

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA**

LAURO RODRIGUES DE MORAES RÊGO JÚNIOR

**O processo brasileiro de autonomização da ordem de ação
jurídica:
um olhar inspirado na Sociologia do Direito de Max Weber**

Brasília
2021

LAURO RODRIGUES DE MORAES RÊGO JÚNIOR

**O processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica:
Um olhar inspirado na Sociologia do Direito de Max Weber**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Sociologia do Departamento de Sociologia do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Sociologia.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Haydée Glória Cruz Caruso
Co-orientador: Prof. Dr. Eurico Antônio Gonzalez
Cursino dos Santos

Brasília
2021

REGO JUNIOR, L. R. M. O processo brasileiro de autonomização da ordem jurídica: um olhar inspirado na Sociologia do Direito de Max Weber. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Sociologia.

Aprovado em: ___/___/___

Banca examinadora

Profª. Draª Maria Stela Grossi Porto:
Membro Interno

Prof.: Dr. Daniel Marchionatti Barbosa
Membro Externo

Prof. Dra. Débora Messenberg Guimarães:
Suplente

“Nos braços de Isabel eu sou mais homem,
Nos braços de Isabel eu sou um deus,
Os braços de Isabel são meu conforto
Quando deixo o cais de porto
Pra viver os sonhos meus”
(Nos braços de Isabel, Sílvio Caldas, 1960)

Mulata fuzarqueira da Gamboa
Só anda com tipo à toa
Embarca em qualquer canoa
(Mulata Fuzarqueira, Noel Rosa, 1931)

Me banhei com guiné, alfazema e dandá
Defumei com quarô, benjoin
E de pano da costa
Batizei no Bonfim
(Feita na Bahia, Maria Bethânia, 2009)

Eu não sou politiqueiro
Meu negócio é um pandeiro
Dentro da legalidade
Sou poeta popular
Dentro da legalidade
Ninguém pode me calar
(Samba da Legalidade, Zé Kéti, 1965)

Cresce, neguinho, me abraça
Cresce, me ensina a cantar
Eu vim de tanta desgraça
Muito te posso ensinar
Muito eu te posso ensinar
Capoeira, posso ensinar
Ziquizira, posso tirar
Valentia, posso emprestar
Liberdade só posso esperar
(Upa Neguinho, Elis Regina, 1966)

Chega no morro com carregamento
Pulseira, cimento, relógio, pneu, gravador
Rezo até ele chegar cá no alto
Essa onda de assalto está um horror
Eu consolo ele, ele me consola
Boto ele no colo pra ele me ninar
De repente, acordo, olho pro lado
E o danado já foi trabalhar, olha aí!
(Meu Guri, Chico Buarque, 1981)

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Luana Araújo Matos,.
À minha avó, Dometilia Bento de Araújo.
A elas o meu incondicional amor.

AGRADECIMENTOS

A todos os familiares, amigos e professores que me têm me auxiliado nesta árdua e gratificante caminhada acadêmica.

A Luana, Kim, Dometilia, João Victor, Lucas, Deyvis, Ana, Edu, Dudu, Léo, Marina, Teresa Maia, Daniel Maia Pol, Regis Pol, Rosa Fraga, Eugênio Fraga (in memoriam), Lauro (in memoriam), Maria Hercila (in memoriam).

RESUMO

ABSTRACT

ÍNDICE

Introdução.....	p. 10
Metodologia.....	p. 17
Capítulo I: Notas sobre a análise weberiana da ordem de ação jurídica em ‘Economia e Sociedade’.....	p. 35
Capítulo II: Ocorrência sociológica do Direito no Brasil-colônia e sua caracterização de tipo predominantemente privado ou regulamentar.....	p. 57
Capítulo III: O processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica.....	p. 101
Conclusão.....	p. 127
Referências Bibliográficas.....	p.131

INTRODUÇÃO

Em 2020, completou-se 100 anos da morte de Max Weber (1864-1920). Mas, infelizmente, não se pôde celebrar a atualidade de suas contribuições como manda o figurino. É que, desde então, abateu-se sobre todos os países do mundo, com maior ou menor severidade, mas com a mesma grandeza em termos de nocividade e preocupação, a Pandemia de Covid-19.

O contexto de escrita da presente dissertação de mestrado não é senão o de um mundo envolto em notícias de internações, hospitalizações e um sem-número de outras moléstias gravosas que têm se manifestado. O cenário mundial de incertezas econômicas e sanitárias, relativas ao aparecimento dessa novel doença, paralisou importantes fluxos globais de troca de conhecimento acadêmico, trancou boa parte do mundo civilizado e os intelectuais em suas residências, onde quer que estivessem. O ineditismo do momento histórico contemporâneo à presente pesquisa pode ter sua gravidade aferida pelo número ascendente de óbitos em todas as partes do mundo.

Sobre a Pandemia de Covid-19 de 2020, o Prof. Dr. Rudolf Stichweh ¹, da Universität Bonn, afirmou tratar-se de um paradigma moderno e inédito, no qual todas as esferas da vida estariam em torno do sistema de saúde, em perspectiva *concêntrica*, para resgatar um termo lühhmanniano empregado pelo autor.

Apesar e muito a despeito das terríveis conseqüências sociais que, nesse momento, assolam a América Latina e, mais especialmente, também o Brasil, é que construímos, no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UnB (PPGSOL/ UnB), a presente pesquisa. Nela, buscamos inspiração na Sociologia do Direito de Max Weber para compreender o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica. Foi com esse espírito, que percorremos trechos relevantes da obra do autor, especialmente, como asseveramos, a sua Sociologia do Direito, presente em *Economia e Sociedade*.

A oportunidade de examinar essa temática revelou-se sobremaneira importante para mim, e sua escolha me remete a um prévio percurso de formação acadêmica, iniciado antes mesmo do curso de Mestrado Acadêmico em Sociologia. Durante a minha primeira

¹ STICHWEH, Rudolf. Simplificación de lo social durante la pandemia del corona-virus. *Revista Em Tese*, Florianópolis, Vol. 17, n.2, Jul/Dez, 2020, Seção Especial Covid-19 (2020), pp. 16-23.

graduação, em Ciências Sociais (2016), na Universidade de Brasília (UnB), pude aprender alguns conceitos weberianos, bem como desenvolver alguma prática de leitura da obra desse autor.

Maior que fosse o desafio, dada a sua vastidão, conhecer a produção acadêmica de Max Weber tornou-se um mote e acompanhou-me, também, durante a minha segunda graduação, desta vez, em Direito (2019), pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Ao longo desse percurso, chamava-me a atenção alguns aspectos relacionados à recepção de Max Weber no Brasil. Na minha visão, seria importante refletir sobre o modo de como alguns cientistas buscavam compreender o nosso país, simplesmente transpondo, sem qualquer mediação significativa, a dinâmica de análise, ou mesmo os conceitos presentes nos escritos weberianos. Na minha concepção, essa forma de pensar implicaria em renunciar a conhecer os *processos formativos locais* e as *particularidades* – que Weber, parece-me, ter tanto chamado a atenção.

Ainda assim, o processo de autonomização das ordens de ação social, a que se dedica nosso autor, era tema novíssimo para mim e o mestrado em Sociologia mostrou-se como uma possibilidade de aprofundamento. Nessa linha, a imersão no texto pouco didático de ‘Economia e Sociedade’, passava a reclamar sua leitura desde a perspectiva de um dicionário de conceitos. É que uma pesquisa que buscasse compreender o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica, tomando por inspiração, a Sociologia do Direito de Max Weber, careceria de adensamentos, sendo o principal deles a identificação de ferramentas apropriadas ou aplicáveis ao nosso contexto.

A teor do que dissemos, identificamos *as ferramentas direito público e direito privado*, sobre as quais discorreremos mais adiante. Em seguida, verificamos que a autonomização da ordem de ação jurídica de que nos fala Max Weber em Economia e Sociedade dialoga com o contexto brasileiro quando, historicamente, surgem tendências empíricas de maior independência entre a ordem de ação jurídica, em relação a outras ordens de ação. Estas, nutridas por um corpo muitas vezes comum de valores (esfera de valor ²), vão orientando a ordem de ação dos indivíduos de modo tendencialmente homogêneo, importando-nos, neste trabalho, sobretudo, caracterizar o momento histórico

2. No presente trabalho, entende-se por esfera de valor o conjunto de valores que nutre a ordem de ação de determinado grupo de indivíduos. Além disso, em nosso estudo, classificaremos esse conjunto a partir de certo grau de autonomia que ele adquire, em consonância com a ordem de ação, das diversas esferas do social.

de seu descolamento ou de tendência empírica à maior independência entre essas ordens, no caso brasileiro.

A obra que escolhemos como ponto de partida para fincar o nosso olhar, os dois volumes de *Economia e Sociedade*, resulta de uma escolha metodológica da presente investigação. Podemos destacar que esta – *Economia e Sociedade* – é, provavelmente, a única obra de Max Weber que possui um estudo inteiramente voltado a compreender a esfera do Direito, ou seja, é nesta obra que residem os principais textos de Sociologia do Direito escritos por Max Weber. Essa parte da produção weberiana mostrou-se tão verdadeiramente relevante que mereceu, no curso da *Max-Weber-Gesamtausgabe* (MWG) uma coleção particular, sob o título simplesmente de Direito³.

Nesta dissertação, buscaremos inspiração no processo de autonomização narrado por Weber, no qual diversas ordens de ação social parecem se orientar por um corpo de valores comuns, isto é, com enorme coincidência empírica e baixo grau de diferenciação entre ordens de ação. Neste cenário, encontram-se menos autonomizadas as diversas ordens de ação social e suas esferas de valor, logo que as linhas ideativas coincidem.

Dedicaremos o primeiro capítulo do presente estudo para refletir, sinteticamente, sobre o esquema weberiano presente em ‘*Economia e Sociedade*’ acerca da esfera do Direito. Comentaremos, brevemente, o processo descrito por Max Weber e localizaremos uma ferramenta metodológica para analisarmos o contexto brasileiro, com as suas particularidades, isto é, preenchendo a nossa análise, não de forma a replicar a análise weberiana, como se os aspectos ideacionais examinados por Weber produzissem exatamente os mesmos sentidos daqueles que examinamos no caso particular do Brasil⁴.

Muito ao contrário, após o *examine* da dinâmica anotada por Max Weber acerca da esfera do direito, buscaremos compreender o processo histórico-formativo da dinâmica particular brasileira, isto é, o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica. Por meio desta, a partir de análise histórica, adaptaremos a matéria-prima teórica com vistas ao ‘resultado concreto da adaptação’, como asseverou Eurico Antonio Gonzalez Cursino dos Santos (2008)⁵.

³ Ao discorrer sobre essa parte da *Max-Weber-Gesamtausgabe* (MWG), Mario Reiner Lepsius anotou acerca da particular dificuldade de penetração no texto, dada a sua perspectiva pouco didática, o que a nós não nos caberá opor qualquer divergência. Sobre isso, confira-se: REINER LEPSIUS, Mario. ‘*Economia e Sociedade*’: a herança de Max Weber à luz da edição de sua *Obra Completa* (MWG). Tradução de Sibeile Paulino. In: **Tempo Social. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo**, v. 24. n. 1, jun. 2002, pp. 137-145.

⁴ Sobre o tema revise-se o texto que citamos à nota de rodapé n. 14.

⁵ Idem.

Isso ocorrerá para que possamos identificar quais são as particularidades brasileiras em relação à autonomização da ordem de ação jurídica. Para tanto, será mobilizado o esquema valorativo para a compreensão senão do que esta ordem de ação jurídica também representa entre nós. Gabriel Cohn (2003), em sua obra, chamou a atenção para o que considera o ‘aspecto decisivo e nuclear de toda a concepção metodológica de Weber: a idéia da autonomia das diferentes *ordens da ação social*’⁶ e, de fato, merece-nos melhor atenção, nas pesquisas weberianas no Brasil, compreender como o esquema valorativo local opera, nas esferas locais, em ordens de ação específicas e inter-relacionais, dando-se destaque, no presente estudo, para a ordem de ação jurídica.

Weber ocupa-se de compreender um processo por ele mesmo denominado de autonomização das esferas, o que se manifestou, inclusive, quando de sua análise da esfera do direito. No presente estudo, partiremos da hipótese geral de que, na modernidade, as linhas de ação, as tendências gerais e sociologicamente previsíveis de ação social passam por um processo de transformação. Para tanto, identificaremos eventos históricos que configurem alguns indícios empíricos brasileiros da transformação de que estamos a falar, a partir de uma inspiração weberiana.

Na esteira do que dissemos mais acima, no primeiro capítulo anotaremos algumas reflexões sobre a análise weberiana da autonomização da ordem de ação jurídica, dando destaque a alguns elementos identificados por Max Weber, especialmente privilegiando aqueles que podem dialogar com o nosso contexto. É este o principal motivo de percorrer a obra como um dicionário de conceitos ou ferramentas e identificar aqueles de que lançaremos mão logo em seguida.

Feito isso, a chave de leitura do segundo capítulo é examinar o processo histórico-formativo brasileiro, no qual teremos por foco o período histórico compreendido desde o início da colonização europeia, em que se inicia um processo contínuo e jamais abandonado de recepção endógena de idéias e valores, até o início do século XIX, quando ocorre, historicamente, certo desenvolvimento da autonomia empírica e valorativa da ordem de ação jurídica, conforme veremos

No *momentum* histórico relativo a quase todo o período colonial, descreveremos como ocorreu, no plano empírico, uma aproximação das ordens de ação. Perceberemos que, durante esse período, as ordens de ação, bem como as esferas de valor são quase equivalentes. Em outras palavras, a classe dos juristas letrados, a classe dos que possuem

⁶ COHN, Gabriel. **Crítica e Resignação: Max Weber e a teoria social**. – 2ª Ed. atual. – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11.

monopólios econômicos, a classe dos que possuem o monopólio do poder de disposição dos meios coercitivos de estado, seja o poder dos grupos que preenchem internamente as estruturas de dominação oficiais, como os tribunais, as igrejas, os órgãos fiscalizadores, sejam as companhias de comércio etc., cada qual operando em esferas de valor bastante aproximáveis, e com quase nenhuma autonomia.

Assim, a dinâmica de valores relevantes, no período colonial, orienta as ordens de ação de forma muito coincidente, muito próxima, e leva a observar o comportamento dos diversos grupos sociais, sob a perspectiva de ordem de ação e de esferas de valor notadamente aproximáveis.

Destarte, no capítulo terceiro, o foco encontrar-se-á na perspectiva de caracterizar possíveis linhas, possíveis caminhos de autonomização da ordem de ação jurídica no Brasil ⁷ – tratando de traçar uma hipótese sociológica fundamentada e relevante para o processo de que estamos a tratar. Nela, teremos por pano de fundo, o descolamento do corpo de valores – esferas de valor – que nutre, progressivamente, a ordem de ação jurídica, de modo a diferenciá-la substancialmente das demais.

Após a chegada da Família Real de Portugal, quando se implanta a Monarquia Brasileira, inicia-se, concomitantemente, um processo de ‘reinauguração institucional’. Foi nesse período histórico, notadamente a partir de 1808, que começam a surgir eventos históricos que apontam para uma reconfiguração da estrutura burocrática judicial.

Lenine Nequete, ao descrever, historicamente, a formação de um aparato judicial no Brasil do século XIX, nos deu a conhecer do que podemos chamar de especialização da burocracia judicial no Brasil, com a criação de novos tribunais, com vistas à ‘mais pronta e imparcial administração da justiça’, como, por exemplo, na criação da Casa de Suplicação do Brasil, ‘para que ali se findem todos os pleitos em última instância por maior que fosse o seu valor’ ⁸, com a correlata fixação de ritos processuais e instâncias ordinárias, bem como regras de competências jurisdicionais.

Não se olvide, nesse processo histórico-formativo, uma ulterior especialização das funções magistráticas, isto é, com o consumo d’algum período de tempo, os juízes, que antes acumulavam vários cargos, deixam de exercê-los simultaneamente, passando a exercer uma magistratura profissionalizada.

⁷ Residindo, neste ponto, o objetivo específico do capítulo terceiro. Repise-se: compreender o processo histórico de autonomização da ordem de ação jurídica no Brasil.

⁸NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. Volume I: Império. Supervisão de Nelson Kraemer Haesbaert. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, pp. 18-19.

Essa especialização das funções desempenhadas profissionalizou a Justiça no Brasil, prendendo o indivíduo ao cargo e favorecendo, historicamente, que as sentenças abandonassem a sua perspectiva de ‘justiça do rico e do poderoso’ para que se buscasse, pelo menos no plano das esferas de valor, ‘a benéfica entidade protetora de todos os direitos’⁹, o que somente ocorre quando a ordem de ação passa a ser nutrida por um corpo de valores específicos e independentes. Assim, ao longo do século XIX, esse corpo de valores disponíveis a informar a ordem de ação jurídica fica, progressivamente, mais independente, apontando para um caminho brasileiro de autonomização.

Mas, o que mais revelou-se a nós surpreendente, no curso da presente pesquisa, foi a interação entre a categoria raça e a esfera do direito, e seus relevantíssimos impactos para a pesquisa que se propõe aqui. Pesquisando acerca dos registros históricos e dos debates de época, informaremos, a teor do capítulo terceiro, como a ocorrência histórica da escravidão negra tem profunda sinergia com o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica.

Esse fato ficará progressivamente mais claro com os questionamentos sobre o descumprimento da legislação que proibia o tráfico negreiro, que adveio no início do século XIX. As novas regras, que pretendiam abolir o tráfico, não encontravam cumprimento algum, razão pela qual podiam ser consideradas letra morta, ou seja, constituíam-se em mero regulamento legal, sem indícios significativos de que sua vigência produziria qualquer efeito geral ou relevante na vida social.

Os relatos históricos que abordaremos a teor do capítulo terceiro informarão, ainda, sobre o fomento à inegociabilidade do cumprimento das leis, isto é, de como as leis brasileiras ganham progressivo aspecto de cogência e eficácia, tão logo a dinâmica abolicionista tenda a renovar as concepções jurídicas então vigentes, oxigenando, sem embargo, a esfera de valor jurídico e impactando, por fim, na própria autonomização da ordem de ação jurídica.

Por fim, traçaremos a hipótese de que seriam os debates acerca da libertação dos “cativos” e a correlata agitação social de cunho abolicionista que levariam ao processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica. A hipótese geral e fundamentada a que chegará esta investigação colocará em evidência o que será para nós uma das principais *particularidades* do Brasil, a centralidade e a dinâmica da escravidão em todas

⁹ Idem, p. 91.

as esferas da vida, e a ulterior importância que esta – a escravidão negra – virá a ter no processo que investigaremos, de autonomização da ordem brasileira de ação jurídica.

METODOLOGIA

A análise sociológica de Max Weber tem como elemento central a dinâmica dos valores como chave de leitura para acontecimentos sociais orientados por uma dimensão *recorrente e socialmente significativa*, isto é, baseada em valores que importam à Sociologia por caracterizar um conjunto geral de *regras válidas e subjetivamente reproduzidas* pelos sujeitos a partir de uma orientação direcionada a *finalidades*. Assim, podemos dizer que a organização da sociologia weberiana coloca o individualismo metodológico como método central porque a dinâmica valorativa ocorre com a reprodução – no sentido do que é sociologicamente recorrente – de ações não singulares, mas *concatenadas* por uma lógica geral prática – racionalização específica da dinâmica da vida – na qual os valores são a chave central de leitura.

Isso significa que mesmo os elementos mais estruturais da análise weberiana têm por horizonte metodológico a *compreensão racional de práticas sociais recorrentes*, que apontam a finalidades pretendidas –, ainda que relacionadas a fenômenos sociais *aparentemente* mais gerais ¹⁰. Essa ilustração fica mais clara na leitura de Schluchter quando este cientista – que teve um papel importante na edição da *Max-Weber-Gesamtausgabe* (MWG) – compreende o edifício da produção acadêmica de Weber localizando a singularidade que confere Weber à dinâmica dos valores. Para tanto ¹¹:

Eu equiparo o programa de pesquisa weberiano com a teoria da ação orientada por regras. Mas, existe orientação para isso na sociologia empírico-compreensiva de Max Weber? Eu asseguro que sim, desde que se observem algumas determinações preliminares, pois, para Weber (1956, p. 1), *a sociologia é uma ciência empírica que 'pretende compreender interpretativamente a ação social, e, deste modo, explicá-la causalmente em seu curso e seus efeitos'. Ele a define como uma ciência interpretativa da ação e que, desse modo, explica, ou seja, que também considera os efeitos intencionados ou não-intencionados em fenômenos macrossociais que já não podem ser compreendidos, apenas observados. A ação, assim, prossegue Weber, 'deve entender-se como um comportamento humano (não importa se se trata de um fazer, um sofrer ou tolerar externos ou internos) sempre e quando os agentes vinculem a ela um sentido subjetivo'. No centro da análise, portanto, está o conceito de sentido. Por ação social, continua a sua definição:*

¹⁰ A falsa aparência de generalidade importa no plano subjetivo para atingir determinado fim pretendido ou não. Estes fins alcançáveis têm interconexão explícita com os valores normalmente empregados pelas agências.

¹¹ SCHLUCHTER, Wolfgang. Ação, ordem e cultura: fundamentos de um programa de pesquisa weberiano. Tradução de Carlos Eduardo Sell. In: **Revista Política e Sociedade**. Florianópolis, volume 19, n. 45, Mai/Ago de 2020, pp. 19-55, p. 26.

‘deve entender-se aquela ação que, segundo o sentido visado pelo agente ou pelos agentes, se relaciona com o comportamento de outros e que em seu curso se orienta segundo tal’ (WEBER, 1956, p. 1). *É neste contexto que se inserem o mutualismo e a dupla contingência o que ficam mais claros na definição de relação social, definida como ‘um comportamento de vários agentes acordado mutuamente segundo o conceito de sentido e orientado desta maneira’ (WEBER, 1956, p. 13, § 3). Isso marca a transição da orientação da ação para o nível da coordenação da ação.* Ora, já nestas poucas definições iniciais podemos encontrar os elementos que são comuns a todas as teorias da ação: o conceito de compreensão, o conceito de sentido, o mutualismo e a dupla contingência, a análise de múltiplos níveis e a competência linguística e pragmática. O decisivo, porém, é como o conteúdo destes conceitos é definido e como eles são postos em **relação**, pois somente quando isso ocorre de modo determinado é que temos, de fato, um programa de pesquisa weberiano.

Logo que Max Weber admite a sua ênfase no subjetivamente visado da ação individual fica claro o seu foco na dinâmica de valores sociais ¹². Um dos grandes pontos da análise é que esses valores informam a agência e podem iluminar fenômenos sociais mais estruturais, tendo na base, uma concatenação relacional de eventos informada por valores sociais em perspectiva multinível.

Assim, fica comprometida a análise de ordem sociológica que se pretenda cientificamente válida ou racional que não leve em conta necessariamente a questão epistemológica da dupla contingência como fator importante de iluminação do empírico ¹³. Nesse sentido, a explicação de ordem sociológica que se pretenda monocausal ou monorelacional pode, sem embargo, escamotear elementos do empírico bem como as consequências de práticas sociais valorativamente orientadas ¹⁴. Neste ponto, o autor admite que se abandona uma perspectiva monocausal para verificar-se, no plano das recorrências sociológicas, o surgimento de uma rede coordenada de acontecimentos empíricos causais e sociologicamente relevantes.

A inter-relação de que estamos a falar pode ser ilustrada por outros pesquisadores quando se tem em mente, como mostramos em Schluchter, que a dinâmica valorativa é elemento central para a sociologia weberiana, logo que fenômenos macroestruturais poderão ser corretamente compreendidos num programa de pesquisa weberiano quando os valores são reunidos para caracterizar um agrupamento de recorrências que informará

¹² Este conceito weberiano ficou mais claro à luz da publicação dos dois volumes da *Ética Protestante e o espírito do capitalismo* (1906), na qual a crença desmagificada e o emprego de valores determinados em uma dinâmica social específica produziram efeitos não pretendidos no plano econômico. Também não se despreze aqui uma leitura deste mesmo conceito nos estudos da ética econômica das religiões mundiais, por todos conhecido.

¹³ Já que, para Weber, a Sociologia é conhecimento científico eminentemente empírico.

¹⁴ Wolfgang Schluchter, no mesmo artigo a que fizemos menção na nota de pé de página n. 2 também se ocupa de denunciar algumas limitações objetivas da construção sociológica (p. 36), chamando a atenção para fatos não sociologicamente relevantes, como as características singulares que fogem à explicação compreensiva das ciências do espírito e que serão estudadas por outras ciências como a Psicologia ou a Biologia.

– ainda que em sede macro – uma *aglutinação de diversos e repetidos fenômenos* micro e substancialmente individualizáveis ao mesmo tempo, logo que a sede da ação visada é enfaticamente subjetiva, muito embora os seus efeitos possam ser socialmente dimensionáveis.

Mas isso não ficará completamente claro na leitura dos textos iniciais de nosso autor. Veja-se que a dinâmica valorativa em Weber não abandona a sua sede singular, subjetiva, e seu papel ganhará importância quando analisada – esta dinâmica – segundo tipologias que informam, numa *combinação de ações coordenadas e racionalmente agrupadas*, sobre a *dimensão social* analisada. Ao escrever sobre o tema do individualismo metodológico weberiano na pesquisa sociológica, Gert Albert *et al* asseveraram que ¹⁵:

A abordagem weberiana no nível micro não se concentra na ação, mas no sentido da ação. A ação coletiva ou as consequências das ações também podem ser examinadas no nível macro. Não pode haver processos de definição de significado fora da consciência individual. O postulado de rastrear os macro fenômenos de volta às ações individuais não exclui, é claro, a emergência. Nem impede que as ciências sociais estudem fenômenos macro. [Tradução nossa] ¹⁶.

Assim, o que fora sublinhado no trecho do *Aspekte des Weber-Paradigmas* é que o foco de Max Weber é a localização da ação social para compreensão de um sentido causal e racional, por meio da interconexão entre as ações que se repetem no plano empírico. Por isso a dicção – inclusive aqui grifada – de que a Sociologia tem como traço marcante de sua objetividade conhecer, agrupar ações subjetivas recorrentes, não havendo sentido socialmente visado se desconsiderada a *consciência subjetiva*. Ocorre que o agrupamento analítico não se entorna em obstáculo para a compreensão de fenômenos macrosociológicos ou mais exteriores – muito ao contrário, é este um dos temas centrais da obra que acabamos de transcrever, por isso a sua importância em termos metodológicos ¹⁷.

¹⁵ ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz. Einleitung. In: ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz (Hrsg.). **Aspekte des Weber-Paradigmas**: Festschrift für Wolfgang Schluchter. VS Verlag für Sozialwissenschaften. GWV Fachverlage, GmbH, Wiesbaden, 2006, p. 8.

¹⁶ “Nicht die Ausrichtung auf das Handeln, sondern auf den Handlungssinn führt die weberianische Ansatz auf den mikro-ebene zurück. *Kollektives handeln oder Handlungsfolgen lassen sich auch auf der makro-ebene untersuchen. Sinnsetzungsprozesse kann es jedoch außerhalb von individuellen Bewusstsein nicht geben.* Das Postulat der Zurückführung der Makro-phenomene auf individuelle Handeln schließt natürlich die Emergenz nicht aus. Es hindert die Sozialwissenschaften auch nicht daran, die Makro-Phänomene zu untersuchen.”

¹⁷ Com efeito, não se pode afirmar em perda da agência ou comprometimento da redução simplesmente por voltar-se o objeto de pesquisa a macrorregularidades ou à emergência de novos conteúdos no conjunto social. Ao contrário, a literatura parece sublinhar o caráter proximidade do micro e o macro na análise

Mas a consciência subjetiva de que estamos a falar, cientificamente auferível em termos da finalidade visada, é observada analiticamente na *dinâmica valorativa geral* – esta última servindo de base, como temos asseverado, para a observação de processos de formação macrossociológicos. Neste processo de *reconstrução racional dos fatos da vida*, os fatos empíricos são observados como *evidências interpretativas* do real ¹⁸:

Somente por meio dessa distinção é possível para Weber colocar a categoria da realidade plena e vivida a serviço do conhecimento objetivante ¹. O erro fundamental de Gottl e Munsterberg é a confusão do processo psicológico do conhecimento com seu sentido lógico agora sua validade empírica. Se isso for visto separadamente, também mostra que - mesmo que "fenomenologicamente, a interpretação não se enquadra simplesmente na categoria de subsunção sob regras" (WL: 70 nota de rodapé 1) - "Entender" e explicar "não são opostos incompatíveis. Em vez disso, 'entendimento' só pode ser demonstrado como válido por referência à experiência (cf. WL: 115). Esse movimento engenhoso permite que Weber enfatize a independência do entendimento e, ainda assim, não deixe que as ciências do entendimento terminem como formas artísticas puras de interpretação.

O esquema explicativo que Weber delineia requer a evidência da interpretação, sua capacidade de ser experimentado e re-experimentado, para não ser equiparado à sua validade. Isso mostra muito claramente que o desenvolvimento do esquema explicativo de Weber não pode ser reconstruído sem a questão da objetividade da constituição científico-cultural da cidade oposta. Finalmente, Weber vê que a evidência fenomenológica das avaliações de uma expressão de vontade estrangeira, que requer uma declaração, tem um "significado lógico indireto" (WL: 116), uma vez que nessas avaliações "o senso de interesse histórico está ancorado" (WL: 116). Por esta razão, Weber também pode alegar que as pessoas que julgam são os 'portadores' (WL: 116) do processo histórico, dentro do qual, é claro, o processamento científico da cultura também se encontra. [Tradução nossa] ¹⁹

weberiana. Nesse sentido: “[...] *Nun ist das Vorliegen von Makroregularitäten kein zwingendes Argument für starke Emergenz, denn Makroregularitäten können sich auch dann finden lassen, wenn Makrophänomene reduzierbar sind, da sich die Mikroregularitäten auf der Makroebene ja wieder abbilden lassen müssten* (Coleman, 1994a: 3; Mayntz 2002: 10).” Ou, “[...] Agora, a presença de macro-regularidades não é um argumento convincente para a emergência forte, porque macro-regularidades também podem ser encontradas se macro-fenômenos são redutíveis, uma vez que as micro-regularidades teriam que ser mapeadas novamente no nível macro (Coleman, 1994a: 3; Mayntz 2002: 10).” (Tradução nossa). In: GREVE, Jens. Max Weber und die Emergenz. Eine Programm eines nicht-reduktionistischen Individualismus? In: ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz. Einleitung. In: ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz (Hrsg.). **Aspekte des Weber-Paradigmas**: Festschrift für Wolfgang Schluchter. VS Verlag für Sozialwissenschaften. GWV Fachverlage, GmbH, Wiesbaden, 2006, p. 25.

¹⁸ ISENBÖCK, Peter. Verstehen und werten. Max Weber und Jürgen Habermas über die transzendentalen Voraussetzungen kulturwissenschaftlicher Erkenntnis. In: ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz (Hrsg.). **Aspekte des Weber-Paradigmas**: Festschrift für Wolfgang Schluchter. VS Verlag für Sozialwissenschaften. GWV Fachverlage, GmbH, Wiesbaden, 2006, p. 89.

¹⁹ “Erst durch diese Unterscheidung ist es Weber möglich, die Kategorie der erlebten, vollen Wirklichkeit in den ‘dienst objektivierenden Erkenntnis’ zu stellen. Der Grundirrtum Gottls und Münsterbergs sei die Verwechslung des psychologischen Hergangs der Erkenntnis mit ihrem logischen Sinn, nunns ihrer empirischen Geltung. Ist dies eigensehen, zeigt sich auch, dass – auch wenn ‘die deutung phänomenologisch nicht einfach unter die Kategorie der Subsumtion unter Regeln fällt’ (WL: 70 Fn.1) – ‘Verstehen’ und ‘Erklären’ keine unvereinbaren Gegensätze sind. Vielmehr ist ‘Verstehen’ nur durch den Bezug auf Erfahrung als geltend demonstrierbar (vgl. WL: 115). Dieser genialer Schachzug erlaubt es

Temos sublinhado, até o presente momento de nossa análise, que: (i) a dinâmica explicativa weberiana tem por elemento central o individualismo metodológico como forma de *organizar* as diferentes e simultâneas *ações subjetivas* e também que; (ii) o esquema weberiano permite compreender, sem abrir mão do que acabamos de dizer – o indivíduo como sede da ação social – alguns *processos formativos históricos e simultaneamente macroestruturais*. Muito embora essa correlação pareça mutuamente excludente ou contraditória em seus próprios termos, esta aparência não resistirá a uma análise da produção acadêmica de Max Weber.

É que a busca por *compreensão racional da ação subjetivamente visada* e os seus respectivos *sentidos valorativos* é organizada, metodologicamente, em processos não-dedutivos, esquemas abrangentes ou gerais, mas em organização sistemática dos valores em *linhas de ação específicas*, na qual cada um dos grupos de indivíduos determinados se comporta segundo um conjunto comum de *práticas específicas historicamente rastreáveis ou delimitadas temporalmente*.

Mais adiante, passaremos a expor como, na abordagem weberiana, o *conjunto de ordens de ação*, agrupada segundo critérios semelhantes, e *orientados por especificidades histórico-causais* foi *sistematizado* numa *sociologia das esferas de ação social* e que isto ficou mais claro com a publicação por Marianne Weber e Johannes Winckelmann – em edição por estes organizada, e que mereceu reformulações no âmbito da *Max-Weber-Gesamtausgabe* (MWG)²⁰ – dos dois volumes de ‘Economia e Sociedade’.

Antes disso, e ainda sobre a *organização sistemática* de grupos sociais que produzem *sentido* com suas ações em linhas determináveis (*esferas de valor*), Wolfgang Schluchter, em analisando a temática na sua obra *Entwicklung des Okzidentalen Rationalismus*, observou a impossibilidade de compreender fenômenos macroestruturais com teorias gerais, ilustrando o procedimento analítico de Weber ao agrupar segundo o

Weber, die Eigenständigkeit des Verstehens zu betonen und dennoch die verstehenden Wissenschaften nicht als reine Kunstformen des Deutens enden zu lassen.

Das Erklärungsschema, das Weber entwirft, verlangt die Evidenz der Deutung, ihre Erlebbarkeit und Nacherlebbarkeit, nicht mit ihrer Geltung gleichzusetzen. Hier zeigt sich sehr deutlich, dass man die Entwicklung des Weber-schen Erklärungsschemas nicht ohne die Frage nach der Objektivität der kulturwissenschaftlichen Gegenstandskonstitution rekonstruieren kann. Schließlich sieht Weber, dass die phänomenologischen Evidenz der nach Stellungnahme verlangenden Wertungen einer fremden Willensäußerung eine ‘indirekt logische Bedeutung (WL:116) hat, da in diesen Wertungen ‘der Sinn des historischen Interesses verankert ist’ (WL:116). Aus diesem Grund kann Weber auch behaupten, dass die wertenden Menschen die ‘Träger’(WL:116) des Geschichtsprozesses sind, innerhalb dessen natürlich auch die wissenschaftliche Bearbeitung der Kultur steht.”

²⁰ Sobre o tema, confira-se, por todos: REINER LEPSIUS, Mario. ‘Economia e Sociedade’: a herança de Max Weber à luz da edição de sua Obra Completa (MWG). Tradução de Sibebe Paulino. In: **Tempo Social. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo**, v. 24. n. 1, Jun. 2002, pp. 137-145.

critério de linhas de conduta/linhas de ação e evidenciando a questão das *constelações particulares em correlação com as tipologias analíticas mais gerais* ²¹:

Eles também têm *uma individualidade histórica e, nessa medida, um direito próprio, mas como se fosse apenas em relação ao racionalismo ocidental. Para nós é o ponto de partida hermenêutico, que está sujeito à consideração da ética das religiões mundiais. Claro, isso significa que eles não podem ser simplesmente reduzidos à nossa cultura. Portanto, é importante não apenas relacioná-los a isso, mas também contrastá-los uns com os outros. Apenas um confronto multifacetado pode servir à verdade histórica, um confronto cujo ponto de partida e ponto final para nós é, obviamente, o racionalismo ocidental moderno.*

Isso mostra que para Weber não existem apenas diferentes áreas da vida que podem ser racionalizadas, não apenas diferentes portadores de racionalização e, como consequência, não apenas diferentes configurações de racionalidades de ordem e tipos de racionalismo, mas, acima de tudo, uma excelente aparência especial do Racionalismo e racionalização, que coloca um problema histórico de identificação e explicação e que exige uma 'teoria histórica' preparada para isso. Isso não pode ter como objetivo ser uma teoria graduada universal, mas também não deve ser exaurida na comparação tipológica. Você tem que criar uma perspectiva que seja 'evolucionária'. Isso deve ser suficiente para caracterizar de forma válida o racionalismo ocidental e a racionalização ocidental em sua peculiaridade distinta. Mas isso levanta a questão do status e do conteúdo dessa teoria. [Tradução nossa] ²²

A premissa fundamental a que devemos chamar a atenção no presente momento de nosso texto é para a organização das constelações particulares, formadas em ordens de ação social valorativamente guiadas (esferas de valor) e que nortearão a dinâmica weberiana. Basta, para tanto observar, que sob a perspectivas dessas esferas existem conexões históricas, de onde Weber progressivamente começa a debruçar-se a acerca *dos processos histórico-formativos* das ordens de ação social.

²¹ SCHLUCHTER, Wolfgang. Max Webers universalgeschichtliches problem. In: _____. **Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus: Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte.** Tübingen: Mohr, 1979, p. 22.

²² “[...] Sie haben zwar auch eine *historische Individualität und insofern ein Eigenrecht*, aber gleichsam nur in bezug auf den okzidentalen Rationalismus. Er ist für uns die hermeneutische Ausgangslage, unter deren Vorbehalt die Betrachtung der Ethiken der Weltreligionen steht. Freilich dürfen sie deshalb nicht einfach auf unsere Kultur reduziert werden. Deshalb ist es wichtig, daß man sie nicht nur darauf bezieht, sondern sie auch untereinander in einen Gegensatz bringt. *Nur eine mehrseitige Konfrontation vermag der historischen Wahrheit zu dienen, eine Konfrontation, deren Ausgangsund Endpunkt für uns freilich der modern okzidentale Rationalismus ist.*

Daran zeigt sich: Es gibt für Weber nicht nur verschiedene Lebensgebiete, die rationalisiert werden können, nicht nur verschiedene Träger der Rationalisierung, und, als Folge davon, nicht nur verschiedene Konfigurationen von Ordnungsrationalitäten und von Typen des Rationalismus, sondern vor allem eine ausgezeichnete Sondererscheinung des Rationalismus und der Rationalisierung, die ein historisches Identifikationsund Erklärungsproblem stellt und die eine dafür zugerüstete, 'historische Theorie' verlangt. Diese kann keine universal stufentheorie sein wollen, sie darf sich aber auch nicht im typologischen Vergleich erschöpfen. Sie muß eine Perspektive schaffen, die 'entwicklungsgeschichtlich' ist. Diese muß ausreichen, den okzidentalen Rationalismus uns die okzidentale Rationalisierung in ihrer ausgezeichneten Besonderheit in gültiger Weise zu charakterisieren. Damit aber stellt sich die Frage nach den status und nach den Gehalt dieser Theorie.”

Como dissemos mais acima, os processos histórico-descritivos parecem ter ganhado, na produção de Max Weber, uma sistematização com a edição de *Economia e Sociedade*, muito embora alguns de seus elementos analíticos, como a própria ação espiritual intramundana (*denkthätigkeit*) e suas consequências sobre a esfera econômica, por exemplo, já estavam presentes no esquema weberiano na *Ética Protestante e o espírito do Capitalismo* (1906), mas não somente nesta obra. Na verdade, o conjunto analítico proposto por Max Weber observa a formação de ordens de ação e de seu provável sentido ideacional específico. Para um texto brasileiro sobre o tema, incluso elaborado por um ex-aluno de Schluchter em Heidelberg, destaque-se ²³:

Afirmando a realidade (causal) da vida simbólica (e não a vendo como reflexo ilusório da supostamente única realidade sociológica relevante, a econômica), ao mesmo tempo em que afirma que tal realidade tampouco pode pairar no ar, flutuando sobre as condições materiais de vida daqueles a quem tais símbolos se dirigem, Weber pode estabelecer uma premissa metodológica central em sociologia da religião: as idéias que interessam à sociologia são aquelas portadas por um ou mais grupos sociais reais, são as idéias que, das mais diversas maneiras, atendem a interesses daqueles grupos sociais. *A regra metodológica então é: a interpretação do significado sociológico das idéias (religiosas ou não) faz-se mediante o entendimento da dinâmica dos interesses presentes nos grupos sociais que as portam, ao mesmo tempo em que tais idéias, sob dadas circunstâncias, passam a retro incidir sobre os agentes, ajudando a configurar-lhe os interesses. Essa é uma premissa de grande importância para o sociólogo, na medida em que previne contra uma ingenuidade muito freqüente: a crença de que idéias podem ser transplantadas de um contexto sócio histórico para outro (crença, por exemplo, que impregna quase todas as premissas do pensamento social brasileiro quando ele busca pelos fundamentos ideacionais de nossa cultura, encontrando, normalmente, a moralidade cristã e o catolicismo: a cultura lusa, em última palavra, tal como ela funcionava em Portugal), sem que os grupos sociais, cujo estilo de vida e conjunto de interesses sustentam-nas, venham junto. O sociólogo assim treinado aprende a fazer da adaptação das idéias de alhures a uma nova constelação de interesses o eixo principal de sua análise, pensando as idéias a partir de sua ancoragem nas constelações de interesses e dos grupos componentes da realidade que ele efetivamente estuda. Ou seja, é no resultado concreto da adaptação, determinado pelo jogo de interesses e de dominação entre os grupos, e não na matéria-prima que foi adaptada, que se devem buscar os elementos ideacionais que terão força de causas ou condicionantes do comportamento. São esses resultados que interessam a uma sociologia empírica que busque explicações causais que incorporem a verdadeira dimensão ideacional vigente e não apenas iludir-se com a matéria-prima da mesma.*

As observações feitas por Eurico Antônio Gonzalez Cursino dos Santos que sublinhamos acima apontam a necessidade de organização de um esquema analítico preenchido internamente pelas idéias particulares dos grupos singulares, ou seja, a

²³ SANTOS, Eurico Antônio Gonzalez Cursino dos Santos. As idéias e a dinâmica social na sociologia das religiões de Max Weber. In: MIGLIEVICH RIBEIRO, Adelia *et al.* [Orgs.]. **A modernidade como desafio teórico**: ensaios sobre o pensamento social alemão. – Porto Alegre: EDPUCRS, 2008, p. 173-174.

organização ideacional básica é a da comunidade local estudada, desprezado o universalismo ideativo, logo que este comprometeria a adaptação dos conceitos para uma ordem mais específica.

Isso não significa traçar panoramas históricos indeterminados, mas essencialmente localizados em perspectiva temporal, já que, *per definitio*, a história das ideias é objeto desconhecido da Sociologia, senão para concatenar ordens de ação com racionalizações específicas²⁴. Sem embargo, a análise weberiana tem recomendado que assertivamente faça o pesquisador uma empreitada de ordem histórica para compreender racionalmente os horizontes ideativos e as ordens de ação social com suas respectivas imanências valorativas, seja inspirada pela religião, seja por outras ordens de valores.

Para ilustrar o que dissemos, um estudo empírico pós-weberiano que procurou elucidar as condições de associação segundo constelações de interesses de grupos específicos, e buscou compreender, também, como essas formas associativas se comportavam de maneira sociologicamente previsível pode ser conferida, para ilustrar o que dissemos, na *Entwicklung* (1979) de Wolfgang Schluchter. Nesse sentido, confira-se²⁵.

Nesse contexto, a referência de Weber à relação competitiva entre a associação de clãs e a associação política e ao monopólio gradual do uso da violência física pela associação política é de particular interesse de uma perspectiva teórica evolucionista. Isto pode ser interpretado nomeadamente como uma indicação de diferenciação de funções e também que a semelhança ou dissimilaridade das ordens parciais numa configuração de ordens está relacionada com o grau de diferenciação e especificação das suas funções. A associação de clãs e as unidades que a compõem cumprem todas as funções básicas ao mesmo tempo: a segurança, a interpretação, o abastecimento e a função de socialização. O trabalho doméstico e a violência doméstica só podem permanecer estáveis enquanto for esse o caso. No entanto, onde as funções básicas são diferenciadas e especificadas, há aquela mudança fundamental na posição funcional da comunidade da casa, que, é claro, só finalmente prevaleceu no ocidental moderno. [Tradução nossa]²⁶

²⁴ Resgatando alguns conceitos de Mario Reiner Lepsius, o sociólogo alemão Wolfgang Schluchter discorreu sobre este tema em: SCHLUCHTER, Wolfgang. Der Kapitalismus als einer universalgeschichtlich Erscheinung. Max Webers institutionenbezogene Analyse. In: STACHURA, Mateusz; BIENFAIT, Agathe; ALBERT, Gert; SIGMUND, Steffen. (Hrsg.). **Der Sinn der Institutionen: Mehr-Ebenen und Mehr-Seiten-Analyse**. VS Verlag für Sozialwissenschaften. GWV Fachverlage, GmbH, Wiesbaden, 2009, 303 pp.

²⁵ SCHLUCHTER, Wolfgang. Die institutionelle Komponente von Gesellschaftlichen Strukturprinzipien. In: _____. **Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus: Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte**. Tübingen: Mohr, 1979, p. 112.

²⁶ “Insbesondere in evolutionstheoretischer Perspektive interessiert in diesem Zusammenhang Webers Hinweis auf das Konkurrenzverhältnis zwischen Sippenverband und politischen Verband und auf die allmähliche Monopolisierung der Anwendung von physischer Gewalt durch den politischen Verband. Dies läßt sich nämlich als Hinweis auf Funktionendifferenzierung interpretieren und auch darauf, daß Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit der Teilordnungen in einer Ordnungskonfiguration mit den Grad ihrer Funktionendifferenzierung und spezifizierung zusammenhängt. Der Sippenverband und die ihn

No excerto que colacionamos acima, Schluchter evidencia como estruturas econômicas diferentes de clãs ou unidades sociais agrupáveis – segundo o que temos dito aqui – se diferem ou especificam suas funções umas em relação às outras. Além disso, o respectivo grau de prevalência e de concentração de meios para impor a vontade e encontrar obediência independentemente de resistência são fatores importantes para mobilizar a categoria ordem e dominação num esquema estrutural abrangente, no qual ainda as qualidades pessoais sejam socialmente adquiridas por graça divina, escolha de um Deus ou possibilidade de disposição coercitiva na estrutura de poder, o que também merecerá agrupamentos conforme finalidades e ordens de ação comuns.

Em relação à pesquisa weberiana da sociologia do direito, permanece o mesmo esquema analítico, porque a esfera do direito se submete a processos específicos de racionalização interna e está ligado a outras ordens e aspectos da ação social. Assim, também a quem pretende analisar sociologia do direito – caso este que se aplica à presente pesquisa – deve-se ficar atento às particularidades da esfera do direito em estudo, preenchendo os seus conceitos internos, a sua estrutura lógica ideativa, imanente, de acordo com a semântica específica do corpo de valores social e temporalmente disponíveis, para que a dinâmica valorativa buscada produza sentido ²⁷:

For Weber, ‘formal rationality and substantive rationality, no matter by what standard the latter is measured, are always in principle separate things, no matter that in many (and under certain very artificial assumptions even in all) cases they may coincide empirically’. To this conflict between formal and substantive rationalizing processes Weber adds the irreducible tension between the specific logic that governs the various spheres of social action (such as law, economy, politics and science) as they become socially differentiated and autonomous. For example, the rationalization of the religious sphere, under the influence of salvation theodicies, is accompanied by a strained relationship with rational economy, totally different to the ethic of brotherhood; by a strained relationship to the political sphere, where *raison d’état* predominates; and by an especially strained relationship with the intellectual sphere, which tends to push religion into the domain of the irrational.

Mas o que temos buscado ilustrar aqui, até o presente momento, pode-se dizer que ficará mais evidente somente com a edição de ‘Economia e Sociedade’, sendo esta uma das principais razões metodológicas que orienta nossa escolha pela obra na presente pesquisa. É que a referida obra, exatamente até pelo seu próprio título, deve ser assim

konstituierenden Einheiten erfüllen alle Grundfunktionen gleichzeitig: die Sicherungs –, die Deutungs –, die Versorgungs – und die Sozialisationsfunktion. Nur solange dies der Fall ist, können Hausgemeinchaft und Hausgewalt stabil bleiben. Wo sich aber die Grundfunktionen ausdifferenzieren und spezifizieren, kommt es zu jener ‘grundstürzenden änderung der funktionellen Stellung der Hausgemeinschaft’, wie sie sich freilich erst in der okzidentalen modern endgültig durchgesetzt hat.”

²⁷ COUTU, Michel. **Max Weber’s interpretative sociology of Law**. New York, NY: Routledge, 2018, p. 53.

entendida como um estudo analítico, num esquema conceitual weberiano enrobustecido, das ordens de ação que podem hipoteticamente participar de um processo histórico contínuo ou não de autonomização interna.

Até então, ao longo da produção acadêmica weberiana, a ocorrência de constelações de interesses, organizadas em ordens de ação, que se organizam a partir de lógicas ideativas específicas (religião, economia, direito, etc), apesar de estarem presentes, não ocorriam num mesmo estudo geral, levando-se em conta processo histórico de formação no qual a autonomização é uma chave de leitura.

Portanto, pode-se dizer que seria na obra ‘Economia e Sociedade’ que todo este dicionário conceitual weberiano parece encontrar-se de forma mais robusta e expressamente trabalhada em ordens de ação social com fins ao estabelecimento de um cânone disciplinar inédito, a Sociologia²⁸.

Basta, para tanto, conferir, na obra, a preocupação de Weber em fornecer conceitos historicamente válidos para a análise que se seguirá, já nas primeiras páginas, ao referir-se à ‘economia e ordens e poderes sociais’ (*die wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte*)²⁹, traçando primeiramente, ainda, conceitos sociológicos fundamentais para iluminar a sua análise, o que denominou, originalmente, de ‘Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie’ (sobre algumas categorias da Sociologia compreensiva)³⁰.

Não é que a análise multi-nível e os processos históricos de formação, a que temos nos reportado até aqui, não estivessem presentes na produção acadêmica de Weber. No próprio texto que teria conferido ao nosso autor certa fama acadêmica na Alemanha, a publicação dos dois volumes da Ética (1906), fica clara uma perspectiva de compreender ordens de ação, tendências ideativas de grupos sociais localizáveis temporal e geograficamente que, na perspectiva de salvação religiosa, acabam por desencadear, com

²⁸ Na obra, Max Weber conceitua Sociologia como: “§1º. Sociologia (no sentido aqui entendido desta palavra empregada com tantos significados diversos) significa: uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e seus efeitos. [...]”. In: WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 1, p. 3.

²⁹ Na organização de ‘Economia e Sociedade’ a que estamos a fazer menção, este texto foi alocado na segunda parte do tomo primeiro, página 209. In: WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 1, p. 209.

³⁰ Na organização de ‘Economia e Sociedade’ a que estamos a fazer menção, este texto foi alocado na primeira parte do tomo primeiro, página 3. In: Idem, p. 3.

o seu encantamento do mundo, consequências não-previstas das ações pretendidas, observáveis, segundo Weber, na estrutura da ordem de ação social em sentido propriamente econômico. É bem verdade que isso pode ter levado o nosso autor a propor um estudo, anos depois, acerca da Ética econômica das religiões mundiais, obra na qual o foco estará repisando-se algumas perspectivas da Ética (1906), em observar um panorama mais geral em relação a outras grandes religiões.

Em que pese tenha Weber, como dissemos, logrado maior visibilidade acadêmica na Alemanha de seu tempo com a publicação da Ética (1906), faz-se mister, antes de voltarmos a ‘Economia e Sociedade’ apontar que a sua perspectiva analítica, diferentemente do que alguns autores têm feito referência, já estava presente, antes disso, em sua tese de Livre Habilitação para a sua cátedra de *Nationalökonomie* em Freiburg, em 1898.

Destaque-se que a obra que a nós nos foi dado conhecer, sob o título simplesmente de História Agrária Romana – mas que recebeu de seu autor extensíssima denominação – representou para Max Weber um estudo histórico-econômico das relações agrárias na Roma Antiga e serviu de base para o objetivo por ele assumido em produzir um estudo ‘histórico-econômico’ que compreendesse as relações agrárias na Alemanha. Nesse texto, Weber, em busca de produzir o texto, aponta alguns aspectos de seu método, analisando processos histórico-formativos e relacionando ordens de ação. Logo na introdução do texto, assim anotou o nosso autor³¹:

Ademais, tirar conclusões histórico-econômicas gerais de fatos singulares não é, no caso da época imperial romana, um exagero, como pode parecer pela extensão do sistema econômico. De fato, esse sistema, apesar das profundas diferenças entre suas distintas partes nas diversas etapas de seu desenvolvimento, sempre teve, e em medida relativamente grande, um caráter unitário. *Por exemplo, com respeito o movimento migratório da população, a Itália mantinha com as províncias limítrofes a mesma relação que o centro de uma grande cidade mantém com os seus subúrbios, pelo que, manifestando-se também parcialmente fenômenos opostos, de todas as formas, do meu ponto de vista, é cientificamente correta a afirmação de que a tendência evolutiva já dominante no centro urbano ainda não atua de forma eficaz nos subúrbios, porque sobre ela prevalecem temporariamente tendências opostas. A lei de desenvolvimento pode ser estabelecida como lei geral no sentido de que tais ‘leis’ representam precisamente tendências a que se podem sobrepor tendências locais que atuam com maior eficácia. Por isso, pareceu-me correto analisar sempre em primeiro lugar os fenômenos relativos ao desenvolvimento agrário das províncias mais evoluídas do Império, sem me ocupar de particularidades ulteriores. Portanto, prescindi de utilizar a documentação de que nos proporcionam, sobre as condições sociais e agrárias de Roma, os*

³¹ WEBER, Max. **História Agrária Romana**. Tradução Eduardo Brandão. – São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 4-5.

escritores da Patrística e outros similares, documentação de que Jung, para dar um exemplo, se serviu com frequência.

[...]

Quem não for principiante nesses estudos verá como evidente o fato de, no método de investigação, o tratamento que segue se apoiar, ou pelo menos tentar apoiar-se, nas firmes bases que Mommsen, antes de qualquer outro, estabeleceu definitivamente para o estudo do direito público e administrativo romano. Como quer que seja, também considero ter a grata obrigação de ressaltar a importância dessa visão concreta da pesquisa histórico-econômica que me deram, em seu momento, o ensino e, depois, a relação pessoal com meu venerado mestre, o professor Meitzen. A limitação da documentação nunca permitirá escrever sobre a Antiguidade uma história agrária e da colonização como aquela que dentre em breve teremos para a Alemanha, numa grande obra sua. *No entanto, tratando dos fenômenos apresentados pelo direito agrário romano, tentei trabalhar procurando descobrir a importância prática desses fenômenos para os que tinham se interessado diretamente pelo tema. Pois bem, foi essencialmente mediante o ensinamento do meu mestre que compreendi e apreciei as qualidades desse método.*

Assim, pode-se arguir que a perspectiva interrelacional entre ordens de ação social não era à altura da *Ética* (1906) um tema essencialmente novo em Weber, mas o que mais nos chama a atenção, no presente ponto, é que, também nesta introdução que transcrevemos, Weber manifesta o seu conceito de vigência empírica normativa, que a exploraremos a teor do primeiro capítulo para mostrar como este conceito será, em nosso estudo, por demais pertinente.

É que o estudo histórico-econômico de Weber na sua *Habilitationsschrift* desembocará, em determinada altura, numa análise de como a jurisprudência e de decisões judiciais de um corpo de indivíduos dedicados à produção e aplicação do direito foram úteis para a produção um regime agrário juridicamente relevante e novo. Ou seja, como a ação social de patrícios no âmbito de estruturas jurídicas muito rudimentares em relação ao que conhecemos impactou num processo de transformação das ordens de ação econômica e política.

Isso significa que uma análise multinível e interrelacional não era tema inédito a Weber, como temos enfatizado aqui, quando da escrita da *Ética* (1906), apesar de todo o impacto que tem sido sublinhado por diversos intérpretes a esta obra. Mas o motivo de nossa longa transcrição de *História Agrária Romana* (1898) não se encerra nisto. É que merece destaque o fato de que Weber buscou compreender, no fundo, como uma série de ‘decisões judiciais’ – levando-se em conta as estruturas rudimentares que se conhecia por ‘tribunais’ ou ‘cortes’ – deflagrou um processo histórico estruturalmente relevante, do ponto de vista da ordem de ação econômica, quando novas formas de contratos e vínculos

de natureza possessória – direitos reais de posse e propriedade – passam a ser tendência geral à época³².

É bem verdade que a lupa de nosso autor estava – como era o fim de sua própria cátedra em Freiburg – em promover um estudo voltado à compreensão de bases formativas da economia nacional alemã, não sendo a esfera jurídica o seu tema central, a esta altura. Assim, é que, a teor do que disse Gabriel Cohn sobre a importância central das esferas da ação social como o grande legado de Max Weber – o que subscrevemos aqui – este elemento provavelmente participasse dos estudos de nosso autor desde os *printemps*.

Em nossa pesquisa – como mostraremos no Capítulo I –, entendemos o direito privado como uma construção inteiramente sociológica que herdaremos de ‘Economia e Sociedade’, obra na qual Weber constrói essa ferramenta analítica para referir-se a um direito simplificado ou rudimentar, no qual ‘a soleira da casa era ainda o limite da justiça’³³, e quando, ademais:

*todo direito e todas as competências, especialmente todos os poderes de mando, têm o caráter de privilégios pessoais (na maioria das vezes tratando-se do chefe do Estado), denominamos prerrogativas’*³⁴

E, mais adiante, continua o autor:

[...] nesse caso, o poder político, do ponto de vista jurídico, não tem estrutura de instituição, mas apresenta-se na forma de relações associativas e de

³² Isso fica mais claro quando Weber escreve um tópico sobre a ‘Importância da usucapião para a história agrária’ (*sicut*, p. 72), relacionando-o ao ‘significado da ação possessória na história agrária’ (*sicut*, p. 75) e de como este meio processual foi caro para, posteriormente a um período de ‘crise agrícola no início da era imperial’ (*sicut*, p. 195), ocorrer uma alteração da ‘situação jurídica dos subordinados das possessões imobiliárias’ (*sicut*, p. 203). Isso teria originado, segundo a obra, uma novel ‘natureza jurídica das fazendas patronais’ (*sicut*, p. 200), por meio da transformação da ‘situação jurídica dos subordinados das possessões imobiliárias’ (*sicut*, p. 203). Nesse processo histórico, assevera Weber, ocorre por consequência [não-prevista] um desenvolvimento das fazendas com ‘camponeses obrigados a prestações pessoais’ (*sicut*, p. 196.), ou seja, referentes à pessoa do camponês ao invés da gleba por ele ‘ocupada’. Todas essas situações originaram no plano empírico a ocorrência, como verificou aquela obra, de um ‘colonato das fazendas patronais e [outro] colonato [de tipo] livre’ (*sicut*, p. 207), causando profundos impactos na ‘situação jurídica das possessões’ (*sicut*, p. 208) com uma ‘independência dos colonos e de suas situações gerais’ (*sicut*, p. 217), ou seja, na própria situação jurídica dos regimes de posse no Império Romano. Weber conclui a obra afirmando que a posse da terra e de seu usufruto por meio do cultivo seria ainda mais ampla logo que ocorresse o fenômeno histórico da desagregação da unidade imperial (*sicut*, p. 223). O processo de desagregação administrativa do Império pode ter proporcionado, então um processo estrutural de fixação de colonos em glebas de terra em regimes de colonato livre, em que os laços sociais mudam severamente em relação à situação estrutural anterior. As referências apontadas estão em: WEBER, Max. **História Agrária Romana**. Tradução Eduardo Brandão. – São Paulo: Martins Fontes, 1994.

³³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elzabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, Vol. 2, p. 4.

³⁴ Idem, p. 3.

*compromissos concretos dos diversos detentores e pretendentes de faculdades de mando subjetivas*³⁵.

Assim é que, para Weber, o direito, sob a forma de direito privado e enquanto categoria sociológica, está mais orientado a poderes de disposição pessoal de grupos organizados que, possuindo pretensões símeles, tendem a não observar, ao cumprimento da norma, uma obediência estrita, pois ela está referenciada a legitimar, sob o aspecto material de um *regulamento*, proveitos e ganhos a grupos de forma *personalíssima*, isto é *in ratio persone*. Sobre isso, anota Weber³⁶:

Mas a elaboração do direito pode assumir também o caráter exatamente oposto, faltando-lhe por inteiro, em amplas áreas que hoje estão sujeitas, o 'direito privado' no último sentido empregado. Isso ocorre quando faltam todas as normas que têm o caráter de direito objetivo criador de pretensões, isto é, quando todo o complexo de normas tem juridicamente o caráter de 'regulamento'; quando, portanto, todos os interesses privados têm a possibilidade de proteção não como direitos subjetivos garantidos, mas apenas como reflexos da vigência daqueles regulamentos [...].

Replicaremos, em nossa análise, também a definição de direito público, enquanto categoria de análise sociológica, no qual a norma balizadora dos interesses gerais e que gera obrigações, patrimoniais ou não, por meio de sua vigência empírica, consiste em aspecto inegociável de pretensão orientada a constituir valores coletivamente visados. Ressalte-se, para o emprego dessa ferramenta, os aspectos de: (i) inegociabilidade da vigência e conseqüente produção de efeitos no plano jurídico e de; (ii) orientação da vigência normativa a tutelar interesses gerais, inclusive lançando mão de ações judiciais, caso seja isso necessário para reclamar direito adquirido por meio de vigência de norma.

Assim, quando se define que as categorias escolhidas – direito público e direito privado, ambos sob uma construção da Sociologia – o que se reclama é, principalmente, mas não só, atribuir ao direito público aspecto de inegociabilidade, quando este deixa de operar na qualidade de *regulamento* jurídico, tal qual anotou Weber em 'Economia e Sociedade'.

Uma outra dimensão explicativa para compreender a escolha metodológica desta ferramenta reside no fato de que Weber qualifica a vigência empírica por meio de uma aproximação entre as ordens de ação social efetivamente desempenhadas por grupos sociais específicos e as prescrições constantes do texto legal, isto é, quando as normas efetivamente orientam, balizam, o sentido das ações sociais, ou ainda, quando a esfera de valor relativa à esfera do direito, traduzida em expressa normatividade, produz

³⁵ Idem, p. 3.

³⁶ Idem, p. 3.

comportamentos sociais coincidentes, pelo que estaria aí, segundo o autor, a vigência normativa – com o seu caráter de cogência – do direito de tipo público.

É claro que isto dependerá de uma sofisticação do aparato jurídico, isto é, da capacidade e da organização dos poderes coercitivos do estado – inserindo o autor a sua famosa e multirreferenciada ideia de monopólio da violência legítima (*legitime Gewalt*) – em grupos especialmente destinados a este fim – manutenção de uma ‘ordem estatal’. Ou seja, com a formação de um grupo específico – normalmente bacharéis em Direito, no caso do Brasil – encarregado de procedimental e coercitivamente atribuir vigência empírica às normas.

Mas somente isto não será suficiente no caso brasileiro, constituindo-se mero aspecto de organização institucional. Veremos, ao longo de nosso texto, que a ocorrência de instituições como tribunais, bem como o surgimento de forças policiais e prisões, dentre outras, não significou, de *per se*, a ocorrência de um direito de tipo público. Muito ao contrário, entre nós, estas instituições operam no plano empírico, mas acabam por promover um direito de tipo meramente *regulamentar*, como veremos.

Assim, podemos dizer, na esteira do que temos argumentado, que a ocorrência de um direito de tipo público dependerá de outros fatores, consoante a análise histórica informará, acerca do sentido atribuído à vigência normativa no Brasil-colônia, como sendo de direito privado, ou de tipo regulamentar, ou ainda, orientado a grupos *in ratio persone*, pelo que sua aplicabilidade é um aspecto meramente negocial e não ocorre, de forma tendencialmente sistemática, a cogência normativa atribuível ao direito de tipo público ^{37 38}.

Um importante conceito weberiano que deverá ser mobilizado em nossa análise – como um pano de fundo geral – é a ideia de nosso autor acerca da *vigência normativa*. É que, com Max Weber não se pode compreender o empírico a partir das categorias gerais do direito ou da legislação, pois não se pode deduzir a ação social a partir de um esquema legislativo, qualquer que seja este sistema de direito, cabendo às ciências da cultura observar aproximações empíricas, isto é, probabilidades efetivas de que as linhas de conduta preconizadas pelo sistema de direito sejam empiricamente observáveis na ação subjetiva.

³⁷ Apontamos, na análise que fizemos de História Agrária Romana, o conceito de vigência normativa elaborado por Weber já naquele escrito e que sofrerá algumas pouquíssimas adaptações/complementações para a confecção de ‘Economia e Sociedade’, como mostraremos mais adiante.

³⁸ A cogência normativa a que temos nos referido também ocorrerá, neste trabalho, e também na produção de Max Weber, notadamente em ‘Economia e Sociedade’, como sinônimo de ‘*applicatio*’, ou aplicabilidade.

Nessa linha, Weber vai ainda mais além, e define seu conceito de ordem jurídica como umbilicalmente relacionado às ciências da cultura, por entender a ação social como uma ação eminentemente cultural, recorrente, valorativa. Sua ocorrência é, antes de mais nada, histórica. Na obra ‘Economia e Sociedade’, assim anota Weber, ao tratar conceitualmente de ‘norma jurídica’³⁹:

Quando se fala de ‘direito’, ‘ordem jurídica’ e ‘norma jurídica’, deve-se observar muito rigorosamente a diferença entre os pontos de vista jurídico e sociológico. Quanto ao primeiro, cabe perguntar o que idealmente se entende por direito. Isto é, que significado, ou seja, que *sentido normativo*, deveria corresponder de modo logicamente correto, a um complexo verbal que se apresenta como norma jurídica. Quanto ao último, ao contrário, cabe perguntar o que de fato ocorre, dado que existe a *probabilidade* de as pessoas participantes das ações na comunidade – especialmente aquelas em cujas mãos está uma porção socialmente relevante de influência efetiva sobre essas ações –, considerarem *subjetivamente* determinadas ordens como válidas e assim as tratarem, orientando, portanto, por elas, as suas condutas. Assim também se determina a relação de princípio entre *direito* e *economia*. A consideração jurídica ou, mais precisamente, a dogmático-jurídica, propõe-se a tarefa de investigar o sentido correto de normas, cujo conteúdo apresenta-se como uma ordem que pretende ser determinante para o comportamento de um círculo de pessoas de alguma forma definido, isto é, de investigar as situações efetivas sujeitas a essa ordem e o modo como isso ocorre. Para esse fim, assim procede: partindo da vigência empírica indubitável daquelas normas, procura classificá-las de modo a encaixá-las num sistema sem contradição interna. Esse sistema é a ‘ordem jurídica’, no sentido jurídico da palavra. A economia social, ao contrário, examina aquelas ações humanas efetivas – que estão condicionadas pela necessidade de orientar-se pela situação econômica – em suas conexões efetivas. Chamamos ‘ordem econômica’ a distribuição do efetivo poder de disposição sobre bens e serviços econômicos, que resulta consensualmente do modo de equilíbrio de interesses e da maneira como ambos, de acordo com o sentido visado, são de fato empregados, em virtude daquele poder de disposição efetivo baseado no consenso. É evidente que os dois modos de consideração se propõem problemas totalmente heterogêneos, que seus ‘objetos’ não podem entrar imediatamente em contato, e que a ‘ordem jurídica’ ideal da teoria do direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. Quando, apesar disso, a ordem econômica e a jurídica estão numa relação bastante íntima, é porque esta última é entendida não em seu sentido jurídico, mas sociológico: como vigência empírica. O sentido da palavra ‘ordem jurídica’ muda então completamente. Não significa um cosmos de normas interpretáveis como logicamente ‘corretas’, mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais. Cabe interpretar isso em seus detalhes.

Assim, podemos dizer, recuperando a análise de Weber, que a ação social é correlata a pressupostos ideativos, ou seja, está relacionada à ordem de ação, cuja aproximação com a vigência empírica das normas jurídicas é senão um critério analítico

³⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, Vol. 1, p. 209-210.

da Sociologia ⁴⁰. Esta noção, por óbvio, é também corolário do objetivo central da presente dissertação: compreender o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica.

A autonomização que temos nos referido será descrito, quando, a partir do capítulo segundo, passarmos a adotar como chave analítica o direito enquanto público ou privado buscando um processo histórico de ‘independentização’ da esfera de valor, no contexto brasileiro.

Antes disso, cumpre relatar que, para a escrita do capítulo segundo, a pesquisa terá por base, principalmente, os relatos presentes na coleção de dez tomos da História Geral da Civilização Brasileira, dirigida por Sérgio Buarque de Holanda. Em relação à mobilização desses estudos, foram os seus sete primeiros volumes minuciosamente analisados para os objetivos específicos a que se pretenderam os capítulos segundo e terceiro. Além disso, também recorreremos à produção acadêmica do historiador Stuart Schwartz – que a nós nos foi sobremaneira útil para a confecção em especial do capítulo segundo.

Partiremos da análise dessas obras com o fim de compreender o quadro inicial, de menor autonomização entre as ordens de ação no contexto fundacional do Brasil-colônia. Buscaremos, ainda, ilustrar, com as práticas do período, a pouca ou nenhuma autonomia que detectará nossa leitura, preenchendo-a internamente com ordens ideativas mais locais, isto é, que produzem localmente o significado sociológico das ordens de ação social no período histórico estudado.

No curso do capítulo terceiro, caracterizaremos um processo histórico de progressivo ganho de autonomização da ordem de ação jurídica, por meio do surgimento tendencial de um direito de tipo público, mormente em relação ao anterior, direito de tipo privado, que vigorou em todo o período colonial. Para esta fase da nossa pesquisa, analisaremos, especialmente, os dois últimos tomos da coleção História Geral da Civilização Brasileira que se referem ao período colonial.

Esse processo histórico-formativo não ficará claro somente com a utilização dos estudos históricos a que fizemos expressa menção logo acima, por melhor e por mais

⁴⁰ Um texto de Max Weber inteiramente dedicado a analisar o seu conceito de vigência empírica normativa e o seu correto emprego para a produção de Sociologia pode ser lido em: WEBER, Max. *Stammler e a ‘superação’ da concepção materialista da História*; bem como em: WEBER, Max. *A objetividade do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política*, ambos presentes em: _____. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de Augustin Wernet; introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg – 5ª Ed. – São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2016, 687 pp.

completos que o fossem. Contudo, conseguiremos realizar o nosso objetivo compulsando algumas descrições históricas presentes em autores que analisam a legislação anti-escravismo e anti-tráfico, desenvolvida no bojo do Segundo Reinado, bem como autores preocupados em descrever a vida naquela época, seja no contexto rural, seja no contexto mais urbano.

Foi no período compreendido entre a chegada da Família Real (1808) e A Lei Áurea (1888) que a edição de leis federais viria a operar sob a forma de direito público. Sem embargo, buscaremos evidências históricas que informem o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica. Neste, nos parecerá relevante a ocorrência do movimento *abolicionista*, por meio do qual atçou-se a rebelião dos escravos e a insurreição à dominação servil.

Teria sido também por meio desta *causa* – a *causa abolicionista* – que diversos atores sociais se reuniram, com vistas a exigir o cumprimento efetivo da legislação vigente, seja para abolir o tráfico negreiro, seja em busca do reconhecimento da liberdade dos “cativos”, ou ainda, para garantir reparações pecuniárias devidas por conta de sua situação jurídica anterior – a submissão ao regime da escravatura.

Por meio de um de estudos históricos produzidos acerca do período do Segundo Reinado, conectaremos a ocorrência de uma legislação antiescravista – de cunho abolicionista – ao processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica. Esse processo é importante porque, para além da análise weberiana da autonomização da ordem de ação jurídica, identificamos, no caso do Brasil, a categoria ‘raça’, como elemento estruturalmente relevante para nossa investigação.

CAPÍTULO I – NOTAS SOBRE A ANÁLISE WEBERIANA DA ORDEM DE AÇÃO JURÍDICA EM ‘ECONOMIA E SOCIEDADE’.

Em sua obra *Economia e Sociedade* – naquela organização que a nós nos foi legada por Johannes Winckelmann, Max Weber dedica boa parte de seu tempo a esclarecer as noções socialmente relevantes acerca da esfera do Direito. Assim, ressalta *ab initio* a diferenciação fundamental de seu ponto de vista: de que nem sempre uma norma pode ser corretamente entendida somente levando-se em conta a sua indubitável vigência empírica, legal.

Para o autor, por debaixo da referida vigência empírica de uma lei, repousa um denso conteúdo de ordem sociológica. Sob essa perspectiva, para além da ocorrência dogmático-jurídica, em seu sentido lato ou normativo – que se apresenta por meio de um processo concatenado e ordenado de palavras de modo a produzir uma significância específica e não-contraditória no mundo jurídico (plano ideal da vigência pretendida) –, ocorre uma constelação de fenômenos sociais mais gerais e mais específicos que conduzem ao entendimento sobre a sua vigência empírica, ou seja, a situações efetivas, às quais a norma está direcionada (plano ideal dos acontecimentos ideais).

Ao primeiro, à vigência em sentido lato ou normativo, faz parte de sua natureza, a interpretação a partir de um conjunto característico e, na maioria das vezes, específico de normas que a circundam – como que num conjunto, inclusive a fim de afirmar a coerência lógica interna da esfera do direito. No momento em que se passa a entender a norma como elemento de uma ordem jurídica, abandonando o seu caráter de singularidade, passa o seu significado a ser sociologicamente atribuível como um *complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais*.

No entretanto, deitando o conceito sobre o desenvolvimento das formas empíricas, não é correto afirmar que a generalidade do comportamento da sociedade, isto é, a soma das ações dos indivíduos em seu tipo singular seja, por um caráter de mera redução, a aplicação sociológica daquilo que prevê o conjunto de normas que correta e indubitavelmente vige como ordem jurídica. Isso porque, além de o conjunto de normas da ordem jurídica não explicar em totalidade as diversas ordens de ação, também não se pode afirmar que todos os indivíduos – e nisto incorre-se, novamente, numa generalização

categorica, creem nela. Por isso mesmo, é que uma investigação no campo da Sociologia do Direito poderá ter melhor proveito em seu sentido científico, tão logo abandone a perspectiva de compreensão a partir das meras categorias do Direito posto, devendo-se tomar esses juízos de valor da ordem jurídica como probabilidades efetivas.

É por isso que o estado em sua tipologia mais moderna tendeu, em larga escala, a atribuir um aparato coativo, baseado na legitimidade (*legitime Gewalt*) associado à garantia de cumprimento de algumas das normas mais específicas do conjunto mais geral da ordem jurídica. Segundo Weber, esse aparato de repressão coativa se dá em diversas esferas do comportamento singular, podendo ser não somente físico, mas também psíquico ⁴¹.

Ainda assim, não encontrar-se-á, segundo anotou Weber, no plano da prescrição analítica, a obediência por mero temor de punição, nem mesmo por um dever moral de obediência institucional, mas pela mobilização de forças sociais que assegurem o cumprimento de deveres, em sentido normativo ou não. Do ponto de vista do desenvolvimento histórico, por exemplo, seria mais correto falar num temor específico de reprovação pelo meio circundante do que propriamente num mero temor de desobediência, o que faz perceber que o eixo de eficácia ao cumprimento de determinada norma é muito mais sociológico do que meramente uma disposição de caráter jurídico, pelo menos, neste momento de nossa análise.

Mas a existência de um corpo especialmente encarregado de aplicar ou fiscalizar a aplicação dessas normas da ordem jurídica, bem como legitimado a aplicar sanções juridicamente atribuíveis, diz respeito a um processo histórico ainda mais complexo e somente ulterior a estas formas ainda mais simples de organização do estado. Nesse sentido, a racionalização da organização e administração das coisas públicas, a criação de um tipo burocrático que mais corretamente – em sentido jurídico –, administra esse patrimônio, bem como uma denominada ‘racionalização’ específica acerca do caráter da pena em matéria jurídica, ocorrerá quando o plano jurídico conseguir alcançar, sob a ótica da experiencição das formas empíricas de estado, uma autonomização interna específica que a descolará de outras esferas da vida, que tenderam, até um passado recente, a ter

⁴¹ “[...]. É claro que a imposição de uma ordem de fato, no caso individual, pode estar condicionada por uma variedade de motivos: mas só a chamamos ‘direito’ garantido quando existe a probabilidade de, num caso dado, aplicar-se a coação ‘por causa da ordem mesma’ – ‘coação jurídica’.” WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4.ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 1, p. 210.

menor complexidade interna e relacional e, além disso, muitas vezes coincidir, em sua administração, em atores e agentes específicos.

Essa racionalização da organização social será observada, como asseveramos, num ulterior momento do desenvolvimento histórico, no qual passar-se-á a entender o conjunto de normas da ordem jurídica, como um conjunto cada vez menos contraditório e irracional, isto é, com estruturas, inclusive institucionais, mais ou menos sofisticadas. É claro que esse desenvolvimento é tão somente tendencial, nunca uma regra geral, sob pena de incorrer-se em tipos particularistas de predicação, quando, na verdade, em não havendo um processo uniforme e idealmente correto de desenvolvimento e assimilação de formas jurídicas, cabe muito mais ao cientista compreender as categorias específicas de sofisticação da estrutura do Direito, seja em seu tipo puro, imanente, seja em relação ao seu processo de descolamento das outras esferas da ação social e das outras ordens da vida, como a religião e a economia.

Aliás, foi exatamente o processo de racionalização das ordens e poderes sociais que possibilitou uma análise mais sofisticada acerca da organização do Direito e da sua combinação ⁴² com aparatos de coação racional e procedimental – o que também se verifica como uma tendência moderna. Neste ponto, confira-se ⁴³:

[...]. Só queremos lembrar que existem também **meios coativos** não-violentos que podem atuar com a mesma força ou, em certas circunstâncias, até com força maior que os outros. A ameaça de exclusão de uma associação, de um boicote ou de medidas semelhantes, bem como a promessa de vantagens ou desvantagens magicamente condicionadas, neste mundo, ou de remunerações ou castigos, no além, em caso de determinado comportamento, traz frequentemente – e, para vastas áreas, regularmente – efeitos muito mais seguros, sob determinadas condições culturais, do que o aparato coativo político, nem sempre calculável em suas funções. Com muita frequência, a coação jurídica pelo uso da força, mediante os aparatos coativos da comunidade política, saiu perdendo diante dos meios coativos de outras autoridades, por exemplo religiosas, em geral a questão de seu alcance efetivo só é decidida em cada caso individual. *Mesmo assim, continuam existindo, em sua realidade sociológica como 'coação jurídica' enquanto seus meio de poder atuam de modo socialmente relevante. [...] (grifos nossos)*

Nesse sentido, torna-se relevante entender que os meios coativos, vistos como conjunto sofisticado de aparato jurídico, e apto a aplicar uma coação jurídica, nem sempre foram monopólios estatais, ou mesmo de um grupo organizado sob a esfera do Direito. Aliás, é mais normal – em seu sentido sociológico – que se encontre maior razão quando

⁴² Neste ponto, não nos referimos àquele mesmo sentido que lhe deu Niklas Luhmann.

⁴³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 1, p. 212-213.

esse aparato é mobilizado fora da esfera do Direito, vindo pelos exemplos que nos deu o próprio Max Weber, das estruturas mais autônomas como a religião (punição religiosa, desfavor vindo de um sacerdote ou de um Deus ou o que o faça as vezes), da economia (boicote econômico, imposição de taxas, embargos ou exclusão de associações de comércio) do que propriamente de um corpo de dirigentes estatais ou operadores de instituições jurídicas.

Por isso é que para ocorrer obediência a uma ordem jurídica mobiliza-se o apoio em estruturas normalmente não jurídicas, para que o seu aparato institucional e valorativo mobilize, na esfera individual, uma coação específica, que empreste ao valor jurídico uma validade ou vigência normativa. Assim, o conceito socialmente tido em nossos tempos como naturalmente introduzido, em nosso conjunto de crenças de ordem jurídica, ocorreu apesar de ainda inexistente um corpo específico de indivíduos disponíveis para este fim específico.

De outro modo, se o aparato coativo que empresta a validade à ordem jurídica normalmente pertenceu, do ponto de vista histórico, a outras esferas que não a do Direito, torna-se correto afirmar que também a idéia de conseqüências jurídicas prováveis, enquanto conseqüências pertencentes especificamente ao Direito, foram objeto de ulterior desenvolvimento histórico. Teria sido esse o caso tido por Weber ⁴⁴ como limite do conceito de Direito coativamente garantido quando os seus *garantes* não possuem, um *juiz* ou outro *órgão* que possa fazer as vezes de um terceiro, *‘não vinculado ao pretendente do direito subjetivo por relações pessoais’*, ou seja, *‘imparcial’* e *‘pessoalmente desinteressado’*.

Para o autor, a relação jurídica que existe entre um reclamante e um reclamado (ainda como uma idéia empírica muito rudimentar de processo) tinha, segundo uma linha de tendência histórica, um foro institucional específico, para reconhecer esse direito, a partir de um conjunto de valores, idéias ou normas – aqui cabe empregar o conceito weberiano de ordem jurídica –, visto que atua oficialmente como um garante dessa mesma ordem. Portanto, o eixo da relação jurídica deve ser, naquela acepção teórica, uma relação intermediada pelo Estado, ou pela forma estatal empírica relevante, ainda que sob a forma jurídica elementar de mero *regulamento*.

Levadas essas premissas weberianas às últimas conseqüências, pode-se entender o Direito como luta para mobilizar os meios coativos disponíveis, inserindo-os numa

⁴⁴ Idem, p. 214.

lógica de normatividade jurídica e manutenção da ordem social estatal, centralizada e legal. Por meio do processo histórico-formativo do Direito, podemos compreender, ainda, linhas históricas de seu processo de racionalização, apontando, progressivamente, a análise do autor, para uma maior autonomização, lastreado na análise empírica, entre as ordens e poderes sociais gerais e a ordem de ação jurídica.

II.

Um dos benefícios obtidos com o conceito de ordem jurídica presente na Sociologia do Direito de Max Weber é poder trabalhar com essa categoria de maneira sociológica, ou seja, de tal modo que não somente a norma escrita e formalmente válida tenha vigência – o que poderia levar a uma postura mais positivista ou estruturalista de análise, o que, por certo não ocorre com Max Weber –, mas também e igualmente a norma não-escrita. Nessa perspectiva, pode-se descentralizar a regularidade dos comportamentos sociais em geral – caracterizando-os tão somente como tendências ideais –, cotejando-se as ações efetivas, isto é, aquilo que os indivíduos empiricamente passam a obedecer, bem como o conjunto de suas práticas.

Seria por meio dessa vigência não-escrita que alguém se apresentaria com regularidade de horários para um posto de trabalho, que aceitaria ou renunciaria ao adimplemento de uma obrigação, ou mesmo pela qual um representante comercial se apresenta com regularidade anual aos seus clientes. Tudo isso, leciona Weber, reflete uma postura muitas vezes inconsciente de uma norma socialmente vigente, embora não-materialmente formalizada. Uma das grandes chaves de leitura, passa a ser, então, compreender o sentido dessa ‘normatividade marginal’ – o conjunto de normas não oficialmente expressas, muito embora socialmente eficazes e obedecidas, na prática. Também este conjunto de normas é portadora de sentido, com finalidades e conseqüências sociais específicas.

Noutro giro, e ainda sobre a obra *Economia e Sociedade*, Weber sublinha a capacidade adaptativa do Direito de coadunar-se, por sua vez, com regimes econômicos dos mais diversos, sem que com eles entre, necessariamente, em rota de conflito. É que, para o autor, o direito não cumpre apenas resguardar e conferir premissa de legitimação apenas ordens de interesses econômicos, mas também a *bens puramente ideais*⁴⁵ como a

⁴⁵ Idem, p. 224.

honra, a reputação, a proteção à esfera de valor religiosa, dentre outros. Nesse sentido, competiu, historicamente, a essa esfera de valor (do direito), *garantir posições de autoridade (independentemente de sua ordem específica)*, ou seja, rompendo as estritas redes de relações econômicas.

Essa adaptabilidade à ordem jurídica, naquilo que reserva à esfera da Economia, pode, para nosso autor, permanecer inalterada, ainda que drasticamente transformadas as estruturas de produção e organização econômica – como supostamente tenderam a ser idealmente no caso das revoluções ou rupturas de tipo socialista. A análise, neste ponto, reforça mais uma vez aquilo que temos defendido, de que a plasticidade de formas jurídicas pode ter uma ocorrência (vigência) empírica, mas paralela e concomitantemente uma tessitura diversa e particular na ordem de ação que pode, em nada ou muito pouco, informar o seu caráter singular. Por isso mesmo é que, em analisando a tessitura social que ocorre em paralelo à vigência empírica, Max Weber defende uma tendência de ocorrer proteção jurídica (aqui, entenda-se aí também o aparato disciplinador-repressor) a serviço de interesses econômicos, vez que para ele:

Todo poder garantidor de uma ordem jurídica se apoia, em sua existência, de alguma forma sobre a ação consensual dos grupos sociais atingidos e a formação de grupos sociais está também condicionada em alto grau, por constelações de interesses materiais⁴⁶.

Ou seja, na base da organização da esfera do direito parece haver, pelo menos neste ponto de nossa análise, uma ligação com agentes econômicos e com os interesses econômicos de classes específicas. Surpreendentemente, e ao contrário do que se nos possa parecer, não foi a modernidade uma tendência histórica de colisão das estruturas jurídicas com as econômicas. Muito ao contrário, parece existir uma tendência de que essa seja uma relação retroalimentada, em função de interesses das duas ordens de ação social.

Ainda neste ponto de nossa análise, e em se tratando da relação entre a esfera do direito e a esfera econômica⁴⁷ Weber assevera que ‘mesmo os meios coativos e penais mais drásticos falham quando os atingidos simplesmente não se submetem’, e continua o autor ‘ou seja, num âmbito muito amplo quando eles não foram educados para tal

⁴⁶ Idem, p. 225.

⁴⁷ O que, por certo, seria um campo importante desenvolvimento de pesquisas no Brasil, fosse essa a tendência mais geral.

submissão’^{48 49}. Essa educação para a forma do direito se enquadra perfeitamente em diversas situações históricas quando notadamente a associação entre o direito posto e as diversas ordens de ação econômica, especialmente aquelas mais ordenadas e sofisticadas, assumiram papel de protagonismo, a partir de uma colaboração mais explícita⁵⁰. Fica ainda mais clara essa relação quando o Weber admite que:

a tendência a desprezar oportunidades econômicas somente para agir conforme as leis é naturalmente pequena, a não ser que uma convenção muito viva desaprove fortemente a evasão do direito formal⁵¹.

Ou seja, existe uma área da esfera econômica em que a ordem jurídica consegue sequer mobilizar seu aparato coativo, revelando-se sobremaneira dificultoso um choque, uma colisão entre ordens de ação jurídica e a econômica. Para tanto, destaca Max Weber:

‘somente é possível dizer que, do ponto de vista puramente teórico, a monopolização total e, portanto, o controle de um mercado costuma facilitar tecnicamente a dominação da respectiva esfera econômica, mediante a coação jurídica’⁵².

Por isso mesmo é que seria mais correto inferir que o desenvolvimento moderno da experiência histórica tendeu ‘naturalmente’ a concentrar, sob a esfera do direito estatal, as outras instituições que ‘corretamente’ desempenhavam o ofício de operar normas jurídicas, como a religião, por exemplo, a fim de garantir uma estabilidade e previsibilidade das formas de *executio* do direito, isto é, de seu ‘natural’ regime de garantias e exequibilidade, segundo formas, procedimento e sanções específicas. Mais adiante, veremos como essa ‘associação’ revelou-se na formação de nossa ‘particular’ relação entre a esfera do direito e a esfera econômica.

III.

⁴⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 1, p. 225.

⁴⁹ Não cremos que exista nessa análise qualquer juízo valorativo.

⁵⁰ Aqui nos referimos a uma ação econômica concertada com as estruturas de legitimação atribuíveis à ordem jurídica. Um melhor exame empírico desta premissa, poderia ser, em linhas gerais o desenvolvimento do estado-nação português e sua ulterior expansão marítima ou mesmo os sofisticados sistemas empresariais bancários holandeses e ingleses do século XVII, além de suas respectivas companhias empresariais. Por certo, essa ‘coincidência’ revela-se até os nossos dias, em maior ou menor possibilidade de aproximação comparativa.

⁵¹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 1, p. 225.

⁵² Idem, p. 226.

Um melhor esforço na análise da Sociologia do direito pode estar numa diferenciação histórica entre o direito público e o direito privado, em que pese esse delineamento seja forçosamente penoso e, n'alguns casos, sequer possa existir. Mas, sua relevância sociológica reside na verificação de um padrão normativo que tende a, normalmente, abarcar os tipos específicos e muito diversos de regulações, denominado direito público.

A este coube abarcar os regulamentos mais gerais, ocasionalmente distribuídos em diversas instituições da ordem jurídica, inclusive em outras esferas, para significar uma padronização social de pretensões, no que diz respeito às instruções para atuação dos órgãos estatais, em contraposição ao(s) direito(s) privado(s) que nunca, ou quase nunca, se referem a ordenamentos institucionais, ou a formas procedimentais socialmente gerais, diferentemente de outros fenômenos jurídicos como a assunção de obrigações, a obrigação de fazer decorrente de contrato, a contração de fianças, alienações ou outros casos dessa natureza – que, costumam referir-se, em nossos dias, a normas, maioria das vezes, e tendencialmente, do direito civil.

Contudo, como asseverou-se, essa delimitação existe sobretudo tipologicamente, não havendo, no plano empírico uma vigência tão rigorosa. Na verdade, Weber verifica que essa distinção, também como sublinhamos, pode nem sequer existir. Nesses casos, defende o autor que:

isso acontece quando todo direito e todas as competências, especialmente todos os poderes de mando, têm o caráter de privilégios pessoais (na maioria das vezes tratando-se do chefe do Estado), denominamos prerrogativas ⁵³.

E, ainda sobre o tema, continua o autor:

nesse caso, o poder político, do ponto de vista jurídico, não tem estrutura de instituição, mas apresenta-se na forma de relações associativas e de compromissos concretos dos diversos detentores e pretendentes de faculdades de mando subjetivas ⁵⁴.

Em que pese a relativa aplicabilidade dessa noção mais geral, a organização do direito que se apresentou institucionalmente, no Brasil, tendeu à aparência – e nisto o faz só formalmente – como de um caráter público, ou seja, que predomina e concentra consigo uma padronização dos regulamentos diversos, mas que, sem embargo, na prática,

⁵³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 3.

⁵⁴ Idem, p. 3.

operou-se como um regulamento privado, a despeito de sua função e normatividade institucional visível e legalmente relevante.

No fundo, os valores sociológicos que se operam perante a institucionalidade formal tiveram, no Brasil, um proveito muito específico. Nessa linha, para compreender o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica – o que será objeto de nosso trabalho nos capítulos que se seguem – essa mediação entre as ordens e poderes sociais e até mesmo o direito público assume, entre nós, feições bastante diferenciadas em relação ao contexto europeu ⁵⁵.

Contudo, e ainda retomando Economia e Sociedade, talvez o caso brasileiro possa, sociologicamente, corresponder ao processo também descrito por Weber de uma coincidência entre o direito público e o direito privado, ‘*quando todo o complexo de normas tem juridicamente o caráter [privado] de regulamento*’⁵⁶, ou seja:

quando todos os interesses privados têm a possibilidade de proteção não como direitos subjetivos garantidos [como tende a ser com o direito público] mas apenas como reflexo da vigência daqueles regulamentos ⁵⁷.

Essa forma de organização em que coincidem o direito público e o direito privado, aponta para a existência de um regulamento ou de diversas ordens de regulamento – visto que não há necessidade de padronização de interesses e vigências, mas de concorrências entre ordens ‘corretamente’ vigentes –, ganhando caráter e operadas como se direito público fossem. Nesse último caso, fica refreado o poder de coação e padronização da vida por um estado centralizado. Da mesma forma, quanto à existência de um corpo burocrático exclusivamente disponível para garantir a aplicação e vigência da norma.

Seria nesses estados, nos quais as ordens de ação social admitem maior autonomia, que o direito público permite uma padronização de pretensões, assenta Weber, no qual um governo *moderno* – na acepção tipológico-histórica que se desenvolveu na modernidade – buscaria fundamento com base no regime jurídico de uma competência legítima, concebida sempre a partir de ‘autorizações constitucionais oferecidas pelo Estado’ ⁵⁸. No entretanto, isto certamente limita a esfera de sua competência.

A controvérsia fica aqui melhor compreendida se verificarmos uma aproximação legal-formal entre a aplicação do direito e a administração da coisa pública. Isso resulta

⁵⁵ Não há que se falar aqui em qualquer juízo de valor, mas tão somente num desenvolvimento histórico específico, intermediado por outros valores e recorrências sociológicas diversas do contexto alemão.

⁵⁶ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 3.

⁵⁷ Idem, p. 3.

⁵⁸ Idem, p. 3

na concessão de instrumentos para que indivíduos desempenhem meios para proteger seus interesses, inclusive sob uma denominada ‘jurisdição administrativa’. Ou seja, o governo expede regulamentos e ao mesmo tempo se lhes deve obediência formal, vinculando-o⁵⁹. Esse processo, observa Weber, é marcadamente recente⁶⁰. Não que no desenvolvimento histórico dos Parlamentos⁶¹, estes não tenham também logrado a examinar ou proferir outros regulamentos, mas assevera o autor, que o desenvolvimento histórico levou a uma maior especialização dessas funções, padronizando-as, inclusive e ulteriormente, em termos procedimentais.

Não haveria forma outra de conceber esse deslocamento de competências formais para fiscalizar, expedir normas e sanções, senão deixando, mais corretamente, de examinar, em se tratando de um rastreamento histórico mais específico, como um poder, cuja vigência dependeria em alto grau de prescrições de ordem familiar – a figura romana do *pater familiae* e o poder depositado sob esta *instituição* – e, sem embargo, do poder disciplinador e efetivamente sancionador decorrentes da religião, como no caso dos poderes mágicos de profetas e outros sacerdotes autorizados pela *fidei*, ‘*desde que sua fonte seja uma revelação concreta*’⁶².

Isso significa dizer que, ‘normalmente’ – no sentido de sua recorrência sociológica mais comum –, a atribuição de penas e sanções decorreu muito pouco de uma forma de procedimento derivada de autoridades estatais especialmente constituídas para esse fim – como o é, ou tende a ser, na atual perspectiva de direito penal, no qual considera-se, em sua aplicação um interesse público –, e tenderia a ser uma pena muito mais orientada a uma expiação moral ou utilitária, podendo, ainda, ser patrimonial ou não, mas normalmente corporal, sem que se falasse em institutos jurídicos mais sofisticados como a queixa, a obrigação ou o contrato.

Essa forma rudimentar da pena, que se manifesta muito mais como uma *expiação* de uma infração, resulta, objetivamente, na desconsideração da ulterior idéia de *dolo*, *nexo de causalidade*, ou ainda, *motivo subjetivo determinante e eficaz*. Por óbvio, a consequência sociológica mais relevante é a ocorrência de expiação de delito ou infração sem motivos subjetivos, dolo, culpa, responsabilidade, culpabilidade, nexo de

⁵⁹ Esse tema será de fundamental importância para o desenvolvimento da teoria sobre a autonomização da esfera do direito.

⁶⁰ Indício histórico de autonomização, para Max Weber.

⁶¹ Weber parece ter em mente o exemplo histórico do caso inglês.

⁶² WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 5.

causalidade, procedimento ordenado, mas uma atribuição de vingança de caráter pessoal, predominando face a suposto delito ou infração.

Outra consequência de ordem mais sociológica reside na consideração de ‘consequências jurídicas’ mais ‘corretamente’ atribuíveis, de que a execução da ‘condenação’ ou ‘expição’, em seu sentido coincidente – conserva o caráter mais rudimentar da esfera do direito, visto que essa aplicação depende de um clamor divino, da aplicação de sanção por um mago, profeta ou um sacerdote, sob juramento, a custo de alcançar malefícios no plano espiritual, ainda que se trate, para nós e em nosso tempo, de controvérsia eminentemente terrena.

Por isso mesmo, destaca Max Weber, que foi obra de juristas que o processo expiatório tenha transformando-se em *processo jurídico*, tratado diante de uma *assembleia judicativa*, que participaria da elaboração de uma *sentença* ⁶³. Para o autor, seria mais corretamente atribuível a estes jurisconsultos um processo histórico, e muitas vezes descontinuado de burocratização, ou seja, tendencialmente favorecendo menos as estruturas que apontam para uma ‘*expição da culpa*’, e apontando mais uma ordem institucional mais geral ⁶⁴.

Nesse ínterim, se ‘todo castigo ocorre em virtude do poder doméstico do senhor’⁶⁵ ou torna-se situação resolvidas ‘pelos anciãos’, o crime religioso deveria ser, portanto, ‘uma das fontes primárias do castigo interno’. No entretanto, a ulterior experiencição histórica propiciou também que as associações de caráter econômico pudessem elaborar um corpo específico de normas e punições – mobilizando para isso um aparelho coativo específico, ao qual já fizemos menção no presente texto – e que poderia aplicar ‘livremente’ essa norma por ela mesma criada a seus associados ou, posteriormente,

⁶³ Idem, p. 6.

⁶⁴ E, ainda, em sentido correspondente: “[...]. Originalmente, todas as ‘obrigações’, sem exceção, eram provenientes de um delito; por isso, como ainda veremos, quase todas as obrigações contratuais eram construídas, inicialmente, à maneira de obrigações provenientes de um delito, sendo formalmente vinculadas, na Inglaterra, a delitos fictícios, ainda na Idade Média. Explica-se, por essa circunstância, e pela ausência geral da idéia de um ‘direito de sucessão’, que, originalmente, as dívidas não passavam para o ‘herdeiro’, como tal, e somente por via de responsabilidade solidária pela injustiça dos membros do clã, primeiro, e depois dos membros da comunidade doméstica e dos submetidos ao poder ou dos seus detentores, foi construída a responsabilidade do herdeiro por dívidas provenientes de contratos, e isto, como veremos, com resultados bastante diversos.” In: WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 7.

⁶⁵ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 8.

também àqueles a quem se queria repelir, dada a ocorrência de fatos concretos a essas normas subsumíveis ⁶⁶.

Nessa lógica, a aplicação de norma coativa passa a ser um *direito subjetivo* do qual vêm as noções de cogência normativa, esta, também presente na esfera religiosa, por sua vez. Mas, só ulteriormente levadas a efeito pelo direito público e em casos históricos particulares. A propósito, confira-se o seguinte excerto ⁶⁷:

[...]. A diferença entre a criação do ‘direito’, a criação de ‘normas jurídicas’ e a aplicação do direito, a ‘aplicação’ delas ao caso concreto, nunca existe onde a jurisdição nada mais é do que uma ‘administração’ livre, que decide caso por caso. *Faltam neste caso tanto a norma jurídica quanto um direito subjetivo à sua ‘aplicação’*. Mas aquela diferença também não existe onde o direito objetivo é considerado um ‘privilégio’ subjetivo, e, portanto, não se concebeu a idéia de uma ‘aplicação’ de normas jurídicas objetivas como fundamentos das pretensões jurídicas objetivas. *Além disso, essa diferença não existe onde e na medida em que a aplicação do direito não se realiza como aplicação de normas jurídicas gerais ao caso concreto, isto é, pela subsunção deste à norma. Isso ocorre em toda aplicação irracional do direito.*

Note-se que na matéria em questão, a autonomia de determinada ordem de ação social para criar e aplicar a norma não caracteriza de *per se* uma autonomização das esferas, sem que examinado o requisito romano da *executio*, isto é, da liberdade que o sistema tem para aplicar a norma num dado caso ou mais restritiva, particularista, seletiva, casualista. A estes últimos casos, Weber parece associar a idéia de irracionalidade do direito.

É que o autor não dissocia norma, validade como instituições jurídicas necessariamente associadas a uma generalizada vigência ou aplicabilidade, requisito que o faz conferir caráter de racional, ou seja, sofisticada, ou seja, civilizada como categorias mais amplas de pensamento que o permitem fazer seleções, classificações, recortes, reduções sociológicas mais precisas. Certamente, associar esses elementos no plano conceitual e procurar, no empírico, tipos históricos que contemplem o conceito podem ter ajudado a erigir uma conceituação e um processo formativo racional de tipos elementares mais gerais de manifestação histórica de aparatos jurídicos mais ou menos complexos.

E não somente do ponto de vista de uma elaboração teórica, mas também de certa história de época – como o foi e efetivamente se nos parece –, de alocar sobre o estado e sobre as suas formas mais recentes de ocorrência histórica, um ideário de *necessário* ou

⁶⁶ Note-se que, já não é de nossos dias a forma tipológica de raciocínio, no sentido de enquadrar um fato do mundo empírico a uma prescrição normativa específica da ordem jurídica ou mesmo de um corpo de normas mais desenvolvido.

⁶⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 10.

estrito cumprimento, obediência a determinada norma ou a um conjunto delas. Isso ocorre sob a perspectiva moderna de um desenvolvimento que agrega singularidades européias, inclusive no plano valorativo, e ‘corretamente’ se manifestam nos valores últimos de respeito a legalidades formais como garantidores de liberdades materiais, ambas, operando em conjunto têm centralizado no direito público moderno uma padronização de interesses e pretensões – com correspondentes procedimentos regulatórios estatais, mas também aqueles outros mais introjetados em estruturas de pensamento, estruturas mentais, disposições volitivas, inclusive no plano das emoções – , contribuindo para encadeamentos gerais, ou uma rede racionalmente valorativa e previsível, analisável, ainda, sob o prisma de uma racionalidade estatal, racional, legal.

Por isso que esse processo de desenvolvimento das ordens da ação social, além de tendência histórica – como a sua autonomização –, não reflete processos padrões, homogêneos de emoções e valores corretamente aferíveis tão somente pelo critério da legalidade e cogência⁶⁸. Veja-se, nesse sentido, que essas premissas últimas a que fazia menção o autor podem ser objeto de falseabilidade lógica, tão logo encontre-se, como haveremos de fazer em seguida, uma sociedade específica ou um conjunto delas, reuníveis por elementos comuns, que mobilizem a aplicação do direito, a execução das decisões de aplicação da norma, em que esta – a aplicação da norma – não seja de *per se* um fenômeno de mera irracionalidade, ou seja, quando, embora num processo mais rudimentar, a aplicação da norma produza um sentido específico. Devendo restar, assim, que buscar inquirir-se sobre quais os sentidos sociologicamente relevantes que aquela aplicação outrora *irracional do direito* efetivamente produziu, admitindo-se desde já que assim certamente o foi.

⁶⁸ Mais adiante no texto, Weber reitera a sua posição: “A criação e aplicação do direito podem ser racionais ou irracionais. São formalmente irracionais quando, para a regulamentação da criação do direito e dos problemas de aplicação do direito, são empregados meios que não podem ser racionalmente controlados – por exemplo a consulta a oráculos ou a sucedâneos destes. Elas são materialmente irracionais, na medida em que a decisão é determinada por avaliações totalmente concretas de cada caso, sejam estas de natureza ética-emocional ou política em vez de depender de normas gerais. Também a criação e a aplicação racionais do direito podem ter esta qualidade, em sentido formal ou material. Um direito é formal na medida em que se limita a considerar, no direito material e no processo, as características gerais unívocas dos fatos. Este formalismo, por sua vez, pode ter caráter duplo. Por um lado, as características juridicamente relevantes podem ter caráter sensível, evidente. A adesão a essas características externas – por exemplo, que determinada palavra foi dita, uma assinatura foi aposta, um ato simbólico com significado definitivamente estabelecido foi realizado – constitui a forma mais rigorosa do formalismo jurídico.” In: WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, pp. 12-13.

Não o fazer, retiraria o poder da agência, tolhendo espaço importante da própria lógica conceitual weberiana de que uma ação racional produz efeitos, consequências visadas sociologicamente. Ainda que no campo da religião, no qual opera-se um encantamento, uma magificação do mundo, atribuindo-se sentido às ações a partir de premissas religiosas, de deuses, da revelação de profetas, da demonstração de um dom mágico, por sua vez, faz muito mais sentido, seguindo Weber, pensar a lógica interna, a legalidade da ação em uma ordem de ação social determinada, a partir dos efeitos socialmente visados, com um ato ou uma conduta socialmente relevante. Ali, estaria presente o poder da agência e poderia o sociólogo mais corretamente compreender os efeitos socialmente pretendidos da ação social. Ou seja, corretamente apontando para um fim racional pretendido e relevante, porque produz sentido (*Zweckrationalität*).

Assim, uma relação jurídica, orientada segundo normas mais gerais ou mais específicas, ainda que em caráter de direito público – que garante, idealmente, a ocorrência do direito privado – ou de mero regulamento, e verificada uma possibilidade *applicatio sine executio* –, que vige no mundo jurídico, mas não no mundo dos fatos, ou de uma forma rudimentar de jurisdição, pode produzir um sentido racional.

Assim, as categorias conceituais de ‘criação do direito’ e de sua ‘aplicação’ fornecem meios eficazes no curso de nossa investigação. Essas categorias, presentes no esquema weberiano, permitiram ao autor verificar que a submissão de um fato a uma determinada norma decorre de um fenômeno sociologicamente bastante complexo e que não atua sozinho, mas numa correlação, em forma de constelação com outros indícios explicativos. Em sua análise, procura observar como diferentes fatores concorrem num processo muitas vezes descontinuado, mas tendencial e histórico, das ordens de ação social a partir, sobretudo, de fatores técnico-jurídicos e também outros aspectos da associação política. Voltando-se à Economia e Sociedade, mais adiante, continua Max Weber ⁶⁹:

Como mostram as considerações já feitas, o processo de diferenciação das concepções fundamentais de esferas jurídicas, hoje correntes, depende, em alto grau, de fatores técnico-jurídicos e também, em parte, da estrutura da associação política. *Em consequência, pode ser considerado, apenas indiretamente, condicionado pela economia. Fatores econômicos desempenharam um papel, na medida em que a racionalização da economia, na base da relação associativa de mercado e dos contratos livres (e com isso, a complexidade cada vez maior dos conflitos de interesses a serem resolvidos pela criação e aplicação do direito), promoveu fortemente tanto o desenvolvimento da racionalização específica do direito como tal quanto o*

⁶⁹ Idem, p. 11.

desenvolvimento do caráter institucional da associação política, como reiteradamente veremos.

[...]

Veremos também, seguidamente, que as qualidades do direito, que são condicionadas por fatores técnico-jurídicos internos e por fatores políticos, repercutem fortemente na forma assumida pela economia. Em seguida, exporemos, de forma resumida, apenas as mais importantes das circunstâncias que influenciam as qualidades formais do direito, da criação do direito e da aplicação. Considerando estas qualidades, importamo-nos especialmente com o grau e a natureza da racionalidade do direito, sobretudo, como é claro, do direito economicamente relevante (o atual 'direito privado').

No excerto supratranscrito, quando o texto diz que os fatores econômicos desempenham um papel na medida em que a racionalização da economia promove uma racionalização da esfera do direito, busca-se compreender como os fatores técnico-jurídicos repercutem na esfera econômica, logo que as ordens de ação parecem indiferenciadas.

Quando Weber localiza o sentido de uma liberdade de contrato, como sendo a base homogênea do desenvolvimento desses direitos, emprega, para tanto, a categoria 'liberdade para celebrar acordo jurídico', associada à proteção da liberdade econômica bem como à ampliação dos mercados, nos seguintes termos ⁷⁰:

[...]. O âmbito em que este livre-arbítrio é permitido por uma ordem jurídica é o domínio do princípio da liberdade de contrato. A extensão da liberdade de contrato, isto é, dos conteúdos de acordos jurídicos garantidos como 'válidos' pelo poder coativo – a significação relativa, portanto, das disposições jurídicas que 'autorizam' semelhantes atos de disposição baseados em acordos jurídicos, no interior de uma ordem jurídica – é naturalmente função, em primeiro lugar, de uma ampliação do mercado. Onde predomina a economia fechada, de troca, o direito tem, naturalmente, muito mais a função de delimitar, exteriormente, como complexos de relações jurídicas e mediante disposições imperativas ou proibitivas, as situações em que o nascimento, a educação ou outros processos não puramente econômicos colocam as pessoas, atribuindo, assim, ao indivíduo, uma esfera de liberdade, determinada pelo nascimento, ou por outros fatores extra-econômicos. 'Liberdade' significa, no sentido jurídico, ter direitos, efetivos e potenciais. Estes, porém, numa comunidade sem mercado, devido à natureza dessa, não se baseiam, em sua maioria em 'acordos jurídicos' celebrados pelos indivíduos, mas sim diretamente nas disposições imperativas e proibitivas do direito. A troca, sob o domínio de uma ordem jurídica é um 'acordo jurídico': aquisição, cessão, renúncia, cumprimento de pretensões jurídicas. Com toda a ampliação do mercado, estas aumentam e diversificam-se.[...].

Neste trecho, fica alocada a categoria livre-arbítrio ligada à categoria liberdade de contrato, entendida, por sua vez, segundo uma definição específica, como aquilo que é validado pelo poder coativo, ou seja, contratos reconhecíveis e com garantia de execução

⁷⁰ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 15.

pela ordem jurídica. Assim, o livre-arbítrio se nos apresenta como mitigado: ocorre na extensão em que as liberdades de pacto o permitem.

Note-se que, neste ponto, estamos a falar de uma categoria de negócio econômico revestida de uma forma jurídica específica que ganha o reconhecimento de um negócio jurídico, porque existe já um interesse maior geral, em termo de ordenação da sociedade, em que este negócio econômico seja garantido perante uma autoridade reconhecida – seja uma associação econômica ou jurídica, ou de forma posterior, como vimos –, um corpo de pessoas especialmente disponível para essa finalidade. E continua a linha de raciocínio do autor, mostrando que, numa economia menos autônoma, onde predomina o escambo, o direito garantiria esta ordem, também de forma mais rudimentar, com proibições e delimitações mais gerais, mais exteriores a essa categoria ‘liberdade de contrato’.

Por isso mesmo é que a ‘liberdade’ – tanto preenchida por idéias, em sentido econômico, ou outras vezes preenchível por ideais da esfera do direito – não seria aplicável a sociedades menos complexas ou não-monetizadas em sua predominância, dado que a esfera econômica seria predominante e caberia ao direito preencher essas noções mais internas somente com idéias mais gerais, mais abstratas e mais simples, como proibições. Assim, abandona-se, na visão de Weber, a categoria de ‘liberdade contratual’ para uma de ‘acordo jurídico’, esta última, operando em esquemas institucionais simples, quase instintivos como a cessão, a troca, a renúncia, conforme exemplos dados pelo próprio autor.

Veremos mais adiante, analisando o caso brasileiro, como essas observações importarão em sua experiência empírica singular. Por ora, nos contentaremos tão somente em adiantar que a dinâmica do valor de troca do escravo no desenvolvido mercado brasileiro – que produziu vultosa soma de riqueza para o seu tempo – como uma *commoditie* comercial, com presença de mercados, comércio, empresários, consumo, troca, dentre outras figuras sofisticadas, atuaram na produção de riquezas da colônia, viabilizando expansões comerciais, novos empreendimentos, negociações complexas, inclusive entre estados-nacionais que, ao fim e ao cabo, cooperaram corretamente para a dinâmica de uma lógica de mercado monetizada e paralelamente não-monetizada, com observância de normas jurídicas previsíveis a dinâmica da escravidão racial brasileira.

Além do exposto, cuide-se de mencionar que, na visão de Weber, as bases do desenvolvimento da esfera econômica assentam-se, primordialmente também, em outras categorias, como o castigo corpóreo para expiação de obrigação patrimonial, a existência de livres contratos entre pactuantes, a proteção jurídica aos contratos e outras formas de

celebração de relações civis, a importância da iniciativa privada em forma de empreendedor em sentido capitalista puro, com normas jurídicas que perfeitamente operam-se entre indivíduos participantes de um mesmo sistema – como o penhor ou a fiança, mais ligados a formas primitivas de tutelas jurisdicionais – resguardando o direito de clãs e de associações, operando conceitos e um desenvolvimento da esfera econômica a partir de valores específicos que funcionam, no corpo social, de maneira mais ou menos homogênea e bastante geral, no sentido do potencial de atingir cidadãos distintos – que, por definição – exercem graus de mesma cidadania. Sobre essa questão, confira-se ⁷¹:

Com a criação de pretensões contratuais processáveis e livremente diferenciáveis em seu conteúdo não se alcança, ainda, nem de longe, a situação jurídica exigida por um comércio desenvolvido, exclusivamente interessado em negócios. Todo empreendimento racional, especialmente, requer a possibilidade de adquirir direitos e assumir obrigações, ambos fixados em contratos, por meio de representantes – com funções ocasionais ou permanentes. Um comércio desenvolvido requer, além disso, a possibilidade de cessão de crédito, possibilidade legítima e com base jurídica segura para o adquirente, que dispensa a revisão dos direitos do antecessor jurídico.

Para nosso autor, não cabe falar na categoria ‘pretensão contratual processável’ necessariamente associada, como garante, da ocorrência de um comércio desenvolvido. Ou seja, a mera manifestação material de um ato de liberdade de vontades e seu reconhecimento num rol jurídico não é indício suficiente de que a esfera econômica, esta a tal ponto avançada e internamente organizada, com características de racionalização e previsibilidade, que garantam a ocorrência de um comércio desenvolvido, funcional, monetizado, com pretensões reguláveis e constantes e trocas comerciais operando livremente.

Esses valores precisam estar corretamente associados, no processo narrado por Weber, a um esquema mais complexo de fianças, garantias, seguros, dentre outros institutos jurídicos que balizam a operacionalização da lógica contratual de forma a propiciar, historicamente, o surgimento de investida empresarial na forma como a conhecemos em nossos tempos, com formação de sociedades empresariais, com capital declarado e reconhecível, possibilidade de quitação cessão onerosa, penhor de créditos e de dívidas creditícias em sentido amplo, que resultem forçadamente num esquema relevante para operar a troca empresarial e a racionalidade do capitalismo.

Contudo, essa possibilidade de assunção mais ou menos centralizada de obrigações, ônus, responsabilidades patrimoniais mais complexas, no sentido de uma

⁷¹ Idem, p. 26.

agência como empresa ou grupo econômico, nem sempre pode estar historicamente associada à ocorrência de sofisticação dos institutos de baliza da esfera dos contratos, nem mesmo da formação de uma mentalidade capitalista que sempre assume, como generalização categórica, riscos, obrigações e direitos simultaneamente, nem mesmo que mais ‘corretamente’ os remunere.

No caso brasileiro, veremos que grupos sociais, com domínio de técnicas específicas, como a de navegação, e que aportavam, com regularidade previsível, em locais acessíveis e visíveis, operam esquemas lucrativos de comércio, integrando um esquema de ‘cooperação comercial capitalista’, com institutos jurídicos conhecidos e com uma racionalidade econômica desenvolvida em sua dinâmica.

Deve-se, em larga medida, a esse espírito estrutural e contínuo de adaptabilidade a condições específicas, por exemplo, o esquema de trocas comerciais de natureza capitalista altamente lucrativa para tipos sociais específicos a ocorrência dos contratos de casamento, nos quais a existência de um dote ou patrimônio para além de garantir um sistema de status mais complexo, também garantido por formas jurídicas mais gerais, de direito público, e revelavam uma situação de ‘contrato livre’, no qual opera-se basicamente como uma troca comercial relevante tanto para a fortuna econômica das famílias, no plano econômico, quanto para o estado de graça e de benção, no plano religioso.

Mas essa diferenciação merece aqui um revés. É que a esfera econômica, neste ponto, parece muito associada à esfera religiosa, o que, paulatinamente, deixa de ocorrer, com o processo histórico de centralização de convergências de interesses na esfera do direito público. Contudo, foi essa lógica que, em larga medida, influenciou o desenvolvimento deste tipo de contrato marital ou matrimonial com vista a garantir a fortuna de família, a cessão, a oneração de contratos ou sua celebração, bem como o estado de graça divina. Certamente essa associação tendeu, no caso brasileiro, a incrementar uma série de outros institutos típicos da dominação de que desenvolveu entre nós, como o racismo e o machismo tão característicos e tão marcantes em nosso país, assim como os ulteriores problemas que informarão acerca da esfera do valor trabalho.

Contudo, esses contratos de troca de família – sempre regidos tendencialmente por normas de impedimentos públicos e privados com o fito de garantir o parentesco e a consanguinidade – operavam-se, entre nós, dentro de uma estrutura capitalista mais geral, que logrou obter excelentes atributos adaptativos a uma lógica bastante severa de dominação interna, em associação com valores de dominação política, social, econômica,

ambas contemporâneas de formas e institutos contratuais bastante sofisticados, no qual poder-se-á perceber a existência de uma ‘associação econômica baseada em livres contratos’.

Somente funcionando essa ordem social economicamente dinâmica é que se busca o incremento da esfera valorativa do direito e de sua racionalidade imanente, que, por sua vez, somente num momento posterior, passou a produzir um sentido sociológico mais relevante no nosso particular processo de desenvolvimento. Nesse sentido, Weber localizou, num processo de gênese histórica, algumas dessas categorias específicas ⁷²:

[...] Os esquemas racionais de relações técnico-jurídicas, aos quais o direito deve dar garantias, do mesmo modo que manipulações profissional-técnicas primeiro têm que ser ‘inventados’ para poder colocar-se a serviço de interesses econômicos atuais. Por isso, a peculiaridade técnico-jurídica específica de uma ordem jurídica, a natureza das formas de pensamento com que esta trabalha, é de importância muito maior do que se costuma imaginar para a probabilidade de ser inventada em seu meio instituto jurídico. Situações econômicas não engendram, automaticamente, novas formas jurídicas, mas compreendem em si apenas a possibilidade de que uma invenção técnico-jurídica, uma vez feita, também se divulgará.

Como dissemos mais acima, faz sentido sociológico, no caso brasileiro, analisar essas adaptabilidades práticas da ordem econômica, no sentido que ‘corretamente’ funcionem em contato com valores sociais, assimilando-os e seguindo diferentes lógicas de conveniência. Por isso mesmo, pode-se concordar com a gênese das invenções técnico-jurídicas, visto que, em dado momento, um determinado esquema jurídico que funcione a partir de conexões valorativas possa ser ulteriormente reaberto, ainda que em institutos irrelevantes para nossa análise como os tipos de contrato trazidos em um rol específico. Sem embargo, ainda nestes casos – vale lembrar – o requisito da interpretabilidade – até mesmo a partir de princípios mais abstratos, ainda que na esfera do direito privado – deitará sobre eles, tendencialmente, os mesmos valores que já operam tão somente no plano jurídico ⁷³.

Ainda na mesma análise, uma outra categoria também empregada no esquema weberiano, cujas premissas só indiretamente nos afetam, no caso brasileiro, pode ser mais bem observado no seguinte excerto ⁷⁴:

⁷² Idem, p. 31.

⁷³ É claro que se nos falta, neste momento, uma ordem empírica mais concreta em relação a este último ponto, o que certamente não sucumbirá face a uma análise de operações institucionais no esquema analítico do direito civil contemporâneo.

⁷⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 35.

A supressão da escravidão, ao se proibir também a sujeição voluntária a relações formalmente escravizadoras, foi, sobretudo, produto do deslocamento do centro do domínio mundial econômico para regiões em que, devido ao alto custo de vida, o trabalho dos escravos era pouco rentável. Ao mesmo tempo, foi produto do desenvolvimento da obrigação indireta ao trabalho, como a oferece o sistema de salário, com sua ameaçadora probabilidade de demissão e desemprego, constituindo ela um meio eficaz para extorquir trabalho aos dependentes, mais eficaz do que a coação direta em relação à qualidade de trabalho, e evitando, ao mesmo tempo, o grande risco do patrimônio formado por escravos.

Em relação ao nosso caso, por exemplo, seria válido, adotar-se a premissa de vincular desenvolvimento econômico, com conseqüente elevação do custo de vida à ulterior baixa rentabilidade do trabalho dos escravos – razão que teria justificado, economicamente, o abandono desse tipo de exploração. Ainda no ponto seguinte, continuou Weber, defendendo um sistema de trabalho assalariado como mais eficiente à produção capitalista visando garantir a uma qualidade do trabalho, entendendo por qualidade do trabalho um certo incremento de métodos e técnicas de produção.

Exatamente na perspectiva que estamos a adotar, chama a atenção, em Economia e Sociedade, que a criação e vigência de formas jurídicas tendeu a ser reclamada por associações políticas muito específicas, que emprestavam pressupostos jurídicos a decisões fruto do consenso político, o que acabaria por garantir *cumprimento* de ‘*pressupostos objetivos*’, sedimentando um plano de eficácia da norma, isto é, uma garantia de que ela produziria efeitos na sociedade e que caberiam a estes efeitos gerar uma uniformização de entendimentos jurídicos comuns, normas de caráter mais geral a partir de um vértice institucional, centralizando a heteronomia de comunidades diversas em numa centralidade jurídica e administrativa.

Esse processo, ao longo do tempo, enfraqueceu a concorrente aplicação casuística de entendimentos jurídicos por parte de autoridades eclesiásticas, logo quando teriam sido usurpadas, reclamadas pelas competências de instituições da associação política. Ao longo do processo histórico passa a fazer mais sentido falar, então, numa *civitas*, do que em conceitos mais restritos como *ius civile*, ou *ius gentium*, que sempre tiveram aplicação não uniforme, isto é, mais casuística, e também restritiva, visto que se referia historicamente a um número pequeno de asseclas, ou concidadãos.

Diferentemente desses últimos, a *civitas* parecia formar-se sob uma perspectiva mais generalizante (conglobando virtualmente a totalidade de cidadãos) e mais, deixa a esfera do direito de pertencer a um senhor, ou a um sultão e passa continua e sistematicamente a se tornar mais complexa sob uma associação política. Essa associação

política passaria a ter sua vigência baseada não no privilégio ou direito adquirido pelo nascimento, mas por um entendimento mais abrangente e menos individualista, deixando de coincidir sociologicamente um direito *subjetivo* (*in ratio persona*) para um direito *objetivo* (caráter mais geral).

*A crescente subordinação de todas as pessoas e situações individuais a uma instituição que, pelo menos hoje, se baseia, em princípio, na 'igualdade jurídica' formal é obra das duas grandes forças racionalizadoras: da expansão do mercado, por um lado, e da burocratização da ação como órgãos das comunidades consensuais por outro. Estas substituem por duas coisas a criação, geralmente individual, de um direito arbitrário que se fundamenta na autorização própria ou no privilégio concedido de associações pessoais monopolicamente delimitadas, ou seja, a autonomia das uniões substancialmente estamentais. Por uma autonomia formalmente acessível a todo mundo e rigorosamente delimitada por regras jurídicas de 'associações' que podem ser criadas por quaisquer pessoas e, por um lado, pelo estabelecimento de autorizações esquemáticas, para qualquer um, de poder criar direito arbitrário na forma de acordos jurídicos privados de determinado tipo. As forças motrizes decisivas dessa mudança nas formas técnicas da criação de direito autônoma eram: politicamente, a necessidade de poder, por parte dos regentes e funcionários de um Estado cada vez mais forte; economicamente, porém – não exclusivamente, mas em maior proporção –, os interesses daqueles que ambicionavam poder no mercado, isto é, dos economicamente privilegiados, em virtude de sua propriedade como tal ('situação de classe'), na luta formalmente 'livre' de preços e concorrência no mercado, pois, por exemplo, a 'autorização geral', correspondente a uma igualdade jurídica geral de que 'qualquer um, sem considerações pessoais', possa fundar uma sociedade por ações ou constituir um fideicomisso significa, naturalmente, a criação de uma espécie de 'autonomia' efetiva das classes possuidoras como tais, já que somente elas podem fazer uso dessa autorização*⁷⁵.

Assim, para Weber, a racionalização decorrente do desenvolvimento do mercado capitalista e da burocratização da ação é, em sua análise, força central de um processo de centralização da esfera do direito em instituições preenchidas por um direito mais geral e mais organizado em relação a um direito antes pessoalizado e exercido pelo arbítrio. Esse processo também abriu a possibilidade de ações de classe mais concertadas, que visavam a promover interesses classistas – das classes possuidoras – frente a essas associações políticas, buscando a salvaguarda de sua legitimidade.

Portanto, a tipologia weberiana tende a separar, seja por ausência de coincidência histórica, seja por delimitação baseada no campo de interesses de classe de indivíduos associados, os planos da agencia econômica, com base nas próprias posses – que podem fazer uso das autorizações conquistadas –, e na classe dos que exercem o poder baseado no direito, de uma associação que ganha força enquanto autoridade institucional que passa

⁷⁵ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4. Ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2, p. 40.

a acumular múnus de editar e fiscalizar normas e conceder permissões gerais. Este regime bilateral e complementar de concorrência de interesses é catalisado pelo incremento da burocratização e das práticas capitalistas de mercado, havendo uma associação entre elas com vistas a lograr interesses comuns mormente em formas mais antigas do desenvolvimento econômico, o que fica claro na própria análise weberiana.

Esta última hipótese poderia estar presente, no plano empírico, nos casos, por exemplo, da associação para fins privados entre um rei e exploradores ou piratas ou grupos mercenários e que, mesmo assim, obedeciam a critérios fundamentais para a sua organização, como institutos jurídicos como direito de exploração, o *uti possidetis*, ou mesmo o direito de jogar carga ao mar. Ou seja, mesmo em formas mais elementares da associação de mercado que conferia um caráter de empresa, havia uma diferenciação fundamental – exteriorizada por institutos jurídicos – que separavam essa suposta unidade de interesses.

Nesse sentido, os interesses econômicos seriam profundamente prestigiados quando a esfera do direito funcionasse idealmente, a ponto de organizar a vida e a dinâmica de interesses, sempre separando a associação entre o grupo político e o grupo econômico. Para o caso, portanto, de uma realidade empírica, como a que veremos, em que a força política se associa à força econômica e ocorre uma coincidência entre a figura do empresário com a figura do político, formando um necessário regime de monopólios econômicos de mercados não-livres, baseados na escravidão capitalista negra e num regime de proteção institucional pelo *establishment* jurídico – em que as prerrogativas políticas são ‘corretamente’ empregados num regime de conivências, podemos ter algo inteiramente novo em sua essência, em relação ao esquema geral weberiano.

Por fim, em relação aos conceitos trabalhados por nosso autor – e que só de maneira muito sintética nos coube abordar, será a noção de direito público – categoria preenchida pela noção de uma *Lex* que abarca ou busca dar caráter de generalidade às formas do direito –, e direito privado – categoria mais centrada em focar a aplicação do direito sob perspectiva classista de regulamento, isto é apropriação privatista e casuísta de normas –, em sua concepção morfológica, isto é, a forma de como o direito é empregado e geralmente operacionalizado, a partir destas categorias de caráter ambivalente e genéricas, para permitir a compreensão de tipos, estruturas jurídicas mais singulares – em relação a outros descritos por nosso autor –, bem como sua racionalidade, noções as quais serão para nós como bússolas no decorrer da análise.

CAPÍTULO II – OCORRÊNCIA SOCIOLOGICA DO DIREITO NO BRASIL-COLÔNIA E SUA CARACTERIZAÇÃO DE TIPO PREDOMINATEMENTE PRIVADO OU REGULAMENTAR

Relatos históricos que chegam até nós informam sobre diversas rotas marítimas singradas pelo Atlântico nos idos do século XV e XVI. Mas saber dessa informação histórica não é de *per se* suficiente para o que se propõe aqui.

II.

Podemos, então, mais corretamente admitir que eram diversas as rotas e as oportunidades inclusive as visadas e as não visadas sob o ponto de vista da ocorrência de intencionalidades práticas e sua ocorrência correspondente no mundo dos fatos empíricos.

III.

Podemos então, mais corretamente asseverar que dentre este sem-número de rotas intencionais e acidentais houve por bem que uma delas ou que algumas dezenas delas, ou mesmo que algumas centenas delas praticaram ações correspondentes, com sentidos semelhantes, ainda que em temporalidades não-necessariamente coincidentes.

IV.

Isso significa que nesse emaranhado de rotas e viagens, de naus, marinheiros que singravam os mares do Atlântico surgem então recorrências em relação ao nosso tema de estudo.

V.

Ocorre que, se diversos navios com diferentes marinheiros, rotas e objetivos comuns puderam do ponto de vista da técnica e do domínio de métodos atingir finalidades, deve o pesquisador voltado a entender essas recorrências observar essas regularidades fenomenológicas e apontar, dentre aquelas sucessivas e sem-número repetidas, até onde se pode conceber em nosso universo de conhecimentos, aquelas que possam apontar um conjunto de práticas gerais e ‘universais’ que apontam para a existência de recorrências. Somente a partir dessas recorrências é poderemos observar o

que, ao longo do tempo, isso importou para a construção de singularidades, ou seja, consequências previstas e imprevistas de tipo particular.

VI.

Somente a partir disso e direcionando o nosso foco para recolher do empírico aquilo que se nos apresenta como particular é poderemos observar, a partir de um ponto de vista metodológico, a lógica interna de determinada organização.

Por isso, para além dos relatos históricos que apontam certo aparato e organização da esquadra de Pedro Álvares Cabral, acompanhado de navegantes experientes como Bartolomeu Dias e Nicolau Coelho atracou n'algum ponto da costa brasileira, onde viriam, no primeiro domingo subsequente a ouvir a primeira Missa, que parece ter sido originalmente celebrada por Frei Henrique de Coimbra, acolitado por outros religiosos. Na primeira sexta-feira subsequente pareciam, ao que tudo indica, e assim aponta a narrativa histórica mais conservadora – que tomamos aqui sem dar qualquer caráter de verdade, mas como um mito de fundação sociológica sob a forma de representação coletiva mais ou menos geral – teria sido ordenado a um destaque desses homens que levassem a bandeira de Cristo – aqui tomado sem qualquer caráter de verdade, mas também como representação social mais geral (ou ainda, aquilo que se entende a respeito de algo ou alguém) –, cantando uma cruz em local devidamente designado para este fim.

VII.

Os relatos históricos se nos informam, ainda, uma outra particularidade⁷⁶:

Quando, ao dia seguinte, os navios levantaram âncora rumo a Calecute, tinham deixado na praia dois degredados, além de outros tantos grumetes, se não mais, que desertaram de bordo. Para o Reino seguiu o navio de mantimentos sob o comando de Gaspar de Lemos.

O deixar na praia a que se refere o texto aponta corretamente para a primeira aplicação jurídica de apenamento de que se tem notícia, o de abandonar na praia, à própria sorte, e num mundo desconhecido, dois marinheiros e um sem-número de assim chamados *desertores*, com quem se havia atravessado, como também informam os mesmos escritos, todo o Atlântico desde a Europa.

⁷⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira.** Tomo I: A época colonial: v. 1. Do descobrimento à expansão territorial. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 2 eds., p. 36.

VIII.

É claro que essa ocasião inaugural precedeu um também sem-número de outros acontecimentos repetitivos e não necessariamente relevantes para nossa análise. Contudo, foi acompanhado de densíssimas recorrências históricas.

IX.

Uma dessas recorrências insiste em ser os relatos com os quais começaram a ser descritos os gentios da terra, revelando senão um claro esforço europeu em aproximar-se, com finalidades específicas – como ficará claro mais adiante – dos grupos sociais originários, de quem se herdarão boa parte das artes e ofícios tradicionais e de quem se buscará dominar a técnica para manusear artefatos, fabricar armas, e tudo aquilo que se apontar para a possibilidade de trazer subsistência numa realidade completamente alheia ao imaginário estrangeiro.

São frutos dessas intencionalidades práticas como a que exemplificamos acima alguns relatos mais idealizados – e sabemos que nisto pode residir imanência de ordem religiosa – e que fazem parte do universo mitológico de criação a que mencionamos ⁷⁷:

Esse primeiro encontro das duas raças é o mais cordial que se poderia esperar. O europeu apresenta-se certamente cauteloso, fugindo a fazer o menor gesto que *possa interpretar-se como provocação*. O índio, de sua parte, mostrar-se *acolhedor, embora com algumas reticências e reservas* – as mesmas reservas que *jamaiz deixará de manter*, através dos séculos, em face do branco invasor. É a *atitude normal em tantos povos primitivos*, de quem vê continuamente no estrangeiro, um eventual inimigo. *Desconfiados, inconstantes, dissimulados...* – não são outras as expressões que os próprios catequistas hão de utilizar depois para a *descrição do gentio da terra*. Essa *volubilidade* não escaparia ao nosso mais antigo cronista. Levados para bordo da capitânia, onde são *mimados e acolhidos com presentes*, os Tupiniquins que tiveram esse *privilégio* não dão mais sinal de si, uma vez trazidos à terra. Outros escondem-se *assustados, à presença de um branco*, mesmo quando, momentos antes, pareciam *confiantes e expansivos*. Nisso não *se mostram diferentes dos pardais* diante de uma armadilha, declara-o Caminha. E nota, ainda, a propósito, que ninguém ousava falar-lhe de rijo para que não se esquivassem ainda mais. Apesar de tudo, não haveria nenhum obstáculo insuperável à sua conversão e domesticação: ‘essa gente’, escreve, ‘é boa e de boa simplicidade. E imprimir-se-á ligeiramente neles qualquer cunho que lhe quiseram dar’. O Padre Manuel da Nóbrega, cinquenta anos mais tarde, dirá a mesma coisa em outras palavras, comparando os índios ao papel branco, onde tudo se pode escrever.

Se, por um lado, Walter Benjamin deve nos lembrar que a história é feita pelo lado dos vencedores, temos que, nesse caso, também a narração pode responder a esses estímulos que a consciência tenta imprimir à ordem empírica. Veja, nesse curso, o conjunto de elementos que são arrolados à figura de cada uma das personagens: (I) de um

⁷⁷ Idem, p. 49.

lado, a categoria índio, sob a forma de gentio da terra no vocabulário de época e, de outro, (II) a tipologia sobre o europeu.

Na categoria índio, o relato corrobora a visão de época elencado a partir adjetivos como reativo a provocações; acolhedor, com reticências e reservas; mais: que essas reservas são características imanentes – mesmo o passar dos séculos e a catequese não lhe conseguiram retirar esse requisito existencial fundamental. O relato histórico informa, ainda, serem esses atributos normais a povos primitivos. Em antítese a esse argumento, caberá a nós lembrar tão somente que teria sido o primeiro bispo nomeado para exercer o ministério episcopal no Brasil – o Bispo Sardinha – canibalizado pelos índios.

E continua a descrição da categoria índio, assentando, em seguida, ‘desconfiados, inconstantes, dissimulados’, com temperamento classificado como volúvel, referindo-se claramente ao caráter e ao padrão comportamental esperado a partir da perspectiva branca. Isso porque, ainda quando aparentam ser os índios confiantes e expansivos, logo em seguida recaem em ‘terrível’ e ‘comprometedora’ fuga de si, isolando-se em meio a matas, ainda que após terem sido ‘mimados e acolhidos’ com ‘presentes’ dos europeus navegadores, ficam ‘assustados’ com a mera ‘presença de um branco’ – note-se, neste ponto, o elemento estético da descrição.

Isso leva a crer na hipótese de elaboração de formas de dominação por meio da socialização, com as quais tentar-se-ia imprimir obediência moral por meio de valores, quando os castigos e as penas não fossem suficientes. Estamos falando de uma *estética* da dominação colonial, assentado em socialização por meio de adestramento e controle das emoções e ações, impondo obediência tanto quanto se possa e tanto quando se permitam as condições objetivas. Como estamos a tratar a todo instante de um choque de estruturas mentais muito bem adaptadas a sua realidade e propósitos específicos, a nova dinâmica que passa a surgir é fruto senão de uma consubstanciação entre meios e interesses, da qual, em maior ou menor grau, tanto o elemento cultural da categoria índio, quando o elemento cultural da categoria europeu, vão se fundindo.

Mas não é disso que estão a tratar os primeiros relatos. Continuemos, então nossa análise. O Padre Manuel da Nóbrega, cinquenta anos após essas descrições a reitera – ou seja, foi esse o pensamento predominante do lado branco no primeiro século da colonização – dizendo, sem embargo, que esta gente gentia é ‘boa’ e de ‘boa simplicidade’ porque neles se pode imprimir, por meio da religião, valores e costumes como se faz com os brancos. Novamente aqui nota-se que o padrão comparativo é em que

os gentios se igualam ou não com os brancos. Ou têm a possibilidade de assim virem a sê-lo, no plano da agência, em outras palavras, agir como se assim o fossem.

Ao lado da categoria índio, como mostramos, foi mobilizada a categoria 'branco'. Estava posto na gênese da fundação sociológica aquele que seria um dos traços mais característicos e originais do Brasil: a dinâmica de coexistência e miscigenação de raças. O texto refere-se ao branco como cauteloso; que mima e acolhe; de quem seria um privilégio estar próximo, apesar de terem sido vistos como inimigos. Claramente, a narração divide o eixo da virtude e da selvageria, o interessado do malemolente, o racional do mambembe, o educado do estranho, o acolhedor do assustado, o receptivo do esquivado, o confiante do insubordinado. Mas não é tudo ⁷⁸:

Uma página, dentre todas as da Carta, merece particularmente ser guardada. É aquela onde se pinta a cena da apresentação de dois índios a Cabral, a bordo de um navio da frota. O diálogo dos gestos, que nesse momento se trava, é admiravelmente instrutivo e, melhor do que muitas páginas de erudita interpretação psicológica ou etnológica pode revelar a posição respectiva das duas raças que se defrontavam quando estava para começar a ocupação da terra.

Refere Caminha como, à chagada de dois índios, Pedro Álvares se achava sentado em uma cadeira, tendo ao pé um grande tapete de alcatifa que servia de estrado. Estava bem-vestido, e trazia ao pescoço um colar de ouro muito grande. Vários comandantes e outras pessoas sentavam-se no chão sobre o tapete. Acederam-se tochas. Ao entrar, os dois índios não fizeram o menor gesto de cortesia e nem menção de falar ao comandante ou a outra qualquer pessoa. Um deles, porém, fitou o colar de Cabral e começou a acenar com a mão em direção à terra e depois ao colar, o que os circunstantes tomaram como um modo de indicar que ali havia ouro. Olhou, ainda, para um castiçal de prata e fez os mesmos acenos, como para dizer que lá havia também prata.

Mostraram-lhe um papagaio, que o capitão da frota levava consigo; tomaram-na logo e acenaram para a terra, como a dizer que os havia lá. Mostraram um carneiro; não fizeram caso. Mostraram uma galinha; quase tiveram medo; não lhe queriam pôr a mão e depois lhe pegaram como que espantados.

Deram-lhes de comer; pão e peixe cozido, confeitos, bolo, mel e figos. Não quiseram nada daquilo e se provavam alguma coisa logo a lançavam fora. Trouxeram-lhe vinho numa taça; mal lhe puseram à boca e não gostaram, nem quiseram mais. Trouxeram-lhe água em um jarro. Não beberam. Apenas lavaram as bocas e logo a lançaram fora.

Viu um deles umas contas brancas de rosário; alegrou-se muito com elas e lançou-as ao pescoço. Depois tirou-as, enrolou-as no braço e pôs-se a acenar para a terra e de novo para as contas e para o colar de Pedro Álvares, como se pretendesse dizer que dariam ouro por aquilo. Assim o julgávamos nós, observa o escrivão, por assim o desejarmos. 'Mas se ele queria dizer que levaria as contas e mais o colar, isso não o queríamos nós entender porque não lhe haveríamos de dar'.

Em todo esse colóquio mudo e em muitas outras passagens da carta, veem-se os tateios do colonizador futuro diante da terra e, por outro lado, a atitude receosa, ora indiferente e raras vezes admirativa do indígena em face das maravilhas exóticas que lhe exhibe o homem branco.

⁷⁸ Idem, p. 50.

Neste último trecho, por sua vez, a descrição do contexto, e a alocação das virtudes e valores morais continua presente. Desta feita, esses ideais civilizatórios modernos são depositados de forma alegórica em Pedro Álvares que, num encontro não-fortuito e que parece ter sido para este fim preparado, cerca-se de uma *estética* colonizadora no qual dois índios ‘se apresentam’ na embarcação do marinheiro, que está excepcionalmente bem-vestido e onde consegue travar uma comunicação ‘eficiente’ por meio de gestos com os dois gentios. Observe-se que, no relato, Pedro Álvares estaria sentado, sob forros de tapeçaria – a indicar a suntuosidade do encontro – e onde os índios tiveram seus costumes testados, suas reações mesuradas e seus gostos anotados. Foi também obra desse mesmo encontro que os índios, ainda nesse contato gestual atraíram os marinheiros para o ouro e a prata, tão logo avistando o colar do chefe da esquadra e seus castiçais que, à ocasião, guardavam tochas fumegantes. Muito embora esses elementos não tenham despertado nos gentios qualquer interesse, veneração ou cortesia.

Na ocasião foram servidos pão e peixe cozido, confeitos, bolo de mel e figos, ambos *receosamente* experimentados e *contudentemente* recusados, restando aos índios senão lavar as suas próprias bocas com água servida num jarro. Sendo mais correto lembrar que a ação narrada se desenrolou numa caravela, em plena praia do litoral baiano, nos idos do século XVI, cabe-nos fazer algumas inferências sobre as condições objetivas. Em primeiro lugar, em se tratando de ser uma caravela repleta de marinheiros quinhentistas ou seiscentistas, com os hábitos e costumes presentes à época, certamente o pão e o vinho a que se faz menção – e que são elementos muito ligados ao imaginário e ascetismo religioso católico – poderiam estar minimamente dormidos, apodrecidos em função das próprias condições objetivas da viagem, numa caravela que devia ter desatracado d’algum porto europeu há vários meses.

Resta considerar que as condições de uma viagem em alto mar pelos trópicos podem ter afetado severamente as condições dos mantimentos e da comida armazenada, o que pode, por sua vez, ter impactado nas frutas guardadas durante a travessia do oceano e também dos confeitos e dos bolos, ou mesmo denunciado a qualidade acética do vinho de que se faz menção. O mesmo raciocínio deve estar presente em analisando-se as condições da tapeçaria e das vestimentas – que deviam ter sido lavadas em água salobra, ou nem isso, e em seguida, secadas ao sol e à maresia – assim como os próprios marinheiros e comandantes, cujos hábitos bastante precários de higiene e assepsia podem tê-los feitos passar dezenas de dias sem lavar-se, seja o corpo, seja a boca.

Essas observações se servem para demonstrar não um bom-gosto de qualquer dos lados da conversa, mas para apontar as condições históricas objetivas não-relatadas do relato, nas condições e nos aspectos que nos logrou melhor observar de forma não-romantizada. Por fim, finda o excerto, desta feita, pelo autor que aqui transcrevemos, caracterizar o encontro, conforme transcrevemos, como um ‘*colóquio mudo*’ que evidencia ‘*tateios*’ do ‘*colonizador futuro diante da terra*’, frente a uma estética comportamental ‘ora receosa, ora indiferente’ e pouquíssimo ‘*admirativa*’ por parte dos gentios diante das ‘*maravilhas exóticas*’ oferecidas pelos marinheiros. Mais adiante, poder-se-á compreender que esse encontro nada fortuito frutificou a partir do emprego de finalidades específicas⁷⁹:

[...]. Mais tarde afirmaram que nem eles [os índios] nem os pais podiam viver sem escravos para servirem e por eles trabalharem. E assim, se viam os nossos a fornecê-los. Mas não satisfeitos com os escravos capturados na guerra, quiseram também os filhos dos nossos e acabaram escravizando toda a Nação [indígena Tupi]; e com tal tirania e crueldade a trataram, que os que ficaram livres foram, como nós, forçados a deixar a região.

Ou seja, ao longo do tempo, a dinâmica do processo de instalação dos marinheiros foi incrementada e passa a se complexificar valorativamente, ressignificando as relações sociais de miscigenação e coexistência geográfica entre europeus brancos e as populações indígenas. Esse mecanismo de sofisticação se dá com o choque valorativo em relação à organização tradicional indígena e começa a responder, por outro lado, a um processo de criação da mentalidade colonial. O trecho transcrito já fornece alguns elementos que vigorarão a partir do desenvolvimento histórico que está por vir e, sob a perspectiva da esfera do direito, reforça a aplicação do abandono, da exclusão social na forma de banimento como sanção jurídica.

Mas estamos a tratar, ainda, do que paulatinamente viria a tornar-se uma sociedade, fundada desde sempre na miscigenação, ainda que tenha isso despertado a ira do clero secular e religioso e voltado ao emprego de métodos e técnicas – inclusive as indígenas – para a adaptação e subsistência local ⁸⁰:

[...]. Assim, é que em 1551 uma internada mais forte vai deitar por terra parte dos muros do Salvador. Já agora, porém, achava Luís Dias o meio de rebocá-los por dentro e por fora, e assim, são palavras suas em Carta a D. João III, ‘ficarão tão fortes que durarão muitos anos até que V. A. tenha na terra mais rendimento com que pelo tempo em diante possa gastar mais e fazê-la como quiser. É que já então tinham sido encontrados depósitos de cal, cal de ostras provavelmente na Ilha de Itaparica onde podiam abastecer-se os pedreiros’.
[...]

⁷⁹ Idem, p. 86.

⁸⁰ Idem, p. 116-117.

O resultado [do desenvolvimento de um conjunto de práticas adaptativas] é que veio logo a prevalecer aqui, como na generalidade das colônias portuguesas, o costume de amancebarem-se logo os adventícios com mulheres indígenas, por vezes, com mais de uma. Já em 1549, o ano da chegada da frota, queixa-se o Padre Manuel da Nóbrega desse hábito e, ainda mais, do fato de largarem os homens a essas suas mulheres sempre que lhes aprouvesse no que não se mostravam diferentes ou melhores do que os pagãos.

Por meio do excerto podemos perceber que o emprego de material local, elementos fornecidos pela natureza do Novo Mundo, passaram a ser empregados no desenvolvimento de formas de subsistência e de adaptação a uma realidade em quase nada parecida com aquela de Portugal. Essas formas passaram a depender de uma relação com a Corte em Lisboa, muito embora dela se diferenciando severamente.

É nesse sentido que se pode verificar, por exemplo, que a vida na colônia além de não se assemelhar à rígida estrutura que impunham as formas religiosas vigentes no continente europeu, possibilitava uma certa *maleabilidade* em relação à *obediência* aos valores sociais e morais vigentes, o que despertava, como vimos, reações por parte do clero – aqui entendidos como esfera religiosa. Apesar dessa *ordem local* apontar para uma relação externa e que sua finalidade inicial ou pelo menos aparente seja recepcionar o que vem de fora, cada vez mais uma lógica interna própria passa a se desenvolver. É isso o que se manifestará em nosso desenvolvimento institucional daqui por diante.

X.

O caráter de aplicação pública de penas não foi, no caso brasileiro, produto de uma autonomia jurídica em relação à religião, por mais recorrentes aplicações de normas jurídicas por parte da esfera religiosa⁸¹. Muito ao contrário, os relatos históricos parecem se nos apontar que a esfera religiosa, quanto à sua efetividade, parecia ser bem *seletiva* em relação a doulas almas que poderiam ser ou não elevadas ao estado de Graça senão pelo seu *status* e *influência na organização social*, neste ponto⁸²:

O próprio Ouvidor-Geral [em São Salvador] Pedro Borges, que, no entanto, chegará a ser dado por severo e pouco caridoso, há de entender assim, **deixando de usar do rigor da lei** contra **certos homens** que tinham suas mulheres no Reino, e andavam por aqui publicamente abarregados com gentias da terra. Justificando-se em carta a Sua Alteza pela aparente negligência, declara ele: ‘Esta terra, Senhor, para se conservar e ir adiante, há mister **não se guardarem em alguma coisa as Ordenações, que foram feitas não havendo respeito aos moradores delas**’.

O próprio Bispo Sardinha, que não se distinguiu, certamente, pelo ânimo conciliador, parece ter tido igual parecer, de sorte que seus pregadores,

⁸¹ Tema ao qual retornaremos também mais adiante.

⁸² Idem, p. 119-120.

com grande escândalo dos jesuítas, eram livres de fazer, aos amancebados muito largo o caminho do Céu, que o mesmo Senhor disse que era estreito. E, em carta a D. João III, declara que ‘muitas mais coisas se hão de dissimular que castigar, mormente em terra tão nova...’. Sendo, embora, de outro parecer, o Padre Manuel da Nóbrega não via inconveniente em se temperarem alguns abusos com o que a outros não deveria parecer mal menor. Assim, é que chegava a pedir a vinda de muitas mulheres ‘e de toda qualidade, até meretrizes, porque há aqui várias qualidades de homens (...) e deste modo se evitarão pecados e aumentará a população no serviço de Deus.’

O outro remédio que propunha para se consertarem os mesmos abusos, e porventura o mais viável, dados os frequentes embaraços que opunha a Coroa aos embarques de mulheres, mesmo casadas e em companhia dos maridos, estaria na exceção que D. João III admitia, neste caso, em favor das chamadas ‘órfãs Del-rei’.

O excerto supratranscrito vem para demonstrar como a esfera de valores corretamente associada ao plano religioso e que parecia, no contexto europeu, atrair um tipo mais geral de cogência, mobilizando um aparato coativo espiritual correspondente a manter seus valores observados é substituído, em se tratando de observar a análise empírica, por um regime seletivo. É esse regime seletivo que mobiliza o monopólio da Graça Divina rumo a este ou aquele indivíduo, protegendo grupos sociais específicos, que pode melhor caracterizar a esfera religiosa em nosso contexto. Ou seja, o corpo de indivíduos que compõe a categoria clero passa, paulatinamente, a ter um conjunto de práticas recorrentes, pelas quais se nos caberá observar, também noutros excertos, a sua funcionalidade.

Desta feita, cabe-nos considerar a ocorrência de ‘*negociações empíricas*’ entre o agente que administra essa Graça – o sacerdote, o religioso, o acólito – e a aplicabilidade do aparato coativo, com o perdão, com o ‘temperamento dos abusos’, com a ‘dissimulação’, inclusive garantindo aqui o emprego institucionalizado das órfãs Del-rei como forma de tráfico sexual de crianças – estamos falando de moças de tenra idade – transportadas de um lado ao outro do oceano em navios repletos de marinheiros, com vistas a promover a saciedade e volúpia libidinal dos senhores da terra e da nobreza do Brasil.

Por isso então é que se pode dizer, sem embaraço, que o clero pode ter atuado como lobista desse processo adaptativo, que envolveu toda sorte de desvios e corrupções no que tange à administração dos ‘inegociáveis’ valores da esfera religiosa, face a práticas mais ou menos abusivas, mais ou menos distantes, em relação ao discurso adotado pelos mesmos agentes no contexto europeu.

Mas existe, neste relato, outro fato relevante ⁸³:

⁸³ Idem, p. 131.

Do mesmo modo, e por motivos semelhantes, ordena-se, no Regimento, que não vá ninguém por terra de uma a outra capitania sem licença especial das autoridades referidas, ainda quando reine paz e tranquilidade naqueles lugares ‘para evitar alguns inconvenientes que disso seguem’. Quem deixasse de atender a essas ordenas sujeitava-se a ser castigado com açoites, se fosse peão, e, tratando-se de pessoa de ‘mor qualidade’, com multa de vinte cruzados, beneficiando metade dela os cativos e a outra metade o denunciante.

Mesmo o famoso e multicitado Regimento passado a Tomé de Souza, o governador-geral possivelmente mais referenciado nos relatos históricos e jurídicos, que se referem a esta época, pode ter como característica a sua aplicação privada. E privada a mais não poder. Em se tratando de analisar a própria aplicação da pena – que já é um indicio bastante rudimentar – é suficiente para afirmar que uns poucos membros da Colônia sequer submetiam-se a essas normas às quais se depositava forma aparente de direito de tipo público, muito embora sem nunca o ter sido na prática.

Tão logo descumprida a norma mais geral, a sanção será mais privada, podendo a primeira sequer existir, já que sua *aplicação é transacionada* por valores sociais mais locais que legitimam a sua aplicabilidade somente no plano ideal, ou aqueles outros cujas condições socioeconômicas os impede de oferecer resistências mais qualificadas, ou seja, mobilizar o aparato institucional para os seus próprios fins, a despeito da ordem religiosa⁸⁴ e da ordem de ação jurídica.

Por isso é que poderemos passar a falar mais corretamente num *regime seletivo de vigências normativas*, que predominou durante o período colonial em condições mais gerais. Uma redução sociológica que aponte em direção a uma menor autonomia entre as ordens de ação social e de seus correlatos conjuntos de valores (esferas de valor), tende a seguir, portanto, numa direção muito próxima daquilo que efetiva e empiricamente alcançou vigência entre nós.

⁸⁴ Sobre esse tema continua o relato: ‘No esboço de estado que se ia assim instituindo na América lusitana, eram essas algumas das peças verdadeiramente essenciais, segundo o critério traçado pelos interesses e pela experiência ultramarina dos portugueses. Quanto ao espiritual, dificilmente poderia [se] assentar sobre bases mais mofinas. Óleo não existia aqui nem para ungir, nem para batizar. Clérigo de missa, havia-os, como já se sabe, mas esparsos nas capitanias, em regra, de poucas letras e mau viver, triste exemplo para europeus e gentios. ‘Cá há clérigos’, dizia Nóbrega, em carta de abril de 1549, ‘mas He a escoria do que de la vem...nom se deveria consentir embarcar sacerdote sem ser sua vida muyto aprovada, porque estes destruem quanto se edifica’. Já antes disso tinha dito: ‘Dos sacerdotes ouço cousas feias’. E, ainda, mais adiante: ‘[...] Sim, queria um bispo, mas ajuntava, que viesse para trabalhar e não para ganhar. Meses depois, em janeiro, podia insistir, já com boa esperança, no pedido e ainda na recomendação: que não mandasse bispo para fazer rico, porque a terra é pobre, mas para buscar as ovelhas tresmalhadas do rebanho de Jesus Cristo’. Ambos os trechos estão em: HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira. Tomo I: A época colonial: v. 1. Do descobrimento à expansão territorial.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 2 eds., p. 113.

XI.

Relatos históricos que chegam até nossos dias dão conta de um sistema de geração de *status econômico* ligado ao exercício de posições pessoais severamente comparáveis com uma organização estamental, na qual a organização econômica seguia senão para garantir compulsivamente uma concentração da geração de riqueza, renda e patrimônio econômico – muitas vezes sob a forma de acumulação de metal – em setores muito particulares da sociedade. A acumulação de que tratamos aqui também se depositaria nas mesmas classes que mais fácil e corretamente transacionavam a aplicação das normas oriundas do longínquo continente europeu e teriam sido especialmente amparados por agentes da ordem religiosas de ação e imanência que em tudo deles se aproximava e que também neles se resguardava elementos mais gerais da manutenção da ordem social e da proteção das autoridades civis e clericais.

Voltaremos a este tema também mais adiante para uma análise mais apurada e específica, restando-nos, por ora, posicionar mais corretamente a esfera econômica como uma ordem especial de garantias de geração de riquezas sob a forma de legitimação de monopólios, oligopólios e proteção institucional do *establishment*, sob uma perspectiva que buscava *aparentar* formas mais liberais.

Esse regime de geração de status e riquezas sob a perspectiva econômica de um regime legítimo de monopólio passava a ser, já em sua gênese, organizado a partir da compra de seres humanos, sob a denominação de ‘mão-de-obra escrava’, que se iniciou experimentalmente com os gentios da terra e o comércio entre as províncias, acumulando posses e rendas aos senhores ⁸⁵:

Possuir escravos índios constituía índice de abundância e de poder que seriam proporcionais ao número das ‘peças’ possuídas. O regime servil era o único então compreendido pela mentalidade dos colonos. De nada valiam as ordens promulgadas pela Coroa, garantindo a liberdade dos nativos, como a Carta Régia de D. Sebastião datada de Évora, a 20 de março de 1570, influenciada pelos princípios jesuíticos de proteção ao índio; a lei de 11 de novembro de 1595 de Felipe II, proibindo a escravização do gentio no Brasil e o alvará de 26 de julho de 1596, sobre o mesmo assunto. Seria permitida pelo Rei a ‘guerra justa’, tornando-se legal somente a escravização do gentio que assaltasse portugueses e índios pacificados. A guerra justa, seria fácil provocá-la! Simples pretexto ela se tornou letra morta entre os sertanistas de São Paulo.

Assim, foram burladas todas as disposições da Coroa. As ‘encomiendas’ da América espanhola correspondiam os ‘serviços forros’ portugueses dos índios livres por determinação régia, porém mantidos em cativeiro, ‘depositados’ no domicílio dos colonos. A oposição dos jesuítas à

⁸⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira. Tomo I: A época colonial: v. 1. Do descobrimento à expansão territorial.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 2 eds., p. 284.

tendência geral provocou uma série de conflitos que culminaram com a sua expulsão da vila de São Paulo, em 1640.

Transformado o escravo gentil em peça de mercado, com atribuição de valor monetário e inserido o seu papel em uma dinâmica de trocas *econômicas* alcança-se aqui um dos traços da formação da nossa ordem econômica, a de reconhecer juridicamente os escravos como mercadorias, precificando suas vidas economicamente, o que permitia depositar sobre eles uma racionalização de ordem capitalista, como veremos mais adiante.

Mas isso somente – ou tão logo – torna-se possível quando as normas a que se pretende dar caráter de direito público e que ‘legitimamente’ emanam da Coroa passam a ser objeto de aplicação relativizada. Ineficazes, fossem essas normas, oriundas de um contexto muito diverso do nosso, observadas, todos os grupos locais poderiam sair em severo prejuízo, seja *econômico*, seja *espiritual*. Por isso é que aqui se tem trazido um regime de *múltiplas convivências*, abrindo-se mão inclusive das constituições e leis que vinham de Portugal para uma elaboração local e interna de legalidades específicas e concorrentes, que apontavam para uma lógica de geração de riquezas para classes abastadas, com o apoio do aparato institucional estatal e religioso, ambos com este fito mobilizados.

Isso significa que a aplicação de norma jurídica ou de entendimento pertencente a esta ordem somente tem sentido se observada a partir das finalidades provadas, ou seja, quando operam na lógica de *regulamento*, voltado para seguimentos e classes localizadas. Mas essa relação com as normas jurídicas oriundas de El-Rey produzia sentido inclusive para a própria classe dos servidores públicos e agentes de estado, que muito lucraram com “*os regimes oficiais de contrabando não-oficial*” – termo que é de nosso cunho⁸⁶:

Não duvidavam o governador do Rio de Janeiro, nem o Secretário de Estado que muita da prata levada anualmente nas frotas a Lisboa provinha dos vassallos de Espanha e, o que era mais, de seus ministros, embora pudesse entrar grande exagero no ruído que se fazia na Europa a respeito. Em 1747, queixava-se D. José de Carvajal ao embaixador português em Madrid de que cada ano eram desviados das possessões de Castela pela Colônia do Sacramento cinco ou seis milhões de patacas. E como lhe perguntasse o Visconde de Vila Nova de Cerveira como podia ele saber que o contrabando feito no Rio da Prata podia importar aquelas grandes somas, retrucou o negociador espanhol do Tratado de Madrid que no Peru se tiravam todos os anos o melhor de seis milhões em prata, que desses raríssimas vezes ia porção considerável nas frotas da Índia e que, feitas as averiguações, concluía-se que a diferença ia para o comércio ilícito. Admitia, aliás, D. José que os espanhóis eram os mais culpados nesse contrabando e que tinham interesse maior na conservação da Colônia, o que demonstravam, entre outras coisas, os grandes cabedais levados de Buenos Aires pelos governadores e oficiais de ei-rei católico.

⁸⁶ Idem, p. 352.

Se se diz, em nosso tempo, e em brocardo de ordem popular, que ‘dinheiro não fala’, cumprir normas mais gerais de um direito estrito, racionalizado, calculável e eficazmente desenvolvido sob o domínio dos contratos livres – como apontava Weber – acarretaria, nesta nossa dinâmica brasileira, um sem-número de prejuízos, inclusive para o próprio Estado, cuja burocracia verificava tratar-se de processo enormemente eficaz fazer vistas grossas às normas que emanavam do Paço de Lisboa, razão pela qual havia enormes vantagens em *transigir, negociar, silenciar* e com isso obter enormes *êxitos financeiros* em praticar somente as próprias faculdades e aquelas outras que os respectivos grupos econômicos locais apontavam como mais *ideal*.

Assim, podemos observar uma *racionalização do descompasso*, no qual as ordens reais vinham estabelecendo regras e critérios por um lado e, por outro, o conjunto de normas efetivamente vigentes, que tendiam a contrariar essas normas emanadas senão de muito longe, com vistas a promover os ganhos dos grupos locais e assentar os valores que se desenvolviam neste agrupamento social tropical. Então, as padronizações e busca por unidade da esfera econômica a que se refere o processo de desenvolvimento europeu merece aqui um proposital revés, logo que a avançada dinâmica capitalista que se desenvolvia na colônia, com geração de largas somas de riquezas se desenvolvia *eficazmente, a despeito* das ordens reais e da legislação lusitana. Sobre o tema ⁸⁷:

Tratava-se de defender o transporte marítimo contra a ação dos corsários, sobretudo holandeses, que faziam enormes estragos no Atlântico. Os senhores de engenho diziam-se até ironicamente ‘lavradores de Holanda’..., mas, por outro lado, não colaboravam, até pelo contrário, opunham-se à única solução – que seria o comboio. De fato, tanto os lavradores quanto os comerciantes e transportadores de açúcar preferiam o risco da pirataria à despesa e à disciplina de uma frota organizada e protegida. Essa implicava em navios grandes e escalas certas. Aos pequenos armadores faltavam recursos para substituir as suas frágeis caravelas, que, entanto, no dizer de Vieira (presente em todos os assuntos), serviam apenas de ‘escola de fugir’. Quanto aos mercadores, preferiam a falta de sistema, com a possibilidade de chegar primeiro e obter melhores preços.

Por isso, regulamentar e proteger, sob a estrutura de um estado organizado, essa dinâmica capitalista também isto produziria descontentamentos e mais malefício do que benefício ao interesse do capitalista. Assim, passaram a ser contrários ao regime de comboio estatal, deixando que as próprias associações locais se aventurassem ao mar, compensando, estes ganhos, portanto, o preço de tal empreitada.

⁸⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira. Tomo I: A época colonial: v. 2. Administração, economia, sociedade.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 2 eds., 1968, p. 14.

Somente no ano de 1652, já avançado o processo de colonização e a dinâmica capitalista, haveria, a pedido da população local interessada – por uma série de motivos –, designar-se a criação de uma Corte de Justiça a partir da Metrópole – o Tribunal da Relação da Bahia – na sede de São Salvador.

XII.

A implantação de nossa primeira Corte de Justiça, as adjacentes práticas que informam o caráter sociológico que esta logrou adquirir entre nós, muito ao contrário de ser um elemento de autonomização das ordens de ação ou mesmo de coação externa, a partir da implementação de uma esfera de valor especificamente jurídica, representou muito mais, do ponto de vista sociológico, uma proteção legal à dinâmica dos interesses locais, logo que preenchido por ideais imaginativos que faziam sentido para os fins pretendidos pela elite de São Salvador. A seguir, confira-se ⁸⁸:

O Conde de Castelo-Melhor (50-54) veio com a primeira frota da Companhia de Comércio. Desafogava-se a situação militar. A partir de então os governadores-gerais podem dedicar-se à administração. Já Castelo-Melhor apoia pedidos, da Câmara da Bahia e outros, para que se reinstale o Tribunal da Relação, criado e suprimido no tempo dos Filipes. Pretendiam os moradores da capital evitar, e os outros diminuir, os incômodos e perigos da comunicação e da viagem para os tribunais de Lisboa. A partir de 1652, no entanto, poderão os baianos apreciar os seus desembargadores ‘de preto vestidos com trajas honestos, e compridos, de maneira que representem os cargos que têm’. O governador presidia o tribunal, sem votar nem assinar sentenças, mas com poderes para comutar penas e dar alvarás de fiança. A Relação funcionava em recursos judiciários e administrativos – traço característico dos poderes públicos indiferenciados da época.

Em que pese a descrição supratranscrita ter corretamente elencado diversos elementos de época, certamente a dinâmica de interesse da população local pode ter mais corretamente atraído ou reivindicado a criação, desta feita mais efetiva, da Relação. Pode-se dizer, também, que os objetivos que nortearam esse processo podem ter sido ‘os incômodos e perigos da comunicação’ e também da ‘viagem para os tribunais de Lisboa’.

Contudo, se nos parece uma redução pouco fidedigna dos reais motivos que glosavam o constante vai-e-vem até Lisboa, pois essa implantação seria muito mais explicável se analisada sob ótica de uma iniciação aos juristas à dinâmica dos interesses mais locais, como passaremos a ver. Antes disso, as características empregadas à categoria ‘desembargador’ impressionam pela enorme carga emocional a eles confiada já

⁸⁸ Idem, pp. 15-16.

na descrição primeira, na qual os valores moralmente mais relevantes pareciam encontrar sob o manto negro de suas togas a mais ideal e romântica projeção.

De resto, fica evidente a pouca autonomia da ordem de ação jurídica, que tendia a concentrar papel relevante num grupo numericamente muito pequeno. Em outras palavras, um círculo restrito de indivíduos, no qual toda ordem de transações mais ou menos gravosas e comprometedoras encontrariam ali franca prosperidade ao longo do tempo. Veja-se, em sentido mais preciso, o relato que segue ⁸⁹:

Geralmente, o abuso do cargo [de desembargador] visava ao ganho pessoal direto. As acusações feitas por Francisco de Estrada contra o desembargador Antônio Rodrigues Banha em 1692 mostram as *técnicas que os juízes empregavam para aumentar a própria fortuna*. Estrada tinha herdado um engenho do pai, mas, incapaz de cumprir as exigências dos credores, levou a leilão o engenho seu equipamento, quatro fazendas de cana dependentes e quarenta escravos. Quando os lances começaram, Rodrigues Banha, o magistrado encarregado do leilão, insistiu para que eles fossem feitos em dinheiro vivo. Como sempre, *havia pouco dinheiro em espécie na colônia, essa exigência extraordinária eliminou a maioria dos interessados, de modo que a sogra de Rodrigues Banha adquiriu a propriedade para o genro por uma soma bem abaixo do preço de mercado. Estrada tentou mover ação, mas, como Rodrigues Banha pertencia à Relação, nada pôde ser feito*. O desembargador, segundo alegou Estrada, chegara até a contratar capangas para atacar um advogado que trabalhava no caso. Não contente com o êxito, Rodrigues Banha passou a pressionar outros credores de Estrada para que eles o obrigassem a pagar suas dívidas. Estrada, incapaz de satisfazer essas exigências, fugiu para as 'entranhas do sertão' para escapar da cadeia. Era praticamente tudo o que podia fazer.

O uso rentista do poder que lhe conferia o cargo a este honorável agente da lei parece tê-lo trazido bons proveitos econômicos e incrementado sobremaneira seu patrimônio pessoal. Mas, nisto, não se nos parece estar sozinho este personagem, logo que o relato empírico parece repetir-se demasiadas vezes, ao que destacamos ⁹⁰:

A história de Agostinho de Azevedo Monteiro oferece um quadro em miniatura desse processo. Ele chegou à Bahia em 1659, acompanhado da mulher, sete filhos, uma escrava e um criado moço. Nem de longe um homem rico, dizia-se dele na época que não tinha 'dezoito camisas que fossem suas'. O salário anual de Azevedo Monteiro, como desembargador, era de 400 mil-réis, dos quais usava 60 mil-réis para pagar aluguel. O que lhe sobrava era insuficiente para sustentar a família por mais de meio ano. *Sob tamanha pressão, ele se lançou em atividades financeiras. Pelo uso da força, confiscou alguns lotes em Salvador por preços bem inferiores ao que valiam no mercado. Voltando-se, então para o Recôncavo, alugou terra, escravos e gado. Manteve essa propriedade durante seis anos sem pagar um centavo e, quando o dono moveu uma ação, Azevedo Monteiro usou sua influência para retardar o processo. Essa prática funcionou tão bem que ele resolveu adotá-la de novo, alugando canaviais, colhendo uma safra de cana e recusando-se a pagar aluguel ao*

⁸⁹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 266.

⁹⁰ Idem, p. 267.

proprietário. Em 1675, a Câmara de Salvador queixou-se de que esse outrora pobre magistrado agora possuía 27 escravos, que valiam 1 conto e 200 mil-réis, sem falar dos cavalos, bois e ferramentas. Não admira que Azevedo Monteiro jamais tenha buscado promoção em Portugal, contentando-se em permanecer em seu posto brasileiro durante dezesseis anos.

O complexo de relações empíricas que acabamos de transcrever demonstra, por primeiro, que, para muito além do que prescrevia a norma jurídica – que dizia ‘as possessões ultramarinas de Portugal, apesar de distintas pelas condições peculiares e pela localização geográfica, eram subordinadas ao sistema judiciário da metrópole’⁹¹ – havia um correspondente empírico pouco adaptável a essas normas legais e, por segundo, que a sociedade desenvolvia suas relações muito afastadas dessas exigências legais, a despeito da presença de uma classe definida de magistrados e de estes terem uma certa unidade de classe.

Curiosamente, a análise histórica da legislação informa, ainda, que ‘a lei portuguesa tornou-se [no plano oficial] a lei dos territórios que acabavam de ser incluídos em seus domínios, e ministros da Justiça semelhantes aos de Portugal assumiram cargos nas colônias para aplicar a Lei’⁹². Nesse sentido, a aplicação ou não da lei pode ser melhor compreendida se relacionada aos interesses que guiam essa aplicação normativa, pelo menos no contexto da Colônia.

Ainda com relação às transcrições, vemos que teria sido esse o caso da agência de Rodrigues Banha, quando, em 1692, malogrou adquirir propriedade por meio de fraude, criando exigência extraordinária da qual obtinha pessoal proveito, quando, estabeleceu em leilão a exigência de pagamento monetário, quando muito bem conhecia – dada a natureza de seu cargo – quais seriam os grupos sociais que a economia de época monetizava ou não. Ao fazê-lo, foi, não por mera sorte, o lance vencedor aquele que partira de sua própria sogra. Adquirida ‘legitimamente’ a posse do bem, qui-lo o douto magistrado reivindicar a perseguição pessoal do antigo proprietário da gleba de terras.

Não esteve esse operador do Direito sozinho em investidas como essa, o próprio relato histórico dá conta de que o grupo econômico que se posicionou como fiador/credor do dito proprietário se posicionou dando vigor às pressões originadas por parte do jurista, e mostrando, ainda, uma resposta socioeconômica afirmativa a uma ação conhecida e ilícita e antijurídica em plena capital da Colônia. Essas ações não são seguidas de quaisquer reprimendas ou mesmo efetivas admoestações da administração colonial em Lisboa. Mais: os relatos históricos também informam que outros membros daquela classe

⁹¹ Idem, p. 35.

⁹² Idem, p. 35.

podem ter “corretamente” utilizado de seu papel institucional para promover toda sorte de abusos e de ilícitos, uma vez sendo estes a eles favoráveis.

Senão vejamos, que coube ao Sr. Desembargador Agostinho de Azevedo Monteiro, nos idos de 1659, utilizar-se das posições sociais de seu cargo para fazer verdadeira fazenda em São Salvador, arrolando a Coroa como autêntica fiadora – dado o poder conferido pelo cargo – de seus investimentos que compreendiam terra, escravos e gado ‘sem pagar um centavo’ e confiscando o patrimônio de terceiros. Mostra-se que o recém-chegado magistrado sabia muito bem operar com os *instrumentos jurídicos* tanto que, em 1675, já obtinha evolução patrimonial pessoal suficiente para despertar a atenção da Câmara Municipal de São Salvador, sem que tivesse, frise-se, trabalhado um dia sequer de lavoura para conquistar tal beneplácito, que já contava com ‘27 escravos’, além de ‘cavalos, bois e ferramentas’. Teria sido tão boa e proveitosa a sua situação que o mesmo magistrado pode ter até mesmo deixado de disputar outros cargos na administração colonial de Lisboa, ou mesmo da Relação em Goa ou d’outro Além-Mar, para continuar a administrar sua própria ‘*empresa*’ na Bahia.

Assim, vemos que, noutra ponto merece melhor interpretação o relato histórico quando este informa que ‘[...]. Em Portugal e na Espanha, os letrados formavam um grupo estreitamente ligado à Coroa, profundamente respeitoso da Lei e da ordem e ansioso por encontrar soluções legais para os problemas práticos do governo’⁹³. Na verdade, este trecho tem por condão informar, para nós, duas coisas: (I) da preocupação das autoridades da época em solucionar problemas concretos com o desenvolvimento de formas jurídicas que, ao longo do tempo, passarão a se sofisticar, como passaremos a ver de forma continua no Brasil, somente mais adiante no período monárquico e; (II) que esta atual ligação à Coroa não se serviu, sob o período da Colônia, a promover uma aplicação de direito de tipo público, senão operando as formas jurídicas de forma privatista, dando-as conformação de mero *regulamento*, logo que se servem a fins específicos e privados, seja da classe dos juristas, políticos, seja da classe dos agentes econômicos, como veremos mais adiante.

Se admitimos como verdade a premissa que acabamos de fundar, logo deveria informar-nos o empírico sobre sua eventual procedência, assim⁹⁴:

Os governadores-gerais constantemente descobriam que abrir a carteira era uma boa maneira de conquistar a boa vontade magistrática. A Coroa tentou

⁹³ Idem, p. 35.

⁹⁴ Idem, p. 220-221.

manter os salários e as mordomias dos magistrados em dia com a alta do custo de vida na colônia. Em 1699, o ordenado foi aumentado para ajustar-se à tabela de pagamento de outros tribunais superiores portugueses, e em 1726 subiu para 600 mil-réis, nível em que permaneceu por todo o século XVIII. Mas o ordenado não representava a renda real do cargo de desembargador. Ao longo dos anos, depois do restabelecimento da Relação em 1652, os governadores-gerais criaram diversos bônus, como forma eficaz de manter relações cordiais com os juízes e calar sua oposição. Entre 1652 e 1740 os governadores-gerais autorizaram onze dessas propinas, mas o ponto alto foi atingido sob D. João de Lencastre (1694-1702) e seu sucessor D. Rodrigo da Costa (1702-5). Esses homens autorizaram subvenções especiais, como 10 mil-réis para cada juiz como bônus de Páscoa (a partir de 1703), 20 mil-réis no Dia de Santo Antônio, 50 mil-réis no Dia de São João, 20 mil-réis no Dia de São Miguel (todos a partir de 1695), 50 mil-réis nos Festejos de Nossa Senhora (a partir de 1704) e 10 mil-réis nos Festejos das Onze Mil Virgens. Em cada caso, o governador-geral também autorizou o pagamento de bônus a si próprio, equivalente, em média, a três vezes o valor dos bônus concedidos aos juízes. Em meados do século XVIII, os desembargadores recebiam 600 mil-réis de salário, mais 270 mil-réis de propinas ordinárias e 330 mil-réis de propinas-extras (também chamadas de emolumentos) em homenagem a eventos especiais, como aniversários reais. Com todos esses pagamentos, a renda legal dos desembargadores chegava a [fabulosos] um conto e 200 mil-réis, sem contar honorários por serviços especiais, ou salários-extras em comissões especiais ou visitas. Essas recompensas muito contribuíram para reduzir a tensão entre o Tribunal Superior e o Palácio do Governador.

Ficava, então, cada vez mais claro, como adquirir cargos na estrutura judicial da colônia brasileira era operação lucrativa e parecia empresa de grandes recompensas. Não somente pelo sistema de status que operava uma diferenciação social relevante, e conferia aos integrantes da burocracia judicial automática promoção nos altos círculos de relacionamentos da colônia, também propiciando, na operação do *esquema de legalidades*, recompensas financeiras atraentes, mesmo em relação às outras colônias portuguesas.

Por seu turno, os proventos e ordenados anuais dos juízes no Brasil chamavam a atenção da classe magistrática e sua equiparação ao custo de vida na colônia, mostra como, com o desenvolvimento econômico, sofisticação das formas negociais e geração de divisas altamente lucrativas estiveram coadunadas, naquele período, com relações de proximidade com membros da elite judicial e os consequentes e *recíprocos ganhos de classe*. Esses ganhos, lucros, aferidos por uma classe podem informar a relação entre as ordens de ação econômica e a jurídica ⁹⁵.

Não há evidências, entretanto, de que magistrados brasileiros ou magistrados que serviam no Brasil se dessem conta de sua desvantagem no que se referia a promoções futuras. Tem-se a impressão, em vez disso, de que pelo fim do século XVII a Relação da Bahia se tornara um posto cobiçado dentro da magistratura. Enquanto quase todos os primeiros desembargadores de 1609 tinham tentado se esquivar do serviço brasileiro, no fim daquele século os letrados faziam questão de pedir tais nomeações. O crescimento da colônia,

⁹⁵ Idem, p. 242-243.

sua importância cada vez maior dentro da estrutura imperial e, depois da descoberta de ouro nos anos de 1690, sua legendária riqueza sem dúvida tiveram influência nessa mudança de opinião. Existem até referências ao tribunal baiano como mais importante do que o do Porto. No século XVIII, tais afirmações talvez refletissem a situação real, mas, no que diz respeito, a avanço na carreira burocrática, o Porto sempre esteve acima da Bahia. Não obstante, a nomeação para a Bahia era prêmio altamente cobiçado.

E assim mesmo deveria ser, logo que a Lei do Porto não correspondia à Lei do Brasil. Cada qual possuía um código comportamental e de conduta severamente diferentes, tanto no exercício e aplicação das normas jurídicas que emanavam da Coroa quanto em relação aos agentes econômicos, à distinta função de colaborar com o governador-geral nos assuntos da Colônia – tanto é que cabia a este presidir a Corte, como vimos – e participar das investidas de classe para proteção recíproca de seus membros, seja coibindo ameaças e distorções contra os magistrados, seja dando suporte a ações não tão lícitas desempenhadas por seus membros com alguma frequência.

Ao longo do tempo, a sede do Salvador passava a assistir como aqueles homens vestidos de preto atuavam na prática, como suas relações forneciam proveito à administração colonial de Lisboa, ou para as classes abastadas do Brasil, logo que a administração das vultosas riquezas produzidas, n'algum momento, estaria sob sua direta supervisão ou possibilidade de intervenção.

Aceitar um cargo noutra Corte da Colônia, ou mesmo em Portugal, poderia significar decréscimo de poder pessoal e econômico. Inclusive porque a seletividade com que se aplica o aparato legal ordinário faz parte, também, da política de administração da colônia e incrementa essa sistemática de '*negociação valorativa*' com vistas a ganhos recíprocos ⁹⁶:

Parece que algumas formas de comércio eram permitidas ou toleradas na magistratura e que a Coroa preferia aplicar os critérios burocráticos de maneira seletiva. Mais uma vez podemos recorrer aqui à distinção entre lei e comportamento [socialmente] aceitável. A Coroa estava disposta a permitir alguma atividade comercial, desde que esta não provocasse fortes objeções dos outros funcionários ou da população colonial e não perturbasse o funcionamento da burocracia. Quando alguém levantava objeções, a Coroa sempre tinha o recurso de aplicar as leis existentes. Embora os desembargadores fossem submetidos a frequente fiscalização e, em alguns casos, até chamados de volta, apenas os dois juízes acima mencionados [Manoel Ferreira de Carvalho e Afonso Rodrigues Bernardo e Sampaio] sofreram severas punições por suas infrações. Obviamente, a frequência do castigo não coincidia com a incidência do abuso.

Magistrados geralmente usavam o poder e a influência do cargo para obter ganhos pessoais, por conveniência ou para proteger a família e seus dependentes. Exemplos de tal conduta são encontrados ao longo de toda a história da Relação. Em 1676, José de Freitas Serrão recusou-se a desocupar

⁹⁶ Idem, p. 265.

as casas que alugava, apesar de mandado de despejo, e impediu que seu senhorio conseguisse uma audiência nos tribunais. Caetano Brito de Figueiredo, depois de tomar vultosas somas de dinheiro emprestadas para financiar a compra de um engenho, de canaviais e de joias, recusou-se, durante nove anos, a pagar a dívida. Quando o credor tentou processá-lo, o desembargador usou o cargo para impedir qualquer ação legal. Talvez ainda mais sério fosse o uso de influência magistrática para sabotar o tribunal em casos de delitos graves cometidos por parentes ou dependentes de juizes. Já vimos um exemplo desse procedimento no caso de Balthasar Ferraz, mas o problema continuou depois de 1652. Jorge Seco, sobrinho do chanceler Jorge Seco de Macedo, matou um homem na Bahia e fugiu para o Mosteiro Carmelita em Salvador. Devido ao poder e à influência do tio, ninguém o levou à Justiça. Em 1716, os escravos de Cristóvão Tavares de Moraes meteram-se numa briga de rua [uma arruaça] na frente na casa do desembargador. Quando a força policial interveio, um dos policiais foi ferido na confusão. Nesse momento, o desembargador saiu de casa, o bastão do cargo na mão, não para ajudar a prender os escravos, mas libertá-los. O Vice-Rei prendeu Tavares de Moraes e ele só foi solto depois de recorrer à Coroa.

Assim, parecem bem ilustradas como, ao longo do tempo, ocorria uma certa *ligação* entre a estrutura dos governadores-gerais e o desempenho da quotidiana atividade dos juristas, gerenciando aqui e ali conflitos, apaziguando ordens insurgentes, mas, quase sempre, operando o *sistema de legalidade seletivamente* a partir de uma estratégia de dominação, de incrementar os patrimônios pessoais, de gerar aparente coesão e ordem, ao tempo em que aprofunda as relações de concentração de poder e de geração de riqueza, com base na exploração da desigualdade social.

Por sua vez, essa desigualdade social, fazia parte também de uma estratégia de exclusão, em que os códigos de honra e nobreza – geradores do status social –, eram excludentes e seletivos e a ordem econômica contemplava com ganhos reais um grupo muito próximo e coincidente de indivíduos. Essa elite jurídica, então – a que temos feito menção –, atua normalmente a partir do seu domínio sobre as formas instrumentais do Direito, mobilizando este respectivo aparato conceitual e procedimental, para garantir à ordem colonial, os proveitos econômicos, a situação favorável de uma classe letrada, bem como a aplicação negocial da prescrição jurídica emanada de Lisboa, cuja vigência seria ulterior e totalmente ressignificada, tão logo desembarcasse em São Salvador ⁹⁷.

⁹⁷ “É importante lembrar que nem todos os atos considerados corruptos na burocracia eram necessariamente ilegais. Magistrados e outros funcionários reais serviam sob normas destinadas a aumentar a sua eficiência como burocratas, de modo que eles estavam proibidos de exercer certas atividades que, embora não fossem ilegais, eram tidas como prejudiciais ao desempenho de suas funções. A maior dessas restrições era a legislação real que proibia qualquer funcionário da Coroa de negociar, ou exercer atividade comercial, na área de sua jurisdição. Essa lei sempre foi de difícil aplicação, especialmente entre governadores e capitães-mores, que não raro viam seus postos mais como posições patrimoniais do que como cargos burocráticos”. In: SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 264. É esse ato de vontade e essas predisposições que se nos interessam na presente análise.

Noutro giro, uma imbricada teia de relações sociais, servir-se-ia a conectar Lisboa às colônias, por meio dos Tribunais da Relação e dos Tribunais Superiores, o que foi muito eficiente ao gerar mencionados ganhos recíprocos, viabilizando, especialmente no caso brasileiro, o caráter *negocial da vigência normativa*⁹⁸. Contudo, esse *esquema* funcionava, como dissemos, num emaranhado de relações sociais entre grupos, que, muitas vezes, encontrados nos mesmos grupos familiares, recebiam, também, a chancela institucional do Clero, incrementando ainda mais essa dinâmica. Sobre o tema, confira-se⁹⁹:

Suborno e má-conduta provocavam censura tanto da colônia como do Rei, mas tais atividades não eram a única forma de comportamento magistrático que violava o código burocrático de desempenho. Como observado do capítulo 8 [que tratou da relação entre magistratura-sociedade], relações primárias vinculavam os desembargadores à sociedade e criavam pressões que poderiam ter efeito em seu desempenho profissional. As tendências já notadas no período de 1609 a 1626 continuaram a prevalecer depois de 1652. As numerosas relações primárias associativas ou ritualizadas dos desembargadores só eram limitadas pela quase sempre ignoradas proibições e pelas distinções sociais que concentravam tais contatos em certos estratos da sociedade. Interesses compartilhados, cooperação em alguma tarefa, um arranjo comercial, filiação a uma mesma organização e até um estilo de vida em comum criavam uma teia de contatos associativos que violavam o teórico isolamento da magistratura. Além disso, uma segunda camada de relações primárias, formada por consanguinidade, parentesco por afinidade, casamento e apadrinhamento ritual, era geralmente ritualizada dentro da Igreja. Essa camada tendia a tornar-se cumulativa, de modo que, uma vez estabelecida uma ligação desse tipo, outras se seguiam quase inevitavelmente. As relações ritualizadas também tinham tendência a ampliar-se através de gerações, o que lhes dava um caráter de permanência não encontrado nas relações associativas. Tanto os contatos associativos como os ritualizados exerciam forte pressão sobre o funcionamento do governo colonial.

Assim, a introdução das classes magistráticas em São Salvador pode ser mais bem apreendida como uma introjeção valorativa no esquema comportamental desses agentes, bem como na mobilização dos aparatos procedimentais jurídicos – presentes na

⁹⁸ “O Tribunal Superior continuou a ser um executor de política real, e às vezes, um mediador entre essa política e os grupos coloniais, tanto por sua natureza corporativa, como um tribunal, quanto pelas relações pessoais dos magistrados. Não se tornou, porém, um formulador de política, nem a rigor jamais disputou o predomínio do governador-geral nessa esfera. Os magistrados reconheciam sua subordinação nessa área, e os conflitos que surgiram entre eles e os governadores-gerais não costumavam envolver questões de poder político. Uma explicação dessa situação provavelmente está na relativa facilidade de contato com Portugal e a política de centralização a partir de Lisboa patrocinada pela Coroa. O tempo de viagem que separava a Bahia de Lisboa era menor do que o que separava Lima ou o México de Madri; assim, as decisões reais podiam ser tomadas e aplicadas com maior rapidez do que no Império espanhol. O centro em Lisboa, o profissionalismo dos magistrados e a autoridade do Governador-geral se combinavam para criar uma situação em que o Tribunal Superior permanecia como um executor, mas não um formulador de políticas.” In: SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 221-222.

⁹⁹ SCHWARTZ, Stuart B. **Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 270.

burocracia dos Tribunais – para dar vigência jurídica empírica a um *regime de convivências* em relação à ordem formal¹⁰⁰.

Também a menor autonomia entre as ordens de ação apontava para uma concentração de poder num reduzido grupo social, como dissemos. Esse grupo lograva altas posições na burocracia institucional¹⁰¹, gozava de privilégios pessoais de toda sorte e tendencialmente legitimados pela *applicatio* da norma jurídica da época. O cenário institucional mostrou-se bastante diverso daquilo que se imaginava. Ora, se se admitimos que a colônia produzia vultosa soma de riquezas, a ponto inclusive de ter o seu custo de

¹⁰⁰ Tanto é que assim continua o trecho que acabamos de transcrever: “Um exemplo talvez possa revelar todo o universo desses vínculos e, assim, demonstrar não apenas sua existência, mas também sua complexidade. Em 1681, Manoel Pais de Costa casou-se com Isabel D’Ávila, mas a mãe da moça, a viúva Catherina Fogaça, alegou que sua filha tinha sido levada a contragosto. Uma investigação foi iniciada, mas Costa queixou-se de que tinha pouca esperança de um julgamento justo, pois havia ‘com grandes razões de suspeita nos mais ministros daquele estado pela afinidade e parentesco que há entre a dita Catherina Fogaça e Thome Pereira Falcão e ter este muitos desembargadores daquela Relação seus pares e amigos’. Aqui se vê não apenas a ameaça de relações pessoais no julgamento de um caso, como também que essa influência podia ser transmitida para parentes, de modo que o contato direto com os desembargadores não era sequer necessário, desde que algum amigo ou parente tivesse acesso à ‘fonte’ da influência.

Esse exemplo também indica o nível da sociedade no qual era mais provável que tais relações fossem encontradas. Catherina Fogaça não era uma viúva necessitada, mas membro da família Dias D’Ávila, proprietária de grandes pedaços de terra ao norte de Salvador e também do Rio São Francisco e um dos mais poderosos clãs do Brasil colonial. Tomé Pereira Falcão era seu cunhado. Esse cavalheiro baiano, tão bem relacionado com os desembargadores da Relação, era filho de um senhor de engenho, capitão de Iguape no Recôncavo, e, como vereador da Câmara de Salvador em 1671, defendeu o direito de os brasileiros servirem na Relação. Sem dúvidas, os contatos pessoais mais comuns e eficazes eram os estabelecidos entre os magistrados e a elite de senhores de engenho e criadores de gado do Brasil, especialmente na capitania da Bahia. Certamente tais relações também existiam entre juízes e pessoas de nível social inferior, mas, como era pequena a possibilidade de troca de ‘favores’ nas relações entre superiores e inferiores [diferentemente, isso ocorria em relações de posição hierarquicamente colateral], é de suspeitar que estas tenham tido impacto bem menor na conduta judicial.

Deve-se também registrar a outra face dessas relações primárias: delas podiam resultar antipatia, competição e inimizade com a mesma facilidade com que resultavam a amizade e a cooperação. Não havia garantia de que o parentesco ou a participação conjunta na Misericórdia sempre produzissem respeito e harmonia. Apesar disso, um desembargador que agisse na profissão por maldade ou ódio, em contradição com as leis e os méritos do caso, introduzia critérios não-burocráticos no funcionamento do governo, tanto quanto o juiz que agia por amizade.

Os parentescos por afinidade estavam no coração dessas relações. No Brasil, o número de famílias de elite – as de origem nobre, descendentes dos primeiros colonos, a rica oligarquia do açúcar e do gado – continuou limitado. A genealogia das famílias baianas do século XVIII de Frei Antonio de Santa Maria Jaboaão relaciona apenas 148 linhagens distintas e, em qualquer ponto do tempo, o número era sempre menor que esse. A infusão de sangue novo de Portugal não oferecia, de fato, uma alternativa viável; a população metropolitana era pequena, e os portugueses que migraram para o Brasil geralmente vinham de categorias sociais com as quais os orgulhosos brasileiros não queriam ter nenhuma ligação. Assim, o total de uniões possíveis era pequeno e as árvores genealógicas da colônia tornaram-se emaranhadas e retorcidas num trançado de constantes casamentos entre primos. Um sinal dessas convoluções de família é o modo como os nomes começaram a encompridar[-se]. Um simples ‘João de Sousa’ do século XVI tornara-se ‘João de Sousa Pacheco de Carvalho’ no século XVIII, já que os patronímicos eram empregados para distinguir ramos de família e evitar confusões. Como a riqueza, a propriedade, o poder e a influência geralmente se tornavam disponíveis para alguém como resultado desses vínculos, passava a ser imperativo para membros desse estrato social identificar parentes até um grau distante. É uma arte não completamente morta no Brasil de hoje”. In: SCHWARTZ, Stuart B. **Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 271-272.

¹⁰¹ Que, neste ponto, pouco relaciona-se com aquele conceito informado por Max Weber.

vida elevado anualmente e de maneira substancial, podemos admitir também que a esfera de valores do capitalismo operou aqui frutuosas coadunações com outras esferas de valores, mais bem capitaneadas pelos vínculos da *consanguinidade* e da associação comercial financiada e garantida pelo *monopólio* da ordem jurídica.

Cabe, neste ponto, distinção em relação ao conceito de ordem jurídica. Em nosso contexto, ordem jurídica significa não somente uma rede mobilizada para garantir a eficácia de determinada norma, mas, também, uma ordem jurídica socialmente relevante na qual a vigência empírica da forma jurídica é senão relativa em relação aos fins pretendidos por grupos sociais específicos, a quem se confiou o monopólio da legitimidade institucional e da força local.

É que essa forma particular de associação, presente no contexto da racionalização do direito no Brasil, com o seu percurso histórico-formativo, obteve, com enorme proveito, lucros institucionais e políticos a partir, também, da legitimação pela esfera religiosa. Esta, serviria como um instrumento de agrupamento entre os setores nobres e mais distintos em torno de uma causa *religiosa, sancta*, e que poderia, por esse meio, retroalimentar um círculo muito fechado de relações, seja com a benção *divina*, seja sob sua *comunhão* e, sobretudo, por um *capital de graças religiosas* corretamente *mobilizado* – e com *ganhos socialmente repartíveis* entre os setores participantes – por meio da *associação* propiciada pela fé ¹⁰².

Era talvez no campo espiritual, entretanto, que a participação dos magistrados na vida colonial se tornava mais clara. A Relação empregava um capelão para conduzir as missas ditas antes de cada sessão do tribunal, e muitos juízes levavam a sério suas obrigações religiosas. Quase por definição, um bom servidor do rei era também um bom católico, mas a onipresença da Igreja conduzia os desembargadores a situações que conflitavam com suas funções de desinteressados guardiães da lei.

A vida religiosa no Brasil colonial era rica e havia muitas oportunidades de participação. Individualmente, os magistrados se tornavam benfeitores das igrejas e dos conventos de Salvador. Como funcionários eminentes, os desembargadores eram, muitas vezes, convocados para assumir papéis de liderança e obrigações financeiras durante as grandes comemorações religiosas. Foi o que aconteceu em 1702, quando o chanceler Antônio Rodrigues Banha se juntou ao juiz de fora de Salvador e a um rico comerciante como patronos e diretores da procissão da Festa da Ressurreição. Esses esforços individuais se faziam acompanhar da celebração coletiva, pelo Tribunal Superior, da Festa do Espírito Santo, realizada anualmente na igreja dos carmelitas. Essa comemoração era frequentada pelos mais altos funcionários e pela elite da colônia e um sermão especial sobre justiça, proferido por um padre afamado ou mesmo pelo arcebispo, geralmente acompanhava a missa. Tais atividades representavam, para os juízes, o

¹⁰²SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 256-257.

cumprimento de suas obrigações religiosas, ofereciam certos benefícios psicológicos e simultaneamente fortaleciam o elevado status dos desembargadores e de seu tribunal.

Os desembargadores eram proibidos de ingressar na prestigiosa e exclusiva Terceira Ordem dos Franciscanos e Carmelitas, mas eles procuravam, consistentemente, associar-se à Misericórdia de Salvador. Essa instituição, dedicada a obras sociais e de caridade, tornou-se na Bahia um clube social ao qual pertencia a 'melhor' gente. A categoria e a dignidade dos juízes tornavam-nos membros adequados, excelentes candidatos para o seu cargo principal, o de provedor. Na verdade, entre 1711 e 1715 três desembargadores controlaram esse cargo, situação que provocou sérias queixas em 1716, quando críticos levantaram a acusação de que Dionísio de Azevedo e Arevalos havia recorrido à fraude para conseguir o cargo. Essas queixas resultaram numa ordem real que excluía os desembargadores da função de provedor, mas lhes permitia continuar na mesa diretora da Misericórdia.

Como muitas outras instituições religiosas no Brasil colonial, a Misericórdia servia como fonte de crédito, emprestando dinheiro à costumeira taxa de 6,25% para empreendimentos sólidos, como a construção de casas ou compras de terras. A sociedade na Misericórdia e um papel ativo em sua mesa diretora provavelmente traziam vantagens financeiras a um magistrado, tanto por lhe permitir acesso ao capital como pelo poder que ele podia exercer [claramente estamos a tratar de prestígio e status neste ponto] em nome de amigos e dependentes. Não é surpresa encontrar o desembargador Cristóvão de Burgos, provedor da Misericórdia em 1665, ainda em sua lista de devedores em 1694. A influência pessoal na Misericórdia tornava os empréstimos sem fiador, ou com fiadores insuficientes, mais fáceis de obter e podia até livrar um homem de suas dívidas. Não é admirar, pois, que desembargadores disputassem os cargos de direção da Misericórdia.

Assim, temos que a reunião de membros distintos na nada plural associação religiosa fornecia *benefícios recíprocos e repartíveis* a diferentes setores sociais. O excerto revela, inclusive, que em dias santos, a que se determinava a guarda pelo mandamento da fé, estes mesmos membros da elite do Salvador – que seriam, portanto, aqueles a quem a ordem instituída reconhecia legitimidade para direção dos assuntos burocráticos e mais gerais na colônia – estavam todos reunidos para escutar um também distinto sacerdote proferir palavras sobre a justiça, como que revelando a nós qual seria muito bem a origem das ideias imanentes de justiça que corretamente preencheriam campo semântico-ideativo deste valor nas ordens de ação, de maneira geral.

Isto é, um *cluster* de elevada potência social que se unificava em torno de valores específicos, pelo menos neste momento histórico e nesta camada social específica, para a qual dirige-se o nosso recorte no presente momento da análise. Todavia, formando um círculo bastante homogêneo no que diz respeito a *operações empíricas em torno de valores recíprocos*, poderiam corretamente informar um também *homogêneo campo praxeológico de seu poder de agência*, aglutinando em ações comuns e sociologicamente repetitivas – no sentido de recorrentes – a proteção aos valores familiares, a consanguinidade, a *burla às normas do direito*, a *tolerância em relação a*

comportamentos moralmente desviantes, seja por parte do clero, seja por parte da elite judicial, que, neste ponto, coincidia, no Salvador, com a elite política e econômica.

Essa concentração de poderes respondia a uma escala valorativa específica, particular em relação ao conjunto de recorrências socialmente aceitas por seus homônimos europeus e informavam um tipo de sociedade estável, lucrativa, *complacente*, e fundada, sobretudo, no *monopólio de poderes sociais* mais gerais e mais específicos, ambos protegidos eficazmente pela aplicação de um tipo mais privatista e senão mais regulamentar – naquela acepção que visitamos – da aplicação das normas *jurídicas*.

XIII.

Os relatos históricos têm se tornado cada vez mais precisos em mostrar que uma ordem social estática e hermética subsiste, no processo de racionalização do Direito entre nós, somente como mera conjectura, mas que, como o empírico tem informado, a efetiva absorção de práticas desejadas ou legalmente prescritas por normatividade jurídica no mais das vezes nem mesmo coincidiam, quando confrontadas com a realidade empírica.

Temos visto até aqui a existência de uma organização social bastante diversa e complexa em relação ao arcabouço normativo oficial vindo da Metrópole, a habitar um espaço temporal e geograficamente distante e muitas vezes inacessível para o instrumental de métodos e técnicas de que dispunha a ordem jurídica, à época de nossa análise. A propósito, e para que fique este ponto mais claro, vejamos o seguinte relato histórico, acerca do qual discorreremos em seguida ¹⁰³:

O problema começou em abril de 1699, quando conversava sobre um terremoto recente em Lima, e alguém disse que esses acontecimentos tinham causas divinas, pois nem uma folha de árvore se mexia se não fosse pela vontade de Deus. Sotomaior discordou. Disse que Deus não tinha poder sobre os elementos e que quando, por exemplo, o mar engolia um navio, não era pela vontade de Deus mas simplesmente pela força dos elementos. *Declarou aos inquisidores que após a criação do mundo Deus tinha conferido poder aos elementos, ao Sol, aos planetas e às estrelas e que cada coisa e cada pessoa operava por poder e por vontade própria. Ainda naquela conversa, alguém se queixou de sua vida de casado e disse que o casamento infeliz tinha sido vontade de Deus, ao que Sotomaior respondeu que aquele casamento não era vontade de Deus, mas do próprio marido insatisfeito, visto que todos nós temos livre-arbítrio em tudo o que fazemos. Deus tinha cedido muito à natureza.* Não era Deus que crava as plantas e os animais. As plantas eram criadas pelo Sol e os animais, como as moscas e as rãs, eram criados pela putrefação da terra. Aqui ele defendia a antiga idéia da geração espontânea, a criação dos seres animados a partir de objetos inanimados, que remontava a Aristóteles e Lucrecio e havia permanecido como parte integrante da compreensão do mundo físico entre muita gente, embora tal idéia estivesse sob escrutínio

¹⁰³ SCHWARTZ, Stuart. **Cada um na sua lei**: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico. Tradução de Denise Bottman. – São Paulo: Companhia das letras; Bauru: Edusc, 2009, pp. 310-312.

exatamente naquela época. *Onde ele tinha aprendido tais coisas? Nesse caso, à diferença de tantos outros, ele pôde prestar informação aos inquisidores: não tinha lido nos livros, mas aprendido com um jesuíta chamado Simão de Vasconcelos no Rio de Janeiro.* Não era um informante qualquer. Vasconcelos era um jesuíta culto e importante, que escrevia sobre a ordem dos jesuítas no Brasil e, sob muitos aspectos, representava o esforço jesuíta de reconciliar a escolástica com a dúvida e a observação. *Tinha também algumas ideias curiosas sobre o caráter edênico do Brasil e, a crer em Sotomaior, defendia algumas interpretações pouco ortodoxas do dogma.*

Mas mesmo que Sotomaior desse ênfase ao livre arbítrio individual e em alguns aspectos parecesse ser um protodeísta ele também misturava claramente essas ideias de aparência moderna e ou secularizante com todo um conjunto de práticas e superstições populares e um entendimento do dogma que divergia dos ensinamentos da Igreja. Não acreditava, por exemplo, que Maria tivesse trazido Cristo no ventre durante nove meses, pois não conseguia aceitar que Deus fosse encarnar naquelas bascosidades. Maria manteve a virgindade após o nascimento de Cristo porque Deus era todo-poderoso, e Cristo tinha sido concebido quando São Gabriel derramara três gotas de sangue no coração da Virgem. Também não acreditava nos demônios nem no inferno. Os demônios, segundo ele, eram apenas cristãos que tinham morrido. *Os inquisidores queriam saber mais. Ele havia realmente contestado a existência do inferno? Sotomaior era esperto demais para admiti-lo. Explicou que numa conversa sobre a ida de São Patrício ao inferno alguém tinha dito que as almas de lá eram castigadas com lâminas e correntes, ao que ele respondera que apenas parecia isso, pois as almas eram espíritos e não tinham corpo para sofrer esses tormentos.*

Conforme foi expondo sua defesa aos inquisidores, Sotomaior não relutou em admitir que conhecia alguns salmos que podiam matar cobras, iguanas e vermes ou que curavam as pessoas. Ele era um benzedeiro ou saludador e tinha aprendido o ofício em várias fontes. *Conhecia uma reza que curava febres e outra que estancava sangramentos. Recitou em latim uma reza contra a peste que tinha aprendido com um padre português chamado Mota, no Rio de Janeiro. Sabia outra que lhe fora ensinada no Rio por uma velha, e mais outra por um negro. Outra ainda ele admitiu ter lido num livro intitulado Tesouro de Prudentes. Era um almanaque muito conhecido que trazia informações sobre as marés, as fases da Lua, eclipses e outras curiosidades e fenômenos naturais. Publicado inicialmente em 1612, o almanaque teve pelo menos oito edições até o século seguinte.*

Damil tinha enriquecido seu repertório de rezas por vias orais e em fontes populares, misturando magia e devoção ortodoxa. As rezas traziam referências aos santos, a Jesus e à Virgem, mas se destinavam a atuar no mundo por uma magia natural. Deísmo e sortilégios: a cosmologia de Sotomaior trazia contradições, mas ele parecia não se incomodar. No final, nada lhe valeram suas explicações e o pedido de perdão. A Inquisição confiscou todos os seus bens em 1699, e ele foi condenado à prisão perpétua nas galés da Coroa.

Mera aplicação da pena. Se nos dirá o entendedor das leis. Para muito além, o caso traz diversos horizontes interpretativos. Destaquemos, então, o que melhor se nos atrai na ilustração: a convivência de credos de diferentes matrizes no espaço urbano do Rio de Janeiro, ambas compondo *sincreticamente* a realidade religiosa do Brasil – a despeito, é claro, de sua estratificação e dos processos de violência envolvidos nessa ‘convivência’ – do qual extrai-se que a religião católica e cristã era uma representação mais geral e mais oficializada, a partir da perspectiva representativa de grupos sociais mais

homogêneos e com destacado papel na estrutura administrativa burocrática e de dominação.

Evidentemente, pode ter sido essa uma tendência geral, mas se se buscar um horizonte no qual linhas de formação são importantes, ver-se-ia que diferentes encantamentos religiosos do mundo estão a ocorrer simultaneamente no Brasil. Um dos pontos centrais do presente argumento reside no fato apontado por experientes analistas do contexto brasileiro de que, fosse o supratranscrito julgamento ocorrido no Brasil, grandes chances de ter sido diferente o desfecho do caso. Isso porque, entre nós, o poder de aplicação de pena centralizado e estável, tal qual ocorre na Europa e noutros países latinos não se verificou, nem mesmo em se tratando da religião católica. Muito ao contrário, uma centralidade e autonomia da esfera religiosa é historicamente muito localizada. Precisa-se ter em mente que estamos a tratar de um território deveras vasto, em que as províncias poderiam passar não somente meses, como anos inteiros – como frequentemente ocorria – sem qualquer comunicação seja com a primeira capital – São Salvador, seja com a segunda – o Rio de Janeiro.

Além disso, uma série de outros fatores objetivos, como a heterogeneidade das necessidades de diferentes capitanias ou províncias faz crer que existem ordens de poderes vinculados, tanto quanto se possa, às suas próprias questões locais, sendo difícil fazer uma análise geral sobre um Brasil que existe somente enquanto ideia de grupos dirigentes. Não se trata, porém, de atribuir características de acefalia, no sentido de que nada funcionaria ou prosperaria entre nós, mas tão somente de reconhecer, no período colonial, um elemento de unidade próximo ao que se concebe como nação não seria empiricamente factível e que, ademais, seria mais correto entender a autonomia da esfera da religião no Brasil senão como uma ordem institucionalizada católica, direcionada a um grupo dirigente da elite e por ela assumida.

Sob esta lógica, a associação religiosa produz efeitos muito diversos daqueloutro contexto europeu e resiste aqui produzindo também ‘legalidades’ específicas. Por isso mesmo, é que no relato que examinamos anteriormente, vimos que frequentemente a associação religiosa produzia, do ponto de vista social, uma série de efeitos. A composição da Misericórdia de São Salvador passava, na verdade, a aglutinar um conjunto específico da elite da capital. Esta elite frequentava os templos não somente vislumbrando o conforto psicológico ou o alcance d’alguma graça, mas foi por meio da associação católica que se promoveu empréstimos, perdão de dívidas e que se operou um

sem-número de outras negociações para além do campo religioso, ainda que, para isso, fosse necessário abandonar ou transigir com o próprio ideário moral religioso.

Nesta senda é que Schwartz sustentou, a partir de muitas das observações e relatos que transcrevemos e analisamos – e ainda alguns outros – que a ordem religiosa coadunou-se – o que aqui podemos nos referir como um *regime de convivências sociais* gerais e específicas, institucionalizadas ou não – com fatores locais de poder e outras *transações*, pelo que se pode recusar uma tese de que a esfera religiosa correta e sistematicamente aplica penas e sanções no Brasil a partir da autonomia de sua esfera – como parece ter sido no caso europeu.

Passa a ter melhor acolhida, então, a ideia de buscar-se quais os efeitos particulares que uma associação religiosa gerou em grupos sociais específicos – como vimos –, dando pouso, acolhendo um conjunto de práticas particulares e informando sobre o social. Quando a esfera da religião faz *vistas grossas*, por exemplo, aos desvios morais acobertados, claramente está-se diante de uma *negociação valorativa* em relação à norma religiosa, operando as prescrições do direito canônico também sob uma forma mais privada, especialmente tão logo se aperceba os ganhos que daí serão advindos tanto para o clero como para os outros setores sociais *distintos*.

XIV.

A menor autonomia da ordem de ação religiosa, que passava paulatinamente a abrir mão, no caso brasileiro, da *applicatio* de suas próprias normas, ao transigir com elas e com sua vigência – fazendo-o somente seletiva ou privadamente – faz acreditar haver uma certa ordem nutrida muito mais por conveniências e fatores locais do que propriamente uma aplicação de disposição normativa religiosa orientada a um contexto mais geral. Ou seja, não caberia argumentar que a sociedade e sua existência em esferas seria explicada pela autonomia da esfera religiosa e das normas emanadas do corpo de prelados e sacerdotes corretamente designados a este fim, visto que será essa esfera – a da religião – um exemplo de *transigência*, *convivência* com os fatores reais de época.

Mais adiante observaremos também como essa particularidade brasileira informa a multiplicação de redes de comércio capitalista e abertura de novos mercados no Brasil – do ponto de vista da relação entre a esfera da religião e a esfera da economia – ao observar a presença da religião e sua importância nas regiões de ciclo econômico mais forte, como no caso da região mineradora.

Entre os zelosos da tradição, por acanhada que andasse ela nas Minas, esse tranquilo desprezo aos impedimentos ou inabilidades para as Ordens, pareceria ainda mais escandaloso do que a excessiva cobiça de muito clérigos (causa de sua expulsão daqueles lugares) ou do que o gênio turbulento de outros. É que nesses casos, ainda quando numerosos, agiam os sacerdotes como homens particulares e como tais se viam tratados: assim, quando o Padre Antônio Mendes Santiago, vigário de S. Romão entrara em conflito com moradores do Paracatu em 1761, disseram-lhe os últimos que, como indivíduo, o ofendiam, quer isto dizer de mineiro para mineiro, sendo ele absoluto e despótico, mas como pároco lhe pediam perdão de toda injúria. No menoscabo, porém, à lei canônica, dava-se coisa diversa, mormente se vinha de um prelado e, ainda mais, se público em demasia e frequente, pois então a injúria ia ferir todo o instituto eclesiástico.

Tanto as tradições, como as constituições diziam de modo muito claro que, nos ordenados, só ao Sumo Pontífice cabia, regularmente, dar dispensa de impedimentos chamados ‘por defeito’ e entre eles figuravam os dos filhos ilegítimos e os dos mulatos: defeitos, respectivamente, de ‘nascimento’ e de ‘origem’. Em contraste com estes havia outra espécie de impedimento ou inabilitação para receber Ordens, os chamados de ‘delito oculto’, onde, ressaltadas uma ou duas exceções, podia a dispensa ficar a critério do bispo. Uma inteligência mais liberal desses dispositivos tolerava, é certo, que às autoridades episcopais fosse lícito dar dispensa ‘em certos casos’ até para algum impedimento por defeito: o caso apontado nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, válida geralmente no Brasil inteiro, é o dos ‘ilegítimos para serem ordenados de ordens menores’, o que implicitamente os exclui dos graus de subdiácono, diácono e presbítero. Aqui, e ainda em certas permissões especiais que faziam os Pontífices a bispos ultramarinos, admissíveis em terra como o Brasil, de muita mancebia e mestiçagem, entendiam os tradicionalistas que entrava uma licença a ser usada como cautela. No bispado de Mariana, porém, já se podia dizer que neste caso a regra era a exceção.¹⁰⁴

O texto destaca a atuação de atores sociais ‘zelosos’ de uma ‘tradição’ prevista em códigos canônicos. Na verdade, contudo, essa atuação informa muito mais sobre a existência de um conflito empírico inconciliável – presente na conduta de prelados ordenados – que apresentam atuação de forma mais privatista e regulamentar sobre a *applicatio* da norma dos arcebispados –, do que uma postura mais engajada e severa.

Uma análise desse tipo real aprofunda a discrepância que temos aqui observado entre a *vigência formal* e *vigência real* das formas legislativas e informa também sobre o comportamento social aceito de *transigência em relação a normas jurídicas* num momento ulterior, mas imediatamente posterior. Mas o texto que estamos a examinar e o seu relato de época não reduzem essa condição mais comezinha da aplicação normativa da esfera religiosa a um ou dois sacerdotes, ou mesmo a um só arcebispado. A recorrência tipológica do comportamento social desses ‘*zelosos da tradição*’ fica ainda mais latente em seguida ¹⁰⁵:

¹⁰⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira. Tomo I: A época colonial: v. 2. Administração, economia, sociedade.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 2 ed., 1968, pp. 298-299.

¹⁰⁵ Idem, p. 299.

Nem sempre se mostrava a Igreja tão pouco rigorosa para com os naturais da mesma diocese pretendentes ao sacerdócio. Basta lembrar como o processo de genere de Cláudio Manuel da Costa, começado em 1751, achara-se, sete anos mais tarde inconcluso, por deficiência de dados e informações necessários sobre alguns ascendentes próximos ao habilitando. Mas agora já se admitem para ingresso na carreira clerical, não só aqueles sujeitos que incorrem naqueles citados impedimentos, como outros, que buscam eximir-se, e não sem causa, do foro secular.

Depois de tudo, não se admira se nos dias de Cunha Meneses já andem cada vez mais em desuso os floretes e as bastas perucas brancas. Até os magistrados expõem punho e chapéu fincado, ‘na forma em que passeiam os caixeiros’. Ao mesmo tempo vão desaparecendo as manifestações consagradas de decoro e urbanidade. Não se sentam mais, os homens, direitos e graves, como antigamente, e as próprias damas aprenderam a atravessar as pernas sobre as pernas. Assim também perderam muitos o hábito de se despedir dos amigos, preferindo-se retirar das reuniões em segredo, pois é voz corrente, Doroteu, que **os costumes se mudam com os tempos.**

É bem verdade que o uso de adornos específicos pode mostrar alterações socialmente relevantes para as estratégias de distinção de determinadas camadas da sociedade bem como revelar, em complemento, maior abertura a valores específicos, mas por certo, essas alterações visuais e estéticas podem não necessariamente implicar em profundas alterações comportamentais ou valorativas gerais. Ainda que o corpo de disposições estéticas aponte para um caminho de mudanças de rumos sociais, os relatos históricos parecem apontar, em sentido oposto, *linhas de continuidade* ainda muito significativas em relação ao contexto geral de menor autonomização das ordens de ação social. Note-se que, nesse sentido, as posições sociais hierarquicamente superiores pouco ou nada foram afetadas por profundas transformações valorativas.

Na verdade, os mecanismos de centralização e coerção social, bem como o de geração de desigualdades estruturais baseados inclusive no fator raça – haja visto aqueles outros caracterizados por portarem ‘defeitos de nascença’, como os mulatos e mestiços – passam ser paulatinamente incrementados por meio de uma expansão burocrática nas estruturas do estado, recrudescimento do controle social e judicial naquela região, e tudo isso sob uma aparência de legalidade.

Sob essa ótica, a expansão burocrática no Brasil colônia não pode ser compreendido como um processo de abertura ou ‘democratização’, mas pode se referir muito mais a um processo que se pretende *centralizador, conservador*, logo que a disposição de ordens e poderes sociais continua sendo exercida, no plano empírico, por um *círculo hermético de indivíduos* que consigo *concentra e administra o monopólio da legalidade estatal*, atuando muitas vezes ou quase sempre em *causa própria*, bem como

para gerar suas próprias distinções ou diferenciações de classe. Assim, vejamos, em complemento, a nota histórica que segue ¹⁰⁶:

Mesmo nas Minas, passada a fase mais caótica da exploração aurífera, já se faria sentir a tendência para um tipo de estratificação social favorável ao maior prestígio dos que podem aparentar uma digna ociosidade. Não é só essa tendência a mais consentânea com velhas tradições lusitanas e hispânicas, como é a única verdadeiramente compatível com os processos de colonização daquelas partes. *Como sucede em muitas sociedades de formação democráticas e onde os valores pecuniários governam largamente as atividades, tanto quanto as relações humanas, o toque da distinção está aqui nos que possam ou pareçam escapar a esta lei. O próprio lugar das aristocracias de sangue vem a ser vivamente requestado, à falta delas, por aqueles que se mostrem aptos à disposição de seus lazeres segundo outra ordem de valores, ordem essa em que os interesses simplesmente materiais já não ocupam o primeiro posto.*

Assim é que, na segunda metade do século XVIII, e num meio quase inteiramente dominado pela cobiça de bens da fortuna, subitamente aparecem, e começam a mostrar-se cônscios de sua importância, os portadores de virtudes mais bonançosas ou inutilitárias, que se exprimem no gosto estético, na cultura espiritual e, ao que parece, no apuro maior das maneiras. O próprio Critilo, tão avesso à ascensão social da gente miúda, mormente mulatos e tendeiros, partidário tenaz de uma divisão hierárquica e mais ou menos impermeável das classes, que lhe parece coisa obrigatória em reino bem regido, coloca-se entre os privilegiados dessa aristocracia do espírito, que pouco tem a ver com os acidentes de nascimento e origem.

Que império, pergunta, que império pode sustentar um povo que só se forma de nobres sem ofício? É de toda necessidade que exista um corpo de nobreza, mas é mister, ao lado dele, cada qual na posição que lhe foi naturalmente assinada, que também haja milícia, comércio, lavoura. Por outro lado, ele tem como coisa assente e indubitável que à sua, à nobreza togada, cabe lugar especial na República, e em nada inferior aos dos próprios fidalgos de sangue, pois, diz: *‘As letras, a justiça, a temperança/ não são, não são morgados que fizesse/ a sábia natureza, para andarem/ por sucessão nos filhos dos fidalgos’.*

Observe-se que por meio do relato supratranscrito pode-se aproximar a noção social de virtude ao que pode ser entendido pela sociologia pós-Norbert Elias como simples estratégia de distinção da elite, como hábitos de ‘refinamento’, como a fruição comportamental, o gosto estético e os padrões de comportamento, reação e até emoções – que são traços preferidos das estratégias de distinção do padrão europeu de época – de onde vinham após anos de estudo os bacharéis que se achavam nas Minas Gerais.

Esses hábitos e essa fruição comportamental são importantes para que se compreenda um padrão de civilização ideal e de como os hábitos socialmente aceitos nos *clusters* mais distintos da sociedade tendem normalmente a se ramificarem, espraiando, com o tempo, novos hábitos para as classes subalternas, ao que tenderá o grupo de elite à elaboração de novo padrão. Mas esse caso das Minas, a que se refere o trecho

¹⁰⁶ Idem, pp. 300-301.

supramencionado não compromete em nada a redução que temos aqui defendido de menor autonomia entre as diversas ordens de ação social.

Logo que adentram no ambiente social das Minas o comportamento de classe de egressos das escolas de formação europeias – notadamente portuguesas – passam a buscar estratégias de distinção, ou seja, adentram o espaço social – pelo menos neste primeiro momento – não para comprometer a esfera valorativa que governa o ambiente de época. Choques geracionais mais gerais e mais específicos surgirão apenas com o decorrer de um alongado espaço temporal.

Neste momento, esta elite de bacharéis recorre aos seus fidalgos pais para sua alocação em cargos políticos de destaque no governo da colônia, que os forneça capital específico para bem corresponder a interesses instrumentais de setores próximos na estrutura administrativa – e por eles interceder – e meios de promoção pessoal, pelo que o relato a eles se refere como ‘nobreza togada’, tão logo identificando esse grupo de ‘fidalgos’ como membros de um corpo avançado da elite e da administração locais, a qual será incumbida o exercício da fiscalização e governo típicos de uma ‘aristocracia de espírito’, portanto, flagrantemente mais privatista e rentista em relação ao usufruto dos interesses e ganhos mais específicos de sua *classe*.

A flagrante desídia em relação a qualquer observância de um esquema jurídico valorativo ou a *indisposição em fomentar dissensos* pode ser corretamente aferida no trecho que segue abaixo ¹⁰⁷:

Além da produção da lavoura saem em grandes quantidades toucinhos, queijos, chapéus e tecidos de algodão, que não se destinariam apenas a escravos, mas também a gente branca, segundo consta de notícias da época, apesar das leis que vedavam no Brasil as manufaturas, em particular qualquer tipo de tecelagem que não fossem além das ‘grosserias’ para negros. O pouco efeito ali dessas proibições teria provocado a Ordem Régia de 1º de dezembro de 1800, para que o governador anime os povos à lavoura e ao trabalho das minas, desviando-o do trabalho das manufaturas ‘que nada lhes convém’.

Ou seja, o campo das proibições e permissões não era sistematicamente observável pelos interesses locais, ainda que houvesse um corpo de juristas formados ou titulados na região das Minas Gerais, preponderando, como acima asseveramos, características mais particularistas e tendentes a renunciar a qualquer forma de *executio* jurídico, logo que principiasse um esquema mais localizado de interesses por atores locais e por tendências locais de aceitação de práticas, independentemente destas encontrarem no esquema valorativo-jurídico mais geral guarda ou permissão.

¹⁰⁷ Idem, p. 307.

XV.

Um último e importante ponto da análise que temos construído até aqui refere-se à atuação dos grupos sociais em relação à esfera econômica. É que, no período em comento, os avanços econômicos e os ganhos de lucro trazem resultados realmente destacáveis. A melhor forma de sua expressão, em números, diz respeito aos dados das exportações e do tráfico negreiro, para que se obtenha melhor ideia do processo de formação que estamos a abordar e cujas características ficarão sistematicamente mais claras a partir do próximo capítulo. Dito isso, veja-se o relato abaixo, que traz dados empíricos acerca dos progressos econômicos da colônia ¹⁰⁸:

A Costa da Mina – do Cabo do Monte ao de Lopo Gonçalves, tendo em Ajudá o seu porto principal – e Angola, em continuação, estendendo-se até ao Cabo Negro, com os seus três portos, Congo, Luanda e Benguela, são as duas regiões de que procede a quase totalidade da escravaria vinda para o Brasil. De Luanda e de Benguela são cerca de dois terços dos escravos entrados, de 1700 a 1850, pelos portos de Pernambuco e do Rio de Janeiro. O terço restante, recebido sobretudo pelo Porto da Bahia, provinha da Costa da Mina. Os negros de outras regiões africanas, como Cacheu e Cabo Verde, Moçambique e Madagascar, concorrem apenas frouxamente, em parcelas quase sem sentido, para engrossar o tráfico de pretos para os nossos portos.

Trinta mil, no máximo, no 1500; de 500 a 550 mil, no século XVII; 3 milhões, aproximadamente, de 1700 a 1851, o café concorrendo, nas últimas décadas, para incentivar o tráfico, foi de cerca de três milhões e 500 mil – antes menos que mais – a legião de trabalhadores africanos que ajudou a construir o Brasil. Na agroindústria do açúcar, cuja produção andou na casa dos 650 a 700 milhões de arrobas. Na extração de cerca de 1 mil a 200 toneladas de ouro. Na cultura do tabaco, do qual a Bahia exportava, nos fins do século XVII, 25 mil rolos e Pernambuco e Alagoas, 2 mil e 500. Em vários outros misteres, inclusive o de satisfazer, nos serviços domésticos, a comodidade, o luxo e o prazer dos senhores.

A estimativa não defluiu da produção de riquezas verificada no período em apreço, mas resulta de estatísticas e informações coevas, de documentos originais das diferentes épocas, de censos de população de certidões dos impostos incidentes sobre os negros, de mapas de embarque das feitorias africanas, de manifestos de tumbeiros. Os demais elementos, como o volume da produção brasileira, o tempo efetivo de trabalho dos escravos e a rentabilidade de sua mão-de-obra nos engenhos e nas minas, servem apenas, como crivo de verificação, para consolidar os resultados indicados.

Na verdade, as estatísticas e informações coevas no Brasil são os dados do tráfico negreiro, são eles os indicadores do progresso e da geração de incomedidas riquezas em nosso território, não somente engrossando o volume produtivo, mas sendo o próprio *tráfico* a grande e mais destacável *estratégia* capitalista que se verificou entre nós e que assume a nossa particularidade mais marcante, seja em relação à Europa, seja em relação

¹⁰⁸ Idem, p. 191.

a outras colônias. Basta, para tanto, perceber que o próprio censo da produção capitalista entre nós envolveu em larga escala balanços que tinham o fator raça como parte fundante do cálculo – com a introdução dos negros.

Os portugueses, donos de feitorias na África negociavam com africanos a compra de seus semelhantes, remunerando uma cadeia de mercado de tráfico negro. Logo que chegados à costa do Brasil, seriam recolhidos os custos da ‘cadeia produtiva’ anterior, numa operação monetária e de mercado que retirava dinheiro dos produtores brasileiros, pagava o custo do tráfico e do gasto de sua compra em África, e gerava um primeiro acúmulo de lucro na metrópole – fruto da execução dessa primeira cadeia de comércio – , o que somente aumentaria ao longo das cadeias comerciais subsequentes.

Foi a geração de lucro com a introdução do negro nas fazendas, e o cálculo empresarial do quanto ele poderia ser rentável, que possibilitou o comércio e produção colonial baseados neste *empreendimento mercadológico* denominado *tráfico negro* e do *proporcional recolhimento de impostos à Fazenda da Coroa* sobre o respectivo número de negros de que dispunha cada família na colônia brasileira, como forma de engrossar as receitas de estado ¹⁰⁹:

Em 1717, a população escrava de Minas era de 33 mil almas. De 50 mil, em números redondos, em 1723; de 96 mil, em 1735. Eschwege, inadvertidamente, no seu *Pluto Brasiliensis*, não considerando que o recolhimento do imposto de 4,75 oitavas exigível por escravo ou forro, a partir de 1735, se fazia em duas prestações anuais, por semestre, de 2 oitavas e 27 grãos cada uma, e somando, como parcelas autônomas, capitação e duas prestações, de dois semestres, de duas matrículas, atribui para a capitania, em 1742, uma população de 186.868 escravos. Na realidade, no entanto, corrigido o critério conforme o índice de Caetano da Costa Matoso, a escravaria negra de Minas gerais andaria, então pela casa dos 93 a 100 mil – 94.128 escravos capitados na primeira matrícula, e na segunda, 92.740.

Em que pese a existência de um sofisticado esquema de tráfico marítimo negro, envolvendo uma engenharia comercial capitalista avançada e capaz de lidar com operações complexas, estava a existir também um sistema de recolhimento tributário à Coroa que garantia um contínuo afluxo de riquezas com drenagem de capitais em relação à elite metropolitana, mas também à elite brasileira que, a despeito do recolhimento de alta carga tributária à administração colonial, conseguia gerar um significativo acréscimo de renda no território nacional, com a geração de vultosas quantias monetárias e não-monetárias.

¹⁰⁹ Idem, p. 188.

Como o acesso econômico à moeda corrente era bem restrito – e isso, novamente, não se daria por mero acaso – seria mais fácil administrar quem teria o acesso aos bens monetizados ou aqueles outros grupos que viveriam propositadamente e por escolha racional de grupos capitalistas frequentemente ditos como liberais, sem qualquer acesso à moeda corrente e normalmente dependente do mercado de trocas ou escambos.

Essa classe não-abastada e frequentemente submetida ao regime de escravidão, além de raramente dispor de poder de troca monetizada passaria ainda progressivamente a pagar as suas despesas com o seu trabalho, porquanto ainda com uma ulterior reformulação, sofisticação das estruturas da dominação econômica escravista, esse grupo continuaria a não possuir qualquer poder de barganha monetária, em sentido oposto ao dos seus senhores ¹¹⁰.

Para além disso, apesar do esquema de comércio sofisticado, que dispunha de institutos de previsibilidade de oferta, demanda, elasticidade de bens escassos e temporários, dinâmica de lucro e reinvestimento, havia ainda uma *particularidade* que informa de modo mais específico sobre o esquema comercial-mercadológico de que estamos a tratar, a proteção institucional do *establishment* a uma série de benesses e monopólios formais, a configurar uma rede de rentismo lastreada no tráfico negreiro ¹¹¹:

Os artigos dos estatutos da Companhia do Brasil eram em número de 52. Podiam ser acionistas todos os portugueses, sem distinção de qualquer espécie, e os estrangeiros que vivessem em Portugal, contanto que subscrevessem vinte cruzados para cima. Havia prazo para subscrição nas ilhas e no Brasil, como para a integralização do capital – um terço em dinheiro imediatamente e o restante em oito meses. A direção era confiada a uma junta de deputados, escolhidos pelos homens do comércio que tivessem entrado com um mínimo 5.000 cruzados. Um dos deputados representava o povo, isto é, aqueles que possuíssem menores obrigações. Não havia limitação ao capital. As ações não estavam sujeitas a sequestro. Podia a companhia usar as armas nacionais, estando os seus barcos autorizados a bater bandeiras quando encontrassem as armadas reais, gozava de isenção de impostos sobre o vinho que fosse gasto em seus navios, do direito de guardar as presas que fizessem, e liberdade para contratar tripulação estrangeira quando necessária, nenhuma subordinação aos tribunais; direito: de armazenamento em Portugal e no Brasil, de requisitar as embarcações de que carecesse, de comprar, vinho, azeite, trigo e carnes. As dívidas à companhia podiam por ela ser cobradas por meios coercitivos, inclusive as execuções fiscais e exigido a ação dos ministros. Podia recrutar, como se fosse para o serviço do Estado, quantas pessoas carecesse para os seus serviços de terra e mar. Possuía o privilégio de comércio na costa do Brasil. Obrigava-se a comboiar todos os navios mercantes que fossem ao Brasil ou

¹¹⁰ Isso pode nos ajudar a compreender como o ganho de cidadania (reconhecimento formal) no Brasil não veio acompanhado, diferentemente de outros países, de ganho de renda e poder de disposição monetária, revelando uma face bastante clara da função social das desigualdades existentes até hoje em nosso país.

¹¹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira. Tomo I: A época colonial: v. 2. Administração, economia, sociedade.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 2 eds., 1968, p. 322.

voltassem dele, sobre as mercadorias carregadas e comboiadas, gozando de taxa não superior a 10% e seguro de não menos de 25%.

Ou seja, aos mesmos grupos econômicos responsáveis por aferir lucros com a dinâmica escravista e do tráfico negreiro concediam-se, também, extensos benefícios econômicos e, por definição, nada liberais, mas, sobretudo, rentistas e dependentes de uma rede de *esquemas econômicos e monopólios gerais* sobre o exercício e titularidade formalmente garantida de bens e serviços capitalistas. O principal fiador da atividade da elite econômica ‘empresarial’, que acumulava uma série de vantagens sociais e participavam de todo tipo de transgressão e vilipêndio – como o direito de ‘guardar as presas que fizessem’, pelo que se dá consentimento legal a estupros, tortura, dentre outros, inclusive coletivos – teriam sido os agentes da própria administração do estado.

O trecho supratranscrito evidencia, inclusive, que os interesses comerciais desempenhados pela Companhia do Brasil sequer submetiam-se, como vimos, aos tribunais, seja de Portugal, seja do Brasil – o texto usa a fórmula ‘*nenhuma subordinação aos tribunais*’, destacando-o dos próprios estatutos formais da empresa – e, além disso, de que era atribuída força coercitiva própria para execução de adimplemento dos devedores, que em nada dependeria de normas institucionais de estado, ou mesmo de qualquer subordinação ao corpo de magistrados, por mais ineficientes ou corruptos que estes fossem àquela altura.

Assim, temos que a organização empresarial, era na verdade um veículo de comércio oficial, com *poderes quase que ilimitados de disposição* e com uma rede muito bem assegurada de *monopólios, privilégios e isenções*, na qual a *dinâmica do lucro* produzia uma enorme soma de riquezas para um grupo social hegemônico e muito específico, *livre de toda forma de intervenção de leis*, senão quando disposto por ato de vontade de seu corpo de dirigentes acionistas, os empresários.

Resta considerar que todo esse engenhoso *esquema* de organização comercial e de proteção da esfera econômica fazia parte de uma estratégia lançada pela própria Coroa, que lucraria também no plano extraoficial, tão logo as disposições das companhias de comércio fossem muito mais *atos de negociação entre nobres e os agentes de estado* do que propriamente uma prevalência de determinações institucionais. Fora dos tribunais, fora das cortes, *qualquer negócio poderia ser feito ou desfeito* por atos de vontade de particulares e corretamente executados a partir dos interesses da associação comercial, que dispunha de força coercitiva própria, como vimos, para fazer cumprir os adimplementos devidos.

Além disso, a estratégia também *aproximava os interesses comerciais* de senhores locais e associações de senhores de escravos para *baratear* o preço dos negros nos mercados, *encomendar* remessas, *financiar* investimentos, dentre outras formas de aquisição e investimentos monetários, nos quais o estado seria quase sempre um *fiador universal dos contratos empresariais*, arcando com os riscos dos empreendimentos e evitando prováveis perdas.

Mas o que mais chama a atenção diante dessa organização e das estratégias econômicas possíveis para o período é a atuação do estado ‘contra si próprio’, ou melhor, renunciando ao seu próprio aparato coativo e também normativo institucionais para cedê-lo quase que inteiramente à iniciativa empresarial. Mas nisto não reside qualquer aspecto prático de liberalismo econômico, nem mesmo de liberdade de empresa, nem de mercado, mas de um *oligopólio com estruturas de cartel e regimes de exclusividade, no qual o estado (Coroa) obtinha enormes vantagens econômicas ao praticar a burla às suas próprias leis*. O mecanismo funcionava da seguinte maneira ¹¹²:

As moedas coloniais tinham os mesmos valores nominais das chamadas peças nacionais ou metropolitanas, mas continham 10% a menos de ouro ou de prata e por vezes a própria Casa da Moeda falsificava-as, diminuindo-lhes ainda mais o peso. [...]. Acontecia, portanto, o seguinte: os produtos da colônia podiam ser pagos com moedas coloniais de menor valor intrínseco e o ouro comprado nas Gerais com moedas ainda mais desvalorizadas. Quando se tratava, porém, de pagar impostos ou de comprar mercadorias do Reino, não tendo nem as moedas coloniais nem as das regiões das Minas circulação na metrópole, os colonos eram obrigados a pagar com moedas nacionais, de maior peso em ouro. É fácil compreender que, com este sistema, Portugal conseguia uma remessa adicional disfarçada de mais de 10% do ouro sob forma monetária, tributo indireto, portanto. Outra consequência nociva ao Brasil foi que nosso sistema monetário era verdadeiramente anárquico, até a ocasião da vinda da Família Real portuguesa. Havia várias relações legais entre o ouro e a prata e, além disso, a moeda podia ser falsificada com facilidade. A coexistência de três diferentes moedas, de mesmo valor nominal e diferentes valores reais, provocava multiplicidade de preços e favorecia especulações.

Assim, pode-se observar que a ocorrência de *operações lícitas e ilícitas* por parte do estado *fazia parte de uma estratégia de lucro e exploração* econômica, drenando riquezas para a metrópole e favorecendo uma concentração de capital nas classes mais altas, ainda que lançando mão de falsificação *para burlar a norma jurídica*, atuando face a esta a partir dos interesses de particulares.

XVI.

¹¹² Idem, p. 350-351.

Ocorre também, ainda nesse mesmo sentido que temos corretamente sublinhado, que pode ser observada uma aproximação entre lícito e ilícito, vigente ou não-vigente, eficiente ou não-eficiente, a demonstrar-se, a serviço de nossa tese central, a ocorrência de ordens de ação menos autônomas entre si. Esta tese, além de constituir-se uma redução sociológica eficiente para o período da colônia também encontra corretas condições de ocorrência no período posterior à independência do Brasil em relação ao domínio português, ainda por algum tempo.

É bem verdade que, pelo propósito aqui assumido de levar adiante uma redução sociológica eficiente, temos que a desconsideração das datas em que ocorrem eventos históricos apontados como relevantes para os historiadores, se faz de todo interesse e relevância no curso de nossa análise sociológica. Isso porque, a análise da Sociologia pode alterar substantivamente os marcos historiográficos, logo que o fundamental, em nossa busca, reside nas ligações entre os diversos sentidos e as diversas ordens de ação. Para que esta linha de raciocínio fique ainda mais clara, averiguaremos como as linhas de continuidade informam acerca de uma mera vigência jurídica, sem predominante aplicabilidade sociológica do conjunto de normas jurídicas disponíveis nas relações sociais, conforme estamos a analisar ¹¹³:

O título de vice-rei que se atribuiu, sem interrupção desde 1714 até 1763, ao capitão-geral da Bahia e, depois de 1763 ao do Rio de Janeiro, só na aparência, ou passageiramente, significou uma mudança na política de Lisboa com relação ao Brasil. Na prática, e não obstante os dizeres dos decretos de nomeação e dos regimentos, o poder lato que se conferia aos vice-reis, subordinando-lhes todos os funcionários e oficiais do Estado, permanecia letra-morta. As vantagens que, de fato, lhe cabiam eram, salvo a de isenção do inquérito de residência, meramente decorativa: a de precedência sobre os bispos, e cerimônias públicas, coisa que não acontecia com os antigos governadores-gerais; e tratamento de Excelência; a guarda de honra mais aparatosa; a faculdade, em alguns casos, de conceder indultos e, com certas limitações, a de dar hábitos de Cristo, foros de cavaleiro-fidalgo e mais honrarias desse teor.

Em primeiro plano, a ocorrência dos decretos e da legislação oriunda da metrópole, apesar de seu crivo institucional e da sua gênese lusitana, podiam, com frequência, ser letra-morta, no que diz respeito à sua aplicabilidade no Brasil. Note-se que estamos a tratar de período em que já ocorrem os governadores-gerais, as câmaras municipais e uma classe nacional de juristas a ocupar um corpo de tribunais e de uma

¹¹³ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: O Brasil monárquico: Tomo II: v. 3. Reações e Transações**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 3 eds. rev., 1976, p. 22.

burocracia pública que corretamente estão a informar no dia-a-dia de suas atividades administrativas sobre o comportamento geral desse corpo burocrático na colônia.

As atribuições jurisdicionais e administrativas ocorrem de forma mais concertada e não apresentam qualquer aspecto sociológico de aplicação predominante, ou vigência sociologicamente efetiva. Mas isso não é tudo: também a existência de estrutura burocrática ocorria, consoante informa o empírico, de forma mais distanciada em relação ao conjunto de ordenamentos jurídicos, mais gerais, e os regulamentos institucionais, mais particulares, que chegavam ao Brasil, pelo que sua mera ocorrência enquanto corpo burocrático particular e diferenciado não pode ser indício, nesse período e em períodos posteriores próximos, de *executio* da ordem valorativa jurídica, senão vejamos¹¹⁴:

A tradicional indistinção, em nossas Câmaras, entre as funções políticas, jurídicas e administrativas, revelava-se extremamente incompatível com os ideais dos tempos novos, que exigem uma rigorosa divisão de tais funções. A lei de 1º de outubro de 1828, que reduz afinal as Câmaras, em seu artigo 24, a ‘corporações meramente administrativas’, sem qualquer jurisdição contenciosa, vem atender por um lado, e consagrar esses ideais. Por outro lado, deixa-lhes escassos recursos para cumprirem as obrigações antigas e as novas. É inevitável que reduzidas, assim, à impotência, já não estejam mais à altura de fazer valer as suas altas pretensões, que vêm de um passado morto. Tanto mais quanto sua força antiga ia fundir-se na das províncias, dotadas agora de um legislativo absorvente.

A ocorrência de uma redistribuição de poderes de disposição de meios sociologicamente eficientes de mudança começa a dar sinais de ocorrência a partir de meados da década de 1820, pelo que não se pode afirmar tratar-se de um processo geral, estrutural, mas antes progressivo e contínuo e permeado de uma lógica normativa-jurídica no processo de autonomização que leva a considerar o passado como ‘passado morto’, como no excerto supratranscrito, por meio do qual o empírico parece demonstrar esgotamento, a princípio seletivo em algumas de suas estruturas, ao iniciar-se um processo de rigorosa divisão de funções na esfera do estado e da política.

A seguir, veja-se como esse processo de paulatina autonomização da ordem de ação jurídica pode ter tido maiores dificuldades ao conflitar-se com valores sociais da esfera da religião ou da esfera do valor trabalho – o que será, de todo, muito caro para nossa análise no capítulo seguinte ¹¹⁵.

Por outro lado, institutos que no Reino tinham crescido à sombra do poder municipal, não encontram, ao menos em um caso, meios de prosperar com as condições de trabalho dominantes na América lusitana: o caso das corporações de ofícios. Quando a Constituição do Império, em seu artigo 179, § XXV,

¹¹⁴ Idem, p. 24.

¹¹⁵ Idem, p. 26.

determinou que ficavam abolidas, e assim os seus ‘juizes, escrivães e mestres’, com o que se julgava melhor resguardar a liberdade individual, não se pode pretender que dera um passo audacioso. No Brasil, em verdade, o edifício corporativo andara sempre longe de comprimir toda a vida econômica ou de abrigar, mesmo nas cidades maiores, a generalidade dos ofícios mecânicos. Spix e Martius, que entre 1817 e 1820 percorreram grande parte do país, notaram como, além de ser pouco severa a sua fiscalização por parte das autoridades, muito ofício era aqui praticado fora de qualquer norma, disciplina e sujeição. Como esperar a proliferação de grêmios, ao modo da Europa, em terras onde um senhor de escravo podia empregar seus negros e mulatos nas obras que bem entendesse, para negociar depois o produto de seu trabalho?

Diferentemente de um confronto com a lógica de organização da burocracia e da divisão de competências, a esfera do valor trabalho permanecerá inalterada por um bom tempo e seu processo de intervenção, crise e diferenciação merecerá melhor atenção mais adiante. A vida econômica das cidades continuava alheia a qualquer processo de fiscalização ou padronização de pretensões, pelo que os ofícios poderiam ser praticados fora de qualquer regramento mais objetivo, ‘fora de qualquer norma, disciplina e sujeição’, prevalecendo muito mais o interesse e o conjunto de disposições senhoriais do que propriamente uma organização mais sofisticada da esfera do valor trabalho. Uma prática também alheia, por sua vez, a um conjunto valorativo mais racionalizado por valores sociais próprios da lógica jurídica se deve, também, à própria ordem religiosa oficial ¹¹⁶:

Um fenômeno todo particular, mas não isolado é, sem dúvida, o do Padre Diogo Feijó, em quem a mania de ‘descatolizar o país’ pareceu a um ilustre prelado daqueles tempos a ‘bossa proeminente no organismo de seu crânio’, e em quem a opinião adversa ao celibato dos sacerdotes se mesclava ao nativismo exacerbado, que em mais de uma ocasião quase o inclina a querer desligar-se da obediência a Roma.

Contudo, a duvidosa ortodoxia dos católicos no Brasil, notada por um grande número de viajantes estrangeiros, tinha suas raízes nas próprias peculiaridades de nossa formação colonial e não era autentica inovação. Por outro lado, a exaltação nativista, de origens não menos remotas, era natural que se disseminasse facilmente pelas diferentes camadas sociais, desde os primeiros anos e decênios que se seguiram à Independência. Por que haveriam os padres e frades de constituir-se em exceção à regra comum? Um exemplo, entre muitos, desse nativismo está na ácida campanha movida pelos beneditinos do Rio e de todo o país, nos anos de 1832 a 1834, contra a ingerência de delegados do Sumo Pontífice, que em representação à Câmara eletiva não hesitam em qualificar de autoridade estrangeira nos esforços tendentes à reorganização de sua Ordem: as críticas, nesse caso, são dirigidas principalmente contra a atuação do Abade Fabbrini, encarregado dos negócios da Santa Sé.

O mesmo ponto de vista é frequentemente adotado pelas camadas leigas dominantes. Já em 1826 tinha dito Bernardo Pereira de Vasconcelos, que ao precisava o Império de forasteiros a exercerem jurisdição eclesiástica sobre o povo. Em discurso pronunciado então na Câmara, lembrara o mesmo Vasconcelos a distância de duas mil léguas que nos separa de Roma como uma razão cabal para se guardarem aqui instituições religiosas diferentes. Aquilo que não é danoso para a Europa, acrescentava, ‘virá a ser ruinoso no Brasil,

¹¹⁶ Idem, p. 35.

isto é, o Brasil não deve ficar na mesma dependência em que se acham os Estados europeus da cúria romana’.

Parece-nos, então, a partir de determinado ângulo de nossa análise que, para além de um capital de graças celestiais e da busca pela recompensa extraterrena, o capital valorativo que se depositava na esfera religiosa parece mostrar-nos um processo de formação das práticas clericais com os valores socialmente mais aceitos a duas mil léguas de Roma, do que em Roma propriamente.

Por isso mesmo, os grupos clericais pareciam recusar sistematicamente as indicações do Vigário de Cristo para conferir eficácia às suas próprias prognoses, mais locais, mais apropriadas, e mais longe do olho vicinal que poderia controlá-los com valores mais ou menos cristãos. O capital de graças extramundanas parecia não compensar tanto quanto um capital de graças por demais mundano, e por demais descolado da dependência romana.

Mas, para além da religião, da política e, ainda, da esfera do valor trabalho, o que se nos parece não ter ficado claro na abordagem que temos acompanhado é que a interpretação dessas categorias ficará mais clara, no contexto brasileiro, se se adicionar a categoria raça como elemento central. Ao fazê-lo, se nos transparecerá uma peculiaridade brasileira latente ¹¹⁷:

No Brasil, escreve, com efeito, Charles Expilly, a linha de demarcação é tão rigorosa quanto em Richmond ou em Nova Orleans. A lei ‘reconhece que os homens de cor são aptos ao exercício de empregos públicos. Nos postos mais elevados acham-se mulatos. E, no entanto, a lei e o preconceito são poderes distintos, que é mister não confundir’. ‘Pouco importa’, escreve ainda, ‘que a Constituição proclame a igualdade dos cidadãos; *mais forte do que a Constituição, o preconceito erige uma barreira invencível – ao menos até os dias de hoje – entre pessoas separadas entre as matizes da pele. Oferecem-se galões, condecorações ou títulos aos homens de cor, mas ninguém concerta aliança com eles*’.

Logo adiante acrescenta o mesmo autor: ‘o operário mais pobre não trocaria a cor de seu rosto, se for branca, pela de algum mestiço, ainda que a troca lhe devesse render milhões. De fato, ele é *Ilustríssimo Senhor*, tanto quanto o advogado, o deputado, o negociante, e embora despojado dos bens da fortuna considera-os de igual para igual. O mulato mais opulento, e os há senhores de riquezas principescas, é seu inferior; ele bem o sabe, e não duvidará em chamar-lhe a atenção para este ponto se o julgar necessário. Por miserável que seja, arrima-se na convicção de que pertence à aristocracia do país, a única aristocracia que conhece, a única de que verdadeiramente se gaba: a aristocracia da pele’.

Assim, o capital social, o capital de graças ou a posse de elevados bens financeiros por mais opulentos que possam parecer não ocorrem no Brasil de forma descolada da categoria **raça**. Ao contrário, esta permeia todo o tecido social e informa sobre uma cadeia

¹¹⁷ Idem, p. 37.

de repulsões mais ou menos latentes a depender da esfera e que demarca fortes tendências de diferenciação no contexto da colônia: *diferenciação para não ser negro*.

Esse valor social de repulsa em relação ao que não é branco, mas é mulato ou possui um ‘*defeito de nascença*’ – para recuperar a expressão de época – informará uma complexa *rede de exclusão e segregação* que constituem provavelmente a *maior das particularidades do processo de formação do Brasil*, como um processo calcado fundamentalmente na mestiçagem, no cruzamento entre indivíduos de diferentes origens étnicas e com diferentes traços fenotípicos, pelo que foram as duas capitais até aqui abordadas – São Salvador e São Sebastião do Rio de Janeiro – cidades marcadas por receberem enormes levadas de imigrantes forçados oriundos da África.

A chegada desses imigrantes forçados visava fundamentalmente alimentar um sistema econômico baseado na desigualdade estrutural e na exclusão seletiva no qual o fator raça seria o grande diferencial entre uma vida de ‘*trabalhos*’ forçados e *castigos* corporais, com todo um conjunto característico de particularidades, ou um outro caminho, de acesso a *clusters* sociais de elevado poder de disposição. Em tudo isso, o que parecia ser elemento de fundamental diferenciação era o fator *raça*, o *vício original de nascença ou sua ausência* e a ulterior diferenciação que necessariamente se operaria entre esses indivíduos até o fim de suas tão diferentes trajetórias de vida, no período em comento.

Somente ulteriores transformações na realidade social é que poderiam ocasionar *choques* sociais capazes de irromper essa estrutura de dominação, tão logo as características desse processo de segregação se entornassem palco para um *confronto entre ordens estabelecidas*, o que começará a ocorrer somente adiante. Contudo, fica-se, por ora, com os usos e costumes tradicionalmente mais aceitos e mais homogêneos, que produzem no empírico sua inteira vigência, e que foram retratadas eficazmente no excerto abaixo ¹¹⁸:

Depois de lembrar o lado grotesco dessa feroz tirania do preconceito em terra onde só a sétima parte do povo pode julgar-se estreme de mistura com pretos ou índios, e onde três quartas partes constava de pardos, ainda mais desprezadores que os brancos puros de todo indivíduo de tez um pouco mais escura do que a sua, passa o autor a traçar um quadro sombrio dessa sociedade, a sociedade brasileira, onde o homem de cor se acharia, segundo ele, condenado a só encontrar verdadeiras amizades entre pessoas de sua espécie. Faz-se ao cabo um arauto, quase simpatizante daquilo que nos anos da Regência e mesmo um pouco depois, se chamara haitianismo, e viria a ser uma rebelião sangrenta e formidável da raça humilhada: coisa fatal, a se ver, se os costumes não se pusessem neste ponto mais de acordo com as leis.

¹¹⁸ Idem, pp. 37-39.

Por falsas que se tenham revelado as previsões de Expilly e por exageradas ou vagas que fossem as impressões por ele formuladas, ao menos tão vagas quanto os seus dados numéricos, num tempo em que não se fizera ainda o primeiro censo regular do Império – primeiro censo, e este mesmo omissivo na particular da composição étnica, só ocorrerá seis ou sete anos mais tarde – alguma coisa merece ser guardada do que observou.

Uma delas é a distância que, no Brasil, separava as condições reais da situação legal do país. Por mais que fizessem os legisladores novos no sentido de dar expressão diferente à vida nacional, é indiscutível que os hábitos longamente estabelecidos se mostravam mais poderosos do que as intenções inovadoras. Mesmo nos meios naturalmente acessíveis a estas intenções, preservaram-se frequentemente intatos, contra a avalanche revolucionária, muitos usos ancestrais, importados da antiga metrópole. O do beija-mão, para citar um exemplo, que já em 1484 pudera surpreender, na Corte de Portugal, o fidalgo silesiano Nicolau de Popielovo, como coisa indecorosa e ignorada de outras nações cristãs, há de sustentar-se na do Brasil, com um breve intervalo de seis anos, até depois de 1871. Para D. Pedro I, tratava-se mesmo de uma espécie de privilégio, de que, por sinal, só os seus súditos pareciam verdadeiramente dignos de receber. Assim o fez saber a uma delegação lusitana que certa vez o visitou em São Cristóvão, onde pretendia cumprir a praxe.

A prova, contudo, de que ainda neste pormenor havia a vontade decidida de mudar o país, de acomodá-lo a novas normas, está na saraivada de críticas que se abateu sobre Araújo Lima quando este, em 1837, restabeleceu o costume quase necessariamente interrompido desde a abdicação do primeiro imperante. A vontade de mudar existe sem dúvida entre as classes mais conscientes, ilustradas e ativas do povo, e é ela que se exprime abundantemente na legislação do primeiro reinado e da primeira parte da Regência. A lei e os preconceitos, como dirá Expilly, formam dois poderes diversos, mas se uma nova legislação mal serve para construir uma nova nação, parece, no entanto, que terá sua valia quando, aquecida pelo calor revolucionário, ajuda a dissolver as convenções decrépitas, mais frágeis do que muito preconceito mantido pelo costume.

No Brasil, o processo de emancipação importou mais na medida em que destruiu inveteradas peias, que lhe embargavam o passo, do que pela introdução de práticas vigorosamente revolucionárias. Só por esse lado parece admissível, apesar de seu exagero, o dito de Armitage, de que o Império avançou mais em nove anos do que a Colônia em trezentos. Entre 1822 e 1831, ou melhor, de 1808 até 1831 – a rigor até 1836 – é que se assinala uma fecunda transação – não se queira muito mais – entre o nosso passado colonial e as nossas instituições nacionais.

Conforme colacionamos no trecho acima, as relações tradicionalmente estabelecidas, os costumes centenários e sociologicamente recorrentes persistiam no Brasil ainda que um aparato legislativo estivesse apontando na direção de sua modernização. De outra forma não poderia ser. A mera ocorrência de uma legislação *avant la lettre* pouco poderia informar sobre os costumes reais, a prática empírica, o direito socialmente vigente e socialmente relevante.

Seja o ‘passado colonial’, sejam as ‘instituições nacionais’, tudo parecia conectar-se pela peça dos *interesses de transação*. Somente um processo mais estrutural poderia abalar esse esquema fecundo e duradouro, que por tanto tempo produziu sentido e lucro – para uns. Por isso a nota do historiador que diz ter o Império avançado ‘mais em nove anos que a Colônia em trezentos’.

O mais inesperado é que a gênese de um processo de autonomização da ordem de ação jurídica, com o incremento do direito não-negocial, isto é, preenchido da categoria de *applicatio* e *executio* terá, como um de seus marcos, o conflito racial das ruas, das cidades, das pequenas e médias propriedades – pois o escravo estava em toda parte.

Veremos, então, que iniciar-se-á, no contexto do Segundo Reinado, um processo de contestação, especialmente nos grandes centros urbanos, a que se denominou *abolicionismo*. Nessa esteira, perceber-se-á que o processo de incorporação institucional¹¹⁹ de cidadãos historicamente excluídos a partir da categoria raça dependeu, ao longo do século XIX, da interação entre o esquema valorativo (esfera de valor) relacionado ao direito e o movimento social de *abolição* dos “cativos”

Temos visto até aqui que o processo histórico-formativo de autonomização da ordem de ação jurídica não ocorre descolado de circunstâncias locais, e nem mesmo de suas possíveis interlocuções com a ordem de ação jurídica. Mas pode tornar-se sociologicamente relevante, logo que, tomando as ruas e os fóruns de discussão –jurídicos ou não –, produz resultados novos.

No caso brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica, veremos como o corpo de juristas corretamente destinados ao fim específico da administração da justiça e o aparato judicial-coativo passam a, *tendencialmente*, intransigir com a aplicação e cumprimento de normas vigentes. É, no período do Brasil-Império, especialmente no curso do Segundo Reinado que poderemos lançar mão da ferramenta analítica direito público, quando as características do processo histórico de autonomização da ordem de ação jurídica no Brasil manifestam obsolescência ou perda de predominância da ferramenta direito privado, cuja tendência é abandonada, conforme passaremos a expor.

¹¹⁹ Pensando neste ponto, juridicamente, a partir das instituições oficiais de Estado.

CAPÍTULO III – O PROCESSO BRASILEIRO DE AUTONOMIZAÇÃO DA ORDEM DE AÇÃO JURÍDICA

No capítulo anterior, observamos a ocorrência de uma coincidência empírica entre as diversas ordens de ação, isto é, quando o corpo de valores que as nutre parecia bastante indiferenciado. Observamos, ainda, o quão isto pode ser fidedigno para a interpretação das características históricas mais predominantes no contexto da Colônia, no que diz respeito à centralidade ou não da burocracia judicial naquele período.

Neste sentido, rememoremos que, quando da implantação de nossa primeira Corte de Justiça em São Salvador, as adjacentes práticas que informavam o caráter sociológico que esta logrou adquirir entre nós, muito ao contrário de ser um elemento de autonomização da ordem de ação ligada à Justiça, a partir da implementação de uma esfera de valor especificamente jurídica, representou muito mais, do ponto de vista sociológico, uma proteção legal à dinâmica dos interesses locais, quer queira estes tenham a ver com os reais interesses da Justiça ou não. Ao sublinharmos isto, colacionamos a agência a seguir ¹²⁰:

O Conde de Castelo-Melhor (50-54) veio com a primeira frota da Companhia de Comércio. Desafogava-se a situação militar. A partir de então os governadores-gerais podem dedicar-se à administração. Já Castelo-Melhor apoia pedidos, da Câmara da Bahia e outros, para que se reinstale o Tribunal da Relação, criado e suprimido no tempo dos Filipes. Pretendiam os moradores da capital evitar, e os outros diminuir, os incômodos e perigos da comunicação e da viagem para os tribunais de Lisboa. A partir de 1652, no entanto, poderão os baianos apreciar os seus desembargadores ‘de preto vestidos com trajes honestos, e compridos, de maneira que representem os cargos que têm’. O governador presidia o tribunal, sem votar nem assinar sentenças, mas com poderes para comutar penas e dar alvarás de fiança. A Relação funcionava em recursos judiciários e administrativos – traço característico dos poderes públicos indiferenciados da época.

Podemos observar, dentre outros aspectos do texto supratranscrito, que os objetivos que nortearam esse processo podem ter sido ‘os incômodos e perigos da comunicação’ e também da ‘viagem para os tribunais de Lisboa’. Contudo, essa implantação seria muito mais explicável se analisada sob ótica de uma iniciação aos juristas à dinâmica dos interesses mais locais, como expusemos, ainda no capítulo anterior. Some-se a isso, ainda, que as características empregadas à categoria

¹²⁰ Idem, pp. 15-16.

‘desembargador’ impressionam, nos relatos, pela enorme carga emocional a eles confiada já na descrição primeira, na qual os valores moralmente mais relevantes pareciam encontrar sob o manto negro de suas togas a mais ideal e romântica projeção. De resto, e por fim, deixamos em evidência a pouca autonomia da ordem de ação jurídica, que tendia a concentrar papel relevante num grupo numericamente muito pequeno. Em outras palavras, um círculo restrito de indivíduos, no qual toda ordem de transações mais ou menos gravosas e comprometedoras encontrariam ali franca prosperidade ao longo do tempo, conforme sublinhado ¹²¹:

Geralmente, o abuso do cargo [de desembargador] visava ao ganho pessoal direto. As acusações feitas por Francisco de Estrada contra o desembargador Antônio Rodrigues Banha em 1692 mostram *as técnicas que os juízes empregavam para aumentar a própria fortuna*. Estrada tinha herdado um engenho do pai, mas, incapaz de cumprir as exigências dos credores, levou a leilão o engenho seu equipamento, quatro fazendas de cana dependentes e quarenta escravos. Quando os lances começaram, Rodrigues Banha, o magistrado encarregado do leilão, insistiu para que eles fossem feitos em dinheiro vivo. Como sempre, *havia pouco dinheiro em espécie na colônia, essa exigência extraordinária eliminou a maioria dos interessados, de modo que a sogra de Rodrigues Banha adquiriu a propriedade para o genro por uma soma bem abaixo do preço de mercado. Estrada tentou mover ação, mas, como Rodrigues Banha pertencia à Relação, nada pôde ser feito. O desembargador, segundo alegou Estrada, chegara até a contratar capangas para atacar um advogado que trabalhava no caso. Não contente com o êxito, Rodrigues Banha passou a pressionar outros credores de Estrada para que eles o obrigassem a pagar suas dívidas. Estrada, incapaz de satisfazer essas exigências, fugiu para as ‘entranhas do sertão’ para escapar da cadeia. Era praticamente tudo o que podia fazer.*

Nessa linha, o uso rentista do poder conferido pelo cargo as estes honoráveis agentes da lei parece tê-los trazido bons proveitos econômicos e incrementado, sobremaneira, seu patrimônio pessoal. Para tanto, destacamos, ainda, outros casos empíricos ¹²²:

A história de Agostinho de Azevedo Monteiro oferece um quadro em miniatura desse processo. Ele chegou à Bahia em 1659, acompanhado da mulher, sete filhos, uma escrava e um criado moço. Nem de longe um homem rico, dizia-se dele na época que não tinha ‘dezoito camisas que fossem suas’. O salário anual de Azevedo Monteiro, como desembargador, era de 400 mil-réis, dos quais usava 60 mil-réis para pagar aluguel. O que lhe sobrava era insuficiente para sustentar a família por mais de meio ano. *Sob tamanha pressão, ele se lançou em atividades financeiras. Pelo uso da força, confiscou alguns lotes em Salvador por preços bem inferiores ao que valiam no mercado. Voltando-se, então para o Recôncavo, alugou terra, escravos e gado. Manteve essa propriedade durante seis anos sem pagar um centavo e, quando o dono moveu uma ação, Azevedo Monteiro usou sua influência para retardar o processo.*

¹²¹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 266.

¹²² Idem, p. 267.

Essa prática funcionou tão bem que ele resolveu adotá-la de novo, alugando canaviais, colhendo uma safra de cana e recusando-se a pagar aluguel ao proprietário. Em 1675, a Câmara de Salvador queixou-se de que esse outrora pobre magistrado agora possuía 27 escravos, que valiam 1 conto e 200 mil-réis, sem falar dos cavalos, bois e ferramentas. Não admira que Azevedo Monteiro jamais tenha buscado promoção em Portugal, contentando-se em permanecer em seu posto brasileiro durante dezesseis anos.

Assim, temos que, para os efeitos do presente trabalho, o complexo de relações empíricas que acabamos de transcrever demonstra que, para muito além do que prescrevia a norma jurídica – que dizia ‘as possessões ultramarinas de Portugal, apesar de distintas pelas condições peculiares e pela localização geográfica, eram subordinadas ao sistema judiciário da metrópole’¹²³ – havia um correspondente empírico pouco adaptável a essas normas legais e, por segundo, que a sociedade desenvolvia suas relações muito afastadas dessas exigências legais, a despeito da presença de uma classe definida de magistrados e de estes terem uma certa unidade de classe.

Muito embora essa classe de juristas letrados fosse nomeada para o exercício de seus cargos na colônia ‘para aplicar a Lei’¹²⁴, este aspecto de cogência e validade das leis, que informariam, a princípio, sobre a sua inegociável aplicabilidade, dão lugar, no plano empírico, isto é, mundo dos acontecimentos reais e efetivos, a uma disposição para negociar ou transigir o cumprimento das normas, conforme temos chamado a atenção no presente trabalho sob a forma do que estamos a chamar de ‘racionalização ou ética da indiferença’¹²⁵.

II.

É importante lembrar que um dos mais importantes momentos históricos, na linha do que temos buscado, teria sido a chegada da Família Real Portuguesa ao Brasil. Alguns relatos demonstram, cabalmente, os esforços institucionais desempenhados para transformação ou readequação da burocracia judicial, pelo menos no plano aparente, – e nisto não há qualquer juízo de valor – pela qual deveria passa a agora ex-colônia, face aos acontecimentos que se desenrolaram no porvir de 1808. Mas, antes disso, é preciso que se ilumine qual o contexto, qual a realidade em que se debruçavam os novéis

¹²³ Idem, p. 35.

¹²⁴ Idem, p. 35.

¹²⁵ De minha parte, não tenho dúvida de que isso está fortemente ligado às relações de compadrio, que se desenvolveram entre nós, e que costuma, até nossos dias, ser relevante para a compreensão da burocracia brasileira, deste ou daquele modo. Infelizmente, temos, até o presente momento no Brasil, pouquíssimos estudos sobre os vínculos sociais de compadrio, o que, novamente vem a denunciar um déficit de *selbsterklärung* entre nós.

acontecimentos históricos. Recorde-se que, segundo passagem recuperada por Lenine Nequete, a organização da burocracia da Justiça, a teor do que temos anotado aqui, possuía um sem-número de cargos equivalentes ou coincidentes quanto às funções, e que traduziam uma concentração do poder administrativo, policial e de governo reunindo-os, ambos, nos mesmos cargos do aparato burocrático judicial.

Além disso, e ainda sobre o período em comento, os relatos constantes de Lenine Nequete dão conta de que o desenho institucional da burocracia da Justiça vigente à época de maneira alguma estava relacionado ao estrito cumprimento do que preconizava a Lei. Muito ao contrário, a racionalidade da administração da Justiça no período pode ser melhor compreendida por meio do fragmento abaixo ¹²⁶:

Quando D. João chegou ao Brasil em 1808, a distribuição da justiça – confundida, embora, com um sem-número de funções administrativas e policiais – estava confiada a duas Relações (a da Bahia, criada em 1609, suprimida em 1626 e restabelecida em 1662, no Reinado de D. João IV, e a do Rio de Janeiro, organizada em 1751), e, mais, aos corregedores de Comarca, ouvidores-gerais, ouvidora de comarca, chanceréis de comarca, provedores, contadores de comarca juízes ordinários e de órfãos eleitos, juízes de fora, vereadores, almotacés e juízes da vintena, a quem auxiliavam os tabeliães, escrivães, inquiridores, meirinhos e outros oficiais de justiça, os alcaídes pequenos e os quadrilheiros. [...]. Não conviria esquecer, outrossim, pelo que significava de atribuição de autoridade na interpretação da lei, a Carta Régia de 7 de Janeiro de 1745, expedida por D. João V ao Corregedor do Crime da Corte e escrita, para orgulho nosso, por um natural do Brasil, o diplomata ALEXANDRE DE GUSMÃO: *‘Sua Majestade me manda advertir a Vossa Mercê que as Leis costumam ser feitas com muito vagar e sossego, e nunca devem ser executadas com aceleração, e que nos casos crimes sempre ameaçam mais do que na realidade mandam, devendo os Ministros executores delas modificá-las em tudo o que lhes for possível, porque o Legislador é mais empenhado na conservação dos vassallos do que nos castigos da Justiça; e não quer que os Ministros procurem achar nas Leis mais rigor do elas impõem’*.

Importante lembrar que também a administração da Lei era expressamente mediada por essas autoridades, o que se fazia, inclusive, por determinação legal: que os Ministros nomeados *não executem as leis com qualquer aceleração*, facultando-os *modificá-las* para que não encontrem mais rigor do que possuem, já que a ordem social estava ligada mais à *conservação* da vassalagem e à *concentração* dos poderes econômicos e sociais, do que propriamente *aplicar a Lei* sem se ver a quem.

Nessa linha, note-se, que a respeito da modernização da burocracia judicial, após os idos de 1808, logrou-se a edição, por parte de D. João VI, de sucessivos Decretos e Alvarás, como, por exemplo, o que transformava o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil (Alvará de 10 de maio de 1808), deixando, então, que

¹²⁶ NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. Volume I: Império. Supervisão de Nelson Kraemer Haesbaert. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, pp. 7-8.

os variados processos judiciais, independentemente do valor econômico da causa, passem a ser julgados no Brasil, não havendo, destarte, qualquer remessa de processos judiciais ao Paço de Lisboa ¹²⁷:

Para que ali [no Rio de Janeiro] se findassem todos os pleitos em última instância, por maior que fosse o seu valor, e sem que de suas sentenças se pudesse interpor outro recurso que não o de revista – nos termos estritos da lei em vigor.

Consoante informam os relatos históricos, assim que D. João VI deixa o Brasil em regresso a Portugal, sobrevém da parte de do Príncipe Regente, D. Pedro de Alcântara, ordenança, a 23 de maio de 1821, cujo teor interessa a este trabalho, uma vez que seu conteúdo confronta-se com as práticas concretas da administração da justiça e por meio do qual a Coroa busca estabelecer critérios para o cumprimento das leis penais, asseverando, nesta linha, que as autoridades do Brasil ‘mandam prender por mero arbítrio e sem culpa formada, pretextando denúncias em segredo’.

Segundo o texto do Decreto Real, não deveria ser considerado justo qualquer aprisionamento sem prévio processo judicial que, aberto às partes, pudesse ser consultado de público, vedadas, ainda, as sanções corpóreas ‘com o peso dos ferros’, ficando vedado, para sempre, o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens, ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final ¹²⁸:

Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa, nem as disposições expressas na Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reforma da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, Cartas Régias e Decretos de meus Augustos Avós, têm podido afirmar de um modo inalterável, como é de Direito Natural, a segurança das pessoas; E, constando-me que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso dos ferros, homens que se congregaram por os bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual.

Hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e Ordenando, como por este Decreto, Ordeno:

1º Que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente.

2º Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição sumaria de três testemunhas, duas das

¹²⁷ Idem, p. 19.

¹²⁸ Idem, pp. 23-24.

quais jurem contestes, assim o fato em lei expressa seja declarado culposos, como a designação individual do culpado; [...].

3º Que, quando se acharem presos os que assim forem indiciados criminosos, se lhes faça imediatamente e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias improrrogáveis, e contadas do momento da prisão [...].

4º Que, em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura ou infecta, pois a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre, o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juízes e magistrado criminais poderão conservar, por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja em casa arejadas e cômodas e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento;

Muito embora o conteúdo desse Decreto seja absolutamente inovador no que se refere a contestar e proibir, pelo menos no plano oficial, as formas cruentas de flagelo e tortura, adotadas em larga escala até então nos estabelecimentos penais do Brasil, não parece que a edição desse ato normativo tenha suscitado um correlato conjunto de práticas gerais que informem sobre a sua vigência empírica. No fundo, lançando um breve olhar sobre a racionalização da violência estatal, o que os relatos informariam mais adiante seria pela manutenção do estado de coisas vigente e do *status quo*.

Certamente, não se pode dizer aqui que a edição de um Decreto Real não tenha impactado em nada o correlato esquema de práticas empíricas, muito embora o possamos fazê-lo em relação a uma vigência geral, ou ocorrência de efeitos perceptíveis na estrutura geral da sociedade em comento. Na prática, o conteúdo desse Decreto, apesar de inovador quanto ao que dispunha sobre a matéria, não foi acompanhado de uma vigência empírica, consoante os relatos seguem a informar ¹²⁹:

Tumultuária, sem um plano geral e de conjunto, a legislação a retalho ia, por esse então, ‘dificultando a ação da justiça, complicando os processos, procrastinando-os e emaranhando as partes litigantes em verdadeiros labirintos’. Reaberta em 1825, a Assembléia Geral, ao encerrar-se a Sessão Legislativa de 1828, ouvia do Imperador a queixa de que os negócios da Justiça não haviam sofrido ainda aquele impulso que esperara; e, ao abrir-se a do ano seguinte, tornava o Soberano: ‘Recomendo-vos de novo a administração da Justiça. O sistema constitucional exige imperiosamente a completa organização do Poder Judiciário.’ Debalde. O tempo todo se gastava em pequenas leis, que deixavam o problema sem solução.

É neste ponto que os relatos históricos parecem denunciar o que, a nossos olhos, se nos parece uma contradição. É que, se por um lado, a lei encontra avanços e novas formas legislativas vêm adensar um conteúdo no mundo jurídico, sociologicamente, se não nos parece haver qualquer avanço significativo, se sentido que temos buscado no

¹²⁹ Idem, p. 45.

presente trabalho. De mais a mais, a estrutura da burocracia judicial parecia sofrer algumas transformações, como alterações em seus cargos e das correlatas funções, a transformação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro em Tribunal Superior, o fechamento do sistema processual-recursal dentro dos limites do território brasileiro, bem como o fechamento da hermenêutica jurídico processual também dentro dos limites da competência jurisdicional do Brasil.

Não podemos olvidar que isto, nos momentos históricos que se seguirão, terão importância fundamental e que, nada obstante, representam alguns dos primeiros indícios que temos buscado, no presente trabalho, porque possibilitarão que o aparato judicial possa, de per se, ou provocado por agências da sociedade, travar debates jurídicos sem qualquer dependência em relação aos tribunais do Paço de Lisboa. Contudo, consoante temos visto até aqui, até mesmo as palavras emanadas do Imperador pareciam não gozar do aspecto mais geral de cognoscibilidade que temos procurado, a vigência real localizada a partir do aspecto jurídico de cogência das normas no tecido social.

III.

Relatos históricos que chegam até nós dão conta de que a Magistratura no Brasil parecia não possuir ‘nenhum prestígio’, sendo somente em momento histórico ulterior que se lhes atribuem a capacidade de se fazerem cumprir as suas decisões. Mais que isso, a função social dos magistrados era denunciada do alto das tribunas e dos Parlamentos, a respeito de cuja fama se falava o que segue ¹³⁰:

Como se isso não bastasse, não gozava a magistratura de nenhum prestígio. Pelo contrário. Ou ela não se impunha, toda dependente das graças do Executivo e do Poder Moderador, ou ensejava, realmente, os juízos desfavoráveis que então se faziam ao seu procedimento. Já se viu como, em 1812, no ato mesmo em que instituía a Relação do Maranhão, cuidara D. João VI recomendar ao Governador daquela Província que vigiasse aos Desembargadores e seus criados, para que nenhum dano e nem opressão causassem aos moradores da cidade de São Luís ou de outros lugares, tomando-lhes os mantimentos contra a sua vontade, ou por menores preços que os usuais...*Em 1823, na Representação que dirigiu à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, sobre a escravatura, verberara JOSÉ BONIFÁCIO que não se podia dar um tão honroso título [de magistrados] a almas, pela mor parte, venais, que só empunhavam a Vara da Justiça para oprimir desgraçados, que não podiam satisfazer à sua cobiça, ou melhorar a sua sorte.*

¹³⁰ Idem, p. 48.

Em outras palavras, a situação em que se achavam os quadros da Justiça do ponto de vista moral denunciava que ali se podia realizar toda sorte de transações e transgressões com a Lei, salvo aqueles casos do qual se podia extrair maiores proveitos pessoais, levados em conta a alcunha ou sobrenome dos réus.

Muito ao largo de qualquer traço mais iluminista, a magistratura que se estabeleceu na primeira metade início do século XIX, segundo constam dos relatos de época, parecia ser melhor observada pela característica da corrupção e do suborno, práticas que passavam muito ao largo do interesse da Justiça, comprometendo a sua Administração. Sobre o tema, continua o relato:

Na mesma Assembléia, a 21 de Outubro de 1823, advogando a necessidade do júri e a sua extensão às causas cíveis, assim dispunha o Deputado MANOEL ANTÔNIO GALVÃO: ‘E ainda se a Justiça, se a inteireza formasse o seu caráter...porém, com quanta mágoa o digo! Desgraçado daquele que não tinha, no antigo ministério, dinheiro para fazer valer o seu direito’ a justiça era um fraco escudo; a magistratura portuguesa tinha chegado a tal ponto de corrupção que é difícil de conceber; e o povo estava tão convencido de que a ambição era o seu primeiro móvel, que afrontava cara a cara ainda aqueles que para tais assaltos não tinham dado azo. Logo no princípio de minha judicatura em Goiás ofereceram-me 50 oitavos de ouro para uns sapatinhos (dizia o ofertante), se eu desse o julgamento a seu favor; e se parasse aí a arbitrariedade desta classe bem estávamos; porém, até violências eram seus recursos: magistrados havia que deitavam a parte a pontapés pela escada, quando se não prestava as condições que propunham, e quando mesmo não juravam o que convinha ao juiz; fui magistrado; conheço a necessidade de uma reforma; voto por ela; voto pela admissão dos jurados em causas crimes e cíveis; [...].

Consoante temos abordado, o *status* social de que gozava publicamente a magistratura demonstrava, desta feita, uma outra sorte: o seu caráter veemente de prevaricação e autoritarismo. Consoante seguem informando os textos históricos, teria sido nos idos da década de 30, daquele século, que se passou a discutir, com maior eficácia, a possibilidade de suspensão disciplinar dos magistrados, sinalizando um esgarçamento das relações de tolerância com os desmandos perpetrados por aquela classe. Muito embora estivessem assentados em cargos elevados e dispendo de vencimentos muito além da realidade da Colônia, ainda assim acerca de seus costumes protestava-se o que segue ¹³¹:

[...] PAULA E SOUZA sustentou que, infelizmente, havia muitos magistrados que desonravam a classe, tendo o povo do Brasil sofrido mais incômodos e vexames da parte deles do que dos outros poderes políticos, porque lhes tocava mais de perto e não havia recurso, as mais das vezes, por causa da falta de comunicação e das distâncias. CARNEIRO DA CUNHA, esse, assegurava que os magistrados eram as únicas autoridades que lhe tinham feito conhecer o despotismo, e que, à exceção de uns poucos, bons e honrados, os mais todos vendiam publicamente a justiça...E, no mesmo diapasão, prosseguiram os

¹³¹ Idem, p. 49.

demais: dever-se-ia opor uma barreira às prevaricações da magistratura, à sua perversidade que tantas vítimas fazia nas Províncias, à sua arbitrariedade, enfim, que era a que mais pesava sobre o país – dado que lhe cabia decidir da fato e do direito e ainda não se organizara na forma da Constituição...[...].

Os debates parlamentares de época dão conta de um conjunto de práticas pertinentes ao sistema de justiça que passavam ao largo da moral e mesmo da Constituição. É bem verdade que, se por lado, teriam ocorrido profundas transformações na estrutura burocrática relativa à organização dos tribunais bem como das funções atribuídas aos seus cargos, de outro lado, não se pode dizer que essas mudanças foram acompanhadas da sofisticação dos métodos decisórios nem mesmo do abandono das práticas corruptas e autoritárias que marcavam a justiça no período.

O que temos tentado mais uma vez sublinhar é no sentido de que as alterações normativas não estavam acompanhadas de um correlato esquema empírico que lhe desse suporte prático, ou seja, a mera vigência normativa não parecia afetar substancialmente as práticas vigentes no período, a despeito de todos os esforços do governo central sobre a matéria. Mais que isso, as práticas pareciam cristalizadas no tempo, consolidadas pela sucessão de eventos históricos, não sendo nem mesmo as palavras do Imperador um ponto-chave para alguma alteração estrutural do esquema prático.

Isso é interessante, sob a lupa que temos adotado na presente pesquisa, para que perceba uma tendência a resistência aos avanços, uma ação de classe muito bem adaptada às suas condições históricas e que podia fazer frente, inclusive, a novas legislações. As características destacadas quanto à administração da Justiça, sublinhadas nos relatos que transcrevemos, não pareceram abandonadas nos relatos subseqüentes ao período histórico do Primeiro Reinado.

Também o Padre Diogo Antônio Feijó, integrante da Regência, anotou seus descontentamentos com a administração da Justiça no período, oportunidade na qual expôs o que chamava de ‘indiferença ou ignorância dos magistrados’¹³²:

[Os Tribunais da Relação do Brasil] mal organizados, e a tão grandes distancias das partes, longe de serem mais uma garantia ao cidadão, só serviam para prolongar-lhes os sofrimentos. Na Relação de Pernambuco, criada com 9 Desembargadores, estavam funcionando nada menos de 18: o Governo designara os que formavam o número legal, mas tivera de deixar outros seis em exercício, posto que a Lei do Orçamento, aplicando-lhes ordenados, de certo modo parecia reconhecer-lhes a legalidade da investidura. E a Relação do Maranhão, a sua vez, inteiramente aniquilada pela sedição de setembro, estava a funcionar com apenas 3 Desembargadores, empossados estes interinamente para que não se interrompesse a marcha da Justiça’...o futuro Regente, porém, não enxergava virtude em parte alguma. A Administração da Justiça Civil afigurava-se-lhe desgraçada: ‘os juízos de primeira instância são

¹³² Idem, p. 59-60.

encarregados em quase todo o Império a leigos, que habitam os lugares onde nem há quem consultar e que, dirigidos pelos próprios escrivães, ignorantes ou perversos, são cegos instrumentos de paixões alheias...'; 'os Magistrados, em grande parte ignorantes, frouxos e omissos, deixam que as demandas se eternizem...A propriedade do cidadão depende do capricho do julgador...'; 'E os órfãos e pessoas miseráveis a quem a Lei, designando Magistrados privativos, quis providenciar, estão por toda a parte em abandono...'; a Justiça Criminal, essa, então, era péssima: a falta de pronta punição descorçoava o Cidadão pacífico e respeitador da Lei; e a indiferença ou ignorância dos Magistrados, organizando processos informes, sacramentava a impunidade dos réus...Não! Não era possível continuar esse estado de coisas! ' – No fundo, todavia, o que ele não tolerava era a idéia mesma da existência de um Poder Judiciário, cujos integrantes teimavam em afirmar-lhe a Independência.

Mas, o mais destacado elemento que pode-se apreender das palavras de Feijó é que ele, apesar dos descontentamentos com que observava o estado de coisas da burocracia judiciária, reconhecia, como se pode inferir de suas palavras, que havia, ali, funções precipuamente jurídicas, isto é, que, segundo a legislação vigente à época, não poderiam ser exercidas pelo Governo ou pelo Poder Executivo, por piores que fossem as condições com que a Justiça desempenhava o seu papel ¹³³:

'Pela Constituição – concluíra nesta parte, o Relatório com indisfarçável ressentimento – é o Governo obrigado a prover tudo quanto for concernente à segurança interna; as Leis, porém, lhes não facultam os meios; é ao Poder Judicial unicamente que se oferecem alguns recursos; *ao Governo, compete dirigir Decretos, Regulamentos e Instruções adequados à boa execução da Lei; mas qualquer homem que lhes disputa a inteligência delas; o Magistrado se arroga esse direito; formam-se dúvidas reais ou aparentes; e o Governo é mero expectador dessa confusão. [...]*

Se a responsabilidade dos empregados não for encarregada a um Tribunal popular ou ao menos heterogêneo aos que devem ser responsabilizados; se o Processo não for simples e pronto – é a responsabilidade uma perfeita quimera. O Tribunal Supremo de Justiça está absoluto de fato e de direito: de fato, porque julga-se irresponsável em suas deliberações e recusa dar contas de sua conduta; de direito, porque a Lei fazendo o Tribunal inteiro juízo em muitos casos, deixou seus membros sem Juizes que conheçam de suas prevaricações.

De toda sorte, e, no contexto de uma série de abusos perpetrados pelas autoridades judiciárias, o período em comento trouxe uma importante alteração no estado de coisas do aparato burocrático judicial: é um período histórico de paulatinos questionamentos e transformações. Os debates de época revelam, como vimos, profundos descontentamentos por parte dos outros Poderes, no que diz respeito ao conjunto de práticas que informavam a administração da Justiça. Segundo levantamos, a responsabilidade não poderia entornar-se me quimera, ou seja, cobrava-se, com cada vez maior clareza, responsabilidade e compromisso dos agentes de aplicação das normas. Feijó teria sido, então, um expoente desses questionamentos, reclamando para tanto, a adoção de Tribunais mais responsivos e a profunda mudança nos critérios de escolha dos

¹³³ Idem, p. 60.

juízes e auxiliares. Esse espírito de época, consoante continuaremos a examinar, também levou a questionamentos em torno do acúmulo das funções administrativas nos juízes, ao sentimento de profissionalização da função magistrática, bem como do surgimento de debates sobre a implantação de corregedorias, com o fito de questionar ou punir posturas socialmente consideradas como transgressoras ou imorais.

Além do mais, a implantação de um texto constitucional em 1824, trouxe o incremento, ainda, de uma característica nova e central: por meio dela, o Direito aplicado no Brasil seria uma construção que não mais dependeria de Portugal ou de qualquer Corte do além-mar, mas passaria a encontrar na figura do Imperador do Brasil o elemento visível da Lei – o que sugerimos denominar-se, aqui, de fechamento operacional da estrutura de aplicação hermenêutica do direito.

Ainda em relação ao Poder Moderador, por fim, para além das funções de governo e Estado, seria atribuída àquele, paulatinamente, a competência sobre os pedidos de clemência nos processos criminais, a autorização das futuras reformas na burocracia judicial, bem como as nomeações para os cargos da burocracia dos tribunais.

IV.

Teria sido no período da Regência Trina provisória que se encaminharia, nos idos de 20 de maio de 1829, o anteprojeto de código criminal, somente concluído em 20 de outubro de 1832, quando fora convertido em Lei.

O principal objetivo do novo diploma seria substituir a ‘avelhantada’ organização judiciária que herdamos de Portugal por uma outra ‘inteiramente nova, na qual predominava o princípio do julgamento do acusado pelos seus pares reunidos em conselho e formando o júri’¹³⁴. Foi por meio dessa mesma alteração legislativa que logrou-se promover uma sistematização da legislação herdada de Portugal, à qual comumente se acusava possuir diversos pontos obscuros ou contraditórios.

[...] a ciência da legislação criminal a esse respeito está na sua infância, e nunca chegará à maturidade: tendo, porém, feito quanto coube nas suas forças e tempo, está intimamente convencida de que muito avançaremos para a perfeição substituindo às leis existentes, indignas do século em que vivemos, um código organizado sistematicamente sobre uma base sólida tomada na natureza social, e já consagrada no nosso Código fundamental.

¹³⁴ Idem, p. 51.

Tomando por base as críticas que se teciam sobre a falta de robustez na Administração da Justiça, coube àquele Código reorganizar o funcionamento da burocracia judicial, anotando na legislação um conjunto de regras e procedimentos gerais a que se vinculariam as diversas cortes de justiça pelo país. Nada obstante, passou a estabelecer, pela vez primeira, reformulações e critérios gerais para o ingresso na magistratura¹³⁵:

Os juizes de Direito eram nomeados pelo Imperador, dentre bacharéis formados em leis, maiores de 22 anos e com prática forense de um ano no mínimo, preferindo-se os que já houvessem sido juizes municipais ou promotores. Cumpria-lhes, afora as atribuições normais, presidir o Júri, aplicando a lei ao fato, conceder fianças ou revogá-las, conforme o caso, e exercer inspeção sobre os Juizes Municipais e os Juizes de Paz.

A exigência legislativa de que os juizes doravante nomeados devessem expressamente aplicar a lei ao fato diz respeito a uma nova quadra da burocracia judicial no Brasil. Se antes, os relatos históricos mostravam um abuso em relação à aplicação da lei, havendo diversas interpretações, todas diferentes e igualmente aplicadas, destarte, o espaço amplo para a interpretação do corpo legislativo tendia a ser paulatinamente reduzido.

Ressalte-se, nessa linha, que ao dispor sobre a aplicação da lei aos fatos concretos, fica evidente, pelo menos no plano formal, que as leis regularão as diversas características que o mundo dos fatos empíricos corretamente apresentar, sob pena de sua existência ser desprovida de significado jurídico, ou mesmo dessa norma estar ligada a uma irracionalidade do direito. Carneiro de Campos narrava, em sessão do Senado do Império de 17 de maio de 1832 a dificuldade que existia, antes das novas sistematizações advindas com a Independência, em aplicar-se o arcabouço normativo da lei aos fatos concretos apresentados aos Tribunais, nos seguintes termos ¹³⁶:

O Código antigo era monstruoso, era cruel, era inexecutável.... Eu estive na Relação, vi muitas vezes que em regra era – morra por ele – e nós nos lançávamos, portanto, num sistema oposto, de que resultava uma espécie de arbitrariedade nos juizes.

De fato, é de admitir-se o acentuado avanço a que se logrou, num curto espaço de tempo, no esforço de sistematização da legislação vigente, eliminando-se as normas de teor inexecutável ou contraditória – que parece ter sido bastante freqüente – e unificando as normas e regimentos que governavam a burocracia da justiça.

¹³⁵ Idem, p. 52.

¹³⁶ Idem, p. 54.

De mais a mais, uma boa parte de todo o arcabouço normativo herdado da antiga Metrópole foi mostrando o *sentido* de sua *aplicação* no Brasil. André Barreto Campelo ilustra, nesse sentido, como, já na Lei de 20 de Outubro de 1823, todas as normas vigentes até então passam a ser integradas no corpo disponível de normas jurídicas do novo país. O artigo primeiro do diploma mencionado dispõe que:

As Ordenações, Leis, Regimentos Avaras Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, em quanto reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto não se organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas.

Por meio deste ato legislativo inaugural, podemos dizer se atribui vigência às Ordenações Filipinas de 1603, cujo teor tratava também, oportunamente, acerca do estatuto jurídico dos escravos, dentre outras normas basilares, razão pela qual continuaria a produzir sentido no Brasil a regra jurídica que determinava que o instituto da escravidão permanecesse atinente às disciplinas do direito civil e do direito penal. Por meio das Ordenações Filipinas, dispôs-se, também, acerca dos regimes de cativo dos mouros – ‘de caráter passageiro, pertencente à esfera eclesiástica e com importância diminuta na reprodução da base material da sociedade portuguesa’ –, e dos escravos negros – ‘de caráter durável, pertencentes às esferas comercial e penal, e basilar na sustentação da empresa colonial’.

André Barreto Campelo chama a atenção para o fato de que já no próprio texto oficial das Ordenações, imputava-se aos “cativos” ‘a natureza de coisa comercializável, reduzindo-o a um mero bem’, e que, portanto, estaria subordinado às diversas disciplinas constantes do diploma cível. Ainda o mesmo autor, denuncia o espírito de desumanização em relação à coisa possuída, dada a ocorrência, inclusive, de regulamentação específica sobre os eventuais vícios redibitórios dos contratos comerciais de compra e venda do escravo, sublinhando, ainda, a previsão na legislação vigente de ‘outros [vícios] que poderiam [legalmente] vir a contaminar o referido negócio jurídico’¹³⁷:

Qualquer pessoa, que comprar algum escravo doente de tal enfermidade, que lhe tolha servir-se dele, o poderá enjeitar a quem lho vende, provando que já era doente em seu poder de tal enfermidade, com tanto que cite ao vendedor dentro de seis meses o dia, que o escravo lhe for entregue. [...]. Se o escravo tiver cometido algum delito, pelo qual, sendo-lhe provado, mereça pena de

¹³⁷ CAMPELLO. André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed. Jundiá-SP: Paco, 2018, p. 33.

morte, e ainda não for livre por sentença e o vendedor ao tempo da venda e não declara, poderá o comprador enfeitá-lo dentro de seis meses, contados da maneira, que acima dissemos. E o mesmo será, se o escravo tivesse tentado matar-se por si mesmo com aborrecimento da vida, e sabendo-o o vendedor, o não declarasse.

Foram essas algumas das normas recepcionadas, entre nós, quando da Independência, e que continuariam a ter vigência no novo país, ainda com as alterações legislativas posteriores. Sobre elas, mesmo diante do novo corpo de regras legais que viria, paulatinamente, a surgir, também a primeira Constituição endossaria as regras de segregação lastreadas no caráter racial¹³⁸. De mais a mais, o arcabouço normativo em vigor ia demonstrando o *sentido* de sua *aplicação*.

V.

Relatos históricos que chegam até nós informam que teria sido nos idos de 19 de Fevereiro de 1810 que se celebraria o denominado ‘Tratado de Aliança e Amizade’ entre Portugal e a Inglaterra. Aquele texto continha um dispositivo legal proibindo, definitivamente, ‘o tráfico de escravos para além do Império Lusitano’¹³⁹. Passemos, agora, em revista ao *estatuto jurídico dos navios tumbeiros*, cujas disposições foram recepcionadas pela legislação brasileira, quando da Independência, e continuariam em vigor logo em seguida. Depois deste breve resgate, faremos uma abordagem acerca de seus *usos e aplicações sociológicos*, no sentido que queremos perseguir no presente trabalho.

André Barreto Campello, recuperando os registros históricos sobre o tema, especialmente apoiado, nesta parte, em Leslie Bethell, na sua *A abolição do tráfico de escravos no Brasil*, dá-nos a conhecer sobre o artigo 10 daquele Tratado. Neste, havia expressa menção ao tráfico de escravos e a pretensão de sua proibição, o que viria a vigorar ulteriormente, pelo menos no plano formal.

[...] convencido da ‘injustiça e inutilidade’ do tráfico e, principalmente, das desvantagens decorrentes de ‘introduzir e renovar continuamente uma

¹³⁸ Sobre o tema: ‘Pode-se concluir que, se a própria Constituição imperial atribuía a condição de cidadãos apenas àqueles indivíduos que se apresentavam como ingênuos ou libertos, era porque esse diploma admitia, ao mesmo tacitamente, a possibilidade de que no território do Império, outros indivíduos não pudessem ser cidadãos por não possuírem este *status libertatis*, ou seja, porque eram escravos. A Constituição Imperial não declarou explicitamente a existência da escravidão no território nacional, mas poderia se inferir que ela fazia parte da estrutura jurídica brasileira.’ In: CAMPELLO. André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed. Jundiá, SP: Paco, 2018, p. 55.

¹³⁹ Essa expressão está presente em: CAMPELLO. André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed. Jundiá, SP: Paco, 2018, p. 75.

população estranha e artificial’ no Brasil, o Príncipe Regente concordava em cooperar com a Grã-Bretanha, adotando as medidas mais eficazes para propiciar a abolição gradual do tráfico de escravos em todos os seus domínios’, e, entretanto, resolvia que esse tráfico não seria permitido ‘em nenhuma parte da Costa da África não pertencente ao domínio de Sua Alteza Real e onde esse tráfico tem sido descontinuado e abandonado pelos Estados e Nações da Europa que antigamente nele comerciavam’.¹⁴⁰

Tal como se pôde ver, o compromisso a que assumia, de um lado o Brasil, na categoria de Reino Unido a Portugal e Algarve e, de outro, a Grã-Bretanha, muito ao contrário de coibir as práticas relativas ao tráfico intercontinental de escravos, restou por endossá-la no próprio diploma legislativo, dado que, numa leitura ostensiva, acabaria por legalizar o tráfico ‘dentro dos domínios africanos da Coroa de Portugal’¹⁴¹.

Teria sido por meio do Alvará de 24 de Novembro de 1813 que a Coroa definiria novas regras para o tráfico, o que tem sido apontado como um esforço de ‘humanizar’ o transporte dos “cativos”, dadas as pressões internacionais. Naquele ato normativo, o Príncipe Regente alega alguns ‘fundamentos lógicos’ para a subsistência do tráfico, como, por exemplo, que o baixo número de habitantes nos seus domínios seria ‘insuficiente para suprir e efetuar, com a prontidão’ todos os ‘importantes trabalhos que em muitas partes se tem já realizado’.

Teria sido por meio deste Alvará¹⁴² que se baniram – recorde-se que tão somente no plano formal, e nisto retornaremos mais adiante – os ‘extremos de crueldade’,

¹⁴⁰ BETHELL, Leslie. **A abolição do tráfico de escravos no Brasil**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; São Paulo, Editora da USP, 1976, p. 22.

¹⁴¹ Este argumento está presente tanto em BETHELL, Leslie, quanto em André Barreto Campelo, nas duas obras supramencionadas.

¹⁴² Por meio dele, tratou-se sobre algumas das condições gerais para o tráfico, traçando ainda, algumas determinações gerais, como: (a) [fossem assegurados aos negros] lugar suficiente em que possam se recostar e descansar, com espaço suficiente, sem se submeter aos caprichos e arbítrios dos mestres das embarcações, que deverão observar a seguinte proporção de carga: ‘cinco negros por cada duas toneladas; e esta proporção só terá lugar até a quantia de 201 toneladas’; (b) para evitar fraudes, cada embarcação deveria conter um livro de carga, distribuído da mesma forma dos que servem para as fazendas: que na margem esquerda desse livro seja discriminado o número dos africanos que embarcaram, com a distinção do sexo, declarando se são adultos ou crianças; (c) proibiu-se que a marcação dos negros escravos fosse realizada por ferro quente, já que afronta ‘altamente os sentimentos de humanidade’, sob risco de aplicação de pena pecuniária, determinando-se fosse esta realizada por manilha ou coleira; (d) foi determinado também que em ‘todas as embarcações destinadas para a condução dos negros, levem um cirurgião perito: e faltando este, se lhes não permitirá a saída’; (e) criou-se uma premiação a fim de incentivar o trabalho para zelar pela saúde dos cativos transportados. O texto oficial diz: ‘E convindo premiar aqueles que pela sua perícia, e humanidade contribuírem para a conservação da saúde, e para o curativo e restabelecimento dos negros que se conduzirem para estes portos do Brasil: sou servido determinar, que sucedendo não exceder de dois por cento o número dos que morrerem na passagem dos portos de África para os do Brasil. Haja de se premiar o Mestre da embarcação com a gratificação de 240\$000, e de 120\$000 o cirurgião; e não excedendo o número de mortos de três por cento, se concederá assim ao Mestre como ao cirurgião metade da gratificação que acima fica indicada, a qual será paga pelo Cofre da Saúde’. [...]. In: CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed. Jundiá, SP: Paco, 2018, PP. 78-79.

consoante transcreve-se, abaixo, o que anotado pelo Regente em suas considerações iniciais:

[...] barbaridade e sórdida avareza de muitos dos Mestres das embarcações que os conduzem, que seduzidos pela fatal ambição de adquirir fretes, e de fazer maiores ganhos, sobrecarregam os navios, admitindo neles muito maior número de negros do que podem convenientemente conter; faltando-lhes com alimentos necessários para a subsistência deles, não só na quantidade, mas até na qualidade, por lhe fornecerem gêneros avariados e corruptos, que podem haver mais em conta; resultando de um tão abominável tráfico, que se não pode encarar sem horror e indignação, manifestam-se enfermidades que, por falta de curativo e conveniente tratamento, não tardam e fazem-se epidêmicas e mortais, como a experiência infelizmente tem mostrado.

Ocorrem que os relatos lavrados pelo Regente como incremento ao que podemos denominar aqui de um *estatuto jurídico dos tumbeiros* eram unânimes em reportar algumas das condições em que se fazia o transporte das ‘mercadorias’¹⁴³, quase sempre acorrentados uns aos outros, durante dezenas de dias¹⁴⁴.

Nos navios negreiros, os escravos eram espremidos nos porões uns sobre os outros dentro de galerias. A cada um deles era dado de um metro a um metro e meio apenas de comprimento e de meio metro a um metro de altura, de tal maneira que não podiam se deitar de comprido e nem se sentar com a postura reta. [...] as revoltas nos portos de embarcação e a bordo eram constantes. Por isso os escravos tinham de ser acorrentados: a mão direita à perna direita, a mão esquerda à perna esquerda, e atrelados a colunas em longas barras de ferro. Nessa posição eles permaneciam durante a viagem, sendo levados ao tombadilho uma vez por sai para se exercitar e para permitir que os marinheiros ‘limpassem os baldes’. Mas, quando a carga era rebelde ou o tempo estava ruim, eles permaneciam no porão por semanas.¹⁴⁵

Ocorre que, consoante temos avançado, também o *Estatuto Jurídico dos Tumbeiros* – os diversos atos normativos e regulamentares existentes sobre a matéria – foi amplamente recepcionado na legislação nacional, e continuaria em vigor mesmo após a Independência. Inclua-se, nisso, o Tratado de 22 de Janeiro de 1815, por meio do qual ficaria *terminantemente proibido* o tráfico de escravos por portugueses ao norte do Equador¹⁴⁶, bem como o Alvará de 26 de Janeiro de 1818, cujo teor transcrevemos, no

¹⁴³ Leandro Narloch narra que os navios negreiros variavam muito de modelo e capacidade. Alguns carregavam até mais de 600 escravos, outros, menos de sessenta. In: NARLOCH, Leandro. **Achados e perdidos da história: escravos**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p. 98 APUD CAMPELLO. André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed. Jundiaí, SP: Paco, 2018, p. 80.

¹⁴⁴ ‘Segundo Pinsky, a viagem normal entre Angola e Recife demorava por volta de 35 dias. Para o Rio de Janeiro, aproximadamente 50 dias. Se houvesse calmarias, poderia demorar até seis meses. Havia tumbeiros que chegavam a transportar 700 escravos’. In: PINSKY, Jaime. *Escravidão no Brasil*. São Paulo: Global, 1981, p. 27 APUD CAMPELLO. André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed. Jundiaí, SP: Paco, 2018, p. 81.

¹⁴⁵ JAMES, Cyrill Lionel Robert. **Os jacobinos negros: Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos**. Tradução de Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 22-23 APUD CAMPELLO. André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed. Jundiaí, SP: Paco, 2018, p. 76.

¹⁴⁶ “[...] os portugueses acabaram concordando em terminar com o tráfico ao norte do equador, a troco de uma substancial indenização financeira. Por uma convenção assinada a 21 de Janeiro de 1815, a Grã-

ponto que impunha *sanções* àqueles que burlassem a norma de proibição do tráfico. Segundo este Alvará,

§1º todas as pessoas de qualquer qualidade e condição que sejam, que fizerem armar e preparar navios para o resgate e compra de escravos, em qualquer dos portos da Costa d'África situados ao norte do Equador, incorrerão na pena de perdimento de escravos, os quais imediatamente ficarão libertos, para terem o destino abaixo declarado; e lhes serão confiscados os navios empregados nesse tráfico com todos os seus aparelhos e pertences, e juntamente com a carga, qualquer que seja, que a seu bordo estiver por conta dos donos e fretadores dos mesmo navios, ou dos carregadores de escravos.

§2º Na mesma pena de perdimento dos escravos, para ficarem libertos e terem o destino abaixo declarado, incorrerão todas as pessoas de qualquer qualidade e condição, que os conduzirem a qualquer dos portos do Brasil em navios com bandeira que não seja portuguesa.

Segundo temos visto, nos idos da Independência, *continuava a vigorar* um conjunto de normas relativas aos navios tumbeiros e que, segundo a fórmula oficial, colocava-os na *absoluta* ilegalidade – para usar de uma proposital redundância –, tornando, de fato, *ilegal* o tráfico de africanos – para que não ocorra doravante qualquer dúvida sobre o *status* jurídico dessa prática. Mas, é no âmbito dessa ‘ilegalidade’ – entendida como contrariedade ou falta de conformidade com a Lei – que muitos acontecimentos no plano empírico mostrarão o seu *sentido*. Doravante, isso merecerá melhor atenção.

VI.

O sociólogo Sérgio Buarque de Holanda não pareceu surpreso ao fato de que a ilegalidade do tráfico de “cativos” seria uma norma a ser burlada. Muito ao largo da proibição oficial, o correlato conjunto de práticas empíricas informaria, em sentido exatamente oposto, como a proibição desencadeou o aumento do tráfico, com incremento significativo da lucratividade e das rotas dos navios tumbeiros ¹⁴⁷:

Bretanha anuía em pagar a soma de 300 mil libras, desobrigando-se, assim, de todas as reclamações quanto à detenção ilegal e captura de navios portugueses por vasos de guerra ingleses e sua condenação pelos tribunais do Vice-Almirantado britânico, antes de 1º de Junho de 1814. Por um outro tratado, assinado no dia seguinte, 22 de Janeiro de 1815, a Inglaterra perdoava os restantes pagamentos de um empréstimo de 600 mil libras, que fora negociado em 1809 (faltava pagar cerca da metade) e D. João se comprometia a declarar ilegal o tráfico de escravos ao norte do Equador e a adotar as medidas que fossem necessárias para abolir parcialmente o tráfico em geral”. In: BETHELL, Leslie. **A abolição do tráfico de escravos no Brasil**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; São Paulo, Editora da USP, 1976, p. 26.

¹⁴⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: O Brasil monárquico**. Tomo II: v. 3. Reações e Transações. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 3 eds. rev., 1976, pp. 30-31.

[...]. Inúmeros tratados são feitos com Portugal e o Brasil, desde o Tratado de Aliança e Amizade, de 1810, em que se prevê a diminuição gradativa do movimento. Em 1815, o Governo Britânico faz tratados com várias nações européias, inclusive Portugal, regularizando o assunto. Muitas outras providências teriam que ser lembradas, se o propósito fosse traçar quadro completo. Quando do reconhecimento da Independência do Brasil, mais pressão é feita, desde 1823. *Buscava-se extinguir o comércio, mas a realidade econômica o exigia. Leis vagas, como a de 7 de Novembro de 1831, que estabelece que são livres os escravos ao desembarcarem no Brasil, não podiam mesmo ter vigência. O comercio continua a ser feito, não obstante os bons intentos do governo brasileiro e as perseguições britânicas.* [...]. *É evidente que o movimento aumenta, não só pelas necessidades do país como pelo temor do fim próximos das entradas. A média, de 1842 a 1845, foi de 20.825 por ano; de 1846 a 1849, de 55.124, com o máximo em 1848, quando foi de 60.000.*

É mais provável, nessa quadra da História do Brasil, que os traficantes de escravos tivessem maior poder para exigir o cumprimento dos tratos cíveis do que a própria Lei em si tivesse visto que a juridicidade desta última, na prática, não *beneficiava* a quem quer que fosse. O próprio Sérgio Buarque assim o admite, exemplificando que o poder dos traficantes e mercadores que desafiavam as proibições eram tamanhas ‘que eles podiam submeter muitas autoridades, assim como submetiam fazendeiros’. Ao lado desta prática da ‘importação dos cativos’, toda uma rede social lhe dava suporte.

A lei era, então, *um descompasso aos objetivos pretendidos*. Sua aplicação seria *transacionada* aos olhos de muitos, que se indiferenciavam quando o assunto fosse dar cabo às leis oficiais e às prescrições delas constantes, especialmente em relação à ‘*riqueza negra*’, a riqueza gerada pela posse e pela produção dos escravos.

A batalha final seria a execução da lei: eram fortes os interesses feridos, uma vez que muito do parco capital brasileiro se empenhava no negócio. [...]. Somavam-se aí os interesses dos realizadores do negócio, dos fazendeiros, a opinião do povo, convencido da necessidade econômica da continuação das entradas, o rigorismo jurídico das autoridades do judiciário que consideravam irregular a lei, a exploração do sentimento nacional quanto às imposições do britânico no país. [grifei]¹⁴⁸

Neste ponto, a ordem de ação jurídica parece estar ainda pouco autonomizada em relação às demais, mesmo os atores institucionais da Justiça eram relutantes em relação à aplicação e ao cumprimento das leis. A sua crença, pouco independente, iluminava as decisões frequentemente tomadas nos processos judiciais que envolviam os tumbeiros e os traficantes, de tal modo que não podiam encontrar cumprimento algum mesmo as sanções previstas em relação aos traficantes, pois o embate institucional que se travaria entre as ‘autoridades e os homens da lei’ fazia soçobrar qualquer possibilidade de

¹⁴⁸ Idem, p. 32.

cumprimento, causando a lei, ao invés do esperado, embaraço às partes e às instituições. Pode-se depreender, então, que a normatividade vigente não estaria nos textos oficiais:

Foi o que se viu na Bahia, por exemplo, em que os negreiros e seus cúmplices não eram condenados. João Maurício Wanderley, como Chefe de Polícia da Bahia, teve dificuldades enormes a vencer ante os desembarques de 1851. E o grave é que depois das descobertas e diligências para apresamento, a autoridade da Polícia pronuncia os culpados, mas eles são despronunciados pelo poder judiciário. Como os negociantes são poderosos, podem sustentar a imprensa e criar a idéia de que se trata de perseguição por motivos políticos. *A Relação da Bahia era generosa com eles, considerando-os perseguidos, de modo que o Chefe da Polícia e o Presidente da Província é que ficavam diminuídos em sua autoridade e vistos como prepotentes. Os juizes e os elementos policiais tinham opiniões diversas sobre a matéria, o que foi origem de choques do executivo com o poder judiciário.*¹⁴⁹

O relato supratranscrito de Sérgio Buarque permite inferir, além do que dito textualmente, por uma aproximação bastante clara entre as ordens de ação. Os importadores de escravos e os negociadores dos mercados de desembarque eram frequentemente pessoas com bons relacionamentos e bom trânsito na sociedade. Os possuidores de maiores quantidades de bens, aqueles a quem a Constituição tratou de chamá-los ‘homens livres’, omitindo-se quanto à ocorrência daquela que pode ser apontada como uma das maiores *peculiaridades* do *processo histórico-formativo* brasileiro, *a escravidão racial*, eram também os possuidores das fazendas, as famílias detentoras de prestígio político.

Nesta soma, era a escravidão *a força-motriz e a base* dos grandes proveitos econômicos, das empresas exportadoras, da extração nos campos de minérios e até mesmo da própria arrecadação de tributos, visto que estes eram pagos proporcionalmente ao número de escravos. Em toda a parte, mesmo nos hábitos de vida mais comezinhos, era nela, na escravidão, que repousaria uma chave quase que onipresente de leitura sociológica. Em relação ao contexto sociológico do Brasil do século XIX, a escravidão mostrava, também, as suas nuances:

*A legislação destinada à defesa do cativo era de efeito duvidoso. No campo, imperava livremente a autoridade senhorial. O senhor representava a Igreja, a Justiça, a força policial e militar. Seu domínio era sem peias.*¹⁵⁰

A legislação é, então, em nosso estudo, uma porta de entrada para algo muito mais vasto e mais rico, logo que as fórmulas jurídicas têm efeito *meramente prescritivo* ou aparente, e costumam distanciar-se do todo da realidade social: é a esta que perseguimos. Se os embates se dariam em torno do cumprimento da lei e se o domínio do senhor era

¹⁴⁹ Idem, p. 33.

¹⁵⁰ Idem, p. 148.

sem peais, cumpre-nos, sem embargo, visitar algumas características dessa população acerca de quem a lei falava.

Muitos dos “cativos” do Brasil viviam nas fazendas incapacitados, ainda que momentaneamente, visto que, segundo dados, ‘a duração média da força de [seu] trabalho seria de 15 anos’, uma vez que as condições de subsistência eram as piores possíveis. A possibilidade de chegar-se à fase adulta, para este grupo, envolvia fatores diversos passando desde a alimentação, que costumava ser bastante deficitária, até mesmo a índices de mortalidade infantil, que poderia chegar, entre os escravos, à casa dos 88%. Isso, sem considerar as moléstias mais e menos graves que poderiam rapidamente resultar em epidemias nas fazendas.

Malnutridos, malvestidos, minados pelas verminoses e pelas febres, pela tuberculose e a sífilis, epidemias de varíola, cólera e febre amarela, que assolavam o país de tempos em tempos, submetidos a um intenso horário de trabalho que atingia dezesseis a dezoito horas diárias (incluído o serão da noite), os escravos morriam em grande número. [...]. Na década de sessenta dizia-se que um fazendeiro que comprasse um lote de cem escravos, em boas condições de saúde, possuiria, após três anos, na melhor das hipóteses, 1/4 dos escravos aptos ao trabalho. A duração média da força de trabalho era de quinze anos. Nas fazendas havia sempre alguns cativos momentaneamente incapacitados: cerca de dez a vinte e cinco por cento. A mortalidade infantil chegava a 88%. Dizia-se que era mais fácil criar três ou quatro filhos de brancos do que uma criança preta. Atribuía-se esse fato à maior fragilidade da raça negra.¹⁵¹

Todo esse quadro, narra Sérgio Buarque, foi objeto de investidas do ponto de vista da edição de atos legislativos novos, com o intuito de combater a situação de segregação racial, ou pelo menos, minimizar alguns dos seus aspectos mais visíveis. Neles, também foi crucial, repetindo as palavras do autor, uma batalha enfadonha pela execução das leis. A edição de novas leis continuaria a mostrar, entre nós, o seu *sentido*. Uma lei estadual de São Paulo, por exemplo, que determinava algumas responsabilidades dos antigos proprietários face a ex-escravos de suas propriedades, que viessem a manifestar quadros de loucura, ou demência públicas, ou, ainda, outros males que lhe molestassem as faculdades, caiu, rapidamente, em desgraça.

Em 1865, em São Paulo, uma lei provincial determinava: ‘Todo senhor que, dispondo de meios suficientes, abandonar seus escravos morféticos, leprosos, doidos, aleijados ou afetados de qualquer moléstia incurável e que consentir em que eles mendiguem, sofrerá 30\$000 de multa e será obrigado a recebê-los com a necessária cautela, sustentá-los e vesti-los’. *Baldados eram os esforços dos legisladores.*¹⁵²

¹⁵¹ Idem, p. 146.

¹⁵² Idem, p. 146.

De igual modo, pode-se dizer em relação às malfadadas tentativas de impor libertação às cativas que viessem a engravidar de seus senhores. Prevalencia uma não-cidadania, no caso dos mestiços, que não eram totalmente livres, e nem oficialmente escravos. Ficando num limbo, acabavam por depender dos favores dos seus ‘pais’. Muitos continuavam a viver, mesmo assim, nos cativeiros das fazendas e a prestar trabalhos. Sobre isso, confira-se o seguinte ¹⁵³:

[...]. A licença sexual imperava na senzala, dela participavam muitas vezes os brancos. Das numerosas ligações resultava uma população escrava mestiça, às vezes, quase branca. Não eram raros os casos de filhos mantidos no cativeiro pelos próprios pais. Alguns eram alforriados, incorporando-se à clientela de agregados, que viva sob a tutela senhorial. Desde a Independência tentara-se, sem sucesso, aliás, incluir na legislação um dispositivo que obrigasse o senhor a alforriar a escrava que desse à luz um filho seu. Tal medida, entretanto, obrigaria a confissão pública da imoralidade, oculta nas senzalas: preferiu-se a situação ambígua em que viveram muitos senhores que mantinham no cativeiro filhos ou irmãos. [...].

É que o conjunto legislativo e a prática da Justiça pareciam encontrar entre nós, alguns usos e fins bastante específicos, como iluminamos mais acima. No mais das vezes, quando defrontada a cogência ou o aspecto de amplo e necessário cumprimento da lei *teimavam* em reafirmarem-se a moral e os bons costumes, como força propulsora da *normatividade efetiva*, da mola das relações sociais e de produção capitalista, bem como – e isto melhor se nos interessa na presente investigação – no âmbito da legislação e a prática efetiva da Justiça.

Em quase todos os casos que temos visitado, e alguns daqueles que temos colacionado no bojo da presente investigação, não parecem conter grandes equívocos e nem diferenciações significativas, no ponto da disposição em negociar o cumprimento das leis, se estas violam, frontalmente, os interesses de uma classe – como a dos juristas, ou de um grupo social – como o dos senhores.

Se a balança da Justiça oscila conforme aquele a quem lhe bate à porta, não se pode conferir, na esteira das ferramentas metodológicas que escolhemos o aspecto de direito público, isto é, *geral* se o conjunto de normas se mostra *excessivamente burlável*, como estamos a ver nestes e, doravante, também em outros que merecem nossa acolhida.

No caso do Brasil, mesmo o conjunto de normas que pareciam – e nisto reside somente o aspecto de aparência – regulamentar o processo e julgamento dos traficantes, bem como posteriormente, dos senhores que vilipendiassem a vida de seus “cativos”, tinham aplicação bastante pontual, ou mesmo inexistente. O aspecto que garantiria a

¹⁵³ Idem, p. 147.

ineficácia da lei estava prevista no processo judicial, no qual os jurados que apontariam a culpa eram também senhores e donos de escravos.

Vários viajantes que percorreram o país nesse tempo, louvaram a excelência da legislação, que pretendia proteger o escravo. *Esqueciam-se, entretanto, de que a eficácia da legislação depende de quem a cumpre e faz cumprir. O corpo de jurados era recrutado, principalmente, entre fazendeiros e proprietários de escravos, pessoas de maior representação social. O interesse de grupo raramente permitia que os ideais humanitários, consagrados na lei, prevalecessem. Impediam, às vezes, a própria ação da Justiça. A representação do crime e da culpabilidade era inconscientemente deformada pelos estereótipos vigentes. Via-se o escravo como culposo permanente. O senhor, aos olhos do júri, parecia sempre ter razão. Se a legislação era pouco eficaz na defesa do escravo, revelava-se atuante na defesa dos interesses senhoriais.*¹⁵⁴

Assim, podemos admitir que lei continha dentro de sua estrutura também a possibilidade de sua negação: ela era ‘atuante na defesa dos interesses senhoriais’. De tal maneira que o interesse da lei e da justiça tenderiam a ser assunto secundário, se não protegesse o interesse de grupos abastados. Impedir o cumprimento das leis seria impedir o cumprimento da vontade da Justiça, mas este era um plano previsto e produzia o seu sentido visado. O interesse da lei seria, empiricamente, o interesse da transação. É o que se depreende quando ‘a eficácia da legislação depende de quem a cumpre e faz cumprir’.

VII.

Agostinho Marques Perdigão Malheiro, *abolicionista*, revirava-se em relação a todo esse quadro. E o fazia reclamando o cumprimento das leis vigentes no Império, sobre as quais anotava¹⁵⁵:

As leis vieram também em auxílio dessa cruzada; o Alv. De 1818, explicitamente admitido pela L. de 20 de Outubro de 1818 que declarou qual a legislação vigente no Império; a Constituição de 1824 que não falava em escravos, e até implicitamente o repele (art. 179); o Código Criminal de 1830, que pune o delito de reduzir à escravidão pessoa livre (art. 179). De modo que, já antes da L. de 7 novembro de 1831, a P. de 21 de maio de 1831 expedida pelo Ministro Manuel José de Souza França declarava ilícito o tráfico, mandava restituir à liberdade os escravos importados contra as proibições, e fazia processar pelo crime previsto no art. 179 do Código Criminal, nos seguintes termos: ‘[...]’.

É desnecessário recordar, nesse momento de nossa investigação, quais as evidências empíricas prevaleciam sobre a questão. Ainda que assim não fosse, o próprio

¹⁵⁴ Idem, p. 151.

¹⁵⁵ MALHEIRO, Perdigão. **A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social**; Introdução de Edison Carneiro. 3 Ed. Petrópolis, Vozes; Brasília, INL, 1976, pp. 46-47.

Perdigão Malheiro, já nas páginas seguintes, desenganava-se em relação a esta legislação específica ¹⁵⁶. Convicto nos ideais da *causa abolicionista* e disposto a se engajar na *luta* que se travou na segunda metade do século XIX sobre o tema, passou a questionar também o fiel cumprimento de outras leis. Estas, por sua vez, determinavam o fim da escravização indígena – e tiveram destino semelhante –, no que se convenciou chamar de Regimento das Missões:

Apesar dessas disposições contidas no Regimento das Missões, a escravização dos indígenas continuava a ocorrer nas províncias. O Aviso de 15 de junho de 1850 censurava as hostilidades promovidas pelo Presidente da Província do Mato Grosso nomeado por Carta Imperial em 1848, Joaquim José de Oliveira, aos índios bravos. Não obstante, os ataques constantes dos índios bravos aos povoados, fazendas e quilombos se fariam presentes no último quartel do oitocentos. A guerra particular – que não possuía a chancela régia – movida pelos proprietários territoriais aos índios da Bahia em 1864 e a invasão das aldeias dos Xavantes em 1865, bem como as tropas enviadas pelo Governo Imperial ao Paraná e Mato Grosso para repreender as arremetidas indígenas, demonstravam a ineficácia da execução dos regulamentos que compunham o Regimento das Missões. ¹⁵⁷

A todo instante, os relatos históricos estão a evidenciar o quadro sistemático de ignóbil tratamento às normas estabelecidas. Pois, vejamos, então, que noutras searas esta mesma lógica predominava, no que podemos, ainda, aplicar corretamente a ferramenta que adotamos, a de verificar um uso privatista ou regulamentar do direito. Nos centros urbanos, por sua vez, pareciam surgir alguns elementos indiciários da autonomização que buscamos, pelo menos no plano da esfera de valor. Veja-se que, nestas localidades, em especial o Rio de Janeiro, havia uma paulatina tendência ao recrudescimento das idéias abolicionistas e da campanha por esta *causa* serem melhor desenvolvidas ¹⁵⁸.

Seria no ambiente urbano, também, que muitos dos escravos conseguiriam se alojar, ao fugir de seus claustros, nos rincões interioranos, onde a peia do senhor era onipresente, por meio de seus jagunços ou capitães-do-mato. Muito embora estes – os

¹⁵⁶ Sobre o tema, confira-se: “De 1788 a 1829, a média anual de importação [de escravos] no Brasil variava de 18.000 a 65.000; em 1840, foram importados 30.410 [segundo as fontes oficiais]; em 1841, baixou a 16.000. Só em 1822 se pretende ter sido a importação 60.000. E José Bonifácio calculava em 40.000, termo médio, o número de escravos que o comércio introduzia no Brasil anualmente. [...]. Mas desta data em diante ele cresceu de um modo espantoso, apesar da pretendida vigilância, e das efetivas violências do cruzeiro inglês, como demonstra o quadro seguinte: (i) 1845: 19.453 cativos; (ii) 1846: 50.324; (iii) 1847: 56.172; (iv) 1848: 60.000; (v) 1849: 54.000; (vi) 1850: 23.000.” In: MALHEIRO, Perdigão. **A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social**; Introdução de Édison Carneiro. 3 Ed. Petrópolis, Vozes; Brasília, INL, 1976, pp. 51-52.

¹⁵⁷ GILENO, Carlos Henrique. **Perdigão Malheiro e a crise do sistema escravocrata e do Império [1822-1889]**. Apresentação de Elide Rugai Bastos. – São Paulo: Anablume, 2013, p. 81.

¹⁵⁸ Esta idéia está expressamente presente em Sérgio Buarque de Holanda: “As idéias abolicionistas encontraram maior adesão nos núcleos urbanos, entre os grupos sociais menos vinculados à escravidão”. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: O Brasil monárquico**. Tomo II: v. 3. Reações e Transações. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 3 eds. rev., 1976, p. 179.

jagunços ou capitães-do-mato – não existissem nas cidades grandes¹⁵⁹, também não se podia exercer a cidadania de maneira legítima.

Aliás, era na capital do Império, por exemplo, onde se podia desempenhar o ofício urbano de ‘capturador de escravos fugidos’. Não deveria assombrar que uma das mais tradicionais profissões urbanas, entre nós, tenha sido esta, o que ilumina a dinâmica da escravidão como aspecto central e decisivo do dia-a-dia brasileiro, inclusive nas grandes cidades. O *Bruxo do Cosme Velho* não deixou escapar essa figura urbana em suas anotações¹⁶⁰:

Quem perdia um escravo por fuga dava algum dinheiro a que lhe levasse. Punha anúncios nas folhas públicas, com os sinais do fugido, o nome, a roupa, o defeito físico, se o tinha, o bairro por onde andava e a quantia da gratificação. Quando não vinha a quantia, vinha promessa: ‘gratificar-se-á generosamente’, - ou ‘receberá uma boa gratificação’. Muita vez, o anúncio trazia em cima ou ao lado uma vinheta, figura de preto, descalço, correndo, vara ao ombro, e na ponta uma trouxa. Protestava-se com todo o rigor da lei contra quem o açoitasse.

Ora, pegar escravos fugidos era um ofício do tempo. Não seria nobre, mas por ser instrumento da força com que se mantém a lei e a propriedade, trazia esta outra nobreza implícita das ações reivindicatórias. Ninguém se metia em tal ofício por desfastio ou estudo; a pobreza, a necessidade de uma achega, a inaptidão para outros trabalhos, o acaso, e alguma vez o gosto de servir também, ainda que por outra via, davam o impulso ao homem que se sentia bastante rijo para pôr ordem à desordem.

A profissão de que estamos a tratar, muito embora não fosse nobre à época, teria a distinção de manter ‘a lei e a propriedade’. Mas já estamos a saber de que tipos de leis e outros predicados temos em vista. A lei que buscava ‘pôr ordem à desordem’. E segue o conto do nosso estimado *Bruxo* traçando, ainda, outros panoramas da vida urbana. O capturador de escravos fugidos seria como uma modalidade, uma nuance urbana, dos ‘jagunços’ senhoriais e denota desde já a centralidade, como asseveramos mais acima, da dinâmica da escravidão, ainda nos ambientes urbanos¹⁶¹. Foi nesta mesma obra, que o

¹⁵⁹ Consoante informa-nos MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil**. – 1 Ed., 1. Reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 83.

¹⁶⁰ ASSIS, Machado de. **Relíquias de casa velha**. Tomo I. São Paulo: Editora EDIGRAF S.A, 1972, p. 14.

¹⁶¹ As anotações de Clóvis Moura dão conta de que, mesmo no ambiente considerado cosmopolita – como o Rio de Janeiro – a ‘cidadania’ era algo marcado pela dinâmica da escravidão. Não faltavam, no ambiente urbano da capital do Império, negros de ganho e nem aqueles dedicados ou artesanato e a outras ‘ocupações’. Seu lugar seria preponderantemente os morros, as regiões inóspitas da cidade, os trabalhos nas casas senhoriais em qualquer ofício doméstico como, por exemplo, como tigreiro – escravos encarregados de esvaziar os ‘tigres’, ou seja, atirar ao mar os barris de madeira que serviam para a ‘coleta de excrementos das casas localizadas na região urbana do Brasil escravista’. E completa o autor, logo em seguida: ‘Ocorre que, como esses vasilhames não eram renovados com frequência, apodreciam depois de certo tempo, e muitas vezes se desmontavam na cabeça do escravo’. In: MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil**. – 1 Ed., 1. Reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 389.

nosso autor também cuidou de anotar que ‘a ordem social e humana nem sempre se alcança sem o grotesco’.

VIII.

Teria sido o movimento de abolição um elemento ‘*essencialmente urbano, mesmo quando se estendeu às senzalas, levando a insurreição às massas escravas com o intuito de acelerar as reformas necessárias*’¹⁶². Seria, ademais, fruto do engajamento desse período que se iniciaria um processo de ruptura com a ordem instituída, por meio do qual se reclamaria o cumprimento das leis e efetivação dos direitos previstos na legislação contra o tráfico e que, paulatinamente, concederia direitos e garantias básicas aos “cativos”, mesmo os insurretos.

É bem sabido que, com a Promulgação da Lei Áurea, a Lei de Ouro, em 1888, concedeu-se, sem embargo, com automáticos efeitos e pública cogência, a liberdade a todos os “cativos” do Império do Brasil. Não resta dúvidas sobre os efeitos que ela veio a operar no plano empírico e que, destarte, concederia o status formal, perante a esfera do direito, de *cidadãos* aos negros que sobreviveram ao jugo da exploração escravista.

Também é forçoso admitir-se que na primeira metade do século XIX, até os idos de 1850 e, mais especialmente com a edição da Lei de Ventre Livre, um novo estado de coisas se inaugura no Império, levando a um processo de autonomização da ordem de ação jurídica, verificado com a vigência da Lei de Ouro. Esse intervalo temporal mostra-se por demais *particular* e exigirá um exame mais acurado em sede própria.

É que seus efeitos – da autonomização da ordem de ação jurídica e o conseqüente uso da ferramenta ‘direito de tipo público’ – provavelmente teriam sido catalisados pelo movimento *abolicionista*, especialmente no intervalo histórico situado entre a edição da Lei Federal 2.040, de 28 de Setembro de 1871 – a chamada Lei de Ventre Livre – e a Lei de Ouro, de 13 de Março de 1888.

Relatos históricos que chegam até nós convencem-nos de que este período teria sido de enorme *avanço* para o que se buscou aqui, levando-nos a propor uma teoria brasileira da autonomização da ordem de ação jurídica, residente no intervalo histórico

¹⁶² HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: O Brasil monárquico**. Tomo II: v. 3. Reações e Transações. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 3 eds. rev., 1976, p. 179.

supramencionado, *hipótese geral* que merecerá análise, num trabalho ulterior, e inteiramente dedicado a esta finalidade.

CONCLUSÃO

Recordamos, em nosso texto introdutório que os 100 anos da morte de Max Weber (1864-1920) foram completados durante a Pandemia Global de Covid-19. E que, consoante este acontecimento central e relevante, não se pôde celebrar a atualidade de suas contribuições como manda o figurino. É forçoso destacar-se, *ab initio*, que o contexto de escrita da presente dissertação de mestrado é senão o de um mundo envolto em notícias de internações, hospitalizações e um sem-número de vidas ceifadas pela novel doença.

Em nossa pesquisa, desenvolvida de maneira remota, e num período histórico em que a Universidade de Brasília (UnB) esteve fechada ao acesso físico de alunos, mestres e servidores, deitamos os olhos sobre a Sociologia do Direito de Max Weber. Foi nesse contexto em que iniciamos a leitura da Sociologia do Direito de Max Weber, notadamente nos textos presentes em *Economia e Sociedade*¹⁶³. A partir de uma leitura crítica, pude recolher as ferramentas que julguei apropriadas para uma análise do caso brasileiro da autonomização da ordem de ação jurídica.

Partimos do nosso objetivo central: compreender o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica. No primeiro objetivo específico, investigamos a Sociologia do Direito de Max Weber, a fim de buscar inspiração para o caso brasileiro. Não se olvide, neste momento particular de nossa análise, a centralidade conferida à dinâmica local, como forma de compreender as *particularidades* do caso brasileiro.

Isso pode ser percebido na própria ênfase em retomar o processo histórico-formativo da supramencionada dinâmica brasileira, isto é, o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica. Por meio da incursão no processo histórico-formativo, adaptamos *a matéria-prima teórica* – encontrada na Sociologia do Direito de Economia e Sociedade – com vistas ao ‘resultado concreto da adaptação’¹⁶⁴.

As ferramentas *direito público* e *direito privado*, sobre as quais discorreremos, ao consistirem em categorias auto excludentes e antagônicas, favoreceram a análise

¹⁶³ Tive a oportunidade de justificar metodologicamente, em sede apropriada, os motivos que nos conduziram a esta escolha.

empírica, pois, ao dialogar com o contexto brasileiro ajudaram-nos a perceber uma tendência histórica de menor independência entre as ordens de ação – nisto inclua-se, portanto, a ordem de ação jurídica – em todo o período colonial.

Neste período, verificamos que as relações tradicionalmente estabelecidas, os costumes centenários e sociologicamente recorrentes persistiam no Brasil ainda que um aparato legislativo estivesse apontando na direção de sua modernização. Consoante expusemos, a mera ocorrência de uma legislação *avant la lettre* pouco informou sobre os costumes reais, a prática empírica, o direito socialmente vigente e socialmente relevante. Em nossa investigação, revisitamos que, ainda em relação a este período, tudo parecia conectar-se pela peia dos *interesses de transação*, não havendo que falar-se em processo mais estrutural de *emergência* de uma ordem de ação autonomizada.

Consoante investigamos, a gênese de um processo de autonomização brasileiro da ordem de ação jurídica, com o incremento do direito não-negocial, ou não-regulamentar, isto é, preenchido das categorias de *applicatio* e *executio* – que são características da ferramenta *direito de tipo público* – terá como pano de fundo os acontecimentos históricos do século XIX. Antes disso, predominava, o comportamento pouco adaptável às normas legais. A lógica central residiria em desenvolver as relações muito afastadas da observância de exigências legais, ainda que existente uma classe de magistrados e de outras instituições estatais que, teoricamente – mas não na prática – concentrariam o monopólio da coerção física e racional.

Muito embora a classe de juristas letrados fosse nomeada para o exercício de seus cargos na colônia *para aplicar a Lei*, este aspecto de cogência e vigência das leis, que informaria, a princípio, sobre a sua inegociável aplicabilidade, dá lugar, no plano empírico, isto é, mundo dos acontecimentos reais e efetivos, a uma disposição para *negociar ou transigir o cumprimento das normas* – dando ao direito o aspecto de mero *regulamento* –, conforme temos examinado no presente trabalho, sob a forma do que estamos a chamar de ‘racionalização ou ética da indiferença’.

Se a balança da Justiça oscila conforme aquele a quem lhe bate à porta, não se pode conferir, na esteira das ferramentas metodológicas que escolhemos, o aspecto de direito público, isto é, *geral* se o conjunto de normas se mostra *excessivamente burlável*, como pudemos perceber, sem embargo, durante todo o período colonial.

Em seguida, evidenciamos algumas das aparentes transformações que ocorrem, no período oitocentista, especialmente quando da chegada da Família Real de Portugal,

em 1808, e as ulteriores legislações a respeito da extinção do tráfico negreiro e da profissionalização da magistratura no Brasil, com a implementação da burocracia judicial.

No entanto, persistiriam os costumes e as práticas tradicionais a despeito de qualquer norma em sentido diverso, pois as leis mostravam-se atuantes ‘na defesa dos interesses senhoriais’, de modo que o interesse da lei e da justiça tenderiam a ser assunto secundário, especialmente se não protegesse o interesse de grupos abastados. Nesse contexto, impedir o cumprimento das leis seria impedir o cumprimento da vontade da Justiça, mas este era um plano previsto e produzia, entre nós, o seu *sentido*. O interesse da lei era o interesse da transação.

Consoante avançamos na compreensão do processo histórico-formativo nos deparamos com a possibilidade de que o expediente principal de nossa investigação – a autonomização da ordem de ação jurídica – poderia estar temporalmente próxima, quando observamos o recrudescimento do *movimento abolicionista*. Relatos históricos passaram a informar-nos acerca do efeito catalisador que este veio a ter no processo de reconhecimento da cidadania, bem como da concessão de direitos aos “cativos”, já que ‘*essencialmente urbano, mesmo quando se estendeu às senzalas, levando a insurreição às massas escravas com o intuito de acelerar as reformas necessárias*’¹⁶⁵. Alguns dos principais argumentos dos abolicionistas consistiam exatamente em dar-se cumprimento efetivo à legislação vigente sobre o tráfico e a situação da escravatura. A melhora de sua sorte residiria no campo de *luta pelo cumprimento das leis*, ainda que fosse preciso rebelar-se.

Compulsando o processo histórico-formativo até os idos de 1850 e, mais especialmente da edição da Lei de Ventre Livre (1871) até a Lei Áurea (1888), um novo estado de coisas parecia inaugurar-se no Império, pela progressiva sensibilidade às causas do abolicionismo e conseqüente vigência efetiva e empírica das leis existentes, logo que a esfera de valores do direito passa por transformações efetivas. Esse intervalo temporal mostrou-se, em nossa investigação, por demais *particular* e merecerá um exame acurado em sede própria.

É que seus efeitos – da autonomização da ordem de ação jurídica e o conseqüente uso da ferramenta ‘direito de tipo público’ – provavelmente teriam sido catalisados pelo movimento *abolicionista*, mais especialmente no intervalo histórico situado entre a

¹⁶⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: O Brasil monárquico**. Tomo II: v. 3. Reações e Transações. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 3 eds. rev., 1976, p. 179.

edição da Lei Federal 2.040, de 28 de setembro de 1871 – a chamada Lei de Ventre Livre – e a Lei de Ouro, de 13 de março de 1888. Finalizamos, então, o capítulo terceiro de nossa investigação com a *fundação da hipótese brasileira de autonomização da ordem de ação jurídica*, a residir no intervalo histórico supramencionado, entre 1871 e 1888, quando provavelmente encontrar-se-á a vigência efetiva do *direito de tipo público* por meio da Lei Áurea.

Se nos parece, ao fim e ao cabo, que o processo brasileiro de autonomização da ordem de ação jurídica não ocorre descolado, mas, muito pelo contrário, inteiramente ligado à categoria raça, no momento histórico de lutas pela sua libertação da escravidão, por meio do *abolicionismo*. Sem embargo, acredito que pode ter sido este o maior e mais *relevante* dos achados da presente pesquisa e com potencial de mostrar, em nossa visão, *a centralidade da categoria raça para a compreensão do Brasil* – como uma das suas mais significativas *particularidades*.

Dessa maneira, se nos parece, até o presente momento de nossa investigação, que as lutas em prol da abolição se relacionam ao surgimento do direito público no Brasil, abrindo-se espaço para uma reflexão sobre a autonomização da esfera do direito com os *sentidos* que a ordem de ação jurídica produziu historicamente entre nós.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz (Hrsg.). **Aspekte des Weber-Paradigmas**: Festschrift für Wolfgang Schluchter. VS Verlag für Sozialwissenschaften. GWV Fachverlage, GmbH, Wiesbaden, 2006.

ASSIS, Machado de. **Relíquias de casa velha**. Tomo I. São Paulo: Editora EDIGRAF S.A, 1972, 222 pp.

BETHELL, Leslie. **A abolição do tráfico de escravos no Brasil**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; São Paulo, Editora da USP, 1976, p. 260.

CAMPELLO. André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. – 1 Ed.. Jundiaí-SP: Paco, 2018, 279 pp.

COHN, Gabriel. **Crítica e Resignação**: Max Weber e a teoria social. – 2ª Ed. atual. – São Paulo: Martins Fontes, 2003,

COUTU, Michel. **Max Weber's interpretative sociology of Law**. New York, NY: Routledge, 2018.

GREVE, Jens. Max Weber und die Emergentz. Eine programm eines nicht-reduktionistischen individualismus? In: ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz. Einleitung. In: ALBERT, Gert; BIENFAIT, Agathe; SIGMUND, Steffen; STACHURA, Mateusz (Hrsg.). **Aspekte des Weber-Paradigmas**: Festschrift für Wolfgang Schluchter. VS Verlag für Sozialwissenschaften. GWV Fachverlage, GmbH, Wiesbaden, 2006.

GILENO, Carlos Henrique. **Perdigão Malheiro e a crise do sistema escravocrata e do Império [1822-1889]**. Apresentação de Elide Rugai Bastos. – São Paulo: Anablume, 2013, 104 pp.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira. Tomo I: A época colonial: v. 1. Do descobrimento à expansão territorial**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 2 ed., 1968. 569 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira. Tomo I: A época colonial: v. 2. Administração, economia, sociedade**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 2 ed., 1968, 519 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: Tomo II: O Brasil monárquico; v. 1. O processo de emancipação.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 3. Ed, 1970, 410 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: O Brasil monárquico: Tomo II: v. 3. Reações e Transações.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 3 ed. rev., 1976, 498 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: Tomo II: O Brasil monárquico: v. 4. Declínio e queda do Império.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 2 ed., 1974, 390 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **História geral da civilização brasileira: Tomo II: Brasil monárquico: v. 5. Do império à república.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972, 435 pp.

MALHEIRO, Perdígão. **A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social;** Introdução de Édison Carneiro. 3 Ed.. Petrópolis, Vozes; Brasília, INL, 1976, 322 pp.

MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil.** – 1 Ed., 1 . reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, 434 pp.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência.** Volume I: Império; Supervisão de Nelson Kraemer Haesbaert. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, 411 pp.

REINER LEPSIUS, Mario. ‘Economia e Sociedade’: a herança de Max Weber à luz da edição de sua Obra Completa (MWG). Tradução de Sibebe Paulino. In: **Tempo Social. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo**, v. 24. n. 1, Jun. 2002, pp. 137-145.

SANTOS, Eurico Antônio Gonzalez Cursino dos Santos. As idéias e a dinâmica social na sociologia das religiões de Max Weber. In: MIGLIEVICH RIBEIRO, Adelia *et al.*[Orgs.]. **A modernidade como desafio teórico: ensaios sobre o pensamento social alemão.** – Porto Alegre: EDPUCRS, 2008, p. 173-174.

SCHLUCHTER, Wolfgang. Ação, ordem e cultura: fundamentos de um programa de pesquisa weberiano. Tradução de Carlos Eduardo Sell. In: **Revista Política e Sociedade.** Florianópolis, volume 19, n. 45, Mai/Ago de 2020, pp. 19-55.

SCHLUCHTER, Wolfgang. Der kapitalismus als einer universalgeschichtlich Erscheinung. Max Webers institutionenbezogene Analyse. In: STACHURA, Mateusz; BIENFAIT, Agathe; ALBERT, Gert; SIGMUND, Steffen. (Hrsg.). **Der Sinn der Institutionen: Mehr-Ebenen und Mehr-Seiten-Analyse.** VS Verlag für Sozialwissenschaften. GWV Fachverlage, GmbH, Wiesbaden, 2009, 303 pp.

SCHLUCHTER, Wolfgang. Max Webers universalgeschichtliches problem. In:_____. **Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus:** Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte. Tübingen: Mohr, 1979, p. 22.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. – São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHWARTZ, Stuart B. **Cada um na sua lei:** tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico. Tradução de Denise Bottman. – São Paulo: Companhia das Letras; Bauru: Edusc, 2009.

STICHWEH, Rudolf. Simplificación de lo social durante la pandemia del corona-virus. **Revista Em Tese**, Florianópolis, Vol. 17, n.2, Jul/Dez, 2020, Seção Especial Covid-19 (2020), pp. 16-23.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva;** tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. de Gabriel Cohn, 4.ed, 3ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 464 p.

_____. **História Agrária Romana.** Tradução Eduardo Brandão – São Paulo: Martins Fontes, 1994, 279 pp.

_____. **Metodologia das ciências sociais.** Tradução de Augustin Wernet; introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg – 5ª Ed. – São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2016, 687 pp.