca o inocente.”

Nelson Rodrigues – *O Adeus ao amigo Socialista* (03/06/1970)

RESUMO

O presente trabalho analisa as transformações das formas punitivas nos países ocidentais, tendo como ponto central a influência do pensamento cristão nesse processo. A hipótese central aqui apresentada é a de que o antissacrificialismo cristão foi a ideia que serviu de substrato à lenta substituição do sacrifício pela pena no sentido moderno. Nesse sentido, abordam-se sucintamente as três formas de resolução de conflitos na esfera criminal, quais sejam, o sacrifício, o talião e a pena, buscando critérios para diferenciá-las. Posteriormente, demonstra-se que os aspectos diferenciadores da pena moderna, em relação ao sacrifício e ao talião, estavam abundantemente presentes no pensamento de autores cristãos da Antiguidade à Idade Média. Por fim, conclui-se que a presença constante da defesa desses fatores de diferenciação em autores cristãos de períodos absolutamente distintos, e sua aparente ausência em autores do mundo antigo, assinalam a relevância da influência do cristianismo na fundação da pena nos moldes conhecidos hodiernamente. A pertinência do trabalho se verifica na medida em que se busca, por seu intermédio, esclarecer equívocos históricos incansavelmente repetidos acerca do tema proposto e explicitar a contribuição do pensamento cristão na formação da concepção de pena moderna. Trata-se de uma pesquisa exploratória, de delineamento tanto bibliográfico quanto documental.

Palavras-chave: Teoria mimética. Sacrifício. Pena dos antigos. Pena dos modernos.

ABSTRACT

This study analyzes the transformations of the punitive types in Western countries, focusing on the influence of Christian thought in this process. Its main hypothesis is that Christian anti-sacrificialism was the idea from which the slow replacement of sacrifice by the modern model of punishment has derived. In this sense, the three forms of conflict resolution in the criminal sphere, namely, sacrifice, talion and “punishment”, were approached, in search of criteria to differentiate them. Further, it was demonstrated that the differentiating aspects of the modern penalty, regarding the sacrifice and talion, were abundantly present in Christian authors’ writings from the Ancient to the Middle Ages. Finally, it was concluded that the continuous defense of these differentiation factors, in Christian authors of absolutely distinct periods, and their apparent absence in authors of the ancient world, point out the relevance of the influence of Christianity in the foundation of punishment as it is conceived in nowadays. This study’s relevance is verified to the extent that it seeks, through it, to clarify historical misconceptions tirelessly repeated about the proposed theme and, moreover, to explain the contribution of Christian thought in the formation of the conception of modern pen. This research is oriented by the exploratory method, with both bibliographic and documentary research.

Keywords: Mimetic theory. Sacrifice. Penalty of the ancients. Penalty of the modern.

RESUMEN

El presente trabajo analiza las transformaciones de las formas punitivas en los países occidentales, teniendo como punto central la influencia del pensamiento cristiano en ese proceso. La hipótesis central aquí presentada es que el antisacrificialismo cristiano fue la idea que sirvió de sustrato a la lenta sustitución del sacrificio por la pena en el sentido moderno. En ese sentido, se abordan sucintamente las tres formas de resolución de conflictos en la esfera criminal, cuáles son, el sacrificio, el talión y la pena, buscando criterios para diferenciarlas. En seguida, se demuestra que los aspectos diferenciadores de la pena moderna, en relación al sacrificio y al talión, estaban abundantemente presentes en el pensamiento de autores cristianos de la antigüedad al medievo. Por último, se concluye que la presencia constante de la defensa de estos factores de diferenciación en autores cristianos de períodos absolutamente distintos, y su aparente ausencia en autores del mundo antiguo, señalan la relevancia de la influencia del cristianismo en la fundación de la pena en los moldes conocidos de manera moderna. La importancia del trabajo se verifica en la medida en que se busca, por su intermedio, esclarecer equívocos históricos incansablemente repetidos acerca del tema propuesto y explicitar la contribución del pensamiento cristiano en la formación de la concepción de la pena moderna. Se trata de una investigación exploratoria, de delineamiento tanto bibliográfico y documental.

Palabras clave: Teoría mimética. Sacrificio. Pena de los antiguos. Pena de los modernos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1.....	16
DO SACRIFÍCIO À “PENA DOS MODERNOS”	16
1.1. DO SACRIFÍCIO À “PENA DOS ANTIGOS”	16
1.1.1. <i>A origem da pena na ordem mítico-sacrificial</i>	<i>16</i>
1.1.2 <i>A fórmula de Caifás e as intuições de Tobias Barreto</i>	<i>34</i>
1.2. DA PENA DOS “ANTIGOS” À PENA DOS “MODERNOS”	47
1.2.1. <i>Um prelúdio judaico ao cristianismo cultural</i>	<i>47</i>
1.2.2. <i>Um prelúdio cristão ao cristianismo cultural.....</i>	<i>57</i>
1.2.3. <i>Paulo e o Cristianismo “cultural” como Katéchon.....</i>	<i>68</i>
CAPÍTULO 2.....	87
AGOSTINHO DE HIPONA E A PENA NA FILOSOFIA PATRÍSTICA.....	87
2.1. AGOSTINHO DE HIPONA E O DEUS “MODERADOR DE PENAS”	87
2.1.1 <i>Rejeição ao sacrificalismo romano</i>	<i>89</i>
2.1.2. <i>Livre-arbítrio, voluntariedade e culpabilidade</i>	<i>94</i>
2.1.3. <i>Os sermões de Agostinho e uma nova concepção de pena</i>	<i>96</i>
2.2. O PAPADO E IMPÉRIO: AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NOS SÉCULOS XII E XIII.....	101
2.2.1. <i>Entre Agostinho e Aquino</i>	<i>105</i>
2.2.2 <i>A era de Aquino</i>	<i>120</i>
CAPÍTULO 3.....	134
TOMÁS DE AQUINO E A PENA NA FILOSOFIA ESCOLÁSTICA: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MODERNO	134
3.1. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MODERNO NO TRATADO DA LEI.....	134
3.1.1. <i>Princípio da responsabilidade pessoal, da pessoalidade ou da intranscendência – Nullum crimen sine culpa.....</i>	<i>134</i>
3.1.2. <i>Princípio da exteriorização – Nullum crimen sine actio</i>	<i>135</i>
3.1.3. <i>Separação em direito e moral – princípio da liberdade</i>	<i>136</i>
3.1.5. <i>Princípios da intervenção mínima, ofensividade e separação entre moral e Direito Penal - Nullalex (poenalis) sine necessitate, nulla poena sine iniuria.....</i>	<i>138</i>
3.1.6. <i>Ainda sobre intervenção mínima e o caráter fragmentários das leis humanas</i>	<i>142</i>
3.1.7. <i>Negação à fórmula de Caifás - Esboço de uma teoria da desobediência civil.....</i>	<i>143</i>
3.1.8. <i>Desobediência civil ante à lei inadequada</i>	<i>146</i>
3.2. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MODERNO NO TRATADO DA JUSTIÇA.....	149
3.2.1. <i>Princípios do juiz natural, da imparcialidade da investidura e da presunção de inocência.</i>	<i>150</i>
3.2.2. <i>Condenação aos julgamentos temerários</i>	<i>152</i>
3.2.3. <i>Princípio do in dubio pro reo</i>	<i>153</i>
3.2.4. <i>Princípio da legalidade</i>	<i>154</i>
3.2.5. <i>Judicial review.....</i>	<i>155</i>
3.2.6. <i>Princípio da competência</i>	<i>157</i>
3.2.7. <i>Princípio da proporcionalidade, distinção entre dolo e culpa, distinção entre desvalor da intenção e desvalor do resultado.</i>	<i>159</i>
3.2.8. <i>Da aceitação das pessoas (princípio da igualdade e direito penal do fato).....</i>	<i>161</i>
3.2.9. <i>Legítima defesa e excesso em legítima defesa</i>	<i>163</i>
3.2.10. <i>Outros pecados cometidos contra a pessoa (pena dos modernos, prisão como exceção)....</i>	<i>169</i>
3.2.11. <i>Do Furto e do Roubo</i>	<i>172</i>

3.2.12. <i>Da injustiça do juiz ao julgar (princípio da competência, do livre convencimento motivado e do actio trio personarum)</i>	174
3.2.13. <i>Dos pecados contrários à Justiça no atinente ao réu (princípio do nemo tenetur se detegere ou da não auto-incriminação)</i>	179
3.2.14. <i>A pena dos modernos</i>	181
3.2.15. <i>Aquino e a “Pena Dos Modernos”</i>	183
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	193

INTRODUÇÃO

O *objetivo* do presente trabalho é verificar a causa da transformação das formas punitivas no mundo ocidental. Adota-se como *premissa* que o direito penal no ocidente é menos violento e mais “humano” que o praticado em outras partes do mundo. É certo que alguns países não ocidentais conseguiram construir sistemas jurídicos penais sofisticados¹, que permitem a efetivação de direitos como o de defesa; não o fizeram, porém, sem a influência do ocidente. Outra *premissa* é a de que a forma original de resolução de conflitos penais era o sacrifício, que foi sucedido pelo talião (em algumas sociedades) e, por fim, pelo direito penal moderno.

Na tentativa de compreender como o direito penal ocidental pôde afastar-se de sua herança violenta e diferenciar-se completamente de outros modelos penais, recorrer-se-á à base da cultura, da política e do direito, *i.e.*, a religião. O fenômeno religioso ganha maior importância assim que se considera correta a afirmação de que a resolução de conflitos penais, antes da existência de sociedades politicamente organizadas, era responsabilidade dos sacerdotes que se utilizavam de fórmulas rituais. A *primeira hipótese* deste trabalho, quanto ao fenômeno religioso, é, portanto, a de que existe uma diferença entre a religião predominante no Ocidente, o cristianismo, e as religiões sacrificiais. Essas religiões teriam dado origem a formas mais rudimentares de punição. Após a lenta difusão da revelação cristã, outras formas de punição tornaram-se possíveis, afastando pena e sacrifício. Para investigar tal hipótese, recorre-se ao pensamento de autores cristãos. Além da *revisão bibliográfica*, também se buscam comparações com os sistemas anteriores ao domínio cristão na Europa bem como com o direito bárbaro medieval, fazendo uso de fontes primárias, como Leis, forais e decretos papais.

A intuição de que o cristianismo inaugurou uma nova forma de cultura é obra do pensador francês René Girard (Avinhão, 1923 – Berkeley, 2015). Sua hipótese geral é a de que a Paixão de Cristo, como evento fundador do cristianismo, revelou o que há por trás de todo sacrifício: o assassinato de um inocente a bem da manutenção social. A disseminação da “revelação cristã” desacreditaria, paulatinamente, todas as instituições humanas, fazendo com que o homem voltasse ao seu estado de natureza, visto que toda a cultura, para Girard, teria como base o sacrifício. A revelação cristã teria, assim,

¹Vide DAVID, René. **Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos**. Trad. Jorge Sánchez Cordero. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

introduzido um elemento antissacrificial na cultura do Ocidente, que teria estendido seus efeitos a todos os aspectos da vida, das relações interpessoais aos conflitos internacionais.

Caso a hipótese de Girard esteja correta, o Direito Penal nos países europeus sofreu algum tipo de transformação em decorrência da difusão do cristianismo. Entende-se, como dito, que o Direito Penal na Europa, e nos países cristãos em geral, é muito mais sofisticado e “humano” que no restante do mundo. Porém, uma história do Direito que abarcasse todas essas transformações não seria possível senão para um grupo de pesquisadores que contasse com um vasto material de pesquisa cuja conclusão demandaria anos.

Além do mais, provar que a peculiar forma de direito existente no mundo ocidental cristianizado foi resultado da influência do pensamento cristão seria sobremaneira difícil. Em primeiro lugar, porque é comumente atribuída à Igreja a responsabilidade por um longo período de obscurantismo no Direito. No campo do Direito Penal, ela teria sido responsável pela difusão da tortura, das penas cruéis e da perseguição aos praticantes de outras religiões. Teria sido, ainda, responsável pela fusão entre Direito e moral, bem como pelo surgimento de um controle social jamais atingido na modernidade. Em segundo lugar, porque seria necessário investigar as motivações políticas dos legisladores e provar que, por trás de cada uma delas, estaria a influência da doutrina cristã – o que, embora se presuma verdadeiro nesse estudo, seria impraticável de se provar plenamente.

A dificuldade de comprovar a hipótese girardiana por meio da história do Direito é contornada, aqui, por intermédio da escolha do campo da “*história das ideias*”². Nesse sentido, a tentativa de desmembramento dos elementos componentes das doutrinas filosóficas para obtenção de “ideias-unidade”, conforme proposto por

²O que possibilitou tratar tanto com a história da filosofia, por meio de obras de clássicos como Agostinho, quanto com fontes paralelas, como leis bárbaras ou mesmo discursos parlamentares. Isso foi possível porque aqui “ideias jurídicas” são entendidas no mesmo sentido empregado por Franklin L. Baumer: “Na verdade, é muito importante compreender que a história das ideias, em oposição à história da filosofia, tem como um dos principais objetivos a descoberta de uma certa classe de ideias que subjazem e condicionam quase todo o pensamento formal (...). Assim, a história das ideias, ainda que necessariamente opere em grande parte dentro da órbita do pensamento racional, também lida com ideias que mais propriamente se podem chamar de crenças ou convicções. Segundo a expressão de Ortega y Gasset, há ideias ‘que são apenas pensamentos’ e ‘ideias em que se acredita’. Estas últimas, porque empenham não apenas o ‘mecanismo intelectual’, mas a personalidade inteira, fornecem a chave para o pensamento mais íntimo de um povo ou de uma época.” In: BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. vol. I. Traduzido por Maria Manuela Alberty. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990, p. 22.

Lovejoy³, conduz, especialmente no capítulo subsequente, a três ideias essenciais para compreender as formas universais de administração da justiça: o sacrifício, a “pena dos antigos” e a “pena dos modernos”. Voegelin defende que *acima de tudo, a ideia política é apenas em certa medida descritiva de qualquer realidade; sua principal função não é cognitiva, mas formativa. A ideia política não é um instrumento de descrição da unidade política, mas um instrumento de sua criação*⁴. Da mesma forma acontece com as ideias jurídicas que são, em parte, descritivas, mas que têm como principal objetivo a evocação de novas compreensões do Direito ou mesmo a defesa de determinadas ideias de justiça, isto é, objetivam a criação de um “meta-direito”⁵.

Escolheu-se, para esta tese, como *principal objeto* das reflexões sobre as ideias jurídicas, o instituto mais visível e universal do Direito Penal: a pena. Isso porque é a pena que, juntamente com as provas judiciais, foi o alvo de maiores transformações em relação à Antiguidade. Ademais, a escolha desse instituto também deriva de um *objetivo secundário*, qual seja, o de demonstrar a estreita relação entre pena e sacrifício. A pena é, como se verá, ora extensão do sacrifício, ora sua negação, ora o sacrifício mesmo. Exatamente por isso, é um formidável paradigma para se avaliar as transformações nas ideias jurídicas vigentes em determinada época, bem como para comparar diferentes sistemas jurídico-penais.

Utiliza-se o termo “antigo” para designar pensadores e legisladores que viam na pena um simples sacrifício. Ou seja, aqueles que acreditavam que a única função de punir era a de preservar a ordem social à custa da morte ou do sofrimento de um indivíduo. Não houve, portanto, na utilização do termo qualquer referência à Antiguidade histórica, ou a qualquer outro período de tempo. Alguns dos pensadores aqui denominados “antigos”, ou partidários da “pena dos antigos”, não viveram na Antiguidade, como se verá.

³No sentido atribuído por Lovejoy: “Por história das ideias entendo algo ao mesmo tempo mais específico e menos restrito que a história da filosofia. Aquela se diferencia principalmente pelo caráter das unidades com as quais se ocupa. Embora trate em grande parte do mesmo material que os demais ramos da história do pensamento e dependa largamente de seus trabalhos anteriores, ela divide esse material de maneira especial, colocando suas partes em novos grupos e relações e vendo-as do ponto de vista de um propósito distinto. (...) Ao lidar com a história das doutrinas filosóficas, por exemplo, a história das ideias interfere nos rígidos sistemas individuais e, para seus próprios propósitos, desmembra-os em seus elementos componentes, naquilo que pode ser chamado de ideias-unidade.” In: LOVEJOY, Arthur. **A Grande cadeia do Ser**. Traduzido por Aldo Barbieri. São Paulo: Políndromo, 2005, p. 13.

⁴VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo**. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 294.

⁵BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 51.

A expressão “pena dos modernos”, por sua vez, foi utilizada para significar a pena que tem outros fins que não a mera comunhão social. Fins estes que visam a melhoria pessoal do apenado, ou sua conversão ou aprendizado, ou mesmo sua não destruição. Utilizou-se, por vezes, a expressão “moderno” para designar o Direito Penal Ocidental contemporâneo. Na maior parte das vezes, entretanto, também se utilizou, este termo, para designar o Direito Penal reivindicado pelos grandes autores modernos e contemporâneos.

A pena descrita na Suma Teológica, por exemplo, é “pena dos modernos”, embora temporalmente se situe na Baixa Idade Média. As penas aplicadas pelos revolucionários franceses, por sua vez, são “penas dos antigos”, apesar de terem ocorrido na contemporaneidade. As penas dos bárbaros germânicos eram sacrifícios, embora se situassem temporalmente no medievo, de modo que a época na qual a pena foi pensada ou aplicada nada tem a ver com a classificação que se pretende desenvolver⁶ nesse estudo. Por esta razão, não se propôs, ao longo desta obra, qualquer marco temporal para a Modernidade ou para Antiguidade⁷.

Quanto à estrutura, a presente tese organiza-se em três capítulos, para além desta introdução e conclusão.

No primeiro capítulo, será analisado o sacrifício como elemento fundador de toda a cultura humana e da origem sacrificial das penas. Apresentar-se-á um pouco da concepção romana de Direito Penal, enquanto transição entre sacrifício e pena. Com isso, o que se busca demonstrar é como a retórica do sacrifício estava presente no mundo antigo, tendo em vista que se relacionava diretamente à noção justiça do período. Em seguida, também se irá propor uma classificação para as penas, a qual será utilizada durante todo o trabalho. A classificação subdivide-se, como já fora dito, em “sacrifício”, “pena dos antigos” e “pena dos modernos”. Em um segundo momento, tratar-se-á do antissacrificialismo judaico e cristão. Irá se discorrer, além disso, acerca da transição da antiga ideia da justiça como retribuição, para a noção de justiça como perdão. Ainda, analisar-se-ão as ideias de Paulo e o surgimento de um “cristianismo sacrificial”, como adaptação dos ensinamentos cristãos a situações cotidianas das primeiras comunidades cristãs.

⁶Supõe-se impossível pensar o Direito Penal a partir de uma concepção evolutiva.

⁷Também não se adere, neste estudo, à definição temporal de nenhum autor, embora pareça propícia a de Berman, que defende que a modernidade inicia-se entre 1050 e 1150. In: BERMAN, Harold. **Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 14.

Já no segundo capítulo, o foco será uma análise da obra de Agostinho e o Direito Penal dos bárbaros no interregno dos “séculos mudos” que separaram temporalmente Agostinho e Aquino. A intenção é mostrar que Agostinho, especialmente quando tratou do paganismo dos romanos na “Cidade de Deus”, formulou uma concepção de justiça completamente distinta da percepção de seus contemporâneos. Mesmo na Antiguidade, o filósofo foi quem iniciou a defesa de uma importante ideia que, alguns séculos mais tarde, tornou-se a fundadora do direito moderno: a ideia de indivíduo.

Finalmente, no terceiro capítulo, tratar-se-á da “Revolução Papal” e da concepção de pena em Tomás de Aquino, a qual, segundo critérios que serão defendidos no decorrer desta tese, em nada difere das atuais. O que se pretende demonstrar, neste capítulo, é que boa parte dos princípios considerados como base do direito penal estudado nos dias de hoje são tributários do direito romano e canônico.

Em suma, o objetivo principal do presente trabalho consiste em verificar a causa da transformação das formas punitivas no mundo ocidental. O óbice aqui enfrentado é o de como pôde ter sido possível o afastamento do Direito Penal Ocidental de sua herança sacrificial – que se estabelece como a forma original de resolução de conflitos penais – e de outros modelos penais, presumidamente mais violentos e menos “humanos” que aquele. A hipótese central, por sua vez, é a de que o antissacrificialismo cristão foi a ideia que serviu de substrato à lenta substituição do sacrifício pela pena no sentido moderno. Alguns objetivos secundários são: a) demonstrar a estreita relação entre a pena e o sacrifício; b) abordar as ideias de Paulo e o surgimento de um “cristianismo sacrificial como adaptação dos ensinamentos cristãos a situações cotidianas das primeiras comunidades cristãs; c) demonstrar que Agostinho, especialmente quando tratou do paganismo dos romanos na “Cidade de Deus”, formulou uma concepção de justiça completamente distinta da percepção de seus contemporâneos; d) demonstrar que boa parte dos princípios considerados como base do direito penal estudado nos dias de hoje são tributários do direito romano e canônico.

Também se estabeleceram as hipóteses secundárias de que: 1) é possível uma classificação das penas que se subdivide em “sacrifício”, “pena dos antigos” e “pena dos modernos – de acordo com o método de ideias-unidade proposto por Lovejoy –, sendo que a época na qual a pena foi pensada ou aplicada nada tem a ver com a classificação desenvolvida; 2) a concepção romana de Direito Penal é uma transição entre sacrifício e pena; e 3) o antissacrificialismo judaico e cristão marca a transição da antiga ideia da justiça como retribuição para a noção de justiça como perdão. A pertinência do trabalho

se verifica na medida em que se busca, por seu intermédio: a) esclarecer alguns equívocos históricos incansavelmente repetidos – como, por exemplo, o de que o cristianismo teria sido responsável por todo o obscurantismo das leis penais medievais; e b) explicitar a contribuição do pensamento cristão na formação da concepção de pena moderna. Para fins de delimitação do objeto, adota-se o instituto da pena como paradigma de comparação entre o Direito Penal dito moderno e os demais.

Este é um estudo histórico-jurídico, por assim dizer, de caráter analítico-exploratório e de delineamento tanto bibliográfico quanto documental. Ademais, tendo em vistas as dificuldades já citadas – que se fizeram mitigadas na escolha pela “história das ideias” como campo de trabalho – aborda-se o problema a partir de uma lógica hipotético-dedutiva. Outrossim, em uma classificação metodológica típica, o presente estudo define-se como uma pesquisa básica, de natureza qualitativa, exploratório-explicativa e de delineamento bibliográfico e documental. Na medida em que se trata, no entanto, de um estudo da área das Ciências Jurídicas, prefere-se, aqui, defini-lo tão somente como analítico-exploratório.

CAPÍTULO 1

DO SACRIFÍCIO À “PENA DOS MODERNOS”

1.1. DO SACRIFÍCIO À “PENA DOS ANTIGOS”

1.1.1. A origem da pena na ordem mítico-sacrificial

A pena foi um avanço civilizatório. Nenhuma sociedade complexa chegou a este estado de desenvolvimento sem a pena. Tampouco qualquer civilização conseguiu aboli-la. Em que pese o surgimento de ideologias que assim apregoem, não foi o caminho da abolição o tomado pelas mais diversas sociedades. Os séculos se acumulam e os povos criam novas modalidades, inúmeras formas, diferentes intensidades: a prisão, a forca, o açoite, as galés, a crucificação, o degredo, a fogueira, o garrote. São incontáveis as formas de punir; e os povos, um depois do outro, vestem a mesma “deusa” com diferentes roupas.

Discute-se como punir, para quem punir, a quem punir, onde punir e quando punir. Os mais diversos grupos sociais clamam pela criminalização de uma ou outra conduta. À pena atribui-se, nesses casos, a função de reparar “dívidas” históricas. O ofendido, clamando por vingança, chama-a de “pena” e a vê como “justiça”. O demagogo a quer ampliar e recrudescer, e a chama de “necessidade”. O criminólogo crítico radical a considera um instrumento da opressão de “classe”. O abolicionista, acreditando erroneamente que a função da pena é a mera prevenção de crimes, defende o desaparecimento dela.

Nas democracias, a pena é tratada ora como solução para o problema da violência, ora como sua causadora. Nos demais regimes políticos, nos quais o debate é negado, ela é não menos vigorosa. Sua existência independe de livre-mercado, do conflito entre classes sociais ou do capital. A canalização da violência, que se revestirá em pena, precede ao político, ao econômico e ao jurídico, mas não precede ao religioso. Em um tempo de tantos relativismos, a universalidade deste instituto jurídico pode dar indícios de sua natureza, função e importância.

Mas o que fez da pena esse fenômeno praticamente universal entre as sociedades “modernas” existentes? Como sociedades tão distintas, com tão distintos graus de complexidade, não puderam jamais prescindir dela? Qual a real função e natureza da pena que subjazem às variadas teorias e discursos jurídicos legitimadores?

No presente capítulo serão abordadas as origens religiosas da pena enquanto sacrifício secularizado. Tentar-se-á, além disso, compreender como na cultura judaica se iniciou um lento processo de afastamento em relação ao sacrificial, o qual foi, posteriormente, rematado pelo Evangelho cristão. Tal afastamento deu origem ao que se convencionou chamar de Direito Penal “moderno”⁸ ou “iluminista”, no qual as penas passaram a ser consideradas legítimas unicamente quando representassem um mal menor. A violência sacrificial e “purificadora” foi substituída por uma violência “revelada”, cujo princípio, graças à tomada de posição em favor dos indivíduos, é de que a pena é um mal. Não obstante, manteve-se a convicção acerca da impossibilidade de prescindir dela.

Iniciar-se-á, este capítulo, pela antropologia, em especial, pelas intuições conforme as define René Girard (Avinhão, 1923), além de outros autores ligados à teoria mimética⁹. Posteriormente, tratar-se-á das intuições segundo as define o brasileiro Tobias Barreto de Meneses (Tobias Barreto – SE, 1839 – 1889), sobretudo no que diz respeito ao fundamento da pena. Encerrar-se-á com a tradição judaica, cujos mandamentos, crê-se, contêm um prelúdio à teologia do perdão. Tal teologia, revelada nos evangelhos, será o tema dos capítulos subsequentes.

Partir-se-á da premissa segundo a qual a pena tem raízes no sagrado primitivo. Nessa lógica, ela deve ser compreendida a partir do processo de secularização do sacrifício ritual. Admitir-se-á também como válida a hipótese levantada por René Girard segundo a qual a cultura nada mais seria do que a racionalização da violência comunitária por meio da canalização de tal violência para uma única vítima ou um pequeno grupo de vítimas¹⁰. A canalização da violência é o sacrifício que, inicialmente praticado por acaso, passa posteriormente a ser repetido de forma ritual. A gênese da pena estaria, portanto, ligada ao sagrado sacrificial. Daí seu caráter universal e indissociável em relação à história das sociedades modernas ou primitivas. Girard inicia seu estudo do comportamento humano a partir dos grandes clássicos da literatura ocidental, como Shakespeare, Cervantes, Stendhal, Proust e Dostoiévski. Analisando a trama do que ele chama de “romance romanescos”, percebeu que as histórias tinham algo em comum, que o desejo dos personagens principais não se mostrava autêntico. Ao

⁸Ao longo do presente trabalho, utilizar-se-á muitas vezes a palavra “moderno”. Caso o leitor fique em dúvida a respeito do seu sentido, faça-se consultar a explicação sobre a utilização do termo que consta na p. 13.

⁹Entre eles Wolfgang Palaver, Mark Ansparch e Raymund Schwager.

¹⁰GIRARD, R., OUGHOURLIAN, J.M. e LEFORT, G. **Coisas ocultas desde de a fundação do mundo**, p. 45 e ss.

contrário dos “romances românticos”, em que o herói é absolutamente autotélico, o romance moderno, ou “romanesco”, revela a estrutura triangular do desejo humano. O personagem, que é inicialmente apresentado como herói, não é o centro do romance. Seus desejos estão ligados a um terceiro, a quem imita: o mediador. O mediador designa objetos de desejo ao herói. Tais objetos não têm, portanto, valor em si. Contrariamente, valem pelo prestígio que o mediador os empresta. O mediador, o modelo, deseja o objeto. O imitador, por sua vez, ao imitar o mediador, passa a desejar o mesmo objeto. O desejo do imitador reforça o desejo do modelo (o mediador) e vice e versa. Se o modelo detém o objeto, passa a atuar como “modelo-obstáculo”, impedindo o acesso do imitador, o que reforça ainda mais seu desejo. A convergência do desejo em direção a determinados objetos é, na perspectiva girardiana, o motor de toda violência humana – quer de simples rivalidades, quer de grandes guerras.

A relação entre modelo e imitador é chamada por Girard de mediação. O autor distingue dois tipos de mediação: a interna e a externa. Na mediação externa o mediador ou modelo está de tal forma distanciado do imitador que lhes é impossível rivalizar pelos mesmos objetos. *Dom Quixote de la Mancha*, por exemplo, tem por modelo o cavaleiro Amadis de Gaula, um cavaleiro galês lendário, personagem de um dos romances de cavalaria que ele apreciava¹¹. Quixote e Amadis jamais entrarão em conflito, pois nunca disputarão o mesmo objeto. O herói busca, a exemplo de seu modelo, o “elmo de Mambrino”. Porém, Amadis jamais poderá se colocar como obstáculo de desejo a Quixote. É, por conseguinte, “externa” a mediação existente entre os dois cavaleiros, sendo completa a impossibilidade de conflito.

Mas não só a distância física ou temporal faz com que a mediação seja “externa”¹². Por vezes, entre pessoas ou personagens muito próximas ocorre também esse fenômeno. Sancho Pança e Dom Quixote estão sempre juntos. Quixote é modelo de Sancho, porém, apesar da proximidade física, a mediação entre eles é “externa”¹³. Sancho pretende ser governador de uma ilha e legar um título de nobreza a sua filha. A aquisição da ilha se daria sob a condição de vassalo do futuro conquistador, no caso, Dom Quixote. O pertencimento a diferentes estamentos, mesmo considerando a iminente falência desse sistema social, fazia com que Sancho não se imaginasse no

¹¹ *Los cuatro libros de Amadís de Gaula*.

¹² GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução Lilia Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações. 2009, p. 25.

¹³ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução Lilia Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações. 2009, p. 27.

lugar de seu amo. Assim, nem Quixote é capaz de rivalizar com Amadis, tampouco Sancho com Quixote. Essa cadeia de mediações externas faz com que em nenhum momento da novela — ao menos no núcleo central de personagens — se verifique qualquer tipo de rivalidade¹⁴.

A mediação interna é mais propícia ao surgimento de conflitos. A proximidade entre os indivíduos envolvidos faz com que a violência ocorra com maior frequência. Daí que tal modalidade de mediação ocorra, sobretudo, entre “iguais”, ou seja, entre aqueles que têm a mesma facilidade de acesso ao objeto desejado¹⁵. Então, embora o desejo do modelo seja precedente, nada impede que o imitador tome seu lugar e se apossa da coisa. Nessa hipótese, os conflitos pejam e, sem a atuação de um terceiro, alheio ao conflito, é muito difícil impedir a destruição de um dos contendores ou de ambos. O conflito entre “iguais” é um tema recorrente nas artes, em especial, o conflito entre irmãos. Histórias como a de Rômulo e Remo, Etéocles e Polinices e Esaú e Jacó são bons exemplos disso. Nas sociedades de casta ou nas estamentais, a transformação da mediação interna em rivalidade ocorre, geralmente, entre pessoas do mesmo grupo social. Um bom exemplo disso é a animosidade entre Édipo e Creonte, que acaba sendo o estopim da derrocada do primeiro.

Em sociedades horizontalizadas, a possibilidade de relações de mediação resultarem em conflito é por demais acentuada. Findas as diferenças sociais em Estados fundados sobre a instituição do indivíduo, e com o conseqüente declínio dos valores, as “modernas” sociedades apostaram na Lei para refrear o impulso dos indivíduos cujos desejos possam colidir. Entretanto, a Lei, em especial a Lei penal, tem se revelado um artifício insuficiente para esse fim, e a violência tem recrudescido. A relação entre horizontalização da sociedade e violência tem sido totalmente desprezada pelos criminólogos que, em sua grande maioria, centram seu estudo nas instituições, desconsiderando por completo a contribuição do indivíduo para o fenômeno criminal.

Girard corrobora a hipótese hobbesiana de que o estado de natureza é a “guerra de todos contra todos”¹⁶, com os indivíduos batalhando livremente pelos objetos de desejo. Não há, neste estado, mecanismos para conter os conflitos e a natureza imitativa

¹⁴GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução Lilia Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações. 2009, p. 33.

¹⁵ Para mais informações sobre “rivalidade mimética”, cfr-se: GIRARD, René. **Des choses cachées depuis la fondation du monde**: recherches avec Jean-Michel Oughourlian e Guy Lefort. Paris: Grasset, 1978, p. 107 e ss.

¹⁶GIRARD, René. **Vejo a Satan caer como el relámpago**. Traduzido do francês por Francisco Díez Del Corral. Barcelona: Anagrama, 1999, p. 20 e ss.

do desejo faz com que as pessoas se choquem constantemente. Além disso, instaurados os conflitos, a violência contamina, pela mímese, toda a comunidade, tal qual uma epidemia. Uma autoridade externa aos conflitos poderia resolver o problema, impondo uma medida legal que limitasse a violência. Tal autoridade, porém, ainda não havia se instituído. Em decorrência disso, tais comunidades padeciam de uma crise de indiferenciação¹⁷.

Os símbolos mais usados na Antiguidade para fazer referência às crises sacrificiais eram as epidemias e pragas. Saques, fome e transgressões de toda ordem eram concebidos como advento das catástrofes que recaíam sobre a *Pólis* “amaldiçoada”. Bons exemplos disso, na mitologia grega, são as pragas lançadas por Apolo contra a Tebas de *Édipo* e as epidemias em Éfeso, narradas por Flávio Felistrato¹⁸. O provável é que esses eventos não tenham ocorrido como foram narrados. Tais histórias, entretanto, designam símbolos — aqui tomados no sentido empregado por Eric Voegelin¹⁹—, ou seja, designam acontecimentos que estavam além da capacidade de representação dos povos que os vivenciaram.

Esses símbolos representam, em verdade, o desencadeamento caótico da violência coletiva que contamina os membros do grupo. A crise pode ter como resultado o desaparecimento do grupamento humano sobre a qual se abate, visto que, iniciada a espiral de violência, é quase impossível converter em boa a má reciprocidade que se instaurou. O poder da convulsão social decorrente da crise de indiferenciação é atribuído à divindade. Os homens não se apercebem que são eles próprios os causadores da “maldição”; atribuem-na à perseguição de um deus, em geral, patrono da cidade, cuja vingança decorre de alguma traição ou grave blasfêmia²⁰.

Não obstante, um evento pôde pôr fim às espirais de violência que ameaçavam destruir a pequena comunidade. Segundo René Girard, todos os mitos fundadores convergiram, desde então, para a narrativa deste acontecimento real, universal e ocorrido em tempos memoriais. Tal acontecimento permitiu a cessação da crise tratada

¹⁷HODGE, J. Conversion, the self, and the victim: East Timor and Girard’s mimetic theory in dialogue. **Australian ejournal of theology**. n. 18, 2007. Disponível em: http://aejt.com.au/__data/assets/pdf_file/0004/374476/AEJT11.08_Formatted_Hodge_Conversion_the_Self_and_the_Victim.pdf

¹⁸GIRARD, R. **Aquele por quem o escândalo vem**. Tradução de Carlos Nougué. São Paulo: Realizações, 2011, p. 74.

¹⁹VOEGLIN, Eric. **Reflexões autobiográficas**. Tradução Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É realizações, 2008, p. 99.

²⁰MANGUI, S. Traps for sacrifice: Bateson’s Schizophrenic and Girard’s scapegoat. **Word Futures**, n. 62, 2006, p. 09.

no parágrafo anterior. Após mais de dez anos debruçado sobre os mitos, em especial os gregos, Girard chegou à conclusão de que *todos* os mitos fundadores, de todas as comunidades, se referem a um linchamento²¹. O linchamento é a conversão da “guerra de todos contra todos” em “guerra de todos contra um”, ou seja, é a canalização da violência contra uma vítima única. Todo o grupo humano em que a crise sucedeu colocou-se contra um indivíduo; a partir deste momento, aqueles que estavam em conflito aliaram-se. Com a morte da vítima, não houve mais rivalidades, nem lados, nem partidos, nem facções; todos tornaram-se, desde então, irmanados. A comunidade, portanto, religou-se por meio do sacrifício (*sacrificare*, fazer o sagrado).

As comunidades que se lançaram contra o “bode expiatório” acreditavam ter encontrado o grande responsável por todas as pragas, epidemias e maldições de que o povo padecia. A maldade do perseguido, neste contexto de expiação, tornara-se absolutamente cristalina. Ele encarnara o mal absoluto em conflito aberto contra o “bem”, representado pela comunidade unida para eliminá-lo²². A crise atribuída à vítima é de gigantescas proporções, impossível de ser causada por um só homem. Os motivos da perseguição estão também muito além do indivíduo: são altos valores intersubjetivos, tais como a justiça e a paz social. Por isso, pode-se dizer que, dado o que a ele se atribui, o “bode expiatório” é sempre inocente. E sua grande virtude, como se verá ao longo do capítulo, é encarnar em si todo o mal, o que permite que o grupo se purifique totalmente com sua morte.

O assassinato fundador tem, portanto, tal importância: separa o “bem absoluto” (coletividade) do “mal absoluto” (bode expiatório). Essa separação será fundamental para o mais importante passo civilizatório (e que tanto importa ao Direito Penal): a separação da *violência profana* da *violência sagrada*. As noções de ordem, direito, pena e autoridade só são possíveis pela existência prévia de valores cuja origem provém dos mitos de fundação e suas formas de simbolização. A morte do “bode expiatório” se transforma em símbolo. Os efeitos salutares de sua eliminação são tão agudos, e de tal forma contrastantes com a crise que a antecedeu, que esse acontecimento é também traduzido em termos teológicos²³. No mito, o perseguido se transforma em um deus. Alguém que se deixou matar para legar ao seu povo os ritos, as fórmulas das quais

²¹ GIRARD, René. **Evolução e Conversão**. Tradução de Bluma Waddington Villar. São Paulo: É realizações, 2011, p. 2010.

²² GIRARD, René. **O Sacrifício**. Traduzido por Margarida Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 63.

²³ GIRARD, René. **Evolução e Conversão**. Tradução de Bluma Waddington Villar. São Paulo: É realizações, 2011, p. 2010 e ss.

depende toda a existência do mundo como ele é²⁴. O morto, antes odiado, é, após sua morte, divinizado. Torna-se senhor de todos os acontecimentos, incluindo sua própria morte. Será também o patrono do povo para quem, como foi dito, deixará como dádiva ensinamentos sobre a ordem das coisas do mundo e como mantê-la. Esse deus-vítima absolve a comunidade que o vitimou. Encarna o “mal”, para revelar o “bem”.

O que fez a vítima ser eleita em meio ao conflito generalizado? É possível que a escolha da vítima não fosse de todo aleatória, que algum sinal ou característica fizesse dela um alvo mais provável à multidão²⁵? Um sinal vitimário²⁶ que, em meio à indiferenciação generalizada e ao próprio declínio ou inexistência do social, pudesse apontá-la como responsável pela crise. As anomalias presentes nos inúmeros heróis míticos são um indicativo de que poderiam ser o motivo que os levou a serem vitimados²⁷ e posteriormente exaltados. Herácles, Orestes e Pélops eram gigantes. Cécrops, Tirésias e Herácles eram andróginos ou se travestiam de mulher. Os heróis eram, em geral, mancos, zarolhos ou cegos. A loucura é também um sinal vitimário comum, como em Orestes e Belerofonte²⁸. Lévi-Strauss, embora interpretasse esse fato de forma diferente da interpretação de Girard, via nos cegos, mancos, vespigos e manetas, as figuras mitológicas mais comuns do mundo²⁹. A vítima era também, comumente, o solitário, o estrangeiro, o órfão, alguém cuja morte não engendrará um novo ciclo de vingança³⁰. Mas o “bode expiatório” pode também se destacar da multidão por motivos opostos. Muitas vezes a perseguição se dá contra o mais belo, mais forte, ou mesmo contra o rei. A vítima é, portanto, um *sacer*, ao mesmo tempo nobre e maldito³¹. Esta ambivalência da vítima sacrificial-herói mítica é bem retratada na *Odisseia*, em que Ulisses é tanto mendigo quanto monarca³². O mito exemplar³³, que aqui se usará como

²⁴ELIADE, Mircea. **Aspectos do Mito**. Traduzido por Manuela Torres. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 78.

²⁵Multidão aqui entendida como: “...ajuntamento de populares espontâneos, suscetíveis de substituir instituições enfraquecidas ou de exercer uma pressão decisiva sobre elas.” Para mais detalhes: GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 19.

²⁶GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 41.

²⁷Não parece coincidência que Jesus tenha curado tantas pessoas com deformações, anomalias e doenças e tenha, inclusive, se colocado como paráclito de estrangeiros e criminosos.

²⁸ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano**. Traduzido por Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 66.

²⁹LEVI-STRAUSS, C. **O Cru e o Cozido**. São Paulo: Brasiliense. 1991, p. 147.

³⁰JUN, N. Taward a Girardian Politics. **Studies in Social and Political Thought**, University of Sussex, disponível em: <http://www.sussex.ac.uk/cspt/documents/14-2.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

³¹GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 26.

³²GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 48.

³³Uma excelente análise deste mito pode ser encontrada em: ANSPACH, Mark. **Édipo mimético**. Tradução de Ana Lúcia Costa. São Paulo: É realizações, 2012.

paradigma para comparação com outras histórias, o de Édipo³⁴, apresenta o herói como estrangeiro, órfão, coxo e, não menos importante, rei.

A eliminação definitiva deste indivíduo diferenciado fazia com que a comunidade voltasse à horizontalidade. Todavia, após o sacrifício, as fórmulas permitiam resoluções efetivas para futuras desordens. A sensação de bem-estar coletivo não durava para sempre. Depois de algum tempo, novas crises sacrificiais se seguiam. Muitas dessas comunidades haviam aprendido os efeitos salutares da substituição da “guerra de todos contra todos” pela “guerra de todos contra um”. A cada nova crise, uma nova vítima era imolada, exatamente da mesma forma que a primeira. Para que tudo ocorresse como da primeira vez, tudo que ocorrera no primeiro evento era refeito: danças, desordem, bebedeira. Tudo devia ser reencenado até o desfecho, que deveria ser o mesmo: a morte da vítima. Essa tecnologia de economia de violência nada mais seria do que o *sacrifício*. Para Girard, apenas as sociedades que aprenderam a canalizar a violência coletiva por meio de sacrifícios rituais conseguiram sobreviver às espirais de violência da “guerra de todos contra todos”³⁵. Por identificar esse fator comum em todas as formas primitivas de sociedade e associá-lo à manutenção da ordem, Girard foi chamado por Michel Serres, por ocasião de seu discurso de recepção na Academia Francesa, de o “Charles Darwin das Ciências Sociais”³⁶.

A cultura humana, sob essa perspectiva, nasce da racionalização da violência coletiva. A cultura nasce do sacrifício humano. Este sacrifício, inaugurado por um assassinato fundador e repetido em rituais com vítimas substitutivas, estrutura toda a organização da sociedade nascente. Prerrogativas, privilégios e hierarquias surgem da violência inaugural. A primeira instituição, a do culto que envolve o sacrifício, é a raiz de todas essas “diferenças” que se operarão futuramente no campo social. Os homens que praticaram o homicídio sacralizado serão, possivelmente, os futuros líderes, juízes e sacerdotes, que farão jus a sua elevada posição social, evitando que a comunidade volte à crise³⁷. Para isso, será incumbida a eles a eleição de vítimas periódicas para o sacrifício ritual. A sede de sangue, aplacada nos holocaustos públicos, servirá como

³⁴SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Traduzido por Agostinho da Silva. São Paulo: Minha, 1988.

³⁵GIRARD, René; OUGHOURLIAN, J.M.; LEFORT, G. *Coisas ocultas desde de a fundação do mundo*, p. 45.

³⁶SERES, M. *Le tragique et la pitié*. Discours de réception de René Girard à l’Academie française et response de Michel Seres. Paris: Lê pommier, 2007.

³⁷GIRARD, René. *A rota antiga dos homens perversos*. Traduzido por Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009, p. 84.

“válvula de escape” à agressividade coletiva. E, assim, a satisfação dos mais primitivos instintos humanos será convertida em base das religiões mítico-sacrificiais.

O que legitimou a estrutura destas sociedades nascentes foi o mito. Dele emergiram os ritos, segundo Girard, sinônimos de autoridade³⁸. Os ritos deram origem às diferenças sociais, as quais passaram a atuar como limitadoras, tanto da violência, quanto do desejo. Mito, interditos e ritos eram a base de todo o edifício social dos primeiros grupos humanos. Os ritos estruturaram as instituições, as famílias³⁹ e, até mesmo, a linguagem⁴⁰. A fundação das instituições que emergiram do assassinato fundador fora cuidadosamente omitida pelos textos míticos.

A fundação de Roma é um interessante exemplo do tipo de ocultação a que se referiu. Segundo a lenda (na verdade, um mito fundador), Rômulo matou Remo, seu irmão, porque este cruzou o lindeiro da cidade. A fronteira foi traçada por Rômulo com tiras de couro. Quando este anunciou que aquelas eram as fronteiras de Roma, Remo, num gesto jocoso, saltou as “muralhas de Rômulo”. Em reação ao chiste do irmão, Rômulo, num gesto de fúria, partiu Remo com uma espada. Girard demonstra que há outras versões para a morte de Remo. Tais versões melhor revelam a natureza coletiva do assassinato de que esse Herói foi vítima⁴¹. Tito Lívio mostra uma versão bem mais complexa e expõe a rivalidade mimética entre os dois irmãos — o “conflito de gêmeos”— conforme mencionado anteriormente. Expõe, além disso, a enorme possibilidade de conflito que pode resultar da indiferenciação e da estrutura triangular do desejo (o objeto do desejo era a coroa e o batismo da futura cidade):

A estas boas expectativas, misturam-se logo a paixão hereditária (a ambição), a sede de reinar, e esta paixão fez surgir um conflito criminoso de uma empresa de início bastante trivial. Como entre esses dois gêmeos a escolha não era possível, mesmo levando em conta a idade, cabia aos deuses protetores deste lugar designar por áugures aquele que daria seu nome à nova cidade, a fundaria e teria seu governo [...]⁴²

³⁸GIRARD, René; VATTIMO, Gianne. **Cristianismo e Relativismo**. Traduzido por Antonio Bicarato. Aparecida, SP: Editora Santuário, 2010, p. 79.

³⁹NOWAK, S. The Girardian theory and feminism: critique and appropriation. Innsbruck: **Contagion**. Vol. 01, p. 21. Acesso em 22 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.uibk.ac.at/theol/cover/contagion/contagion1/contagion01_nowak.pdf. >

⁴⁰GANS, Eric. The origin of language: violence deferred or violence denied? Innsbruck: **Journal of violence, mimesis and culture**. Vol. 07, spring – 2000, p. 05.

⁴¹Para saber mais: GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 120 – 123.

⁴²TITO LÍVIO. **AbVrbe Condita**. Volume I. Traduzido para o Inglês por Canon Robers. Londres: Ernest Rhys, 1905. Disponível em <https://sites.google.com/site/adduantes/tito-livio/livio01>. Acesso dia 01 de junho de 2015. (tradução livre).

Tito Lívio apresenta essa divergente versão para a morte de Remo, tendo como centro da narrativa, não uma rixa infantil entre os irmãos, mas sim a aguda rivalidade entre ambos. O escritor ainda desmistifica a morte, deixando claro que se tratou de um assassinato:

Se diz que havia sido Remo o primeiro a obter presságios: seis abutres. Ele acabava de indicá-lo quando o dobro se apresentou para Rômulo. Cada um deles foi proclamado rei por seu grupo. Uns faziam valer a prioridade, os outros o número de aves para atrair para si a realeza. Discutem, partem para a luta, as cóleras se exasperam e degeneram em derramamento de sangue e, no tumulto, Remo foi assassinado.⁴³

Aqui é descrita uma situação em que a cidade está dividida entre dois reis que se apresentam como legítimos. Rômulo, apoiado por mais “abutres” consegue vencer a pequena guerra civil e Remo acaba morto. Tito Lívio encerra o texto com a frase: *ibi in turba ictus Remuscecidit*, que é traduzida por Michel Serres por: “aí, na multidão, um golpe matou Remo”⁴⁴. Esta tradução favorece a hipótese a que aqui se adere, qual seja, a de que o texto, embora bastante mais revelador que a lenda, também oculta o assassinato coletivo de Remo.

A morte de Rômulo, pai da cidade de Roma, é uma descrição ainda melhor do assassinato fundador. Na versão de Tito Lívio, Rômulo é tragado por uma “tempestade”. Uma nuvem espessa o envolve e ele desaparece sob os olhos de todos. Após um momento de abatimento, um grupo de jovens aclamou Rômulo como um novo deus. A estrutura dessa história se apresenta (assim como Édipo Rei) como mito fundador exemplar: de rei a “bode expiatório”, de “bode expiatório” à divindade:

Houve, creio, desde esse momento, alguns cétricos que afirmavam em voz baixa que o rei fora despedaçado pelos Pais com suas próprias mãos: com efeito, isto é igualmente dito em grande mistério; a outra versão foi produzida pelo prestígio do herói e pelos perigos do momento.⁴⁵

Ainda segundo Girard⁴⁶, Plutarco tem diversas versões sobre a morte de Rômulo, sendo três delas variantes do assassinato fundador. Na primeira, Rômulo é asfixiado em seu leito por inimigos. Na segunda, é estraçalhado pelos senadores no

⁴³TITO LÍVIO. **AbVrbe Condita**. Volume I. Traduzido para o Inglês por Canon Robers. Londres: Ernest Rhys, 1905. Disponível em <https://sites.google.com/site/adduantes/tito-livio/livio01>. Acesso dia 01 de junho de 2015. (tradução livre).

⁴⁴GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 121.

⁴⁵TITO LÍVIO. **AbVrbe Condita**. Volume I. Traduzido para o Inglês por Canon Robers. Londres: Ernest Rhys, 1905. Disponível em <https://sites.google.com/site/adduantes/tito-livio/livio01>. Acesso dia 01 de junho de 2015. (tradução livre)

⁴⁶GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 117.

templo de Vulcano. Na terceira, Rômulo, no pântano da Cabra, é tragado pela tempestade de que Tito Lívio dá notícia. Durante essa tempestade o “povo comum fugiu” e os senadores permaneceram juntos⁴⁷:

A população comum, na maioria, tomou aquilo como paga, ficou alegre ao ouvir essas notícias, e foi embora, adorando Rômulo em seu coração com boa esperança; mas houve alguns que, áspera e amargamente, procurando a verdade do fato, perturbaram muito os patrícios, imputando a eles que abusavam da multidão rude com vãs e loucas persuasões e que, entretanto, haviam sido eles mesmos com suas próprias mãos que haviam matado o rei.⁴⁸

Este texto é compatível com o de Tito Lívio sobre a morte de Remo. Nota-se a divisão da jovem Roma em facções. Parte do povo se alegrou com a morte do rei, a outra cobrou dos patrícios a “verdade do fato”. Curiosamente, a parcela que não se resignou com o homicídio foi responsabilizada pelo autor. Rômulo provavelmente foi, tal qual César, assassinado pela elite que formava o senado. Posteriormente, assim como César, foi divinizado. Os muitos séculos que separam uma história da outra fazem com que o mito fundador da cidade seja bastante diferente do mito fundador do Império, em que pese o evento narrado seja, provavelmente, o mesmo. O desenvolvimento de uma historiografia na República romana impediu a mistificação de sua morte, mas não impediu sua divinização.

A narrativa clássica da fundação de Roma e da rivalidade entre os dois irmãos encontra paralelismo com a de Caim e Abel. Caim, assim como Rômulo, é o pai da cidade e da cultura⁴⁹. Assim como na história romana, é do assassinato fundador que emergem essas fundações. Mas há duas marcantes diferenças entre as duas histórias. Em primeiro lugar a perspectiva. No mito romano, Remo é responsável pela própria morte, uma vez que infringiu a lei que estabeleceu a nova cidade. Abel, ao contrário, é retratado como inocente. Rômulo é o herói que primeiro protegeu as “muralhas” de Roma, colocando seu patriotismo acima do amor pelo irmão. Caim é apenas um assassino. O texto veterotestamentário denuncia a violência e se coloca ao lado da vítima. O mito romano faz o perfeito oposto. Os fins de Rômulo e Caim são, também, bastante distintos. Rômulo é, assim como seu irmão, assassinado. Caim é expulso por Iaweh, e quando revela seu medo de ser assassinado, recebe d’Ele um sinal (o sinal de

⁴⁷GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 117.

⁴⁸ PLUTARCO. **Vidas paralelas**. Tomo I. (tradução livre), p. 81-82. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000476.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

⁴⁹SUSIN, L.C. Da religião do sacrifício à religião da fraternidade. **Revista Teocomunicação**. Vol. 40. Nº3. Porto Alegre, set/dez 2012, p. 385.

Caim) que serve como aviso para que ninguém o assassine. Iaweh recusa a retribuição como forma de “justiça”, assunto que se pretende aprofundar em momento oportuno.

Mitos como o de Rômulo e Remo, longe de serem fábulas educativas, conforme foram tratados até boa parte do século XX⁵⁰, são, em verdade, narrativas de um acontecimento real. Esse evento é uma perseguição coletiva, narrada da perspectiva dos perseguidores. A verdade sobre a perseguição é cuidadosamente ocultada. A ilusão mítica⁵¹ que envolve esse grupamento humano após o linchamento coletivo, não deixa margem para a versão da vítima. O mito é a “verdade” da coletividade em face do indivíduo.

Segundo Eliade⁵² algumas tribos indígenas como os Pawnee, Cheroquis e Karadjeri têm diferentes nomes para narrativas imaginárias e narrativas realmente ocorridas nos primórdios do mundo. Para esses povos, há lendas tais como as fábulas, que teriam uma finalidade lúdica e educativa; em contrapartida, há os mitos fundadores, os quais narram a história do surgimento do mundo e do próprio povo. Essa dupla categorização para as histórias — que aos olhos do observador poderiam parecer fantasiosas — corrobora a hipótese girardiana de que os mitos são narrativas de eventos reais. A mitologia dos povos é bastante rica e diversa, bem como os rituais e religiões que atualizam o mito sobre o qual se baseiam. Existe uma enorme pluralidade de formas de narrar e reencenar o evento fundador. Apesar disso, o evento sobre o qual se apoiam todas essas formas religiosas e ritualísticas é um só: o assassinato fundador. Muitas vezes essa violência é escamoteada nas narrativas, mas o exegeta atento reconhecerá nessa espécie de mito a iniludível marca do sangue da vítima sagrada.

Nessas histórias, conforme se verifica em um enorme número delas, um deus surge na localidade e inicia uma série de desordens. Os ancestrais míticos se unem para matá-lo e conseguem. Esses homens, futuros pais fundadores, serão um importante elemento de identidade para esses grupos⁵³. Depois disso, o deus se recolhe. Sobe aos céus, vai para o fundo do mar, se esconde nas florestas ou montanhas e só retorna no “tempo ritual”⁵⁴. Antes de partir, entretanto, a divindade deixa ao povo as fórmulas do

⁵⁰GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma:** para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 144.

⁵¹GIRARD, René. **A rota antiga dos homens perversos.** Traduzido por Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009, p. 43.

⁵²ELIADE, Mircea. **Aspectos do Mito.** Traduzido por Manuela Torres. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 15.

⁵³STORK, Peter. An introduction to the Work of René Girard. *In:* BAILIE, G. **Violence Unveiled.** Nova York: Crossroad, 1999, p. 17.

⁵⁴ELIADE, M. **O Sagrado e o Profano.** Tradução de Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 66.

ritual que permitirá seu retorno. Da execução periódica destas, depende a manutenção do mundo. O assassinato fundador limitará a violência comunitária em ritos, o que se revelará, na maior parte dos casos, um mecanismo eficaz de estabilização social. Em sua vasta pesquisa sobre os mitos fundadores, René Girard chega a uma estrutura comum. Um ou outro ponto pode ser obscurecido na narrativa, mas em regra todos os elementos abaixo listados são expostos. O mito fundador tem, em geral, a seguinte estrutura:

- a) Há inicialmente uma crise de indiferenciação generalizada, as barreiras culturais inexistem ou caem;
- b) Seguem-se, a essa crise, crimes diferenciadores ou a aparição de indivíduos com sinais diferenciadores (sinais físicos, psíquicos, etc);
- c) Uma vítima é escolhida por possuir características que sugiram sua vinculação com a crise (não havendo qualquer necessidade de relação de causalidade);
- d) Toda a responsabilidade sobre a crise é atribuída à vítima e contra ela forma-se uma unanimidade violenta que resultará em sua morte ou expulsão;
- e) Como a vítima atraiu para si toda a violência coletiva, os demais indivíduos (que se ocupavam em uma guerra de todos contra todos) reconciliam-se;
- f) Atribui-se aos efeitos salutares da morte ou expulsão do “bode expiatório” natureza divina;
- g) A vítima é divinizada, e a paz que ela proporcionou por meio de sua morte (ou expulsão) é considerada seu legado aos homens.⁵⁵

Como se verá posteriormente, não é coincidência que o mesmo esquema se repita nas histórias bíblicas; em algumas, mais de uma vez, como na de José do Egito, bem como na paixão de Cristo. A correlação se deve ao fato de que, como os mitos fundadores, as histórias bíblicas também narram perseguições coletivas. A diferença entre os dois tipos de narrativa inverte totalmente seu significado enquanto símbolo religioso, visto que as histórias veterotestamentárias e evangélicas são narradas sob a perspectiva dos perseguidos, e não sob a do perseguidor, como são os mitos de origem⁵⁶.

⁵⁵GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 88.

⁵⁶GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. Traduzido por Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 81.

Embora os “bodes expiatórios” possam apresentar certas marcas e sinais que os distinguem da maioria, não há conexão entre qualquer ato praticado por este e o desfecho sacrificial. A violência é sempre substitutiva e isso se perpetua nos ritos sacrificiais e nas formas primitivas de “justiça”. A ideia de vítima substitutiva é absolutamente alheia à cultura ocidental moderna, em que todas as punições são aplicadas em resposta à conduta do agente. Todavia, em muitas sociedades simples, a morte de qualquer indivíduo, após um fato escandaloso, é suficiente para que a “justiça” seja inevitavelmente vivenciada. Lucien Lévy-Bruhl narra um curioso costume dos índios de Queensland (que também pode ser observado entre os Zulus). Segundo o autor, após a morte de um homem importante, era necessário que alguém morresse. Se não fosse encontrado o assassino, ou este não pudesse ser punido, seria escolhida uma vítima entre os marginalizados daquela região para que fosse punida em seu lugar:

Encontrarão então outro culpado: este se encontrará geralmente na tribo mais fraca da vizinhança, e no membro dessa tribo mais desprovido de amigos. Nesse distrito é preciso, depois da morte de toda personagem considerável, que alguém seja morto.⁵⁷

O sacrifício acima descrito não é meramente religioso. Como trata da solução de um delito, é possível vislumbrar nele o embrião de um sistema de “justiça” penal, uma “justiça” calcada sobre elementos místicos. Mas a busca inicial pelo verdadeiro assassino revela que a natureza desse sistema é judicial. Há, em verdade, uma instituição híbrida, que tenta aplicar a pena ao culpado e, não sendo possível, sacrifica o “bode expiatório”. Houve muitos sistemas penais que oscilaram entre sacrifício e pena. Ver-se-á no item seguinte que até mesmo a legislação romana, a mais sofisticada do mundo clássico, conheceu essa situação⁵⁸.

O sucesso do sacrifício depende inteiramente da “ilusão mítica”⁵⁹, ou seja, da crença de toda a comunidade de que o sacrificado é, de fato, o responsável pela crise que antecedeu seu sacrifício. Num processo totalitário⁶⁰ como é o mecanismo vitimário, não pode haver possibilidade para diferentes pontos de vista. Como foi dito anteriormente, uma crise de grandes proporções precede o assassinato fundador. Em diversos rituais, a crise é revivida com danças, uso de álcool, lutas simuladas, dentre

⁵⁷LÉVY-BRUHL, L. **A mentalidade primitiva**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2008, p. 254.

⁵⁸Lei das XII tábuas, disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

⁵⁹GIRARD, René. **A rota antiga dos homens perversos**. Traduzido por Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009, p. 43.

⁶⁰GIRARD, René. **A rota antiga dos homens perversos**. Traduzido por Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009, p. 46.

outras práticas. Em alguns ritos, a futura vítima é humilhada constantemente pelo restante do povo, que a insulta e agride por longas temporadas. Em outros, é tratada como um rei, recebendo todo tipo de regalia, até o dia de seu sacrifício⁶¹. Em outras sociedades – e esse exemplo talvez seja mais importante – o “bode expiatório” é obrigado a praticar uma série de maldades, para confirmar a cólera dos deuses e ao mesmo tempo reforçar a “ilusão mítica”⁶². Imersos em uma espécie de “cegueira”⁶³, os membros da comunidade acreditar-se-ão fazedores da mais cristalina “justiça” ao vitimar o escolhido. A “ilusão mítica” é o próprio sentido do sacrifício. Sem ela não haveria catarse, tampouco pacificação.

A “ilusão mítica” é formada pelos seguintes elementos:

- a) A crença de que o “bode expiatório” é mau e o único responsável pelos problemas que se abatem sobre a comunidade;
- b) A crença na violência como meio de “purificação” da comunidade;
- c) A crença de que todo aquele que é perseguido pela comunidade é também um perseguido pelos deuses;
- d) A crença que o mal deve ser combatido com o mal.⁶⁴

O primeiro desses elementos é, talvez, o mais explícito nos diversos mitos. Em *Édipo*, a epidemia que se espalha por Tebas e ameaça destruí-la, é culpa exclusiva do “herói”. Sua expulsão tem como efeito imediato a cessação da pestilência. Édipo é tão absolutamente mau, que comete os dois crimes mais infamantes que existem: o parricídio e o incesto. Sua responsabilidade por esses crimes é tão completa que ele mesmo adere à comunidade perseguidora e pune a si próprio. Se o “bode expiatório” é um mal absoluto e chama para si todos os conflitos, só sua eliminação física pode restaurar a paz e encerrar a “guerra”⁶⁵. Apenas aniquilando esse “exército de um homem só”, a comunidade pode reverter a má reciprocidade que se formara. Essa crença em uma violência definitiva e purificadora é a segunda característica da ilusão mítica que aqui se analisou. A terceira, como dito no item “c”, é perfeitamente exemplificada em

⁶¹O que mais uma vez confirma o caráter ambivalente do “bode expiatório” que ora é maldito ou divinizado.

⁶²MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. Ensaio sobre a natureza e a função do sacrifício. In: **Ensaio de Sociologia**. Traduzido por Luiz João Gaio. São Paulo: Perspectiva, 1981, p. 211.

⁶³GRUENLER, C. C. S. Lewis and René Girard on Desire, Conversion, and Myth: The Case of *Till We Have Faces*. **Christianity and Literature**, Vol. 60, n°2, Winter –, 2011.

⁶⁴CHANTRE, Benoît. Clausewitz e Girard no coração do duelo. In: GIRARD, R. **Rematar Clausewitz: Além Da Guerra**. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 342

⁶⁵Para melhores comparações entre Jó e Édipo ver: GIRARD, René. **A rota antiga dos homens perversos**. Traduzido por Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009, p. 44 e ss.

um importante texto veterotestamentário. No livro de Jó, três “amigos” tentam convencê-lo a assumir seu erro frente a “deus”. Jó, no entanto, se diz inocente e reage à insistência dos “amigos”. O primeiro discurso de Elifaz de Temã a Jó (Jó, 4,5) expõe com precisão a “teologia da retribuição” que dominava a cultura pré-judaica:

Lembra-te: qual o inocente que pereceu?
 Ou quando foram destruídos os justos?
 Tanto quanto eu saiba, os que praticam a iniquidade
 E os que semeiam o sofrimento também o colhem.
 Ao sopro de Deus eles perecem, e são aniquilados ao vento de seu furor.
 (...)
 Chama para ver se te respondem;
 A qual dos santos te dirigirás?
 O arrebatamento mata o insensato,
 A inveja leva o tolo à morte.
 (...)
 Bem aventurado o homem a quem Deus corrige!
 Não desprezes a lição do Todo-poderoso.
 Pois ele fere e cura;
 Se golpeia, sua mão cura.⁶⁶

Embora Jó alegue inocência, para Elifaz ele é culpado. O fato de estar sendo perseguido pela comunidade e desprezado pelas pessoas próximas é, para Elifaz, prova suficiente de que Jó está amaldiçoado e de que deve capitular e reconhecer sua culpa. A proposta do “amigo” é de que Jó adira aos perseguidores e desista de apregoar sua própria inocência. Nenhum inocente jamais “pereceu”, nenhum justo foi destruído, diz Elifaz. Logo, Jó só pode ser culpado. Não há “santos” a quem Jó possa recorrer. O “deus” de Elifaz “fere e cura”, ou seja, é um “deus” que faz “bodes expiatórios”. O Deus que intervém em favor de Jó no fim do livro não é, portanto, o mesmo “deus” de Elifaz⁶⁷.

Por fim, o último elemento da “ilusão mítica” é a crença de que o mal se combate com mal. Esse aspecto da ilusão mítica está presente nos textos bíblicos através da fórmula “Satã expulsa Satã”⁶⁸. “Satã expulsa Satã” pode ser interpretado por “o mal expulsa o mal”. Há, nesse ponto, a clara representação da retribuição enquanto princípio de “justiça”, o qual, como se sabe, Jesus logrou desacreditar. Jesus pregou a unidade em face da cisão. Sua parábola em Marcos (3, 23-26) expõe os próprios limites

⁶⁶BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p. 615-617.

⁶⁷GIRARD, René. **A rota antiga dos homens perversos**. Traduzido por Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009, p. 112.

⁶⁸GIRARD, René. **Veio a Satan caer como el relámpago**. Traduzido do francês por Francisco Díez Del Corral. Barcelona: Anagrama, 1999, p. 58.

do mecanismo sacrificial, denunciando que Satã não poderia indefinidamente expulsar a si próprio⁶⁹:

Como pode satanás expulsar a Satanás?
 Pois se um reino está dividido contra si mesmo, não pode durar.
 E se uma casa está dividida contra si mesma, tal casa não pode permanecer.
 E se Satanás se levanta contra si mesmo, está dividido e não poderá continuar, mas desaparecerá.⁷⁰

Os sistemas judiciais nascem, invariavelmente, com o Talião. Sua incidência nas mais diversas e distintas culturas, sua quase completa universalidade, são indícios de que as sociedades humanas pisaram, quando não ainda pisam, nas formas embrionárias de “justiça”. O Talião, o “olho por olho” de que trata Mateus (5, 38-40), é o início da desmistificação do sacrifício rumo à supressão da aleatoriedade. Pretende-se com ele que o culpado seja punido com o mesmo dano que provocou. A retribuição é, portanto, a primeira forma de “justiça”. Devolver o mal com o mal, usar Satã para expulsar Satã, é o primeiro modelo de resolução de conflitos em matéria penal.

A ideia de retornar o mal ao mal nada mais é do que a vingança da comunidade contra aquele que rompeu com sua cultura, estabelecida pelos ritos. O assassinato fundador que dá origem a essa cultura, é o crime que não pode ser repetido. Tal crime opera a distinção original entre o que é interior e exterior (isto é, cria a fraternidade da exclusão entre os que participam do culto como repetição), o que é aceitável e inaceitável, e prevê as mais terríveis sanções a quem possa subverter essa ordem⁷¹. O Talião é a reedição do “todos contra um” original. O mal expulsa o mal e se torna “bem”. A violência “sagrada” da multidão purifica a comunidade enquanto retaliação à violência “profana” do acusado.

Mais do que seu conteúdo, invariavelmente violento, e a ausência de fundamentação para o que Tobias Barreto chamará de “direito de punir”, o que há no Talião de mais afastado da lei “moderna” é o processo que o efetiva. Em geral, ordálios são a forma utilizada para aferir responsabilidade penal. Ordálios de que é impossível se

⁶⁹A redação em Lucas (11: 17 - 20), parece ainda mais explícita: “Todo o reino dividido contra si mesmo será destruído e seus edifícios cairão uns sobre os outros. Se, pois, Satanás está dividido contra si mesmo, como subsistirá o seu reino?” In: BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p. 1363.

⁷⁰BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p. 1325.

⁷¹GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. Traduzido por Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 63.

safar. Nesse conjunto de leis, a impressão da população é suficiente para apontar um culpado. Por isso, o Talião ainda não é pena. Apesar disso, não se pode chamar o Talião de sacrifício, puramente. Há nele elementos novos, como, por exemplo, leis escritas, algumas votadas em processo legislativo. Há, por vezes, graus maiores de afastamento com relação à simples retribuição, e diferentes ideais de “justiça”. Tome-se como exemplo o preâmbulo do código de Hamurabi:

Quando o sublime Anu, rei dos Anunnaki, e Enlil, senhor do céu e da terra, que determina os destinos do território,
 Atribuíram a função de Enlil (governo) sobre todo o povo a Marduk, o filho primogênito de Enki, fizeram-no grande entre os Igigi,
 Quando chamaram a babilônia pelo seu nome exaltado, fizeram-na inigualável no mundo,
 Quando em seu meio estabeleceram para ele um reinado perene cujas fundações são tão sólidas quanto o céu e a terra –
 Então Anu e Enlil chamaram-me, Hamurabi, príncipe obediente, venerador dos deuses pelo meu nome,
 Para fazer a justiça prevalecer na terra, para destruir os maus e perversos, para impedir que os fortes oprimissem os fracos,
 A fim de que eu me elevasse como o sol sobre os povos de cabeças escuras, para iluminar a terra.⁷²

O preâmbulo apresenta três motivos (o código chama esses motivos de “justiça”, pelos quais os deuses incumbiram Hamurabi de outorgar seu código):

- a) “Destruir os maus e perversos”, ou seja, pagar o mal com o mal. Um tema claramente retributivo, típico dessa espécie de legislação;
- b) “Impedir que os fortes oprimissem os fracos”. Há nesse ponto algo importante. A lei que ele promulga pretende proteger os fracos, portanto, proteger os mais facilmente sacrificáveis. Isso mostra que o afastamento com relação ao sacrificial se deu em diferentes níveis de sociedade para sociedade, e não conheceu nenhuma linearidade;
- c) “A fim de que eu me elevasse como o sol sobre os povos de cabeças escuras...”, o redator do código teve uma intuição incomum. Percebeu que a ordem interna de um império tem marcantes consequências políticas. Se o código trouxesse pacificação para o interior das fronteiras, isso representaria mais poder externo para empreender conquistas e submeter países vizinhos.

Embora o código de Hamurabi seja sinônimo de “Talião”, apenas um dos motivos para outorgar a lei é meramente retributivo. Isso adianta o que se pretende

⁷²VOEGELIN, E. **Ordem e história**. Volume I: Israel e a revelação. Tradução de Emília Camargo Bortolotti. São Paulo: Loyola. 2009, p. 72.

expor no item seguinte: que sacrifício e pena conviveram na maior parte dos sistemas judiciais. A pena é filha do sacrifício. Alguns grupos humanos não souberam criá-la, e permaneceram utilizando o critério religioso para solucionar crimes. Outros mesclaram sacrifício e pena, tendendo para um ou para outra em maior ou menor grau. O ocidente cristianizado criou a noção “moderna” de pena⁷³, qual seja, uma sanção estatal, secular, não aleatória, não sacrificial, aplicada a partir de uma diferenciação declarada pelo poder judiciário legítimo e por um procedimento previsto em lei. A luta dos estudiosos do Direito Penal “moderno” como ciência⁷⁴ é no sentido de evitar que pena seja sacrifício. Daí pergunta-se: por que surge no ocidente a noção “moderna” (ou não sacrificial) de pena? Ou, em outras palavras, por que no ocidente “Satã” tornou-se incapaz de expulsar a si próprio? É o que o presente trabalho pretende doravante responder.

1.1.2 A fórmula de Caifás e as intuições de Tobias Barreto

Salus pupuli suprema lex esto
Cícero

O sacrifício é a violência canalizada para um alvo único, uma pessoa ou um pequeno número de pessoas. A lógica sacrificial é a de livrar a coletividade da crise à custa de um indivíduo. O sacrifício é a emulação da primeira resolução sacrificial, a fundadora, ensinada pela “divindade”. Esse mecanismo, fundador da cultura, segue a lógica do linchamento, isto é, a lógica do movimento de “massa”, regra do “todos contra um”. A economia de violência que resulta do sacrifício fez com que as primeiras comunidades humanas pudessem sobreviver. O sacrifício tem sua origem com vítimas humanas que posteriormente foram substituídas por animais. Em algumas culturas, como a hindu, os animais foram substituídos por plantas⁷⁵. É impossível saber hoje quantos séculos foram necessários para se descobrir que a vítima substitutiva também podia ser, ela mesma, substituída. É impossível saber, também, que experiências convenceram uma ou outra sociedade de que a imolação de vítimas animais ou vegetais

⁷³Refere-se ao “Ocidente” como unidade cultural e não geográfica. Quanto à tradição jurídica tratar-se-á como Ocidente, conforme leciona Harold J. Berman, os países em que houve uma clara distinção entre a identidade Política e Jurídica da Igreja e o poder secular. Esses países, segundo Berman, seriam tributários no campo jurídico do movimento que deu origem ao primeiro sistema jurídico ocidental, qual seja, o “Novo Direito Canônico” (*Jus Novum*). Cfr: BERMAN, Harold. **Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 12 -13.

⁷⁴Para os que defendem ser o *Direito Penal* uma ciência.

⁷⁵GIRARD, René. **O Sacrifício**. Traduzido por Margarida Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 24.

seria também bem recebida pelos deuses. Embora as vítimas difiram e os rituais também, a lógica segue sendo a mesma: fazer desaguar a violência sobre um alvo que não pode vingar-se e que não pode ser vingado.

Uma vez que a cultura está fundada sobre o sacrifício enquanto violência coletiva, se alguém rompe com esta, sofre a repetição do mecanismo fundador tendo a si como “bode expiatório”⁷⁶. Nesse sentido, a violência sacrificial é conservadora, pois visa à preservação da cultura estabelecida. Os interditos, como primeiras formas de regulação social, têm por único objetivo propiciar a manutenção do modo de vida, através da evitação de conflitos. A família, a *pólis*, a tribo, o reino, enfim, a coletividade são as categorias fundadoras das primeiras formas de direito. As primeiras leis são pensadas para o grupo. São leis da multidão nas quais o indivíduo sempre deve ceder, pois os direitos individuais ainda inexistem. Na lógica sacrificial, o direito de receber holocaustos é da divindade, a qual protege o grupo humano, que é, em verdade, o verdadeiro destinatário do sacrifício.

O povo, destinatário do sacrifício, acredita-se livre da “maldição”, uma vez que tal sacrifício apazigua os deuses. Em verdade, contudo, é o desejo de sangue do próprio povo que foi apaziguado. O ódio direcionado contra a vítima expiatória fundará uma “fraternidade da exclusão”, com o reforço dos laços dos que tomam parte como perseguidores, e o perseguido, excluído, sofrerá o que hodiernamente se convencionou chamar de “reificação”. O sacrifício é, por isso, um esforço de reafirmação da inclusão/exclusão, que em última instância reafirma a própria cultura. O cerne da “justiça” sacrificial é a manutenção da coesão do grupo. Fazer “justiça” é agir conforme a vontade dos deuses segundo os ritos praticados por aqueles que neles creem: o povo.

A lógica sacrificial está bem descrita nos evangelhos, pois, como se verá nos capítulos seguintes, Jesus foi vítima do mecanismo do “bode expiatório”. Em certa passagem de João (11, 47-53), sacerdotes e fariseus debatem qual medida deve ser tomada contra o jovem rabino que vem ganhando notoriedade como líder espiritual na região da Judéia, em especial após a ressurreição de Lázaro. O livro de João assim descreve a “conspiração contra Jesus”:

Os pontífices e os fariseus convocaram o Conselho e disseram: ‘Que faremos? Este homem multiplica os milagres. Se o deixarmos proceder assim todos crerão nele, e os romanos virão e arruinarão a nossa cidade e toda a nossa nação.’

⁷⁶GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. Traduzido por Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 63.

Um deles, chamado Caifás, que era o sumo sacerdote daquele ano, disse-lhes: ‘Vós não entendeis nada!

Nem considerais que vos convém que morra um só homem pelo povo, e que não pereça toda a nação.’

E ele não disse isso por si mesmo, mas, como era sumo sacerdote daquele ano, profetizava que Jesus havia de morrer pela nação, e não somente pela nação, mas também para que fossem reconduzidos à unidade os filhos de Deus dispersos.

E desde aquele momento resolveram tirar-lhe a vida.⁷⁷

O texto é revelador porque, ao início, enumera as razões pelas quais o Conselho se reúne para deliberar sobre Jesus. A razão imediata é o fato de Jesus estar fazendo milagres e atraindo para si a crença das pessoas. A razão mediata é a possibilidade de que isso desagrade o poder romano e tenha indesejáveis consequências políticas para a “nação”. Não há, nas razões que atraem o escândalo sobre Jesus, nenhum crime ou blasfêmia. Ao contrário, a preocupação da assembleia reunida é com milagres autênticos que tem o potencial de atrair crentes. Jesus não é retratado na passagem como um bandido, ou mesmo um blasfemo, mas, sim, como alguém que tem legítimas experiências místicas.

O que os conselheiros narram é uma crise sacrificial. A possibilidade de uma desordem no campo religioso, que trará impacto à comunidade. Soma-se a isso a possibilidade de o povo de Israel, que se encontrava sob o julgo romano, ser exterminado. A crença de “todos” nesse homem se apresentava como promessa de destruição da “nação”. Ao contrário dos textos míticos, o evangelho revela a inocência do perseguido. Os próprios perseguidores a atestam. O mais poderoso deles, Caifás, o sumo sacerdote do templo, põe fim às discussões sobre o destino de Jesus com uma frase que resume o que seja o mecanismo do “bode expiatório”: *Vós não entendeis nada! Nem considerais que vos convém que morra um só homem pelo povo, e que não pereça toda a nação.* Denomina-se fórmula de Caifás⁷⁸ o princípio sacrificial segundo o qual convém que um só morra para salvar a todo o povo.

A fórmula de Caifás mostra a estreita relação entre sacrifício e sobrevivência da comunidade. Tal fórmula ganha relevo tendo em vista que fora pronunciada em um tempo no qual os sacrifícios humanos não eram mais aceitos pelo povo hebreu (e menos ainda pelos romanos, que dominavam a região). As penas e os julgamentos que lhes

⁷⁷João (11, 42 – 50). In: BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p.

⁷⁸Conforme é chamado por René Girard em: GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

davam ensejo continuavam, tanto em Roma quanto em Israel, tendo a marca do religioso sacrificial, mas não eram sacrifícios religiosos. Os julgamentos em Israel se pretendiam cívicos, conforme dá testemunho o livro dos Deuteronômios (1, 16-17). Havia, inclusive, alguma regra de hermenêutica e de jurisdição, além das leis escritas. Mas situações como a narrada na Paixão de Cristo subjaziam ao sistema judicial. Mesmo o sistema romano, mais sofisticado do que o israelita, cedeu frente à violência da massa que pedia a morte do “bode expiatório”.

Jesus foi sacrificado, ainda que a lei assim não permitisse. O escândalo comunitário, iniciado a partir da elite e que posteriormente contaminou todo o povo, fez ceder a legalidade vigente. Pilatos tentou em vão mostrar que não havia motivo para aplicação de “pena”. O governador romano da Judeia tentou convencer aos representantes do Sinédrio de que não havia culpa em Jesus. Depois tentou ainda convencer de que uma surra seria suficiente para aquela espécie de acusação. Tentou, portanto, opor ao desenfreamento da massa princípios da pena, como culpabilidade e proporcionalidade, mas não teve sucesso. Pilatos cedeu, como muitos julgadores de todas as épocas, assim como julgadores, nos dias de hoje, cedem. O que foi aplicado a Jesus não foi a pena, previstas nas leis romanas e hebraicas, mas seu contrário: *o sacrifício*. E a luta dos juristas “modernos”, como dito antes, é no sentido de evitar que a pena seja sacrifício. Se o sacrifício e a canalização da violência são da natureza humana, a pena e a limitação da violência são de sua cultura⁷⁹.

Talvez, nenhum jurista antes de Tobias Barreto de Meneses (1839-1889) tenha compreendido tão bem a dimensão irracional da pena e sua ligação com o sacrifício. Esse professor de direito, que nunca visitou a capital do Império, foi um dos maiores, senão o maior, intelectual brasileiro do século XIX. Em 1881 em seu sítio no interior, escreveu dois ensaios jurídicos de aguda percepção. Em *Sobre uma nova intuição do direito*, Barreto expõe sua teoria da Justiça; em *Fundamento do direito de punir*, publicado inicialmente como um *post scriptum* ao livro *Menores e Loucos*, se vale da filosofia jurídica, da história do direito e da antropologia para explicar o fenômeno da pena.

⁷⁹Refere-se aqui às sociedades complexas, que souberam construir formas mais ou menos seculares de *Direito Penal*.

O primeiro dado interessante sobre esse escrito é que, publicado em 1881, fez severas críticas à teoria do crime-doença⁸⁰, então dominante graças à escola positiva italiana. De partida, chama de “românticas” as tentativas de explicar o crime como um fenômeno *psychopathico*, e adverte que, mesmo que essas teorias fossem válidas, a “doença” do agente não impossibilitaria ao Estado a aplicação da pena. Essa explosão de originalidade deste jurista se deve a um diálogo interdisciplinar, tão raro à época, com as ciências sociais, mais especificamente com a antropologia de Hermann Post.

Com *O fundamento do direito de punir*, Barreto pretende responder a duas perguntas:

1º. Se ha com effeito crimes ou acções perturbadoras da harmonia publica, e se o homem é realmente capaz de pratica-las; 2º. se a sociedade, empregando medidas repressivas contra o crime, procede de um modo racional e adaptado ao seu destino, se satisfaz assim uma necessidade que lhe é imposta pela mesma lei da sua existência⁸¹.

A resposta à primeira pergunta é, segundo ele, intuitiva: o crime é o que atenta contra o modo de viver comum. Ou seja, o crime é o rompimento com a cultura, grave o suficiente para causar escândalo. Nesse sentido, o que precede a pena, o escândalo comunitário, é também o que precede o sacrifício.

Porém, mais interessa a resposta da segunda pergunta, em especial porque corroborou-se a resposta dada por Tobias Barreto: *O direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força de seu próprio desenvolvimento*⁸². Para ele, o direito de punir é um dos elementos formadores do próprio conceito de sociedade. Para chegar a essa afirmação Barreto percorre um caminho semelhante ao de René Girard. Em primeiro lugar assevera que as raízes do direito de punir estão na pré-história, tempo em que a luta pela existência era uma *guerra de todos contra todos*⁸³. Em segundo lugar, afirma acreditar que o direito de punir está diretamente relacionado à existência e manutenção social. O direito de punir, portanto, tem por base a experiência, que segue, segundo ele, uma cadeia evolucionar do sentimento à ideia, da ideia ao fato, do fato ao direito⁸⁴. A justiça, que aparenta ser algo descido dos céus é, na verdade, o sedimento de

⁸⁰BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 135.

⁸¹BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 135.

⁸²BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 136.

⁸³BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 139.

⁸⁴BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 138.

séculos de experiência da vida em comunidade⁸⁵. Da mesma forma, os romanos consideravam o direito o resultado de um longo processo social⁸⁶.

O direito de punir, seguindo esse raciocínio, teria nascido de uma necessidade *brutal e intransigente*⁸⁷. Nesse ponto, Barreto cita uma passagem de Hermann Post em que o antropólogo alemão afirma (com o que se concorda neste estudo) que, primitivamente, pena e sacrifício foram a mesma coisa⁸⁸. Punir seria aplacar os deuses e fazer serenar os manes das vítimas⁸⁹. Haveria, assim, uma completa continuidade entre os holocaustos religiosos e as penas. Conforme as palavras de Barreto:

Podem phrases theoreticas encobrir a verdadeira feição da cousa, mas no fundo o que resta é o fato incontestável de que punir é sacrificar – sacrificar, em todo ou em parte, o indivíduo ao bem da comunhão social, - o sacrifício mais ou menos cruel, conforme o grau de civilização deste ou daquele povo, nesta ou n'aquella época dada, mas sacrifício necessário, que, se por um lado não se accomoda á rigorosa medida juridica, por outro lado também não póde ser abolido por efeito de um sentimentalismo pretendido humanitário, que não raras vezes quer ver extinctas por amor da humanidade cousas, sem as quaes a humanidade não poderia talvez existir.⁹⁰

A “fórmula de Barreto” é a reprodução da de Caifás: *punir é sacrificar, em todo ou em parte, o indivíduo ao bem da comunhão social*. A pena é vista por Tobias Barreto exclusivamente pela perspectiva da comunidade. Tinha-se então um direito puramente pensado sob as lentes do Estado e da coletividade, *Auctoritas facit legem*. Embora a existência de direitos naturais fosse debate centenário, essa não era a posição de Barreto que, no fim da vida (época em que escreveu esse trabalho), passara do positivismo jurídico ao historicismo⁹¹.

Como se lê na passagem acima, *para Tobias Barreto, a pena é sacrifício!* Pena e sacrifício têm a mesma origem e, no fundo, sob tantas camadas de linguagem e teorias

⁸⁵BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 140.

⁸⁶BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 142.

⁸⁷BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 142.

⁸⁸BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 143.

⁸⁹BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 143.

⁹⁰BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 143.

⁹¹Virgílio de Sá Pereira dá conta de que Barreto se tornou um dos principais difusores da obra de Ihering no Brasil. In: SÁ PEREIRA, Virgílio de. Tobias Barreto, p. 41, Typ. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1917, *apud*: MOREIRA ALVES, José Carlos. **Estudos de Direito Romano**. Brasília: Edições do Senado Federal, p. 505.

que buscam “encobrir” a verdadeira natureza dos institutos, continuam a ser a mesma coisa. Ambas significam, para Barreto, promover a comunhão da sociedade à custa de um indivíduo. Dessas duas atividades depende, talvez, a manutenção da sociedade de que delas se vale⁹². O punir/sacrificar seria mesmo anterior ao Estado, precederia às formas mais complexas de organização social. Seria uma permanência, um resquício, que faria vãs todas as tentativas de racionalização por parte dos juristas. Sacrificar-se-ia agora em um novo culto, para diferentes deuses, mas ainda a pena seguiria sendo um sacrifício à Moloch⁹³. Para ele, não seria possível encontrar um fundamento racional para a pena, a pena seria algo que está profundamente enraizada na cultura e que tem como origem, a vingança⁹⁴.

Ainda para ele, a expressão maior da vindicta é o Talião, que *se firma na ideia da conservação do equilíbrio psicológico no organismo dos povos*⁹⁵. Na mais célebre passagem desse *o fundamento do direito de punir*, Barreto resume com as seguintes palavras a impossibilidade de compreender a pena sob a óptica do direito:

O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este é o ponto capital. O defeito das theorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito, logicamente fundada; erro que é especulado por uma certa humanidade sentimental, a fim de livrar o malfeitor do castigo merecido, ou pelo menos lh’o tornar mais brando. Como consequência lógica do direito, a pena pressupõe a imputabilidade absoluta, que, entretanto, nunca existiu, que não existirá jamais. O sentimentalismo volve-se contra este lado fraco da doutrina, combatendo a imputabilidade em todo e qualquer grau. Para isso lança mão de razões psiquiátricas, históricas, pedagógicas, social estatísticas; e todas essas razões, é força confessar, são de uma perfeita exactidão. Mas isto somente na hypothese da pena regulada pela medida do direito, o que é de todo inadmissível, porque é de todo inexecutável.”⁹⁶

Como se lê, para Barreto, a pena obedece a razões de Estado, não de direito. O direito pode limitar a pena, mas não é seu fundamento. Para ele, é inútil, ainda, investigar se existe imputabilidade penal ou não. Embora reconheça a precisão das

⁹²BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 143.

⁹³BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 143.

⁹⁴BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 145.

⁹⁵BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 145.

⁹⁶BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 150.

ciências utilizadas para combater a imputabilidade (psicologia, história, pedagogia...), opina que qualquer resultado obtido por elas é indiferente ao direito, no tocante à pena. A função da pena seria, apenas, a de reequilibrar o sistema de forças da sociedade por meio da violência, porém, seguindo rígidos princípios humanitários.⁹⁷

Em seu breve ensaio, Tobias Barreto faz menção ao direito do poder público de aplicar a *Salus Populi Suprema Lex*. Essa máxima romana significa: “a saúde da nação deve ser a lei suprema.” Pode-se chamar a essa máxima de “Fórmula de Cícero”, pois foi usada por Marco Túlio Cícero em diversos discursos, textos e cartas⁹⁸. A Fórmula de Cícero é a equivalente romana da Fórmula de Caifás. A expressão está contida em *De Legibus*⁹⁹. Neste capítulo do livro III (*Liber Tertius*), o autor trata dos poderes extraordinários que devem ter os cônsules romanos. Em seus discursos contra Gaio Verres, proferido no Senado, Cícero mostra conhecimento de que os julgamentos nada mais são do que a racionalização da violência comunitária, ressaltando a necessidade da pena para que o linchamento seja evitado:

En efecto, ¿quién no se da cuenta de que ése, aunque fuese absuelto contra la vontade de los dioses y de los hombres, de ninguna manera podría ser arrancado de las manos del Pueblo romano? (...) No hay, no hay para nadie posibilidad de equivocarse tratándose de este hombre.¹⁰⁰

Cícero defende no Senado romano que é a vontade dos deuses e do povo que Verres seja condenado. Mas como o senador conhecia a vontade dos deuses? Simples. No contexto religioso da república romana, ser perseguido pelo povo era estar amaldiçoado pelos deuses. Os deuses romanos, assim como o deus dos amigos de Jó, são as divindades da multidão. São os deuses que mataram Rômulo e Remo e fundaram a cidade e suas instituições sobre seus túmulos¹⁰¹. Por essa razão mesma, Cícero não tem dúvida: não há como equivocar-se em se tratando deste homem. A verdade do

⁹⁷BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 152.

⁹⁸STRAUMANN, Benjamin. Constitutional thought in the late roman republic. In **History of political thought**. Vol. XXXII. n° 2. Nova York: Summer, 2011, p. 03.

⁹⁹*De legibus*, 3. 8. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg3.shtml>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

¹⁰⁰CÍCERO, Marco Túlio. **Discursos I – Verrinas**. Traduzido para o espanhol por José Maria Requejo Prieto. Editorial Gredos: Madri, 2000, p. 112.

¹⁰¹É a Júpiter que Cícero clama, rogando pela morte de Lúcio Sérgio Catilina: “E tu, Júpiter, cujo culto foi estatuído por Rômulo sob os mesmos auspícios, desta cidade, tu a quem com justiça chamamos o Sustentáculo desta urbe e deste império, hás-de relegar este assassino e os seus comparsas para longe do teu templo e dos restantes, das casas de Roma e das suas muralhas, da vida e dos haveres de toda a população; e àqueles que odeiam os homens de bem, aos inimigos da Pátria, aos salteadores da Itália, unidos entre si por um pacto criminoso e uma aliança nefanda, a esses, vivos e mortos, hás-de puni-los com suplícios eternos.” In: CÍCERO, Marco Túlio. **Discursos: Primeira Catilinária**. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro02.html>. Acesso em 13 de julho de 2017.

mecanismo expiatório é um processo totalitário e até mesmo o Senado poderia sucumbir se não fizesse a vontade da turba:

El Pueblo romano no puede esperar que haya otros em el Senado que puedan juzgar rectamente si vosotros no podeis; es necesario que, si no há perdido la esperanza en toda vuestra clase, se reclame outra categoría de hombres y otro mecanismo procesal. (...) Sabed que hay ciertos hombres a los que atenaza tan gran odio a nuestro rango que andan ya diciendo em público que quieren que ése, que saben que es um hombre muy malvado, sea absuelto, sólo para que se le arrebate as Senado la administración de justicia de manera ignominiosa y vergonzante.¹⁰²

A acusação ciceroneana estava mais preocupada com a pessoa do suposto criminoso e com as consequências políticas de sua absolvição do que com os fatos a apurar. O clamor popular em torno da condenação de Caio Verres era arrebatador, ameaçando colocar o povo contra o Senado. Pela sua absolvição torciam conspiradores que desejavam ver o fim do poder judicial dos Senadores. Se o bem do povo é a medida última da lei, Verres devia ser condenado, como de fato foi, independentemente de qualquer averiguação quanto à sua culpa. A fórmula de Cícero seria o fundamento da condenação de Verres¹⁰³ e, anos depois, também de Catilina.

Embora há muitos séculos a fórmula de Cícero seja criticada¹⁰⁴, apenas na segunda metade do Século XX o indivíduo tornou-se a categoria fundante de todo o direito ocidental, incorrendo, assim, num necessário redimensionamento da função da pena. Se a segurança de todos é a lei suprema na antiga Roma, o sacrifício é sua consequência natural. Se o que mais vale é resguardar o grupo, de que vale a vida ou a liberdade de um só homem? Mas Roma tinha leis, tinha um sistema jurídico formado, com magistrados para julgar conflitos e um poder constituído para fazer valer as sentenças. Podem, realmente, as penas romanas serem chamadas de sacrifício? Tobias Barreto responderia que sim; a resposta mais consistente, contudo, seria: não! O Direito Penal romano estava iniciando sua separação com relação ao sacrifício. Na era “axial”¹⁰⁵, entre 900 e 200 antes de Cristo, os povos abandonaram as “religiões tribais em torno dos sacrifícios, para se abrir à universalidade através da ética da justiça objetiva, como também da ética da bondade, enfim, da compaixão”¹⁰⁶. Cada povo

¹⁰²CÍCERO, Marco Túlio. **Discursos I – Verrinas**. Traduzido para o espanhol por José Maria Requejo Prieto. Editorial Gredos: Madri, 2000, p. 118, 119.

¹⁰³Antes do fim da Acusação, que durou nove dias, Verres fugiu e o processo acabou não concluído.

¹⁰⁴STRAUMANN, Benjamin. Constitutional thought in the late roman republic. In: **History of political thought**. Vol. XXXII. nº2. Nova York: Summer, 2011, p. 08.

¹⁰⁵Termo cunhado pelo filósofo Karl Jaspers. Cfra. JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Trad. Manuela Pinto dos Santos. São Paulo: Cultrix, 1973.

¹⁰⁶SUSIN, L.C. Da religião do sacrifício à religião da fraternidade. **Revista Teocomunicação**. Vol. 40. Nº3. Porto Alegre, set/dez 2012, p. 383.

completou esse “salto” de determinada maneira. O povo romano o fez através do direito. A lei das “Doze Tábuas” foi o primeiro exemplo, em Roma, de lei estatal que se aplicava a todo o corpo social, independentemente do estamento a que pertencesse¹⁰⁷ (permanecendo, porém, a distinção entre homens livres e escravos)¹⁰⁸. Publicada no século V antes de Cristo, foi, juntamente com o *mos maiorum*, uma verdadeira Constituição para os romanos. A Tábua de número VII¹⁰⁹ tratava especificamente do Direito Penal, mas leis penais eram encontradas também em outras tábuas.

De início, é preciso salientar que muitas das normas contidas nas leis das Doze Tábuas são verdadeiras garantias¹¹⁰. Havia a previsão de responder processos em liberdade (Tábua I, artigo 6º), possibilidade de composição (Tábua I, artigo 8º), hipóteses de adiamento de audiência (Tábua II, artigo 1º), possibilidade de perdão para o crime de furto (Tábua II, artigo 10º), a vedação de lei específica para determinada pessoa (Tábua IX, artigo 1º) e a punição (morte) a juízes e árbitros corruptos (Tábua IX, artigo 3º), o que é impactante para a época em que foram escritas. Quanto ao Direito Penal, à pena e ao sacrifício, é possível dividir os dispositivos presentes nessa compilação em três grupos: os não sacrificiais (que oferecem alternativa à pena como retribuição), os puramente retributivos e os sacrificiais.

No primeiro grupo há: 1. A extinção da ação por crime de furto pela transigência do proprietário (Tábua II, artigo 10º); 2. A reparação para os casos de danos patrimoniais dolosos (Tábua VII, artigo 2º); 3. Indenização para casos de incêndio culposo (Tábua VII, artigo 8º); 4. Possibilidade de indenização para casos de lesão ou fratura (Tábua VII, artigos 11º e 12º). Há artigos, como o 1º e 2º, que embora previstos na tábua VII (que versa sobre os crimes), preveem exclusivamente reparação dos danos. Dicção como a do artigo 12º da tábua VII — “se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo” — mostra que embora a regra geral fosse a aplicação do Talião, existiam possibilidades que escapavam à mera retribuição. Havia o início do

¹⁰⁷“Um das principais consequências da lei das Doze Tábuas foi a ordenação da justiça penal romana. Foi, na verdade, a fundadora da mesma, como diz Lauternou, porque com ela retiraram-se as distinções pessoais.” Saldanha citando Letournou in: LETOURNOU, Ch. **L'évolution juridique, Dans les diverses races humaines**. Paris, 1891. *Apud*: SALDANHA, Nelson Nogueira. A lei das XII tábuas e o *Direito Penal Romano*. In **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 58, n. 195, jul./set., 1961, p. 72. Acesso em 30 de junho de 2018. Disponível em: http://www.unicap.br/Arte/ler.php?art_cod=1590

¹⁰⁸SALDANHA, Nelson Nogueira. A lei das XII tábuas e o *Direito Penal Romano*. In **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 73.

¹⁰⁹Lei das XII tábuas, disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em 01 de dezembro de 2014.

¹¹⁰No sentido de limite à atuação estatal.

afastamento paulatino que se inicia na era axial, ganha força com o cristianismo cultural e culmina com o Direito Penal “moderno”.

O segundo grupo é formado por dispositivos meramente retributivos, como por exemplo: 1. A possibilidade de matar o ladrão noturno pego em flagrante (Tábua II, artigo 3º); 2. Da mesma forma para o assaltante que se defende armado (Tábua II, artigo 6º); 3. A pena de fogueira ao que incendia dolosamente a casa de outrem (Tábua VII, artigo 7º); 4. O arremesso a partir da rocha Trapéia¹¹¹ ao que comete falso testemunho (Tábua VII, artigo 16º); 5. E a morte ao magistrado corrupto (Tábua IX, artigo 3º). Em todos esses artigos e em outros mais, as penas são retributivas, algumas vezes mais violentas do que o delito em si.

O último grupo se compõe de dispositivos em que a punição para os delitos é chamada de sacrifício (embora seja uma pena). Neste caso, bons exemplos são: o sacrifício a *Ceres*¹¹² imposto àquele que enfeitiça a colheita alheia ou a colhe furtivamente (Tábua VII, artigo 3º); a declaração de *sacer*, ou seja, pessoa que pode ser sacrificada impunemente aos deuses, ao patrono que prejudica dolosamente seu cliente (Tábua VII, artigo 14º); e, por fim, o sacrifício para aquele que matar homem livre pelo uso do veneno ou feitiço (Tábua VII, artigo 17º). Tais casos são, na realidade, penas, isto é, “sacrifícios” positivados na Lei das Doze Tábuas. Embora haja o elemento religioso, com a indicação de um deus específico para quem o holocausto deve se destinar (no primeiro exemplo dado), essa lei suprime um dos elementos mais marcantes do sacrifício, qual seja, a aleatoriedade que permite a morte de uma vítima substitutiva. Em todas as reprimendas trazidas por esse diploma, há a apuração e a tentativa de identificar o responsável pela crise.

Em todo caso, o artigo mais sacrificial da Lei é o 9º da Tábua III:

Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.

É o mais revelador do caráter sacrificial que subjaz sob a pena, porque é a própria regulamentação de um linchamento, repetição legalizada do assassinato fundador, por meio do esquartejamento do réu. Mas mesmo esta punição oferece uma possibilidade “utilitária”, como diriam os “modernos”: a possibilidade de fazer dinheiro

¹¹¹Rocha a partir da qual eram arremessados os condenados. Era o antigo nome do Monte do Capitólio.

¹¹²Deusa das plantas por nascer.

com a venda do acusado. É evidente que o sistema jurídico penal romano estava em transição entre o sacrifício e a pena, e que a primeira grande legislação, que foi aqui trazida como exemplo, é, em muitos pontos, herdeira de costumes que remontam à fundação da Cidade-Estado. Tobias Barreto e Hermann Post estavam corretos neste ponto: sacrifício e pena eram, em princípio, a mesma coisa. Em Roma, por exemplo, o primeiro ato dos cônsules era sacrificar no foro¹¹³. Na Grécia, onde os romanos foram buscar inspiração para a Lei das Doze Tábuas, os magistrados eram chamados de *entélei*: “Os que devem realizar o sacrifício”¹¹⁴. Portanto, a pena se inicia e se perpetua na Antiguidade a partir do princípio segundo o qual é preciso manter a coesão do grupo à custa do sofrimento de um só, princípio decorrente da teologia da retribuição das religiões mítico-sacrificiais.

Assim se definia a “pena” na República romana. Tal era a definição esposada por Tobias Barreto. Para ele, deveria continuar a ser, embora reconhecesse que os “ideais de comunhão social” fossem aos poucos modificando a natureza da pena¹¹⁵. Para Barreto, a pena era sacrifício, isto é, eliminar a parte para salvar o todo. Porém, ousa-se discordar de Tobias Barreto. Conforme será aprofundado no decorrer desta tese, a pena não é sacrifício. Aliás, é seu perfeito contrário. A pena nasce para evitar o sacrifício, substituindo-o por outra espécie de violência. Para facilitar o trabalho nos próximos capítulos, distinguir-se-á a canalização da violência comunitária em três categorias¹¹⁶, partindo de três critérios principais: a aleatoriedade da vítima, a proporcionalidade da violência e o objetivo da violência:

- a) *Sacrifício*: É uma violência canalizada, que é a primeira instituição, fundadora da própria cultura. É, portanto, o primeiro degrau civilizatório pelo qual passam todos os povos, pois funda a possibilidade de resolução de crises, evitando a completa destruição do grupo. É ritualizada (ritual como repetição do mito que narra o assassinato fundador), aleatória (a vítima é, em geral, substitutiva), ilimitada (a vítima é destruída) e recebe significação no campo religioso;

¹¹³COULANGES, F. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2002, p. 199.

¹¹⁴COULANGES, F. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2002, p. 199, p. 199.

¹¹⁵BARRETO, T. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 147.

¹¹⁶Essa categorização se fez necessária visto que, embora a pena dos antigos e a pena dos modernos sejam ontologicamente diferentes, não havia conceito que permitisse essa distinção.

b) *Pena dos antigos*¹¹⁷: É um constructo cultural que tenta se afastar do sacrifício. Todas as leis penais começam pelo Talião, princípio que rege a lei penal dos *antigos*. A *pena dos antigos* se afasta do sacrifício, visto que limita a violência da reprimenda à proporção do delito praticado. Além disso, surgem, com a *pena dos antigos*, os julgamentos, que visam que a punição se dirija ao legítimo responsável pela crise. É, por isso, uma punição dimensionada a partir de uma diferença, relacionada a uma ação do agente. A *pena dos antigos*, no entanto, mantém resquícios dos sacrifícios: em primeiro lugar, a limitação da violência é bastante tênue e é permitido que o acusado seja destruído (em boa parte das vezes, é indiferente para o acusado ser sacrificado ou punido com essa pena: são males equivalentes); em segundo lugar, é absolutamente voltada à preservação da “nação”. Para usar a expressão de Caifás (que resumia a Lei das Doze Tábuas): “*Que a última vontade do povo tenha força de lei*. A lei penal dos antigos, ainda era a lei da multidão, da turba, enfim, dos linchadores;

c) *Pena dos Modernos*¹¹⁸: É o avesso do sacrifício. Primeiramente, porque completamente secularizada, desprovida, assim, de qualquer elemento transcendente ou místico. Há nela uma aguda limitação da violência da pena (bem como a necessidade de proporcionalidade), devendo em todos os casos haver uma justificativa prática para a punição, não sendo suficiente a mera retribuição. Em todos os casos deve ser um mal menor, ou seja, deve ser melhor ser punido do que permanecer à mercê da vingança comunitária. Não é aleatória, exige-se a identificação do responsável pelo delito. Assim como a pena dos antigos, só pode ser aplicada a partir de uma diferença decorrente de uma ação do sujeito. Ao contrário da *pena dos antigos*, a *pena dos modernos* tem por objetivo não só a comunhão da sociedade, mas também a possibilidade de “salvar” o indivíduo. Essa espécie de reprimenda só é possível com a construção

¹¹⁷ Apesar de estar aqui denominada como *Pena dos antigos*, essa espécie de pena atravessa a Antiguidade, chega aos ordenamentos jurídicos modernos e até mesmo contemporâneos.

¹¹⁸ Ao se referir à modernidade e aos “modernos” não será feita menção ao período que a historiografia tradicional delimita entre 1453 e 1789. Assim como Harold J. Berman, defende-se que a modernidade se inicia entre 1050 e 1150. Nas palavras do autor: “Um dos propósitos deste estudo é demonstrar que, no Ocidente, os tempos modernos – não apenas as instituições e valores jurídicos modernos, mas também o Estado moderno, a Igreja moderna, a filosofia moderna, a universidade moderna, a literatura moderna e tudo mais que é qualificado como “moderno” – deitam suas raízes no período de 1050 – 1150 e não antes dele”. BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 14.

do individualismo no ocidente cristão, tornando possível a percepção de que o criminoso continua sendo, mesmo depois de condenado, parte da comunidade.

A grande batalha dos estudiosos do Direito Penal e do processo penal, desde o fim do século XVIII, é no sentido de que as penas não sejam sacrifícios. Evitar que o Estado faça “bodes expiatórios” é o imperativo categórico da “ciência” do Direito Penal. Mas, para que os sacrifícios deixassem de ser legítimos, foi preciso reconduzir a vítima sacrificial ao seio da sociedade. Substituir as antigas fraternidades da exclusão por uma maior, uma fraternidade global. Foi preciso, enfim, pensar direitos que transcendessem as divisões políticas e conduzissem à unidade. Pretende-se defender nesse escrito que, os princípios do que hoje se convencionou chamar de Direito Penal “moderno” ou “iluminista”, tem raízes profundas na cultura ocidental. Sustenta-se, neste trabalho que, no campo cultural, a substituição do Talião e do Direito Penal bárbaro pelo Direito Penal “iluminista” está relacionada à lenta e, ainda incompleta, superação da teologia da retribuição pela teologia do perdão judaico-cristã.

1.2. Da pena dos “antigos” à pena dos “modernos”

1.2.1. Um prelúdio judaico ao cristianismo cultural

Os antigos viviam, em geral, em um mundo místico cercado por divindades que emprestavam sentido às atividades do cotidiano, à geografia dos lugares, aos fenômenos da natureza, à vida social e à história dos agrupamentos humanos. Absolutamente todos os aspectos da vida de romanos, gregos, egípcios e babilônicos, por exemplo, eram explicados pela relação com as divindades e com o sentimento delas em relação aos homens. A história humana não passava de um reflexo da história que se passava no “outro mundo”; as vitórias nas guerras ou na política eram apenas um resultado dos triunfos da divindade protetora em face de outros deuses. Os deuses nacionais lutavam em batalhas junto a seus “filhos”, bem como em querelas políticas, e se permitiam massacrar os “filhos” de outros deuses.

No paganismo grego e romano, havia uma relação de interdependência entre os deuses e os mortais. Aqueles davam proteção, revelavam o futuro e ajudavam nas guerras, estes ofereciam libações e sacrifícios rituais que alimentavam seus deuses protetores. O destino dos deuses e de seus fiéis estava intimamente ligado. A destruição de um povo simbolizava também a morte de um deus. A religião pagã, quanto a seu culto, baseava-se na prática do oferecimento constante de oferendas aos deuses. Tais

oferendas serviam para ampliar o poder divino e para ensejar a gratidão dos fiéis. Agostinho de Hipona (354 – 430, D.C) explorou as debilidades da teologia pagã para defender a fé cristã contra as acusações que lhe eram lançadas. A mais importante acusação era a de que o cristianismo havia “amolecido” o espírito romano, tornando Roma um alvo fácil para as invasões dos bárbaros. Agostinho defende sua religião com maestria contra esse argumento, mas como será examinado no capítulo seguinte, aqueles que lançaram tais afirmações não estavam de todo equivocados.

As “antigas” religiões estavam sempre pontuadas por locais sagrados, terras sagradas, ou ônfalos do mundo. Essas regiões que mereciam especial devoção eram, via de regra, o centro da unidade política que a vida religiosa irradiava. Eram o centro do universo, que por sua vez correspondia a uma passagem ao mundo cósmico. O centro, ou umbigo do mundo, correspondia ao centro do Cosmos, a partir de onde tudo foi criado. A nação que rendia culto e acreditava na passagem cósmica era a guardiã da entrada do portal, assim como os deuses guardavam sua saída. A explicação mística da natureza acabava por impossibilitar o surgimento de uma observação mais objetiva do mundo, ou, por assim dizer, científica. As explicações míticas eram bastante completas e tornavam inúteis qualquer maior esforço humano no sentido de compreender o mundo que o cercava. Há, é claro, honoráveis exceções na ciência grega, mas mesmo esses esforços estavam limitados pela compreensão mítica.

O paganismo grego e romano tinha outra peculiaridade que desafiava a compreensão “moderna” acerca da religião. Não havia uma doutrina moral que guiasse os fiéis, ou seja, não havia um código de condutas que apontasse para o que é o “bem” em termos práticos. A relação entre os homens e a divindade era de favores mútuos, e não de magistério. Não havia, antes da era “axial”, um mediador que pudesse mostrar qual a vontade de Deus ou dos deuses. Esta atribuição caberia aos ancestrais míticos, cujas condutas nem sempre eram socialmente recomendáveis. Se hoje boa parte das pessoas confunde religião com as doutrinas morais que dela decorrem, na Antiguidade, ao menos na Grécia e em Roma, a religião estava completamente apartada do campo moral. A moral era cívica e não religiosa.

No Oriente Médio a vida religiosa não diferia muito da vida religiosa romana e grega. Porém, aos mitos de origem, somavam-se orientações cosmogônicas que influenciavam a vida política, social e econômica. Foi nesse Oriente Médio, ou próximo, onde o povo hebreu viveu sua experiência religiosa verdadeiramente dissonante das vivências religiosas experienciadas por outros povos da Antiguidade. O

que Eric Voegelin denominava “Salto no ser”¹¹⁹ foi vivenciado por esse grupo humano pouco numeroso e comprimido entre os Impérios Sírio, Egípcio, Babilônico e, posteriormente, Persa¹²⁰.

Em algumas partes havia já o culto ao “deus desconhecido”¹²¹. Na Grécia e no Egito pequenos grupos pertencentes a altos círculos religiosos já faziam menção a um Deus não totêmico. O sentimento da existência de um Deus não corpóreo, não ligado à terra ou a qualquer objeto, um Deus, enfim, abstrato, esteve presente antes da *berit* (Aliança) entre Hebreus e seu Deus. Porém essas crenças não evoluíram e não chegaram a constituir uma verdadeira religião. Não há, por exemplo, registro de seu culto. A primeira religião monoteísta de que se tem notícia foi, por conseguinte, a dos hebreus, que ainda não se chamava judaísmo.

Todavia, o monoteísmo não fora uma constante na vida religiosa do povo de Israel. Em algumas passagens do velho testamento, em sua fase javista, Iaweh é representado como um deus entre outros. Vai à guerra com seu povo contra deuses locais e, posteriormente, cria uma “corte” celeste, onde o próprio Satã tem assento¹²².

Hoje se sabe que muitos desses livros foram legados por outras civilizações. O livro de Jó, por exemplo, é um dos mais antigos do Velho Testamento e foi, possivelmente, inspirado em um poema babilônico. A compilação de diversos livros de diferentes tradições, com incorporações da tradição babilônica, egípcia, fenícia e cananéia, fazem do Velho Testamento um cânon heterogêneo. A primeira fase do cânon é conhecida como “Javista”, ou seja, a que se refere a Iaweh. Iaweh é, então, o deus da *berit* (Aliança), o deus dos hebreus. Posteriormente, ele surge referido como Eloim.

Os hebreus foram responsáveis pela criação da história enquanto narrativa, ou seja, foram o primeiro povo para quem o passado adquiriu significado¹²³. Para os

¹¹⁹VOEGELIN, Eric. **Ordem e história**. Volume I. Traduzido por Cecília Camargo Bartolotti. São Paulo: Loyola, 2009, p. 174.

¹²⁰ Para mais informações acerca de como as sociedades diversas experienciam o fenômeno da transcendência ao longo da história, vide: GLEN HUGHES. **Transcendence and History: The Search for Ultimacy from Ancient Societies to Postmodernity**. University of Missouri Press, 2003.

¹²¹ O culto ao Deus sem nome existia tanto no Egito quanto na Grécia. O próprio Paulo dá notícia disso: “Pois, percorrendo vossa cidade e observando vossos monumentos sagrados, encontrei até um altar com a inscrição: ‘Ao Deus desconhecido.’” (Atos dos apóstolos, 17:23). **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1934.

¹²² “Um dia em que os filhos de Deus se apresentaram diante do Senhor, veio também Satanás entre eles. O Senhor disse-lhe: ‘Donde vens tu?’ – ‘Andei dando volta pelo mundo’ disse Satanás e passeando por ele”. Livro de Jó 1, 6 – 7. Em: BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p. 613.

¹²³VON RAD, Gerhard. **Teologia do Antigo Testamento**. Volume I. Traduzido por Francisco Catão. São Paulo: Associação de seminários teológicos evangélicos, 1973, p. 66.

demais povos da região, a história humana era um simples reflexo do que ocorria no plano celeste. O Deus único, onisciente e omnipresente desmistifica a trajetória da humanidade, que ora se afasta, ora se aproxima do projeto divino, seguindo suas próprias escolhas. Foram os Hebreus, antes mesmo dos gregos, os primeiros a narrar a história como algo protagonizado pelos homens.

Nos primeiros livros veterotestamentários, tem-se a história da aventura do povo de Israel até o encontro com seu Deus. Os livros proféticos narram a tensão entre poder político e o magistério dos profetas, o projeto de deus e os planos dos homens¹²⁴. Há livros como os de Jeremias e Ezequiel que narram parte da história política de Israel, com detalhes sobre a consolidação do poder e mesmo nuances administrativas. Essa espécie de narrativa não faria qualquer sentido se a vida política fosse um infundável duelo entre deuses, para proteger e promover seus adeptos, ou mesmo, seus filhos (semi-deuses).

Tal caracterização é bastante relevante, pois, assim como ocorre no cristianismo, o mito fundador da religião judaica se passa no tempo histórico e não mítico. Os protagonistas das experiências místicas que deram origem à religião não eram “ancestrais míticos”, não eram homens encantados, mas homens comuns. Sua submissão ao Deus não fez deles alguém a ser cultuado. Todos os cultos se centralizavam na divindade.

A história do povo hebreu e sua aliança com Iaweh é, sobretudo, a história de sua perseguição. Os hebreus não fazem “justiça”. Não são eles que derrotam o mal. Não são um povo de sacrificadores, ao contrário, são eles os sacrificados. Nas histórias veterotestamentárias começa a se operar a inversão do mito¹²⁵, que se dará de forma completa na “Paixão”. Nesse sentido, a tradição judaica é um prelúdio da “revelação”, pois é composta de narrativas tomadas do ponto de vista do perseguido, e não do perseguidor, como nos demais mitos fundadores¹²⁶.

A experiência hebraica criou uma religião do povo perseguido, povo este que aguarda a justiça divina e não a dos homens. Com a “Paixão”, posteriormente o cristianismo emergiu não como uma religião de um povo em diáspora (e isto será tema

¹²⁴ Os profetas também clamam pela justiça social e pela moralidade. Conforme relata Wolff, em: WOLFF, Hans Walter. **Bíblia – Antigo Testamento**: introdução aos escritos e aos métodos de estudo. Traduzido por Dulcemar Silva Maciel. São Paulo: Paulinas, 1978, p. 77-78.

¹²⁵ GIRARD, René. **A rota antiga dos homens perversos**. Traduzido por Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009, p. 178.

¹²⁶ GIRARD, R. **Aquele por quem o escândalo vem**. Tradução de Carlos Nougué. São Paulo: Realizações, 2011, p. 102.

do próximo capítulo), mas como a religião dos indivíduos. A solidão de Jesus em face “mundo”, o Deus-homem que permaneceu ao lado da verdade e que fora vítima da injustiça dos poderes mundanos, é a chave para compreender a forma tão peculiar de sociedade, de direito, e de economia que se formou sob a “cristandade”.

O início do longo caminho percorrido até a “Revelação” cristã é identificável ao estudarmos a religião dos Hebreus. Esse povo começou sua caminhada religiosa praticando sacrifícios e holocaustos¹²⁷, passaram posteriormente pela fé em um Deus misericordioso¹²⁸, a qual culminou, doutrinariamente, na crença da vinda de um Messias, o novo Elias, que há de vir libertar o povo eleito. A experiência converteu esse povo da religião dos linchadores para a religião dos perseguidos, e, por fim, a religião do indivíduo em face dos linchadores. Herdeiro desta tradição, o cristianismo estabeleceu-se como uma religião absolutamente única no ponto de vista de René Girard. O Antropólogo francês defende que a narrativa da vida de Jesus é a perfeita inversão do mito fundador, ou nas suas palavras: “o avesso do mito”¹²⁹.

Os livros do Velho Testamento iniciam a inversão dos mitos fundadores, concluída, finalmente, nos Evangelhos. Não há a união violenta da comunidade que almeja fazer “justiça”, ao contrário, a história é contada sob o ponto de vista daqueles contra quem a perseguição é perpetrada. Nessa religião que viria futuramente formar o que hoje se conhece como judaísmo, a “justiça” humana começa a ser desmistificada. Os que tomam parte nas perseguições não são mais que “perseguidores”. Os assassinatos fundadores são também desvelados, e os assassinos são expostos como tal.

As histórias veterotestamentárias seguem estruturas semelhantes a dos mitos fundadores, porém diferem quanto ao desfecho e na forma como são narradas. Logo no livro do Gênesis, por exemplo, Caim comete um crime indiferenciador, o homicídio de seu irmão Abel. O sacrificante anuncia que o sacrificado é puro, mas Deus rejeita o sacrifício. A divindade condena o assassino a uma vida errante e desafortunada. Caim se arrepende de seu malfeito e reclama proteção. Argumenta que corre o risco de ser assassinado, e que não é justo que isso ocorra. A morte de Caim faria total sentido em um mito fundador. O mal seria castigado com o mal, Satã expulsaria Satã, as tribos de beduínos o linchariam, e o bem triunfaria com a eliminação do malfeitor. Mas na

¹²⁷VON RAD, Gerhard. **Teologia do Antigo Testamento**. Volume I. Traduzido por Francisco Catão. São Paulo: Associação de seminários teológicos evangélicos, 1973, p. 38.

¹²⁸WESTERMANN, Claus. **Teologia do Antigo Testamento**. Traduzido por Frederico Dattler. São Paulo: Paulinas, 1987, p. 118.

¹²⁹GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. Tradução de Carlos Nougué. São Paulo: Realizações, 2011, p. 99.

história bíblica o inverso ocorre. Deus o protege com uma marca, o “sinal de Caim”, que informa a todos que aquela é uma de suas criaturas. Depois disso sentencia que “aquele que matar Caim será castigado por sete vezes”. Nessa narrativa, a estrutura mítica é abandonada e o desfecho retributivo não acontece. Ocorre uma crise, uma indiferenciação, um assassinato, mas o sacrifício é rejeitado pela divindade. Deus, por fim, redime perseguidor e perseguido¹³⁰.

Também no Gênesis há a história de José, filho de Jacó. Nessa passagem veterotestamentária, José é o preferido entre os doze filhos de Jacó. A predileção de Jacó residia na capacidade de José de interpretar sonhos. Por ciúmes, seus irmãos pretendiam matá-lo. Desistem. Porém, capturam-no, e o vendem a mercadores que o revendem no Egito, como escravo. Lá, José é comprado por Potifar, um alto militar do reino. Após adquirir sua confiança, aprender a escrever e calcular, José torna-se administrador dos bens de seu amo. A esposa de Potifar tenta, então, seduzi-lo, e José a rejeita. Porém a mulher acusa José de tentar estuprá-la. Nesse ponto, o Velho Testamento reproduz um dos crimes indiferenciadores mais comumente presentes nos mitos¹³¹. José tem afeição por Potifar e o vê como um pai, mesmo assim é acusado de tentar possuir sua esposa. A quebra das barreiras culturais, representadas pelo interdito de possuir a mulher do seu modelo, é uma das mais graves infrações humanas. Não por outra razão, a prática de incesto é, junto com o parricídio, a mais comum das acusações, quando irrompe a perseguição da multidão sobre um indivíduo. É a acusação mítica por excelência.

No processo contra a Imperatriz Maria Antonieta, que a levou a ser executada, uma das alegações proferidas seria a do cometimento de incesto com seu filho¹³², o pequeno Luís XVII, de apenas dez anos. Da mesma maneira, era comum que acusações de estupro precedessem o linchamento contra negros no sul dos Estados Unidos da América¹³³. O estupro relacionado à violência racial coletiva é um tema comum na arte¹³⁴. Hoje, não se tem dificuldade de compreender a falsidades dessas acusações, ou pelo menos desconfiar de sua validade. Na Antiguidade, época na qual se passa a história de José, era praticamente impossível não crer em acusações como essas e,

¹³⁰Genesis 4, 1-16, em: BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p. 52.

¹³¹GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 29.

¹³²GIRARD, René. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 29.

¹³³WOOD, A. L. **Lynching and spectacle**. Charlote: The University of North Carolina Press, 2009, p. 299.

¹³⁴Vide filmes como “O Sol é Para Todos”, de Robert Mulligan, 1961.

assim, formaram-se mitos como o de Édipo¹³⁵. Enquanto Édipo é tido no mito e na peça de Sófocles¹³⁶ como responsável pelo incesto de que o acusam, José é inocente no Velho Testamento. Mais do que inocente, a culpa da tentativa de violação do interdito é de quem o acusa.

Condenado injustamente, José é preso. No cárcere, conhece dois ex-funcionários do palácio, interpreta seus sonhos e revela que um morrerá e o outro será perdoado e readmitido. Sua profecia se cumpre com exatidão. O homem que fora readmitido o indica ao faraó, que procurava alguém que lhe interpretasse um sonho recorrente. José interpreta esse sonho e ajuda a salvar o Egito de uma seca de sete anos, ganhando, assim, a confiança do faraó, que o nomeia chanceler. A partir de então, o hebreu, que fora abandonado pelos irmãos e que vivera cativo em terras estrangeiras, torna-se o segundo homem mais importante do Egito¹³⁷. Essa segunda parte da história reproduz os mitos de jornada¹³⁸, em que o herói é seduzido por uma personagem feminina que o coloca em uma terrível situação, diante da qual a personagem consegue triunfar ao final.

Por fim, há um terceiro ciclo em que os onze irmãos de José, afetados pela terrível seca, vão ao Egito para comprar alimentos. José os reconhece, mas eles não o reconhecem. Ele, então, prepara uma cilada e acusa Benjamin, o irmão mais novo, de furto. José anuncia aos irmãos que Benjamin terá que permanecer no Egito e tornar-se seu escravo. Judá, um dos irmãos mais velhos, oferece-se para ficar no lugar de Benjamin e servir como escravo àquele a quem ele acreditava ser o chanceler do Egito. Depois dele, os demais irmãos, um a um, também se ofereceram. Ao testemunhar a mudança espiritual dos irmãos, José revela sua verdadeira identidade e perdoa-lhes. Nesse terceiro ciclo da história, os irmãos, que foram tão cruéis e egoístas, poderiam ser punidos por José, que tinha o poder de vingança em suas mãos. Mas, como se arrependem, são poupados, e os perseguidores são perdoados, assim como o perseguido.

A história de José do Egito¹³⁹ é a união de três mitos imperfeitos. O primeiro, a união violenta dos irmãos contra ele, que é, logo de início, denunciada no texto como ilegítima. O segundo é a acusação de sedução (que, dado o vínculo filial de José e

¹³⁵ GIRARD, R. **A rota antiga dos homens perversos**, p. 44.

¹³⁶ SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Tradução de Agostinho da Silva. São Paulo: Minha, 1988.

¹³⁷ Genesis 37/48, em: BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p. 95-97.

¹³⁸ CAMPBELL, J. **O Herói de Mil Faces**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Cutrix, 1997.

¹³⁹ Genesis. 37/48, em: BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992, p. 95-97.

Potifar, assemelha-se ao incesto), a que o texto novamente lhe atribui a inocência. Finalmente, a terceira parte, em que os irmãos deveriam receber uma retribuição por seus malfeitos, mas são perdoados.

No Antigo Testamento, até mesmo o povo assírio, sem dúvida um dos mais violentos da Antiguidade, é perdoado. O perdão, como nos demais casos, vem pelo arrependimento e pela renúncia em seguir pecando¹⁴⁰. Nota-se que não há, nessas histórias, uma relação de causa e efeito entre fazer um mal e sofrer um mal. Aqueles que fazem o mal são, também, absolvidos por Deus. As narrativas ali contidas tanto denunciam a injustiça da perseguição contra os “bodes expiatórios” quanto absolvem os perseguidores que se arrependem. A tradição judaica sugere que pagar o cruel com crueldade não é fazer Justiça, mas, sim, somar à injustiça cometida uma outra. É igualar-se ao mal. É tornar-se o Satã que expulsa Satã.

A desmitificação da “justiça” humana, iniciada entre os hebreus, somente encontra seu sentido ante a existência de um Deus misericordioso, capaz de fazer Justiça em outra existência que transcenda a terrena. Será defendido nos capítulos posteriores que o desvelamento do verdadeiro funcionamento das instituições judiciais, com o reconhecimento das limitações dos julgamentos humanos, foi fundamental para a criação de um sistema judicial que se baseasse não na visão que a coletividade tinha do evento investigado, mas, antes, em provas e evidências.

A atual existência de um sistema processual “científico”, ou seja, baseado na busca da verdade, deriva do reconhecimento da falibilidade dos juízos coletivos acerca da responsabilidade dos “bodes expiatórios”. Os erros das potestades em julgamentos “judiciais” aparentemente justos, desmascarados no texto bíblico, são uma constante tanto no Velho quanto no Novo Testamento. O ocidente cristão convive com o fato de que seu Deus foi julgado e condenado em um julgamento equivocado. A Revelação cristã, que expôs todo o funcionamento do mecanismo “vitimário”, também foi responsável por desacreditar o sistema judicial. A voz do povo, para a tradição judaico-cristã, não é a voz de Deus.

A expressão latina *Vox Populi, Vox Dei* (A voz do povo é a voz de Deus), comumente utilizada, encontrava paralelo no que, há pouco, denominou-se de fórmula de Caifás. Mais paralelo ainda está com a norma descrita na 11ª Tábua da Lei romana:

¹⁴⁰BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 82ª Ed. Traduzida dos originais mediante versão dos Monges de Maredsous-Bel, com revisão do Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave Maria, 1992. (Jonas, 1-4), p. 1244-1246.

1. *Que a última vontade do povo tenha força de lei.*¹⁴¹ De fato, a “voz do povo” era fundamental na teoria da justiça dos romanos, fazendo com que o ordenamento jurídico fosse voltado, em última instância, à preservação da nação. Este era o critério último de justiça, o qual estava além de qualquer possível direito cívico.

Tito Lívio criticou a expressão em seu *Ab urbe condita libre*¹⁴², referindo-se à escolha dos magistrados e funcionários de governo. Como Cícero, no livro VI da República, Tito Lívio repudia a “voz do povo” no plano das escolhas políticas. Cícero, em um trecho da República conhecido como *Somnium Scipionis* (O sonho de Cipião), retrata o diálogo entre Cipião, o africano, e seu neto adotivo Cipião Emiliano. Ali, o velho defende que o Estadista não deve dar ouvidos ao povo. O prêmio ao que governa é a virtude e não o aplauso. Estoico¹⁴³, Cícero promete um lugar no “céu”, junto a “Deus”¹⁴⁴, para aquele que defende Roma:

Para inspirar-te maior alento, oh Africano, na defesa da República, debes saber que todos os que socorrem, salvam ou engrandecem a pátria têm no céu um lugar marcado e certo, no qual desfrutarão felicidade e beatitude sempiternas; porque nada é mais grato a Deus, a esse Deus que a todos governa, do que essas sociedades de homens formados sob o império do direito, que se chamam Estados, cujos legisladores, como os que as governam e conservam, partem daquele lugar a que hão de voltar um dia mais próximo ou remoto¹⁴⁵.

Como para Platão, a grande preocupação desses homens era a mazela do populismo político¹⁴⁶, que atingiu tanto a Atenas do Século V. a. c. quanto a Roma do século I. D.C. Nenhum dos dois se referia aos problemas decorrentes de ouvir a *Vox Populi* na esfera judicial. A vontade popular, portanto, era um mau critério para a escolha dos magistrados, embora não o fosse enquanto baliza para julgamentos judiciais.

¹⁴¹ROMA. **Lei das XII Tábuas**. Disponível em: <http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>. Acesso em 14 de maio de 2015.

¹⁴²TITO LÍVIO. **Ab Urbe Condita**. Volume I. Traduzido para o Inglês por Canon Robers. Londres: Ernest Rhys, 1905.

¹⁴³Cícero foi o difusor do estoicismo no mundo romano. Cfra. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Cançado. A pré-história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estóico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, 2016, p. 75. Acesso em 06 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1782/1695>>.

¹⁴⁴O trecho transcrito ajuda a demonstrar o que será defendido no próximo capítulo: o cristianismo, ao difundir-se pelo império romano, encontrou o terreno preparado pelos estoicos.

¹⁴⁵CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**, p. 43. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>. Acesso em 10 de março de 2015.

¹⁴⁶O conselho dado a Cipião Emiliano por seu avô é exatamente o mesmo, porém, feito em outros termos, que Alcuíno de Iorque dá a Carlos Magno em uma carta do século VIII. d.C. Alcuíno, monge católico e conselheiro do Imperador, pede a ele que não ouça a *Vox Populi*, pois esta lembra muito mais o barulho da loucura do que a sabedoria divina. Apesar da longa tradição de crítica à vontade da maioria como fator de legitimação político e jurídico, à *Vox Populi* volta a ser atribuída uma imensa importância na Renascença com Maquiavel e na modernidade com Rousseau.

O magistrado deveria, sob essa óptica, ser escolhido sob critérios aristocráticos, mas decidir “democraticamente”. A virtude era paradigma para as decisões políticas, mas decisões judiciais, pela força da própria lei vigente, estavam submetidas à vontade do povo¹⁴⁷.

Na perspectiva de Tobias Barreto, o direito é a limitação do político, ou seja, impõe os limites dentro dos quais os agentes políticos podem agir. A decisão judicial, mesmo aquela que aplica uma pena, é uma limitação do poder do Estado, que sem uma sentença capaz de racionalizar a violência, poderia destruir o acusado, contando, em alguns casos, com o apoio da população. No modelo romano de Império, pelo contrário, a política é, ou deveria ser, na visão de Cícero e Tito Lívio, limitada pelo exercício do poder por homens virtuosos.

Entre os Hebreus, em especial com o profetismo, os poderes mundanos são constantemente denunciados. Tanto o povo quanto seus governantes afastam-se constantemente dos desígnios de Deus e são denunciados pelos profetas. Muitos dos livros narram a tensão entre poder mundano, população e profetas. No Velho Testamento, nem a voz do povo é a voz de Deus, nem a vontade de Deus se faz por meio de governantes virtuosos que levam a cabo o projeto divino. Israel vive o conflito entre a existência enquanto povo eleito por Deus e a existência como unidade política em meio a um território permanentemente disputado¹⁴⁸.

A persistência, porém, em seguir os desígnios de Deus, faz com que o povo hebreu seja perseguido por praticamente todos os Impérios que o rodeiam. São dominados por babilônicos, persas, macedônios e, por fim, pelos romanos. O povo perseguido, em meio a grandes Impérios habituados à glória, lega ao mundo um Deus misericordioso, Deus dos aflitos, dos que sofrem. Deus dos exilados, dos humilhados, Deus do perdão. Esse Deus substituirá em nossa cultura os deuses vitoriosos, deuses dos linchadores, deuses da união violenta contra o “bode expiatório”. Esse Deus impessoal, abstrato, insuscetível à magia, permitirá a completa “desmágicação” das formas

¹⁴⁷O povo é assim definido por Cícero: “É, pois, - começou o Africano, - a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum. Pois bem: a primeira causa dessa agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum.” (Livro 1, XXV) Em: CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**, p. 14. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>. Acesso em 10 de março de 2015.

¹⁴⁸VOEGELIN, Eric. **Ordem e história**. Volume I. Traduzido por Cecília Camargo Bartolotti. São Paulo: Loyola, 2009, p. 266.

jurídicas, possibilitando a futura formação de um direito que, ao tempo em que se coloca do lado da pessoa, cobra desta a responsabilidade moral individual sobre suas ações.¹⁴⁹

1.2.2. Um prelúdio cristão ao cristianismo cultural

O sacrifício, enquanto repetição do assassinato fundador, foi a base de todas as culturas¹⁵⁰. Para René Girard, o sacrifício é a própria cultura, e as instituições que a reafirmam tem a mesma origem. A defesa da “unidade de todos os ritos” tem sido um dos pontos mais polêmicos da teoria girardiana. Porém, recentes pesquisas arqueológicas têm oferecido cada vez mais evidências em favor desta tese. De todas essas instituições, talvez nenhuma esteja tão próxima do sacrifício quanto a pena. É até mesmo difícil, em determinados sistemas de justiça, identificar se uma sanção é de fato pena, ou ainda, um sacrifício ritual. Foi isso que se logrou demonstrar no primeiro capítulo deste trabalho.

O longo caminho entre as religiões mítico-sacrificiais e o antissacrificialismo cristão passa pelo judaísmo, como lido no item anterior do presente capítulo. O judaísmo tem mais mártires do que heróis. As principais personagens de seu “mito” são os perseguidos e não os perseguidores, são os sacrificados e não os que sacrificam. A perseguição coletiva é denunciada em diversas ocasiões, e o próprio Deus recusa sacrifícios. Ainda assim, trata-se de uma religião que não consegue prescindir de todo do sacrifício. Existem pelo menos cinco espécies de *Qorban* (o sacrifício, ou, literalmente, “aproximação com Deus”): i) *Olah*, isto é, a queima da oferenda; ii) *Minchá*, quer dizer, a oferenda de farinha; iii) *Shelamim*, isto é, oferenda de paz ou de louvor; iv) *Chatat*, ou seja, oferenda por pecado; v) *Asham*: oferenda por transgressão. Sacrifícios animais também podem ser feitos na véspera do *Tom Kipur* (dia do perdão). Para expiar os pecados, os homens imolam galos e as mulheres, galinhas, em um ritual chamado *Kaparot*¹⁵¹. Nos dias de hoje tem se tornado comum substituir o sacrifício das aves pela doação de dinheiro aos necessitados¹⁵². Obviamente, a superação dos sacrifícios humanos em favor dos sacrifícios animais foi um avanço civilizatório que

¹⁴⁹VON RAD, Gerhard. **Teologia do Antigo Testamento**. Volume I. Traduzido por Francisco Catão. São Paulo: Associação de seminários teológicos evangélicos, 1973, p. 50.

¹⁵⁰Para saber mais: DALY, Robert J. *Violence and Institution in Christianity*. Innsbruck: **Contagion: Jornal of violence, mimese and culture**, Volume 9, primavera de 2002.

¹⁵¹ Acesso em 22 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.webjudaica.com.br/chaguim/textosFestaDetalhe.jsp?textoID=90&festaID=13>>.

¹⁵² Acesso em 22 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.webjudaica.com.br/chaguim/textosFestaDetalhe.jsp?textoID=90&festaID=13>>

preparou caminho para a doutrina cristã da comunhão, sem a necessidade do sacrifício de sangue.

O magistério de Jesus foi, desde sempre, uma tentativa de evitar a escalada da má reciprocidade e da violência. Violência que, durante a Antiguidade, só pôde ser encerrada pela canalização em direção a uma vítima única, e o conseqüente mecanismo do “bode expiatório”, seja pelo perdão (enquanto negação da imitação do agressor), seja pela renúncia (em que há implícita uma experiência de alteridade). A unidade não violenta, que contraria a “justiça” própria da teologia da retribuição e, portanto, do Talião, só pode ser atingida na crença em uma Justiça maior, absolutamente transcendente, que se verificará no plano divino e não nas relações humanas.

A inversão do mito levada a cabo na “Paixão” é antecipada por Jesus tanto em seus ensinamentos quanto em suas atitudes. Como dito no primeiro capítulo, os sinais vitimários eram uma constante entre os sacrificados nos mitos de fundação. A loucura, a deficiência física, a origem geográfica, a condição de órfão, e as doenças, eram, em geral, atribuídas à maldição dos deuses e atraíam a violência comunitária. O “bode expiatório”, devendo ser aquele que não será vingado por ninguém, necessitava, a um só tempo, estar dentro e fora da comunidade. Aqueles que padeciam de qualquer desses males, ou portavam algum desses sinais, seriam naturalmente eleitos para o sacrifício.

Como os demais povos da Antiguidade, os judeus criam que as doenças e deformidades eram oriundas do pecado ou das maldições. O pecado dos pais podia também ser considerado causa de uma enfermidade ou deficiência. Os próprios discípulos de Jesus comungavam dessa crença, como se lê no evangelho de João:

Ao passar, ele viu um homem, cego de nascença. Seus discípulos lhe perguntaram: ‘Rabi, quem pecou, ele ou seus pais, para que nascesse cego?’ Jesus respondeu: ‘Nem ele nem seus pais pecaram, mas é para que nele sejam manifestadas as obras de Deus. (João, 9:1-3)¹⁵³

Os fariseus, ao tratarem do mesmo cego, assim o fizeram: *Tu nasceste todo em pecado e nos ensinas?*¹⁵⁴(João, 9:34). O deficiente era, nessa cultura, bem como em tantas outras do mesmo período, responsabilizado pela deficiência, que teria sido causada por seus atos, ou de seus pais. No Velho Testamento, a correlação entre pecado e doença é explícita, como, por exemplo, em Êxodo:

¹⁵³**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1867.

¹⁵⁴**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1868.

Se ouvires tento a voz de Iahweh e fizeres o que é reto diante dos seus olhos, se deres ouvidos aos seus mandamentos e guardares todas as leis, nenhuma enfermidade virá sobre ti, das que enviei sobre os egípcios. Pois eu sou Iahweh, aquele que te restaura. (BÍBLIA, Êxodo, 15:26)¹⁵⁵

Da mesma forma em Eclesiastes:

Filho, não te revoltas na tua doença,
mas reza ao Senhor e ele te curará.
(...)
O que peca contra o seu Criador,
Que caia nas mãos do médico. (BÍBLIA, Eclesiastes, 38: 9-15)¹⁵⁶

A doença era considerada uma “punição” pelo afastamento dos mandamentos de Deus¹⁵⁷. O enfermo só poderia ser curado por uma nova submissão. Tratava-se, sem dúvida, de um resquício da teologia da retribuição ainda viva no judaísmo, mas que viria a ser de todo descartada na mensagem cristã. Jesus tanto curou “toda sorte de doenças e enfermidades” (Mateus, 9:35)¹⁵⁸, quanto delegou a seus ministros que fizessem o mesmo (Mateus, 10:1)¹⁵⁹. Desde então, “os cegos recupera[ram] a vista, os coxos anda[ram], os leprosos foram purificados e os surdos ouv[iram]...” (Mateus, 11:5)¹⁶⁰. Essas pessoas, portadoras de “sinais vitimários”, seriam facilmente vítimas da canalização da violência contra si. Entretanto, tais figuras, tão comuns nos mitos fundadores de diversas as culturas, são curadas. A mensagem deixada é a desmistificação da doença, com o retorno do doente, ou do deficiente, à comunhão social.

Negar o sacrifício é o imperativo da nova religião que surge com este jovem rabino. Doentes, deficientes, estrangeiros, prisioneiros, publicanos¹⁶¹ e adúlteros são chamados a testemunhar a trajetória do Messias que não veio para chamar aos justos,

¹⁵⁵**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1204.

¹⁵⁶**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1203.

¹⁵⁷SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1): 29-41, 2007, p. 30.

¹⁵⁸**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1720.

¹⁵⁹**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1720.

¹⁶⁰**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1722.

¹⁶¹Cobradores de impostos nas províncias romanas. Os judeus nomeados publicanos eram especialmente odiados pela população em geral. Jesus escolheu um publicano, Mateus, para ser um dos seus apóstolos.

mas aos pecadores¹⁶². A metáfora da doença-pecado, presente no Velho Testamento, é repetida para ser invertida¹⁶³: “Não são os que têm saúde que precisam de médico, e sim os doentes” (Mateus, 9:12). Em outras palavras, não são os justos que precisam do novo Messias, mas os pecadores. Sentado à mesa com publicanos e pecadores, Jesus proferiu sua fórmula, que é o avesso da de Caifás: “Ide, pois, e aprendei o que significa: *Misericórdia quero, e não sacrifício*. Com efeito, eu não vim chamar o justo, mas os pecadores” (Mateus, 9:13)¹⁶⁴.

A mensagem se tornará ainda mais explícita no Sermão da Montanha e no Sermão da Planície. O Deus encarnado não é um sacrificador, veio para fazer a comunhão sem sangue, para unir sem dor e fazer a unidade à custa da misericórdia. Eis a verdadeira revolução que influenciará os rumos de metade da humanidade nos séculos seguintes. Eis a revolução que tornará os homens iguais e denunciará as perseguições e os perseguidores. A revolução que fará da caridade o sentimento mais nobre e desejável, e, por isso, sepultará o mundo greco-romano¹⁶⁵.

O antissacrificialismo esboçado em ambos os Sermões é um desafio à racionalidade humana até os dias atuais. E não só à racionalidade, mas também à “segunda natureza” humana, a qual permitiu, aos homens, viver em sociedade e racionalizar a violência. Jesus manda “amar seus inimigos” e oferecer a outra face. O Talião¹⁶⁶, que como dito no primeiro capítulo é o primeiro passo civilizatório para o surgimento de uma pena que não seja meramente um sacrifício, é desfeito. A recomendação do Cristo é de que seja recusado. A teoria da Justiça de Jesus é exposta da seguinte maneira nos Sermões:

Sermão da Montanha

Ouviste que foi dito: *Olho por olho e dente por dente*. Eu, porém, vos digo: não resistais ao homem mau; antes, àquele que te fere na face direita oferece-lhe também a esquerda; e àquele que pleitear contigo, para tomar-te a túnica, deixa-lhe também o manto; e se alguém te

¹⁶²**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p.1719.

¹⁶³**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1719.

¹⁶⁴**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1719.

¹⁶⁵Para aprofundar essa discussão, ver os comentários de Girard sobre Nietzsche em: GIRARD, René. **Veio a Satan caer como el relámpago**. Traduzido do francês por Francisco Díez del Corral. Barcelona: Anagrama, 1999, p. 221 e ss.

¹⁶⁶O Talião é descrito no Velho Testamento da seguinte forma: “Olho por olho, dente por dente, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” (Êxodo, 21:24) In: **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 132.

obriga a andar uma milha, caminha com ele duas. (BÍBLIA, Mateus, 5:38-42)¹⁶⁷

Sermão da Planície:

Eu, porém, vos digo, a vós que me escutais: Amai os vossos inimigos, fazei o bem aos que vos odeiam, bendizei o que vos amaldiçoam, orai por aqueles que vos difamam. A quem te ferir numa face, oferece a outra; a quem te arrebatar o manto, não recuses a túnica. Dá a quem te pedir e não reclames de quem tomar o que é teu. (BÍBLIA, Lucas, 6: 27-30)¹⁶⁸

Portanto, segundo Jesus, não se deve pagar o mal com o mal, deve-se, contrariamente, responder o mal com o bem. O Messias da nova religião tenta mostrar que responder ao mal com maldade não faz de ninguém “justo”, apenas soma mais uma injustiça à anteriormente praticada. A solução para escapar à espiral de violência que pode absorver os rivais e destruir ambos é o perdão. A teologia do perdão, proposta em seus Sermões, envolve colocar-se no lugar do outro, em um exercício que vem sendo chamado pelos contemporâneos de alteridade. “Como quereis que os outros vos façam, fazei também a eles” (BÍBLIA, Lucas, 7:31)¹⁶⁹.

Mas estas prescrições só podem ser seguidas se um mandamento maior for obedecido. “Amarás a teu próximo como a ti mesmo” é o segundo dos dois “grandes mandamentos” a que Jesus se refere quando indagado por um fariseu (BÍBLIA, Mateus, 22:39). O primeiro refere-se ao amor a Deus sobre todas as coisas. O segundo refere-se ao amor ao próximo. Ambos já faziam parte da tradição veterotestamentária que Jesus parecia conhecer bem. Há, porém, uma distinção quanto ao alcance do ensinamento, que é bem revelado em Levíticos: “Não te vingará e não guardarás rancor contra os filhos do teu povo. Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Eu sou Iahweh.” (BÍBLIA, Levítico, 19:18).¹⁷⁰ Quando o Velho Testamento se refere ao “próximo” está a designar os pertencentes ao povo de Israel, o povo abençoado pela Aliança (*Berit*) e não a uma pessoa qualquer. Esse paradigma será completamente redefinido no magistério de Jesus, e marcará a grande distinção entre as religiões judaica e cristã.

No Evangelho de Lucas, Jesus resume os dois mandamentos principais em um único “grande mandamento”: “Amarás o Senhor teu Deus, de todo o coração, de toda a

¹⁶⁷ **Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1712.

¹⁶⁸ **Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1799.

¹⁶⁹ **Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1799.

¹⁷⁰ **Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 188.

tua alma, com toda a tua força e de todo o teu entendimento; e a teu próximo como a ti mesmo” (BÍBLIA, Lucas, 10:27)¹⁷¹. Então, um doutor da Lei faz a indagação cuja resposta é o ponto de passagem de uma religião nacional para uma religião universal, isto é, a transformação do Deus do “povo perseguido” no Deus dos “indivíduos”. Uma resposta dada de maneira direta seria algo absolutamente incompreensível para aquele homem, em razão do contexto e das circunstâncias da época. Por essa razão, como em muitas outras ocasiões, Cristo utilizou uma parábola, a do bom Samaritano, que será transcrita integralmente para facilitar sua interpretação:

Um homem descia de Jerusalém a Jericó, e caiu no meio de assaltantes que, após havê-lo despojado e espancado, foram-se, deixando-o semimorto. Casualmente, descia por esse caminho um sacerdote; viu-o e passou adiante. Igualmente um levita, atravessando esse lugar, viu-o e prosseguiu. Certo samaritano em viagem, porém, chegou junto dele, viu-o e moveu-se de compaixão. Aproximando-se, cuidou de suas chagas, derramando óleo e vinho, depois colocou-o em seu próprio animal, conduziu-o à hospedaria e dispensou-lhe cuidados. No dia seguinte, tirou dois denários e deu-os ao hospedeiro, dizendo: ‘Cuida dele, e o que gastares a mais, em meu regresso te pagarei. (BÍBLIA, Lucas, 10:29-35)¹⁷²

Dito isto, Jesus indaga ao fariseu: “Qual dos três, na tua opinião, foi o próximo do homem que caiu nas mãos dos assaltantes?”

— “Aquele que usou misericórdia para com ele” – respondeu.

O “próximo” de Jesus não é o mesmo do Levítico. O próximo veterotestamentário é o pertencente ao mesmo povo, à mesma etnia, com o mesmo sangue e a mesma religião. Os dois primeiros homens a passar pela vítima dos assaltantes são da tribo de Levi. O primeiro pertence ao ramo dos Kohanim (subdivisão da tribo), é um sacerdote, a quem incumbe agir com misericórdia e socorrer aos necessitados. O segundo é um também um levita, porém é um leigo. Todavia, esperava-se de membros desta Tribo a observância de suas responsabilidades morais, as quais foram negligenciadas, segundo relata a parábola. O terceiro homem, um viajante, é um samaritano. O território cismático da Samaria, localizado na Palestina central (ao sul da Galileia e a norte da Judéia) era habitado por um povo mestiço, híbrido de judeus e gentios, não praticantes do judaísmo. Havia uma enorme hostilidade¹⁷³ entre judeus e

¹⁷¹**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1808.

¹⁷²**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015. p. 1808.

¹⁷³Hostilidade mencionada por João Evangelista em João (4:9): “Os judeus, com efeito, não se dão com os samaritanos”.

samaritanos, experimentada, curiosamente, pelo próprio Jesus e por seus discípulos¹⁷⁴. As diferenças religiosas, étnicas e o passado de guerras, faziam com que fosse natural esperar de um samaritano um gesto de indiferença em relação ao homem que ali se encontrava agonizando. Pelo critério da antiga Lei, em que a “proximidade” se daria por laços sanguíneos ou políticos, o samaritano jamais seria o “próximo” do homem que fora vítima dos assaltantes.

Jesus, porém, propõe um novo princípio, não por sua boca, mas pela do doutor da Lei que o interrogava. O “próximo” foi “aquele que usou de misericórdia”. Jesus, com tal parábola, expôs as bases do que seria sua Igreja¹⁷⁵. A comunidade, posteriormente denominada por Paulo e Agostinho “corpo místico de Cristo”, não seria mais nacional, tampouco uma comunidade de sangue, de clãs, mas uma comunidade universal, aberta a “judeus e gentios”. Está completado o que Eric Voegelin denominava “salto no ser”¹⁷⁶: a tomada de consciência de que a vida é um movimento que faz o homem retornar ao princípio que o criou. Pela primeira vez surge um Deus único e universal. É certo que o culto monoteísta existiu no Egito numa época bastante anterior ao cristianismo, assim como o culto ao “deus sem nome”, o qual alcançou alguns adeptos na Grécia antiga¹⁷⁷. Tais antecipações, porém, não se manifestaram de maneira explícita. Quer dizer, não foram capazes de apropriar-se dos elementos judaicos preexistentes, rematando-os de forma completa e fundando uma nova religião na qual os símbolos da antiga fé ganhassem novo significado.

Ao mesmo tempo, Jesus não dispensou a “Lei”. Contrariamente, emprestou a ela novo significado. Paulo, como se verá à frente, tem a difícil missão de conjugar a Lei e os ensinamentos evangélicos, e criar um conjunto de regras morais que pudessem ser cumpridas pelas primeiras comunidades cristãs sem resultar em completa anarquia. É certo que se o sacrifício é a primeira instituição, bem como a raiz de todas as instituições humanas, a ordem social não pode resistir ao declínio do sacrifício. Levar os ensinamentos cristãos ao “pé da letra”, oferecendo a outra face, o turbante, e jamais resistindo aos cruéis, pode ser o único caminho para que o indivíduo alcance o “reino” de Deus, mas torna impossível uma mínima organização social.

¹⁷⁴Em Lucas (9:51-56), Jesus não foi recebido e teve que partir para outro povoado. **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1806.

¹⁷⁵Aqui entendida como comunidade dos cristãos, ou em outras palavras: A Igreja é o povo de Deus porque aprovou a Deus santificar e salvar os homens não isoladamente mas constituindo-os num só povo, reunido pela unidade do Pai e do Filho e do Espírito Santo. In: <http://www.ecclesia.pt/catecismo/>.

¹⁷⁶VOEGELIN, Eric. **Ordem e história**. Volume I. Traduzido por Cecília Camargo Bartolotti. São Paulo: Loyola, 2009, p. 142.

¹⁷⁷Como dito no capítulo 1 desta tese.

Quanto mais próximas ao sacrifício, mais robustas as instituições dos povos. Não por outro motivo, as sociedades mítico-sacrificiais são, em geral, imutáveis. A proximidade ao evento fundador faz com que a presença do mito e sua presentificação por meio dos rituais estenda uma cadeia de significados que garante tanto uma explicação completa do universo, quanto a fundamentação de todos os aspectos da vida social. Portanto, em sociedades ditas “simples”, o mito é uma narrativa totalitária, visto que imutável e irrenunciável. Quanto mais distante do mito fundador, mais a sociedade está aberta a mudanças e a “evoluções”, bem como a explicações menos “míticas” da natureza e das relações sociais, como as observadas entre gregos e romanos. A “cultura cristã” nascitura não está distanciada do mito; contrariamente, seu mito fundador define-se como um “antimito”, ou o “avesso do mito”. Daí a enorme dinâmica que envolve o mundo cristão, cujas explicações do mundo “pululam” em todas as épocas e gerações. O próprio “mito” cristão é reinventado, recontado e, por vezes, desacreditado.

Jesus previa que as instituições que seu magistério iria abalar haviam sido fundadas sobre o sacrifício de vítimas inocentes, substitutivas, “bodes expiatórios”. Sabia quem eram essas vítimas e porque haviam morrido. Um trecho do Evangelho é especialmente revelador e merece bastante atenção, visto que representa uma verdadeira teoria política cristã que coloca o sacrifício no centro da “justiça” humana:

Ai de vós que edificais os túmulos dos profetas, enquanto foram vossos pais que os mataram! Assim, vós sóis testemunhas e aprovais os atos dos vossos pais: eles mataram e vós edificais! Eis por que a Sabedoria de Deus disse: eu lhes enviarei profetas e apóstolos; eles matarão e perseguirão alguns deles, a fim de que se peçam contas a esta geração do sangue de todos os profetas que foi derramado desde a criação do mundo, do sangue de Abel até o sangue de Zacarias, que pereceu entre o altar e o Santuário. Sim, digo-vos, serão pedidas contas a esta geração! (BÍBLIA, Lucas, 11: 47-51)¹⁷⁸

A mensagem do Evangelho, neste ponto, corrobora a interpretação das intuições segundo René Girard¹⁷⁹. Jesus anuncia de forma explícita que os “túmulos dos profetas” mortos, locais de culto e peregrinação, foram, em verdade, construídos pelos filhos daqueles que os mataram. Os descendentes dos assassinos não só construíram os túmulos, como aprovaram as mortes (como dito em Lucas, 11:48). Estes descendentes dizem, de forma hipócrita, que não teriam matado os profetas se estivessem vivos nos

¹⁷⁸**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1811.

¹⁷⁹Há um capítulo tratando desta passagem em: GIRARD, R., OUGHOURLIAN, J.M. e LEFORT, G. **Coisas Ocultas Desde a Fundação do Mundo.** Traduzido por Martha Gambini. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

dias dos assassinatos (BÍBLIA, Marcos, 23:30)¹⁸⁰. Neste ponto, Jesus faz alusão à sua própria morte e anuncia que o falso moralismo dos fariseus será posto à prova quando for o momento de seu sacrifício. A geração para a qual ele se dirige repetirá os atos praticados pelos seus ancestrais “desde a fundação do mundo”. O mecanismo sacrificial que subjaz à experiência religiosa judaica é a “ciência” cuja “chave” foi tomada pelos fariseus, que nem entraram, nem deixaram que os outros entrassem¹⁸¹. Jesus sabia que o mecanismo do “bode expiatório” só produz resultados se houver a completa ocultação da inocência da vítima. É essa inocência que será revelada na Paixão e implodirá de uma só vez a religião, o reino e a “justiça” mundana.

A revelação cristã privou a humanidade de suas muletas sacrificiais¹⁸², ou seja, sua aplicação na sociedade torna impossível a canalização da violência para vítimas inocentes. Se o cristianismo fosse universalmente aceito, e todos que o aceitassem agissem estritamente como o Cristo, só haveria uma forma de resolver os conflitos humanos: o perdão. Uma vez que tenha livrado o homem da necessidade de sacrificar, o cristianismo lhe propôs uma cultura que pretende estar além da cultura (fundada, invariavelmente, no sacrifício), isto é, uma cultura que tornaria desnecessários os tribunais, os governos, as leis, as prisões, as fronteiras, etc. Porém, Jesus sabe que não existiriam humanos capazes de agir como ele, e que os conflitos seriam inevitáveis.

Não penseis que vim trazer a paz à terra. Não vim trazer a paz, mas a espada (Mateus, 10:34). Esse versículo é um dos mais controvertidos do Novo Testamento e tem recebido toda sorte de interpretação, incluindo as que veem nela uma possível apologia à violência. Mais uma vez, usar-se-á a chave girardiana para compreender também essa passagem. Conjugado com outros versículos como Lucas (18-8), e, de forma mais notável, Mateus (24-7)¹⁸³, é perfeitamente defensável que Jesus soubesse do potencial conflitivo de sua mensagem, tanto no plano pessoal, quanto no geopolítico.

A mesma mensagem não sacrificial que tornou o Direito Penal menos cruel e propiciou a criação dos primeiros orfanatos, hospitais, escolas e hospícios¹⁸⁴ (dispostos

¹⁸⁰ **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1745.

¹⁸¹ Referência a Lucas 11 – 52: “Aí de vós, legistas, porque tomastes a chave da ciência! Vós mesmos não entrastes e impedistes os que queriam entrar.” In: **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1811.

¹⁸² GIRARD, René. **Rematar Clausewitz**. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011

¹⁸³ “Pois se levantará nação contra nação e reino contra reino.”

¹⁸⁴ A curiosa ideia de “justiça social” é também uma contribuição cristã mais direta do que se imagina.

inclusive a cuidar de pessoas que professassem outras religiões)¹⁸⁵ tornou-se também o motivo de um sem número de conflitos, visto que privou o homem de suas muletas sacrificiais¹⁸⁶, impossibilitando assim a expulsão da violência para fora dos grupos humanos.

A completa disseminação da mensagem cristã, somada à recusa a *práxis* cristã, com a consequente falência de todas as instituições humanas e o retorno da “guerra de todos contra todos” configuraria nada mais que o *apocalipse*. O cristianismo surgiu, portanto, como a única religião que, ao contrário de prometer um “mundo melhor”, anunciou seu próprio fracasso e a destruição do mundo. O apocalipse, nas palavras de Paulo de Tarso, tornaria o tempo mais curto, embora, também, pleno de significado e de valor¹⁸⁷. Pela primeira vez, a humanidade ganhou um lugar no tempo¹⁸⁸. Tal lugar situar-se-ia entre o primeiro e segundo advento. Daí que o tempo cíclico das culturas míticas tenha dado lugar a um tempo linear.

Conforme se disse, a mensagem cristã presente nos sermões de Jesus conduziria à impossibilidade do sacrifício, ou mesmo da pena. A renúncia à retribuição é o mandamento último para relação do cristão com a violência. Dar a outra face é imitar a Jesus e imitar a Jesus é imitar a Deus. Há um pequeno poema grego citado por Dostoievski em “Os irmãos Karamazov”, chamado *A virgem entre os condenados*, que retrata com perfeição o quietismo cristão na relação com a pena:

A Virgem, banhada em prantos, cai de joelhos diante do trono de Deus e pede perdão para todos os pecadores que viu no inferno, sem distinção. Seu diálogo com Deus é de um interesse extraordinário. Suplica, insiste, e quando Deus lhe mostra os pés e as mãos de Seu filho traspassados pelos cravos e lhe pergunta: “Como poderei eu perdoar a seus carrascos”, ordena Ela a todos os santos, a todos os mártires, a todos os anjos que caíam de joelhos com Ela e implorem o perdão para os pecadores, sem distinção¹⁸⁹.

Jesus prega a renúncia total ao sacrifício, que é, sem dúvida alguma, a mais perfeita forma de evitar a espiral de violência que tende a destruir os indivíduos envolvidos em um conflito mimético. A paz seria perpétua se todos adotassem o perdão, a renúncia e a caridade. Ter-se-ia então “o Reino”. A extinção dos sacrifícios destruiria as potestades e principados, os tribunais, as leis, os títulos distintivos, a propriedade e

¹⁸⁵ GIRARD, René. **Veo a Satán caer como el relámpago**. Editorial Anagrama, 2012, p. 217.

¹⁸⁶ GIRARD, René. **Veo a Satán caer como el relámpago**. Editorial Anagrama, 2012, p. 179 e ss.

¹⁸⁷ GIRARD, R. **Rematar Clausewitz**, p. 301.

¹⁸⁸ VOEGELIN, Eric. **Historia das ideias políticas: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo**. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 223.

¹⁸⁹ “*La Vierge chez les damnés*”, possivelmente traduzido do francês através do grego. In: DOSTOIEVSKY, F. **Os Irmãos Karamazov**. Tradução de Natália Nunes. São Paulo: Abril, 1970.

todas as hierarquias sociais que se basearam, como ainda se baseiam, no ritual. Mas se toda a cultura que permite a coesão social é baseada no sacrifício, como o anti-sacrificialismo extremo pode servir como base para uma sociedade? Como uma mensagem de tal forma anárquica pode permitir alguma espécie de organização social?

Alguns grandes teólogos, entre eles se pode destacar Charles Francis Digby "Charlie" Moule (Hangzhou, China, 1908 - Leigh, Inglaterra, 2007), acreditam que a ideia de punição está, de fato, presente nos evangelhos. Contudo, numa análise cuidadosa, pode-se perceber que não no sentido mais corrente. Essa análise faz ver que o texto não fala em punição referindo-se a um sofrimento aplicado para fins disciplinares, tampouco para impedir determinados propósitos¹⁹⁰. Moule assim refere-se à estranheza destes conceitos em relação ao Cristianismo:

O que eu ofereço para sua consideração é a tese de que a palavra “punição” e outras a ela relacionadas (especialmente “retribuição”) não encontram, se compreendidas em seu sentido mais estrito e correto, lugar legítimo no vocabulário cristão.¹⁹¹

Embora reconheça o quão as ideias de punição e retribuição são alheias ao vocabulário do cristianismo, Moule percebe que, de alguma maneira, elas são “arrastadas” para o contexto cristão, do qual elas originalmente não faziam parte¹⁹². O teólogo britânico percebeu que, logo nos primeiros anos do cristianismo, houve uma mudança de curso, que incorporou elementos sacrificiais inexistentes na mensagem original. A tradição judaica é a fonte principal desses elementos. A fusão da mensagem primitiva do cristianismo com esta cultura revela um aspecto pouco explorado da história do cristianismo, qual seja, a necessidade de moldar as “boas novas” a uma estrutura social e cultural antiga e consolidada.

Coube ao Apóstolo Paulo conjugar os ensinamentos do Messias com a Lei mosaica, criando um cristianismo, por assim dizer, “aplicável” a um corpo social. Como

¹⁹⁰MOULE, Charles Francis Digby. **Punishment and Retribution:** An attempt to delimit their scope in new testament thought. In Preface to a Mennonite Central Committee Occasional Paper Publication, 1990, p. 2. Disponível em: <http://waynenorthey.com/wp-content/uploads/2014/02/punishment-and-retribution.pdf>.

¹⁹¹MOULE, Charles Francis Digby. **Punishment and Retribution:** An attempt to delimit their scope in new testament thought, 1990, p. 2. Nesse ponto fez-se uma tradução livre do seguinte trecho: “What I offer for your consideration is the thesis that the word “punishment” and other words related to it (especially “retribution”) have, if used in their strictly correct sense, no legitimate place in the Christian vocabulary.”

¹⁹²MOULE, Charles Francis Digby. **Punishment and Retribution:** An attempt to delimit their scope in new testament thought. In Preface to a Mennonite Central Committee Occasional Paper Publication, 1990, p. 2. Nos seguintes termos: “is not too lightly confused with suffering inflicted for the purposes of punishment and retribution, so that the latter have been dragged into a Christian context where they do not properly belong.”

dito anteriormente, o cristianismo é o *logos* que destrói a cultura, porém, mesmo este se transmutou também em cultura. O “cristianismo cultural”, do qual Paulo é primeiro representante, define-se como uma doutrina¹⁹³ que combina os ensinamentos de Jesus à tradição judaica (incluindo a Lei). Trata-se do que se pode chamar de “cristianismo sacrificial”¹⁹⁴, pois, na prática, nenhuma comunidade cristã conseguiu afastar-se de forma definitiva do sacrifício. Paulo é o primeiro a combinar sacrifício e perdão, inserindo-se na longa tradição do que nas próximas páginas chamar-se-á de *Katéchon*.

1.2.3. Paulo e o Cristianismo “cultural” como *Katéchon*

A queda das barreiras culturais, compreendidas como decorrência do sacrifício em suas mais diversas manifestações conduz ao apocalipse, ou seja, ao esgotamento das guerras de “todos contra um” e o retorno da “guerra de todos contra todos”. Esse estágio do tempo precederia o segundo advento, ou parúsia. Esse é um dos grandes mistérios do Cristianismo. Quanto mais a mensagem de Jesus se dissemina, mais se enfraquece a ordem cultural, a violência grassa, a indiferenciação ganha contornos cada vez mais dramáticos e o apocalipse se aproxima. Por outro lado, quanto mais próximo o apocalipse, mais próximo o retorno de Cristo¹⁹⁵.

A tensão entre mensagem cristã e cultura deu origem a duas possíveis disposições. A primeira, a de adiantar o apocalipse, atacando a ordem social, negando qualquer espécie de hierarquia (em especial a sacerdotal) e vivendo exclusivamente para a transcendência, com a permanente recusa às coisas do “mundo”. Entendendo perfeitamente a escatologia cristã, seitas como a dos Cátaros Albigenses pretendiam antecipar o segundo advento de Jesus por meios próprios. A busca pelo “apocalipse metastático”¹⁹⁶ — em que após o caos tudo se tornaria perfeito e o “reino” estaria entre os homens — fora uma ideia aparentemente infantil, porém teve um intenso poder de

¹⁹³Um conjunto de princípios que serve de base à religião cristã. No exemplo cristão, há princípios decorrentes diretamente dos ensinamentos do messias, e outros que são tributários da tradição judaica.

¹⁹⁴Há posições contrárias a esse entendimento. Michael Hardin, por exemplo, vê na era constantiniana e na filosofia agostiniana, era em que o pensamento cristão encontrou ressonância na política, o início do cristianismo cultural. Para mais informações HARDIN, Michael. *Violence: René Girard and the Recovery of Early Christian Perspectives*. **Contagion** vol. XXXVII, Innsbruck, Primavera de 1992.

¹⁹⁵GIRARD, René. **Rematar Clausewitz**. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 301.

¹⁹⁶Termo cunhado por Eric Voegelin para significar: “A transformação da realidade através de um ato de fé. Voegelin associa a este conceito a ideia de mágica”. *In*: <http://fiosdeariadne.blogspot.com.br/2014/10/pequeno-glossario-de-eric-voegelin-para.html>. Acesso em 06 de junho de 2016.

sedução. Prova disso é o sem número de movimentos messiânicos que comungaram dessa crença¹⁹⁷.

A outra disposição possível remete ao que os gregos chamavam de *Katéchon*, uma força que freia¹⁹⁸. Os gregos retratavam o *Katéchon* como dragões, esfinges e outros seres lendários que utilizavam a violência para manter as tradições¹⁹⁹. O *Katéchon* cristão sucede a *Revelação*, surge, portanto, quando o sistema sacrificial já fora denunciado e “Satã” tornara-se incapaz de expulsar a si próprio. A aplicação de uma violência — entendida como um mal menor cujo propósito seria evitar a disseminação de conflitos e preservar a ordem — não seria decorrência direta da Revelação cristã. Esta imporia o perdão incondicional e a renúncia completa a qualquer forma de retribuição, como foi dito no item anterior. Na verdade, o *Katéchon* cristão fora fruto de uma leitura sacrificial do cristianismo, entende-se aqui, iniciada de forma tênue por Paulo, mas, posteriormente, adotada e aprofundada pela Igreja Católica Romana²⁰⁰.

Trata-se de uma violência revelada, perpetrada por um aplicador consciente da inocência do “bode expiatório”, mas, também, consciente da necessidade de que a vítima pereça para que mais pessoas sejam sacrificadas. Uma das mais interessantes metáforas do *Katéchon* produzidas pela arte no ocidente é oferecida por Dostoiévski. Em seu livro *Os Irmãos Karamazov*²⁰¹ há um longo poema em prosa chamado *O Grande Inquisidor*. A história nele contida se passa na Baixa Idade Média, em Sevilha, durante a jurisdição da Inquisição Espanhola²⁰². Narra o poema que o Grande Inquisidor, ancião de aproximadamente noventa anos, caminhava nas ruas da cidade um dia após ter mandado executar uma centena de hereges (nesse ponto, a imaginação de Dostoiévski pede licença à história, tendo em vista que nunca houve um auto-de-fé com centenas de mortos em Sevilha). Em seu passeio, depara-se com um jovem homem que realiza um milagre, ressuscitando uma criança pequena. Imediatamente reconhece o

¹⁹⁷ Muitos movimentos revolucionários também partilharam dessa forma de escatologia antecipada, acreditando que após a violência e o caos da revolução, tudo se tornaria perfeito. Na prática coisas desse tipo jamais se verificaram em parte alguma.

¹⁹⁸ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. Traduzido por Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 156.

¹⁹⁹ PALAVER, W. Hobbes and the *Katéchon*: the secularization of sacrificial Christianity, in **Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture**, 1995, p. 66.

²⁰⁰ PALAVER, W. Hobbes and the *Katéchon*: the secularization of sacrificial Christianity, in **Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture**, 1995, p. 61.

²⁰¹ DOSTOIÉVSKY, F. **Os Irmãos Karamazov**. Tradução de Natália Nunes. São Paulo: Abril, 1970, p. 251 e seguintes.

²⁰² Acerca da Inquisição durante a Idade Média, vide: LEA, Henry Charles. **A History of the Inquisition of the Middle Ages**. Vol I, II e III. Cambridge University Press, 2010.

Cristo, que já havia sido aclamado pela população em seu novo advento. O velho bispo²⁰³, então, manda que prendam o Messias, e o enclausura em uma das torres de seu palácio. Estando frente a frente com Cristo, o Bispo inicia sua discrição do *Katéchon*:

Profetiza-se que voltarás para vencer de novo, cercado de teus eleitos, poderosos e orgulhosos; diremos que eles só se salvaram a si mesmos, ao passo que nós salvamos o mundo inteiro. Dizem que a fornicadora, montada na besta e tendo nas mãos a taça do mistério, será desonrada, que os fracos se revoltarão de novo, rasgarão sua púrpura e desnudarão seu corpo "impuro". Eu me levantarei então e Te mostrarei os bilhões de felizes que não conheceram o pecado. E nós, que nos sobrecarregamos com seus pecados, para sua felicidade, nós nos ergueremos diante de Ti, dizendo: Não Te tememos; também eu estive no deserto, vivi de gafanhotos e de raízes; também eu abençoei a liberdade com que gratificaste os homens e me preparava para figurar entre Teus eleitos, os poderosos e os fortes, ardendo por completá-los o número. Mas dominei-me e não quis servir uma causa insensata. Voltei a juntar-me àqueles que corrigiram Tua obra. Abandonei os orgulhosos, voltei aos humildes, para fazer a felicidade deles. O que Te digo realizar-se-á e nosso império edificar-se-á. Repito-Te: amanhã, a um sinal meu, verás aquele rebanho dócil trazer carvões acesos para a fogueira a que subirás, por teres vindo estorvar nossa obra. Porque se alguém mereceu mais que todos a fogueira, foste Tu. Amanhã, queimar-te-ei. Dixi.²⁰⁴

O Grande Inquisidor sabe que a mensagem de Jesus veio para “trazer a espada”. Recusa-se então a servir a uma “causa insensata”, e perfila-se junto aos que “corrigiram” a obra do Cristo. O sacerdote, junto com seus companheiros de ministério, pretende manter a ordem “neste mundo”, sabe que não salvou sua alma, como os Mártires e Santos, mas salvou o mundo inteiro. Diz-se ainda voltado aos mais humildes (em fé) e não aos orgulhosos. Anuncia por fim, o império que se realizará na Terra. O Grande Inquisidor não se diferencia totalmente dos doutores da Lei denunciados por Jesus. Ele também é um construtor de “túmulos”. Não diferente dos amaldiçoados no Evangelho, o Inquisidor não matou os profetas, mas os teria matado se fizesse parte da geração que os perseguiu. A grande distinção entre o Inquisidor e os doutores da Lei é que estes não tinham consciência da inocência da vítima que imolaram. Viviam em um mundo estritamente sacrificial, portanto, anterior à Revelação. Os doutores, de fato, criam na culpa das vítimas, ou seja, a violência estava completamente encoberta, como na períclope da mulher adúltera. O Inquisidor, pelo contrário, tem consciência da

²⁰³Outro pequeno equívoco de Dostoiévski, visto que os Bispos não podiam atuar como Inquisidores, tendo, porém, assento obrigatório na mesa de sentença.

²⁰⁴DOSTOIÉVSKY, F. **Os Irmãos Karamazov**. Tradução de Natália Nunes. São Paulo: Abril, 1970, p. 251 e ss.

inocência de suas “vítimas”, e sabe que o assassinato apenas se justifica se pensado enquanto uma “economia de violência”, ou seja, se confrontado com um cenário pior.

O Grande Inquisidor representa o *Katéchon*. Suas intenções são as melhores possíveis, deseja salvar a cidade do caos e, quem sabe, dos linchamentos, saques e, até mesmo, do canibalismo²⁰⁵. Mas, para isso, vê-se obrigado a usar do mecanismo sacrificial e ocultar a “verdade”. O velho sacerdote está disposto a aplicar toda a violência necessária para evitar males maiores. A ironia aplicada pelo gênio russo é a de que, pretendendo salvar a cidade e a doutrina da Igreja, o velho inquisidor está disposto a executar o próprio Cristo. A intuição de Dostoiévski é aguda. Apesar do exagero histórico e da visão extremamente cínica da Inquisição, possivelmente influenciado por propaganda anticatólica do século XIX²⁰⁶ – como as propagandas por Manuel da Pinta Llorente²⁰⁷ –, o autor conseguiu retratar fielmente o que é o *Katéchon* enquanto tensão entre o Justo transcendente e a “justiça” mundana. De fato, como bem exposto no poema, o cristianismo sacrificial corre o permanente risco de abandonar o cristianismo e tornar-se apenas sacrifício.

Embora a Igreja tenha conseguido por séculos equilibrar bem a balança do *Katéchon*, alguns episódios, amplamente valorizados pelos detratores da Igreja, como o da existência do Tribunal da Inquisição, são prova de que, por menos sacrificiais que sejam seus princípios reitores, todas as instituições humanas tendem ao sacrifício. No entanto, a Inquisição, experiência mais sacrificial vivida pela Igreja Católica Romana, ainda pode, dada as circunstâncias da época e a comparação com os demais Tribunais que lhe eram contemporâneos, ser considerada um *Katéchon*, no sentido que se emprega nesse capítulo.

O enorme esforço para forjar, a partir de sistemas processuais completamente descompromissados com a “prova”, um sistema de Justiça baseado na “verdade”, é prova de que o intuito do Tribunal do Santo Ofício era combater as heresias sem fazer “bodes expiatórios”²⁰⁸. Além disso, a grande preponderância do perdão, da

²⁰⁵PALAUER, W. Hobbes and the *Katéchon*: the secularization of sacrificial Christianity, in **Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture**, 1995, p. 61.

²⁰⁶Mais sobre a propaganda anticatólica na Modernidade, vide: MUMFORD, Lewis. **The Culture of Old Cities**. Harcourt Brace Jovanovich, 1970; DARNTON, Robert. **The Literary Underground of the Old Regime**. Harvard University Press, 1982. HAZARD, Paul. **The Crisis of the European Mind: 1680-1715**. Tradução de J. Lewis May. Nova Iorque: New York, 1961.

²⁰⁷LLORENTE, Miguel de la Pinta. **La inquisición española**. Madri: Archivo Agustiniiano, 1948.

²⁰⁸Usa-se aqui a expressão na acepção popular da palavra, ou seja, a do “bode expiatório” como alguém que foi injustamente perseguido. Na maior parte das vezes, utilizou-se o termo conforme empregado por René Girard, como aquele contra quem a violência comunitária se canaliza, sendo indiferente sua responsabilidade ou não sobre o evento que desencadeia a perseguição.

reconciliação e das penitências em relação às penas corporais, demonstra que o escopo da instituição era muito mais conduzir o cristão de volta à comunhão da Igreja do que infringir punições²⁰⁹. A pena de morte, por exemplo, ao contrário do senso comum, foi medida de absoluta exceção, não atingindo em nenhuma Inquisição da Europa mais do que 1,8% dos casos julgados²¹⁰. Embora Wolfgang Palaver defenda que o cristianismo sacrificial surge no medievo europeu, sustenta-se, aqui, que esse fenômeno se inicia com Paulo. Foi ele o primeiro a equilibrar essa delicada balança do sacrifício e do perdão e criar uma cultura baseada no *lógos* destruidor de todas as culturas.

Como se sabe, Paulo nasceu em Tarso, na Cilícia²¹¹, membro de uma rígida família de judeus da Diáspora²¹². Na Carta aos Filipenses, Paulo descreve a si próprio: *circuncidado ao oitavo dia, da raça de Israel, da tribo de Benjamim, hebreu filho de hebreus; quanto à Lei, fariseu; quanto ao zelo, perseguidor da Igreja; quanto à justiça que há na lei, irrepreensível* (Filipenses 3: 5-6)²¹³. Embora Paulo seja o apóstolo de Cristo de que se tem mais notícia no Novo Testamento, tratar-se-á, aqui, somente determinados aspectos de sua vida, quais sejam: os aspectos que têm alguma relevância para o tema em tela. Importa, no momento, dizer que, judeu fervoroso e fariseu, Paulo foi um perseguidor de cristãos, sendo ele uma das testemunhas e um apoiador da lapidação do mártir Estevão, conforme relatam os *Atos dos Apóstolos* (8, 1)²¹⁴. Após sua conversão milagrosa²¹⁵, passou a ser o “apóstolo dos gentios”.

Embora a história de Paulo esteja contada em diversos pontos dos *Atos dos Apóstolos*, utilizar-se-á, como material, suas Epístolas. Endereçadas às primeiras comunidades (Igrejas) cristãs que mantinham atividades sob a supervisão do Apóstolo, esses documentos são registros ocasionais, ou seja, não são tratados de teologia,

²⁰⁹ Aos que quiserem maiores informações sobre a afirmação proferida ver: KAMEN, Henry. **A inquisição na Espanha**. Trad. De Leônidas Gontijo de Carvalho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966; LEA, Henry Charles. **A history of the inquisition of spain**. Nova Iorque: Macmillan Company, 1906; RODRIGO, Francisco Javier. **Historia verdadera de la inquisicion**. Vol I, II e III. Madrid: Imprenta de Alejandro Gomez Fuentenebro, 1876.

²¹⁰ BORROMEIO, Agostino. **Publicadas as atas do simpósio internacional do Vaticano, realizado em 1998**. In: http://www.radiovaticana.va/portuguese/brasarchi/2004/RV25_2004/04_25_07.htm. Acesso em 01 de agosto de 2014.

²¹¹ À época uma próspera província romana. Atualmente pertence à Turquia.

²¹² BORNKAMM, Günter. **Paulo: Vida e Obra**. Traduzido por Bertilo Brod. Santo André: Academia Cristã, 2009, p. 43.

²¹³ **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2051.

²¹⁴ **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1914.

²¹⁵ Paulo teria encontrado com o próprio Jesus Cristo no caminho para Damasco.

tampouco uma exposição sistemática do pensamento do autor²¹⁶. São, em verdade, respostas a problemas complexos surgidos nos primeiros agrupamentos de cristãos. Por vezes, como será demonstrado, Paulo teve que lançar mão de algum grau de sacrifício. Houve também a conjugação da Lei com os ensinamentos de Jesus. Esses dois temas serão o mote do presente capítulo.

Em primeiro lugar, é preciso frisar que Paulo previa os efeitos escatológicos do *lógos* cristão. Sabia que a lenta disseminação do Cristianismo aboliria a Lei e derrubaria as potestades e principados. A queda dessas barreiras e a revogação da Lei precipitariam a vinda do anticristo. Porém, o Apóstolo intuía a existência de algo que serve de obstáculo ao fim dos tempos. Na *Epístola aos Tessalonicenses*, Paulo fala sobre algo que impede a vinda do anticristo. A referência, feita sem qualquer explicação, é interpretada como um sinal de que a comunidade de Tessalônica, à qual se destinava a *Epístola*, sabia a que Paulo se referia:

[...] deve vir primeiro a apostasia, e aparecer o homem ímpio, o filho da perdição, o adversário, *que se levanta contra tudo* que se chama *Deus*, ou recebe culto, chegando a sentar-se pessoalmente no templo de *Deus*, e querendo passar por *Deus*. Não vos lembrais que vos dizia isto quando estava convosco? Agora também sabeis que é que a ainda o retém, para aparecer só a seu tempo. Pois o mistério da impiedade já age, só é necessário que seja afastado aquele que ainda o retém! (BÍBLIA, *Epístola aos Tessalonicenses*, 2: 3-7).²¹⁷

Certos intérpretes acreditam que Paulo está tratando do Império romano²¹⁸; outros, da pregação evangélica²¹⁹. O fato é que não há qualquer espécie de consenso sobre esta passagem de *Tessalonicenses* (2: 3-7). O enorme mistério em torno dessa passagem da obra paulina é avolumado pela própria redação dada por Paulo. Na primeira vez em que se refere ao que retém o anticristo, o Apóstolo escreve: “sabeis que é que [...]”, favorecendo as interpretações de que ele se referia a algum objeto (alguma relíquia), alguma prática (a pregação do Evangelho) ou, a alguma força política (o Império Romano, por exemplo). Na segunda refere-se a “aquele que ainda o retém”, favorecendo a interpretação segundo a qual quem impede a vinda do anticristo é uma

²¹⁶Citar o Comentarista, Bíblia sagrada p. 1956.

²¹⁷**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2067.

²¹⁸Seria a visão comungada por Hipólito e Tertuliano, segundo Palaver. Nos seguintes termos: “Although there have been many different interpretations of the *katéchon* throughout Christian history the most important was its identification with the Roman Empire. The theologians Hippolytus and Tertullian were the first to interpret the *katéchon* in this way. After the disintegration of the Roman Empire the *katéchon* was identified with the Empire of Charles the Great, the Holy Roman Empire of the German Nation (cf. *Translatio Imperii*), or the Catholic Church.”

²¹⁹Comentarista, em **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1957.

pessoa (César, por exemplo) ou um ente espiritual (São Miguel Arcanjo, por exemplo). No livro de Jó, Deus é *Katéchon* que limita a atuação do Leviatã (Livro de Jó, 40:25-32). Já no Apocalipse de João, o *Katéchon* é representado por um anjo que prende Satanás por mil anos:

Vi então um Anjo descer do céu, trazendo na mão a chave do Abismo e uma grande corrente. Ele agarrou o Dragão, a antiga serpente – que é o Diabo, Satanás – acorrentou-o por mil anos
 (...)
 Quando completarem os mil anos, Satanás será solto de sua prisão e sairá para seduzir as nações dos quatro cantos da Terra [...] (BÍBLIA, Apocalipse, 20:1-8).²²⁰

Há um paralelismo entre esse trecho do *Apocalipse de João* e a *segunda Epístola aos Tessalonicenses*. Em ambos os textos algo (um Anjo, segundo a “visão” de João) impede o Apocalipse. Esta evitação é, porém, temporária. Em pouco tempo se fará impossível impedir a marcha dos acontecimentos que precipitará o fim do “mundo”. O Anjo do Apocalipse é violento. Ele agarra Satã usando correntes e o encarcera. A violência pontual que visa evitar a violência caótica é o *Katéchon*, ou seja, é o mecanismo do “bode expiatório”, porém, em um ambiente cultural em que a Revelação cristã já se operou²²¹. Nesse cenário, o mecanismo só é legítimo se for um mal menor, já que não é mais aceitável o sacrifício pelo sacrifício. Nesse sentido, o Direito Penal é o *Katéchon* das modernas sociedades, e é tanto mais legítimo quanto mais se afasta do sacrifício.

Adotar-se-ão a posição de Girard e a de Palaver, as quais dão conta de que o *Katéchon* — a força que evita o Apocalipse —, nada mais seria do que uma leitura sacrificial do próprio cristianismo²²². Possivelmente, o Direito Penal foi o ramo do Direito em que mais explícita se tornou a influência do cristianismo sacrificial. Decerto, isto se deu por ser a pena uma secularização, ainda que não completamente efetivada, do sacrifício humano. A presente tese pretende demonstrar que as dificuldades

²²⁰**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2163 -2164.

²²¹Palaver dá conta de que Carl Schmitt seria o grande teórico do *Katéchon* na contemporaneidade: An interesting political interpretation of the *katéchon* in our own century has been given by the German law scholar Carl Schmitt. Schmitt recognized several persons or institutions throughout history that acted as a *katéchon*: Byzantium, the medieval Holy Roman Empire, the Emperor Rudolf II, the jurist and historian Savigny, the philosopher Hegel, the British Empire, the Austrian Emperor Franz Joseph, the Czechoslovak President Masaryk, the Polish Marshall Pilsudski, the Jesuits, and the Catholic Church. On Carl Schmitt's interpretation of the *katéchon*. PALAVER, Wolfgang. Order out of chaos in the theories of Carl Schmitt and René Girard. **Synthesis**, v.1 (Spring): 87-106.

²²²PALAVER, Wolfgang. Order out of chaos in the theories of Carl Schmitt and René Girard. **Synthesis**, v. 1 (Spring): 87-106, p. 62.

encontradas por Paulo de Tarso em conciliar o magistério de Jesus com a Lei, são, ainda, um desafio imposto às democracias ocidentais no que diz respeito ao trato com as questões criminais. Ainda que a mensagem cristã tenha se transformado em “doutrina” dos Direitos Humanos, e a Lei tenha dado lugar à instrumentos legislativos pretensamente sofisticados, *a sensível balança da Justiça ainda oscila entre sacrifício e perdão.*

Passar-se-á à análise das cartas paulinas. Não se seguirá uma ordem cronológica, tampouco uma ordem de importância, como fizeram os editores da Bíblia de Jerusalém. Tendo em vista tratarem-se de textos avulsos para comunidades (Igrejas), as quais, via de regra, não tinham ligações umas com as outras, os temas expostos se repetiam e se entrelaçavam em argumentações, por vezes, cristalinas, em outras, obscuras. Iniciar-se-á mostrando o rompimento de Paulo com a teologia da retribuição própria da tradição hebraica. Nas epístolas, não há na Justiça divina uma relação de causa e efeito entre receber o bem e retribuir com o bem. Ao contrário da doutrina da retribuição devida à submissão à lei, nas Cartas há uma completa desconexão entre ação e salvação. O bem é devido sempre, por todos os cristãos, inclusive aos ímpios. A justiça da retribuição, assim como a justiça mundana, não é Justiça Divina. Nesse ponto, Paulo é absolutamente fiel ao ensinamento de Jesus.

Paulo que, como dito anteriormente, antes de convertido fora um impiedoso perseguidor de cristãos, percebe que quanto mais perseguia a nascente Igreja de Cristo, melhor cumpria a Lei (*Epístola aos Gálatas*, 1: 14)²²³ e melhor se distinguia, galgando posições na hierarquia religiosa inatingíveis a outros jovens de sua idade. Porém, após sua conversão, torna-se um dos principais nomes da religião que revoga esta mesma Lei. Religião da completa unidade, o cristianismo é também a religião da libertação do jugo da Lei, conforme bem explicado na Epístola aos Gálatas:

Antes que chegasse a fé, nós éramos guardados sob a tutela da Lei para a fé que haveria de se revelar. Assim a Lei se tornou nosso pedagogo até Cristo para que fossemos justificados pela fé. Chegada, porém, a fé, não estamos mais sob o pedagogo; vós todos sois filhos de Deus, pela fé em Jesus Cristo, pois vós, que fostes batizados em Cristo, vos vestistes de Cristo. Não há mais judeu nem grego, escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus. (BÍBLIA, *Gálatas*, 3: 23-28)

A nascente doutrina da unidade esboçada por Paulo nessa Carta é eminentemente antissacrificial. O “outro” é, neste ponto, integrado ao “mesmo”. Torna-

²²³**Bíblia de Jerusalém.** 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2032.

se menos legítima a união do grupo contra o “diferente”, ou, na expressão girardiana, o possuidor de “sinais vitimários”. A própria estrutura na qual o raciocínio de Paulo se desenvolve é reveladora. Inicialmente, trata da supressão da diferença entre judeu e grego. Segundo Paulo, trata-se de uma diferença geográfica, mas também religiosa. É a mais insuperável das diferenças, pois o estrangeiro jamais será um nativo. A isso soma-se a diversidade religiosa.

Segue Paulo abolindo a diferença entre o escravo e o homem livre. É uma distinção social, já que ambos, o homem livre e o cativo, fazem parte da mesma sociedade, embora um abismo os separe. À época, existia uma grande distinção entre a escravidão entre os gregos, romanos e hebreus. Entre os gregos e romanos, o escravo era *res*, uma coisa, um semovente. O mesmo não ocorria no direito dos hebreus. O escravo serviria por sete anos e depois deveria ser libertado. Apesar disso, a supressão da distinção de que fala Paulo se dava no plano espiritual, conforme se lê em Coríntios (7:21).

Por fim, Paulo trata da distinção entre o homem e a mulher. A tradição judaica parece severa com as mulheres, o que não ocorre no Evangelho²²⁴. Talvez o ponto mais importante no qual é possível notar a dignidade atribuída às mulheres nas escrituras do Novo Testamento esteja mais evidente nas estações da Paixão de Cristo. Maria Madalena, Maria, mãe de Thiago Menor e Salomé²²⁵, permaneceram ao lado de Jesus durante a *via crucis* e a morte no Calvário. A postura contrasta com a dos discípulos de Jesus, que por mais de uma vez, juraram permanecer até a morte junto ao seu Mestre, mas que fugiram assim que a perseguição se iniciou. O próprio Pedro, o mais fiel e devotado deles, não teve coragem de se opor à unanimidade violenta do mecanismo do “bode expiatório” posto em marcha contra Jesus. Embora a narrativa bíblica exalte a mulher, apenas com Paulo passou a haver uma formulação doutrinária da dignidade feminina. Um bom exemplo disso está na Primeira Epístola aos Coríntios (11:11-12): *Entretanto, diante do Senhor, a mulher não existe sem o homem e o homem não existe sem a mulher. Pois, se a mulher foi tirada do homem, o homem nasce pela mulher e tudo vem de Deus*²²⁶. É possível que a defesa doutrinária de certa dignidade às

²²⁴Jesus é acompanhado por mulheres conforme se lê em Mc 1,32; Mt 8,17; 19,13-15; Lc 8,2.

²²⁵Marcos 15:40,41, em: **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1784.

²²⁶**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2006.

mulheres²²⁷ tenha sido motivo da adesão de muitas delas à nova fé, incluindo mulheres gregas de “alta posição”²²⁸.

A doutrina da unidade encontra seu ápice na mais completa das Epístolas paulinas, a dirigida aos “Romanos”. Segundo Lyonnet²²⁹, tal carta, juntamente com a enviada aos Gálatas, “opõem Cristo Justiça de Deus à justiça que os homens pretendiam merecer por seus próprios esforços”. Exatamente por isso, trata-se de um documento fundamental para compreender a superação à teologia da retribuição levada a efeito pela mensagem Evangélica. Analisar-se-á um trecho importante desta epístola no qual se entende estar a superação da teologia da retribuição plenamente demonstrada²³⁰:

Abençoi os que vos perseguem; abençoi e não amaldiçoeis. Alegrai-vos com os que se alegram, chorai com os que choram. Tende a mesma estima uns pelos outros, sem pretensões de grandeza, mas sentindo-se solidários com os mais humildes: *não vos deis ares de sábios*. A ninguém pagueis o mal com o mal; seja vossa preocupação fazer o que é *bom* para todos os *homens*, procurando, se possível, viver em paz com todos, por quanto de vós depende. Não façais justiça por vossa conta, caríssimos, mas dai lugar à ira, pois está escrito: *A mim pertence a vingança, eu é que retribuirei*, diz o Senhor. Antes, se teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer, se tiver sede, dá-lhe de beber. Agindo desta forma estarás acumulando brasas sobre a cabeça dele. Não te deixes vencer pelo mal, mas vence o mal com o bem. (BÍBLIA, Romanos, 12: 14 - 21).

Analisar-se-á, por partes, a passagem acima, dada sua riqueza e para que se torne mais fácil a compreensão dos pontos que se pretende ressaltar:

a) *Abençoi os que vos perseguem; abençoi e não amaldiçoeis*: a exemplo de Jesus, Paulo expõe a fórmula para escapar aos conflitos humanos. Se a retribuição, ou violência mimética, arrasta o homem ao coração do conflito e a uma espiral de violência que tende a contaminar a todos, apenas o perdão pode reverter esse processo. O Apóstolo mostra que cabe ao cristão converter a má reciprocidade em boa reciprocidade. O que está aí aconselhado é o equivalente paulino de “dar a outra face”, ou o “amai vossos inimigos”, porém, aplicado ao contexto das primeiras comunidades cristãs. Há a referência aos que

²²⁷Também em efésios 5:25. **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2046.

²²⁸Atos dos apóstolos, 17:12. **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1934.

²²⁹S. Lyonnet, nos comentários às epístolas de Paulo da Bíblia de Jerusalém. **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1959.

²³⁰Há mensagem semelhante em Tessalonicenses 5:12-15. **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2064.

“perseguem”, já que Paulo dirige-se a uma comunidade que vive em meio a constantes perseguições;

b) *A ninguém pagueis o mal com o mal; seja vossa preocupação fazer o que é bom para todos os homens, procurando, se possível, viver em paz com todos, por quanto de vós depende.* A fórmula complementa a anterior. Não pagar o mal com o mal, não retribuir, não expulsar Satã com Satã, não ingressar na espiral de violência mimética que tende a destruir ambos os contendores. Ao mal, o cristão quebra o círculo da violência mimética, por isso declara que “de vós depende” viver em paz com todos. Porém, ao contrário de Jesus, Paulo soma uma condicionante ao que prescreve. O “Se possível” de Paulo demonstra que o Apóstolo reconhece a dificuldade da imitação de Cristo. Paulo escreve a comunidades reais, homens e mulheres reais, e lhes pede que imitem a ele, que imita a Cristo, vivendo em paz com todos, sabendo, porém, que nem sempre isto é “possível”.

c) *Não façais justiça por vossa conta, caríssimos, mas dai lugar à ira, pois está escrito: A mim pertence a vingança, eu é que retribuirei, diz o Senhor.* Paulo acredita que a justiça humana não é Justiça. A justiça dos homens é apenas a canalização da violência para determinados indivíduos. Como tal, esta justiça adquire, comunitariamente, um significado transcendente. Paulo também desvenda o que esta por trás da aparente justiça mundana quando, na segunda parte da sentença, chama-a de “vingança”. Mas, curiosamente, chama de vingança a Justiça divina. Chama-a ainda de “ira”. É difícil, nesse ponto, saber se se trata de um resquício judaico na teologia paulina, ou se Paulo se refere a uma vingança no campo espiritual, como faz em outros pontos da mesma carta e também em outras. O certo é que a mensagem é clara: o cristão não deve tomar para si o mister de fazer Justiça, deve sim, confiá-la a Deus. Usando a chave interpretativa da teoria mimética, pode-se dizer que Paulo propõe que se abandone a mediação interna em prol da externa;

d) *Antes, se teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer, se tiver sede, dá-lhe de beber. Agindo desta forma estarás acumulando brasas sobre a cabeça dele. Não te deixes vencer pelo mal, mas vence o mal com o bem.* Há aqui a repetição da ideia inicial: abençoar os que os perseguem. A completa ruptura com a teologia da retribuição sugere a substituição do “Satã expulsa Satã” por uma nova forma de “luta”. Fazer o bem a quem faz o mal, subjogando o inimigo pelas boas obras,

torna-se um tema recorrente na literatura clássica, como se pode ver em “Les Misérables” publicado por Victor Hugo em 1862. Paulo compreende que retribuir o mal com o mal é ser vencido por este mesmo mal. Ou seja, é ingressar no jogo dos duplos, igualar-se ao rival. Ser cruel com o cruel não faz do cristão um justo, mas soma mais uma crueldade à que já fora praticada. Só o rompimento do ciclo de violência mimética pode restituir a paz entre os rivais. Os quatro temas tratados no mesmo trecho da Carta são repetições fiéis do magistério de Jesus.

Ao falar abstratamente, as prescrições paulinas são fiéis às palavras de Jesus, marcando um rompimento completo com a justiça enquanto retribuição. Entretanto, como dito anteriormente, as Epístolas não eram compêndios de teologia, tampouco regras gerais para as nascentes comunidades cristãs. Eram, em verdade, soluções para problemas específicos surgidos nestas comunidades. Paulo respondia, portanto, a demandas anteriormente colocadas por membros, que o reconheciam como liderança. Essas comunidades, ainda em processo de fundação, estavam em constante perigo. Enfrentavam diversas crises, algumas resultantes de perseguições religiosas, outras surgidas dentro da própria comunidade. Eram problemas, por vezes, simples, mas que necessitavam da resolução por uma autoridade dogmática. Nas “soluções” dadas para esses problemas, *Paulo é, por vezes, sacrificial*. Mas não sacrificial como os *antigos*. O sacrificalismo de Paulo está mitigado pela revelação cristã. É um sacrificalismo que reconhece naquele contra quem se forma o mecanismo do “bode expiatório” um igual.

Desses “casos” apreciados por Paulo, alguns são interessantíssimos e ilustram bem o que se pretende demonstrar. O primeiro deles trata de um incesto. Incesto, segundo Claude Lévi-Strauss é o tabu universal, proibição que, segundo ele, é estrutural nas sociedades humanas²³¹. A expressão “incesto” é usada por Lévi-Strauss de forma diferente da coloquial. Não se trata da proibição do sexo e do matrimônio entre irmãos e irmãs ou entre pais e filhos, mas, sim, de sexo e casamento entre pessoas cujo matrimônio é proibido. Em sua vasta pesquisa, o antropólogo não encontrou qualquer sociedade na qual todos os casamentos fossem permitidos. Em outras palavras, não há

²³¹ Para mais informações: LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Traduzido por Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

sociedade cujos homens possam desposar qualquer mulher²³² indiscriminadamente. Veja-se o episódio condenado por Paulo na primeira Epístola aos Coríntios. Como se sabe, trata-se de um casamento entre enteado e madrasta, que era proscrito desde Levítico (18:8)²³³. A nova comunidade cristã também repudia o incesto:

Só se ouve falar de imoralidade entre vós, e imoralidade tal que não se encontra nem mesmo entre os gentios: um dentre vós vive com a mulher de seu pai. (...) É preciso que, estando vós e o meu espírito reunidos em assembleia com o poder de nosso Senhor Jesus, entreguemos tal homem a Satanás para a perda da sua carne, a fim de que o espírito seja salvo no dia do Senhor [...] (BÍBLIA, Coríntios, 5:1-5, com intermitências²³⁴).

O tom do apóstolo é admoestatório. A proposta de Paulo à comunidade é a entrega do incestuoso a Satanás. Para pedir a punição, usa inclusive o nome de Jesus. Mesmo parecendo uma súplica completamente sacrificial, há ainda algo que difere das punições dos antigos. Paulo defende que a punição se dará para o bem do punido. O sofrimento, experimentado na carne, será de grande valia para a futura salvação da alma. A punição é vista não só sob a perspectiva da comunidade, mas também sob a perspectiva do “bode expiatório”. E segue:

[...] escrevi-vos que não vos associeis com alguém que traga o nome de irmão e, não obstante, seja devasso ou avarento ou idólatra ou injurioso ou beberrão ou ladrão. Com tal homem não deveis nem tomar refeição. Acaso compete a mim julgar os que estão fora? Não são os de dentro que vos tendes de julgar? Os de fora, Deus os julgará. *Afastai o mau do meio de vós.* (BÍBLIA, Coríntios, 5: 11-13²³⁵).

Apesar da mensagem de perdão que fundamenta as diretrizes paulinas dadas às Igrejas por meio de cartas, o desfecho do caso de incesto é o mesmo que o de Édipo: o

²³²“A questão não consiste, portanto, em saber se existem grupos que permitem casamentos que são excluídos em outros, mas, em vez disso, em saber se há grupos nos quais nenhum tipo de casamento é proibido. A resposta deve ser então absolutamente negativa, e por dois motivos. Primeiramente, porque o casamento nunca é autorizado entre todos os parentes próximos, mas somente entre algumas categorias (meia-irmã com exclusão da irmã, irmã com exclusão da mãe, etc). Em segundo lugar, porque estas uniões consanguíneas ou têm caráter temporário e ritual ou caráter oficial e permanente, mas neste último caso são privilégio de uma categoria social muito restrita. Assim é que em Madagáscar a mãe, a irmã e às vezes também a prima são cônjuges proibidos para as pessoas comuns, ao passo que para os grandes chefes e os reis somente a mãe - mas assim mesmo a mãe - é fady, "proibida". Mas há tão poucas "exceções" à proibição do incesto que esta é objeto de extrema susceptibilidade por parte da consciência indígena. Quando um matrimônio é estéril, postula-se uma relação incestuosa embora ignorada, e as cerimônias expiatórias prescritas são automaticamente celebradas". LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Traduzido por Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 48.

²³³“Não descobrirá a nudez da mulher de teu pai, pois é a própria nudez de teu pai.” Levíticos 18:8, em: **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 186.

²³⁴**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1998.

²³⁵**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1999.

“bode expiatório” é expulso da comunidade. Há uma sutil diferença apenas. Édipo é expulso para o bem de Tebas; já o incestuoso de Corinto o é para o bem da Igreja de Corinto e para seu próprio bem. A expiação de seu pecado será levada em conta no julgamento do Senhor. Apesar disso, o incestuoso de Corinto é também vítima de sacrifício. Sacrifício este que Paulo deixa claro ser feito com a autoridade da maioria unida em “assembleia”. Teria sido essa a postura de Jesus? Ou teria ele pedido que atirasse uma pedra aquele que não estivesse em pecado? São as dificuldades de aplicar o magistério cristão a uma ordem cultural precipuamente sacrificial a qual antecede o cristianismo cultural. Este cristianismo poderia também ser chamado de cristianismo possível.

A lei a que Paulo se refere são as prescrições religiosas do judaísmo, em especial a Lei mosaica, cuja força tinha caráter normativo. Ele declara que Jesus veio para abolir a Lei. Tal abolição se daria no plano da justificação com vias à salvação. Por isso, Paulo não via qualquer contradição entre ser julgado pelas ações e salvo pela fé. Também não via contradição entre a recompensa pela obediência à Lei e a punição pela desobediência, conforme esclarece Ed Parish Sanders:

O problema é basicamente teológico: como isentar Paulo da doutrina supostamente judaica da justificação pelas obras. Hoje em dia se reconhece geralmente que as afirmações de Paulo sobre recompensa e castigo não são um ‘resto’ judaico que pode ser eliminado do pensamento ‘autêntico’ de Paulo, mas parece que não há ideia clara sobre como relacioná-las com o restante do pensamento paulino. Devo confessar que não vejo problema nisso. A asserção de Paulo ‘não pelas obras da lei’ se refere à entrada no Corpo de Cristo. Não é de modo algum incoerente que ele espere dos que estão em Cristo procedimento correto, nem que ele pense que as transgressões dos cristãos serão punidas. Isso concorda com a ideias, comuns no judaísmo, de que a eleição e a salvação são pela graça de Deus, ao passo que a recompensa e o castigo correspondem às ações. Não há conflito entre a misericórdia de Deus e sua justiça, e de fato, neste ponto Paulo é exemplo perfeito da teoria que é característica do judaísmo do sec. I: Deus julga segundo as suas ações aqueles que ele salva por sua misericórdia²³⁶.

O autor compreende bem a natureza híbrida do pensamento paulino. Se por um lado é um cristão fiel aos ensinamentos do Mestre, por outro, tem uma sólida formação judaica que se revela fundamental para lidar com os problemas que lhe são apresentados pelas Igrejas a que está ligado. O cristão está livre da Lei, mas aquele que a transgride

²³⁶SANDERS, Ed Parish. **Paulo, a lei e o povo judeu**. Traduzido por José Raimundo Vidigal. São Paulo: Academia Cristã/Paulus, 2009, p. 135.

está sujeito às suas agruras. Paulo até mesmo legitima os poderes mundanos e seu sistema punitivo, conforme se lê em Romanos 13:

Os que governam incutem medo quando se pratica o mal, não quando se faz o bem. Queres então não ter medo da autoridade? Pratica o bem e dela receberás elogios, pois ela é um instrumento de Deus para te conduzir ao bem. Se, porém, praticares o mal, teme, porque não é à toa que ela traz a espada: ela é um instrumento de Deus para fazer justiça e punir quem pratica o mal. (BÍBLIA, *Romanos*, 13:3-4)²³⁷

A certeza de Paulo quanto à necessidade da autoridade e da pena para os maus é tão radical que ele parece esquecer-se de que o próprio Jesus, embora bom, foi perseguido e morto pelos poderes mundanos. Porém, em meio a intensas perseguições experimentadas pelas Igrejas, Paulo parece mudar de ideia na Carta a Timóteo I (2:1-2). Pede que os fiéis rezem pelos reis e autoridades, para que os permita levar uma vida calma e serena. Nessa mesma Epístola, Paulo explica a quem se “destina” a Lei:

Sabemos, com efeito, que a Lei é boa conquanto seja usada segundo as regras, sabendo que ela não é destinada ao justo, mas aos iníquos e rebeldes, ímpios e pecadores, sacrílegos e profanadores, parricidas e matricidas, homicidas, impudicos, pederastas, mercadores de escravos, mentirosos, perjuros e para tudo o que se oponha à sã doutrina [...] (BÍBLIA, *Timóteo*, 1:8-10)²³⁸

Como dito por Sanders, a defesa de uma doutrina retribucionista por parte de Paulo não é um resquício de judaísmo que seja necessário eliminar para atingir seu legítimo pensamento²³⁹. Trata-se do verdadeiro Paulo, alguém que foi cristão na fé, mas judeu na forma de pensar a vida social.

A canalização da violência sugerida por Paulo é uma *pena e não um sacrifício*. Paulo a admite como medida política, deixando claro que a decisão deve partir de uma assembleia. Não é Deus quem pune, embora Paulo invoque a Cristo. O julgamento é feito pela comunidade e não pela divindade. É julgamento de um homem, efetuado por outros homens. A pena também é admitida em virtude de uma diferença, ou seja, só deve ser punido o responsável pela crise. Embora não se explicita quais os mecanismos usados para apurar a responsabilidade do homem, pretende-se punir quem realmente violou a Lei. Nada indica que houvesse espaço para o “juízo de Deus”. Apesar de ter em seu pensamento resquícios de sacrificalismo, Paulo não é, no que tange à pena, um

²³⁷ Passagem semelhante em Tito 3:1. **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1987.

²³⁸ **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2069.

²³⁹ SANDERS, Ed Parish. **Paulo, a lei e o povo judeu**. Traduzido por José Raimundo Vidigal. São Paulo: Academia Cristã/Paulus, 2009, p 134.

antigo. Inicialmente porque percebe a pena também como um benefício para o punido. O bem do todo não é mais a lei suprema, é preciso olhar também para a parte. Como é possível perceber no caso de incesto, a pena deve aproveitar a quem se pune. Daí que a pena seja, então, um “mal menor”. Deve-se punir para evitar que o mal se avolume e que o próprio causador seja ainda mais prejudicado.

Além disso, Paulo acredita que a punição deve encontrar limite na necessidade. Essa é talvez a maior distinção entre a pena dos modernos e a dos antigos. A pena não deve ser desnecessária, nem em aplicação, nem em proporção. *Deve ser o mínimo de violência necessária para evitar um mal que a supera*. Em Coríntios II isso ficou bastante explícito ao tratar do caso de um homem que o ofendera:

Se alguém causou tristeza, não foi a mim, mas em certa medida (não exageremos) a todos vós. Para tal homem, basta a censura infligida pela maioria. Eis por que, muito pelo contrário, perdoai-lhe e consolai-o, a fim de que não seja absorvido por tristeza excessiva. Sendo assim, exorto-vos a que deis prova de amor para com ele, pois, ao vos escrever, eu tinha em mira pôr à prova a vossa obediência e averiguar se era total. Àquele a quem perdoais eu perdoei! Se perdoei – à medida que tinha que perdoar -, fi-lo em vosso favor, na plena presença de Cristo, a fim de que não sejamos iludidos por Satanás. Pois não ignoramos as intenções dele. (BÍBLIA, Coríntios II, 2: 5-11)²⁴⁰

Mais uma vez, será necessário se deter minuciosamente sobre alguns desses versículos a fim de obter a melhor compreensão possível:

a) *Se alguém causou tristeza, não foi a mim, mas em certa medida (não exageremos) a todos vós. Para tal homem, basta a censura infligida pela maioria*. Paulo aprova a censura infligida ao homem que causou tristeza não a si, mas a todos (?). Assim como no caso do incestuoso, o Apóstolo envolve a comunidade na resolução do conflito. Aqui também a maioria formada contra o “bode expiatório” é usada como elemento legitimador da própria punição. A palavra que mais importa nessa passagem da Epístola é o “*basta*” dado por Paulo. Embora reconheça como legítima a censura, o Apóstolo acha que isto basta. Não quer prolongar o mecanismo unânime apontado contra o acusado. Se a censura é suficiente, nada mais deve ser feito contra ele, além do perdão e da reconciliação. Depois de experimentar a pena, o indivíduo deve gozar sua vida da maneira como era antes. Eis o coração do Direito Penal reivindicado pelos *modernos*.

²⁴⁰**Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 2018 - 2019.

b) *Eis por que, muito pelo contrário, perdoai-lhe e consolai-o, a fim de que não seja absorvido por tristeza excessiva. Sendo assim, exorto-vos a que deis prova de amor para com ele.* Paulo não é Cristo, e, por isso, é incapaz de perceber a unidade entre o censurado e os que o censuram. Porém, administrada a sanção, Paulo tenta reverter seus efeitos convidando a comunidade a perdoar, consolar e dar provas de amor, para que a tristeza do apenado não seja excessiva. Após receber a pena, o sujeito deve ser reintegrado, ou, em outras palavras, depois de purgado o pecado, deve o cristão retornar ao Corpo Místico de Cristo.

c) *Àquele a quem perdoais eu perdoei! Se perdoei – à medida que tinha que perdoar -, fi-lo em vosso favor, na plena presença de Cristo, a fim de que não sejamos iludidos por Satanás. Pois não ignoramos as intenções dele.* Paulo parece delegar à comunidade a responsabilidade sobre o perdão do “bode expiatório”, ressaltando que o perdão se daria pelo bem daquela Igreja. O último versículo é, ao que se entende, o mais revelador. Paulo entende que é da intenção de Satanás que as sanções contra o homem se perpetuem. Parece compreender que Satanás é um momento, não um ente. Satã é o momento do absoluto escândalo, o paroxismo da acusação, quando ninguém ousa colocar-se contra a multidão e a unanimidade se forma²⁴¹. Quando esse mecanismo se formou contra Jesus, os que dele tomaram parte não sabiam o que fazer (Lucas, 23, 34). O ambiente das nascentes Igrejas gregas era, porém, “revelado”, ou seja, os membros já sabiam ou deviam saber da inocência do perseguido e da responsabilidade dos que perseguem sobre a perseguição. Paulo escrevia para lembrar-lhes de não se entregarem a Satanás.

Estão aqui estabelecidos com clareza os limites que se devem dar às punições, ou pelo menos, os limites reivindicados pelos modernos. Por ser o avesso do sacrifício, a pena não pode resultar na completa exclusão do cristão da comunidade, tampouco deve servir para fustigá-lo além do necessário. A canalização da violência proposta por ele é mitigada. Trata-se de uma violência revelada, pois o propositos já tem consciência da inocência do perseguido e da injustiça de toda perseguição. Sabe, porém, que o simples perdão iria desintegrar essas primeiras Igrejas. Paulo sabia que haviam estorvos à deflagração do apocalipse, e que o sacrifício, quando necessário para evitar violências

²⁴¹GIRARD, René. **Veio a Satan caer como el relámpago**. Traduzido do francês por Francisco Díez del Corral. Barcelona: Anagrama, 1999, p. 57.

ainda maiores, era um desses estorvos. O mecanismo sacrificial, porém, não deve ser levado às últimas consequências, ou, nas palavras do Apóstolo, a Igreja não se pode deixar iludir por Satanás. A proposição feita por ele aos coríntios é que ajudem a reverter o sofrimento que eles mesmos causaram ao “bode expiatório”.

Paulo inaugura uma longa tradição no pensamento cristão no que diz respeito à pena. O “cristianismo sacrificial”, ou cultural²⁴², ou possível, como se chama no presente capítulo, é uma leitura sacrificial da Paixão de Cristo da qual decorre, segundo Girard²⁴³, o caráter persecutório do cristianismo histórico²⁴⁴. A leitura sacrificial do cristianismo é uma pequena, porém decisiva, regressão às concepções veterotestamentárias²⁴⁵. Paulo foi, talvez, o primeiro artífice dessa tradição hermenêutica.

Paulo não é Jesus. Embora prescreva o perdão e a benção aos que erram, permite ou mesmo determina às Igrejas que punam transgressões. Entretanto, Paulo também não é um *antigo*. Ao punir, Paulo não quer destruir o indivíduo, pelo contrário, quer o retorno deste ao grupo. A medida da pena deve ser apenas a necessidade. Paulo também não vê a punição como um mal para combater outro mal. A prescrição da pena, nas cartas paulinas, vem acompanhada da motivação. Não se deve punir por punir. A pena paulina, se é que seja possível assim chamar suas tímidas sentenças, não é sacrifício. Não é, também, Talião, como usavam os antigos. Trata-se de um híbrido. Uma violência “revelada”, que é sacrificial, mas não é um sacrifício. Pelo contrário, é sua evitação, seu avesso.

A pena no cristianismo cultural — cujo início está em Paulo e chega até pensadores bastante recentes — antecipou algo da pena dos *modernos*. O Direito Penal pensado que pretende por um lado resguardar o grupo, por outro, proteger o apenado. Apenas no Ocidente cristão essa doutrina jurídica foi possível. Países não-cristãos que a experimentaram, o fizeram tardiamente e por influência ocidental. Para os cientistas do Direito Penal moderno, toda essa revolução jurídica teria sido fruto da razão, do

²⁴²Lembrando que segundo a concepção adotada nesse trabalho, toda cultura humana se baseia no sacrifício. O cristianismo, pelo contrário, é o *logos* destruidor da cultura, pois revela o mecanismo (sacrificial) que ela pretende ocultar.

²⁴³Para ele a Epístola aos Hebreus é o mais importante documento do cristianismo sacrificial, pois mostra a crucificação como decorrência da vontade divina, absolvendo os homens pela perseguição do Messias. Para saber mais: GIRARD, R., OUGHOURLIAN, J.M. e LEFORT, G. **Coisas ocultas desde de a fundação do mundo**, p. 275 e ss.

²⁴⁴GIRARD, R., OUGHOURLIAN, J.M. e LEFORT, G. **Coisas ocultas desde de a fundação do mundo**, p. 272.

²⁴⁵GIRARD, R., OUGHOURLIAN, J.M. e LEFORT, G. **Coisas ocultas desde de a fundação do mundo**, p. 274.

iluminismo, do século das luzes, etc. Porém, no que tange à pena, não há nada nos grandes do século XVIII que já não tenha sido pensado no passado, em especial no medievo. Tentar-se-á no presente escrito mostrar que a tradição jurídico-penal ocidental tem origens muito mais profundas do que se supunha, e que não é possível compreender as formas sociais e jurídicas de uma sociedade sem compreender a religião que a formou. Foi Paulo, resolvendo conflitos internos das primeiras Igrejas cristãs, quem iniciou a longa marcha para a formação do Direito Penal pleiteado pelos *modernos*.

CAPÍTULO 2

AGOSTINHO DE HIPONA E A PENA NA FILOSOFIA PATRÍSTICA

2.1. AGOSTINHO DE HIPONA E O DEUS “MODERADOR DE PENAS”

Viu-se que, em apenas uma geração, a mensagem cristã ganhou novos contornos nos ensinamentos de Paulo. Embora quando falasse em tese, seu magistério fosse idêntico ao de Jesus Cristo, ao ser confrontado com casos concretos, Paulo recorria ao sacrifício. Sacrifício, porém, mitigado e aplicado com o objetivo não da simples catarse, como nas emulações da violência coletiva, mas com o escopo adicional de ajudar o “bode expiatório” a recuperar sua vida espiritual.

Se toda cultura provém do sacrifício, bem como todas as instituições humanas²⁴⁶, e o cristianismo é, de fato, o *logos* que destrói a cultura, a tentativa paulina de conciliar a Lei mosaica e o nascente Evangelho foi a única saída possível para manter a coesão e evitar a completa extinção das primeiras comunidades cristãs. Ao unir o paganismo²⁴⁷, a Lei e o Evangelho²⁴⁸, Paulo, talvez sem o saber, deu origem à cultura ocidental, e infundiu nela uma compreensão própria de pena. Tal concepção não se repetiu em nenhuma parte do mundo exceto, é claro, quando por influência ocidental tardia.

No presente capítulo, mostrar-se-á como o filósofo Agostinho de Hipona (354-430, D.C.) se insere, no que tange às penas, nessa tradição que se chama no último capítulo de “cristianismo cultural” ou “cristianismo possível”. Agostinho, assim como Paulo, situou a pena em ponto entre sacrifício e perdão, não pregou o perdão incondicional como Jesus, tampouco o sacrifício como os “antigos”.

Nos poucos mais de três séculos que separam esses dos homens, o cristianismo foi da periferia ao coração do Império romano; de um pequeno grupo de analfabetos à elite cultural de seu tempo; das pessoas simples de uma província pobre e distante até os dirigentes da mais longeva e poderosa unidade política que já existiu no mundo.

Por não ser objeto desse estudo, não haverá espaço neste trabalho para falar da vida e da trajetória espiritual dos primeiros apóstolos nem de seus assassinatos. Também não será possível relatar as agruras do cristianismo primitivo e a luta para

²⁴⁶Ideia defendida por René Girard em livros como “o bode expiatório” e “a violência e o sagrado”.

²⁴⁷Na carta aos Romanos, Paulo formula um conceito de direito natural que permite conjugar o direito pagão ao cristianismo nascente.

²⁴⁸VOEGELIN, Eric. **Historia das ideias políticas**: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 142.

manter a bíblia e a unidade doutrinal. Luta maior ainda para manter a própria vida, pois a Roma que abraçou a fé fora antes sua mais implacável perseguidora. Enfim, não haverá tempo para falar da vida e da morte dessa *comunidade de mártires* que hoje se denomina Igreja Católica Romana.

Quando Aurélio Agostinho nasceu (354), o cristianismo já estava bastante difundido. Estima-se que em 350, os cristãos representavam 34 milhões de cidadãos do Império, ou seja, correspondiam a 56,5% do total de habitantes²⁴⁹. Agostinho não foi, portanto, como os mártires perseguidos dos dois primeiros séculos de difusão cristã na Roma imperial. Em sua época, mesmo na periferia do Império, onde nasceu, havia importantes comunidades cristãs e uma certa liberdade de culto que permitia seu crescimento. Na verdade, a própria expansão romana facilitou a difusão do cristianismo onde ele ainda não havia se instalado²⁵⁰. Agostinho, porém, nasceu quando império declinava e tinha suas fronteiras ameaçadas por povos ditos “bárbaros”. Muitos culpavam os cristãos e o declínio da religião cívica romana pela decadência militar e política que assolava a “cidade eterna”.

Não haverá tempo nesse trabalho também para narrar a conversão de Agostinho, que deu origem à primeira autobiografia espiritual, as *Confissões* (397-398 D.C). O certo é que, assim como Paulo de Tarso, antes de sua conversão, Agostinho além de pertinaz pecador²⁵¹, houvera adquirido uma sólida cultura²⁵². Foi influenciado pelas obras de Cícero, Platão, Plotino e pelo donatismo africano, mas foi a influência da leitura da Bíblia que instigou o verdadeiro pensamento Agostiniano. Embora todas essas influências sejam perceptíveis, o filósofo foi autor de um pensamento verdadeiramente original, em uma obra gigantesca que é, sem dúvida, uma das mais influentes da história da humanidade.

²⁴⁹STARK, Rodney. **The rise of Christianity**: how the obscure, marginal Jesus movement became the dominant religious force in the western world in a few centuries. Nova York: HarperCollins. 1997, p. 07.

²⁵⁰VOEGELIN, Eric. **Historia das ideias políticas**: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 134.

²⁵¹A vida pregressa repleta de orgias é retratada pelo próprio Agostinho. O filósofo é, portanto, um dos muitos conversos que se tornaram pilares da então jovem religião.

²⁵²Paulo estava provavelmente se preparando para ser um rabino, Agostinho teve uma série de experiência intelectuais que foram do maniqueísmo ao contato com a filosofia platônica e ciceroniana.

2.1.1 Rejeição ao sacrificalismo romano

No pensamento de Marco Túlio Cícero, primeiro filósofo a despertar interesse em Aurélio Agostinho²⁵³, é explícito o sacrificalismo e a percepção holística do Direito. Como defendido no primeiro capítulo, em suas manifestações, cartas e discursos, Cícero se aproxima do que se chama de “fórmula de Caifás”. A defesa de que um pereça para que a nação continue saudável é uma constante nas falas do antigo senador. No primeiro capítulo, usou-se como exemplo disso o julgamento de Caio Verres²⁵⁴ que, embora não seja tão conhecido como o de Lúcio Sérgio Catilina, pareceu ser mais revelador do mecanismo vitimário. Transcrever-se-á um pequeno trecho do famoso discurso ciceroniano para que, assim como no início deste trabalho, fique explícito o que se quer dizer:

Sendo assim, prossegue, Catilina, o caminho encetado; sai da cidade de uma vez para sempre; as portas estão abertas; põe-te a caminho. Há muito que te reclamam como general supremo esses teus acampamentos manlianos. Leva também contigo todos os teus; se não todos, pelo menos o maior número possível. Limpa a cidade. Libertar-me-ás de um grande receio quando entre ti e mim um muro se levantar. Já não podes conviver por mais tempo conosco; não o suporto, não o tolero, não o consinto.

(...)

Nunca mais a suprema segurança do Estado deve ser posta em perigo por causa de um homem apenas. (...)

É que, se eu te matar, continuará na República o restante bando dos teus conjurados; mas, se tu saíres, como já há muito te estou convidando, a cidade ficará vazia dos teus sectários, dessa profunda sentina que empesta o Estado.²⁵⁵

Cícero tergiversava, sabia que o Senado não tinha poder de vida ou morte sobre cidadãos romanos e, por isso, tentava convencer o rival a retirar-se da cidade. O que interessa aqui é mostrar a linguagem sacrificial. O orador atribui a apenas um homem a insegurança, a sujeira, a “sentina” da Cidade, e declara: *Nunca mais a suprema segurança do Estado deve ser posta em perigo por causa de um homem apenas*. A frase é o perfeito complemento da já mencionada expressão: *Salus Populi suprema Lex esto*.

²⁵³Hortênsio, livro de Cícero hoje perdido, foi o primeiro livro a despertar em Agostinho o interesse por temas filosóficos, conforme o relato autobiográfico em *Confissões*, fl. 175.

²⁵⁴As “verrinhas” são consideradas por Agostinho o exemplo máximo de perfeição da língua latina. Senão, veja-se: “Mas se houver alguém tão tardio ou tão teimoso que ainda não ceda e firme não ceder sem a autoridade daqueles autores, aos quais, por consenso de todos, se atribuem as normas da arte de falar, quem se poderia encontrar na língua latina mais excelente do que Cícero? Ora, este, nas suas nobilíssimas orações que apelidamos “verrinhas”...” In: *Confissões*, 371

²⁵⁵CÍCERO, Marco Túlio. **Catilinárias – discursos de cícero contra catilina**. Disponível em: http://www.culturabrasil.pro.br/catilinarias_cicero.htm. Acesso em 16 de maio de 2016.

Se a segurança/saúde da nação era a Lei suprema, e este homem, este único homem, colocava em risco toda a *Pólis*, que Lei poderia colocar-se entre ele e o “sacrifício” judicial?

É evidente que a importância negativa atribuída por Cícero às ações e à figura de Catilina é exagerada, quase sobrenatural. Cícero ambicionava emprestar, à derrota do rival, um significado muito maior do que realmente havia. Cícero pretendia fazer de Catilina um “bode expiatório” que resolveria de imediato todos os problemas romanos, com uma catarse coletiva digna dos assassinatos fundadores. Como dito no capítulo inicial, a “fórmula de Caifás”, segundo a qual é melhor que um homem pereça ao invés de toda a nação, era perfeitamente defensável no Direito romano²⁵⁶.

Se para Cícero, como para Caifás, era justo que morresse um homem para que o restante da sociedade vivesse em paz, e a pena era, portanto, sacrifício; para Agostinho não. Após o saque de Roma pelos Visigodos em 410, Agostinho escreveu um conjunto de livros chamado *a Cidade de Deus*. Nos primeiros dez livros, o filósofo se propôs a defender a fé cristã contra acusações surgidas, na época, de que o Cristianismo teria sido a principal causa da ruína do Império. Nos doze livros finais, esboçou um historicismo cristão²⁵⁷. Logo no livro primeiro, Agostinho de Hipona inverteu a fórmula de Caifás, atacando a essência da visão sacrificial de justiça divina.

Agostinho narrou a história de Marco Atílio Régulo, patrício romano, Consul de altíssima envergadura moral, feito prisioneiro pelos cartagineses durante a primeira Guerra Púnica. Os cartagineses tinham um número enorme de militares romanos e pretendiam trocá-los por seu ilustre cativo. Régulo foi liberado para negociar sozinho o acordo, com a condição de que, se fracassasse, voltaria para ser sacrificado em Cartago. Os inimigos fizeram com que ele jurasse pelos Deuses cujo culto estava, à época de Agostinho, proibido, e que seria tal proibição a causa da ruína de Roma, segundo os pagãos a quem o filósofo pretendia rebater. Régulo, para cumprir seu juramento, retorna a Cartago para sofrer uma morte dolorosa em meio a torturas e suplícios. Agostinho atribuiu completa veracidade a essa história, a qual está igualmente presente na obra de

²⁵⁶ Quanto ao Direito Romano, vide: KÖNCZÖL, M. The Relevance of Roman Law: A Look at its Roles and Ideologies. : La pertinence du droit romain: un regard sur ses rôles et ses idéologies. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. 112, 99-113, May 2017. ISSN: 02541106; PATURET, A. Droit et Ordre Social dans l'Antiquité Romaine: Morceaux Choisis. **Contemporary Readings in Law & Social Justice**. 4, 2, 629-652, Sept. 2012. ISSN: 19489137. WALTER, GJ. Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano / Perspectives on the Roman Law Tradition: past and future of Roman Law. **Sequência** (Florianópolis). Florianópolis, 70, 163, 2015. ISSN: 2177-7055.

²⁵⁷ LEWIS, C, S. **Imagem descartada**: para compreender a visão medieval do mundo. Tradução de Gabrielle Greggersen. São Paulo: É realizações. 2015, p. 170.

grandes historiadores romanos como Tito Lívio²⁵⁸. Todavia a veracidade dessa narrativa é, hodiernamente, bastante contestada, sendo tese corrente de que fora inventada como parte da propaganda de guerra romana²⁵⁹.

Embora de autenticidade duvidosa, a história do Cônsul sacrificado para que não se abatesse a desgraça sobre sua cidade, por ter prestado juramento a deuses pagãos, tem uma grande relevância na primeira parte de *Cidade de Deus*. Sua importância tem pelo menos duas razões: 1) mostra que a fidelidade para com os deuses da religião cívica não traz bem-aventurança, mas, pelo contrário, dor, sofrimento e humilhações; 2) que não é a vontade dos deuses que influencia no destino dos homens “neste mundo”, sendo a bem-aventurança e os infortúnios frutos, em geral, das próprias ações humanas.

Contudo, o mais importante da história de Marco Atílio Régulo são as conclusões a que Agostinho chegou a partir do que ocorrera com o cônsul:

Talvez haja insensato que, em face de verdade tão clara, leve o orgulho e a cegueira ao extremo de pretender não possa a cidade inteira, que honra tais deuses, ser infeliz, mas um homem apenas sim, como se o poder deles fosse mais interessado na conservação de vários que na de um só, como se a multidão pudesse alguma vez deixar de ser composta por indivíduos.²⁶⁰

Régulo sacrificou-se para o bem de Roma, algo natural para os que veem como justa a “fórmula de Caifás”. Na história, hoje considerada lenda, Régulo era príncipe, depois “bode expiatório” e, por fim, “divino”. Tendo ocorrido ou não, a estrutura mítica é irretocável. Se tomarmos como paradigma o exemplar mito de Édipo, o infeliz patrício era um “bode expiatório” ainda mais perfeito do que o tebano, visto que se entregou ao sacrifício antes mesmo que os deuses começassem a perseguir sua cidade natal.

Agostinho, no entanto, inverteu a fórmula de Caifás. Ele denunciou como falsos deuses aqueles mais interessados na conservação de vários que de apenas um. O verdadeiro Deus teria que saber que a multidão é composta por indivíduos. O filósofo restituiu ao bode expiatório a condição de membro da coletividade. Nesse ponto, foi

²⁵⁸TITO LÍVIO. *Ab Vrbe Condita. Volume I*. Traduzido para o Inglês por Canon Robers. Londres: Ernest Rhys, 1905. Disponível em <https://sites.google.com/site/adduartes/tito-livio/livio01>. Acesso dia 01 de junho de 2015.

²⁵⁹“A lenda de Atílio Régulo, feito prisioneiro e torturado até à morte pelos cartagineses, poderá ter sido criada para justificar a crueza dos actos cometidos pelos Romanos contra os vencidos, mas representa também a imagem do romano ideal, modelo de coragem (*uirtus*) e de respeito pela palavra dada (*fides*), uma vez que, enviado a Roma para negociar a paz, regressa voluntariamente ao cativo, como havia prometido.” In: RODRIGUES, Nuno Simões. *Mitos e Lendas da Roma Antiga*. Lisboa: Livros e Livros, 2005, p. 212. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/eclassicos/publicacoes/ficheiros/BEC44/20noticias bibliograficas>. Acesso em 29 de junho de 2016.

²⁶⁰AGOSTINHO DE HIPONA. *Cidade de Deus (contra os pagãos)*. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, p. 55.

absolutamente fiel à tradição cristã segundo a qual nenhuma pessoa pode ser a parte apartada e sacrificável a bem do todo, o que por si representa um rompimento com a noção de justiça comumente praticada à época. A perícopa da mulher adúltera (BÍBLIA, João 7:53) representa melhor que qualquer outro episódio bíblico, a espécie de condenação ao sacrifício que Agostinho imprimiu ao criticar a morte de Régulo.

Ao mencionar a substância que compõe a multidão, o filósofo refere-se a “indivíduos”, em latim: *cum multitudo constet ex singulis*²⁶¹. Agostinho tinha perfeita noção de que estava tratando de uma parte do todo. De fato, o filósofo compreendia que o destino do “bode expiatório” poderia ser comungado por qualquer um, ou seja, que não havia uma diferença ontológica entre o sacrificado e a multidão que o levava ao sacrifício, já que desta multidão sairia o próximo sacrificado. Se viria da multidão o próximo sacrificado, o destino o “bode expiatório” é o mesmo da *Pólis*, pois aquele é parte desta.

Com esse raciocínio, Agostinho rejeitava o sacrificalismo e associava diretamente o destino da *Pólis* ao de seus membros. Como se fora um “moderno”, o Santo visualizava a unidade entre os indivíduos, como parte, e *Pólis* como o todo. Como bem demonstra o trecho seguinte da mesma obra:

Pois bem, procurem, então, a verdadeira virtude, que possa, também, tornar feliz determinada cidade. Uma coisa não é a ventura da cidade e outra a do homem, pois toda cidade não passa de sociedade de homens que vivem unidos²⁶².

Rejeitava assim o sacrificalismo dos antigos, acusando a falsidade da “virtude” que faz o “mal” ao homem para que se faça o “bem” à cidade. Agostinho era, como dito, fiel ao magistério de Jesus Cristo²⁶³. Restaurando a dignidade da vítima expiatória e denunciando a responsabilidade daqueles que se regozijam com seu perecimento, que

²⁶¹Em Latim, lê-se *singolos*, no singular e *singolis*, no plural: “...quam singolos; cum multitudo constet singolis.” Disponível em: S. AURELII, AUGUSTINI. **De civitate Dei: Contra paganos**, p.29. http://www.documentacatholicaomnia.eu/02m/0354-0430,_Augustinus,_De_Civitate_Dei,_MLT.pdf.

Consulta-se também a versão italiana e a palavra segue a mesma “Singoli”, conforme se lê: “*Ma forse contro una verità tanto chiara si resiste con l’irragionevolezza di un accecamento che sbalordisce. Sosterrebbero appunto che tutta la città onorando gli dèi non poteva avere una triste sorte ma che un solo individuo lo poteva. Il potere degli dèi, cioè, sarebbe adatto a proteggere i molti anziché i singoli. Ma la moltitudine è composta di singoli.*” Disponível em: <http://www.portalefilosofia.com/biblioteca/materiale/agocittadio.pdf>.

²⁶²AGOSTINHO DE HIPONA. **Cidade de Deus (contra os pagãos)**. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, p. 55.

²⁶³“Ide, pois, e aprendei o que significa: Misericórdia quero, e não o sacrifício. Com efeito, eu não vim chamar justos, mas pecadores.” (BÍBLIA, Mat. 9-13).

eram muitos, segundo se depreende do texto, escrito como resposta aos que assim pensavam.

É evidente que o sacrifício cívico imposto a Marco Atílio Régulo não era uma pena²⁶⁴, no sentido empregado aqui. Não obstante, é evidente também a continuidade entre sacrifício e pena, em especial no caso romano, como foi defendido no primeiro capítulo. É evidente que, se era legítimo enviar um cônsul, homem mais importante de todo o sistema político, para ser sacrificado pelos inimigos da República, quão legítimo não seria aplicar a pena a um cidadão qualquer, desde que o bem da cidade estivesse em jogo?

Ao defender a unidade entre indivíduo e cidade, Agostinho não deslegitimou apenas o sacrifício de Régulo ou de outros militares que tenham lutado nas incontáveis guerras em que Roma se envolvera, mas também expôs a ilegitimidade da pena injustamente aplicada ao delinquente comum, do inimigo do senado (alvo preferencial dos discursos de Cícero), ao devedor do mercado, ao homem que afugentara a caça, ao inimigo vencido, etc. Ao defender a existência de uma “virtude” que possa tornar feliz a cidade e o indivíduo, Agostinho antecipou a resposta dada a uma pergunta feita a São Tomás de Aquino a si próprio: “É possível executar um inocente?”. A resposta, que será objeto de análise no último capítulo, mostra bem a continuidade que permite enfrentar o pequeno desafio de escrever uma “história” da pena dos cristãos, posteriormente reivindicada pelos “modernos”. A resposta dada por Aquino, mais de oito séculos depois foi a seguinte: *não, pois a medida da lei deve ser a virtude*²⁶⁵.

A consagração da virtude como cerne do direito, tema desse trabalho, em substituição ao interesse nacional (ou cívico, em um ambiente antigo no qual as unidades políticas se baseavam no modelo de cidades-estados) resultou de um longo caminho. Tal caminho permitiu, posteriormente, que o direito fosse fundado sobre ideais de Justiça, e não sobre interesses estratégicos nacionais. Ou seja, permitiu a separação entre direito e política, tornando-se oponível ao próprio Estado. Possibilitou, portanto, que o Direito se tornasse o limite à política e ao Estado²⁶⁶.

²⁶⁴Violência política, determinada por autoridade pública em face de um indivíduo que tenha promovido um rompimento com as normas de determinada comunidade.

²⁶⁵AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**: em forma de catecismo. Traduzida por um sacerdote secular. Taubaté: Editora SC, 1942, p. 129.

²⁶⁶Tem-se consciência de que essa forma superior de Direito é dificilmente efetivável. Sabe-se ainda que, embora o Direito seja limite à política, em situações extremas (enfrentamento a grupos terroristas, catástrofes públicas etc), a política rompe o direito e instala a situação que se convencionou chamar de “exceção”. Porém, ainda é, e arrisca-se dizer que assim seguirá sendo, essa ideia de Direito a ser

2.1.2. Livre-arbítrio, voluntariedade e culpabilidade

A pena²⁶⁷ como instituto jurídico não é um tema agostiniano por excelência, porém Agostinho tratou com abundância das penitências impingidas por Deus contra os homens. E a primeira observação que há de se fazer acerca da visão agostiniana de pena é que esta só se dá em razão da voluntariedade. Deus dotou os homens, como seres racionais que são, do livre arbítrio para usar da forma como quiserem sua liberdade. A pena é, portanto, resultado da liberdade do punido, que escolhe livremente agir mal, mesmo sabendo que incorreria em uma reprimenda.

Olhando sob o prisma atual, tal assertiva parece banal. Parece óbvio ser a pena um efeito de uma violação. Mas resta evidente que a pena/sacrifício nem sempre esteve ligada à existência de uma ação voluntária por parte do apenado. À época em que Agostinho escrevia sua obra, era perfeitamente defensável que alguém fosse punido por interesse da coletividade, sem que qualquer conduta de sua parte fosse verificada, ou mesmo punido por “ser” o que era. O que os “modernos” penalistas chamam de “Direito Penal do autor” não era nenhum disparate no período em que o filósofo vivera. Ainda muitos séculos após sua morte, na Idade Média Germânica, vigiava em todas as partes da Europa um Direito Penal em que a pura sorte decidia a aplicação ou não de penas. Os *ordálios*, que apenas foram abolidos com os regulamentos do Santo Ofício, faziam com que a existência de ato criminoso, voluntário ou não, não tivesse qualquer influência sobre a solução dos processos criminais. As experiências totalitárias do século XX também desvincularam completamente punição e conduta, e são a dolorosa lembrança de que, longe de ser uma marcha rumo à liberdade humana, a história do Direito Penal não pode, de nenhuma forma, ser considerada “evolutiva”, como pretendem os mais otimistas.

Agostinho defendera, ancorado em uma, então recente, mas profícua doutrina cristã, que só há Justiça em punir aqueles que hajam e o façam voluntariamente. Um argumento considerado fundamental no Direito Penal reivindicado pelos “modernos”.

Escrevia o filósofo em 395 (D.C):

reivindicada pelos juristas “modernos”, que veem nele a solução para a maior parte dos conflitos em sociedade.

²⁶⁷Ou “o direito da lei temporal de punir”, expressão empregada por Agostinho.

Se duvidas, reflete no que dissemos acima: as más ações são punidas pela justiça de Deus. Ora, elas não seriam punidas com justiça, se não tivessem sido praticadas de modo voluntário.²⁶⁸

No mesmo escrito, vinculava, ainda de forma mais explícita, culpabilidade e voluntariedade:

Ainda nos será necessário investigar de onde procede esse movimento que desvia a vontade do Bem imutável para bens mutáveis, já que reconhecemos que ele procede da própria alma *e é ademais voluntário e, por aí, culpável.*²⁶⁹

Agostinho deixou claro que a pena é uma decorrência do livre arbítrio. Se o indivíduo não fosse livre para optar entre bem e mal, não seria justo puni-lo por seus malfeitos. A defesa do livre arbítrio, em substituição à doutrina da predestinação absoluta, é fundamental no nascente *ethós* cristão, que propunha a salvação da alma pela fé e pelas obras.

A atual ciência do Direito Penal segue esse debate. Por um lado, estão os defensores do livre-arbítrio, seguidores em maior ou menor parte da escola Clássica; de outro, os deterministas, hoje auxiliados por constantes descobertas no campo da neurociência. Passados mais de dezesseis séculos, a conclusão de Agostinho ainda segue válida, a pena só é justa se o sujeito escolhe livremente a prática do mal. Não por outra razão, Tobias Barreto defendia que não fossem levados em conta possíveis questionamentos sobre o tema, oriundos das ciências naturais de sua época²⁷⁰.

Defender que a pena só é justa se o apenado agiu com voluntariedade é uma tentativa de evitar o sacrifício. No sacrifício aqui descrito, não importava se o “bode expiatório” queria ou não romper com a cultura, aliás, pouco importava se, de fato, o fez. Ao mecanismo expiatório, enquanto processo totalitário, só importava a ilusão mítica, ou seja, importava que, para todos, a punição do “bode expiatório” seria desejada como solução para os problemas daquela coletividade.

Ao dizer que não é justa a punição que não observa o elemento volitivo do autor, Agostinho, em última instância, pretende a evitação do sacrifício. Evidente que o filósofo se refere aos castigos de Deus impingidos aos que pecam, mas a lei temporal deve, para ele, ser uma consequência da Lei eterna. Portanto, se Deus só castiga os que

²⁶⁸ AGOSTINHO, Aurélio. **O livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus. 1995, p. 66.

²⁶⁹ AGOSTINHO, Aurélio. **O livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus. 1995, p. 150.

²⁷⁰ BARRETO, T. **Menores e loucos e fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe. 1926, p. 122.

agem voluntariamente, o mesmo devia servir aos governos, ainda mais porque as leis temporais permitem mais que as Leis eternas²⁷¹.

É evidente que, em *latto sensu*, a pena, ou o castigo, é também um sacrifício. Porém, trata-se de um *Katéchon*, um mal menor, visto que o castigo aplicado a quem mereça é sempre menos gravoso do que o aplicado a quem não mereça. No caso específico, a punição a quem fez porque quis é menos gravosa do que a aplicada ao que fez sem querer.

Justificar a pena a partir de uma diferença, originada na conduta do “bode expiatório” é parte, como dito, do Direito Penal dos “modernos”. Os modernos, em uma sociedade marcada pela horizontalidade da igualdade formal, defendem a possibilidade da pena calcada na “conduta” do apenado. Não é possível aos modernos, aceitar a pena dirigida, enquanto instrumento político, para o massacre minorias, ou de meros divergentes.

O nazismo lhes parece o exemplo máximo do Direito Penal do “autor”, rompimento com uma hipotética tradição iluminista, supostamente iniciada com a Revolução Francesa. Em geral omitem que, por trás dos lindos discursos sobre igualdade, liberdade e a histórica declaração dos direitos do homem, milhares de “bodes expiatórios” foram sacrificados por serem nobres, por trabalharem para nobres, por conhecerem nobres e, por fim, por se parecerem com nobres. Aparentemente, os “modernos” tendem mais a acreditar na propaganda que a revolução fazia de si, do que nos dados historiográficos. De qualquer sorte, a ideia da pena subsumida a uma diferenciação atribuída à própria conduta do autor, defendida em alguma medida por Agostinho, é também reivindicada pelos “modernos”.

2.1.3. Os sermões de Agostinho e uma nova concepção de pena

Porém, nem a rejeição ao sacrificalismo e a defesa da unidade entre indivíduo e *Pólis*, tampouco a defesa da voluntariedade da ação como critério para punição, foram os contributos mais importante de Agostinho para a formação da “pena dos modernos”. A contribuição mais importante, assim se entende, e que por si só justificaria a presença do filósofo em uma história da ideia de pena é a concepção educativa de pena dada em alguns de seus inúmeros sermões. Isto é, a ideia de que a pena é um mal que pode trazer um bem.

²⁷¹AGOSTINHO, Aurélio. **O livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus. 1995, p. 25.

Aos “antigos” em nada importava a função da pena. Ou melhor, a função da pena só proveitosa à *Pólis*, jamais ao punido. A “pena dos antigos”, como extensão do sacrifício, tinha como exclusivo propósito a eliminação do “bode expiatório”, transformado em réu em um processo judicial, e a satisfação da multidão. O alvo era destacado do todo, sendo possível contra ele toda sorte de violência, do linchamento às galés, do envenenamento ao exílio. A pena era, portanto, medida de eliminação definitiva. Visava livrar a *Pólis* do acusado, ou limpá-la, para usar a expressão de Cícero. Quanto à função, embora surgida em um ambiente político e em alguma medida desmistificada, a “pena dos antigos” em nada se difere do sacrifício.

No capítulo anterior, menciona-se a decisão tomada por Paulo de Tarso, ao se deparar com um caso de “incesto” na comunidade cristã de Corinto. A solução tomada pelo apóstolo foi a mesma escolhida por Tebas contra o incestuoso Édipo, a expulsão. Defende-se, porém, que há uma diferença enorme entre as duas expulsões no que tange à finalidade. Édipo foi expulso para que Apolo cessasse as pragas lançadas sobre Tebas; o incestuoso de Corinto foi expulso para que “o espírito [fosse] salvo no dia do Senhor”. Embora a pena tenha sido a mesma, expulsão, elas significaram perfeitamente o contrário.

Para a população de Tebas, Édipo não deveria jamais voltar. Sua simples presença era suficiente para despertar a fúria do deus local e desgraçar a cidade. Foi uma medida absolutamente irrevogável e definitiva, conforme assumiu o próprio Édipo. A sanção aplicada ao incestuoso de Corinto era plenamente revogável, sempre havia espaço para o arrependimento e a reintegração ao antigo grupo, e as exclusões temporárias eram comuns. Pode-se inferir do magistério de Jesus, que o incestuoso que fora punido por Paulo, seria agraciado com seu perdão e acolhida. No entanto, como se disse anteriormente, o “cristianismo possível” de Paulo funcionava sob a lógica do mal menor e, algumas situações, tornava proibitivo o simples perdão.

A pena, na visão de Agostinho, também não é mais a “pena dos antigos”, conforme definiu-se-lhe. Agostinho empresta significado e valor à pena. Mais do que isso, dá à pena uma importância que transcende o interesse da multidão (o desejo de morte dos linchadores), alcançando o apenado e seu futuro. A pena deixa de ser apenas dor, e passa a ser, também, aprendizado. A pena é, em Agostinho, pensada a partir da mesma ideia de unidade, que serve como base para sua crítica ao brutal sacrifício de Marco Régulo. Se a multidão é formada por indivíduos, e a cidade não é mais do que um grupo de cidadãos que resolveu viver junto, não há deuses amaldiçoando os que

sofrem, ou são perseguidos. Não há pragas que atinjam as cidades por causa da desonra dos homens, não há maldições divinas ou perseguição por deuses estrangeiros. Não há pessoa que seja responsável, perseguida por divindades e que precise por isso ser sacrificada. O que há é um grupo de pessoas que, por serem humanos, erra, e que deve sofrer por seus erros e assim deixar de errar no futuro.

Após a invasão de Roma pelos Godos, em agosto de 410, Agostinho iniciou uma série de sermões que tentavam explicar os acontecimentos que se abatiam sobre a cidade. Boa parte deles tratava de punição, sofrimento, purgação e seu referente aprendizado. No Sermão denominado *Os sofrimentos deste mundo e o sofrimento eterno, por exemplo*, o filósofo trata da função educativa da pena:

Tudo aquilo que o homem tiver sofrido neste mundo, se ele se corrigir, é para seu remédio; se não se corrigir, será para sua dupla condenação. Pois assim sofrerá neste mundo o castigo temporal e, no outro, o castigo eterno²⁷².

Os sofrimentos deste mundo são para que o homem se eduque. A pena é, em última instância, um aprendizado. Mas apenas para os que aprendem. Aos que não aprendem a pena se soma à pena eterna, de maneira que a recusa em reformar-se cause um duplo sofrimento.

No mesmo sermão, Agostinho cita a história de Jó, cuja esposa o aconselhou a blasfemar, para que assim morresse e, morrendo, cessasse seu sofrimento. Jó recusou o conselho sob o argumento de que seria melhor suportar as penas da terra do que as penas eternas:

Como se, na verdade, àquele que morre na blasfêmia, não sobreviesse o sofrimento eterno! A mulher, na sua loucura, aborrecia o sofrimento da podridão presente, mas não pensava sequer no fogo eterno. Ele, porém, suportava as penas do presente para que não caísse nas futuras. Afastava o coração dos maus pensamentos e a língua da maledicência, guardava a pureza da alma na podridão do corpo. Ele via o que evitava no futuro e por isso suportava o que sofria²⁷³.

A pena do presente era um sofrimento que evitava o sofrimento do futuro. A pena de Jó, determinada por Deus, era um mal que evitava o mal maior. Exatamente

²⁷²AGOSTINHO, Auréli. **O de excídio Vrbis e outros sermões sobre a queda de Roma**. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: Centro de estudos clássicos e humanísticos da Universidade de Coimbra. 2010, p. 48.

²⁷³AGOSTINHO, Auréli. **O de excídio Vrbis e outros sermões sobre a queda de Roma**. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: Centro de estudos clássicos e humanísticos da Universidade de Coimbra. 2010, p. 49.

como a pena política deve ser, uma violência limitada e previsível que evita a violência ilimitada e imprevisível da multidão.

Ao tratar do sofrimento dos romanos no sermão *A utilidade do sofrimento*, o filósofo reafirma o caráter corretivo da pena, mas acrescenta que talvez Deus tenha reservado a penitência aos que acreditam na salvação:

Do mesmo modo, Roma sofreu uma só tribulação, na qual o homem o piedoso ou se salvou ou se corrigiu e o ímpio, porém, foi condenado. E condenado, dizia eu, quer tenha sido arrebatado desta vida para onde mais possa sofrer as suas justíssimas penas, quer haja permanecido nela, onde de modo ainda mais condenável continue a blasfemar. Ou talvez, na sua infável clemência, Deus tenha reservado a penitência para os que sabe que pode salvar²⁷⁴.

Quase uma dádiva, a pena é, talvez, reservada aos que podem ser salvos. Em outro trecho do mesmo sermão, Agostinho compara o sofrimento determinado por Deus com os causados por um médico na esperança da melhora de um doente:

Suportemos então o que Deus quiser que nós suportemos; Ele que, para nos curar e para nos salvar, enviou o Seu Filho, também sabe, como o médico, que sofrimento nos poderá ser útil²⁷⁵.

O entendimento de que as penitências determinadas por Deus são um mal menor é revisitado, dessa vez com uma metáfora do médico. Em outro Sermão, chamado *Suficientemente prevenidos sobre os acontecimentos futuros, não temos desculpa*, Agostinho utiliza uma metáfora ainda mais rica:

Ou cada um é corrigido por causa dos seus pecados, para que não incorra em maiores penas se não se emendar, ou então é posta à prova a fé de cada um na constância ou na paciência com que suporta o castigo do Pai, não murmurando contra o Pai quando este o castiga, e alegrando-se quando Ele o acaricia, e de tal modo se alegrando com o Pai quando o acaricia, que lhe dá graças mesmo quando Ele o castiga, porque Ele castiga todo o que reconhece como filho.²⁷⁶

Os sofrimentos causados por Deus são como o castigo do pai. Obviamente que o castigo do pai apenas existe para corrigir o filho, para fazer-lhe um bem. O Deus de Agostinho, não é o Deus vingativo do Velho Testamento tampouco os caprichosos deuses pagãos, que entravam em verdadeira rivalidade com os mortais. Ele não

²⁷⁴AGOSTINHO, Aurélio. **O de excídio Vrbis e outros sermões sobre a queda de roma**. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: Centro de estudos clássicos e humanísticos da Universidade de Coimbra. 2010, p. 55.

²⁷⁵AGOSTINHO, Aurélio. **O de excídio Vrbis e outros sermões sobre a queda de roma**. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: Centro de estudos clássicos e humanísticos da Universidade de Coimbra. 2010, p. 58.

²⁷⁶AGOSTINHO, Aurélio. **O de excídio Vrbis e outros sermões sobre a queda de roma**. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: Centro de estudos clássicos e humanísticos da Universidade de Coimbra. 2010, p. 116.

amaldiçoa ninguém e, quando pune, o faz para o bem. Portanto, esse Deus não se alegra com os sacrifícios e holocaustos, ele deseja salvar seus filhos. É um Deus misericordioso, mas, no entanto, por vezes, para que sua misericórdia seja possível também faz sofrer.

Por fim, Agostinho, no Sermão da *Exortação à paciência*, roga a Deus para que haja como um moderador de penas:

Não vos enfadeis, pois, irmãos, com Deus que castiga, para que Ele não vos abandone e não venhais vós a perecer para sempre. Roguemos-lhe antes que modere as suas penas e as tempere de modo a que não desfaleçamos sob elas; roguemos-lhe que nos cure com a salvação, que nos julgue e nos conceda depois o que prometeu aos seus santos²⁷⁷.

Deus “castiga”, mas isso não deve trazer desespero ao crente, porque Ele também tem o poder de moderar as penas. O Deus “moderador de penas” torna, em alguma medida, legítimo o sacrifício. Obviamente, o sacrifício desse Deus não é o dos deuses dos antigos, como o de Marco Atílio Régulo. Porém também não parece ser o perdão do Deus todo misericordioso do magistério de Jesus. Esse sacrifício atenuado, ou moderado, que aproxima Agostinho do que anteriormente se chamou de “cristianismo possível” ou “cristianismo sacrificial”, permite uma filosofia política cristã, um dos objetos de Agostinho como pensador. Mas permite também a manutenção das instituições em geral, que, como defende Girard, só existem em virtude do sacrifício que nelas se repete, mesmo que escamoteado.

Em uma comunidade genuinamente cristã, a pena só é aceita quando justificada. Mas não justificada no interesse da *Pólis*, e sim no do indivíduo apenado. Em maior ou menor grau, este é um debate atual e terreno fértil para toda espécie de posição. Praticamente não há estudioso “moderno” do Direito Penal que não queira justificar a pena atribuindo-lhe alguma função. Há apenas duas exceções a isso, a primeira são os ideólogos abolicionistas que pretendem criar um mundo perfeito em que não haverá violência, nem guerra, nem crimes, e que os homens se darão as mãos e farão surgir formas não violentas de resolução de conflitos²⁷⁸. A segunda são os defensores da teoria agnóstica da pena. Estes defendem que a pena não tem função, e a missão do direito é

²⁷⁷ AGOSTINHO, Aurélio. **O de excídio Vrbis e outros sermões sobre a queda de roma**. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: Centro de estudos clássicos e humanísticos da Universidade de Coimbra. 2010, p. 134.

²⁷⁸ Na ausência de qualquer prova do que defendem põe-se a debater freneticamente para saber qual o melhor modelo de abolicionismo. A existência de tal corrente criminológica é o melhor exemplo contemporâneo do que Eric Voegelin chama de ideologia em VOEGELIN, Eric. **Reflexões autobiográficas**. Tradução Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É realizações, 2008, p. 177.

limitá-la. As leis penais teriam a função de punir os “vulneráveis” e, portanto, seriam mais um instrumento de opressão de classes. Limitar o Direito Penal seria, portanto, descriminalizar as classes “subalternas” e usar o Direito Penal para fazer a tão sonhada revolução²⁷⁹, que não foi possível pela força, muito menos pelo voto.

A “moderação” da justificação das penas, observada a perspectiva do indivíduo e não da coletividade, é parte fundamental da “pena dos modernos”. A presença constante dessa ideia, em pensadores cristãos de diferentes épocas, torna possível que se escreva sua história, puxando um fio que vai dos primeiros doutrinadores da era cristã até os penalistas seculares da modernidade.

Não há no presente trabalho a ambição de demonstrar a efetiva aplicação da influência cristã no Direito Penal praticado, embora não reste qualquer dúvida de que isto tenha ocorrido e que, ainda hoje, em alguma medida, ocorra. O objetivo é mostrar a presença e a evolução de ideias que foram transformando a pena, afastando-a paulatinamente do sacrifício.

A pena que pretende ser a negação do mecanismo “expiatório”, ou seja, a “pena dos modernos”, é única possível em sociedades “modernas”, ou seja, as fundadas sobre a categoria do indivíduo. Os modernos têm tanto apreço pela ideia de uma pena não sacrificial, que acabam mesmo acreditando que a criaram. E mesmo hoje, toda a reivindicação dos modernos em torno das penas, segue sendo a de que o sujeito do processo não sofra um linchamento judicial, quando réu, e que não sofra um sacrifício, se apenado. Os modernos, portanto, querem um juiz que seja um “moderador de penas”.

2.2. O PAPADO E IMPÉRIO: AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO NOS SÉCULOS XII E XIII

A opção por tratar da obra de Tomás de Aquino (1225 – 1274 D.C.) e de seus entendimentos acerca do Direito Penal e da pena impôs-se, neste estudo, como verdadeira necessidade. Os inúmeros pensadores que separam Agostinho, o patrístico, e Aquino, o escolástico, são um universo científico frente ao qual os novecentos anos que separam os dois autores são apenas um detalhe. Apesar disso, não há qualquer dúvida de que esses dois pensadores foram os mais importantes em suas épocas e, além disso, os que mais influenciaram o pensamento cristão. Agostinho foi o mais representativo entre os pais da Igreja, suas ideias foram absolutamente dominantes durante toda a Alta

²⁷⁹Tal objetivo é inconfesso, embora se tenha, por algumas vezes, presenciado sua defesa em público.

Idade Média, até a época de Aquino, e, posteriormente, foram fundamentais para a reforma religiosa. Aquino foi o responsável por conjugar Aristóteles e a doutrina cristã no que é chamado por alguns de “batismo de Aristóteles”²⁸⁰.

Quando Tomás de Aquino veio ao mundo, no condado de Aquino, em *Roccasecca*, sul da Itália, a Europa se inseria no que pode ser chamado de “cristandade”. O pai do filósofo era primo do Imperador Frederico II, do sacrossanto Império romano-germânico, porém de um ramo menos importante da família. Era um simples cavaleiro, de importância política local. A família, convencida de que não seguiria a tradição militar dos Aquino, planejava uma posição prestigiosa para ele no clero secular.

À época, o cristianismo havia se consolidado como a grande religião Europeia. Já haviam surgido, por obra direta da Igreja Católica, os hospitais, escolas, orfanatos, leprosários, asilos e as universidades. Embora a existência de universidades fosse um fenômeno recente, em 1225, ano de nascimento do filósofo, elas já haviam sido instaladas em Bolonha, Paris (*alma mater* de Tomás Aquino), Modena, Cambridge, Salamanca, Montpellier, Pádua e Nápoles.

No entanto, foi outro movimento, igualmente recente, que impactou de forma decisiva a vida do jovem Tomás. O surgimento das ordens religiosas mendicantes coincidiu com o das Universidades e, conquanto sejam aparentemente fenômenos tão distintos, foram o eixo da vida do filósofo que, de alguma maneira, ajudou a justificar a existência das duas instituições.

A adesão à ordem dos pregadores, criada por São Domingos de Gusmão e, por isso, também chamada de ordem dos dominicanos, foi motivo de enorme frustração para a família, pois importava na renúncia definitiva de qualquer projeto de poder ou influência. Na tentativa de demovê-lo do intento de tornar-se um sacerdote-mendigo, os *Aquino* chegaram a sequestrar a “ovelha negra” da família, mas mesmo isso não foi suficiente para demover o obstinado frade²⁸¹.

Estando o cristianismo consolidado, Aquino não teve que se preocupar com a atividade que mais consumiu esforços por parte de Agostinho, qual seja, a defesa da fé cristã frente às acusações dos pagãos. Passados esses nove séculos, o cristianismo não era mais acusado pela ruína moral de Roma ou pela própria queda militar da cidade. O

²⁸⁰ CHESTERTON, G. K. **Santo Tomás de Aquino**. Trad. Antonio Emílio de Araújo. Campinas: Ecclesiae, 2015, p. 77.

²⁸¹ CHESTERTON, G. K. **Santo Tomás de Aquino**. Trad. Antonio Emílio de Araújo. Campinas: Ecclesiae, 2015, p. 23.

cristianismo, mais precisamente sua ortodoxia, era, agora, o motivo de acusação, e a Igreja era a acusadora. Um ano antes da fundação da ordem dos pregadores, em 1215²⁸², o Papa Inocêncio III convocara o Concílio de Latrão IV, que estabelecia o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição. Os motivos e o contexto histórico da criação dessa corte serão aprofundados no capítulo que segue. Por ora, basta apenas dizer que, longe de defender uma religião questionada no campo doutrinário, Aquino professava uma fé que era então a religião praticada em todas as partes do continente.

A religião dos perseguidos, dos pais da Igreja, estava agora diante da tentação de tornar-se a religião dos perseguidores. É evidente que, a um pensador comprometido com a busca da verdade, como era Tomás de Aquino, tal inversão de perspectiva era também um desafio. Como pensar a Igreja que exerce “jurisdição”, a qual a um só tempo era legisladora, juíza e carrasca? Como pensar em uma comunidade de homens de Deus que, em dado momento, se viram obrigados a cuidar das coisas de “César”?

O momento político atravessado pela Igreja, somado ao enciclopédico conhecimento de Aquino sobre o Direito da época²⁸³, fez com que o filósofo se tornasse, talvez, o mais importante autor para uma teoria cristã da pena, ela própria, como se tem chamado, uma teoria “moderna”. Mais que isso, com seu método de partir sempre dos problemas específicos para então resolver problemas gerais, Tomás de Aquino acaba formatando o que hodiernamente se denomina uma “doutrina jurídica”. Ou seja, a análise de normas à luz da lógica e da opinião de “juristas”, sedimentando “regras” para aplicação em casos práticos. As soluções dadas por Aquino, e dar-se-ão bons exemplos disso, para situações bastante específicas, como por exemplo regras de imputação para crimes contra a honra, encontram-se repetidas, *in totum*, nos mais diversos manuais de Direito Penal brasileiro.

Além de regras específicas, os princípios do Direito Penal²⁸⁴, hoje entendidos como ideias de “justiça” norteadores da interpretação e aplicação do Direito, também estão abundantemente presentes na obra do filósofo. A dupla ruptura da modernidade

²⁸²O concílio foi convocado em 1213, mas só realizado em 1215.

²⁸³Pelo seu impressionante conhecimento em todas as áreas do conhecimento de sua época, Tomás de Aquino é também chamado pela Igreja Católica de *Doctor Communis*, Doutor Comum, ou seja, aquele que reúne o conhecimento de todos os doutores da Igreja que o antecederam de certa maneira Aquino também consegue ser um grande compilador dos “comentários” ao direito que estava sendo debatidos nas nascentes universidades.

²⁸⁴Em relação aos princípios de Direito Penal, veja: BACIGALUPO, E. **Principios de derecho penal**: Parte general. Madrid : Akal, 1997., 1997; SUTHERLAND, EH. **Principios de criminologia**. São Paulo : Martins, 1949., 1949; ROSSI, PO. **Traité de droit penal**. Bruxelles : Meline, Cans et Compagnie, 1850; 1850; STEFANI, G; LEVASSEUR, G; BOULOC, B. **Droit penal general**. Paris : Dalloz, 1997. (Precis dalloz: Droit prive). ISBN: 2-247-02562-5.

(reforma religiosa – iluminismo) fez com que fossem esquecidos os importantes ensinamentos jurídicos do “Doutor Angélico” e que gerações tivessem que se debruçar sobre problemas já magistralmente resolvidos por ele. Rudolf Ihering, em uma vigorosa polêmica de 1892, citada por Celso Barros Coelho²⁸⁵ e Rémi Brague²⁸⁶, reconhece que Aquino havia adiantado uma parte significativa de suas teses:

Um crítico de minha obra provou-me, por citações de Tomás de Aquino, que esse grande espírito já demonstrara conhecer, com exatidão, a importância a um tempo concreta, social e histórica da ordem moral. Não me posso furtar à censura de haver ignorado tal coisa; mas a censura incide ainda com mais peso sobre os filósofos modernos e os teólogos protestantes, que negligenciaram utilizar-se das grandes concepções desse pensador. Pergunto-me, surpreendido, como pôde acontecer que tais verdades, enunciadas outrora, tenham caído tão completamente no olvido, junto de nossa ciência protestante. De quantos trabalhos se teria poupado ela, se as houvesse meditado. No que me diz respeito, jamais teria escrito meu livro, se as tivesse conhecido antes; pois as ideias fundamentais que tanto me ocuparam acham-se expressas e formuladas, com absoluta limpidez, por esse vigoroso pensador²⁸⁷.

Tem-se consciência de que, para boa parte dos escritores que se debruça sobre o Direito Penal, a história deste ramo da ciência do direito apenas se iniciou no século XVIII, com as obras de Beccaria, Bentham e Feuerbach. É comum encontrarmos exemplos de uma aguda incompreensão do direito medieval, com generalizações e mesmo equívocos insanáveis²⁸⁸. Em alguns casos, autores chegam a atribuir ao Tomás de Aquino o pioneirismo na defesa do “Direito Penal do inimigo”²⁸⁹. Um dos objetivos da presente tese é mostrar que há uma profunda tradição no Direito Penal do ocidente, que não se rompeu no medievo, mas, ao contrário, foi muitas vezes resgatada nesse período. E de todos os autores medievais, não há nenhum que tenha colaborado tanto para a ciência do direito como Aquino. Em alguma medida, Tomás de Aquino é um antecessor dos juristas modernos, até mesmo daqueles que não o sabem. Ele é como um

²⁸⁵COELHO, Celso Barros. **O direito como razão e como história**. Imperatriz: Ética, 2007, p. 39 – 40.

²⁸⁶BRAGUE, Rémi. **A lei de Deus: a história filosófica de uma aliança**. Trad. Lúcia Pereira de Sousa. São Paulo: Loyola, 2005, p. 285.

²⁸⁷COELHO, Celso Barros. **O direito como razão e como história**. Imperatriz: Ética, 2007, p. 39 – 40.

²⁸⁸José Roberto Daher, por exemplo, informa que: —O Direito Penal no final desse período passa a ser a expressão do Estado absolutista, autoritário, cruel, desumano a implacável com infratores pertencentes as classes populares (plebe em geral, pequenos agricultores, artesões, servos), mas sempre privilegiando os interesses e protegendo o clero e os nobres e fidalgos. | In: DAHER, José Roberto. História do Direito Penal. **Revista eletrônica Facp**: ano 1, vol. 1, janeiro de 2012. O autor dá notícia de um Direito Penal que visava proteger as elites e seria uma expressão do estado absolutista, confundindo, notoriamente, o direito medieval com o direito dos Estados Nacionais modernos.

²⁸⁹CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 3ª Edição. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 184.

patriarca, há muito enterrado, mas cujo vulto gigantesco orienta seus descendentes nos caminhos infinitos do tempo.

2.2.1. Entre Agostinho e Aquino

Os muitos séculos que separam os dois grandes pensadores viram gigantescas transformações no Direito vigente no continente. As nações bárbaras germânicas invadiram Roma e foram paulatinamente se apossando de todas as províncias ocidentais do antigo Império. O direito romano, maior contribuição desse povo à humanidade, foi substituído pelos direitos tribais dos diversos povos, como os francos, os alamanos, os lombardos, os anglos e os visigodos. Todavia essa substituição não se deu de forma definitiva. Algumas regras do direito romano permaneceram subsidiárias à legislação bárbara. Em algumas localidades, havia leis aplicadas exclusivamente aos romanos vencidos, e outras aplicadas exclusivamente aos vencedores²⁹⁰. Exemplo disso é o *Breviarium Alaricianum*, editado pelos visigodos em 506, logo após a consolidação de seu poder sobre a península Ibérica. Esse código de leis aplicava-se como *Lex Romana*, ou seja, lei para os romanos. Os visigodos não se submetiam a tais dispositivos, vivendo segundo costumes e tradições orais²⁹¹. Porém, o Direito Penal foi o menos influenciado pela herança romana. Alguns autores chegam mesmo a negar-lhe qualquer espécie de influência²⁹², com que, desconhecendo documentos em contrário, somos forçados a concordar.

O direito germânico se distinguia do romano, por algumas razões²⁹³, a saber:

- a) Em primeiro lugar, prevalecia a “lei do sangue”²⁹⁴, ou seja, os cidadãos eram regidos, em seus atos públicos, pela lei de sua tribo (as *Sippen*, ou “comunidades de sangue”), e não de acordo com a do território em que se encontravam. Em Roma, diferentemente, vigiava o princípio da territorialidade, como no direito dito moderno (salvo raras exceções, a exemplo dos casos de extraterritorialidade ativa). Tal fato se deu por ter o direito bárbaro provindo de

²⁹⁰ AZEVEDO, Luis Carlos. **O direito visigótico**, p. 02. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67491/70101>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

²⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medieval**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 50 - 51.

²⁹² BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medieval**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 47.

²⁹³ Arrisca-se aqui a incorrer em alguma generalização, visto que existiram diversos sistemas penais bárbaros na Europa. Porém, o risco não é tão grande dada a assustadora semelhança entre eles.

²⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medieval**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 50.

tribos nômades, sem qualquer apego aos territórios, que eram dominados e, posteriormente, abandonados, distintamente do que acontecia com a cultura de Roma (e também das *Pólis* gregas) em que o território no qual os *manes* (ancestrais a quem os romanos rendiam culto) estavam enterrados era sagrado²⁹⁵.

b) Embora fosse permitido em Roma o recurso à opinião popular para suprir dúvidas quanto à autoria de crimes, havia certo esforço para determinar a autoria e, portanto, uma relação de causa e efeito entre cometimento do crime e aplicação de uma pena (conforme defendido anteriormente). No direito germânico, pelo contrário, a decisão sobre a aplicação de uma “pena” não tinha correlação com o cometimento, ou não, de um delito. O direito era uma expressão da vontade divina²⁹⁶, e, portanto, aquele que, beneficiado pelos deuses, escapasse à punição, era inocente. Duelos judiciais, uma das formas mais comuns de resolução de conflitos na área criminal, eram vencidos por quem fosse abençoado. Era possível matar alguém e, em seguida, matar ao parente da vítima que buscasse por justiça, e isto seria considerado legal e legítimo. Nas palavras de Lydio Machado Bandeira de Mello: “as leis não deviam perseguir e, sim, proteger homicidas”²⁹⁷.

c) A maior preocupação do direito dos bárbaros germânicos era solucionar os conflitos e manter a honra das famílias envolvidas²⁹⁸, e não fazer “justiça”. Não havia, outrossim, um direito doutrinário, mas apenas soluções para casos concretos. Muitas vezes, a própria Lei prescrevia soluções pactuadas para delitos gravíssimos, como homicídio ou estupro. É certo que, em Roma, havia a possibilidade de fazer acordo para evitar a sanção penal, mas nada que se comparasse ao direito bárbaro, no qual houve mesmo legislações em que não havia qualquer tipo de pena pública²⁹⁹ e era possível se safar de qualquer delito por meio de transações financeiras. A essência do processo estava em que a família da vítima se visse satisfeita e, assim, se encerrasse o ciclo de violência e a tribo não fosse comprometida. Roma, por sua vez, diferenciava *crimina* e

²⁹⁵COULANGES, F. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 13.

²⁹⁶BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medieval**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 35.

²⁹⁷BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medieval**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 35.

²⁹⁸BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 72.

²⁹⁹Um bom exemplo é o Foral de Tomar de 1174.

delicta, crimes de interesse público (cuja sanção estava incumbida às autoridades estatais) e crimes “privados” (em que se podia compor o dano com a vítima).

O Barão de Montesquieu (1689 – 1755) era especialmente interessado nas composições feitas pelos bárbaros. Tanto é verdade, que dedicou ao tema um capítulo inteiro (XIX) de sua obra *O Espírito da Leis*. Citando Tácito, o filósofo afirma que só haviam dois crimes públicos para os bárbaros germânicos (ambos relacionados à atividade guerreira), a covardia e a traição:

Diz Tácito que os germanos só conheciam dois crimes capitais: enforcavam os traidores e afogavam os poltrões; estes eram, entre eles, os únicos crimes públicos. Quando um homem havia prejudicado algum outro, os parentes da pessoa ofendida ou lesada entravam na querela; e o ódio se acalmava com uma satisfação. Esta satisfação concernia àquele que havia sido ofendido, se ele pudesse recebê-la, e aos parentes, se a injúria ou o dano lhes fosse comum ou se, com a morte daquele que havia sido ofendido ou lesado, a satisfação coubesse a eles. Da maneira como fala Tácito, estas satisfações eram feitas por uma convenção recíproca entre as partes; assim, nos códigos dos povos bárbaros, estas satisfações são chamadas composições.³⁰⁰

É possível constatar facilmente que os mais diversos crimes eram resolvidos em composições ou duelos. Tal prática, iniciada na Alta Idade Média, perdurou até o século XII, e mesmo até o início do século XIII (século de Aquino), o que pode ser comprovado com a leitura de diversos forais Ibéricos³⁰¹.

O direito bárbaro era impregnado de magia, superstições e acaso³⁰². A grande contribuição da posterior influência cristã, por mais paradoxal que possa parecer, foi justamente a desmistificação do direito europeu a partir do assentamento de bases racionais e cognitivas. Porém, os ordálios permaneceram, pelo menos até o século XIII (em que pese a proibição proferida no concílio de Latrão IV), em especial nas municipalidades portuguesas e espanholas³⁰³.

A contribuição da doutrina cristã foi, curiosamente, o fim do “sistema dos juízos de Deus”, que consistia basicamente em três formulas judiciais: a prova caudária, o

³⁰⁰MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **L’Esprit de lois**. Disponível em file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt. Acesso em 21 de agosto de 2014, p. 286.

³⁰¹Tomar, Ericeia, Penafiel, Miranda do Ebro, etc.

³⁰²Para mais informações sobre os ordálios: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Traduzido por António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001, p. 715.

³⁰³BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 117.

ferro em brasa e o duelo³⁰⁴. Evidentemente tais procedimentos só eram adotados se falhassem as tentativas de conciliação entre o suspeito e a vítima ou sua família. A prova caudária consistia em colocar o braço em uma caldeira de água ou azeite fervente³⁰⁵. Se o réu não sentisse dor, os deuses o teriam abençoado, e este deveria ser também perdoado pelos homens. A prova dos ferros era muito semelhante, e podia ser aplicada subsidiariamente, por exemplo, à mulher que não tivesse um varão para combater e provar sua inocência. O duelo, talvez a forma mais comum de resolução de conflitos nos sistemas judiciais bárbaros, consistia em um franco combate (guiado por algumas regras) entre as partes. Nas três fórmulas, a vontade dos deuses era presumida do resultado e aquele que lograsse êxito estaria absolvido para todos os efeitos.

Nos dois primeiros séculos da Baixa Idade Média, vários povos bárbaros começaram a compilar suas legislações em códigos, tal qual faziam os romanos. O *Fuero Juzgo (Liber Judiciorum)*, editado pelos visigodos em 654 D.C., foi o primeiro desses códigos³⁰⁶. Como dito anteriormente, a semelhança entre essas compilações e os forais (por exemplo) do fim da Idade Média é notável.

Usar-se-á, como exemplo do sistema judicial dos bárbaros, o procedimento para apuração do crime de homicídio presente na *Lex anglorum et vuerinorum* (Lei dos Anglos):

Do Homicídio (...) II – quem matar homem livre dê 200 soldos em composição. Caso negue o homicídio, tem dois caminhos a escolher, jure sua inocência juntamente com outros onze homens livres; ou, se aquele a quem pertence a causa não se der por satisfeito com esse juramento conjunto e solene, saia a campo (para combater com ele).³⁰⁷.

Ao acusado de homicídio havia três possibilidades:

- a) Assumir-se culpado e pagar 200 soldos de composição (*aureus solidus* – moedas de ouro);
- b) Negar a autoria e trazer onze homens livres para jurar solenemente em seu nome;

³⁰⁴BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 117.

³⁰⁵AZEVEDO, Luis Carlos. **O direito visigótico**, p. 05. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67491/70101>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

³⁰⁶Acesso em 19 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://uvadoc.uva.es/handle/10324/163>>.

³⁰⁷“II – Qui liberum occiderit, CC solitos conpanat et de utroque si negaverit, cum XI iuret, aut in campum exeat, utrum ille voluerit, ad quem causa pertinet.” Citado em: BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 65.

- c) Se o juramento não fosse aceito pelo “dono” da causa, este poderia desafiar o réu para um combate individual.

Como se lê, não havia qualquer procedimento para averiguar a autoria do crime, ou mesmo sua existência³⁰⁸. A satisfação da revolta do acusador (vozeiro) era o ponto central de todo o procedimento, que, talvez, não possa nem mesmo ser chamado de processo. Aos parentes da vítima restavam suas heranças, como terras, animais e servos, mas também, restavam-lhes o direito de vingar sua morte, com o respectivo valor a ser recebido como indenização. Até mesmo os crimes mais brutais, como o estupro, podiam ser objeto de composição. No foral de Penamacor, outorgado por Sancho I em 1209, e que, embora mais recente, guarda enorme similitude com os códigos do alto medievo, o acusado de estupro poderia livrar-se com o testemunho e juramento de 12 pessoas. Esta legislação prevê a isenção até mesmo da “coima” (multa):

E quem violentar uma mulher, e ela clamando disser que foi violentada por ele, se ele negar, preste juramento com 12 pessoas e fique livre até da coima. E se não puder jurar, pague-lhe 300 soldos e a sétima ao paço³⁰⁹.

É bem verdade que não se pode chamar os forais hispano-lusos de legislações bárbaras, visto que foram editados na Baixa Idade Média, na época da “revolução papal” e, no caso de Portugal, no início da formação do primeiro estado nacional. Porém, a natureza negocial do Direito Penal bárbaro permaneceu nessas legislações. Havia aquelas nas quais operou a quase completa abolição das penas de sangue³¹⁰. Os crimes públicos eram praticamente inexistentes, e o grande número de delitos que podiam ser resolvidos com acordos monetários era notável. A expressão germânica *Wergeld, wir – Homem e Geld* – Ouro, significava literalmente o preço pelo homem³¹¹.

Para dar exemplo disso, transcrever-se-á o quadro completo das penas do mais antigo foral a que se teve acesso: o de Tomar, 1174, outorgado por D. Afonso, do antigo Condado Portucalense:

³⁰⁸ A lei sálica, neste ponto, diferia das demais legislações bárbaras, pois nela o juiz tomava depoimentos e buscava verificar a veracidade das acusações. BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 64.

³⁰⁹ Foral de Penacor. Acesso em 20 de fevereiro de 2015. Disponível em <<http://senhorapovoa.com.sapo.pt/Foral.pdf>>.

³¹⁰ Foral de Ericeira, dado por D. Manuel I, Mestre de Avis, em 31 de março de 1513 (embora tenha sido editado na Idade Moderna, trata-se de uma adição ao Foral de 1267): “E posto que a pena do sangue e arma fosse declarada pelo dito foral em muitas maneiras, porém nós declaramos não se dever na dita vila e termo pagar nem levar de nenhuma pena de sangue nem de arma, se não sessenta reais somente...”

³¹¹ AZEVEDO, Luis Carlos. **O direito visigótico**, p. 05. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67491/70101>.

DELITOS CONTRA O HOMEM PENAS

Rouso, no couro da vila 500 soldos (Rouso significa estupro)

Rouso, fora da vila 60 soldos

Homicídio, no couro da vila 500 soldos

Homicídio, fora da vila 60 soldos

Esterco na boca 60 soldos

Agressão armada, provocando feridas, no couro da vila 60 soldos

Agressão armada, provocando feridas, fora da vila 30 soldos

Agressão colectiva, com armas ou paus, causando feridas graves 60 soldos

Decepção de membro 60 soldos

DELITOS CONTRA A FAMÍLIA E A CASA PENAS

Penetração em casa de outrem, com armas, provocando feridas ou partindo portas, no couro da vila

500 soldos

Prostituição da esposa Confisco dos bens

DELITOS CONTRA A COMUNIDADE PENAS

Violação da proibição de porte de armas, provocando feridas, no couro da vila 60 soldos

Violação da proibição de porte de armas, sem feridas, no couro da vila

Perda de armas

Falsificação de medidas 5 soldos

Corte de estradas reparação segundo o foro da terra

DELITOS CONTRA A PROPRIEDADE PENAS

Apropriação violenta de bens alheios, dentro ou fora de casa
Reparação no dobro

Furto Reparação segundo o costume da terra, ou como for ordenado

Entrada furtiva em vinha ou almuinha, de dia, para comer 5 soldos

Entrada de animais em ferragial alheia 5 soldos

Entrada em vinha ou almuinha, com roubo ao colo, em taleija ou cesta
1 maravedi

Roubo de erva-ferrã 1 maravedi

Entrada furtiva em vinha, ferragial ou almuinha, à noite 60 soldos e as
roupas, ou

pregagem na porta por um dia e flagelação

DELITOS CONTRA O SENHORIO PENAS

Venda de vinho durante o relego 60 soldos

Procedimento irregular do moleiro na recepção de maquinas Prisão e
confisco de todos os

Bens

Corrupção e aliciamento do mordomo ou das justiças Prisão e
confisco de bens³¹².

Talvez, observando esse tipo de legislação, seja uma verdadeira inadequação chamar os procedimentos do Direito Penal bárbaro de “processo penal”. O que havia, na realidade, era uma tentativa de composição para evitar o combate ou duelo judicial, este, por sua vez, era a tentativa de evitação de um simples combate vindicativo. Não havia,

³¹²Foral de Tomar de 1174.

exceto em raros casos (como dos dois últimos crimes do foral acima transcrito), a transição da guerra de todos contra todos para a guerra de todos contra um, mas sim, a submissão da guerra de todos contra todos a determinadas regras legais.

Não havia, portanto, a ideia de que a legislação deveria racionalizar a violência comunitária, como nos sistemas antigos, mas sim o simples isolamento da violência em um conflito singular. Se o procedimento não possibilitava a catarse coletiva que um sistema judicial organizado como o da Roma imperial podia proporcionar, ao menos evitava a formação de uma espiral de vingança, que pudesse colocar em risco a existência da tribo. A resolução pelo combate singular era o oposto ao Talião³¹³, no sentido em que este é a face radical da justiça retributiva, ou seja, o réu deve receber estritamente o que mereceu por seus malfeitos. O duelo é justamente o oposto, pois torna possível que o assassino mate também o parente que tente vingar a vítima. À segunda vítima, retribui-se a morte de um ente querido, com a sua própria. A resposta dada pelo duelo, mais do que na composição, é um absoluto rompimento com a proporcionalidade, um traço, defende-se aqui, do Direito Penal dos “antigos”.

O duelo seguia determinadas regras e é possível pode dizer, em certa medida, que as leis bárbaras nada mais eram do que documentos destinados a regulamentar tais combates³¹⁴. Com algumas poucas variações, as regras eram, em geral, as seguintes: *i*) se vários fossem os acusadores, o acusado escolheria um a quem combater; as partes deviam apresentar armas semelhantes, ou seja, quando um cavaleiro (fidalgo) se apresentava a combater com um vilão (servo), aquele era despido de seu cavalo e da armadura³¹⁵; *ii*) os oficiais da lei procediam três pregões, no primeiro era ordenado aos parentes das partes que se afastassem, no segundo, todos eram advertidos do dever de permanecer em silêncio durante o duelo, no terceiro que todos estavam proibidos de ir em socorro das partes (a pena podia chegar à morte, se por causa desse socorro uma das partes vencesse a contenda); *iii*) os oficiais da justiça aguardavam para que se uma das partes propusesse acordo a contenda pudesse ser sustada, se o acordo não ocorresse, cabia aos oficiais recolocar as partes no local onde estavam antes.³¹⁶

³¹³BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 37.

³¹⁴BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 105.

³¹⁵Os nobres Turíngios se batiam a cavalo e armados de espadas, enquanto os plebeus lutavam a pé e com bastão. Conforme: BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 95

³¹⁶BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 106.

Era permitido à parte que não tivesse condições de empreender combate, a contratação de um campeão³¹⁷ para defender seus interesses. Se o profissional fosse vencido, era costume que se lhe cortassem a mão. Se o campeão fosse morto no combate judicial, o contratante vencido deveria pagar à sua família uma pequena composição³¹⁸. As mulheres não combatiam e podiam fazer-se substituir no duelo por um parente ou por um campeão contratado. No entanto, se não fosse possível contar com alguém para substituí-la, poderia ser submetida à terrível ordália dos nove ferros incandescentes, conforme se lê no artigo LII da *Lex anglorum*:

LII – se correr o boato de que a mulher matou o marido por envenenamento ou o entregou à traição, para ser assassinado, o parente mais próximo da mulher prove, em combate judicial, a inocência dela ou, caso ela não encontre um campeão que a queira defender, seja submetida à ordália dos nove ferros incandescentes.”

Segundo o Barão de Montesquieu, essa prova judicial consistia em colocar a mão da ré nove vezes sobre o ferro incandescente, depois envolvê-la em um saco e lacrá-la. Se três dias depois não houvesse marcas de queimadura, a mulher seria declarada inocente.³¹⁹

O duelo não decidia apenas o mérito das causas criminais, questões interlocutórias e a validade da prova testemunhal também eram decididas pelo combate singular. O acusado, por exemplo, poderia chamar ao combate uma das testemunhas da acusação, para, assim, provar que o que ela dizia era mentira³²⁰. Mas, de todas as questões passíveis de decisão por meio do combate, a mais interessante delas seria a chamada “Apelação dos Bárbaros”. Os povos bárbaros desconheciam a apelação a Tribunais superiores, tão usada pelos romanos e depois revitalizada no direito canônico³²¹. A apelação era um combate contra o juiz ou os juízes, que colocaria um

³¹⁷O vocábulo “Campeão” é, aqui, utilizado em seu sentido original, qual seja, o de um cavaleiro que combate profissionalmente em provas marciais.

³¹⁸BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 107.

³¹⁹MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **L’esprit de lois**. Disponível em file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt. Acesso dia 21 de agosto de 2014, p. 247

³²⁰BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 110.

³²¹Montesquieu assim descreve a apelação dos bárbaros: “Como a natureza da decisão pelo combate judiciário era decidir a questão para sempre, e como não era compatível com um novo julgamento e novos desenvolvimentos, a apelação, tal como estava estabelecida pelas leis romanas e pelas leis canônicas, ou seja, a um tribunal superior, para fazer com que o julgamento de outrem seja reformado, era desconhecida na França. Uma nação guerreira, unicamente governada pelo ponto de honra, não conhecia essa forma de proceder e, seguindo sempre o mesmo espírito, ela usava contra os juízes as vias que teria podido usar contra as partes.” In: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de.

fim definitivo à causa³²². Os juízes chamados ao combate não deveriam perder a vida nem membros no caso de derrota, o apelante, pelo contrário, poderia ser morto pelo juiz, caso fosse “subjugado”³²³. O caos processual só chegou ao fim, como se verá no próximo capítulo, com a imitação do processo inquisitório, em que as formas e busca pela “verdade” emprestaram alguma racionalidade à atividade jurisdicional.

Antes mesmo da construção do *jus novorum*, a influência dos sacerdotes cristãos começou a se fazer sentir nas ordenações legais dos povos bárbaros germânicos. Ainda na Alta Idade Média iniciou-se o trabalho de compilação da legislação costumeira, conforme já foi dito, o que deu a alguns sacerdotes, servindo como burocratas reais, a posição de influir na redação das Leis. Em alguma medida os clérigos abrandaram a Lei costumeira dos germânicos. O próprio duelo foi objeto de constantes críticas por parte dos eclesiásticos. Tais críticas³²⁴, no entanto, parecem não ter surtido efeito concreto, visto que a prática praticamente universalizou-se no continente. Em algumas legislações bárbaras compiladas por sacerdotes cristãos recomendava-se moderação na aplicação dos castigos e aplicação frequente do perdão (Liv. I, Título I, n. VII).³²⁵

Após a conversão dos primeiros reis bárbaros ao cristianismo, como Recaredo I dos visigodos, os sacerdotes passaram a ter assento nos “Concílios”. Concílios, como os de Toledo, eram encontros eminentemente políticos, mas tiveram como virtude permitir a maior influência dos padres sobre o direito do reino. Existem bons exemplos de como a legislação foi se abrandando após os concílios, como a estruturação do processo acusatório, no concílio de Toledo VI (em 638), a qual criou a exigência de um acusador (vozeiro) para que se iniciasse um processo penal (cânone IX)³²⁶. Melhor exemplo ainda é o *Habeas Corpus visigótico*, estabelecido no Concílio de Toledo XIII, em 683. Determinava esse ordenamento, quase quinhentos anos antes da *Magna Carta* (1215), que nenhuma pessoa ligada ao rei por juramento poderia ter seus bens nem sua

L’esprit de lois. Disponível em file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt. Acesso dia 21 de agosto de 2014, p. 253 – 254.

³²²BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo.** Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 113.

³²³BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo.** Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 114.

³²⁴MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **L’esprit de lois**, p. 248, acesso em 21 de agosto de 2014, Disponível em <file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt>.

³²⁵Bom exemplo disso está em: AZEVEDO, Luis Carlos. **O direito visigótico**, p. 08. Acesso em 22 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67491/70101>>.

³²⁶AZEVEDO, Luis Carlos. **O direito visigótico**, p. 07. Acesso em 22 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67491/70101>>.

liberdade afetada, salvo em caso de culpa evidente, sem antes ser apresentada a uma assembleia³²⁷.

Não obstante, o direito europeu seguiu sendo irracional, aleatório e extremamente violento. A morte sob suplício, a castração, amputações e açoites compunham as penas quando se difundiu a existência de crimes públicos, a partir de um tênue centralismo político. A perseguição a judeus era implacável, só tendo sido abrandada, por irônico que pareça, com a consolidação do Tribunal do Santo Ofício, conforme será explicado no capítulo que segue. A *Lex visigotorum* assim versava sobre o judaísmo e suas manifestações:

E entra a proibir, sob ameaça de confisco, que judeus celebrem sua páscoa (§V), e se casem pelo ritual israelita (§VI), e pratiquem circuncisão (§VII), (...) proibia a circuncisão sob pena de confisco dos bens e mutilação aplicável por exemplo aos pais (e aos auxiliares) que a praticassem em seus filhos: castração completa para o pai e amputação do nariz para a mãe³²⁸.

A pena não conhecia, portanto, limites. Era uma mera extensão da violência comunitária, sem qualquer preocupação com o apenado, transformado-o em “bode expiatório”. Não se obedecia ao princípio da culpabilidade. A pena, como visto acima, podia ser transferida para pessoa alheia ao delito. Punia-se o modo de ser, e não os atos. Tinha-se o que os modernos penalistas chamam de “Direito Penal da pessoa”, em contraposição ao “Direito Penal dos fatos”.

Tudo isso era ajustado em um sistema penal em que era possível mesmo a aplicação das penas sem a existência de processo! Era permitido, em muitas localidades, aplicar a “justa pena” a alguém sem qualquer verificação ou procedimento defensivo. A possibilidade de pena sem processo perdurou durante quase todo o medievo, chegando mesmo à época de Aquino. O primeiro Foral de Ericeira (Portugal), outorgado em 1267 (no século do filósofo), prevê expressamente a aplicação da pena sem processo. Sem processo, apelação ou agravo:

Damos poder a qualquer justiça onde acontecer assim, juízes como vintaneiros ou quadrilheiros, que sem mais processo nem ordem de juízo, sumariamente sabida a verdade, condenem os culpados no dito caso de degredo e assim do dinheiro, até [à] quantia de dois mil reais, sem apelação nem agravo, e sem disso poder conhecer almoxarife,

³²⁷AZEVEDO, Luis Carlos. **O direito visigótico**, p. 07.

³²⁸BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 61.

nem contador, nem outro oficial nosso, nem de nossa fazenda, em caso que o aí haja; e se o senhorio do dito direito [...] ³²⁹.

Um documento um pouco mais antigo, o foral de Mirando do Ebro, outorgado por Afonso VI em 1099, tem uma dicção ainda mais explícita:

§24 – e se algum homem violentar ou raptar uma mulher, o meirinho ³³⁰ ou o saião da vila mate-o ³³¹.

Parece-se, modernamente, impensável a ideia de pena sem processo. A pena nos é vista a partir de uma diferença surgida de uma ação proibida e devidamente apurada por autoridade competente. Aos bárbaros e aos nascentes reinos cristãos ainda não afastados, de todo, de suas práticas, pouco importava oferecer ao acusado o direito à defesa. O direito era apenas um meio de pacificação social, sem qualquer compromisso com a existência das partes (dos indivíduos), mas sim do todo. Obviamente que pena sem processo muito se parece com o simples assassinato, curiosamente, neste caso, previsto em lei. Afastava-se o processo, que não era processo, para aplicar uma pena que não era pena. Eis o Direito Penal que o sistema jurídico canônico ajudou a substituir.

Quanto ao tipo de pena, o direito bárbaro, nos poucos delitos de titularidade pública, era cruel. A pena de morte era comum e, em alguns casos, sem qualquer averiguação, como se pode ler nos parágrafos anteriores. O hoje chamado Direito Penal do “autor” também estava presente no direito medieval bárbaro. O Direito Penal do “autor”, oposto ao desejável Direito Penal do “fato”, consiste em punir alguém por ser quem ele é. Punir o existir, o ser, o crer.

A perseguição aos judeus é um bom exemplo de Direito Penal do “autor”, melhor exemplo ainda porque foi exercitado por diversos povos, até mesmo no século XX. É do senso comum que a perseguição aos judeus se iniciou na Inquisição e teria sido uma herança desta instituição. Não obstante, como se verá detalhadamente no próximo capítulo, a Inquisição jamais perseguiu a prática do judaísmo ou o povo judeu, ou outros fiéis de outras religiões ³³². O Tribunal do Santo Ofício destinava-se aos cristãos, ou seja, era uma instância interna que visava manter a ortodoxia da doutrina e

³²⁹ Primeiro foral de Ericeira. Acesso em: 11 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.jagoz.com/historia/forais-da-ericeira-v6.pdf>>

³³⁰ Por meirinho, leia-se: Juiz. No Brasil, até o início do século XX, a expressão era usada para designar os oficiais de justiça, o que é aqui chamado de “saião”. Ou seja, Juiz ou oficial de justiça tinham o dever de matar aquele que cometesse estupro.

³³¹ “*si aliquis homo forciauerit mulierem uel furtauerit, merinus aut ssayon de uilla interficiat eum*”.

³³² BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 166.

não impor a religião àqueles que não a professavam³³³. Ocorre que, com a expulsão política dos judeus pelos reis Fernando e Isabel, na Espanha, no fim do século XV, muitos judeus converteram-se falsamente ao cristianismo e continuaram praticando o judaísmo de forma velada. Esses conversos foram, de fato, alvos do Tribunal.

A verdadeira perseguição aos judeus já havia se iniciado na Europa bem antes da fundação o Tribunal da Inquisição. Já estava inclusive positivado nos códigos que os reis bárbaros mandavam compilar ainda na Alta Idade Média. A *Lex Visigothorum*, legislação mencionada anteriormente neste capítulo, outorgada quinhentos anos antes da Inquisição, trazia penas severas para práticas relacionadas à religião judaica. A lei visigótica era rigorosíssima contra os judeus, prevendo mutilações etc³³⁴. Tanto a intensidade quanto seu fundamento nos causa justificada repulsa. Há, em primeiro plano, a vedação a práticas religiosas; e, em segundo, a atribuição de mutilação física como punição. A violência para com os praticantes da religião contrastava até mesmo com o tratamento dispensado aos falsos conversos, convidados inicialmente a renegar seus “erros” e reconciliar-se com a Igreja³³⁵. A perseguição aos judeus, portanto, não era novidade alguma na Europa quando a Inquisição tomou corpo.

No primeiro capítulo desta tese, buscou-se traçar alguns critérios para diferenciar pena e sacrifício. Em síntese, disse-se que enquanto o sacrifício é ritualizado, aleatório, ilimitado (a violência aplicada ao bode expiatório tende a destruí-lo) e recebe significação no campo religioso; a pena (tanto a dos “antigos” quanto a dos “modernos”) é proporcional (há uma proporção entre crime cometido e pena a ser impingida, marca do Talião), dirigida ao verdadeiro responsável pela crise que a precede (há um sistema judicial que tenta encontrar o responsável pelo crime), e limita (em maior ou menor medida) a violência comunitária. Dito isso vale perguntar: as punições das legislações penais dos bárbaros germânicos eram, de fato, penas ou sacrifícios?

³³³KAMEN, Henry. **A inquisição na Espanha**. Trad. De Leônidas Gontijo de Carvalho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966, p. 48.

³³⁴BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O direito penal hispano-luso medieval**. Belo Horizonte: UFMG, 1960, p. 61.

³³⁵A Igreja empreendeu um enorme esforço para resguardar a vida dos judeus, conforme informa Berman: -Os decretos de paz dos diversos concílios diferiram em detalhes, mas no geral todos proibiam, sob pena de excomunhão, qualquer ato de guerra ou vingança contra clérigos, peregrinos, mercadores, judeus, mulheres e camponeses, e também contra propriedades agrícolas ou eclesiásticas. | BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p.116.

Para responder tal pergunta, é necessário lembrar que havia duas formas de resolução dos conflitos penais: *a pena pública*, aplicada, para raros delitos, após o julgamento decidido pelos ordálios, e *os duelos judiciais*. Os duelos não eram penas, ou mesmo sacrifícios. Não representavam a “guerra de todos contra um”, mas apenas leis que garantiam a conversão da “guerra de todos contra todos” no “combate de um contra um”. Esse procedimento não permitia a catarse coletiva, entretanto, ao menos impedia que o conflito se alastrasse e contaminasse os demais membros da tribo, o que poderia transformar um simples desentendimento numa guerra entre clãs. O duelo, portanto, não era sacrifício, nem pena.

A outra forma de resolução das questões penais era a mutilação ou morte, após julgamento com provas judiciais (ordálios). Nessa hipótese, sim, havia a “guerra de todos contra um” e a crença generalizada de que a “pena”, determinada pelos ordálios, era a vontade direta dos deuses e a expressão de sua justiça. Aos bárbaros germânicos não havia a possibilidade de falha nos ordálios. A culpabilidade era fixada pela *álea*, não havendo questionamento quanto à falibilidade do “processo”. A crença em um *doom* (destino inexorável)³³⁶ permitia que o sistema judicial, se é que se pode chamar assim a esta espécie de aplicação de “justiça, permanecesse estritamente místico. A “pena” dos bárbaros, assim, decorria da vontade dos deuses e não do consenso de uma comunidade politicamente organizada, ou mesmo pelo simples uso.

É certo que todo julgamento é um ritual, ou seja, o conjunto de ritos que tem por finalidade a atualização de um mito (uma narrativa, neste caso: a Lei). Porém, no direito bárbaro, a natureza ritual dos julgamentos era muito mais explícita, tanto porque o direito era totalmente oral (excetuado o período da codificação, sob o qual se fala brevemente neste capítulo), seja porque, em geral, as Leis eram apresentadas em forma de poemas ou canções, para que a memorização fosse facilitada. É certo, também, que o ritual separa o julgamento da vida “ordinária”, o que ocorre em qualquer sociedade³³⁷. Mas isto era muito mais acentuado no direito Bárbaro-germânico, em que a dramaticidade era um elemento central na atividade jurídica. Maitland, ao tratar dessas legislações disse o seguinte: *ele deve ser dramático e representado, A Justiça deve*

³³⁶BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 74.

³³⁷BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 77.

*possuir um garbo dramático ou ela não será notada*³³⁸. Jakob Grimm, quase no mesmo sentido fala em: *um elemento sensível no Direito germânico, contrastando com aquele mais abstrato e conceitual proeminente nos sistemas jurídicos mais ‘maduros’*³³⁹.

É possível concluir, assim, que ao contrário dos sistemas judiciais em que a pena substituiu com sucesso o sacrifício, o direito germânico teve menos sucesso em escamotear o caráter sacrificial da violência dirigida contra o “bode expiatório”. Ao contrário de ocultar a violência comunitária por traz de procedimentos mais ou menos previsíveis e pretensamente neutros, evitando o recurso à divindade, marca dos povos em que o direito emerge como fruto de decisões políticas, e não como elemento transcendente; o direito germânico abraça a crença no *doom* dos homens, a ser revelado pelo “ritual” do julgamento.

A violência da “pena” era, também, ilimitada. O réu poderia morrer e, em geral, morria quando o crime de que fora acusado tinha caráter público. As mutilações também eram bastante comuns. Além disso, o próprio ordálios poderia resultar na morte do réu, que falecia sem julgamento. Obviamente não havia preocupação com o destino do réu, mas sim da tribo, que se livrava de um elemento indesejado e, em última instância, amaldiçoado. Os “antigos” também aplicavam penas duras, o que tornava indiferente, nos casos de acusações graves, a pena ou o simples linchamento (sacrifício). Porém, havia um senso de proporção entre pena e delito, tanto que, como se disse no primeiro capítulo, o Talião foi a primeira forma de Direito Penal de boa parte dos povos indo-europeus. O Direito Penal bárbaro era o contrário do talião³⁴⁰. Sob seus auspícios, era possível cometer crimes gravíssimos e sair impune, ou cometer infrações leves e ser morto ou mutilado.

Nesse subcapítulo, lança-se mão de legislações bárbaras, algumas mais antigas (século VI) e outras mais recentes (século XII). Embora a presente investigação seja uma história das ideias jurídicas, ao tratar do Direito Penal no tempo que separou os santos Agostinho e Tomás, é praticamente impossível trilhar o campo das ideias. O Direito Penal do período foi paupérrimo em ideias³⁴¹, não havia um dever ser, ou a

³³⁸BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 76.

³³⁹BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 76.

³⁴⁰BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 72.

³⁴¹Carlos Silveira Noronha informa que os sete séculos da Alta Idade Média ficaram conhecidos entre os estudiosos de direito como os “séculos mudos” explicando que: “com o passar dos tempos os Godos passaram a impor certos estilos de sua civilização menos desenvolvida e os primeiros órgãos a ceder eram

busca por ideias de justiça ou mesmo por aperfeiçoamento das instituições. Não havia, portanto, o que Berman chama “metadireito”³⁴². Fora as compilações em códigos, as poucas informações sobre essas legislações derivam dos textos feitos por comentaristas como Tácito, citados por autores modernos como Montesquieu³⁴³. A revolução Papal, tema do próximo item, coincide com um renascimento doutrinário do direito europeu.

O que se pode concluir do que foi exposto sobre essa forma peculiar de Direito Penal, que dominou a Europa após a queda de Roma e permaneceu muito viva até a formação dos Estados nacionais, é que sua essência difere diametralmente tanto do direito dos “antigos” quanto dos “modernos”. O mais importante para os bárbaros germânicos e para aqueles que se tornaram continuadores de seu direito, nos dez séculos em que predominou no continente, era a pacificação do conflito que o “direito” era chamado a resolver.

As duas opções aos envolvidos em uma contenda judicial, o “amor” (composição) ou o “direito” (julgamento),³⁴⁴ eram igualmente respeitadas. Os acordos judiciais eram, em muitas partes, encerrados com a troca de presentes e sinais de amizade³⁴⁵ e reforçados pela mediação de vizinhos e amigos³⁴⁶. O julgamento, verdadeira face da atividade judicial bárbara, não era propriamente “direito” no sentido moderno, mas a afirmação “divinamente inspirada do costume antigo”³⁴⁷. Como dito, a existência do direito bárbaro enquanto “ideia” é tênue. Havia nele uma realidade objetiva³⁴⁸, oriunda da longa tradição. Tanto é verdade, que os sábios de suas assembleias não eram chamados de legisladores, mas sim de “declarantes do Direito”³⁴⁹.

os tribunais com as dificuldades de encontrar funcionários romanos para neles atuar e, devido à escassez de conhecedores do direito começava a ocorrer. Os bispos então passavam a decidir as causas civis não mais sob a égide do direito, mas da equidade, enquanto nas causas criminais começou-se a gerar a desordem, levando a população a autoprotoger-se com o retrocesso à justiça de mão própria.” In: NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, p. 137.

³⁴²BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 51.

³⁴³MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **L’esprit de lois**, p. 34. Acesso dia 21 de agosto de 2014. Disponível em <file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt>.

³⁴⁴BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 93.

³⁴⁵Iniciando o que Girard chama de boa reciprocidade na esteira de MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. Ensaio sobre a natureza e a função do sacrifício. In: **Ensaio de Sociologia**. Traduzido por Luiz João Gaio. São Paulo: Perspectiva, 1981.

³⁴⁶BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 94.

³⁴⁷BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 79.

³⁴⁸BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 79.

³⁴⁹BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 79.

A imutabilidade e a unidade do direito dos bárbaros só seriam abaladas com a difusão do direito canônico.

Segundo a descrição de sacrifício aqui apresentada, baseada na obra de René Girard, as “penas” aplicadas no Direito Penal bárbaro são, possivelmente, o mais tardio exemplo de sacrifício que se pode encontrar entre os povos europeus. Suas sanções, que eram, na verdade, sacrifícios, visto que aleatórias, desproporcionais e ritualizadas, ganhavam significação no campo religioso. Ocorria, ressalvadas as hipóteses de combate judicial, a simples união da comunidade contra o “bode expiatório”, sem qualquer preocupação com “ideias de justiça” como ocorreria em sociedades politicamente organizadas, ainda que mais antigas. A completa substituição do Direito Romano, no ocidente, pelo direito bárbaro germânico, é um desafio aos que acreditam na natureza “evolutiva” do Direito Penal, bem como aos que creem na existência de sobreposições de contribuições culturais e na formação do direito como mero produto da história.

A “pena” dos bárbaros não era pena, nem dos antigos, muito menos dos modernos. Disse-se que a pena é a negação do sacrifício, visa racionalizar a violência comunitária (pena dos antigos) e proteger os indivíduos (pena dos modernos). A “pena” dos bárbaros longe de ser a negação do sacrifício é sua própria realização, com todos os efeitos e significados que lhe são próprios. É curioso notar, entretanto, que a crueza das penas aplicadas contrasta com a fraternidade dos acordos. O direito bárbaro germânico balançava entre sacrifício e perdão. Porém, ao contrário do Direito Penal dos “modernos”— que se equilibra entre esses dois extremos, sendo ao mesmo tempo um e outro — era ou sacrifício ou perdão. O que faz deduzir mais um importante princípio do Direito Penal moderno, qual seja, punir demais é barbárie, e não punir também³⁵⁰.

2.2.2A era de Aquino

Tomás de Aquino nasceu em 1225³⁵¹. Foi contemporâneo e amigo de grandes nomes da fé cristã, como Boaventura, Alberto Magno e o rei Luís IX da França. Os séculos XII e XIII talvez tenham sido os mais importantes da história da Europa, se não

³⁵⁰ As modernas legislações, inclusive modernas constituições consagram o que alguns estudiosos chamam de “imperativos de tutela”, ou seja, a ideia segunda a qual o Estado tem dever de punir determinadas condutas, sob pena de violação dos direitos humanos, conforme bem defendido por FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal** – a constituição penal. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 57.

³⁵¹ Algumas referências dão conta de que teria nascido em 1224 ou no início de 1226, In: FINNIS, John, **Aquinas: Moral, political, and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 1.

da história em geral, certamente da história do direito. O nascimento de Aquino ocorre logo após a “Revolução Papal”, a “querela das investiduras”³⁵², o surgimento das ordens mendicantes (incluindo a ordem dos frades pregadores, na qual o jovem Tomás tomaria parte), o surgimento das universidades e a instalação da Inquisição. Além disso, quando nasceu, estavam vivos Francisco de Assis, Antônio de Pádua, Boaventura, Alberto Magno, o Luís IX da França e outros grandes líderes religiosos cristãos, do período que ficou conhecido como “renascimento espiritual” da Igreja. Foi também uma era de grandes mudanças sociais, com o renascimento urbano e um grande incremento da população, que duplicou entre 1050 e 1150³⁵³.

Aquino nasceu dez anos após o concílio de Latrão IV (em que, entre outras coisas, foi proibida a participação de sacerdotes cristãos nos “ordálios”); nove anos após a fundação da ordem dos pregadores (ordem dominicana); um ano após a fundação da Universidade de Nápoles; nove anos antes da edição da bula “*licet ad capiendos*” (que incorporou os dominicanos ao combate às heresias). Quando morreu, o Papa já estava há dez anos no cativeiro em Avinhão (França). O filósofo veio ao mundo em meio a esse período de profundo embate entre o Papado e o poder secular, na verdade, de consolidação do poder Papal ante os príncipes. Mas também um período de estremecimento da ortodoxia e do surgimento de heresias, algumas das quais “soterradas” mediante a pena de Aquino.

No presente item, tratar-se-á sucintamente da época de Aquino e das agudas transformações trazidas no direito, em especial pelo *Ius Novum*³⁵⁴, temas essenciais para compreender o pensamento jurídico do autor.

Em primeiro lugar, é preciso compreender o motivo da disputa entre o papado e os príncipes. Embora a questão Gelasiana (século V) tenha assegurado a separação política do poder religioso dos papas em relação ao poder temporal dos reis³⁵⁵, na prática, o isolamento rural das localidades durante a Alta Idade Média, bem como a condição de cerco militar experimentada por boa parte do continente, conferiu mais prestígio e poder (ainda não experimentado anteriormente) às autoridades locais.

³⁵² A querela das Investiduras foi a disputa entre o Papa e lideranças seculares pelo direito a nomeação dos bispos. O Papado saiu vitorioso com a celebração da concordata de Worms, em 1122. Para mais informações: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Traduzido por António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137.

³⁵³ BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 129

³⁵⁴ BERMAN, Harold. **Direito e revolução**. 2006, p. 12.

³⁵⁵ VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume III. São Paulo: É realizações, 2011, p. 62.

Os senhores nomeavam os clérigos de sua localidade. Os grandes senhores nomeavam bispos e cardeais até mesmo entre leigos sem qualquer experiência na vida religiosa. Nomear um pároco era entregar terras ao futuro sacerdote, para que este sustentasse sua paróquia, o que na prática o transformava em um pequeno senhor feudal. Era comum encontrar nessas glebas, o padre com sua mulher, seus filhos, seus soldados e seus cachorros³⁵⁶. A querela das “investiduras”, uma disputa entre Papa e Imperador do sacrossanto Império Romano-germânico pelo poder de investir sacerdotes, em especial bispos e cardeais, iniciou-se no século XI e durou mais de cento e quarenta anos.

A partir do século XI, o Papa iniciou sua marcha rumo à independência política do Papado, que o colocara na posição de árbitro entre reis. Ao contrário do que o senso comum consagrou, o poder da Igreja na Idade Média era muito menor do que se imagina. No início do período, os Papas se forçaram a alianças políticas, especialmente com os francos, para garantir a sobrevivência da Igreja, ante aos constantes conflitos militares. O bispo de Roma não era, como hoje, o “Imperador da Igreja”, mas sim o primeiro entre iguais (*primo inter paris*³⁵⁷), o que tornava relativamente comum que Imperadores proclamassem a outro bispo como verdadeiro Papa. Além disso, ameaças, invasões, fugas, exílios, e até mesmo assassinatos, como o de Martinho I³⁵⁸, não foram raros na história do papado medieval.

Isso mudou após a “revolução papal” (1075 – 1122), denominada, em sua época de “Reforma”, a *reformatio* do Papa Gregório VII³⁵⁹. A “reforma do mundo”³⁶⁰, seu lema, se constituiu em uma verdadeira revolução³⁶¹, a mais profunda vista na Europa até então. A revolução se iniciou em 1074, quando o Papa desobrigou os cristãos da obediência a bispos que ordenassem homens casados como padres³⁶². No ano seguinte, Gregório proclamou a supremacia do papado sobre toda a Igreja, a independência

³⁵⁶DAWSON, Christopher. **A formação da Cristandade**. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 73.

³⁵⁷BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 87.

³⁵⁸Martinho I foi septuagésimo quarto Papa da Igreja Católica, que foi preso pelo Imperador bizantino Constante II, por motivos relacionados a disputas doutrinárias. Após anos de aprisionamento e torturas, o Papa foi finalmente assassinado em 655 D.C.

³⁵⁹BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 31.

³⁶⁰BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 32.

³⁶¹“Uma mudança rápida, descontinua e violenta que desata as amarras do sistema jurídico” segundo BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 34.

³⁶²BERMAN, Harold. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 122.

eclesiástica e sua superioridade sobre o poder secular³⁶³. No *Dictatus Papae*³⁶⁴, lançou vinte sete proposições versando acerca da autoridade Papal sobre a Igreja e acerca da relação entre o poder Papal e os poderes seculares. Algumas das teses são fundamentais para compreender a profunda ruptura iniciada com a publicação deste documento, veja-se³⁶⁵:

Proposição II. *Quod solus Romanus pontifex iure dicatur universalis* (Que só o Pontífice Romano seja dito legitimamente universal): A supremacia do bispo de Roma sobre os demais era até então relativa. O Papa era o *primo inter paris* (primeiro entre iguais), Gregório VII reivindicou a posição de Imperador da Igreja.

Proposição III. *“Quod ille solus possit deponere episcopus vel reconciliare”* (Que só ele possa depor ou repor bispos): Eis o mote da grande querela entre Papa e Imperador, o direito de depor e nomear os Bispos da Igreja, que eram em última instância senhores feudais, cuja investidura no sacerdócio criava laços de vassalagem com outros senhores feudais e enfraquecia a hierarquia clerical e facilitava a nomeação de leigos sem vocação ou compromisso religioso.

Proposição IV. *“Quod legatus eius omnibus episcopis presit in concilio etiam inferioris gradus et adversus eos sententiam depositionis possit dare”* (Que os seus legados, ainda que de grau inferior, em um concílio estão acima de todos os bispos, e podem contra estes pronunciar sentença de deposição): regra que marcou o abismo entre a autoridade do Papa, cujos delegados, quem quer que fossem, podiam depor sacerdotes em seu nome, em relação aos bispos locais. A regra era um prelúdio do centralismo papal defendido alguns anos depois por Egídio Romano³⁶⁶. Gregório propôs, assim, que Roma se tornasse, de fato, a cabeça da Igreja visível, o que, realmente, se efetivou.

Proposição VII. *Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere, novas plebes congregare, de canonica abatiam facere et e contra, divitem episcopatum dividere et inopes unire* (Que só a ele é lícito, segundo necessidade temporal, ditar novas leis, formar novas comunidades, converter uma fundação em abadia e, reciprocamente, dividir uma diocese rica e reunir dioceses pobres): Não foram, portanto, os historicistas franceses, nem mesmo Edmund Burke, quem criaram o entendimento de

³⁶³BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 36.

³⁶⁴Tradicionalmente atribuído ao próprio Papa, houve quem questionasse a autoria do documento e até mesmo a data de sua publicação. Para mais informações MOREK (citar)

³⁶⁵Texto integral retirado de: <<http://avozdedeus.org.br/site/materias/artigos/956-dictatus-papae.html>>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

³⁶⁶VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume III. São Paulo: É realizações, 2011, p. 60.

que as leis devem ter uma mutabilidade relacionada às necessidades sociais³⁶⁷, mas sim os doutrinadores da Igreja, ainda no século XI — o que será também confirmado por Tomás de Aquino do século XII.

Proposição IX. *Quod solius pape pedes omnes principes deosculentur* (Que todos os príncipes devem beijar os pés do Papa): Proposição que escancarava a submissão necessária do poder secular ao espiritual. Os príncipes, aqui entendidos como “principal cidadão”, ou seja, o rei ou senhor com função governamental sobre algum território, deviam rebaixar-se aos pés do Papa.

Proposição XII. *“Quod illi liceat imperatores deponere”* (Que lhe seja lícito depor os imperadores): A proposição IX só é possível reforçada pela de número XII. O poder de depor imperadores foi utilizado pelo próprio Gregório VII no ano de 1077 contra o Imperador Henrique IV, do sacrossanto Império romano-germânico³⁶⁸. Esse poder, na prática, acabou por transformar o Papa em uma espécie de rei dos reis, uma imagem que muitos têm quando se fala em Igreja medieval, mas que só foi consolidada após intensos conflitos, às portas da Idade Moderna, quando o modo de vida medieval ruíra.

Proposição XIII. *Quod illi liceat de sede ad sedem necessitate cogente episcopos transmutare* (Que lhe seja lícito trasladar bispos de uma sede para outra, se lhe obrigar a isso a necessidade): proposições como anterior garantiam o poder do papa frente aos príncipes seculares, proposições como esta visavam garanti-lo ante aos “príncipes da Igreja”. A prerrogativa de transferir um bispo sempre que fosse necessário, poderia ser útil em momentos de crise ou de contestações internas.

Proposição XVI. *Quod nulla synodus absque precepto eius debet generalis vocari*” (Que nenhum sínodo se chame universal se não for por ordem do Papa): O Papa passava a “ser a Igreja”³⁶⁹, nada pode ser feito em nome de toda a Igreja, se não for por ele autorizado.

Proposição XIX. *Quod a nemine ipse iudicare debeat* (Que não seja julgado por nada): O Papa ficou assim fora da jurisdição secular e também da canônica, torna-se, portanto, alguém fora do direito, ou, para usar uma expressão contemporânea: alguém acima das leis.

³⁶⁷BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p.

³⁶⁸GIRARD, R. **Rematar Clausewitz**: Além Da Guerra. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 308.

³⁶⁹VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume III. São Paulo; É realizações, 2011, p. 60.

Proposições XX e XXI. *Quo nullus audeat condemnare apostolicam sedem apellantem* (Que nada possa condenar quem apela a Sede Apostólica) e *Quod maiores cause cuiscunque ecclesie ad eam referri debeant* (Que as causas maiores de qualquer igreja sejam referidas à sede apostólica): duas regras que explicitavam a centralização jurídica pretendida por Gregório VII.

Proposição XXIV. *Quod illius precepto et licentia subiectis liceat accusare* (Que por ordem e permissão sua seja lícito aos subordinados formular acusações): Regra que tornou possível a Inquisição episcopal e, a partir do século seguinte, a Inquisição Papal.

Proposição XXVII. *Quod a fidelitate iniquorum subiectos potest absolvere* (Que ele pode eximir os súditos da fidelidade para com príncipes iníquos): este último dispositivo é o mais importante e marca a supremacia da Igreja com relação ao poder político secular. O Papa poderia dissolver a relação de vassalagem, anulando o poder de um soberano. Era o que permitia ao Pontífice atuar como árbitro nas relações internacionais e “fiscal” da política dos leigos³⁷⁰.

Com a revolução Papal, a Igreja católica se torna a primeira instituição que compreendia a si como “Estado”³⁷¹. Na verdade, se compõe o único Estado medieval, ou nas palavras de Figgis: *O verdadeiro Estado no sentido moderno da Idade Média, se essas palavras não constituírem um paradoxo, é a Igreja*³⁷². Esses autores, juntamente com Ullman³⁷³, defendem esse ponto de vista porque, o papado, na figura do Papa, era o único “soberano” da Europa³⁷⁴, ou seja, alguém que comanda o sistema jurídico, mas ao mesmo tempo está fora e acima dele. O Papa é a cabeça da Igreja visível, mas ao

³⁷⁰Até a revolução papal os reis tinham uma explícita função religiosa e não eram em geral considerados “leigos”. Os Imperadores e reis eram chamados de “ministros de Cristo” e o Papa apenas de “ministro de Pedro, conforme: BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 67.

³⁷¹BRAGUE, Rémi. **A lei de Deus**: a história filosófica de uma aliança. Trad. Lúcia Pereira de Sousa. São Paulo: Loyola, 2005, p. 179.

³⁷²BRAGUE, Rémi. **A lei de Deus**, 2005, p. 179.

³⁷³BRAGUE, Rémi. **A lei de Deus**, 2005, p. 179.

³⁷⁴Southern informa do incrível impacto e faz uma interessante comparação do impacto dos *Dictatus Papae* com a de outras revoluções jurídicas: “Consideradas globalmente, as referidas afirmações representam todo um programa de ação. Implicam nada menos que uma soberania papal completa sobre todas as questões da comunidade cristã, e representam uma medida de grandeza do homem que as redigiu, dado todas elas, talvez com exceção da última, não caírem em frases vãs. Com esse único senão, cada uma delas tornou-se uma força prática da vida europeia, no fim de um prazo de tempo extraordinariamente curto. Quando comparamos tais declarações com outros grandes programas de ação, como a Magna Carta, a Lei dos Direitos do Homem, a Constituição Americana, o Manifesto Comunista, podemos considerar que só o último destes documentos teve consequências igualmente tão profundas e pormenorizadas sobre problemas práticos de muitas nações.” In: SOUTHERN, Richard William. **A Igreja Medieval**. Tradução de Fernando Barros. Lisboa: Ulisseia, 1970, p. 105.

mesmo tempo não é um de seus membros³⁷⁵. A palavra *Status*, para referir Estado, aparece antes de Maquiavel, em autores escolásticos do século XIII³⁷⁶.

Até às reformas Gregorianas, o Papa não gerenciava o patrimônio da Igreja, não canonizava Santos, não distribuía indulgências ou perdoava pecados mortais. Depois delas, passou a governar toda a Igreja, somando a essa prerrogativa a de ser legislador universal da cristandade e “juiz de todas as pessoas”³⁷⁷. Algumas das categorias mais importantes do Direito Ocidental também não existiam até então, como a jurisdição, o processo, crime, contrato e a propriedade³⁷⁸. Não havia um sistema estruturado e hierarquizado de normas, tampouco uma classe de juízes e advogados profissionais que pudessem aplicar o direito³⁷⁹. Tudo isso surge no mesmo período, justamente com as primeiras faculdades de direito, as quais formaram profissionais para as atividades judicial e administrativa.

Todas as características distintivas do Estado moderno, que ia recobrir os Estados-nação, a partir do século XV, foram antecipadas em mais de três séculos pelo Papado. A revolução Papal transformou-o no primeiro Estado moderno, ou, no primeiro Estado, para os que consideram o Estado um fenômeno estritamente moderno. Tais características, conforme magistralmente expostas por Berman³⁸⁰, são as seguintes:

- a) A Igreja *alegava ser uma autoridade independente, hierárquica e pública*³⁸¹: Ou seja, a autoridade da Igreja não derivava de nenhuma outra, apenas da de Deus. Outras autoridades derivavam dela direta ou indiretamente, como no caso das autoridades políticas seculares posteriores a esse período. As autoridades derivadas deviam submissão a ela, em um quadro de hierarquização que submetia interna e externamente a cristandade. Num futuro próximo, a nação substituiria Deus, e os Estados nacionais passariam a ser autoridades independentes;
- b) *Seu líder, o Papa, tinha o direito de legislar, e de fato os sucessores do Papa Gregório promulgaram uma série de novas leis, às vezes por sua própria autoridade, às vezes com auxílio dos concílios convocados por eles*³⁸²: Quando,

³⁷⁵BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 142.

³⁷⁶BRAGUE, Rémi. **A lei de Deus**, 2005, p. 179. Referindo-se a *Augustinus Triumphus*.

³⁷⁷BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 126.

³⁷⁸BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 246.

³⁷⁹BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 112.

³⁸⁰BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 142.

³⁸¹BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 142.

³⁸²BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 142

um pouco acima, disse-se que o Papa era o primeiro entre iguais, com relação aos demais Bispos, e que se tornara, com as reformas gregorianas, o Imperador da Igreja, referiu-se ‘também à qualidade de fonte da própria ordem jurídica. Os antecessores de Gregório VII administravam a Igreja adstritos a suas próprias regras e ao entendimento dos escassos concílios. Era algo marcadamente medieval que as normas decorressem do costume e das tradições. O direito era algo orgânico, talvez como em nenhum outro período. Os sucessores de Gregório realmente foram pródigos no uso do poder legislativo do Papa. Apenas Alexandre III, que antes do pontificado se notabilizara como grande jurista na Universidade de Bolonha, expediu sozinho mais de setecentos decretos papais³⁸³. Em 1234, pouco mais de uma década após o fim da “revolução”, Gregório IX mandou compilar os decretos papais do período. A coleção contou com mais de duas mil sessões, o que demonstra que os Pontífices fizeram valer sua prerrogativa de legislar, tanto quanto, ou em maior escala, do que os soberanos modernos.

c) *A Igreja também aplicava suas leis por meio de uma hierarquia administrativa, por intermédio da qual o Papa governava, como soberano moderno, através de seus representantes.*³⁸⁴: Os legados do Papa, conforme está dito na proposição IV do *Dictatus Papae*, estavam colocados acima dos Bispos nos concílios e tinham o poder de depô-los. Na proposição XXIV, o Papa autorizava seus prepostos a formular acusações em seu nome. A formação de uma estrutura hierarquizada e perene, por meio da qual ordens emanavam do soberano até os níveis inferiores, passando por cima da “autoridade” de intermediários, é algo também próprio do Estado moderno, e estranho às formas de poder (incluindo a clerical) medieval. Nada mais estranho ao sistema feudal do que um poder centralizado do qual emanassem ordens que pudessem suspender o poder local. O poder do Rei medieval, a título de exemplo, se fazia por meio de seus vassalos (senhores locais) que se comprometiam a oferecer ajuda militar temporária quando que o suserano precisasse. Esses nobres de menor hierarquia não eram seus funcionários, ou subordinados, mas estavam ligados a um juramento de lealdade que os submetia à autoridade real. Não era

³⁸³BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 261.

³⁸⁴BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 142.

possível, portanto, suspender o poder local, pois o poder do Rei, assim como o dos Papas anteriores às reformas, era apenas a soma dos poderes locais que lhe eram subordinados e que dele independiam.

d) *Ademais, a Igreja interpretava suas leis e aplicava-as, por meio de uma hierarquia, por meio de uma hierarquia judicial que culminava na cúria papal em Roma.*³⁸⁵: As proposições XX e XXI declaram a inteira centralização do poder judicial canônico nas mãos de Roma. A jurisdição do pontífice prevalecia sobre qualquer outra, mesmo a Imperial. As causas importantes necessariamente terminavam em Roma, que as avocava. Havia, além disso, legados do Papa que acusavam e julgavam por ele, o que tornou possível a Inquisição Papal, a partir do início do século XIII. O inquisidor nada mais era do que um preposto do Papa, a quem bispos e padres locais não podiam opor sua autoridade. Esse verdadeiro “sistema jurídico” estava subordinado a um conjunto racional de jurisprudência: o Direito Canônico³⁸⁶.

e) *Ela impunha taxas a seus subordinados na forma de dízimos e outras arrecadações*³⁸⁷: Toda a estrutura de poder centralizada do Papado exigia uma tributação que lhe desse suporte. A tributação centralizada para prover o pagamento de uma estrutura administrativa também era uma novidade para a Idade Média, que depois será copiada por Frederico II, tido por muitos como o primeiro soberano moderno³⁸⁸.

f) *Com certificado de batismo e de óbito ela mantinha uma espécie de registro civil. O batismo conferia cidadania (...) Um indivíduo poderia ser privado de sua cidadania por meio da excomunhão.*³⁸⁹: Assim como na Roma antiga, a participação em determinados rituais religiosos era condição para o exercício da cidadania. Na Espanha, a partir de sua unificação em 1492, a condição de batizado tornou-se exigência até mesmo para a permanência no país. Por outro lado, os não batizados não estavam sob a jurisdição Papal e, portanto, não podiam ser alvo da Inquisição.

³⁸⁵BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 142.

³⁸⁶BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 142.

³⁸⁷BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, 2006, p. 143.

³⁸⁸VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 174.

³⁸⁹VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 143.

g) *Ocasionalmente, a Igreja até mesmo organizava exércitos*³⁹⁰ : Obviamente não há poder sem força. Se o “Estado” papal pegava emprestada a força de seus súditos, por vezes, e não poucas vezes, era possível que o próprio súdito se rebelasse contra o poder do Papa, que era obrigado a ir a campo, ora vencendo, ora perdendo batalhas.

O Papado, na figura do Papa, acumulava os poderes legislativo, executivo e judiciário³⁹¹. Portanto, o pontificado de Roma não foi apenas o primeiro Estado moderno, mas o primeiro Estado absolutista. O tipo de poder inaugurado com as reformas gregorianas foi completamente alheio ao espírito da época. A ruptura foi de tal forma aguda, e a percepção de que um “novo tempo” se instalara no continente, que as expressões “antigos” e “modernos” já eram comuns na literatura Papal do período. Os homens do século XII, já percebiam a história como um movimento do passado rumo a um futuro³⁹².

O renascimento do Direito romano foi fundamental para o estado de coisas que se acaba de descrever. O direito romano houvera desaparecido enquanto *lex romanorum*, lei para os súditos do Império romano, mas continuou a existir enquanto *lex generalis*, ou seja, uma lei comum e subsidiária, aplicável a todas as pessoas³⁹³. Por volta do ano 1100, o direito romano voltou a ser estudado, sob a forma de legislação justiniana³⁹⁴, em especial por estudiosos da Universidade de Bolonha. Esta curiosa universidade, onde os alunos se sentiam os verdadeiros senhores da instituição³⁹⁵, formava não só juristas, mas principalmente futuros burocratas para atuar na administração das cidadelas “livres” que surgiam de norte a sul da Itália.

Na prática, o estudo do direito romano foi substituído pela opinião dos especialistas sobre esse mesmo direito, as *communis opinio*³⁹⁶. Os mais influentes entre os juristas comentadores de Bolonha foram *Bulgarus, Martinus, Jacobus e Hugo*, que viveram no século XII e ficaram conhecidos como *os quatro doutores de Bolonha*. Não

³⁹⁰BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 143.

³⁹¹BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 142.

³⁹²BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 140-141.

³⁹³VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 195.

³⁹⁴VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 196.

³⁹⁵DAWSON, Christopher. **Criação do Ocidente: a religião e a Civilização medieval**. São Paulo: É realizações. p. 230.

³⁹⁶VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 195.

é raro ler em Aquino a menção aos “comentadores”. Em geral, essas menções vêm acompanhadas de concordância³⁹⁷.

Os comentadores, por vezes, eram chamados para resolver contendas de grandes proporções a partir de dispositivos da Lei romana. Na mais importante dessas polêmicas, os juristas, entre eles *os quatro doutores*, foram instados a responder um caso prático utilizando o *Digesto* 1.3.32, que propunha duas alternativas para a questão do poder Imperial: *a) O costume cancela o direito estatutário, enaltecendo o costume popular sobre o estatuto do príncipe; b) o costume não cancela uma constituição imperial porque o imperador é o único legislador*³⁹⁸. Os Juristas, vinte e oito juízes representando catorze cidades, juntamente com os *quatro Doutores de Bolonha*, decidiram pela segunda alternativa, que consagrava o poder do Imperador. A disputa resolvida pelos juristas era simplesmente a célebre contenda entre Guelfos e Gibelinos³⁹⁹, que levou a Itália a mais de um século de guerras intestinas. Na segunda *dieta de Roncaglia* os juristas de Bolonha decidiram em favor das pretensões do Imperador, em face das cidades lombardas⁴⁰⁰. A derrota jurídica do poder local foi um dos últimos golpes no feudalismo italiano.

Curiosamente, a maior parte dos professores e estudantes da Universidade de Bolonha era formada por guelfos, tanto que o Imperador fez pesados esforços para abolir sua escola de direito⁴⁰¹. A decisão, à primeira vista, contrariou ao Papa, mas em última análise, consagrou o entendimento jurídico que a revolução Papal defendia. A “re-romanização” do direito, com o abandono do direito consuetudinário, foi fundamental importante para a formação dos Estados nacionais, mas antes disso, o foi para a consolidação do poder do Papa⁴⁰².

³⁹⁷ Aquino parece ter sido muito mais um compilador do direito do que propriamente um criador de doutrinas jurídicas. Sua obra é um bom testemunho do avanço que os debates em Bolonha e outras universidades haviam atingido. VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 197.

³⁹⁸ Tudo isso em: VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 200 - 201.

³⁹⁹ Os Guelfos eram partidários do Papa e defendiam sua supremacia na escolha do sucessor para o trono do sacrossanto Império romano-germânico. Os gibelinos apoiavam a pretensão da família Hohenstaufen. Com o tempo o conflito se intensificou e se transformou em uma guerra civil que envolveu o Imperador e o Rei da França que veio em apoio aos partidários do Papa. Com o tempo, a motivação inicial do conflito foi esquecida e a rivalidade entre clãs prolongou a guerra por décadas.

⁴⁰⁰ VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 195.

⁴⁰¹ VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**. Volume II. São Paulo; É realizações, 2010, p. 201.

⁴⁰² O estudo do direito romano, porém, não foi unânime no seio da Igreja. São Bernardo de Claravaux criticou ostensivamente seu estudo por monges, o que levou a duas condenações nos concílios de Clermont e Tours, que posteriormente foram levantadas.

De todas as transformações políticas e jurídicas ocorridas nos séculos XI e XII, a de maior importância para o presente estudo foi a separação entre pecado e crime. Apenas nesses séculos, foi perceptível uma clara diferença entre o “Direito de Deus” e o “Direito mundano”⁴⁰³. Antes das reformas, as palavras “pecado” e “crime” foram usadas como sinônimos⁴⁰⁴. Pecados eram considerados crimes pelos reis, e crimes eram considerados pecados pela Igreja. Criou-se uma sofisticada teoria do delito aplicada aos pecados, de que Pedro Abelardo foi um dos grandes representantes⁴⁰⁵. Alguns dos critérios de imputação criados por ele adiantavam temas do “moderno” Direito Penal, como a exteriorização, a fragmentariedade e a ofensividade⁴⁰⁶.

Como até então não havia uma clara distinção entre pecado e crime, a Igreja nunca havia, até então, se preocupado em criar mecanismos para punição dos pecados. Com a revolução papal, entre o fim do século XI e o início do XII, as autoridades clericais conseguiram arrematar dos príncipes o direito de punição sobre os pecados⁴⁰⁷.

A separação dessas instâncias⁴⁰⁸, a pluralidade de jurisdições, entre as quais o homem podia vivenciar alguma liberdade individual, tem sido a mais importante característica do direito do Ocidente. A criação do direito moderno só foi possível com a consolidação da ideia de dignidade humana, somada à ideia de que os homens têm duplo estatuto jurídico, uma ligada à sua religião e outra ligada ao poder político secular.

Foi nesse contexto de sensíveis mudanças no sistema jurídico que Aquino viveu e escreveu sua pequena obra jurídica, a qual, longe de ser meramente dogmática, é em parte sociológica. Portanto, ele não escreveu apenas sobre o que o direito deveria ser, mas também sobre o que era, ou o que havia se tornado. Aquino, deste modo, não parece ter sido um reformador do direito, mas sim, uma testemunha de um direito em

⁴⁰³BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 235.

⁴⁰⁴BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 235.

⁴⁰⁵Os critérios criados por Abelardo para determinar se um pecado deve ser objeto de investigação por uma corte Eclesiástica serão objeto de análise no neste capítulo.

⁴⁰⁶Os princípios estavam presentes, ainda que de forma rudimentar, nos escritos de Pedro Abelardo. Conforme: BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 237, -239.

⁴⁰⁷BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 235.

⁴⁰⁸Gilissen defende que: “A Igreja admitiu (quase sempre) a dualidade de dois sistemas jurídicos: o direito religioso e o direito laico.” In: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Traduzido por António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 135.

transformação. Adiante, demonstrar-se-á que o direito moderno, na época do filósofo, estava mais construído do que a construir⁴⁰⁹.

Aquino, como dito, viveu num período em que uma aguda transformação do direito havia se operado. Os ordálios haviam sido banidos⁴¹⁰; o Papa firmou-se como grande monarca da Igreja e conseguiu afirmar seu poder em face das autoridades seculares (tendo vencido a querela das investiduras); o papado tinha criado o primeiro sistema jurídico de que se tem notícia⁴¹¹, transformando-se também no primeiro Estado; o imperador fez valer seu poder de legislador face aos costumes. O direito medieval, portanto, começava a desaparecer. Em pouco tempo, desapareceram os julgamentos de Deus, os duelos judiciais, as composições para delitos graves, a “apelação dos bárbaros” e, embora tenha demorado um pouco mais, a acepção de pessoa⁴¹².

Uma das grandes transformações do direito do baixo medievo, e a que mais interessa neste trabalho, foi o gradual abrandamento das penas, que, se a presente tese está correta, deveu-se à difusão do pensamento cristão. Embora ao olhar contemporâneos, o direito desse período pareça indefensável, dada a crueldade de suas práticas, comparada ao Direito Penal da Alta Idade Média, ou mesmo ao direito grego e romano, o Direito Penal surgido nesse período parece um importante passo civilizatório. Séculos de antissacrificialismo cristão implicou que julgamentos e penas não poderiam mais ser meros sacrifícios.

Para o presente ponto, utilizar-se-á a mais importante obra de Tomás de Aquino, que, por sua vez, é também a mais importante obra de toda a filosofia cristã, a *Suma Teológica* (*Summa Theologica*). Escrita para ser um conciso manual para principiantes no estudo da teologia⁴¹³, suas cerca de quatro mil páginas abordam os mais variados

⁴⁰⁹Contrario sensu, Marta Rodriguez de Assis Machado tem uma opinião diversa da aqui apresentada. Por exemplo, segundo a autora: "Álvaro Pires desenvolve uma teoria sobre o sistema de pensamento que se consolidou nas sociedades ocidentais desde o surgimento do direito penal como um subsistema jurídico autônomo, o que se deu por volta da segunda metade do século XVIII. Pires denomina de racionalidade penal moderna o conjunto de ideias selecionadas e estabilizadas pelo sistema de direito criminal, que estruturam até hoje a forma como esse sistema se auto-define e funciona". MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Punição, culpa e comunicação: é possível superar a necessidade da infligência de sofrimento no debate teórico sobre a pena?. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, pp. 389 - 414, jul./dez. 2016, p. 390. Acesso em 06 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1793>> ISSN Eletrônico: 1984-1841

⁴¹⁰Foram abolidos no IV Concílio de Latrão, em 1215.

⁴¹¹BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 142.

⁴¹²Fazer distinção entre pessoas por motivos meramente pessoais.

⁴¹³Segundo Gardeil: “Ela representa muito mais uma iniciativa pessoal do mestre, tomada com a intenção de ajudar os estudantes iniciantes.” In: GARDEIL, Henri-Dominique. **Iniciação à filosofia de São Tomás de Aquino**: Introdução, lógica, cosmologia. Tradução de Carlos Eduardo Oliveira. São Paulo: Paulos, 2013, p. 46.

temas, entre eles o direito e a justiça. Embora o termo “direito” já fosse utilizado no século XIII, Aquino utiliza a expressão “*jus*”, para significar direito no sentido empregado pelos romanos, qual seja, para designar justiça⁴¹⁴. Ao contrário dos filósofos que o sucederam, Aquino acreditava que as regras de conduta seriam derivações da moral, e não do direito⁴¹⁵. A partir da questão 57, da *Secunda secundae*⁴¹⁶, passou a analisar, como era de seu mister, questões específicas. Entre elas a aplicação da lei, das penas, regras de interpretação, dos deveres das partes, dos advogados, crimes em espécie e regras hermenêuticas.

A escrita do filósofo na Suma teológica é inconfundível. Utilizava o método dialético, iniciava suas explicações com um questionamento. Seguia então com a *doxa*, ou seja, a resposta aparente para o problema por ele introduzido. Apresentava, então, argumentos contra e a favor à afirmação inicial. Por fim, concluía apresentando sua posição e refutando os argumentos que lhe pareciam equivocados. No trabalho que ora se apresenta, utilizar-se-ão preferencialmente as conclusões de Aquino na intenção de sermos fiéis ao pensamento do autor. Além disso, mencionar-se-ão as “questões” e o princípio do Direito Penal ou processual moderno correspondente.

⁴¹⁴VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito natural e política**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 58.

⁴¹⁵VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito natural e política**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 126.

⁴¹⁶A Suma teológica é dividida em duas partes, as quais, em geral, são abreviadas como *Ia-IIae* (primeira parte da segunda parte) e *Ila-IIae* (segunda parte da segunda parte).

CAPÍTULO 3

TOMÁS DE AQUINO E A PENA NA FILOSOFIA ESCOLÁSTICA: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MODERNO

3.1. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MODERNO NO TRATADO DA LEI

3.1.1. Princípio da responsabilidade pessoal, da pessoalidade ou da intranscendência – *Nullum crimen sine culpa*

Solução – Se nos referimos à pena satisfatória, aceita voluntariamente, pode um sofrê-la por outro, enquanto de certo modo unificados, como já se disse. Se, porém, nos referimos à pena infligida por causa do pecado, enquanto essencialmente pena, então cada qual só é punido pelo seu pecado, pois o ato pecaminoso tem cunho pessoal[...]⁴¹⁷

É certo que, na Idade Média, criou-se uma verdadeira teoria do delito aplicada aos pecados, teoria esta cujo principal expoente foi Pedro Abelardo⁴¹⁸ e que Tomás de Aquino conhecia bem. O pecado podia levar à punição por um tribunal eclesiástico e, por esta razão, foi necessária a construção de regras de imputação. No artigo 8º da questão 87 (*Ia – Hae*), lê-se que os pecados são de responsabilidade pessoal, não tingindo aos descendentes ou a quem quer que seja⁴¹⁹.

A pessoalidade trata-se de um princípio fundamental do Direito Penal moderno, que foi esquecido durante a modernidade, mais especificamente no Direito Penal dos Estados absolutistas modernos. Bom exemplo disso são as ordenações Filipinas, editadas em Portugal no ano de 1595, portanto, já na Idade Moderna. Em dispositivos como o título VI do Livro V, *Do crime de lesa majestade*, o código previa a punição dos descendentes pelo crime do ascendente. O legislador comparava o traidor do rei ao

⁴¹⁷ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2(*Ia-Hae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 530.

⁴¹⁸ BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 237.

⁴¹⁹ Como dito anteriormente, Aquino viveu em um período em que o direito europeu se transformara rapidamente. Em legislações como os Fuegos de Jaime II, de Aragão, datados de 1296, o princípio da responsabilidade já está consagrado, nos seguintes termos: “*Ley IX: Todo el mal deve seguir al que lo face, ase que el padre non sea penado por el fijo, nine l fijo por el padre, nin la muger por el marido, nine l marido por la muger, nin el hermano por el hermano, nine l suegro por el yerno, nine l yerno por el suegro, ni el apriente por el pariente, mas cada uno sufra la pena por lo que ficiere segund fuero manda, e el mal se cumpla em aquel que lo ficiere.*”. Acesso em 02 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://books.google.es/books?id=sKArAAAAYAAJ&pg=PA1&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>.

leproso, e a traição à lepra que atinge ao doente e infecta sua descendência⁴²⁰. A metáfora usada nas ordenações faz lembrar o primeiro capítulo, comparando o delito a um sinal vitimário com potencialidade de contágio.

A personalidade, como princípio, figura entre os direitos fundamentais de diversas constituições contemporâneas, entre elas a do Brasil: “Art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; e a de Portugal: “Artigo 30. 3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão”.

3.1.2. Princípio da exteriorização – *Nullum crimen sine actio*

Solução –[...] o homem só pode legislar sobre o que pode julgar. Ora não pode julgar atos internos, que são ocultos, mas só dos externos, que aparecem.⁴²¹

Um dos princípios mais importantes do Direito Penal reivindicado pelos “modernos” está presente nessa resposta de Aquino. Dois séculos antes, Pedro Abelardo, ao traçar regras de imputação para tribunais eclesiásticos, já fazia distinção entre o “fórum terreno” e o “fórum celeste”, defendendo que só a este incumbia julgar o que se passava na esfera íntima do cristão⁴²². O direito canônico de então já conhecia distinção entre intenção direta e indireta e entre dolo e culpa⁴²³.

A defesa do princípio em Aquino parece ter finalidade prática, dado que o filósofo reconhece a impossibilidade de julgar atos internos, pois não são aparentes⁴²⁴. Em todos os seus comentários que atinem ao direito, está sempre presente o temor de cometer uma injustiça contra o acusado, o que seria, para ele, um pecado mortal.

Os pensadores do Direito Penal moderno comungavam da mesma posição que Aquino no que diz respeito à punição apenas dos atos exteriorizados. Em Beccaria, lê-

⁴²⁰As ordenações filipinas foram editadas em 1595 e entraram em vigor em 1603. O dispositivo citado foi acessado em 01 de setembro de 2016, e está disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ih/ti/proj/filipinas/15p1153.htm>>.

⁴²¹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 552.

⁴²²BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 238.

⁴²³BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 238.

⁴²⁴O debate acerca da possibilidade da lei obrigar a consciência ganhou importância na terceira escolástica. Conforme se lê em CONTRERAS, Sebastián. Obligatoriedad de la ley humana y leyes puramente penales en domingo de soto y francisco suárez. **Rev. direito GV [online]**, 2016, vol.12, n.1, pp.86-101. Acesso em 5 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201604>>. ISSN 1808-2432.

se: *Se se punisse a intenção, seria preciso ter não só um Código particular para cada cidadão, mas uma nova lei penal para cada crime*⁴²⁵, defende em seu livro “*Dos delitos e das penas*” de 1764. O princípio, porém, ganhou ainda mais importância com o “neoconstitucionalismo” e a positivação de garantias como a de liberdade de consciência, crença, personalidade etc.

3.1.3. Separação em direito e moral – princípio da liberdade

Solução – Segundo já ficou dito, certos atos são genericamente bons, e são os das virtudes. E em relação a estes se diz que é um ato da lei preceituar ou ordenar, porque a lei preceitua todos os atos da virtude, como diz Aristóteles. – Outros atos são genericamente maus, como os atos viciosos. E estes a lei os proíbe. – Outros ainda são genericamente indiferentes; e estes ela os permite. Também podem considerar-se indiferentes os atos que são pouco bons ou pouco maus⁴²⁶.

A resposta do artigo 2º da Questão 93 prepara a resposta da questão 96. Como se lê, para Tomás de Aquino, a lei promoveria os atos bons, ou virtudes⁴²⁷, e puniria os vícios⁴²⁸. Haveria, porém, atos indiferentes, como apanhar palha do chão ou ir ao campo (Questão 18 – *Ia – Iae*, artigo 8º)⁴²⁹. Estes não seriam proibidos. Demonstrando que a regra, no pensamento jurídico aquinate, seria a não positivação dos atos humanos. Porém, Aquino vai ainda mais longe ao afirmar que são indiferentes (nem bons, nem maus) os atos que sejam um pouco bons ou um pouco maus. Assim, só deve preocupar as leis humanas os atos muitos maus ou muito bons. Para merecer a tutela jurídica, o ato deve ser muito bom, para que assim possa ser ordenado ou preceituado pela lei. Para

⁴²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Nélon Jahr Garcia. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> p.45 e 46. Acesso em 26 de outubro de 2016.

⁴²⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 557.

⁴²⁷ Aquino adere a uma definição de virtude que, segundo ele, é “comumente dada”. Na questão 55, artigo 4º (*Ia – Iae*), o filósofo analisa a conceituação e reputa como completa. Esta definição é a seguinte: “A virtude é uma boa qualidade da mente; pela qual vivemos retamente, de que ninguém pode usar mal, e que Deus obra em nós, sem nós.” In: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 326.

⁴²⁸ O vício, por seu turno, é definido como a completa oposição à virtude: “Por onde, segundo essas considerações, à virtude se contrapõe tríplice oposição. – Uma é a do pecado, oposto àquilo a que a virtude ordena, pois, propriamente, ele implica um ato desordenado, assim como o ato da virtude é ordenado e devido. – Em seguida, a malícia se opõe à virtude, que por essência, implica uma certa bondade. – Ao passo que o vício se opõe à essência direta da virtude; pois, o vício de qualquer coisa consiste em ele não ter a disposição que lhe convém à natureza. Donde o dizer de Agostinho: Chama vício ao que vires faltar à perfeição da natureza.” *Suma Teológica*, Questão 71, Artigo 1º (*Ia – Iae*), In: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 423.

⁴²⁹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 138.

merecer reprimenda, o ato deve ser muito mal. Portanto, a grande maioria dos atos humanos, que não é bom nem mau, muito menos muito bom ou muito mau, deve ser permitida. Ou seja, no pensamento jurídico do Tomás de Aquino, a liberdade do homem é a regra, em detrimento da proibição ou mesmo das ordenações legais humanas.

3.1.4. Questão 95 (Ia – Iiae): DA LEI HUMANA – Artigo 2º - Se toda lei feita pelos homens é derivada da lei natural. (Vedação à existência de leis injustas)

Solução – Como diz Agostinho, não é considerado lei o que não for justo. Por onde, uma disposição é justa na medida em que tem a virtude da lei. Ora, na ordem das coisas humanas, chama-se justo ao que é reto segundo a regra da razão. E como da razão a primeira regra é a lei da natureza, conforme do sobredito resulta, toda lei estabelecida pelo homem tem natureza de lei na medida em que deriva da lei da natureza. Se, pois, discordar em alguma coisa, da lei natural, já não será lei, mas corrupção dela [...] ⁴³⁰

Para Aquino, como em Agostinho no *De Libero Arbitrio* ⁴³¹, as leis não podem ser injustas: se assim forem, deixam de ser leis. A apresentação desse problema no artigo segundo da questão 95 será fundamental para a resposta do artigo 5º da Questão 60 (*Iia – Iiae*), em que o filósofo propõe o que hoje se denomina de *judicial review*. Ambos, Agostinho e Aquino rejeitam a noção de que a autoridade faz o direito. Dessa maneira, assinalam que nem todas as normas que são leis, no sentido formal, devem ser aplicadas pelos juízes ou obedecidas pelos súditos.

Ainda na questão 95 (Ia – Iiae), há uma sutil menção ao princípio da anterioridade penal:

Artigo 1º- Se é útil terem os homens estabelecido leis. (Princípio da anterioridade penal - *Nullumcrimen, nulla poena sine praevia lege*)

Solução –[...] Segundo, porque os legisladores, com muita precedência consideram sobre o que é preciso legislar; ao contrário, os juízos sobre fatos particulares procedem de casos nascidos subitamente. Ora, mais facilmente pode o homem ver o que é reto, depois de ter refletido muito, do que apoiado num único fato. Terceiro, porque os legisladores julgam em geral e para o futuro; ao passo que os homens que presidem ao juízo, julgam do presente, apaixonados pelo amor ou pelo ódio ou por qualquer cobiça; o que lhes deprava o juízo.

Ao defender a precedência da lei estabelecida em relação ao direito pretoriano, Tomás de Aquino trata da existência de leis gerais e anteriores. O legislador legisla para

⁴³⁰ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 572.

⁴³¹“Porque a mim me parece que uma lei que não seja justa não é lei.” In: AGOSTINHO, Aurélio, Bispo de Hipona. **O livro Arbitrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulos, 1995, p. 36.

o “futuro”, ou seja, prepara leis que serão observadas após sua edição. Quem legisla, segundo o filósofo, reflete após a existência de fatos repetidos para, então, editar leis gerais. Em muitas constituições modernas, o princípio da anterioridade está positivado como garantia contra juízos e leis de exceção.

No Brasil, encontra-se fundamento no artigo 5º, XXXIX da Constituição da República: *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. Semelhante disposição há na Constituição Portuguesa Artigo 29. 1. *Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior*⁴³². Desconhece-se algum jurista contemporâneo que não reconheça o mencionado princípio como pressuposto do Direito Penal⁴³³.

3.1.5. Princípios da intervenção mínima, ofensividade e separação entre moral e Direito Penal - *Nullalex (poenalis) sine necessitate, nulla poena sine iniuria*

Solução – Ora, a lei humana é feita para a multidão dos homens, composta em sua maior parte de homens de virtude imperfeita. Por isso ela não proíbe todos os vícios, de que os virtuosos abstêm, mas só os mais graves, dos quais é possível à maior parte da multidão abster-se. E principalmente os que causam dano a outrem, ou aqueles sem cuja proibição a sociedade humana não pode subsistir; assim, a lei humana proíbe o homicídio, o furto e atos semelhantes.⁴³⁴

O pequeno trecho acima transcrito é um dos mais profícuos da Suma Teológica, ao menos no que tange ao Direito Penal. Inicialmente, Aquino trata do caráter subsidiário da lei humana. Todos os vícios, para o filósofo, são pecados e, portanto, repugna a ordem da justiça divina⁴³⁵. Porém, de todos os pecados dos quais os homens podem ocupar-se, apenas alguns merecem reprimenda pela lei humana. Apenas podem ser punidas pela lei humana condutas a que as pessoas em geral são capazes de abster-se, como o homicídio e o furto. A moral não deve ser objeto de tutela penal, não sendo as leis aptas a tornar os súditos virtuosos. O Direito Penal, portanto, deve incidir apenas sobre condutas graves, que ameacem a própria existência social. Essa é a exata

⁴³²O corolário desse princípio é a existência de subprincípios como a vedação de retroatividade de lei penal mais gravosa ou a imposição da retroatividade de lei penal mais benéfica. Na prática, o princípio encontra um sem número de possíveis aplicações, em especial no que tange às normas penais em branco.

⁴³³A título de exemplo: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180.

⁴³⁴AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 577.

⁴³⁵AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 526.

descrição do que no direito atual é conhecido como princípio da intervenção mínima ou da fragmentariedade. A solução é tão exemplar que é difícil encontrar diferenças substanciais entre alguns autores contemporâneos e o filósofo. Heleno Cláudio Fragoso assim descrevia o princípio adiantado por Tomás:

A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa
A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor
social importante. Não é mais possível admitir incriminações que
resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral
duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o
Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização,
fruto de larga experiência negativa.⁴³⁶

Aquino e Fragoso experimentam experiências semelhantes ao escrever sobre o tema. Aquino escrevia quando o surgimento de um sistema jurídico convivia em paralelo com o direito bárbaro e, ao mesmo tempo, concorria com o novo direito secular da *constituição de melfi*⁴³⁷. Fragoso escreveu em 1976, em meio ao regime militar do qual era opositor. Ao referir-se à “larga experiência negativa” anterior, certamente referia-se ao nazi-fascismo e direito absolutista. Contudo, mesmo ao gênio Fragoso pareceu uma “nova humanização” que o Direito Penal fosse aplicado na medida mínima necessária para a manutenção da sociedade. Pareceu-lhe, talvez, impensável, que antes desses séculos de Direito Penal violento, que se estenderam da formação dos Estados nacionais até boa parte do século XX, pudesse ter adivido uma concepção, mesmo que ideal, de Direito Penal fragmentário.

Na questão 91, artigo 4, anteriormente comentado neste capítulo, o filósofo traça outro argumento em favor do Direito Penal mínimo. Esse argumento não é de ordem prática, como o restante da argumentação da solução do artigo quarto, mas sim, um argumento liberal⁴³⁸: “*A lei humana não pode punir todas as malfetorias. Pois, se quisesse eliminar todos os males, haveria consequentemente de impedir muitos bens, impedindo assim a utilidade do bem comum, necessário ao comércio humano*”⁴³⁹. Tomás de Aquino sabia perfeitamente que, se as leis humanas proibissem toda espécie de pecado, a vida em comunidade se tornaria absolutamente impraticável, provocando

⁴³⁶FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 05.

⁴³⁷Outorgada por Frederico II, do Sacro Santo Império Romano-Germânico, em 1231.

⁴³⁸Por liberalismo, ambiciona-se significar doutrina dos limites da atividade estatal, no mesmo sentido que Ortega y Gasset, In: ORTEGA Y GASSET, J. **Notas**. Buenos Aires: Espasa – Calpe. 1938, p. 141-146.

⁴³⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2(*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 552.

uma espécie de “engessamento social”. A lei humana que tudo pretendesse punir, ao tentar evitar o mal, acabaria evitando muitos bens, tornando sua existência pior do que sua ausência.

Pode-se ler ainda no trecho transcrito, que Santo Aquino elege como objeto da repressão legal os atos que possam causar dano a outrem. Embora não seja tão explícito quanto com relação ao princípio da intervenção mínima, o filósofo parece referir-se aqui ao chamado princípio da ofensividade ou lesividade (*nullapoenasineiniuria*), segundo o qual não há crime se a conduta não causa a lesão a um bem jurídico, individual ou coletivo. A necessidade da ofensa para a incidência da lei fica mais evidente na resposta à primeira objeção do artigo 2º da Questão 96: *À audácia é próprio atacar os outros. Por onde, entra principalmente em número dos pecados que causam injúria ao próximo e são proibidos pela lei humana, como já se disse.*⁴⁴⁰ Assim, de todos os pecados existentes, apenas aqueles que causam injúria⁴⁴¹ (assim como aqueles cuja proibição é indispensável à subsistência social) podem ser objeto das leis humanas.

Não foi possível identificar em que época a noção de ofensividade penal ingressou como ideia no debate jurídico do ocidente. Porém, parece haver uma mudança de perspectiva, ao menos em relação aos dois autores cristãos aqui tomados como referencial para esta tese. Agostinho não era simpático à ideia de que apenas os atos que causassem lesão pudessem ser objeto de punição. No capítulo XX, do segundo livro de *Cidade de Deus*, denominado *Da felicidade que querem gozar e com que moralidade querem viver os que inculcam os tempos da religião cristã*, Agostinho de Hipona faz uma longa exortação aos que acusam a religião de Cristo⁴⁴². O filósofo descreve os costumes e as crenças do seu tempo, condenando-as. Os adoradores e amigos dos falsos deuses dizem: *Que ninguém seja levado a juízo, salvo aquele que prejudique ou importune os bens alheios, a casa ou a saúde, ou então, alguém que não o queira. Que, no mais, faça o que lhe agrada, com os seus, dos seus ou de quem quiser.*⁴⁴³

⁴⁴⁰AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 577.

⁴⁴¹No artigo 4º da Questão 59 (*Ila – Ilae*), Aquino volta à questão da ofensividade: “Por onde, consistindo sempre a injustiça em causar dano a outrem, é manifesto que cometê-la é pecado genericamente mortal.” In: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2(*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 386. Para ele, portanto, a injustiça sempre importava em causar dano a um terceiro.

⁴⁴²VOEGELIN, Eric. **Historia das ideias políticas: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo**. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 273.

⁴⁴³AGOSTINHO, Aurélio, Bispo de Hipona. **Cidade de Deus (contra os pagãos)**. Volume I. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 104. No idioma original lê-se: *Nulluducatur ad iudicem, nisi quialienae rei, domui, saluti, velcuiquam invito fuerit importannus, autnoxius: caeterum de suis, vel*

Nota-se que o “Santo Doutor” estava bastante preocupado com a ideia de que as pessoas só fossem conduzidas aos tribunais quando cometessem alguma ofensa a bens alheios. Fica bastante evidente que, ao contrário de Aquino, Agostinho pretendia um sistema político cristão, porém, não um Estado, no sentido moderno, mas sim uma república, no sentido de então (sentido ciceroniano)⁴⁴⁴. Uma república formada pelo povo, que na sua definição é *o conjunto de seres racionais unidos pela comunhão concorde de objetos amados*⁴⁴⁵. Para governar essa “Cidade”, que para Agostinho significava simplesmente uma “sociedade de homens”⁴⁴⁶, seria desejável um líder que, embora misericordioso, pudesse também punir. Em seu famoso *espelho príncipe*, também presente em *Cidade de Deus*, o filósofo descreve como o líder cristão aplica a pena. Trata-se exatamente do que denominou-se nessa tese de “pena dos modernos”: *se tiram vingança por necessidade da administração e defesa da república e não para saciar o ódio aos inimigos, se concedem perdão, não para deixar impune a justiça, mas pela esperança da emenda [...]*⁴⁴⁷.

Embora não houvesse uma teoria do bem jurídico, e Aquino não eleja a ofensividade como pressuposto da pena, mas apenas faça uma análise bem mais sociológica do que normativa, está presente em alguma medida a noção de que apenas atos que provoquem dano são dignos de proibição, e não qualquer ato. Não são de nenhuma maneira acertadas críticas atuais que atribuem à filosofia jurídica medieval a miséria da punição a fatos não daninhos e da completa indistinção entre crime e pecado⁴⁴⁸.

cum suis, vel cum quibusque, volentibusfaciat quiosque quod libet. Disponível em: http://www.documentacatholicaomnia.eu/04z/z_03540430__Augustinus__De_Civitate_Dei__MLT.pdf ml, p. 65. Acesso em 03 de fevereiro de 2016.

⁴⁴⁴VOEGELIN, Eric. **Historia das ideias políticas: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo.** Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 282-283.

⁴⁴⁵AGOSTINHO, Aurélio. **Cidade de Deus (contra os pagãos).** Volume II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 496.

⁴⁴⁶AGOSTINHO, Aurélio. **Cidade de Deus (contra os pagãos).** Volume II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 207.

⁴⁴⁷AGOSTINHO, Aurélio. **Cidade de Deus (contra os pagãos).** Volume II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 260.

⁴⁴⁸ Segundo Nilo Batista: “A promiscuidade conceitual entre delito e pecado, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo, abrirá ao Direito Penal canônico uma perspectiva de intervenção moral comparável a poucas experiências judiciais da Antiguidade, e cabalmente inédita quanto ao totalitarismo do discurso e à expressão quantitativa de suas vítimas. Essa intervenção moral do sistema penal estará doravante legitimada para ocupar-se do pensamento, porque o pecado (e logo, o delito) pode perfeitamente residir no pensamento, seja ele uma inquietação herética ou um desejo sexual nefando.” In: BATISTA, Nilo. **Matizes Ibéricas do sistema penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 163. Há no parágrafo, pelo menos três equívocos graves: em primeiro lugar o número de vítimas dos tribunais eclesástico era sensivelmente menor do que as dos tribunais seculares; em segundo lugar, a jurisdição canônica não atingia o que não era exteriorizado em ato; em terceiro, havia uma nítida

Jorge de Figueiredo Dias, ao comentar o artigo 2º da Questão 96 (*Ia – Ilae*) da Suma Teológica, afirma: [...] *se torna instante a palavra já tão antiga, quanto sábia de Tomás de Aquino segundo o qual o legislador não deve deixar-se seduzir pela tentação de tutelar com os meios do Direito Penal todas as infrações à ‘moral objectiva’*⁴⁴⁹. Parece que o mestre português entendeu perfeitamente o ponto, embora Aquino fale em leis humanas em geral, e não apenas nas criminais. Apesar desse ilustre exemplo, são raríssimos os autores de Direito Penal contemporâneo que reconheçam algum valor nos debates jurídicos da Baixa Idade Média. Em geral, atribuem ao período a união entre Igreja e Estado e uma suposta mistificação do crime e da pena, que somente teria sido superada pelo período iluminista⁴⁵⁰. A questão 96 mostra que, longe de pretender a implementação da moral cristã pelo Direito Penal, Aquino tinha uma concepção de separação entre direito e moral eminentemente moderna⁴⁵¹.

3.1.6. Ainda sobre intervenção mínima e o caráter fragmentários das leis humanas

Solução –[...]Ora, como dissemos, a lei se ordena para o bem comum. Logo, não há nenhuma virtude cujos atos a lei não possa ordenar. Contudo não preceitua sobre todos os atos de todas as virtudes, mas só os ordenados para o bem comum [...]"⁴⁵²

Segue na resposta à primeira objeção:

distinção entre pecado e crime. Ocorre que o Papa tinha jurisdição também sobre os crimes, o que causa diversos erros de interpretação. Nas palavras de Harold J. Berman: “No final do século XI e no século XII, foi feita pela primeira vez uma nítida distinção de procedimento entre crime e pecado. Ela ocorreu em parte porque a hierarquia eclesiástica conseguiu tomar das autoridades seculares a jurisdição sobre os pecados – conferindo, incidentalmente, novo sentido à palavra “secular”. Qualquer ato punível por oficiais reais ou quaisquer outros “leigos” deveria ser uma violação do Direito secular, e não como um pecado, isto é, não como violação ao Direito de Deus. Quando a autoridade secular punia um assalto, por exemplo, isso era devido à quebra da paz, à proteção da propriedade, pela ofensa contra a sociedade. Neste mundo, passou a ser dito, somente a Igreja possui jurisdição para punir pecados – conferindo, incidentalmente, novo sentido à palavra “igreja”, ligada a termos como “hierarquia”, “neste mundo”, jurisdição”, “punição por pecados””. BERMAN, Harold. **Direito e revolução**, 2006, p. 235

⁴⁴⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

⁴⁵⁰GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2ª Edição. Niterói – RJ: Impetus, 2006, p. 85.

⁴⁵¹Para saber mais sobre a concepção moderna da separação entre direito e moral, vide: ALBERTO PAULO, N. A relação entre direito e moral em Habermas: a análise preliminar a "Faktizität und Geltung" [The relationship between Law and morality in Habermas: the preliminary analysis to "Faktizität und Geltung"]. **Princípios**, Vol 23, Iss 42, Pp 209-246 (2016). 42, 209, 2016. ISSN: 0104-8694; SCHAUER, F. LAW'S BOUNDARIES. **Harvard Law Review**. 130, 9, 2434-2462, Oct. 2017. ISSN: 0017811X;; COSTA; Rafael de Oliveira. Raciocínio Moral (Moral Reasoning) e Raciocínio Jurídico (Legal Reasoning) no Exercício da Jurisdição Constitucional / Moral Reasoning and Legal Reasoning in the Exercise of Constitutional Jurisdiction. **Direito, Estado e Sociedade**, Iss 49 (2017). 49, 2017. ISSN: 1516-6104.

⁴⁵²AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 578.

Não proíbe a lei humana todos os atos viciosos, com obrigação de preceito, assim como desse modo, também não ordena todos os atos virtuosos. Proíbe, porém, os atos de certos vícios particulares, assim como ordena certas e determinadas virtudes.⁴⁵³

O artigo 2º da questão 96 é complementado pelo artigo 3º. Se naquele, o filósofo se pergunta sobre a possibilidade de a lei coibir todos os vícios; neste, pergunta se a lei pode ordenar todos os atos da virtude. A resposta é a mesma do artigo anterior, como muito bem exposto na primeira objeção: a lei não deve ordenar todas as virtudes. Não há atos cuja lei os atos não possa obrigar⁴⁵⁴, porém só deve ordenar os atos virtuosos voltados ao bem comum, mesmo que de maneira mediata. O exemplo dado por ele é a realização de atos de fortaleza, que é algo virtuoso. Mas, atos podem ser objeto da lei se voltados à proteção da cidade, e não voltados à proteção de um amigo⁴⁵⁵. Da mesma maneira, atos que visem o bem comum devem ser objeto da lei humana, sejam eles imediatos (como a construção de fortalezas para a proteção da cidade) ou mediatos, (como a determinação de disposições pertinentes à boa disciplina que visem à manutenção da justiça e da paz)⁴⁵⁶.

3.1.7. Negação à fórmula de Caifás - Esboço de uma teoria da desobediência civil

Solução - [...]Ora, as leis se consideram justas: pelo fim, *i.e.*, quando se ordenam para o bem comum; pelo autor, *i.e.*, quando a lei feita não excede o poder do seu autor; e pela forma, *i.e.*, quando por igualdade proporcional, impõe ônus aos governados, em ordem ao bem comum[...]⁴⁵⁷.

Neste artigo, Aquino passa a esboçar o que será aprofundado na segunda parte da Suma Teológica, uma teoria da desobediência civil cristã. O artigo 4º é muito rico, por isso, proceder-se-á uma análise por trechos, o que facilitará a compreensão. Nesse primeiro ponto, Aquino explica o que é necessário para que uma lei seja considerada justa. Em primeiro lugar, trata do conteúdo material da lei no que tange a seus fins. Se ordenada ao bem comum, tem-se uma lei justa. O segundo ponto é a legitimidade do

⁴⁵³A objeção primeira do artigo 3º da Questão 96 (Ia – IIae) é a seguinte: “1. Pois, aos atos virtuosos se opõem viciosos. Ora, não proíbe a lei humana todos os vícios, como já se disse. Logo, também não ordena os atos de todas as virtudes.” Objeção e resposta estão em Suma, p. 578.

⁴⁵⁴AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 578.

⁴⁵⁵AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 578.

⁴⁵⁶AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 578.

⁴⁵⁷AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 579.

legislador. A lei é justa quando o legislador tem autoridade para editá-la. Trata-se de um requisito formal. Por último, a lei é legítima quando impõe aos súditos ônus proporcionais, ou seja, aquele que não sobrecarregue a alguns e desonere a outros, e que, apenas imponha tal ônus em favor do bem comum.

E segue na mesma solução:

Ora, cada homem é⁴⁵⁸ parte da multidão, cada um é da multidão por aquilo mesmo que é e que tem; assim como qualquer parte, por aquilo mesmo que a constitui, pertence ao todo; por isso, se a natureza faz sofrer à parte algum detrimento, é para salvar o todo. E assim sendo, as leis, que impõe tal ônus proporcionais, são justas, obrigam no foro da consciência e são legais.⁴⁵⁹

Aqui, Tomás de Aquino demonstra conhecer com perfeição a natureza sacrificial das instituições humanas. Assim como Agostinho, ele apresenta os cidadãos como parte do todo. Porém, defende que a natureza pode fazer sofrer uma parte para a salvação do todo. Todavia, ao contrário da “fórmula de Caifás”, exposta no primeiro capítulo, a lei não pode simplesmente sacrificar a parte para salvar o todo. A lei que determina um ônus só é justa se os ônus são repartidos proporcionalmente entre os cidadãos que compõem a unidade política⁴⁶⁰. O sacrifício de Aquino não é sacrifício, é o ônus que todos os organismos políticos impõem a seus cidadãos em maior ou menor medida. Sua validade, assim como ocorre nas democracias contemporâneas, reside, entre outras coisas, na submissão de todo o organismo social, sem distinções.

⁴⁵⁸No texto traduzido por Alexandre Correia, utilizado em toda a tese, lê-se a conjunção “e” e não o verbo “é”. O sentido ficaria bastante incompreensível, razão pela qual fez-se, aqui, o uso da versão espanhola da “Biblioteca de autores cristianos”, que assegura que a grafia correta seria “é” e não “e”. Senão, veja-se: “Puesel individuo humano es parte de lasociedad, y, por lo tanto, pertenece a ellaenlo que es y enlo que tiene, de lamismamaneira que la parte, encuanto tal, pertenece al todo. De hecho vemos que tambiénla naturaliza arriesgala parte para salvar el todo. Por eso estas leyes que repartenlas cargas proporcionalmente son justas, obliganenconciencia y sonverdaderamentelegales.”. In: AQUINO, Tomás de. **Suma de Teología**. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de lasProvincias Dominicanas enEspaña. Madri: Biblioteca de autores cristianos, 1990, p. 751.

⁴⁵⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 579.

⁴⁶⁰Na versão espanhola a tradução explícita melhor o que se pretende demonstrar, o tradutor fala na repartição proporcional das cargas, conforme se lê: “De hecho vemos que tambiénla naturaliza arriesgala parte para salvar el todo. Por eso estas leyes que repartenlas cargas proporcionalmente son justas, obliganenconciencia y sonverdaderamentelegales.”. In: AQUINO, Tomás de. **Suma de Teología**. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de lasProvincias Dominicanas enEspaña. Madri: Biblioteca de autores cristianos, 1990, p. 751. No original em Latim :*Cum enimunus homo sitparsmultitudinis, quilibet homo hoc ipsum quod est et quod habet, est multitudinis, sicut et quaelibetpars id quod est, est totius. Undeet natura aliquoddetrimentuminfert parti, ut salvettotum. Etsecundum hoc, legeshuiusmodi, onera proportionabiliter inferentes, iustae sunt, et obligant in foro conscientiae, et sunt legeslegales*”. In: AQUINATIS, Thomae. **SummaTheologiae**. Textumelectronicumpraeparavitindexavit Ricardo M. Rom n, S. R. E. PresbyterusBonisAuris, MCMXCVIII, p. 1042. Acesso em 04 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/12251274_Thomas_Aquinas_Biblica_Catena_Aurea_in_Marcum_LT.pdf>.

Segue na mesma solução, descreve as leis injustas:

Pelo fim, quando um chefe impõe leis onerosas aos súditos, não pertinentes à utilidade pública, mas antes, à cobiça ou à glória próprias deles; ou também pelo autor, quando impõe leis que ultrapassam o poder que lhe foi cometido; ou ainda pela forma, p. ex., quando impõe desigualmente ônus à multidão, mesmo que se ordenem para o bem comum. E estas são, antes, violências, que leis, pois como diz Agostinho, não se considera lei o que não for justo.⁴⁶¹

A definição de leis injustas, como seria de se esperar de Aquino, é a negação do que ele mesmo definiu como leis justas. Cabe salientar apenas a última hipótese, em que a distribuição desigual de ônus à multidão é injusta, mesmo que obedeça a uma exigência do bem comum. Portanto, o sacrifício da parte para salvar o todo, sem que as demais partes do todo tenham também sido sacrificadas é, para o filósofo, injusto. Conclui-se, nesse sentido, que Aquino sabia que as leis, em alguma medida determinavam sacrifícios, mas que o mecanismo expiatório, chamado, no primeiro capítulo, de “sacrifício”, não é Justiça. Porém, mesmo injustas, tais leis devem ser obedecidas pelo cristão: *Por onde, tais leis não obrigam o foro de consciência, salvo talvez para evitar o escândalo ou perturbações, por causa do que o homem deve ceder mesmo do seu direito, segundo a Escritura [...].* Nesse ponto, Aquino segue a mesma disposição de Paulo, para quem o cristão deve fazer o máximo para obedecer às autoridades temporais, conforme exposto na carta aos Romanos. Todavia, há uma exceção à regra da obediência:

De outro modo, as leis podem ser injustas por contrariedade com o bem divino. Tais (como)⁴⁶² as leis dos tiranos, obrigando à idolatria, ou ao que quer que seja contra a lei divina. E tais leis de nenhum modo se devem observar, porque, como diz a Escritura (At. 5, 29), importa obedecer antes a Deus que aos homens.⁴⁶³

Nesse trecho, faz referência a uma passagem dos atos dos apóstolos em que os discípulos de Jesus haviam sido proibidos pelo Sinédrio a ensinar em seu nome. Por

⁴⁶¹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 579.

⁴⁶²Aparentemente a palavra foi suprimida, mas aparece na versão latina (*sicut*): “*Alio modo leges possunt esse iniustae per contrarietatem ad bonum divinum, sicut leges tyrannorum inducentes ad idololatriam*”. In: AQUINATIS, Thomae. **Summa Theologiae**. Textum electronicum praeparavit Ricardo M. Rom n, S. R. E. Presbyterus Bonis Auris, MCMXCVIII, p. 1042. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/12251274>. Acesso em 04 de julho de 2016, e também na versão espanhola (*como*): “*En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen al bien divino, como las leyes de los tiranos que inducen a la idolatria...*” In: AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 1990, p. 751.

⁴⁶³AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 579.

óbvio, uma lei que nenhum cristão poderia cumprir. As leis humanas que atentam contra a lei de Deus não devem ser cumpridas de nenhuma maneira. Ver-se-á mais a frente, que nem mesmo os juízes devem aplicá-las.

É lícito aos homens resistir a leis iníquas, em especial às que causem opressão e tragam injustiça aos mais fracos. A objeção terceira, deste artigo, que é aceita pelo filósofo assim expõe:

As leis humanas frequentemente danificam e oprimem os homens, conforme àquilo das escrituras (Is 10, 1 ss): Ai dos que estabelecem leis iníquas, e, escrevendo, escrevam injustiça, para oprimirem aos pobres em juízo, e fazerem violência à causa dos fracos do meu povo. Ora, é lícito a todos evitar a violência e a opressão. Logo, as leis humanas não obrigam ao homem no foro da consciência.⁴⁶⁴

A esta objeção, Aquino responde o seguinte:

RESPOSTA À TERCEIRA – a objeção procede quanto à lei que impõe injusto gravame aos súditos; ao que também não pode estender-se a ordem do poder concedido por Deus. Por onde, também nesses casos o homem não está obrigado a obedecer à lei e, sem escândalo ou maior detrimento, pode resistir-lhe.⁴⁶⁵

O súdito, portanto, frente a uma lei iníqua, tem o direito de resistir, a menos que tal resistência engendre escândalo ou seja geradora de um dano ainda maior do que causaria a regular submissão ao *mandamus*. Aquino, como se percebe, defende uma desobediência civil incondicional às leis que violem o direito divino, a exemplo daquelas em que os tiranos estabelecem a idolatria ou daquelas que proíbem o magistério do cristianismo. Para as leis injustas, mas que não violem a lei divina, propõe a desobediência condicional, legítima, desde que não cause escândalo ou maior “detrimento”.

3.1.8. Desobediência civil ante à lei inadequada

A filosofia do direito de Aquino, no que concerne à submissão à lei, forneceria uma solução para problemas como o enfrentado no Tribunal de Nuremberg, em que os oficiais nazistas alegaram, entre outras coisas, a legalidade ante às acusações que contra eles se formavam naquela corte internacional. De fato, os atos praticados pelos

⁴⁶⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 579.

⁴⁶⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 579.

participantes do governo Nazista estavam amparados pela legislação do país⁴⁶⁶. Um positivista da escola de Kiel⁴⁶⁷ provavelmente diria que a ação dos militares estaria escusada pela existência de determinações legais da lei do *Reich*⁴⁶⁸, porém uma diferente solução se depreende da filosofia aquinate. Na resposta à quarta objeção do artigo 1º da Questão 92 (*Ia – Ilae*), Aquino diz o seguinte:

RESPOSTA À QUARTA - A lei tirânica, não estando de acordo com a razão, não é, absolutamente falando, lei; antes é uma perversão dela. E, contudo, na medida em que participa da essência da lei, tende a tornar bons os cidadãos. Ora, da essência da lei não participa, senão na medida em que é um ditame de quem governa os seus súditos e tende a que eles sejam obedientes à lei. O que os torna bons, não absolutamente, mas em relação ao regime.⁴⁶⁹

Os oficiais nazistas que agiram segundo as leis tirânicas do regime, tornaram-se “bons”, porém não absolutamente bons. Isso significa que se tornaram bons apenas para o regime. Seguindo uma lei que não era lei, mas sua perversão, tornaram-se maus, sob uma perspectiva absoluta. A solução seria a desobediência, à qual recusaram, tornando-se assim culpáveis pelo que fizeram, não sendo as leis que supostamente os autorizavam aptas a excluir-lhes a responsabilidade por seus atos.

No artigo 6º da questão 96, Aquino volta ao tema da desobediência civil, indagando se é possível a quem se encontra sujeito à lei agir fora de seus termos. Nessa hipótese, o exemplo dado pelo filósofo é de uma Lei boa, e que serve ao bem comum na maior parte dos casos. Porém, pode ocorrer, como ocorre a todas as leis, que um caso específico escape à regra geral e faça com que a aplicação da lei não seja justa. A solução dada por ele é a seguinte:

⁴⁶⁶Exceto um artigo do antigo código penal militar que determinava que soldados estavam desobrigados de cumprir leis manifestamente ilegais, conforme: EHRENFREUND, Norbert. **The Nuremberg Legacy: How the Nazi War Crimes Changed the Course of History**. Nova Iorque: PalmgraveMacmillan, 2007, p. 49.

⁴⁶⁷Ao contrário do que fora afirmado durante a defesa da presente tese a título de correção de um pretenso equívoco, os juristas da Escola de Kiel eram positivistas e não neo-kantistas. Nomes como Hermann Kantorowicz foram responsáveis pelo “movimento do direito livre” (*Freirechtsbewegung*) ou movimento da “Escola Alemã do Direito histórico”. O referido movimento foi o iniciador do positivismo na Alemanha pouco antes do período nazista, conforme se lê em Yang: “*Finally, the German School of Historical Law in some ways paved the way to legal positivism as it led to a school of jurists whose work culminated in a form of positivism. It was hoped that this new positivist approach to law could assist in building a new national legal system to unify the politically fragmented nation. This approach of ‘law is law’ therefore was predominant in Germany before the Nazi take-over.*” In: YANG, Kenny. The rise of legal positivism in Germany: a prelude to Nazi arbitrariness? **The Western Australian Jurist**, vol 3, 2012, p.249.

⁴⁶⁸ Para saber mais sobre os debates no julgamento de Nuremberg: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp. Acesso em 2 de maio de 2017.

⁴⁶⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2(*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 556

Solução – [...] Por onde, como o legislador não pode prever todos os casos particulares, propõe a lei para casos mais frequentes, dirigindo a sua intenção para a utilidade comum. Portanto, se surgir um caso que seja danosa ao bem comum a observância da lei, esta não deve ser observada. Assim, se for estabelecido que todas as portas de uma cidade sitiada devem ficar fechadas, isso é útil para o bem comum, na maior parte dos casos. Se, porém, acontecesse, que os inimigos perseguissem certos cidadãos, pelos quais a cidade é conservada, seria danosíssimo para ele se as portas se não lhes abrissem. Por onde, em tal caso, as portas se deveriam abrir, contra a letra da lei, para se conservar a utilidade comum, o que o legislador tinha em vista.⁴⁷⁰

O filósofo prevê que, em casos excepcionais, a lei deve ser desobedecida em prol do bem comum, como preveem nossas legislações contemporâneas. Aquino percebe, no entanto, o risco que pode ser atribuir a cada súdito o poder de julgar a legislação que pode/deve ser aplicada em cada caso concreto:

Devemos, porém, considerar, que se a observância da letra da lei não implicar perigo súbito, a que é preciso imediatamente obviar, não é lícito a quem quer que seja interpretar o que seja útil ou inútil à cidade. Mas isso só pertence aos chefes, que, por causa de tais casos, têm autoridade para dispensar a lei. Se, porém, o perigo for súbito e não sora demora, de modo a se poder recorrer ao superior, a própria necessidade traz consigo mesmo a dispensa, porque a necessidade não está sujeita à lei.⁴⁷¹

Portanto, a ninguém seria lícito julgar o que é útil ou não à cidade. A permissão de que os súditos avaliassem a todo o momento a utilidade das leis antes de cumpri-las tornaria impossível qualquer espécie de legalidade, colocando a cidade em um risco ainda mais do que o decorrente do cumprimento de uma lei inadequada. A missão de suspender a legalidade, quando necessário, caberia apenas às autoridades públicas e seria próprio destas o poder de dispensar a lei. A lei poderia ainda ser descumprida se a urgência da necessidade tornasse impossível consultar os líderes. A necessidade não estava sujeita à lei. Aquino compreendia o que a atual doutrina chama de “espaços livres do direito”⁴⁷², em que uma situação extrema torna sem nenhum sentido o cumprimento da lei e escusa sua inobservância, como em casos de legítima defesa e estado de necessidade. No presente exemplo, o autor trata de “estado de necessidade”, porém Aquino também aborda o problema da legítima defesa em outro ponto da Suma.

⁴⁷⁰ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 581.

⁴⁷¹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 581 – 582.

⁴⁷² KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 337 e ss.

3.2. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MODERNO NO TRATADO DA JUSTIÇA

O objeto da justiça, para o filósofo, é o direito⁴⁷³. Aquino não acredita no direito separado da justiça, como se disse. Para ele, lei que não é justa não é lei. No tratado da Justiça, Tomás de Aquino trata da virtude que mais “preclara de todas as virtudes morais”, referindo-se à justiça legal; e “mais excelente que as outras virtudes morais”, tratando da justiça particular. Aquino trata com minúcia dessa virtude que lhe era tão cara, e suas reflexões são fundamentais para entender o caráter antissacrificial do pensamento jurídico do autor.

Questão 60 (IIa – IIae): DO JUÍZO – artigo 1º - se o juízo é um ato de justiça. (definição atividade jurisdicional).

Solução – Chama-se propriamente juízo o ato do juiz como tal. Ora, juiz significa, por assim dizer, aquele que diz o direito. Mas, o direito é o objeto da justiça, como estabelecemos. Por onde, o juízo, segundo o uso primeiro do vocábulo, significa a definição ou a determinação do justo ou do direito. Ora, é propriamente o hábito da virtude que nos leva a definir obras virtuosas; assim, o casto determina com acerto o que respeita à castidade. Por onde, o juízo, que implica a determinação reta do justo, pertence propriamente à justiça. E, por isso, o Filósofo diz que os homens recorrem ao juiz, como à justiça viva.⁴⁷⁴

A atividade do juiz é, portanto, a jurisdição, no sentido original da palavra, no latim *iuris dicere* ou *dicere ius*⁴⁷⁵, dizer o direito. Mas não o direito no sentido moderno, como um conjunto de regras gerais que positivam e impõem sanções, mas sim, no sentido latino, de *Ius* como justiça. O juiz deve ser um praticante da virtude da justiça, a “justiça viva”, como dito por Aristóteles⁴⁷⁶.

Mas para que o juízo seja um ato de justiça, algumas condições devem ser obedecidas. Tais condições estão descritas no artigo 2.º da mesma questão.

⁴⁷³ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 367

⁴⁷⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 387.

⁴⁷⁵ MACEDO, Elaine Harzheim e BRAUN, Paola Roos. Jurisdição Segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no Paradigma do Processo Democrático de Direito: Algumas Reflexões. ANIMA: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VI, nº 12, jul-dez/2014. ISSN 2175-7119, p. 2. Acesso em 3 de fevereiro de 2017. Disponível em: < <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima12/ANIMA-12-JURISDICA0-SEGUNDO-GIUSEPPE-CHIOVENDA-versus-JURISDICA0-PARADIGMA-DO-PROCESSO-DEMOCRATICO-DIREITO.pdf>>.

⁴⁷⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 367.

3.2.1. Princípios do juiz natural, da imparcialidade da investidura e da presunção de inocência

Artigo 2º - Se é lícito julgar. Solução– O juízo é justo na medida em que é um ato de justiça. Ora como do sobredito resulta, três condições se exigem para que um juízo seja um ato de justiça: *primeiro*, que proceda de uma inclinação justa; *segundo*, que proceda da autoridade do chefe; *terceiro*, que seja proferido pela razão reta da prudência. A falta de qualquer delas torna o juízo vicioso e ilícito. – De um modo quando vai contra a retidão da justiça. E, então, o juízo se chama pervertido ou injusto. – De outro modo, quando julgamos daquilo para o que não temos autoridade. E, então, o juízo se chama usurpado. – De terceiro modo, quando falta a certeza da razão; assim, quando julgamos do que é duvidoso ou oculto, levados por leves conjecturas. E, então, chama-se o juízo de suspeito ou temerário.⁴⁷⁷

O filósofo elenca três condições para que a atividade do julgador seja lícita⁴⁷⁸, a primeira é que a inclinação do julgador seja justa, isto é, que o intuito de quem julga consista em fazer justiça, e não qualquer outro. O juiz que inicia um processo ambicionando outra coisa que não a justiça fere o princípio da imparcialidade. Tal princípio é um princípio metodológico, quem julga buscando realizá-lo tenta, ao máximo, se despir de influências externas ou preconceitos e julgar de acordo com que o que será apresentado pelas partes. Obviamente, é um princípio fundamental no processo penal dos regimes ditos democráticos, porque, visa, antes de tudo, que o magistrado não se contamine com possíveis escândalos sociais ou mesmo com interferências políticas. A não observância dessa condição, segundo Aquino, torna, como visto, o juízo vicioso e ilícito.

A segunda condição é que o juiz apenas deve julgar causas para as quais tem autoridade, ou seja, é injusto o processo que tenha sido presidido por juiz incompetente. A divisão da jurisdição em competências é uma importante garantia no processo penal. Cada juiz tem sua competência, modernamente, determinada por lei, e essa determinação serve como limitação ao seu poder. Quando Aquino defende que os juízos apenas são justos se o julgador tiver autoridade para julgar, está defendendo o que, no direito brasileiro, se denomina “princípio da investidura”. O princípio da investidura, que determina que só possam julgar os processos os magistrados legalmente e anteriormente investidos, é um dos princípios da jurisdição, mas também, é um subprincípio do princípio do juiz natural. Tal princípio tenta garantir que não haverá

⁴⁷⁷ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (*Ila-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 388.

⁴⁷⁸ A palavra lícita, *licitum*, quer dizer justo, e não conforme os ditames legais, como significaria modernamente.

juízos de exceção, ou seja, aqueles compostos com um exclusivo objetivo de julgar determinada causa ou pessoa. Certamente, o julgamento presidido por um juiz nomeado exclusivamente para aquele ato, não é julgamento, mas um arremedo. Em geral, os tribunais de exceção se formam com o intuito de condenar o réu, retirando deste o direito a um julgamento justo. Aos julgamentos presididos por juiz que não tem autoridade para tal, Aquino chama de “usurpado”⁴⁷⁹.

Por último, Tomás de Aquino trata dos julgamentos nos quais o julgador deixa de aplicar a reta razão da prudência. Nesses juízos, o magistrado se deixa levar por conjunturas e julga de maneira duvidosa, ou seja, sem provas que possam amparar seu convencimento. Há aqui uma completa mudança de paradigma com relação ao processo penal dos bárbaros germânicos e de muitas das legislações ainda vigentes no século em que Aquino escrevia estas linhas. Enquanto nas antigas legislações bárbaras e em muitos dos forais ibéricos, a prova era completamente alheia à solução de uma ação penal, para Aquino, esse era também a posição da Igreja no concílio de Latrão IV (1215), a prova era indispensável à condenação. É fato que o processo canônico, pelo menos desde os decretos de Graciano (1140), exigia não só a prova para a condenação, mas também o esgotamento de todas as tentativas de chegar à verdade. É atribuído a ele o brocardo *non est danda sententia nisi postplenam investigationem veritatis*⁴⁸⁰.

Os ordálios estavam proscritos dos julgamentos canônicos, não se admitia a “prova” aleatória, mas apenas o juízo calcado na certeza, que só poderia ser obtido através das provas trazidas ao processo. Eis uma das características do sacrifício a qual é completamente repelida na concepção de “pena dos modernos”, a aleatoriedade e os “juízos de deus”. Aquino, os renascentistas de Bolonha (como Graciano) e os inquisidores pretendiam a mesma coisa: que inocentes não fossem punidos como culpados, ou seja, que apenas os verdadeiros responsáveis pela ruptura social fossem responsabilizados e, por consequência, que não houvessem vítimas substitutivas.

⁴⁷⁹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 388.

⁴⁸⁰ Conforme informa Carlos Silveira Noronha: “Por fim, Graciano ditava algumas regras de ordem substancial a serem observadas pelo juiz: *non secundum propriam voluntatem sed secundum leges (sententia) etsproferenda*, querendo dizer, em vernáculo, que a sentença deve ser proferida não segundo a vontade do juiz, mas de acordo com a lei; *non est danda sententia nisi post plenam investigationem veritatis*, significando esse cânone que a sentença não deveria ser proferida senão depois da plena investigação da verdade, ou, o que é a mesma coisa, depois de esgotados todos os meios probatórios capazes de revelar a verdade dos fatos controvertidos.” In: NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: Perfil Histórico-dogmático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 166.

Aquino escreveu a *Suma Teológica* em um período de transição, como dito. Por um lado, o processo canônico se desenvolvia, reivindicando antigas categorias do processo romano e criando novas, fundando um processo penal cognitivo, isto é, fundado na prova e na ideia de reconstrução histórica dos fatos objeto de julgamento. De outro, ainda vigiam as antigas codificações bárbaras, e também as nascentes, que previam um processo penal que não passava de um sacrifício.

No artigo seguinte da mesma questão, o filósofo estende suas reflexões sobre a terceira condição que legitima um juízo:

3.2.2. Condenação aos julgamentos temerários

Artigo 3º - Se o juízo fundado numa suspeita é lícito.

Solução– Como diz Túlio, a suspeita implica a opinião do mal, fundada em leves indícios [...] Ora, há um tríplice grau de suspeita. – O primeiro consiste em começar a duvidar, por leves indícios, da bondade de outrem. E este é um pecado venial e leve, pois, *é próprio da tentação humana, sem a qual não podemos atravessar a vida*, como diz a Glosa aquilo do Apóstolo (1 Cor 4,5): *Não julgueis antes do tempo*. – O segundo grau consiste em julgarmos como certa a malícia de outrem, fundados em leves indícios. E isto, se for em matéria grave, é pecado mortal, porque não vai sem o desprezo do próximo. Donde o acrescentar a Glosa, no mesmo lugar: *Embora, pois, não possamos evitar as suspeitas por sermos homens, devemos, contudo, reprimir nossos juízos*, isto é, as sentenças definitivas e firmes. O terceiro grau é quando um juiz é levado, por suspeitas, a condenar alguém. E isto diretamente implica uma injustiça e, portanto, é pecado mortal.⁴⁸¹

Nota-se que Tomás de Aquino tinha clara noção da existência de um “inconsciente persecutório”. Compreendia, que é da natureza humana uma certa desconfiança, à qual chega a atribuir vital importância para a própria preservação. A “tentação humana” afeta o juízo do julgador, fazendo com que ele adira à perseguição coletiva, maximizando simples indícios, quicá meros sinais vitimários. Aquino entendia, portanto, o quanto o inconsciente podia atrapalhar o papel de quem julga. Por esse motivo, estabeleceu graus de suspeita, em que o primeiro é a simples suspeita da bondade de outrem, por meio de intuições; e o último, a própria condenação judicial baseada em suspeita, que seria um pecado mortal. É importante notar que ao filósofo não importava se o réu condenado com base em suspeita é culpado ou inocente. Não se trata de uma injustiça material, em que o juiz deixou por engano um inocente cumprir uma severa pena, mas sim de um erro procedimental. Fazer um juízo temerário,

⁴⁸¹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 389-390

desprezando as regras da razão que deveriam guiar um julgamento justo, é, por si só, pecaminoso, não importando a possível correção do resultado. Eram, assim, considerados injustos todos os julgamentos em que a decisão judicial se baseava em ordálios ou em duelos. Na filosofia jurídica de Aquino, os meios legitimam o julgamento tanto quanto seus fins.

3.2.3. Princípio do *in dubio pro reo*

Artigo 4º - Se as dúvidas devem ser interpretadas no melhor sentido

Solução – Como já dissemos, é injuriar e desprezar a outrem o formar má opinião dele sem causa suficiente. Ora, ninguém deve desprezar a outrem ou lhe causar qualquer dano, sem causa que o obrigue. Portanto, onde não aparecem indícios manifestos de malícia de outrem, devemos tê-lo como bom, interpretando no melhor sentido o que é duvidoso.⁴⁸²

Aquino complementa na resposta à segunda objeção:

[...] a verdade é o bem do intelecto e o falso, o mal, como diz o Filósofo. Por isso, devemos esforçar por julgar as coisas como elas são. – Mas, nos juízos pelos quais julgamos os homens, atendemos principalmente ao bem e ao mal em relação àquele que julgamos. Porque é tido em conta de honrado, pelo fato mesmo de ser julgado bom; e de desprezível se julgado mau. Por onde, devemos nos esforçar, em tais juízos, antes, por julgar bem de outrem, se não houver razão manifesta em contrário.⁴⁸³

O princípio *in dubio pro reo* ou *favor rei* é um dos mais importantes do Direito Processual Penal atual⁴⁸⁴. O princípio consiste em que os magistrados só condenem os réus se houver certeza absoluta da autoria e materialidade do crime. O processo penal moderno não admite dúvidas, nem aleatoriedade, nem incertezas, muito menos vítimas substitutivas, como nos sacrifícios. Para que seja legítimo, o processo deve chegar à verdade processual, ou seja, a uma reconstrução histórica dos fatos que motivaram a ação, baseada em provas válidas (dirá Aquino em outro ponto da *Suma Teológica*)⁴⁸⁵.

Na dúvida, portanto, o juiz deve decidir em favor do acusado, “interpretando no melhor sentido o que é duvidoso”. O “sistema processual acusatório”, assim chamado

⁴⁸² AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 390-391.

⁴⁸³ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 391.

⁴⁸⁴ Estaria previsto no artigo Art. 386, IV, do Código de processo penal brasileiro nos seguintes termos: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:(...)VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

⁴⁸⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 435.

pelos atuais processualistas, se funda na ideia jurídica de que, na dúvida, o juiz decidirá em favor do réu. Para os defensores desse modelo de processo (hoje a maior parte dos doutrinadores nacionais), ao deparar-se com a dúvida, o juiz deve sentenciar absolvendo, e não produzir provas, como faculta o direito brasileiro⁴⁸⁶.

Ao dizer que se deve esforçar-se para julgar bem de outrem, Aquino trata o *favor rei* como “ideia jurídica”, ou seja, algo que se pretende trazer à realidade, evocar. Algo muito próximo ao que hoje se chama princípio. Porém, cada ideia jurídica traz consigo o reconhecimento tácito de que na prática as coisas não são como deveriam ser. Portanto, é preciso mover-se em outra direção, pois a prática não corresponde ao ideal. Assim também é a aplicação desse princípio nos dias atuais, uma ideia que está relacionada à própria essencial do processo penal moderno, mas de difícil efetivação. Na prática, e talvez isso seja da natureza de todos os processos judiciais, o juiz é facilmente contaminável pelos escândalos comunitários, ampliados pelos mecanismos de informação inexistentes ao tempo do filósofo.

De qualquer sorte, a presença dessa discussão na *Suma teológica* revela mais uma vez o caráter antissacrificial da filosofia jurídica de Tomás de Aquino e seu desejo de que os julgamentos não fossem simples extensões das perseguições coletivas e que o incumbido de proferir a sentença estivesse livre de qualquer preconceção e imbuído dos melhores sentimentos em relação ao réu⁴⁸⁷.

3.2.4. Princípio da legalidade

Artigo 5º - Se devemos sempre julgar de acordo com as leis escritas

Solução – Pois, a lei escrita contém o direito natural, mas, não instituiu; porque não tira sua força, da lei, senão, da natureza. Mas, o direito positivo a lei escrita contém e o institui, dando-lhe a força da autoridade. Por onde, é necessário que o juízo seja feito de acordo com a lei Escrita; do contrário se desviaria ou do justo natural ou do justo positivo.⁴⁸⁸

Aquino defende a lei escrita em face à lei oral. Tal posicionamento pode parecer óbvio nos dias atuais, mas no século XIII não o era. Ressalte-se que, como foi dito, Aquino viveu numa época de transição entre o direito bárbaro-germânico e o novo

⁴⁸⁶Artigo 156, II do Código de Processo Penal brasileiro.

⁴⁸⁷“A bondade do afeto” são as palavras usadas por Aquino no fim da resposta à segunda impugnação do artigo 4º da questão 60. In: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 391.

⁴⁸⁸AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 392.

direito influenciado pelas legislações canônicas e pelo renascimento do direito romano promovido na Universidade de Bolonha. Saber se os costumes e as leis orais tinham ou não supremacia sobre as leis escritas faziam parte do grande debate jurídico da geração imediatamente anterior a Aquino, como na segunda dieta de *Roncaglia*. Aparentemente, Aquino não compreende, como os juristas contemporâneos, a lei escrita como garantia aos súditos. Embora Aquino parecesse considerar a liberdade humana como regra em face das ordenações jurídicas (conforme se concluiu na análise da questão 96 da *Ia – Iiae*), a preocupação do filósofo nesse ponto é garantir a aplicação da lei. Se o juiz julga com base em lei escrita por uma autoridade, há mais segurança jurídica (se é possível usar tal expressão para o direito da época) porque há uma autoridade para qual é possível cobrar a aplicação do direito. Sua preocupação, assim, não é com limitar o poder de quem julga, mas sim, de maneira mais pragmática, garantir que o que foi julgado seja observado.

3.2.5. *Judicial review*

A riqueza do artigo 5º da Questão 60 da *Ia – Iiae* é notável. Em alguns pares de páginas, Aquino antecipa temas fundamentais do direito moderno. Nas respostas à primeira e segunda objeções, feitas por ele mesmo, antecipa um tema que ganha maior relevo mornamente apenas no final do século XVIII e início do século XIX, qual seja, a possibilidade de juízes não só julgarem de acordo com as leis, mas também, julgarem as próprias leis e, conseqüentemente, a possibilidade de afastamento de leis injustas:

DONDE A RESPOSTA À PRIMEIRA OBJEÇÃO – a lei escrita, assim como não dá força ao direito natural, assim também não lhe pode diminuir nem tirar a força, pois, não pode a vontade do homem mudar-lhe a natureza. *E portanto, se a lei escrita contiver alguma disposição contrária ao direito natural, será injusta, nem tem força para obrigar. Pois, o direito positivo se aplica quando ao direito natural não importa que se proceda de um ou de outro modo, como já provamos. E, por isso, tais leis escritas não se chamam leis, mas, antes, corrupções da lei, como já dissemos. E, portanto, não se deve julgar de acordo com elas.*

E segue:

RESPOSTA À SEGUNDA – Assim como as leis iníquas contrariam, por si mesmas o direito natural, sempre ou quase sempre assim também as leis bem feitas falham em certos casos, nos quais, se fossem observadas, contrariariam esse direito. *Por isso, em tais casos não se deve julgar segundo a letra da lei. Donde o dizer do jurisconsulto: nenhuma razão ou benignidade equitativa permite*

[que]⁴⁸⁹ interpretemos com dureza e severidade, contra as vantagens dos nossos semelhantes, as instituições que foram feitas para o bem deles. E, em tais casos, o próprio legislador julgaria de outro modo; e, se os tivesse previsto, ter-lhes-ia aplicado uma disposição de lei.⁴⁹⁰

Não havia, durante o tempo de Aquino, constituições como as que se tem hoje, as quais funcionam nos sistemas jurídicos como substrato axiológico que permite aos juízes repelirem leis que contrariem os valores reitores da ordem jurídica de determinado país. Na era do neoconstitucionalismo, parece natural que os magistrados filtrem a legislação, imitando o poder dos legisladores e garantindo que leis injustas sejam aplicadas. O primeiro grande caso envolvendo o que hoje denomina-se por *judicial review* foi o famoso caso *Marbury vs Madison* (1803), em que a suprema corte norte americana afastou uma lei inconstitucional, mesmo não havendo previsão expressa para tanto⁴⁹¹. O caso se tornou célebre mundialmente por seu pioneirismo, embora o controle de constitucionalidade já estivesse em debate no campo das ideias, como se pode observar nos célebres *Federalist Papers*⁴⁹².

A ideia de utilizar elementos externos à lei, para julgar a lei, no entanto, estava presente em Tomás de Aquino, e, junto com ela, a defesa de que o julgador não pode se utilizar de leis injustas, devendo abster-se de aplicá-las. Não há dúvida de que Aquino compreendia o que era o *judicial review*, e compreendia, na função do juiz de fazer justiça (*juris dicere*) a possibilidade de afastar a lei que não se propõe a esse fim. A lei, assim, é, na filosofia jurídica de Aquino, um meio para a obtenção da justiça, e não um fim em si. Aliás, sua validade como meio, está atrelada aos seus fins (a justiça), sob pena da perda de sua aplicabilidade e de sua própria natureza.

⁴⁸⁹ Acredita-se que o tradutor ou o editor esqueceu-se de colocar no texto a preposição “que”. No original têm-se a seguinte dicção: *nullaratio iuris autaequitatis benignitas patitur ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem*. In: AQUINATIS, Thomae. **Summa Theologiae**. Textum electronicum praeparavit indexavit Ricardo M. Rom n, S. R. E. Presbyterus Bonis Auris, MCMXCVIII, p. 1475. Acesso em 04 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/12251274>>.

⁴⁹⁰ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 392.

⁴⁹¹ Para saber mais sobre o caso *Marbury vs Madison*, ver: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>>. Acesso em 30 de Maio de 2017.

⁴⁹² Em especial nos de número 78, escrito por Alexander Hamilton, onde se lê: “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing”. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Chicago: University of Chicago, 1952, p. 230.

3.2.6. Princípio da competência

No artigo 2 da mesma questão, Aquino discorre sobre os requisitos para um julgamento justo, listando entre eles a existência de autoridade competente. No artigo 6, o filósofo detalha melhor o que fora dito anteriormente, associando a autoridade de interpretar as leis à autoridade de editá-las:

Art. 6 – Se um juízo usurpado se torna pervertido

Solução – O juízo, devendo ser pronunciado de acordo com leis escritas, quem o pronuncia interpreta, de certo modo, a letra da lei, aplicando-a a um caso particular. Ora, pertencendo à mesma autoridade interpretar e fazer as leis, assim como ela não pode fazê-las, senão como autoridade pública, assim também, só nessa mesma qualidade é que pode pronunciar um juízo, estendendo-se essa autoridade aos membros da comunidade que lhe são sujeitos. Portanto, *assim como seria injusto obrigarmos alguém a observar uma lei não sancionada pela autoridade pública*, assim também sê-lo-ia (se) o compelíssemos a pronunciar um juízo não fundado nessa autoridade.⁴⁹³

Como se lê, para o filósofo não pode haver julgamento justo, independentemente do resultado, se quem profere a decisão não tem autoridade para tal. Nota-se que, para ele, fazer e interpretar as leis são atividades derivadas da mesma autoridade. Alguns autores⁴⁹⁴ veem nesse ponto da obra de Tomás de Aquino uma crítica à atividade judiciária por parte de clérigos e, por conseguinte, ao Tribunal da Inquisição:

[...] se somente os juízes, ou seja, aqueles investidos do poder de julgar, estão aptos a realizar o juízo de pessoas, então deve-se concluir que os clérigos não estão autorizados ao exercício do julgamento. Se o julgamento não está autorizado, quanto menos a condenação e a morte de pessoas. É essa uma arma teórica muito forte contra a Inquisição, que, naturalmente, deve ter significado um grande desafio em pleno século XIII.⁴⁹⁵

⁴⁹³ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 393.

⁴⁹⁴ Um desses autores é o Professor Cláudio Pedrosa Nunes, autor de uma brilhante tese sobre o direito em Tomás de Aquino, mas que, entretanto, parece equivocado nesse ponto: “Certamente que a concepção tomista alusiva aos juízes e aos julgamentos justos contribuiu grandemente para sedimentação do que hoje se conhece na ciência jurídica como “jurisdição e competência”. Talvez também o Santo Doutor tenha vislumbrado na discussão dessa objeção a oportunidade de criticar os “juízes” da Inquisição, conforme sugere Eduardo Bittar. Concluindo sua excelente exposição, Santo Tomás alinha os critérios essenciais para um julgamento (juízo) justo: a) que o julgador proceda sempre com inclinação de promover Justiça; b) que o julgamento promane de juiz competente; c) que o julgamento contemple “a reta razão da prudência”. Sublinha, ademais, o Doutor de Aquino que a ausência de qualquer dessas qualidades tornará o julgamento viciado e, assim, ilícito. Nesse espírito, não é exagerado advogar que o julgamento vicioso e ilícito é exatamente aquele a que alude a prescrição de Mateus 7,1732.” NUNES, Cláudio Pedrosa. **Uma reflexão conceitual-jurídico-cristã de justiça em Tomás de Aquino**. Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, p. 377.

⁴⁹⁵ Bittar BIANCA BITTAR, Eduardo Carlos; ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. Curso de filosofia

Não se pode concordar com tal interpretação, visto que Aquino, de forma literal afirma a competência dos clérigos para a função judicial, na questão 60, artigo sexto, resposta à terceira objeção:

O poder secular está sujeito ao espiritual, como o corpo à alma. Por onde, não é usurpado o juízo do prelado espiritual que se intromete com coisas temporais, na medida em que o poder secular lhe está sujeito, ou que lhe são confiadas coisas da alçada desse poder.⁴⁹⁶⁴⁹⁷

Longe de pretender que julgamentos sejam conduzidos exclusivamente por leigos, como sugerem os autores citados, Aquino coloca o juízo canônico na posição de metajurisdição. A posição do filósofo está em perfeita consonância com o *dictatus papae* e todo o movimento político da revolução papal, anteriormente mencionado. Não há, é o que parece, nenhuma crítica direta de Aquino à Inquisição, pelo contrário, o filósofo defende a pena de morte para a heresia, pena máxima aplicada por esse Tribunal, em raras e especiais ocasiões⁴⁹⁸. É preciso também ressaltar que a Inquisição não era um juízo de exceção⁴⁹⁹, portanto, os inquisidores não atuavam fora de suas competências. Até mesmo o “princípio da prevenção”⁵⁰⁰ era observado, o que torna difícil imaginar que a crítica de Aquino fosse realmente dirigida a esse Tribunal.

do direito, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 211.

⁴⁹⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 593.

⁴⁹⁷ Na mesma forma na resposta à terceira objeção do artigo 1 da Questão 67 da Ia –IIae, em que se lê “O bispo, em cuja diocese alguém delinque, torna-se o superior do delinquente, mesmo se for isento, em razão do delito. Salvo se delinquir em matéria objeto de isenção, por exemplo, na administração dos bens de um mosteiro idênto. Mas, o isento que cometer um furto, um homicídio, u um crime desse gênero, pode ser condenado justamente pelo ordinário.” In: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 2 (Ia-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 434.

⁴⁹⁸ A título de exemplo, entre 1540 e 1700 foram celebrados na Espanha 44.674 julgamentos, só em 1,8% dos casos os réus foram condenados à fogueira, conforme informa: BORROMEIO, Agostino. **Publicadas as atas do simpósio internacional do Vaticano**, realizado em 1998. Acesso em 01 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.radiovaticana.va/portuguese/brasarchi/2004/RV25_2004/04_25_07.htm>

⁴⁹⁹ TESTAS, Guy; TESTAS, Jean. **A Inquisição**. Trad. De Alfredo nascimento. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968, p. 34

⁵⁰⁰ Na ordenação de Tomás de Torquemada de 1484 lê-se o seguinte: “Foi acordado que cada e quando algum dos tais culpados for chamado ou citado ou preso pelos inquisidores de uma parte: os outros inquisidores dali em diante não conheçam do dito delito: pois os primeiros se tornaram preventos na jurisdição.” In: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdés**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 46.

3.2.7. Princípio da proporcionalidade, distinção entre dolo e culpa, distinção entre desvalor da intenção e desvalor do resultado.

O filósofo faz uma pergunta chave para compreensão do tema da presente tese, qual seja: retribuição (*contrappasum*)⁵⁰¹, ou o talião, é o mesmo que justiça? Em sua solução, o filósofo menciona o versículo 21-23 do Êxodo: “Dará a vida por vida, olho por olho”. Em resumo, Tomás de Aquino estava investigando se a “pena dos antigos”, nos termos definidos nos primeiros capítulos, era “justiça” ou não. A resposta é um pouco mais complexa do que a proferida nos artigos anteriores. Em primeiro lugar, porque Aquino não faz, como de costume, uma afirmação peremptória. Sua resposta, neste artigo, é algo como é, e não é justiça ao mesmo tempo. É justiça comutativa, como descrita por ele no artigo 2 da Questão 61⁵⁰², ou seja, quando alguém dá a outra pessoa algo equivalente ao que recebeu dela, como nas relações de compra e venda. A justiça comutativa, nas suas palavras: “exige uma recompensa baseada na igualdade, isto é, que haja uma compensação igual entre ação e paixão.”⁵⁰³

Porém, havia hipóteses em que aplicar essa modalidade de justiça não é o suficiente⁵⁰⁴. Aquino cita duas hipóteses. A primeira diz respeito à reparação da injustiça cometida contra pessoa de “maior dignidade”. Ao dizer “pessoa de maior dignidade”, o filósofo refere-se a uma autoridade pública. Nesses casos, o agressor atinge não só à pessoa como a “república”, como se lê:

Artigo 4 – Se o justo é absolutamente o mesmo que a reciprocidade da ação

Pois, primeiro, quando alguém comete uma injustiça contra uma pessoa de maior dignidade, maior é a ação cometida do que a recompensa recebida, se esta fosse especificamente a mesma que aquela. E, portanto, quem fere o chefe não só recebe uma recompensa idêntica, mas é punido muito mais gravemente.⁵⁰⁵

Assim, o crime contra a pessoa de maior dignidade (*principem*), por atentar contra a ordem, deve ser punido de maneira agravada, não bastando a justiça

⁵⁰¹Que pode ser traduzido por “retaliação”.

⁵⁰²AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 395.

⁵⁰³AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 398.

⁵⁰⁴Curiosamente, Aquino menciona o exemplo da moeda como um modo de compensar alguma impropriedade na aplicação da justiça comutativa nas trocas. Seria possível que, ao trocar bens, não fosse possível aos particulares retribuir-se com exatidão, daí a importância da moeda. Ao mesmo raciocínio chegou René Girard, tratando a moeda como uma evitadora da má reciprocidade.

⁵⁰⁵AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 398.

comutativa. A segunda hipótese se refere a quem involuntariamente praticou o dano a terceiro. Nesse caso, embora o resultado possa ser grave, a pena deve ser inferior a este: *Semelhantemente, quem danifica involuntariamente a outrem, numa coisa que lhe pertence a ele, sofreria menos do que fez, se apenas⁵⁰⁶ ficasse privado do seu; porque, tendo danificado ao bem de outrem, nada sofreria no seu⁵⁰⁷*. Esse exemplo é o contrário do primeiro, em termos da relação entre ação e pena. No primeiro, a ação merece mais repulsa que o resultado. No segundo, a ação merece menos repulsa do que seu resultado. O argumento de que os atos involuntários devem ser punidos de maneira mais branda do que os atos voluntários é repetido na *Resposta à terceira objeção*, do mesmo artigo: *Quando a ação injusta é voluntária, a injustiça é maior e, por isso, é considerada como uma coisa maior (mais importante). Por isso, há de ter como recompensa uma pena maior, não por uma diferença pessoal, mas real⁵⁰⁸*.

Então, por dois motivos pode a justiça comutativa ser insuficiente para fazer justiça a uma situação concreta. A primeira é pessoal, ou seja, a pessoa contra quem se destinou a injustiça tem mais dignidade do que a que a injustiçou, não sendo suficiente a simples retribuição. A segunda é real, ou seja, diz respeito à coisa em si. Assim, Aquino demonstra saber a distinção entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, outra noção fundamental do Direito Penal contemporâneo. Há uma distinção entre resultado e sua valoração, e outra entre “ação e paixão” (*passio*), ou seja, entre ação e vontade — noções fundamentais para a defesa da responsabilidade penal subjetiva.

A retribuição pura e simples, não é, portanto, como no Talião, justiça plena. É possível que o dano não se resolva em punição, ou que a punição deve ultrapassar o dano. Se a justiça comutativa, deve haver a voluntariedade do particular que retribui nos mesmos termos, a justiça nos casos elencados por Aquino é distributiva⁵⁰⁹, devendo um terceiro arbitrar o que deve ser dado, em que medida e a quem⁵¹⁰.

⁵⁰⁶O tradutor grafou “se a se apenas ficasse privado do seu...”, parece que houve um erro na grafia, já que no original se lê: “*si sibi sola res illa auferretur...*”. In: AQUINATIS, Thomae. **Summa Theologiae**. Textum electronicum praeparavit indexavit Ricardo M. Rom n, S. R. E. Presbyterus Bonis Auris, MCMXCVIII, p. 1480. Acesso em 04 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/12251274>>.

⁵⁰⁷AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 398.

⁵⁰⁸AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 399.

⁵⁰⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 398.

⁵¹⁰Na solução do artigo 3 da questão 62, defende que apenas o juiz pode determinar a pena, no caso de que o réu restitua mais do que recebeu de outro particular, antes disso ninguém está obrigado a restituir

3.2.8. Da aceitação das pessoas (princípio da igualdade e direito penal do fato)

O tema de que se ocupa Tomás de Aquino na questão de n.º 63 é um dos mais significativos para compreender a distinção entre o direito do século XIII e o direito medieval. A aceitação de pessoas nada mais é, para Aquino, do que a possibilidade de julgar diferentemente de acordo com a condição meramente pessoal das partes. O direito “iluminista” é uma reação à excessiva estratificação jurídica promovida pelas monarquias absolutistas. Na maior parte das legislações posteriores à formação dos estados-nações, a exemplo das ordenações Filipinas, há diferentes regimes jurídicos para nobres, plebeus e clérigos. À existência de privilégios (leis privadas), opuseram-se tentativas de reformar alguns sistemas jurídicos tendo como fundamento a categoria do indivíduo. Os Estados Unidos da América foram o primeiro país a adotar, com sucesso, esse paradigma do direito moderno e abolir as distinções jurídicas formais. A França foi o segundo, porém sem o mesmo sucesso. Aquino, mais de quatrocentos anos antes, defende na questão 63 *Iia-IIae*, que a aceitação de pessoas fere a justiça distributiva, ou seja, que não deve haver diferenças legais em virtude de condições exclusivamente pessoais.

Artigo 1 – Se a aceitação de pessoas é pecado.

Solução – A aceitação de pessoas opõe-se à justiça distributiva. Ora, a igualdade da justiça distributiva consiste em fazer atribuições diversas a pessoas diversas, proporcionalmente à dignidade delas. Quem, pois, considerar a qualidade pessoal que leva a conferir-lhe o que a essa pessoa é devido, não faz aceitação de pessoa, mas de coisa. Por isso, aquilo da Escritura – não há aceitação de pessoas para Deus – diz a Glosa (ef 6,9): o juiz justo discerne a coisa e não pessoas.

A aceitação de pessoas é injusta, Aquino opõe-na, logo no início da resposta, ao ato de conferir, a pessoas distintas, atribuições diversas em virtude de sua dignidade. Para o filósofo, isto é fazer justiça distributiva. Aquele que assim age, não faz distinção de pessoas, mas sim de coisa, uma distinção ontológica. O exemplo, a seguir, dado por Aquino, é bastante sensível, o da promoção às cátedras, ou seja, ao ingresso dos colegas em sua profissão. O critério deve ser a “capacidade de sua ciência”, e não a sua

mais do que tomou. Ou seja, apenas a autoridade poderia ir além da simples retribuição e, constatada a culpa do réu, determinar a pena. Porém, aquele que retirou algo de um terceiro, sem culpa, está obrigado a restituir, conforme a condição da pessoa e do negócio: “Mas, no caso da culpa, o remédio está na pena, que deve ser infligida pelo juiz. Portanto; enquanto o juiz não condenar, ninguém está obrigado a restituir mais do que tomou; mas uma vez passada a condenação, há obrigação de cumprir a pena.” In: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (*Iia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 401.

pessoa⁵¹¹. Quem assim julga está julgando a coisa, algo que existe na realidade e é verificável. Aquino explica o mesmo exemplo aplicado a sua outra vocação, a vida sacerdotal: *Ora, refere-se à pessoa toda condição que não constitui uma causa que a torne digna do que lhe é dado. Por exemplo, quem promovesse alguém à prelatura ou ao magistério, por ser rico ou parente, faria aceitação de pessoa*⁵¹². A condição de filho de alguém importante pode dar a alguém determinados direitos, como por exemplo o de herança⁵¹³, mas não outros que dependem de outros tipos de dignidade que não recebe com o nascimento, como é o caso das necessárias para a assunção da prelatura⁵¹⁴. Ao distinguir situações nas quais a aceitação de pessoas fere a justiça distributiva de outras em que ocorre o contrário, Aquino chega à seguinte conclusão: a aceitação feita contra “o que exige a proporção”⁵¹⁵, a exemplo do que exige dignidade para que alguém assuma uma cátedra ou uma prelatura, opõe-se à virtude e é, portanto, pecaminoso.

Outra importante questão, constante no artigo 4, é se no juízo tem lugar a aceitação de pessoas (Direito Penal do fato). Este é o ponto que mais interessa acerca da aceitação de pessoa: o de saber se, ao julgar, deve o juiz diferenciar o réu de acordo com suas condições pessoais, como deveria se imaginar em uma sociedade estamental como aquela em que Aquino encontrava-se inserido. A discussão é se aceitação de pessoal — parte da justiça comutativa — encontra espaço no juízo, foro em que a justiça distributiva deve ser regra. Aquino responde ao artigo 4 da Questão 63 da seguinte maneira:

Artigo. 4 – Se no juízo tem lugar a aceitação de pessoas

Solução – Como já dissemos, o juízo é um ato de justiça, pelo qual o juiz reduz à igualdade da justiça aquilo que pode causar a desigualdade, que lhe é oposta. Ora, a aceitação de pessoas implica uma certa desigualdade, pela qual se atribuiu a alguém mais do que

⁵¹¹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 408.

⁵¹²AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 408.

⁵¹³AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 408.

⁵¹⁴Os ricos devem ser honrados, diz em outro ponto da Suma, pelo papel que desempenham na sociedade, e não simplesmente por sua riqueza: “Quanto aos ricos, devem ser honrados porque desempenham na comunidade um papel mais importante. Mas, se forem honrados só por se atender à riqueza que tem, haverá pecado de aceitação de pessoas.”. In: AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 411.

⁵¹⁵AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 408.

exige a proporção, na qual consiste a igualdade da justiça. Por onde, é manifesto que a aceitação de pessoas corrompe o juízo.⁵¹⁶

Portanto, o juízo que faz acepção de pessoas e fere, como foi dito anteriormente, a justiça distributiva, é corrompido. Não é possível fazer justiça, em sentido amplo, se não tratando igualmente as partes que serão julgadas. Todavia, na resposta à segunda objeção, Aquino retorna ao tema no artigo 1, lembrando que não há aceitação de pessoas quando se pune com mais gravidade ao que lesa pessoa de maior importância (príncipe), mas sim acepção de coisa⁵¹⁷.

Na resposta à terceira objeção do mesmo artigo, o filósofo enfrenta a índole antissacrificial do cristianismo aplicado ao direito. Na terceira objeção, feita por ele mesmo, Aquino cita o velho Testamento: *No julgar sê piedoso para com os órfãos* (Eclo.4, 10). Opina que, em aparência, o versículo permite a aceitação de pessoas. A esse questionamento Aquino responde que se deve, na medida do possível, socorrer ao pobre, mas este ato não deve lesar a justiça⁵¹⁸. Para responder à primeira citação veterotestamentária, o filósofo recorre a uma segunda: *Não terás também compaixão do pobre nos teus juízos* (Ex. 23, 3)⁵¹⁹⁵²⁰. Nota-se que se, por um lado, o filósofo considera pecaminoso fazer a acepção de pessoas ao julgar, beneficiando aos ricos e importantes, pois isso fere a justiça distributiva. Por outro, e da mesma forma, é injusto ao que julga, fazer aceitação de pessoa para beneficiar o pobre ou o desvalido. A intenção de Tomás de Aquino não é que se faça “justiça social” por meio do processo, como pretendem muitos dos estudiosos da criminologia atualmente, mas que o juiz julgue a coisa e não as pessoas, como pretendiam os clássicos do Direito Penal.

3.2.9. Legítima defesa e excesso em legítima defesa

Na questão 64, Tomás de Aquino enfrentou uma das mais difíceis questões filosóficas, a de dizer quando é justo que um homem tire a vida de outro. A respeito

⁵¹⁶AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 411.

⁵¹⁷AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 412, complementando o artigo 4º da questão 61.

⁵¹⁸AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 412, complementando o artigo 4º da questão 61.

⁵¹⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 412, complementando o artigo 4º da questão 61.

⁵²⁰Na tradução da Bíblia de Jerusalém lê-se: “Nem serás parcial com o desvalido no seu processo”. P. 134, explicitando-se em uma linguagem ainda mais jurídica. O Versículo anterior é bastante interessante tendo em vista o que se disse sobre a teoria mimética e o contágio violento nos primeiros capítulos dessa tese: “Não tomarás partido da maioria para fazeres o mal, nem deporás num processo, inclinando-se para a maioria para torcer o direito.” In: **Bíblia de Jerusalém**. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 134.

disso, não interessará, em sua condenação, a participação de sacerdotes em matanças e outros pontos que interessavam mais à vida da Igreja da época do que propriamente ao direito. Tratar-se-á mais detidamente dos pontos que antecipam o direito contemporâneo e, especialmente, da condenação ao sacrifício (feita de forma explícita nesta questão).

Nesse sentido, o artigo 6 disserta sobre se é lícito em algum caso matar um inocente e defende a inversão da fórmula de Caifás. Este tópico é, sem dúvida, o mais importante da *Suma Teológica* no tocante à teoria da pena, pois o filósofo se manifesta sobre a questão enfrentada por Cícero, Caifás e Pilatos: se, em alguma hipótese, para salvar a nação ou para evitar matanças maiores, é lícito matar um inocente. O direito em Tomás de Aquino sofreu grande influência das fontes romanas atualizadas em sua época, após mais de cem anos do renascimento jurídico bolonhês. Aquino deve muito aos glosadores e comentadores de sua época, porém, o direito de Aquino é, ao mesmo tempo, distinto do romano. O elemento não sacrificial introduzido pelo cristianismo faz com que suas ideias quanto à pena sejam o perfeito oposto das ideias romanas. Veja-se de que maneira Aquino resolve a indagação mote do artigo acima:

Artigo 6 – Se é lícito em algum caso matar um inocente.

Solução – Um homem pode ser considerado à dupla luz: em si mesmo ou nas suas relações com o outro. Considerado em si mesmo, a nenhum podemos matar; porque em todos, ainda nos pecadores, devemos amar a natureza feita por Deus, e que fica destruída pela morte. Mas, como já dissemos, a morte de um pecador torna-se lícita, se levarmos em conta o bem comum, que o pecado destrói. Ao contrário, a vida dos justos conserva e promove o bem comum, porque são a parte mais principal da sociedade. Logo, de nenhum modo é lícito matar um inocente⁵²¹.

Na vida humana, pelo que escreve o filósofo, está contida a natureza feita por Deus, que deve ser amada por todos. A vida humana tem um valor intrínseco, o qual não depende do reconhecimento social ou legal. O homem não pode ser excluído da *Pólis* porque deixou de comungar com seu culto, assim como acontecia em Roma e na Grécia. Sua vida não pode fazer parte da “economia” das nações. A vida do inocente, mais ainda, é a parte principal da sociedade. Sua existência, por si só, promove e conserva o bem comum, diz o filósofo⁵²².

Em Roma, havia alguns permissivos para a eliminação de inocentes, o que era repellido por Aquino e provavelmente pelos comentadores do direito de seu tempo,

⁵²¹ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3(*Ila-Ilae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 418.

⁵²² Sobre a impossibilidade de quitar a vida de um inocente, em Aquino: FINNIS, John, **Aquinas**: moral, political, and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 281.

estava presente na lei romana e era defendido publicamente, inclusive por seus filósofos. Um bom exemplo são as permissões constantes na Lei das XII tábuas, tábua IV:

TÁBUA QUARTA

Do pátrio poder e do casamento

- 1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.*
- 2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.*
- 3. Se o pai vender o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno.*
- 4. Se um filho póstumo nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo⁵²³.*

A vida, nessa fase da história romana, estava completamente ligada à aceitação por parte do *Pater*, não tinha valor em si, mas apenas valor relacional. Estar inserido no culto familiar garantia o direito à vida, e o ingresso no culto só poderia ser conferido por seu sumo sacerdote, o *Pater*⁵²⁴. Noções como “dignidade humana” ou “direito à vida” eram alheias ao mundo jurídico romano. Como anteriormente mencionado, uma das mais importantes características do direito ocidental é a existência de uma meta do direito⁵²⁵, ou seja, a existência de um “dever ser” jurídico passível de ser utilizado como argumento contra as práticas legais existentes. Aparentemente, em Roma, mesmo filósofos e intelectuais pagãos assentiam com o morticínio de inocentes, em especial com o sacrifício de bebês deficientes. É célebre o trecho em que *Lucius Sêneca* (ano 4, A.C – 65, D.C) assume essa defesa:

Por que odiar aquele a quem eu dei a maior chance de libertar de si mesmo? Alguém odeia seus membros quando amputados? Isso não é ira, mas uma cura lastimável. Matamos os cães bravos, abatemos o boi selvagem indomável, com o ferro, deitamos os animais doentes para que não infectem o rebanho, extingamos os fetos malformados, afogamos, também nossos filhos se nascem anormais e fracos. Isso não é ira, porém é racional separar o que é são do que é inútil⁵²⁶.

⁵²³ Acesso em 07 de janeiro de 2017. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm> >.

⁵²⁴ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 1961, p. 31.

⁵²⁵ BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 51.

⁵²⁶ LIMA, Ricardo Antônio Fidelis de. **Da Ira, de Sêneca**: Tradução, introdução e notas. Dissertação em filosofia defendida no programa de pós-graduação de filosofia da USP, 2015, p. 68.

O filósofo compara o feto defeituoso a um membro amputado ou a animais ou a morte de animais infectados que podem contaminar a um rebanho. Ressalta-se que a defesa do infanticídio é meramente racional. Quem mata não odeia o feto, o que seria um absurdo a seu ver, apenas racionalmente o elimina por sua inutilidade. Aparentemente, a abordagem de Sêneca é antropológica mais que jurídica, usando a prática, então universal, para servir de comparação com outras práticas. A Lei das XII tábuas aplicava pena capital a praticamente todos os crimes. Mas Cícero, ao comentá-las, defende que, pelo contrário, a aplicação da pena morte está prevista em poucas hipóteses⁵²⁷.

Parece que somente com cristianismo a vida humana pode ser considerada um valor em si, um *áxios*. Antes disso, e em paralelo, ela teve apenas um valor estimativo, um *thymos*⁵²⁸, ora relacionado ao pertencimento familiar, ora à condição de cidadão, ou seja, de praticante da religião cívica. Portanto, em virtude do cristianismo, a vida passa a ser tida como dom divino, deixa de ser eliminável a bem da utilidade coletiva, ou seja, deixa de ser sacrificável.

A *fórmula de Caifás* é invertida quando Tomás de Aquino afirma categoricamente: *de nenhum modo é lícito matar um inocente*. A frase ganha ainda mais valor quando se lembra que nada é lícito para Aquino se não for justo. A história da inversão da *formula de Caifás* nada mais é do que a história da criação da “pena dos modernos” como negação ao sacrifício.

No artigo 7, passa então o filósofo a debater a causa excludente de ilicitude (assim denominada hodiernamente), em outras palavras, a legítima defesa. Dessarte, Aquino propõe-se a discutir se é lícito ou não matar para defender-se⁵²⁹. Inicialmente, Aquino cita Agostinho em uma de suas cartas a *Publícola*⁵³⁰, em um ponto em que o patrístico diz agradar-lhe a opinião dos que acreditam ser permitido matar para defender-se, excetuando, porém, os que o fazem contra soldados ou os que estão investidos de alguma função pública que exigem o uso da coerção física⁵³¹. Esta posição

⁵²⁷ CÍCERO, Marco Túlio, **Republica**. Livro IV, p. 118. in: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/darepublica.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2017.

⁵²⁸ Os conceitos de *axiós* e *thymos* aqui utilizados foram retirados de SANTOS, Mário Ferreira dos. **Invasão vertical dos bárbaros**. São Paulo: É realizações, 2012, p. 63.

⁵²⁹ Excelentes análises deste ponto podem ser encontradas em: FINNIS, John, **Aquinas: moral, political, and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 276 e277.

⁵³⁰ Documento raro disponível em: http://www.documentacatholicaomnia.eu/20_40_0354-0430-_Augustinus,_Sanctus.html. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

⁵³¹ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 419

é exatamente a adotada na legislação brasileira, qual seja, exigir que a agressão a ser repelida pelo agente seja “injusta”. Aquino responde à *doxa* da seguinte maneira:

Artigo 7 – Se é lícito matar a outrem para nos defendermos

Solução –[...] Portanto, tal ato, enquanto visa a conservação da vida, não é, por natureza, ilícito, pois, a cada um é natural conservar a existência, (na) medida do possível. Um ato, porém, embora procedente de uma boa intenção, pode tornar-se ilícito se não for proporcionado ao fim⁵³².

A legítima defesa é, portanto, um direito natural, não dependente das leis humanas, mas sim da própria natureza da existência. O filósofo, assim como o legislador contemporâneo, prevê ainda a hipótese de excesso no exercício da legítima defesa:

Portanto, age ilicitamente quem, para defender a vida própria, empregar violência maior que a necessária. Mas, se repelir a violência moderadamente, a defesa será lícita; pois, segundo o direito, repelir força pela força é lícito, com a moderação de uma defesa sem culpa. Nem é necessário, para a salvação, deixarmos de praticar o ato de defesa moderada, para evitar a morte de outrem; pois estamos mais obrigados a cuidar da nossa vida que da alheia[...]⁵³³.

O ponto defendido por Aquino está positivado no código penal do Brasil⁵³⁴, mediante a previsão de punição para o excesso de legítima defesa, seja culposo ou doloso. A posição defendida pelo filósofo já era parte do direito de sua época, conforme ele mesmo revela ao dizer que “segundo o direito, repelir força pela força é lícito”. Não foi possível averiguar a que legislação se referia, mas possivelmente às leis locais em geral. O instituto da legítima defesa e a respectiva punição de seu excesso provavelmente estavam presentes nas principais legislações seculares da Europa.

A importância do instituto da legítima defesa é tão grande quando seu alcance nas mais diversas legislações. O direito à autopreservação é inerente à existência humana e mesmo animal. A punição do seu excesso é também fundamental. Com ela, busca-se evitar que pessoas usem a agressão de terceiros como pretexto para eliminar uma vida humana. O salvo conduto dado pela lei, nos casos da legítima defesa, tem por objetivo salvar a vida da vítima, e não quitar a vida do agressor.

⁵³² AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 421.

⁵³³ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 421.

⁵³⁴ “Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

3.2.9.3 Artigo 8 – Se quem mata casualmente um homem incorre no reato do homicídio (definição de homicídio culposo)

Há, também, outro dispositivo de suma importância, o artigo 8 da questão 64, em que Aquino define o que hoje se conhece como homicídio culposo. Pergunta a si, se aquele que mata involuntariamente deve incorrer em reato (condição de réu). Sobre isso, o filósofo assinala duas situações distintas:

Artigo 8 – Se quem mata casualmente um homem incorre no reato do homicídio.

Solução – Segundo o filósofo, o acaso é uma causa que age fora da nossa intenção. Por onde, o casual, propriamente falando não é intencionado nem voluntário. E, sendo todo pecado voluntário, segundo Agostinho, por consequência, o casual como tal não é pecado⁵³⁵.

Na primeira hipótese, o agente não tem qualquer traço de responsabilidade, não tem vontade de que o resultado se verifique, nem age a facilitar o acontecimento. Nesse caso, assinala Aquino, não haverá sequer pecado, quanto mais crime (lembrando que, para ele, todos os crimes são pecados, mas nem todos os pecados são crimes). Não há conduta e, portanto, não há responsabilidade penal. A solução defendida é exatamente a mesma da moderna dogmática.

Na segunda hipótese, o sujeito deixa de tomar um cuidado que lhe cabia:

Pode, porém, acontecer que aquilo que não é atual e por si mesmo querido ou intencionado, o seja acidentalmente, no sentido em que se chama causa acidental a que remove o obstáculo. Portanto, quem não remove o obstáculo donde resulta um homicídio, se devia fazê-lo, incorre de certo modo no reato do homicídio voluntário⁵³⁶.

Em alguns casos, o agente viola um dever objetivo de cuidado, sendo responsável pelo resultado que poderia ter evitado e não evitou. Isso pode acontecer, segundo o filósofo, de duas maneiras: “ou quando, praticando um ato ilícito, que devia evitar, dá lugar ao homicídio; ou quando não emprega o cuidado devido”⁵³⁷. Tomás de Aquino já tinha noção da distinção entre dolo e culpa. Tal distinção já era, a seu tempo, bastante antiga e remontava ao direito romano. Igualmente, o filósofo tinha noção da

⁵³⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 420

⁵³⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 420.

⁵³⁷ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, p. 421.

distinção entre imprudência (ato ilícito que se devia evitar) e negligência (quando não emprega o cuidado devido). Tomás de Aquino resume a questão da seguinte forma:

Por isso, segundo o direito, não incorre no reato de homicídio quem emprega a solicitude devida, ao praticar um ato lícito, do qual, contudo, resulta homicídio. Se, porém, praticar um ato ilícito, ou mesmo lícito, sem empregar a diligência devida, não se livra do reato do homicídio, se do seu ato resultar a morte de um homem⁵³⁸.

Mais uma vez, Aquino refere-se ao “direito”, obviamente tratando do direito vigente à época com o qual concordava. Havia, e esse é o ponto por ele defendido, três formas de conduta involuntária que resultavam em morte. Na primeira, o sujeito não contribui em nada para o evento e, por isso, não está passível do reato. Diferentemente daquele que age de forma que devia evitar, ou deixa de observar um cuidado que era de seu dever. Nesses dois casos, há uma conduta juridicamente relevante, sendo a primeira comissiva e a segunda omissiva. Em ambos os casos, o sujeito está passível do reato da pena, pois deu causa à morte. Na terceira hipótese, aquele que pratica o homicídio involuntário (ou culposo) deve ser punido com menos pena do que o indivíduo que o faz voluntariamente, conforme está dito na resposta à terceira objeção do artigo 4 da “questão 61”.

As soluções dadas por Tomás de Aquino nas três hipóteses são exatamente as mesmas do Direito Penal de hoje. A contribuição de Aquino nesse debate não é original e aparenta estar fiada nas opiniões jurídicas correntes e no direito então em vigor. Isso demonstra como o Direito Penal da Baixa idade média havia atingido certa sofisticação e em nada coincidia com os estereótipos construídos em torno das leis do período.

3.2.10. Outros pecados cometidos contra a pessoa (pena dos modernos, prisão como exceção)

Na “questão 65”, o primeiro crime em espécie a que a Aquino se refere é o homicídio, por ser o mais grave deles. E a mais grave modalidade de homicídio é justamente o assassinato de um inocente. Em seguida, o filósofo passa a abordar outras injustiças menos graves como a lesão corporal, o uso do açoite e o encarceramento. Alguns temas de interesse para a história da “pena dos modernos” estão presentes nessa questão:

⁵³⁸AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, p. 421.

Artigo 2 – Se é lícito aos pais açoitar os filhos, ou aos senhores, os escravos.

Solução –[...] Ora, danificar a outrem só é lícito como lhe sendo uma pena por alguma injustiça cometida. Ora, podemos punir justamente só aquele que está sujeito à nossa jurisdição. Portanto, só podemos açoitar aquele que está sob nosso poder. Ora, estando o filho sujeito à autoridade do pai e o escravo à do senhor, é lícito ao pai açoitar o filho e ao senhor, o escravo, por motivo de correção e ensino⁵³⁹.

O filósofo expõe perfeitamente a disciplina cristã da pena. Não se pode punir quem não tenha cometido uma injustiça, ou seja, um inocente, e a punição deve ter um fim que ultrapasse a si mesma. No caso da surra do pai no filho, ou do senhor no escravo, o sentido deve ser de “correção ou ensino”. A função educativa da pena, já esboçada em Agostinho, é revisitada por Aquino. O filósofo afirma que o sentimento de vingança está ligada à ira, e que os pais são proibidos de sentir ira por seus filhos. Apesar disso, estão autorizados a utilizar do açoite para ensiná-los, *conquanto não lhes inflijam açoites imoderados*⁵⁴⁰. A pena que é moderada, só se dirige a quem de fato tem culpa e tem um objetivo que aproveita ao apenado, não é de nenhuma forma sacrifício, como anteriormente defendeu-se.

No artigo 3, questiona-se se é lícito encarcerar alguém. A origem da prisão como pena é bastante controversa. É lugar comum no estudo das ciências criminais que a prisão como pena é um fenômeno da modernidade, afirmando que, até este período, havia tão somente a custódia cautelar no curso dos processos. Para alguns, inclusive, a pena de prisão é um fenômeno do capitalismo⁵⁴¹, sem jamais informar, porém, por que se fez tão mais severa nos países em que o capitalismo foi impossibilitado. Segundo estes, o tempo tomado pela prisão equivaleria ao tempo que seria gasto pelo trabalhador para receber como salário o dano que causou com seu ato.

Porém, autores clássicos como Agostinho, por exemplo, informam a existência da prisão, já considerada pena, na Antiguidade. Nas suas palavras, citando um de seus mais importantes influenciadores: “As Leis, segundo Cícero, estabelecem oito gêneros

⁵³⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (*Ila-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 423.

⁵⁴⁰Na resposta à primeira objeção: In: AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3(*Ila-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 423.

⁵⁴¹Lê-se em Bitencourt citando Melossi e Pavarini: “Consideramos interessante e sugestiva a análise de Dario Melossi e Massimo Pavarini sobre as causas que explicam o surgimento das primeiras instituições de reclusão na Inglaterra e na Holanda. Por essa razão convém citá-los. Dizem esses autores:“...É na Holanda, na primeira metade do século XVII, onde a nova instituição da casa de trabalho chega, no período das origens do capitalismo, à sua forma mais desenvolvida. É que a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador.” In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Volume I. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 497.

de penas: multa, prisão, açoite, talião, ignomínia, desterro, morte e escravidão”.⁵⁴² Agostinho se refere à prisão como pena, não como prisão processual, o que fica bem evidente ainda no mesmo capítulo quando indaga: *Que direis da prisão? Deve acaso permanecer encarcerado o réu apenas tanto tempo quanto durou o ato que lhe mereceu a pena?*⁵⁴³. Porém, os autores contemporâneos são, em geral, enfáticos em afirmar que a prisão na Antiguidade era apenas a “antessala dos suplícios”⁵⁴⁴. Tal afirmação parece, no entanto, um equívoco. Sustenta-se aqui que a prisão como pena estava presente na Antiguidade Romana, tanto que era tema de debate nas obras de Cícero e Agostinho, como se viu. Quanto à existência da prisão como pena autônoma na Idade Média, não se tem qualquer dúvida, é vastíssima a documentação nesse sentido⁵⁴⁵.

A prisão é um dos temas que interessa a Tomás de Aquino na Questão 65. Ao indagar-se se é lícito prender alguém, apresenta a seguinte solução: *E portanto, encarcerar ou prender alguém, de qualquer modo, é ilícito. Salvo por ordem da justiça ou como pena, ou como precaução para evitar algum mal*⁵⁴⁶. Parece-se que os critérios utilizados pelo filósofo medieval para aferir a licitude de uma prisão são os mesmos da atualidade: ser decretado pela justiça (juiz), ser pena (*poena*), ou como precaução para evitar algum mal (*periculum libertatis*), ou seja, como medida cautelar.

Na resposta à segunda objeção do mesmo artigo, Aquino assinala mais uma vez para a fragmentariedade do Direito Penal, ao afirmar que: *E, do mesmo modo, a justiça*

⁵⁴²AGOSTINHO, Aurélio, Bispo de Hipona. **Cidade de Deus (contra os pagãos)**. Volume II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 592.

⁵⁴³AGOSTINHO, Aurélio, Bispo de Hipona. **Cidade de Deus (contra os pagãos)**. Volume II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 592.

⁵⁴⁴Ainda segundo Bitencourt: “A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de “antessala” de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física do indivíduo.” In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Volume I. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 491.

⁵⁴⁵Um excelente exemplo são as estatísticas trazidas por Henry Kamen quanto à utilização das penas pelo tribunal da Inquisição de Toledo (cidade real), em que a pena de prisão era uma das mais utilizadas. In: KAMEN, Henry. **A Inquisição na Espanha**. Trad. De Leônidas Gontijo de Carvalho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966, p. 231. Da mesma forma, o foral de Tomar, transcrito integralmente em capítulos anteriores, traz as seguintes previsões para prisão: “Procedimento irregular do moleiro na recepção de maquiãs: Prisão e confisco de todos os Bens / Corrupção e aliciamento do mordomo ou das justças: Prisão e confisco de bens”.

⁵⁴⁶AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 424.

*humana não encarcera os delinquentes, por qualquer crime, mas só por certos*⁵⁴⁷. Mais uma vez, refere-se ao direito vigente em sua época, dando aqui um fundamental testemunho de que a prisão, como pena, não existia apenas no medievo. Era aplicada também aos casos mais graves, tal como ocorre no direito contemporâneo.

3.2.11. Do Furto e do Roubo

Na questão 66, Aquino trata dos crimes contra o patrimônio, antecipando questões importantes como a distinção entre furto e estelionato⁵⁴⁸. Interessa, especialmente, o artigo 7 da questão 66, o qual trata do furto famélico (designação dos dias atuais). Aborda a possibilidade de escusar a prática do furto, quando o agente está movido pela necessidade. A questão pode ser observada sob vários pontos de vista, do qual pelo menos três parecem ser sensíveis: o Direito Penal, o do Direito Canônico e o da Doutrina Social da Igreja.

Primeiramente, para iniciar a dialética, Tomás de Aquino cita o cânone: *Quem por necessidade imposta pela fome e pela nudez, furtar comida, roupa ou um animal, faça penitência por três semanas*⁵⁴⁹. O dispositivo reforça a *doxa*, uma vez que, ao início do artigo, a Aquino parece que a ninguém é lícito furtar por necessidade.⁵⁵⁰ Porém, Aquino adverte que, na ordem natural, as coisas inferiores existem apenas para satisfazer a necessidade do homem, não são, portanto, um fim em si, como pode parecer aos que defendem a propriedade frente à necessidade. O filósofo então resolve a questão da seguinte maneira:

Solução –[...] Por onde, a divisão e a apropriação das coisas permitidas pelo direito humano não obstam a que as coisas se destinem a satisfazer às necessidades do homem. E, portanto, as coisas que possuímos com Superabundância são devidas, pelo direito natural, ao sustento dos pobres [...]⁵⁵¹.

E conclui, apresentando uma completa definição de furto famélico:

⁵⁴⁷AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 424.

⁵⁴⁸“E, assim, o furto se opõe à justiça por consistir no apossamento da coisa alheia. A segunda é o dolo ou a fraude, que o ladrão comete, apoderando-se da coisa alheia oculta e como insidiosamente. Por onde, é manifesto que todo furto é pecado”. Artigo 5º, Questão 66 (IIa-IIae) In: AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 429.

⁵⁴⁹AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3(IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

⁵⁵⁰AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3(IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

⁵⁵¹AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3(IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

[...] quando corremos perigo iminente de morte e não é possível salvar-nos de outro modo – então podemos licitamente satisfazer à nossa necessidade com as coisas alheias, apoderando-nos delas manifesta ou ocultamente. Nem tal ato tem propriamente a natureza de furto ou rapina⁵⁵².

Assim, embora seja pecado furtar para satisfazer-se, conforme o cânone mencionado (*extra de furtis*), o filósofo defende a licitude do furto famélico. Ou seja, assim como bem explicitado na questão 96 (*Ia – IIae*) nem tudo que é pecado deve ser objeto das leis humanas e, nesse ponto, a lei humana não pode proibir a autopreservação — postulado do direito natural. A lei humana também não pode impedir de socorrer o próximo, quando em estado de necessidade, conforme a resposta à terceira objeção⁵⁵³.

Ao leitor menos atento, pode parecer que Aquino, na resposta ao artigo 7, pretende relativizar o direito à propriedade, utilizando o critério da necessidade. Não parece, entretanto, que essa tenha sido sua real intenção. A assertiva aqui apresentada respalda-se em dois motivos. Primeiro, porque, de acordo com o filósofo, *ao arbítrio de cada um é cometido dispensar os bens próprios para assim obviar aos necessitados*⁵⁵⁴. Ou seja, o dono pode ou não dispor de seus bens para aliviar aos pobres, sem que sua ação ou omissão de torne ilícita. Segundo, porque o filósofo deixa claro que a necessidade deve ser aguda, utilizando expressões como *necessidade evidente e imperiosa*⁵⁵⁵, *perigo iminente de morte*, *necessidade extrema*⁵⁵⁶ etc. Fica, portanto, evidenciado que o propósito do autor não é relativizar a propriedade (reconhecida por ele como um valor a ser tutelado pela lei), mas sim, não permitir que a lei humana deixe um valor maior ser sacrificado.

O entendimento de Aquino sobre furto causado pela necessidade é o mesmo do direito brasileiro contemporâneo. No caso do indivíduo que furta por imperiosa necessidade ou se encontra amparado pelo estado de necessidade, o fato é considerado atípico se o furto é famélico. Da mesma forma, na legislação brasileira, a necessidade deve ser extrema, constituindo absoluta exceção que os bens de terceiros possam

⁵⁵²AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

⁵⁵³AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

⁵⁵⁴AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

⁵⁵⁵AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

⁵⁵⁶AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 431.

licitamente ser esbulhados⁵⁵⁷. Isso está em acordo com a doutrina cristã do livre arbítrio, para a qual o ato punível deve ser uma escolha. Se o agente não tem escolha, impunível é seu ato, como foi defendido anteriormente. Assim, impunível será o furto cometido por força de necessidade extrema, solução que não encontra paralelismo em outros delitos. Logo, isso leva a acreditar, a princípio, que apenas os valores materiais são sacrificáveis a bem da necessidade.

3.2.12. Da injustiça do juiz ao julgar (princípio da competência, do livre convencimento motivado e do *actio trio personarum*)

Após falar brevemente dos crimes em espécie, Tomás de Aquino passa a investigar os vícios na aplicação da justiça. Embora seja voz corrente que a “ciência do processo penal” surge apenas no século XIX, Aquino, sem sombra de dúvida, traça uma rica teoria do processo, sob cinco prismas: o do juiz, o do acusador, o do réu, o da testemunha e o do advogado. Poucos ou talvez nenhum manual de hoje aborda o processo por estes cinco ângulos, evidenciando, como ocorre na Suma, que há um dever geral de justiça no processo que não vincula apenas as autoridades estatais, mas também o réu, as testemunhas e os advogados. Aquino, nessas poucas páginas sobre o tema, adianta inúmeros princípios do processo penal moderno, expõe regras de hermenêutica e de deontologia processual. Começar-se-á a análise pelo artigo primeiro.

No artigo 1, por exemplo, tem-se a discussão sobre “Se podemos julgar justamente quem de nós não depende”. O princípio da competência é fundamental no processo penal moderno, pois funciona, na prática, como um limitador da jurisdição. A existência de inúmeras divisões de competência permite o melhor exercício das liberdades públicas, pois impossibilita a existência de juízes com poderes ilimitados. Berman assevera que a existência de inúmeras jurisdições concorrentes, um fenômeno medieval, mas que se tornou marca dos sistemas jurídicos modernos, é uma das mais

⁵⁵⁷Excelente exemplo do que se afirma aqui pode ser encontrado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 119.672-SP no Supremo Tribunal Federal, em que as teses de Aquino sobre o furto famélico são todas confirmadas: “A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. (...) Os fatos, no Direito Penal, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos devem escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que “não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito Penal.(...) Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta da paciente”. (STF - HC: 119672 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-106 DIVULG 02-06-2014 PUBLIC 03-06-2014)

importantes características do direito ocidental⁵⁵⁸. O público alvo da Suma Teológica eram os estudantes seminaristas de então, pessoas que poderiam tornar-se legítimos juízes, segundo a estrutura de poder eclesiástico dessa época. Aquino dirige-se, portanto, àqueles que possivelmente se deparariam com uma série de incertezas na atividade judicatória, sendo a mais importante delas saber até onde vai seu próprio poder. A pergunta que o filósofo se faz, no intuito de auxiliar nessas possíveis reflexões, é: é possível julgar aquele que não nos é subordinado. A resposta é a seguinte:

Solução – A sentença do juiz é como uma lei particular aplicada a um fato particular. E, portanto, assim como a lei geral deve ter força coativa, como diz claramente o Filósofo; assim também a sentença do juiz deve ter força coativa para obrigar ambas as partes a lhe obedecerem; do contrário não seria eficaz. Ora, na ordem das coisas humanas, só tem poder coativo, licitamente, os que estão investidos de autoridade pública, e que se reputam superiores daqueles sobre os quais têm poder, quer ordinário, quer em virtude de uma comissão. Por onde, é manifesto que ninguém pode julgar, quer por comissão, quer por poder ordinário, senão quem lhe está sujeito⁵⁵⁹.

O primeiro ponto dessa solução é a afirmação segundo a qual a sentença é uma “lei particular”. Assim como a lei pretende submeter a todos os concernidos (identificados pela autoridade de quem a edita), a sentença deve vincular um número limitado de indivíduos, todos submetidos à autoridade do julgador. Neste aspecto, a conclusão de Aquino está relacionada à eficácia da sentença. Seria legítimo o julgamento de um juiz que não tem autoridade ordinária sobre as partes? Para Aquino, não. Para ele, a Justiça é, também, efetividade.

Aquino analisa a competência não sob a perspectiva dos limites daí decorrentes. Tal perspectiva é comum entre os juristas modernos que vivem sob uma jurisdição estatal soberana e centralizada. Contrariamente, Aquino analisa a competência a partir da possibilidade de o juiz impor suas decisões em um caso particular. Tal viés de avaliação era imprescindível durante a Idade Média, quando as jurisdições constituíam-se em soberanias concorrentes e fragmentadas.

Já no artigo 2, tem-se a questão “se ao juiz é lícito julgar contra a verdade que conhece, fundado no que lhe propõe, em contrário”, ou seja, é pertinente ao que conhece-se atualmente por “princípio do livre convencimento motivado”.

⁵⁵⁸BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006, p. 21.

⁵⁵⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 434.

Como se viu, no processo medieval germânico que predominou no continente Europeu durante toda a Alta Idade Média, as provas não tinham qualquer relevância para a solução das causas penais. O processo, como é concebido hoje, calcado em provas, indícios e verificações (portanto, um processo cognitivo), é um fenômeno mais recente do que se costuma supor⁵⁶⁰. O processo do século XIII — objeto dos comentários de Aquino — resultou na desmistificação do direito processual até então praticado por influência dos povos germânicos. A proibição dos ordálios no direito canônico foi um importante passo rumo a supressão da aleatoriedade. Fundamental, sem dúvida, para a ideia de um Direito Penal que não sacrificasse inocentes, como ocorria outrora. É evidente que proibir os ordálios não evitou injustiças, mas pelo menos, tornou-as ilegítimas.

Mas Aquino não estava tratando apenas da existência de provas ou da possibilidade de o julgador reconstruir historicamente os fatos e proferir uma decisão. O filósofo estava preocupado com a qualidade da prova que serviria de base à sentença. A questão colocada era: havendo dissonância entre o que o juiz sabe e o que foi provado nos autos, pode o magistrado escolher o que soube, mas não se materializou em prova judicial?

Na segunda objeção, o filósofo traz os ensinamentos veterotestamentários segundo os quais o juízo de Deus é o da verdade, e de que o juiz está autorizado a julgar segundo o que sabe.⁵⁶¹ A resposta de Aquino vai em outro sentido:

Solução —[...] Tratando-se, porém, de um caso particular, deve formar a sua ciência baseada nos instrumentos, nas testemunhas e em outros documentos legítimos de sua natureza, que deve seguir, ao julgar, mais do que na ciência que tem como pessoa privada. Dessa ciência, contudo pode ajudar-se para discutir mais rigorosamente as provas aduzidas, de modo a investigar-lhes melhor os defeitos. Mas, não podendo de direito repudiá-las, como se disse, deve fundar-se nelas seu juízo⁵⁶².

O juiz deve guiar-se pelo que foi juntado nos autos para fundar sua decisão. Deve restringir-se ao que foi produzido na instrução e é legítimo e *não pelo que recebeu*

⁵⁶⁰ Defende-se neste estudo que apenas o Tribunal da Inquisição formatou o processo a partir da verificação da efetiva existência do delito e de sua autoria. O inquérito foi essencial para que isso fosse possível pois permitia uma verificação preliminar do arcabouço prático e evitava denúncias vazias.

⁵⁶¹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 434.

⁵⁶² AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 435.

*de outrem*⁵⁶³. Há uma distinção, para Tomás de Aquino, entre a pessoa do juiz e a figura da autoridade. O homem pode informa-se livremente, o juiz deve informa-se no que é conhecido no juízo público⁵⁶⁴. O que o juiz toma conhecimento por terceiros, segundo Aquino, pode ser mais rigorosamente examinado. Essa é a essência do sistema inquisitório, em que o juiz colhe provas em busca do chamado princípio da “verdade real”⁵⁶⁵.

Modernamente, é impossível pensar em processo sem provas. Porém, como dito anteriormente, isso foi regra geral no direito europeu por pelo menos seis séculos. Quando Aquino escreveu a *Suma*, a Europa ainda convivia com sistemas de justiça em que as provas não tinham relevância para o resultado de controvérsias penais. Obviamente, Aquino não escreveu para juízes que participavam de tais controvérsias, mas para os que atuavam em Tribunais em que havia atividade probatória e em que as sentenças estavam vinculadas às provas colhidas durante o processo. No século XIII, parece não ter havido nenhum Tribunal secular com essas características.

Ao Defender que o julgador julgue apenas com base nas provas trazidas a ele oficialmente, Aquino pretende prevenir a autoridade judicativa quanto à possibilidade de contaminação pelos mecanismos do “bode expiatório”. Quando a violência comunitária se canaliza contra o acusado, dirige-se contra ele toda espécie de paixão. A função do processo penal é justamente evitar que essa espécie de “epidemia” influencie o juiz, transformando o julgamento em uma simples extensão do sacrifício. As regras do processo, portanto, constituem-se muito mais num mecanismo cuja finalidade seria evitar a influência sobre quem julga — impedindo que se imponha a narrativa da comunidade escandalizada — do que propriamente num meio para que as partes exponham suas narrativas.

⁵⁶³ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 435.

⁵⁶⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 435.

⁵⁶⁵ Embora muito se fale na atividade probatória com intenção condenatória na Inquisição, não se localiza essa permissão em nenhum dos regimentos internos dos Tribunais que se pesquisou. Encontrou-se, porém, a permissão de que o inquisidor produzisse prova em favor do réu, quando a prova lhe fosse desfavorável, conforme se lê no Regimento de 1640, Livro II – “Da ordem judicial do santo ofício”, Título XI, “Das mais diligências que se devem fazer antes de final despacho”, §5º: “Se a defesa do réu for tão limitada, ou na prova dela, considerada a qualidade do réu, e das testemunhas da justiça, houver tais circunstâncias, que pareça aos Inquisidores, que não está o réu bastantemente defendido, antes de se proporem em mesa seu processo afinal poderão mandar fazer nova prova à defesa, com mais diligências que lhe parecer necessárias, para melhor se averiguar a verdade e assim o pronunciarão nos autos por seu despacho.”

No artigo 3 há comentários concernentes ao chamado princípio do “*actio trium personarum*”, quando então Tomás de Aquino perquire sobre “se o juiz pode julgar mesmo quem não tem acusador”. É praticamente unânime na doutrina brasileira que nos processos canônicos da Inquisição não havia acusador e que o juiz acumulava as funções de juiz e promotor⁵⁶⁶. Trata-se de um equívoco enorme. As cortes da Inquisição tinham a figura do acusador, chamado de fiscal⁵⁶⁷ na Espanha e de promotor⁵⁶⁸ em Portugal. Os regimentos internos dos Tribunais eclesiásticos dedicavam títulos inteiros às competências dos promotores⁵⁶⁹. Na própria estrutura das questões de Aquino acerca da função de julgar, nota-se que a separação da atividade do tribunal entre julgador, acusador e defensor estava retratada, sem, no entanto, qualquer menção a outro modelo.

Os processualistas chamam o processo formatado com a existência de acusador, defensor e julgador de *Actio Trium Personarum* (ação de três pessoas). A descrição que Tomás de Aquino faz desse modelo de processo é lapidar:

Solução –[...] não podemos praticar a justiça para conosco mesmos, mas, para com outrem. Logo, é necessário que o juiz decida, entre duas partes; o que se dá sendo uma o autor e outra o réu. Logo, em se tratando de crimes, o juiz não pode condenar quem não tem acusador [...]⁵⁷⁰

O juiz, portanto, deve julgar em favor de um dos lados do processo, ou, nas palavras do próprio filósofo: “...*ele deve julgar entre o acusador e o réu*”⁵⁷¹. Para dar exemplo do valor do processo de partes, Aquino recorre a Paulo de Tarso, na famosa passagem bíblica em que o Apóstolo, cidadão romano, apela a César para provar sua inocência. Em *Atos dos Apóstolos* (25: 16) lê-se: *Respondi-lhes, que não é costume dos*

⁵⁶⁶A exemplo disso, lê-se em Paulo Rangel: “O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo, assim, sua imparcialidade.” In: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

⁵⁶⁷KAMEN, Henry. *A inquisição na Espanha*. Trad. De Leônidas Gontijo de Carvalho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966, p. 187.

⁵⁶⁸Conforme os três regimentos da Inquisição portuguesa.

⁵⁶⁹O capítulo 72 do Regimento interno da Inquisição Portuguesa de 1552, traz como título: “*Titulo do ofício do promotor de justiça da Inquisição*”. Os regimentos de 1613 e 1774 trazem a composição do corpo de cada Tribunal. No título I (II) do Regimento de 1613, lê-se: “Haverá em cada Inquisição três Deputados salarizados, com voto decisivo, como sempre se costumou e os mais sem salário, que parecer ao Inquisidor Geral, pessoas escolhidas, de letras, idade, virtude e consciência que bem possam servir ao diante o santo ofício de inquisidores, e assim um Promotor, três Notários, dois Procuradores, que defendam os presos, Meirinho, Alcaide do cárcere, dois Solicitadores, ou mais, sendo necessário, um Porteiro da Mesa do despacho, um Despenseiro, e os guardas necessários para serviço e ministério do cárcere e também haverá Qualificados, que revejam e examinem os livros, e censurem as proposições, nas Inquisições, que ordenar o Inquisidor-Geral.” Praticamente a mesma redação é encontrada no livro I, título I (1) do Regimento interno 1774. Note-se que, em ambos os casos havia além do inquisidor, acusadores e advogados contratados para prover a defesa dos réus.

⁵⁷⁰AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 436.

⁵⁷¹AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 437.

*romanos entregar um homem antes que ele, quando acusado, possa confrontar seus acusadores e tenha meios de defender-se da acusação*⁵⁷². Aquino recorre então a um relato do sistema judicial romano para justificar sua afirmação. Essa espécie de argumentação é bastante curiosa, porque Paulo estava se defendendo quando invocou o “costume” romano que, especificamente nesse caso, é tratado por Tomás de Aquino como modelo, em virtude de sua invocação por parte do Apóstolo. O importante, nesse ponto, é destacar que o processo, enquanto uma relação triangular, em que há a presença de um acusador, da defesa e de um juiz sentenciante, tem raízes na Antiguidade e manteve-se durante o medievo, tanto no direito bárbaro quanto no direito canônico.

3.2.13. Dos pecados contrários à Justiça no atinente ao réu (princípio do *nemo tenetur se detegere* ou da não auto-incriminação)

Como dito anteriormente, a Suma Teológica trata dos deveres de todas as partes envolvidas no processo, inclusive do réu. As questões relacionadas ao que pode ou não o réu fazer em sua defesa são fundamentais para averiguar se, em um sistema jurídico processual, o réu tem ou não efetivas possibilidades de defesa ou se as ações defensivas não passam de formalidades. A questão mais importante a ser colocada é se o réu tem ou não o dever de revelar a verdade à autoridade que o processa, ou seja, se tem o dever de colaborar, mesmo que isso implique em sua condenação.

No artigo primeiro da questão 69, Aquino se faz a seguinte questão:

Artigo 1 – Se sem pecado mortal pode o acusado negar a verdade que o condenaria⁵⁷³

Solução – [...] Se, porém, o juiz exigir o que não pode, na forma do direito, o acusado não está obrigado a responder-lhe, mas pode evadir-se à resposta apelando ou por outro meio lícito. Não lhe é, contudo, lícito dizer mentira.

O réu não é obrigado a produzir provas contra si próprio, dizem os processualistas de qualquer genuína democracia. Nos Estados Unidos da América o caso *Miranda vs Arizona* fixou o paradigma segundo o qual os policiais devem alertar o preso de seu direito ao silêncio. São os *Miranda warnings* (advertências de Miranda). Embora o chamado “princípio da não autoincriminação” seja tão importante, não há consenso sobre suas origens. Alguns defendem seu surgimento com a *Magna Carta*

⁵⁷²BÍBLIA DE JERUSALÉM. 1ª Edição. 10ª Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015, p. 1948.

⁵⁷³Parte destas reflexões está no artigo 2º da mesma Questão 69 (*Ila – Ilae*), intitulado “Se é lícito ao acusado defender-se cavilosamente”.

(1215). Outras fontes apontam o direito romano como origem do instituto. Sendo, porém, mais comum que se atribua seu surgimento ao período iluminista. John H. Langbein defende que apenas no final do século XVII e início do século XVIII o “privilégio” da não autoincriminação prevaleceu na *common law* inglesa⁵⁷⁴.

Porém, o princípio já é objeto de reflexão por parte de Tomás de Aquino no século XIII. Paradoxalmente, pensadores iluministas do século XVIII, como Beccaria⁵⁷⁵ e Bentham, eram críticos ao princípio, chegando o primeiro deles a defender que aquele que calasse a verdade em julgamento deveria ser apenado de forma mais gravosa⁵⁷⁶. Assim, possivelmente, o “privilégio” da não autoincriminação migrou da prática judicial para o campo das ideias jurídicas, ou seja, fora certamente uma contribuição dos práticos e não dos pensadores do direito moderno.

O direito de não autoincriminação, atualmente, engloba tanto o silêncio quanto a possibilidade de faltar com a verdade⁵⁷⁷, o que é ilícito na visão de Aquino. Apesar dessa distinção quanto ao alcance do instituto, o princípio está declinado no brocardo *nemotenetur se detegere*, o qual está perfeitamente descrito na Suma Teológica, quando o filósofo afirma cabalmente que é lícito calar em juízo: *Uma coisa é calar a verdade e outra, propor uma falsidade. Dessas duas coisas a primeira é lícita em certos casos. Pois ninguém está obrigado a confessar toda verdade [...]* ⁵⁷⁸.

De forma ainda mais explícita: *Assim, pois, ao réu acusado é lícito defender-se ocultando por meios adequados a verdade, que não está obrigado a confessar, por exemplo, não respondendo ao que não está obrigado a responder*⁵⁷⁹. Ou seja, o réu pode ocultar a verdade que o incrimina. A que serviria tal espécie de raciocínio, se não para preservar a vida, a propriedade e a liberdade daquele que se defende?

⁵⁷⁴Langbein, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law (1994). **Faculty Scholarship series**. Paper, p. 1066. Acesso em 04 de maio de 2017. Disponível em: >https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Privilege_Against_Self_Incrimination.pdf< .

⁵⁷⁵MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Princípio do *nemotenetur se detegere* e a prova do processo penal. **Revista Panóptica**, ano 1, volume 06, 2007, p. 64. Acesso em 20 de março de 2017. Disponível em http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_62-83/66.

⁵⁷⁶MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova do processo penal. **Revista Panóptica**, ano 1, volume 06, 2007, p. 64. Acesso em 20 de março de 2017. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_62-83/66>.

⁵⁷⁷Que encontra ao menos dois limites, o de não mentir quanto à sua identidade e o de não incriminar a terceiros, conforme: SANTOS, Marcus Renan Palácio. **Princípio do *nemotenetur se detegere* e os limites a um suposto direito de mentir**. Acesso em 13 de maio de 2017. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>>.

⁵⁷⁸AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 443.

⁵⁷⁹AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 443

É voz comum que a “verdade” era a essência do processo penal medieval, o que permitiria a tortura e toda espécie de abuso por parte do julgador. Todavia, para Aquino, a verdade não está acima do direito de defender-se. A verdade, assim, não era o cerne do processo ensinado na *Suma Teológica*. O que pode ser comprovado também no artigo 3 da Questão 69⁵⁸⁰, que versa sobre o direito de apelação, bem como no artigo 4, da mesma questão, o qual trata do direito do condenado injustamente à pena de morte a resistir às autoridades que o condenaram⁵⁸¹.

Tem-se no princípio do *nemotenetur se detegere* um dos mais importantes exemplos de como Tomás de Aquino adiantou as bases do moderno direito processual penal. Enquanto pensadores modernos como Beccaria e Bentham estavam preocupados com a conduta ética do acusado ante a seus julgadores, cinco séculos antes Aquino já observava o processo sob a óptica do réu que se defende. Sem dúvida, é a perspectiva do direito individual que, se não está completamente acabada, aparece embrionariamente nas lições de direito do filósofo medieval.

3.2.14. A pena dos modernos

Durante o presente capítulo procurou-se obedecer a ordem em que Aquino expôs os conteúdos relacionados ao direito e à justiça. Entretanto, deixa-se o presente artigo por último por ser este a mais cristalina explicação do que é a “pena dos modernos”. A “pena dos modernos”, pelo que se tem defendido nessa tese, é um meio-termo entre sacrifício e perdão. Pretende resguardar a comunidade e reforçar as normas de cultura violadas pelo transgressor, mas, ao mesmo tempo, busca corrigir o apenado para que ele possa voltar posteriormente ao corpo social. A “pena dos modernos”, ao contrário da “pena dos antigos”, não é um fim em si. Ela é um meio para um objetivo mais relevante do que simplesmente punir o réu.

Aquino assim define as penas:

Ora, as penas da vida presente não são aplicadas como um fim em si, porque ela não é o tempo último da retribuição. Mas, enquanto

⁵⁸⁰ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 444.

⁵⁸¹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 445.

corretiva, visando a emenda da pessoa do pecador, ou o bem da república, cuja tranquilidade é o que busca a punição dos pecadores.⁵⁸²

O que Aquino chama de pena, é exatamente o que se chama, neste estudo, de “pena dos modernos”, pois tem a dupla perspectiva da comunidade e do apenado. A pena descrita pelo filósofo nada tem em comum com a dos romanos, dos bárbaros germânicos, tampouco com a de alguns povos não cristãos da atualidade. Diferentemente das que foram mencionadas, a pena a que Aquino se refere tem como medida a necessidade. Não só a necessidade do corpo social, mas também a do que a experimenta.

Aquino relaciona à dupla função da pena, a existência de duas vias para o início da persecução penal: a denúncia e a acusação. A denúncia visa a correção fraterna e a acusação, a punição do delito⁵⁸³. A denúncia, diz o filósofo, visa a emenda do infrator, por isso é feita em favor dele⁵⁸⁴. Se o pecado é público, deve-se denunciar, para que assim se dê satisfação ao que dele tomaram conhecimento⁵⁸⁵. Levando em conta esta solução de Aquino, torna-se mais compreensível a afirmação da historiadora Reginé Pernoud de que o grande mérito da Inquisição foi substituir o *processo de acusação pelo inquérito*⁵⁸⁶. A Igreja criara um foro de denúncias sem acusação, especialmente em períodos como do “Édito da Graça”⁵⁸⁷.

Não resta dúvida, assim, que a pena de Aquino não é a mesma dos romanos, não é a de Caifás, nem mesmo a de Tobias Barreto. A pena de Aquino não é sacrifício, embora preserve parte de sua finalidade. Preserva parte do sacrifício e, por isso, pode-se dizer que é um sacrifício menor, um mal menor, um *katéchon*. A pena sustentada pelo filósofo é a mesma sustentada pelos juristas contemporâneos, variando apenas quanto à finalidade. Com os filósofos cristãos, em especial com Aquino, a pena adquire um porquê. As diferentes funções da pena que abundaram na modernidade fizeram da pena

⁵⁸² AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 438.

⁵⁸³ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 438.

⁵⁸⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 436.

⁵⁸⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 252.

⁵⁸⁶ PÉRNOUD, Régine. **Idade média: o que não nos ensinaram**. Trad. Maurício Brett Menezes. 2ªed. Rio de Janeiro: agir, 1994, p. 133.

⁵⁸⁷ Eram publicados éditos em que os “hereses” eram convidados a confessar-se e reconciliar-se com a fé. Durante esses trinta ou quarenta dias, os Inquisidores agiam com extrema benevolência. Não eram aplicadas penas graves. O procedimento estava previsto, por exemplo, no livro I – “Dos visitantes”, item 11, do regimento da Inquisição portuguesa de 1640. Acesso em 1º de setembro de 2014. Disponível em http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=98&id_obra=63&pagina=85.

muitas coisas, menos o que fora antes do medievo. Nos momentos em que a pena reaparece como sacrifício, aparece aos olhos dos juristas como uma triste paródia do direito antigo, que a ninguém convence de sua legitimidade.

3.2.15. Aquino e a “Pena Dos Modernos”

A obra jurídico-penal de Tomás de Aquino é pouco lida no Brasil. Um triste fato que pode ter incontáveis motivos. É possível que tal desatenção decorra da influência da doutrina alemã, país de maioria protestante cujos juristas, segundo noticiou Ihering⁵⁸⁸, em sua maioria, não se dedicavam ao estudo da escolástica. É possível ainda que as pesadas e constantes críticas dos autores iluministas à Igreja, ao poder Papal e à influência política da religião católica na esfera pública, tenham tornado alguns estudiosos refratários a qualquer possível contribuição do pensamento medieval. O certo é que muito se perde em não refletir sobre os pontos apresentados pelos filósofos medievais, em especial em não tomar contato com a obra de Tomás de Aquino. A natureza enciclopédica de seus escritos torna-o uma fonte de ideias jurídicas fundamentais ao Direito do Ocidente, bem como uma qualificada testemunha do Direito de sua época.

Pesquisar o Direito medieval é uma tarefa incrivelmente árdua, por conta das inúmeras fontes, a ausência de sistematização, e a enorme pluralidade de sistemas jurídicos. A leitura da *Suma Teológica* facilita essa tarefa, permitindo que o leitor escape dos “lugares comuns” correntes acerca do Direito medieval, sobretudo quando apresentam o período como uma era de barbárie e medo na qual vigia um Direito absolutamente irracional. Conhecer a obra do filósofo ajuda também a desvelar certos mitos relacionados ao Direito Canônico Católico. A Igreja e o Papado, longe de serem os promotores da barbárie jurídica do medievo, foram seus reformadores, o que fica evidenciado na leitura da obra de Aquino e dos decretos Papais dos séculos XII e XIII.

A riqueza do conteúdo jurídico presente no *Tratado da Lei* e no *Tratado da Justiça* é espantosa. Foi, inclusive, impossível abordar todos os aspectos relevantes de que o autor tratou. O principal intuito deste capítulo, no entanto, foi demonstrar que o que denominou-se no primeiro capítulo como “pena dos modernos” está presente de forma plena na obra do filósofo. A “pena dos modernos” foi descrita da seguinte maneira:

⁵⁸⁸Conforme o capítulo 2 deste trabalho.

“Pena dos Modernos”: É o avesso do sacrifício. Primeiramente, porque completamente secularizada, desprovida, assim, de qualquer elemento transcendente ou místico. Há nela uma aguda limitação da violência da pena (bem como a necessidade de proporcionalidade), devendo em todos os casos haver uma justificativa prática para a punição, não sendo suficiente a mera retribuição. Em todos os casos, deve ser um mal menor, ou seja, deve ser melhor ser punido do que permanecer à mercê da vingança comunitária. Não é aleatória, exige-se a identificação do responsável pelo delito. Assim como a pena dos antigos, só pode ser aplicada a partir de uma diferença decorrente de uma ação do sujeito. Ao contrário da pena dos antigos, a pena dos modernos tem por objetivo não só a comunhão da sociedade, mas também a possibilidade de salvar o indivíduo. Essa espécie de reprimenda só é possível com a construção do individualismo no Ocidente cristão, tornando possível a percepção de que o criminoso continua sendo, mesmo depois de condenado, parte da comunidade⁵⁸⁹.

A pena no direito ensinado por Tomás de Aquino é a exata expressão dessa ideia jurídica, visto que:

- a) A pena prevista na *Suma* é secularizada, deve provir da lei humana, outorgada por autoridade competente e com poder para fazer com que seja cumprida. Não só secular, mas também não se confunde com o pecado, tampouco se destina a corrigir todos os vícios ou impor determinada forma de vida. Não há nela nada de místico ou transcendente. Exatamente por esta razão, Aquino refere-se a elas como *penas da vida presente*⁵⁹⁰. A distinção entre pecado e crime estava bem consolidada, e não há qualquer menção à influência dos desígnios de Deus nos julgamentos;
- b) Há a limitação da violência, sendo a medida da pena a da necessidade. A pena deixa de ser a simples eliminação do “bode expiatório” do corpo social, sendo sua medida apenas a suficiente para emendar o pecador. A prisão é mencionada como uma pena que, como se sabe, era imensamente menos danosa dos que as penas dos bárbaros germânicos, como o açoite, a morte e as queimaduras com ferros em brasa. Além disso, o filósofo deixa claro que a *justiça humana não encarcera os delinquentes por qualquer crime, mas só por alguns deles*;

⁵⁸⁹Conforme o capítulo 1 desta tese.

⁵⁹⁰AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 438.

- c) A pena deve ter uma justificativa e não ser mera retribuição pelo injusto. O filósofo deixa claro: *Ora, as penas da vida presente não são aplicadas como um fim em si, porque ela não é o tempo último da retribuição*. Há, para Aquino, duas razões que podem levar uma autoridade a punir: i) o bem e a necessidade da república e; ii) a correção do apenado. Não se pode, segundo a ideia por ele defendida, punir por punir. Assim, a punição se dará como um mau menor;
- d) A pena, para Tomás de Aquino, não pode ser aplicada aleatoriamente. É necessário que haja processo com juiz isento, provas válidas, testemunhas confiáveis⁵⁹¹, direito a um advogado, acusador oficial, acusação formalizada e escrita⁵⁹². O juiz não deve decidir com base em meras suspeitas, nem com fulcro no que ouviu fora do processo. Em caso de dúvida ou indecisão, deve decidir em favor do réu. O acusado, ao contrário da opinião que predomina no meio jurídico⁵⁹³, tinha direito a defender-se com todos os meios lícitos, inclusive ocultando a verdade, quando esta lhe fosse desfavorável.
- e) A pena, em Aquino, é vista pela óptica da comunidade, mas também do réu. O filósofo pensa no réu não só quando fala sobre o julgamento e a necessidade de que o juiz obedeça a determinados parâmetros, mas também nos efeitos da pena sobre o réu. A pena deve corrigir o apenado, ou seja, prepará-lo para que não haja mal novamente. O pensamento de que a prisão deve reeducar moralmente o réu, com todas as dificuldades práticas, está fortemente presente no imaginário popular. Defende-se, aqui, que ela seja originária da filosofia cristã, pois, aparentemente, não existia no mundo antigo, tampouco no direito dos bárbaros germânicos. Essa ideia foi de vital importância para os penalistas iluministas, que ocuparam boa parte de suas obras pensando em como recuperar os condenados⁵⁹⁴.

Mas não só a concepção de pena de Tomás de Aquino é moderna. Suas lições de Direito antecipam tanto limitações ao poder do Estado⁵⁹⁵ quanto a igualdade entre

⁵⁹¹AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 449.

⁵⁹²AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 3 (IIa-IIae). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 439.

⁵⁹³A título de exemplo: PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010, p. 196.

⁵⁹⁴Um excelente exemplo disso é o *Panóptico* de Jeremy Bentham.

⁵⁹⁵Discorda-se, aqui, de Claudio Brandão quando de sua afirmação de que a limitação do direito punitivo se estrutura no século XIX. O autor parece confundir o fenômeno da limitação da pena, presente em episódios como o Concílio de Latrão IV (1215) e a edição da MAGNA CARTA (1215), com a sua

indivíduos. Antevê-se a existência de direitos individuais que independiam de reconhecimento do soberano. Tais ideias foram, por vezes, expressamente defendidas, noutras vezes, esposadas de forma embrionária. A defesa de que as leis não podem impor ônus diferentes aos governados; de que juízes não podem fazer diferenciação entre pessoas quando do julgamento; de que o réu pode defender-se usando todos os meios necessários (incluindo o uso da força, quando houver abuso de direito); que as leis só são leis se justas, e que os magistrados podem deixar de aplicá-las se isso se tornar evidente; de que as autoridades só podem julgar o que está em sua competência, abstendo-se das demais causas. Todos estes princípios compõem o Direito moderno. Embora não se saiba quais desses princípios e institutos são contribuições de Aquino e quais são parte de seu estudo sobre o Direito de sua época, ler a *Suma Teológica* enseja a nítida impressão de que muita coisa se perdeu com o declínio das universidades medievais e a ascensão da cultura dos salões que se propagou a partir do século XVII.

consequente teorização por dogmas do século XIX. Nas palavras do autor: "El Derecho Penal liberal, de un Estado Democrático de Derecho, se caracteriza por la limitación al jus puniendi. Con esa limitación se protege a la persona humana frente al Estado y, con eso, se restringe la aplicación de la consecuencia penal – la pena – a través de una serie de requisitos previos a su aplicación. En efecto, tales requisitos fueron estructurados a partir del Siglo XIX en tres teorías que fueron y conforman la dogmática penal, las cuales son, la Teoría del Crimen, la Teoría de la Pena y la Teoría de la Ley Penal, que generalmente son apuntadas como resultantes Del iluminismo penal, aunque con un desarrollo posterior autónomo". BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria y la raíz del derecho penal. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 165-186, jan./abr, 2017, p. 166. Acesso em 6 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/925>>

CONCLUSÃO

O presente estudo intencionou responder como pôde ter sido possível o afastamento do Direito Penal Ocidental de sua herança sacrificial. Buscou-se verificar, como objetivo principal, a causa das mudanças das formas punitivas no Direito Ocidental. A principal hipótese era a de que existiria uma diferença entre a religião predominante no Ocidente, o cristianismo, e as religiões sacrificiais. Essas religiões teriam dado origem a formas mais rudimentares de punição. Após a lenta difusão da revelação cristã, outras formas de punição teriam tornado-se possíveis, diferenciando sacrifício e pena.

Como objetivos secundários, definiram-se: a) demonstrar a estreita relação entre a pena e o sacrifício; b) abordar as ideias de Paulo e o surgimento de um “cristianismo sacrificial como adaptação dos ensinamentos cristãos a situações cotidianas das primeiras comunidades cristãs; c) demonstrar que Agostinho, especialmente quando tratou do paganismo dos romanos na “Cidade de Deus”, formulou uma concepção de justiça completamente distinta da percepção de seus contemporâneos; d) demonstrar que boa parte dos princípios considerados como base do direito penal estudado nos dias de hoje são tributários do direito romano e canônico

Também se elegeram as seguintes hipóteses secundárias: 1) é possível uma classificação das penas que se subdivide em “sacrifício”, “pena dos antigos” e “pena dos modernos – de acordo com o método de ideias-unidade proposto por Lovejoy –, sendo que a época na qual a pena foi pensada ou aplicada nada tem a ver com a classificação desenvolvida; 2) a concepção romana de Direito Penal é uma transição entre sacrifício e pena; e 3) o antissacrificialismo judaico e cristão marca a transição da antiga ideia da justiça como retribuição para a noção de justiça como perdão.

No primeiro capítulo, analisou-se o sacrifício como elemento fundador de toda a cultura humana e da origem sacrificial das penas. Demonstrou-se que pena e sacrifício têm a mesma origem e, no fundo, sob tantas camadas de linguagem e teorias que buscam “encobrir” a verdadeira natureza dos institutos, continuam a ser a mesma coisa. Com isso, cumpriu-se o primeiro objetivo secundário, isto é, o de demonstrar a estreita relação entre sacrifício e pena no mundo antigo, tendo em vista que aquele se relacionava diretamente à noção de justiça do período. Delineou-se, também, uma classificação dos tipos de penas existentes composta por três grupos: 1) sacrifício, ou penas sacrificiais; 2) pena dos antigos; e 3) pena dos modernos. Demonstrou-se também

que os diferentes tipos de pena desta classificação não se limitam a um critério temporal; e que, portanto, a pena descrita na Suma Teológica de Tomás de Aquino, apesar de datar da Idade Média, pode ser classificada como “pena moderna”; enquanto que as penas dos bárbaros germânicos, embora igualmente situadas no medievo, foram na verdade sacrifícios; e que, consoante a mesma lógica, o tipo de penas aplicado pelos jacobinos durante Revolução Francesa⁵⁹⁶, embora tendo ocorrido durante Idade Moderna, pertence ao tipo “pena dos antigos”. Assim, restou confirmada a hipótese secundária deste estudo, qual seja, a de que existiria uma classificação das penas que se subdivide em “sacrifício”, “pena dos antigos” e “pena dos modernos, de acordo com o método de ideias-unidade proposto por Lovejoy, e que a época na qual a pena foi pensada ou aplicada nada teria a ver com a classificação desenvolvida. Conclui-se, finalmente, que a concepção romana de Direito Penal configurou uma transição entre sacrifício e pena e que o antissacrificialismo judaico e cristão marcou a transição da antiga ideia da justiça como retribuição para a noção de justiça como perdão. Conforme se afirmou, o povo romano concluiu seu “salto no ser”, a sua abertura para a universalidade através da ética da justiça objetiva, por meio do Direito, iniciando a separação entre pena e sacrifício. Comprovou-se correta esta hipótese secundária. Nesse sentido, no primeiro momento da tese, cumpriram-se os objetivos secundários de: a) demonstrar a estreita relação entre a pena e o sacrifício; b) abordar as ideias de Paulo e o surgimento de um “cristianismo sacrificial como adaptação dos ensinamentos cristãos a situações cotidianas das primeiras comunidades cristãs.

No segundo capítulo, analisaram-se a obra de Agostinho e o Direito Penal dos bárbaros no interregno dos “séculos mudos” que separaram temporalmente Agostinho e Aquino. Demonstrou-se que Agostinho, especialmente quando tratou do paganismo dos romanos na “Cidade de Deus”, formulou uma concepção de justiça completamente distinta da percepção de seus contemporâneos e que, portanto, foi o filósofo o primeiro a defender a ideia de indivíduo que, alguns séculos mais tarde, tornou-se a fundadora do Direito moderno. Atingiu-se, portanto, com tal demonstração, o terceiro objetivo secundário da pesquisa. Destarte, a hipótese de que a concepção romana de Direito Penal é uma transição entre sacrifício e pena restou confirmada; bem como a de que o

⁵⁹⁶Embora não seja o tema da presente tese, cabe lembrar da ampla bibliografia dedicada à análise dos excessos cometidos pelos jacobinos durante a Revolução Francesa. Nesse sentido, vide: BURKE, Edmund. **Reflections on the French Revolution**. Londres: J. M. Dent & Sons, 1951. SCHAMA, Simon. **Citizens: A Chronicle of the French Revolution**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1989. ESCANDE, Renaud. **Le Livre Noir de la Révolution Française**. Paris: CERF, 2008.

antissacrificialismo judaico e cristão marca a transição da antiga ideia da justiça como retribuição para a noção de justiça como perdão

No terceiro capítulo, abordou-se a “Revolução Papal” e a concepção de pena em Tomás de Aquino, a qual se demonstrou não diferir em nada das atuais. Isso porque a pena de Aquino não é um sacrifício, embora preserve parte de sua finalidade, mas tão somente um sacrifício menor, um mal menor, um *katéchon* – exatamente como os juristas contemporâneos tendem defini-la, variando apenas quanto a sua finalidade. Nesse sentido, a pena de Aquino não é a mesma dos romanos; não é a de Caifás, nem mesmo a de Tobias Barreto. Ademais, demonstrou-se, a partir da análise da obra de Tomás de Aquino, que boa parte dos princípios considerados como base do direito penal estudado nos dias de hoje são, na verdade, tributários do direito romano e canônico. Com isso, cumpriu-se o quarto e último objetivo secundário da tese.

Ademais, restam algumas considerações adicionais em relação às ideias abordadas no decorrer da tese. Afirmou-se que as três formas de canalização da violência que compõem os sistemas penais de todos os povos existentes são o sacrifício, a “pena dos antigos” ou Talião, e a “pena dos modernos”. É importante lembrar que elas constituem fenômenos distintos, embora haja elementos do sacrifício em todas as formas de pena e, em certo sentido, as penas sejam sempre um sacrifício (menor, mas ainda um sacrifício). Da mesma forma, a “pena dos modernos” guarda muitos dos elementos da “pena dos antigos”, como a impossibilidade de substituir o apenado e a proporcionalidade entre crime e pena.

A pena, como fenômeno, beira à universalidade. Apenas os povos que ainda não a praticaram puderam, até o momento, prescindir dela. Depois de criá-la, nenhum povo jamais a aboliu. A “pena dos modernos”, pelo contrário, está restrita a um pequeno número de países. Apenas as democracias ocidentais, ou os países de outras regiões que foram por elas influenciados, optaram por esta peculiar forma de punição. A influência cristã na formação histórico-cultural é o que estes países têm em comum.

Sacrifício, “pena dos antigos” e “pena dos modernos” coexistiram e coexistem. Ainda há povos que resolvem seus conflitos sacrificando plantas, animais e até inocentes bebês. Da mesma forma, a “pena dos antigos” continua bastante presente, em especial em países não cristãos (como os muçulmanos), em países que rejeitaram a

tradição cristã (como os que adotam regimes ditos socialistas) e em países de tradição protestante (como os anglo-saxões), que se afastaram precocemente da unidade cristã⁵⁹⁷.

A “pena dos modernos” é, ainda, uma exceção, e talvez sempre seja, porque se opõe a algo que está na raiz de toda a cultura humana. Sacrificar é a segunda natureza do homem, é o recurso que o permitiu perdurar e escapar às infinitas espirais de violência que consumiram e fizeram desaparecer tantos grupos humanos. Pensar a pena sob o duplo prisma “comunidade/indivíduo” foi resultado, como dito, de uma improvável fusão de culturas e ideias, das quais o antissacrificialismo cristão é, sem sombra de dúvida, a mais importante.

Cristo mandou perdoar, dar a outra face, amar seus inimigos, acabar com os sacrifícios. Se assim ocorresse, todas as instituições humanas ruiriam e retornar-se-ia à “guerra de todos contra todos”, que tem, na doutrina cristã, o nome de “apocalipse”⁵⁹⁸. Ao perdoar, faz-se o que o Deus cristão mandou, mas se precipita o apocalipse. Ao sacrificar, prorroga-se o apocalipse, preservando a ordem social, ainda que contrariando a Deus. Entre sacrifício e perdão há um delicado meio termo, o *Katéchon*, que na esfera do Direito Penal é a “pena dos modernos”. Essa modalidade punitiva é ao mesmo tempo sacrifício e perdão, e, talvez, seja o máximo de perdão que pode haver para os crimes “deste mundo”.

Mas Cristo também ensinou que há coisas de Deus e há coisas de César. Seguir o mandamento do perdão indistinto, tal qual a *virgem entre os condenados*, tornaria impossível qualquer tipo de organização social. O choque entre a necessidade de medidas práticas para resolução de conflitos e os ensinamentos cristãos foi, então, uma das mais sensíveis questões a ser enfrentadas tanto pelos líderes da Igreja como por seus doutores. Líderes e doutores, ao serem instados a aplicar a doutrina cristã a problemas mundanos, formaram o que se pode chamar de um “cristianismo sacrificial”, ou seja,

⁵⁹⁷Nestes, mesmo sendo democracias ocidentais, há ao menos duas características que contrariam a ideia de “pena dos modernos”: em primeiro lugar, há penas excessivamente duras e irreversíveis, como pena de morte, a castração química e a prisão perpétua. Tais modalidades de pena por vezes são aplicadas a idosos ou a crianças de muito pouca idade. Por óbvio, estas espécies de punição não têm outro objetivo que não livrar de forma definitiva a comunidade do infrator. Em segundo lugar, há uma excessiva influência da esfera moral no campo do Direito Penal. Na Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, o homossexualismo foi considerado crime até 1967, 2003 e 2016, respectivamente. Em quarenta e nove dos cinquenta Estados americanos a prostituição é crime. Em vinte e dois dos Estados americanos embriagar-se em público (*publicdrunkenness*) é também um crime.

⁵⁹⁸Para melhores reflexões sobre a escatologia cristã: CHANTRE, Benoît. Clausewitz e Girard no coração do duelo. In: GIRARD, R. **Rematar Clausewitz**: Além Da Guerra. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011.

uma dialética entre o sacrifício (origem e base de toda ordem humana), e o cristianismo (o saber que desacredita todos os sacrifícios e, por conseguinte, todas as culturas).

Paulo puniu (expulsou) o incestuoso da comunidade de Corinto. Não havia como agir diferentemente, já que a pequena e frágil Igreja local não podia resistir à não punição de um crime dessa natureza. O incestuoso, mesmo punido, continuou a ser parte da Igreja, *qualis nunc est* (como ela é agora)⁵⁹⁹, embora talvez não faça parte dela *qualistuncerit* (como será então), quando o joio for arrancado⁶⁰⁰. Paulo deixa claro, porém, que é possível que o irmão criminoso esteja no Reino, quando o julgamento final ocorrer: *É preciso que, estando vós e o meu espírito reunidos em assembleia com o poder de nosso Senhor Jesus, entreguemos tal homem a Satanás para a perda da sua carne, a fim de que o espírito seja salvo no dia do Senhor* (Corintos I, 5-15). O fim da pena é a salvação do espírito. Paulo não perdoa o homem, nem o sacrifica.

A Igreja é, no “mundo”, uma “morada mista”, onde santos e pecadores encontram refúgio. Agostinho é muito explícito nesse ponto: *É preciso, pois, distinguir entre o Reino dos Céus em que estão tanto quem lhe põe em prática os ensinamentos como quem não os põe, sendo pequeno um e grande o outro, e o reino dos Céus em que não entra senão quem os pratica*⁶⁰¹. Apenas Deus pode decidir quem estará na Igreja *qualistuncerit*. Portanto, de maus ou bons, forma-se uma unidade. Todos fazem parte de uma só Igreja. Mesmo assim, Agostinho reconhecia a necessidade de punição, entretanto esta se daria exclusivamente com o intuito de educar o apenado⁶⁰².

Herdeiro de uma longa tradição doutrinária cristã, Tomás de Aquino definiu a pena dos modernos na Suma Teológica, questão 68, artigo 1, *Ila – Ilae*. A pena exposta pelo filósofo pode ter duas funções distintas: *a emenda da pessoa do pecador ou o bem da república*. O filósofo foi, ora doutrinador, ora testemunha da cristianização do direito

⁵⁹⁹ Expressão utilizada por Agostinho, conforme Voegelin In: VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 279.

⁶⁰⁰ VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012, p. 279.

⁶⁰¹ E prossegue: “...Assim, o primeiro, morada mista, é a Igreja qual é agora; o segundo, entrada única, é a Igreja qual será quando nela não haja pecadores. A Igreja é, pois, agora o Reino de Cristo e o Reino dos Céus.” In: AGOSTINHO, Aurélio, Bispo de Hipona. **Cidade de deus (contra os pagãos)**. Volume II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 521.

⁶⁰² Nas Palavra de Otto Schilling: “Tratando-se de casos em que os réus são pagãos e não está em jogo a causa da Igreja, Santo Agostinho reconheceria, em princípio, ao Estado o direito de implantar a pena de morte, em nome do bem comum e da conservação segura do Estado. Isto em princípio. Na prática, o bispo hiponense opor-se-ia a que tal direito fosse levado à prática, dado o seu carácter bondoso e em nome do ministério sacerdotal. O Estado, pelo contrário, careceria desse direito, tratando-se de hereges que hão de ser julgados pelo braço secular. Em tais casos, o fim único e exclusivo das penas seria a correção e emenda do réu” In: TRIGO, Jerónimo. Santo Agostinho sobre a pena de morte: a *intercessio episcopalis* entre o Direito e o Evangelho. **didaskaliaxli** (2011), p. 191-220.

romano e da rejeição do direito dos bárbaros germânicos. A “pena dos modernos” - aqui definida como avessa ao sacrifício, secularizada, limitada, não meramente retributiva, não aleatória, com o duplo objetivo de preservar a ordem social e não permitir o sacrifício do indivíduo – está integralmente rematada na obra de Tomás de Aquino.

A aparente ruptura promovida pelos iluministas foi uma reação contra um fenômeno então recente: o renascimento do Direito Imperial nos Estados nacionais em formação. *A pronunciada radicalidade dos juristas iluministas era apenas um retorno às bases de nosso direito.* E a luta dos juristas modernos do Ocidente continua sendo por uma pena que seja a negação do sacrifício. Em meio a uma sociedade que clama por ordem, lutam por um direito penal que não permita a impunidade, mas que, por outro lado, não sacrifique a “parte” a bem do “todo”. O direito penal reivindicado pelos “modernos” é, ao mesmo tempo, Caifás e Jesus Cristo.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO DE HIPONA. **Cidade de deus (contra os pagãos)**. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes.
- _____. **Cidade de deus (contra os pagãos)**. Volume II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012.
- _____. **O livro arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulos, 1995.
- _____. **O de excídio Urbis e outros sermões sobre a queda de roma**. Tradução de Carlota Miranda Urbano. Coimbra: Centro de estudos clássicos e humanísticos da Universidade de Coimbra. 2010.
- _____. **O livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus. 1995.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Estudos de direito romano**. Senado Federal, Conselho Editorial, 2009.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdés**. Curitiba: Juruá, 2011.
- ANSPACH, Mark. **Édipo mimético**. Tradução de Ana Lúcia Costa. São Paulo: É realizações. 2012.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 2(*Ia-IIae*). Tradução de Alexandre Correia. 4ª Edição. Campinas: Ecclesiae, 2016.
- AUGUSTINUS, Aurelius. **Aurelii Augustini De civitate dei: contra paganos librorum XXII**. De laHaye, 1737.
- AZEVEDO, Luis Carlos. **O direito visigótico**. Acesso em 26 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67491/70101>>.
- BACIGALUPO, E. **Principios de derecho penal** : Parte general. Madrid : Akal, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **O Direito Penal hispano-luso medievo**. Belo Horizonte: UFMG, 1960.
- BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e Fundamento do direito de punir**. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- BATISTA, Nilo. **Matizes Ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Néelson Jahr Garcia. Acesso em 26 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>.

BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: editora Unisinos, 2006.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. 1ª Edição. 10º Reimpressão. Coord. Gilberto da Silva Gorgulho. São Paulo: Paulus, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Volume I. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Bianca; CARLOS, Eduardo; ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. **Curso de filosofia do direito**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

BORNKAMM, Günter. **Paulo: Vida e Obra**. Traduzido por Bertilo Brod. Santo André: Academia Cristã, 2009.

BORROMEO, Agostino. **Publicadas as atas do simpósio internacional do Vaticano, realizado em 1998**. Acesso em 26 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.radiovaticana.va/portuguese/brasarchi/2004/RV252004/042507.htm>>

BORROMEO, Agostino. **Atas do Simpósio Internacional do Vaticano**, Cidade do Vaticano, 1998.

BRAGUE, Rémi. A lei de Deus: **a história filosófica de uma aliança**. Trad. Lúcia Pereira de Sousa. São Paulo: Loyola, 2005.

BURKE, Edmund. **Reflections on the French Revolution**. Londres: J. M. Dent & Sons, 1951.

CAMPBELL, Joseph. **O Herói de Mil Faces**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Cutrix, 1997.

CHANTRE, Benoît. **Clausewitz e Girard no coração do duelo**. In: GIRARD, R. Rematar Clausewitz: Além Da Guerra. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011.

CHESTERTON, Gilbert Keith. **Santo Tomás de Aquino**. Trad. Antonio Emílio de Araújo. Campinas: Ecclesiae. 2015.

CÍCERO, Marco Túlio. **Catilinárias**: Discursos de Cícero contra Catilina. Disponível em: <http://www.culturabrasil.pro.br/catilinarias_cicero.htm>. Acesso em 16 de maio de 2016.

_____. **Da república**, p.14. Acesso em 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000017.pdf>>.

_____. **Discursos I – Verrinas**. Traduzido para o espanhol por José Maria Requejo Prieto. Madri: Editorial Gredos, 2000.

CÍCERO, Marco Túlio. **Discursos: Primeira Catilinária**. Acesso em 13 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro02.html>>.

COELHO, Celso Barros. **O direito como razão e como história**. Imperatriz: Ética, 2007.

COSTA, Rafael de Oliveira. Raciocínio Moral (Moral Reasoning) e Raciocínio Jurídico (Legal Reasoning) no Exercício da Jurisdição Constitucional / Moral Reasoning and Legal Reasoning in the Exercise of Constitutional Jurisdiction. **Direito, Estado e Sociedade**, Iss 49 (2017). 49, 2017. ISSN: 1516-6104.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2002.

_____. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 1961.

CONTRERAS, Sebastián. Obligatoriedad de la ley humana y leyes puramente penales en Domingo de Soto y Francisco Suárez. **Revista eletrônica**, 2016, vol.12, n.1, pp.86-101. ISSN 1808-2432. Acesso em 5 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201604>>.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 3ª Edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DAHER, José Roberto. História do Direito Penal. **Revista eletrônica Facp**: Ano 1. Volume 1. Janeiro de 2012.

DALY, Robert J. Violence and Institution in Christianity. Innsbruck: **Contagion: Jornal of violence, mime and culture**, vol. 9, primavera de 2002.

DARNTON, Robert. **The Literary Underground of the Old Regime**. Harvard University Press, 1982.

DAVID, René. **Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos**. Trad. Jorge Sánchez Cordero. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

DAWSON, Christopher. **A formação da Cristandade**. São Paulo: É Realizações, 2013.

_____. **Criação do Ocidente: a religião e a Civilização medieval**. São Paulo: É realizações.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOSTOIÉVSKY, Fiódor. **Os Irmãos Karamazov**. Tradução de Natália Nunes. São Paulo: Abril, 1970.

EHRENFREUND, Norbert. **The Nuremberg Legacy: How the Nazi War Crimes Changed the Course of History**. Nova Iorque: Palmgrave Macmillan, 2007.

ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano**. Tradução de Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Aspectos do Mito**. Traduzido por Manuela Torres. Lisboa: Edições 70, 1989.

ESCANDE, Renaud. **Le Livre Noir de la Révolution Française**. Paris: CERF, 2008.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

FINNIS, John, **Aquinas: Moral, political, and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GANS, Eric. The origin of language: violence deferred or violence denied? Innsbruck: **Journal of violence, mimesis and culture**, vol. 07, spring - 2000.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GARDEIL, Henri-Dominique. **Iniciação à filosofia de São Tomás de Aquino: Introdução, lógica, cosmologia**. Tradução de Carlos Eduardo Oliveira. São Paulo: Paulos, 2013.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Traduzido por António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

GIRARD, René. **A rota antiga dos homens perversos**. Tradução de Tiago Risi. São Paulo: Paulus, 2009.

_____. **Aquele por quem o escândalo vem**. Traduzido por Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011.

_____. **Evolução e Conversão**. Tradução de Bluma Waddington Villar. São Paulo: É realizações, 2011.

_____. **Rematar Clausewitz: Além Da Guerra**. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011.

_____. **Ve o satán caer como el relámpago**. Editorial Anagrama, 2012.

_____. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução Lilia Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações. 2009.

_____. **O bode expiatório**. Traduzido por Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

_____. **O Sacrifício**. Traduzido por Margarida Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2011.

_____. **Rematar Clausewitz**. Traduzido por Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2011.

_____. **Ve o satan caer como el relámpago**. Traduzido do francês por Francisco Díez del Corral. Barcelona: Anagrama, 1999.

GIRARD, René; VATTIMO, Gianne. **Cristianismo e Relativismo**. Traduzido por Antonio Bicarato. Aparecida, São Paulo: Editora Santuário, 2010.

GIRARD, René; OUGHOURLIAN, J.M. e LEFORT, G. **Coisas ocultas desde de a fundação do mundo**. Traduzido por Martha Gambini. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2ª Edição. Niterói – RJ: Impetus, 2006.

GRUENLER, Curtis. Lewis and René Girard on desire, conversion, and myth: the case of *till we have faces*. **Christianity and Literature**, Vol. 60, nº2, Winter – 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist**. Chicago: University of Chicago, 1952.

HARDIN, Michael. **Violence: René Girard and the Recovery of Early Christian Perspectives.** Insbruck: **Contagion**, vol. XXXVII, Primavera de 1992.

HAZARD, Paul. **The Crisis of the European Mind: 1680-1715.** Tradução de J. Lewis May. Nova Iorque: New York, 1961.

HODGE, Joel. Conversion, the self, and the victim: East Timor and Girard's mimetic theory in dialogue. **Australian ejournal of theology**, n. 18, 2007.

GLEN HUGHES. **Transcendence and History: The Search for Ultimacy from Ancient Societies to Postmodernity.** Columbia: University of Missouri Press, 2003

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico.** Trad. Manuela Pinto dos Santos. São Paulo: Cultrix, 1973.

JUN, Nathan. **Toward a Girardian Politics.** Studies in Social and Political Thought, University of Sussex. Disponível em: <<http://www.sussex.ac.uk/cspt/documents/14-2.pdf>> Acesso em 29 de junho de 2016.

KAMEN, Henry. **A inquisição na Espanha.** Trad. De Leônidas Gontijo de Carvalho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** Tradução de Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KÖNCZÖL, M. The Relevance of Roman Law: A Look at its Roles and Ideologies. La pertinence du droit romain: un regard sur ses rôles et ses idéologies. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** 112, 99-113, May 2017. ISSN: 02541106.

LANGBEIN, John H.. The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law. **Faculty Scholarship series**, Paper 550. 1994.

LEA, Henry Charles. **A history of the Inquisition of Spain.** Nova Iorque: MacmillanCompany, 1906.

_____. **A History of the Inquisition of the Middle Ages.** Vol I, II e III. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

LETOURNOU, Charles. **L'évolution juridique, Dans les diverses races humains.** Paris: Lecrosnier et Babé, 1891.

LEVI-STRAUSS, Claude. **O Cru e o Cozido.** São Paulo: Brasiliense, 1991.

_____. **As estruturas elementares do parentesco.** Traduzido por Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LÉVY-BRUHL, L. **A mentalidade primitiva.** Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2008.

LEWIS, C, S. **Imagem descartada:** para compreender a visão medieval do mundo. Tradução de Gabrielle Greggersen. São Paulo: É realizações. 2015.

LIMA, Ricardo Antônio Fidelis de. **Da Ira, de Sêneca:** Tradução, introdução e notas. Dissertação em filosofia defendida no programa de pós-graduação de filosofia da USP, 2015.

LOVEJOY, Arthur. **A Grande cadeia do Ser.** Traduzido por Aldo Barbieri. São Paulo: Políndromo, 2005

LLORENTE, Miguel de la Pinta. **La inquisición española.** Madri: Archivo Agustiniano, 1948.

MACEDO, Elaine Harzheim e BRAUN, Paola Roos. Jurisdição Segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no Paradigma do Processo Democrático de Direito: Algumas Reflexões. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET.** Curitiba PR - Brasil. Ano VI, nº 12, jul-dez/2014

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Princípio do *nemotenetur se detegere* e a prova do processo penal. **Revista Panóptica**, ano 1, volume 06, 2007.

MANGUI, Sergio. Traps for sacrifice: Bateson's Schizophrenic and Girard's scapegoat. **Word Futures**, n. 62, 2006.

MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. **Ensaio sobre a natureza e a função do sacrifício.** In: _____. Ensaios de Sociologia. Traduzido por Luiz João Gaio. São Paulo: Perspectiva, 1981.

DE MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Espritdeslois.** Libr. de F. Didot Frères, 1867.

MOULE, Charles Francis Digby. **Punishment and Retribution:** An Attempt to Delimit Their Scope in New Testament Thought. Prefaceto a Mennonite Central Committee Occasional Paper Publication, 1990.

MUMFORD, Lewis. **The Culture of Cities.** Nova Iorque: Harcourt Brace Jovanovich, 1970.

NETO, Alberto Paulo. A relação entre direito e moral em Habermas: a análise preliminar a "Faktizität und Geltung". **Princípios**, Vol 23, Iss 42, Pp 209-246 (2016). 42, 209, 2016. ISSN: 0104-8694.

NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NOWAK, Susan. The Girardian theory and feminism: critique and appropriation. **Innsbruck: Contagion**. Vol. 01.p.21.

NUNES, Cláudio Pedrosa. **Uma reflexão conceitual-jurídico-cristã de justiça em Tomás de Aquino**. Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

ORTEGA Y GASSET, J. **Notas**. Buenos Aires: Espasa – Calpe. 1938.

PALAVÉ, Wolfgang. Hobbes and the *Katéchon*: the secularization of sacrificial Christianity, **Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture**, v. 2, n. 1, p. 57-74, 1995.

PALAVÉ, Wolfgang. Order out of chaos in the theories of Carl Schmitt and René Girard. **Synthesis**, v.1 (Spring): 87-106, 1995.

PATURET, A. Droit et Ordre Social dans l'Antiquité Romaine: Morceaux Choisis. **Contemporary Readings in Law & Social Justice**. 4, 2, 629-652, Sept. 2012. ISSN: 19489137.

PERNOUD, Régine. **Idade Média: o que não nos ensinaram**. Trad. Maurício Brett Menezes. 2ªed. Rio de Janeiro: agir, 1994.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010.

PLUTARCO. **Vidas paralelas**. Tomo I. (tradução livre), p. 81-82. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000476.pdf>>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGO, Francisco Javier. **Historia verdadera de la inquisición**: Vol I, II e III. Madrid: Imprenta de Alejandro Gomez Fuentenebro, 1876.

RODRIGUES, Nuno Simões. **Mitos e lendas da roma antiga**. Lisboa: Livros e Livros, 2005.

ROMA. **Lei das XII Tábuas**. Acesso em 14 de maio de 2015. Disponível em: <<http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>.

ROSSI, PO. **Traité de droit penal**. Bruxelles: Meline, Cans et Compagnie, 1850.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Tobias Barreto**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1917.

SALDANHA, Nelson Nogueira. A lei das XII tábuas e o Direito Penal Romano. In **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 58, n. 195, jul./set., 1961. Acesso em 30 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.unicap.br/Arte/ler.php?art_cod=1590> .

SANDERS, Ed Parish. **Paulo, a lei e o povo judeu**. Traduzido por José Raimundo Vidigal. São Paulo: Academia Cristã/Paulus, 2009.

SANTOS, Marcus Renan Palácio. **Principio do nemotenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir**. Fortaleza: Ministério, 2013.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Invasão vertical dos bárbaros**. São Paulo: É realizações, 2012.

SCHAMA, Simon. **Citizens: A Chronicle of the French Revolution**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1989.

SCHAUER, F. LAW'S BOUNDARIES. **Harvard Law Review**. 130, 9, 2434-2462, Oct. 2017. ISSN: 0017811X.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1): 29-41, 2007.

SERES, Michel. **Le tragique et la pitié. Discours de réception de René Girard à l'Academie française et response de Michel Seres**. Paris: Lê pommier, 2007.

SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Traduzido por Agostinho da Silva. São Paulo: Minha, 1988.

SOUTHERN, Richard William. **A Igreja Medieval**. Tradução de Fernando Barros. Lisboa: Ulisseia, 1970.

STARK, Rodney. **The rise of Christianity: how the obscure, marginal Jesus movement became the dominant religious force in the western world in a few centuries**. Nova York: HarperCollins. 1997.

STEFANI, G; LEVASSEUR, G; BOULOC, B. **Droit penal general**. Paris : Dalloz, 1997.(Precis dalloz: Droit prive). ISBN: 2-247-02562-5.

STORK, Peter. An introduction to the Work of René Girard. *In*: BAILIE, G. **Violence Unveiled**. Nova York: Crossroad, 1999.

STRAUMANN, Benjamin. Constitutional thought in the late roman republic. **History of political thought**. Vol. XXXII. nº2. Nova York: Summer, 2011.

SUSIN, Luiz Carlos. Da religião do sacrifício à religião da fraternidade. **Revista Teocomunicação**. Vol. 40. Nº3. Porto Alegre, set/dez 2012.

SUTHERLAND, EH. **Principios de criminologia**. São Paulo : Martins, 1949.

TESTAS, Guy; TESTAS, Jean. **A Inquisição**. Trad. De Alfredo nascimento. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

TITO LÍVIO. **Ab Vrbe Condita. Volume I**. Traduzido para o Inglês por Canon Robers. Londres: Ernest Rhys, 1905. Disponível em:
<<https://sites.google.com/site/adduartes/tito-livio/livio01>>. Acesso dia 01 de junho de 2015>. Acesso em 21 de maio de 2016.

TRIGO, Jerónimo. **Santo Agostinho sobre a pena de morte: a *intercessio episcopalis*** entre o Direito e o Evangelho. Lisboa: Didaskaliaxli, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Cançado. A pré-história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estóico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 69 - 111, jul./dez. 2016. ISSN Eletrônico: 1984-1841. Acesso em 06 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1782/1695>>.

VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito natural e política**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

VOEGELIN, Eric. **Ordem e história Volume I: Israel e a revelação**. Tradução de Emília Camargo Bortolotti. São Paulo: Loyola. 2009.

_____. **História das ideias políticas. Volume II**. São Paulo; É realizações, 2010.

_____. **História das ideias políticas. Volume III**. São Paulo; É realizações, 2011.

_____. **Historia das ideias políticas: Helenismo, Roma e Cristianismo primitivo**. Tradução de Henrico Mendo Castro. São Paulo: É realizações. 2012.

_____. **Ordem e história. Volume I.** Traduzido por Cecília Camargo Bartolotti. São Paulo: Loyola, 2009.

_____. **Reflexões autobiográficas.** Tradução Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É realizações, 2008.

VON RAD, Gerhard. **Teologia do Antigo Testamento. Volume I.** Traduzido por Francisco Catão. São Paulo: Associação de seminários teológicos evangélicos, 1973.

WALTER, GJ. Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano / Perspectives on the Roman Law Tradition: past and future of Roman Law. **Sequência** (Florianópolis). Florianópolis, 70, 163, 2015. ISSN: 2177-7055.

WESTERMANN, Claus. **Teologia do Antigo Testamento.** Traduzido por Frederico Dattler. São Paulo: Paulinas, 1987. P

WOLFF, Hans Walter. **Bíblia – Antigo Testamento: introdução aos escritos e aos métodos de estudo.** Traduzido por Dulcemar Silva Maciel. São Paulo: Paulinas, 1978.

WOOD, Amy Louise. **Lynching and spectacle.** Charlotte: The University of North Carolina Press, 2009.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br