

AS FRONTEIRAS DO PODER. O MUNDO DOS RÚSTICOS

António Manuel Hespanha*

Sumário: Introdução: Mundos submersos: o direito erudito a contrapelo; 1. Tradicional/erudito; 2. Convivência de instâncias: antagonismos e conflitos velados; 3. Oralidade/escritura; 4. Litigiosidade no Antigo Regime; 5. Silvícolas, camponeses, rústicos; 6. O rústico: ingenuidade e ignorância; 7. *In rustico est praesumptio ignorantia*: a questão dos “privilégios” dos rústicos; 8. O costume: entre *iura propria* e *ius commune*; 9. Os juízes locais: às margens da erudição; 10. O perfil do juiz: entre a *prudentia* e a *peritia*; 11. As fontes do direito no mundo dos rústicos; 12. O mundo da magistratura popular; 13. Juízes, rábulas e outras figuras na justiça tradicional; 14. Saber e ignorância: a negação do outro; 15. Erudição, escrita e poder; Considerações finais: A doce violência da “razão jurídica”. Referências.

Resumo: O artigo historiográfico analisa a experiência portuguesa na transição de um direito costumeiro que foi se transformando, a partir do Séc. XV, em uma categoria de fonte do direito francamente secundária frente à legislação real e o direito comum, que passaram a regular cada vez mais extensamente a vida social. No plano da administração da justiça, ocorreu o mesmo processo, quando, a partir do Séc. XV, a progressiva intervenção da justiça real (erudita), teria gradualmente substituído a autonomia jurídica dos conselhos e dos senhorios (rústicos).

Palavras-Chave: Administração da justiça em Portugal; Direito comum; Direito consuetudário; Erudito; Rústico.

Abstract: This historiographic paper aims at analyzing the Portuguese experience considering the transition of common law, which changed itself from the XVth century, in a purely secondary law category, when compared to the real legislation and common law that controlled more and more extensively social life. Concerning justice management, it was the same process, from XVth century, when a continuous intervention of real justice (erudite) would gradually have substituted the juridical autonomy of Councils as well as the landlords' one (peasants).

Keywords: Justice Management in Portugal; Common Law; Consuetudinary Right; Erudite; Peasants

* Professor Catedrático de História do Direito na Universidade Nova de Lisboa, Portugal.

Introdução: Mundos submersos: o direito erudito a contrapelo

As fontes históricas tanto nos mostram – muitas vezes enganosamente – o que nelas buscamos como também se mantêm aparentemente silenciosas em relação ao que achamos que deversem dizer. Na realidade, o problema não é das fontes, mas da própria natureza do diálogo historiográfico, cheio de equívocos e mal entendidos. As fontes não foram escritas pura e simplesmente a pensar em nós, nunca pretendem satisfazer nossas curiosidades. Mesmo quando intencionalmente produzidas para falar ao futuro, encriptam suas mensagens numa linguagem que, sendo a delas, não é a nossa.

Disso decorre a necessidade de aprendermos a lê-las, para que saibamos reconstituir os códigos com os quais constroem suas mensagens.

Os juristas, por exemplo, quase nunca falam daquilo que, a seu ver, não é direito: mesmo que isso diga respeito a quase todas as pessoas e corresponda ao próprio direito do cotidiano¹ – ou seja, as regras obrigatórias da vida.

Quando se estuda história, ainda é preciso ultrapassar o discurso explícito das fontes. Sobretudo, quando se torna patente a não coincidência entre os modelos jurídicos das fontes legais – os doutrinários mais ainda – e a generalidade das situações vividas.

O tratamento doutrinal – e mesmo o legal – do mundo jurídico do Antigo Regime constitui um bom exemplo disso.

Há alguns anos, interessamo-nos em entender o sistema de administração da justiça em Portugal nos séculos XVII e XVIII. Pela literatura da época e dados recolhidos nos arquivos, sabíamos que, até as grandes reformas judiciárias do século XIX, o peso numérico das magistraturas eruditas era muito pequeno. O número de juizes de fora – os únicos que, desde 1539, eram obrigados a ter uma formação jurídica universitária – não ia além de um décimo do total de juizes dos concelhos². Os demais eram juizes que, quando muito, sabiam ler e escrever, embora as fontes evidenciem que muitas vezes nem isso ocorresse. Com isto, rapidamente se compreende que todo o discurso

1 Sobre esta não correspondência entre o direito dos juristas e o direito do cotidiano, cf., por todos, Sarat, ____.

2 Números mais precisos, em Hespanha, 1994, *As vésperas do Leviathan*; síntese em Hespanha, 1986, *Centro e periferia no sistema político português do antigo regime*, p. 35-60.

dos juristas eruditos sobre a organização judicial – baseada na aplicação do direito letrado, romano ou canónico, e, depois, na lei escrita do reino³ – asentava-se numa ficção ou mesmo numa deliberada recusa da realidade. O discurso dos historiadores parafraseia piamente as afirmações dos juristas, principalmente por isso corresponder a uma visão historiográfica translática sobre uma alegada “precoce centralização do poder” em Portugal.

Realmente, a ideia vulgarmente transmitida pela historiografia das fontes de direito – totalmente voltada à descrição das fontes dos tribunais centrais e aos problemas doutrinários levantados a este propósito pelos juristas eruditos – é a de que, a partir do século XV, os costumes gerais e locais tinham passado à categoria de fontes de direito francamente secundárias. Não só a legislação real e o direito comum regulariam cada vez mais extensamente a vida social, como a doutrina teria subordinado definitivamente o costume à lei, substituindo sua antiga definição como um autónomo consenso tácito do povo (*tacitus consensus populi*), dependente de uma tolerância consciente do rei (*conscientia et patientia regis*). Assim, entre os séculos XVI e XVIII, teria se vivido sob franco predomínio do direito régio e do direito comum, este último contido na Glosa de Acúrsio, nos comentários de Bártolo e, mais recentemente, na *communis opinio* dos “modernos”⁴.

No plano da administração da justiça, a visão é a mesma. A partir do século XV, a progressiva intervenção da justiça real – através dos juizes de fora e dos corregedores – teria gradualmente substituído a autonomia jurídica dos concelhos e dos senhorios. A expansão do aparelho de justiça real teria alargado o âmbito de aplicação do direito régio (*jus proprium*) e do direito erudito (*ius commune*) – este, sobretudo a partir de 1539, quando se passa a exigir de corregedores e juizes de fora uma formação universitária em direito.

E, na verdade, muitos factores se combinam para tornar esta imagem verossímil.

No plano político-ideológico, afirma-se, na historiografia portuguesa, a persistência do mito da tal temporã “centralização do poder real”, que, no século XVIII, já servia para contrastar Portugal com o “feudalismo” centro eu-

3 Sobre os sistemas das fontes de direito nesta época, ver, por todos, SILVA, 1980.

4 Sobre todos estes conceitos, v. SILVA, 1980.

ropeu, enaltecendo a acção da coroa na correcção dos abusos feudais. A mesma centralização que, no séc XIX, tanto contribuiu para legitimar historicamente o poder “moderador” do rei – previsto na Carta Constitucional de 1826. E que mais tarde, com o “decadentismo” do fim de século, serviu para explicar a apenas latência de um país esvaziado de sua cidadania e dinâmica local pelos desígnios políticos de uma corte monopolizadora, distante e imobilista.

Por outro lado, no campo mais preciso da ideologia e da dogmática dos juristas, essa ideia de expropriação dos poderes locais pelo centro parecia um processo natural. A separação entre Estado e sociedade civil, o monopólio das competências deliberativas do poder central e, portanto, a atribuição à periferia de competências meramente executivas, constituíam inelutáveis factores de um processo histórico necessário – e desejável – de desenvolvimento de uma razão natural no domínio da organização político-administrativa. Se, em Portugal, tal processo tinha ocorrido precocemente, tanto melhor.

A par destes ingredientes ideológicos, o estado das fontes contribuiu também para esta ocultação do mundo das justiças locais.

A organização da vida jurídica local – baseada na oralidade – defendia-a mal do esquecimento da história. Os costumes raro tinham sido, que se saiba, reduzidos a escrito: do final do século XIV, conhece-se cerca de uma dezena de redações de costumes. Mas é evidente que isto corresponde apenas a uma pequena parte do direito consuetudinário. O resto, apesar da expressa cominação das *Ordenações* de que os costumes fossem reduzidos a escrito (*Ord. Af.*, 1, 27, 8; *Ord. Man.*, 1, 46, 8; *Ord. Fil.*, 1, 66, 28), perdeu-se ou está disperso nas declarações de posturas que por vezes se encontram nos livros de vereações das câmaras.

Quanto às sentenças dos juizes locais, parte delas não foi sequer reduzida a escrito, dado que as *Ordenções* promoviam a simplicidade e a oralidade do processo nos tribunais locais, satisfazendo-se frequentemente com a mera redacção do assento final (“protocolo”) pelo escrivão. O que nomeadamente impede o conhecimento das motivações da sentença (*rationes decidendi*) e da argumentação do juiz. Mesmo em relação a sentenças escritas – que, contra a regra comum do direito português, poderiam nem mesmo apresentar a motivação –, poucas estão disponíveis para estudo. De facto, a generalidade das coleções de sentenças apenas recolhe as dos tribunais superiores, as quais

raramente dão uma descrição apropriada da decisão recorrida. As inéditas jazem nos caóticos arquivos judiciais ou municipais.

Se, em virtude destes preconceitos e problemas de fontes, a historiografia tradicional teve razões para ignorar o direito local e o labor das magistraturas populares, a estas razões somou-se a imagem que a literatura da época deu deste mundo jurídico marginalizado.

É aqui que se começa a situar a questão que agora nos interessa, a do estatuto deste mundo submerso, à margem da cultura erudita.

A doutrina jurídica não é muito prolixa a respeito destas questões. Os principais juristas portugueses da época são, na verdade, pessoas diversamente ligadas aos meios do direito régio ou erudito: professores universitários, desembargadores ou advogados dos tribunais superiores; ou seja, letrados e oficiais do rei. É certo que muitos deles tinham feito sua carreira pela província, e que alguns recordavam questões então surgidas. Mas sua visão do foro local era decisivamente influenciada pela formação universitária ou pela situação profissional e política em que se encontravam, como funcionários do rei. Sua atenção só era atraída pelas magistraturas locais quando, comentando as Ordenações, encontravam os títulos a elas dedicados. Porém, ao falar deste mundo, utilizavam fontes doutrinárias do direito comum alheias à realidade portuguesa – direi mais, a qualquer realidade exterior ao mundo dos juristas cultos –, e reproduziam fórmulas doutrinárias estereotipadas, sob as quais não se consegue entrever a natureza e a dinâmica da vida jurídica local⁵.

Os concelhos, seu direito e seus magistrados aparecem aí como se fossem municípios romanos ou cidades italianas contemporâneas dos grandes juristas de trezentos. E se acaso a própria realidade local portuguesa é tão gritantemente diferente que suscite uma observação particular, esta é normalmente dirigida pela ótica do jurista erudito, que tende a desvalorizar a realidade jurídica autónoma dos concelhos, caracterizando-a apenas, do ponto de vista negativo, como uma situação de *ausência* ou de desconheci-

5 Esta repetição de ditos e estereótipos clássicos, tão típica do discurso jurídico do direito comum, também não é inocente, tanto do ponto de vista das estratégias argumentativas, como das lutas simbólicas. Como instrumento de aumento de prestígio intelectual, o recurso às fontes clássicas exibia um saber distinto e elegante; como apoio da argumentação, o recurso a tópicos tradicionalmente invocados, para mais decorados das referidas distinção e elegância, suscitava o consenso. Cf., neste sentido COSTA, 1969, p. 202 ss..

mento do direito – entenda-se, do direito erudito – e não como *presença* de um outro ordenamento jurídico diferente e alternativo. Nesta perspectiva, por exemplo, a característica dominante dos juizes locais não pode deixar de ser a *ignorantia, rusticitas, ou imperitia*, já que o padrão de cultura jurídica não é o direito local, mas o direito régio ou erudito.

Recusar as propostas desta historiografia – atitude correta quando se pretende obter, neste domínio, uma visão do passado válida para outras áreas além da corte e de umas quantas cidades onde existia justiça erudita – implica, porém, em uma tarefa um tanto árdua: a de substituir o discurso fantasmagórico das fontes sobre a onnipresença e a normalidade (em sentido estatístico e normativo) de uma justiça letrada e de um direito erudito, por uma descrição histórica da vida jurídica real fora dos grandes centros.

Baseada na oralidade desprezada pelas fontes escritas, a justiça periférica partilha, de fato, o destino de todos os fenómenos sociais minoritários e reprimidos que, para serem recuperados sociológica e historicamente, levantam sérios problemas metodológicos.

Qualquer avanço do conhecimento nesses domínios exige meios epistemológicos alternativos para suprir as lacunas criadas pelos métodos tradicionais. Como hipótese de trabalho, fizemos uma leitura sintomal das fontes, tendo por referência modelos típicos de organização da prática jurídica desenvolvidos pela antropologia e sociologia jurídicas. Leitura essa que permite descobrir, sob o véu do discurso jurídico erudito, as realidades práticas apenas afloradas.

Para tanto, utilizamos a distinção entre sociedades dominadas por uma matriz tradicional de distribuição do poder (*traditionale Herrschaft*) e sociedades dominadas por um sistema político de natureza legal-racional (*rationale Herrschaft*). Tipologia bastante difundida a partir de Max Weber, os recentes estudos de antropologia e de sociologia do direito não só vieram a confirmar suas linhas fundamentais como também a libertaram de todo o normativismo da tradição Weberiana.

Na literatura mais atual, esta distinção é expressa sob a forma de oposição entre sociedades “pré-rationais” e “rationais”, “tradicionais” e “modernas”, “camponesas” e “capitalistas”.

No domínio do direito, o contraste entre estes dois tipos de organização social (ao que se liga uma dualidade de organização simbólica) já foi

descrito em vários trabalhos, principalmente de antropólogos⁶. Segundo Boaventura de Sousa Santos – que utilizou os instrumentos teóricos dessas correntes na sua investigação sobre o direito “não oficial” das favelas do Rio de Janeiro⁷ –, os traços distintivos da prática jurídica dessas sociedades marginalizadas dos nossos dias (cujas estruturas e práticas culturais e simbólicas estão intimamente relacionadas com as das sociedades tradicionais) podem descrever-se da seguinte forma.

Geralmente, os conflitos têm um caráter trans-individual, não se reduzindo a uma questão puramente privada. A comunidade mostra-se, de certo modo, empenhada nos diferendos entre seus membros. Isto se explica pela forte solidariedade decorrente do teor marcadamente coletivista da vida social. Além disso, a natureza tradicional e imanente (isto é, não voluntarista e arbitrária) da ordem jurídica transforma qualquer conflito sobre o direito numa questão que ultrapassa o nível meramente técnico e que põe em causa os fundamentos (considerados indisponíveis) da vida social. Ou seja, sendo a ordem jurídica resultado de uma tradição social quase sagrada, e não o produto arbitrário de uma vontade (individual ou coletiva), o ato anti-jurídico é tido como algo além de uma simples “transgressão”: torna-se um desafio às regras fundamentais da vida em comum.

É este caráter trans-individual dos conflitos que explica, por um lado, a fluidez das fronteiras entre o direito (*ius*), a moral (*fas*) e o costume (*mos*), além da referência permanente no discurso jurídico tradicional à padrões éticos de conduta – *praecepta iuris sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*: aquilo que deve ser considerado como fundamento do direito é viver honestamente (scl., de acordo com a natureza das coisas), não prejudicar outrem e dar a cada qual o seu lugar.

Soma-se a isto a censura ético-religiosa dirigida ao conflito e às pessoas conflituosas. Além de transformar o pecado numa sombra quase necessária do crime, a Igreja considerava negativamente o recurso à justiça para resolver

6 Cf. Fallers (1969), Gluckmann (1965, a e b), Nader (1969), Hocker (1975), bem como a vasta bibliografia citada em Santos (1980) e Spittler (1980). V. ainda os textos publicados pela UNESCO, no quadro das “Réunions d’experts pour examiner les premiers résultats de recherches sur les conditions du transfert des connaissances” (Veneza, 26-30.06.1978).

7 Santos (1974); cf. desenvolvimentos sobre a sua investigação em SANTOS, TNSC.

diferendos, promovendo, antes, formas de composição amigável, tuteladas por ela mesma ou pela comunidade (*compromissum*, arbitragem).

Este carácter comunitário da dissensão também explica a indistinção entre sanções “penais” e “civis”, da qual resultam quer a “penalização” de questões hoje em dia nitidamente civis (por exemplo, a prisão por dívidas), quer a “civilização” de questões actualmente de natureza penal (por exemplo, a aceitação de penas puramente privadas de reparação penal)⁸. Este carácter comunitário dos conflitos explica ainda a intervenção activa do tribunal e da própria sociedade (através dos seus elementos mais respeitados, os *honoratiores*, anciãos) na busca de um equilíbrio entre os interesses conflitantes, que permita resolver o litígio de forma durável (SANTOS, 1980, p. 17).

1 Tradicional/erudito

Uma segunda característica consiste na precariedade dos meios coercivos institucionalizados, demonstrando que a resolução dos conflitos se assenta numa “violência doce” do discurso, orientada à obtenção de um consenso que possibilite não só satisfazer momentaneamente os interesses, mas também encontrar um equilíbrio estável. Este objectivo atinge-se por diversos meios. Por um lado, através de um grande investimento retórico-argumentativo e até emocional tendente à criação das bases do consenso. O discurso jurídico socorre-se de todos os lugares retóricos aceites, mobiliza toda uma riqueza emocional e tónica e, longe de isolar a questão numa moldura técnica e abstracta (neutra, do ponto de vista das convenções colectivas), favorece constantemente sua ligação com outros registos valorativos da vida social (ética, religião, mundo das virtudes), salientando o carácter socialmente indispensável da obtenção de um acordo (e, por consequência, os deveres das partes nesse sentido).

A própria estratégia da decisão, por outro lado, deve facilitar a conciliação das partes. Assim, a decisão tende a ser não uma forma de adjudicação, em que um juiz neutro profere uma decisão que pode ser inexoravelmente sacrificadora de uma das partes, mas uma forma de mediação assente numa certa reciprocidade de cedências e ganhos (SANTOS, 1980, p. 21).

8 Cf. Hespanha, JD.

A terceira característica é o fraco grau de institucionalização das instâncias decisórias das questões jurídicas.

Isto concretiza-se primeiramente no carácter “não autónomo” das instituições jurisdicionais, que são integradas ou presididas não por profissionais de carreira, especializados e escolhidos em função das suas qualificações técnicas, mas por indivíduos investidos de um prestígio social anterior à sua designação como juízes (*honoratiores*, notáveis), que exercem essa função a par de outras papéis e dignidades sociais, não possuindo qualquer formação técnica.

Em segundo lugar, o carácter não técnico da linguagem jurídica – ou, pelo menos, o facto de o seu baixo grau de especialização não provocar a distanciação entre o tribunal e o auditório (SANTOS, 1980, p. 34) – permite um controlo e uma participação pública no desenrolar do processo e, finalmente, na decisão.

A “simplificação” dos processos, em terceiro lugar, traduz uma tentativa de aproximar as práticas judiciais dos rituais e formalidades da vida quotidiana, eliminando todos os protocolos em que os aspectos materiais são sacrificados em face aos aspectos formais. Ou, melhor dizendo, em que a solução socialmente evidente e justa é abandonada por razões “formais” – por exemplo, a fixação definitiva do objecto do processo de acordo com a *litis contestatio*; a existência de critérios pré-estabelecidos de apreciação da prova; a perda de direitos materiais por prescrição de prazos ou por violação de certas formalidades processuais.

Finalmente, a institucionalização débil revela-se ainda no carácter omni-inclusivo do discurso jurídico, em que o “caso jurídico” não se distingue do “caso vivido”. Ou seja, onde pouco ou nada se sacrifica na modelação do caso da vida para efeitos do seu processamento jurídico. Isto explica, nomeadamente, essa incapacidade, tantas vezes patente, de auto-domínio dos membros das comunidades tradicionais perante o formalismo do direito “moderno”, ao qual são irrelevantes muitas circunstâncias e motivos que a vida consideraria como absolutamente relevantes (SANTOS, 1980, p. 26).

2 Convivência de instâncias: antagonismos e conflitos velados

O antagonismo entre as práticas jurídicas tradicionais e as que se desenvolveram no Estado contemporâneo não deve fazer perder de vista – ao

menos nas sociedades em que coexistem os dois tipos de prática – que as relações entre ambas não eram de oposição total. Com efeito, quer a lei, quer as formalidades do processo erudito podem ser apropriadas pelo direito tradicional. No entanto, essa apropriação modifica desde logo as regras de sua utilização no discurso jurídico. A lei ou a fórmula doutrinal perde sua qualidade de critério decisivo e imperativo na “invenção” da solução jurídica, e passa a ser apenas um tópico entre tantos outros, num sistema argumentativo cuja estratégia é agora dominada pela preocupação de alcançar um acordo. O que acontece com a lei, ocorre igualmente com as fórmulas e os actos do processo erudito quando aplicados no contexto do processo tradicional (SPITTLER, 1980, p. 6). Tais factos se explicam pela presença, nessas sociedades dualistas (a partir deste aspecto), de um modelo legal-racional de legitimação do poder, do qual faz parte a crença no carácter decisivo da forma jurídica escrita, tanto no plano das normas como do processo⁹.

A referência ao direito escrito prende-se, assim, à necessidade de “criar uma atmosfera de oficialidade e de normatividade” que facilite a aceitação da solução (SANTOS, 1980, p. 19). Além disso, a forma escrita favorece a imagem de distanciação entre o tribunal e as partes e, deste modo, reforça essa ideia moderna – mas de algum modo presente no direito mais antigo¹⁰, embebida na “igualdade da justiça” – de que a realização da justiça exige a heteronomia do órgão decisório.

De qualquer modo, numa sociedade tradicional (ou dualista, pluralista), o uso de modelos jurídicos modernos convive com outros modelos tradicionais, e combina-se com estes para composição e legitimação de estratégias jurídicas que não são as do Estado contemporâneo. Estudos sobre ambientes

9 WEBER, 1956.

10 A ideia actual de que o tribunal deve ser neutral está próxima – mas não se identifica completamente – com a antiga ideia de que o juiz não pode fazer da decisão uma coisa sua (*facere litem suam*), ou seja, dependente dos seus interesses ou critérios pessoais. Realmente, o juiz pode deixar-se mover por sentimentos (de simpatia, de misericórdia, de amizade), pois isso faz parte da natureza humana; o que não pode é ultrapassar os limites que distinguem sentimentos comuns de sentimentos particulares. Por outro lado, a ideia de igualdade decorre do princípio de que não se pode infligir um prejuízo ilegítimo a nenhuma das partes. Mas pode tratar-se benevolmente uma delas se a outra não for prejudicada com isso. Assim, é possível perdoar um criminoso se o ofendido também o perdoar. Ou se, pura e simplesmente, não houver um particular ofendido.

tão diferentes como a Prússia do século XVIII¹¹, a Índia do século XIX ou a África do século XX¹² dão disto ilustrações convincentes.

Estas relações entre os dois tipos de práticas jurídicas levaram à tese de que o desenvolvimento da justiça tradicional (*dispute institutions*) pressupõe a coexistência de uma justiça institucionalizada na forma estadual (*courts*), sob cuja ameaça se actuaria nos tribunais locais, importando, ao mesmo tempo, alguns dos seus elementos processuais. Esse processo poderia significar tanto a pretensão da justiça tradicional de obter legitimidade pelo mimetismo das formas, como a de obter um certo reconhecimento do Estado a formas de justiça que este tenderia a considerar espúrias¹³.

Contudo, seria errado partir destas considerações para uma concepção na qual a justiça tradicional e estadual se integrassem harmoniosa e complementarmente num sistema global de resolução de conflitos. Ou ainda, como as fontes históricas eruditas muitas vezes deixam supor, que a “divisão do trabalho” entre ambas resultaria de uma *decisão* do legislador, o qual, sensatamente, deixaria aos povos o julgamento das questões menores, a fim de, simultaneamente, preparar as decisões dos tribunais superiores (organizadas de acordo com as regras processuais eruditas) e os libertar, em parte, da sua carga. Pelo contrário, embora esses dois mundos não sejam estanques, as relações entre eles são sempre conflituais, e as trocas só se fazem à custa de conversões funcionais dos elementos apropriados.

Assim, não se deve falar de continuidade entre ambos, mas de ruptura e de conflito, ainda que encobertos¹⁴. Fundamentalmente, a justiça tradicional nunca se conforma com o estatuto de apenas “primeira instância” da justiça

11 Bauernstaat Preussen

12 Law in colonial Africa (v. Hespanha, Law and colonial dominance).

13 Tal é a tese de Spittler (1980, p. 4-32) que explica a difusão, em certas sociedades, de instituições não-judiciais (*nichtgerichtliche Institutionen*, *dispute institutions*) com base, não no seu carácter universal (tese universalista) ou na sua ligação a um determinado estilo cultural (tese culturalista), mas na sua dependência das instituições judiciais. A tese central deste artigo é de que a grande expansão e êxito das instituições judiciais não oficiais, ultimamente estudadas pelos etnólogos, tem a ver com a existência dos tribunais estaduais, no sentido em que as comunidades tradicionais teriam necessidade de evitar a auto-defesa sem caírem no campo de acção dos tribunais oficiais, em relação aos quais haveria uma profunda antipatia.

14 Para uma análise semelhante das relações entre a cultura oral e a cultura escrita, cf. BÄUML, 1980, p. 237 ss.

estadual, pois não aceita de bom grado uma estrutura judicial e processual muitas vezes totalmente às avessas da sua lógica e dos seus modelos de obtenção de consenso e de legitimação.

Com efeito, os tribunais tradicionais diferem dos estaduais, quer no plano do direito processual, quer no plano do direito material (quanto a este último, pelo facto de se submeterem a normas jurídicas tradicionais diferentes das normas do direito oficial e erudito). No direito processual erudito, há regras que estão nos antípodas da organização do processo tradicional: primeiro, a utilização da linguagem técnica, *maxime*, do latim; segundo, as regras sobre a intervenção das partes no processo (necessidade de representação por um advogado ou procurador, limitação do direito de uso da palavra); terceiro, a estrutura dos meios de prova (predomínio da forma escrita) e o sistema de sanções (preponderância das sanções de tipo penal - *v.g.*, prisão ou multas “públicas” - em substituição das de natureza “privatista”, que apenas visam a reparação do ofendido).

Tudo isto transformava o processo escrito em algo estranho às partes, cuja legitimidade não aceitavam e a que, portanto, tentavam escapar.

3 Oralidade/escritura

O entendimento da oposição entre práticas jurídicas tradicionais e as dos modelos estadualistas pode ser enriquecido com uma referência a uma problemática teórica vizinha - a das diferenças entre culturas (e, portanto, culturas jurídicas) orais e escritas.

Existe hoje um importante trabalho de reflexão que, ao romper com a ideia da homologia entre expressão escrita e oral, permite evidenciar as características próprias das culturas orais e escritas, não apenas no plano das tecnologias da comunicação, como nos próprios processos intelectuais e culturais, que, agora se descobre, estão intimamente ligados às técnicas de expressão e de comunicação.

Tais como descritas pelo autor que lançou esta problemática¹⁵, as características das culturas orais correspondem aos grandes traços daquilo a

15 GOODY, 1977; WIATT, 1963. Sobre a sua obra v. o prefácio da tradução francesa do seu livro (BAZIN; BENZA, 1979). Outras obras fundadoras, V. adiante n.

que se costuma chamar de prática jurídica tradicional. Ou seja, o carácter “tradicional” e, ao mesmo tempo, flexível da cultura.

Desprovidas de textos que possam tornar-se elementos canónicos ou modelares fixos, as culturas tradicionais vivem de uma tradição que se transmite de boca em boca. Em cada transmissão, esta tradição se modifica, quer pela incorporação de novos elementos que passam a fazer corpo com os antigos, quer pela obliteração discreta dos elementos antigos que deixaram de ter actualidade nos novos contextos comunicativos ou culturais. A cultura é, por isso, sucessivamente efémera, destituída de profundidade histórica. Nela, o presente se encontra nivelado com as sucessivas fatias do passado, numa tradição anti-histórica.

Este facto, verificado na generalidade dos domínios culturais, pode também ser notado na cultura jurídica. As ordens jurídicas medievais e primomodernas têm ainda esse carácter aditivo: coexistem as normas mais antigas com as mais recentes, integrando-se incessantemente o direito antigo com o direito novo, sendo os textos antigos objecto de modificações não explícitas (v. o caso mais famoso das interpolações em direito romano), gozando o costume de um poder constitutivo ou revocatório das normas jurídicas (Cf. HESPANHA, 1987, p. 97.). Eis aqui um traço da cultura jurídica – mesmo de uma cultura jurídica que já recorria massivamente à escrita – que se reporta ao que foi dito das culturas orais. Traço esse que se prolonga durante todo o período do direito comum.

Outra importante característica das culturas orais é sua inaptidão ao pensamento analítico. Com efeito, o tratamento analítico do discurso apenas é possível perante um texto escrito. Só este permite cindir e “descontextualizar” cada elemento do discurso, verificar sua ligação com outros ocorrentes no restante do texto e testar sua utilização em momentos sucessivos da exposição. Daí que os processos intelectuais da definição, da elaboração de regras abstractas, de listas, de tabelas ou de fórmulas etc, não se tenham tornado possíveis senão quando se atingiu o nível da escrita.

Nas culturas orais, estas operações mentais são substituídas por outras menos exigentes quanto ao grau de abstracção e de generalização, como o raciocínio pelo exemplo – ou seja, a organização do discurso (e do processo mental) em torno de modelos concretos, em que todo o contexto existencial,

emotivo e histórico está presente, e a partir do qual se processa, por comparações, distinções e variações mínimas, uma hermenêutica profunda do caso, bem como uma eventual extensão a outros casos, do saber obtido, sem que se proceda a qualquer redução ou dissecação analítica.

No domínio do direito, isto apresenta um grande paralelismo com a vitalidade do modelo argumentativo e concretizador¹⁶ (precedentes, analogia, casuísmo) nos mecanismos tradicionais do achamento da solução jurídica. Modelo esse que ainda deixa marcas no método jurídico tardo-medieval, prolongando-se, em algumas zonas, até bem mais tarde.

Estas diferenças entre os mecanismos intelectuais das culturas jurídicas escritas e orais contribui também para explicar a inacessibilidade do discurso jurídico letrado – fundado nos processos lógico-intelectuais típicos da cultura escrita (como, por exemplo, a glosa, o comentário, a citação, as classificações, as definições) – aos operadores do direito nas culturas jurídicas orais.

Quanto a oralidade, um terceiro factor a ser destacado é a inserção do discurso num clima emocional e afectivo, provocado pela impossibilidade de distanciamento, inevitável no discurso falado, entre o locutor e o universo dos destinatários. O auditório está, no discurso oral, mais sujeito à manipulação emocional do locutor. A retórica (por oposição à lógica e à dialéctica) é justamente a arte de fazer apelo ao consenso na base não pela validade do que é dito, mas pela expressividade da acção de dizer. Em direito, este facto não apenas explica o papel do *rábula* (ou seja, do discurso do advogado dirigido para manipulação emocional e dramática do auditório), como confirma, numa perspectiva complementar, o que já se disse sobre as incessantes referências do discurso a registos culturais e sociológicos extra jurídicos.

Por fim, em contraste com as culturas escritas, em que o documento escrito ocupa um papel probatório fundamental ligado à sua permanência e à sua fixidez (*verba volant, scripta manent*)¹⁷, o carácter específico da prova nas culturas orais repousa no testemunho, que, não podendo ser confirmado

16 Sobre ele, HESPANHA, 1997, p. 110 ss. e bibliografia aí citada.

17 Cf., sobre as relações entre memória e escrita, Bouza (1999), onde, de resto, se explicam as conexões visíveis que existem, na cultura europeia moderna, entre capacidade de escrever e a plena realização do homem, justamente no papel determinante que memória ocupa na configuração da natureza humana.

de outra forma, é crido na base da sua autoridade, não tendo validade, pela verosimilhança daquilo que diz, mas pela credibilidade da testemunha ou pelo carácter sagrado (sacramental) do juramento que o acompanhe¹⁸. Por outro lado, há também relações evidentes com o império do argumento da autoridade, sob o qual a cultura jurídica se baseou até o momento em que finalmente pôde dominar as técnicas de justificação que pertencem ao universo do discurso escrito (argumentação analítica e racional).

Os mundos da cultura oral e da cultura escrita não se encontram isolados, porque a tradição oral pode se manter eficaz e estruturante no seio de uma cultura já dominada pela expressão escrita.

Num artigo em que contesta a dicotomia entre as duas culturas¹⁹, Fernando Bouza salienta que, na Ibéria da época moderna, as linguagens oral, escrita, iconológica, dramática e mímica se combinavam como meios alternativos e sectorialmente especializados de comunicação (BOUZA, 1999, p. 31 ss.). Em todo caso, deve ter-se em conta que a recepção das tradições orais numa cultura escrita só é possível através de uma profunda reconversão, quer de seu conteúdo, quer de seu papel, no sistema de comunicação social.

Na verdade, a tradição oral perde o seu papel de “enciclopédia cultural da sociedade” (Havelock) para se tornar um subsistema marginalizado, que constitui apenas um quadro de referência cultural às camadas letradas. Por outro lado, no momento em que a tradição oral é parcialmente incorporada à tradição escrita, ela é submetida a um trabalho de escolha e de tradução que a torne compatível com os princípios estruturais, as necessidades e os interesses da cultura escrita.

No domínio do direito, isto explica, por exemplo, o carácter aparentemente fragmentário das redacções de costumes, em que se procurava distinguir o fundamental do acessório, o que estava vivo na consciência popular daquilo que já tinha caído no olvido. Tudo isto não esquecendo que, sendo caro o suporte da escrita (pergaminho, papel) e demorado o próprio acto de escrever, razões puramente práticas limitassem ao essencial a transposição à escrita do interminável fluxo das palavras.

18 Sobre o juramento, fundamental, v. Prodi (1992).

19 E, mais do que isso, a identificação do escrito com o moderno e o oral com o tradicional.

Para mais, estas fluidas fronteiras entre cultura oral e escrita devem ser traçadas levando-se em conta que nem todos os que não sabiam ler pertenciam forçosamente ao mundo da cultura oral. Pelo contrário, muitos deles ingressavam nas franjas da cultura literária recorrendo a alguém que fosse alfabetizado. É o caso, por exemplo, dos juizes iletrados, que eventualmente pediam a mediação do assessor para julgar segundo o direito erudito²⁰. Frequentemente utilizavam os processos prestigiados da cultura escrita, trazendo tinteiro e pena pendurados ao cinto – como relatam alguns juristas a propósito dos rústicos “sabidos” – ou copiando os ambientes burocráticos do direito escrito – pondo em cima da mesa uma máquina de escrever, como conta Boaventura Sousa Santos, acerca dos operadores do direito popular nas favelas de Pasárgada.

Nem sempre os letrados abandonavam os modelos comunicativos da oralidade. Num estudo muito original sobre a eloquência jurídica na Espanha liberal – o mesmo se poderia dizer, na mesma época, para Portugal ou para o Brasil –, Carlos Petit mostra como, no mundo jurídico e político, onde se manifestava a opinião pública (*Öffentlichkeit*, para tomar um conceito conhecido, de J. Habermas), o modelo da comunicação era o discurso forense ou parlamentar (ou, ainda, as lições ditadas e recolhidas por ouvintes), e não o texto escrito. No fundo, neste mundo elitista, a eloquência natural, a expressão oral fácil e fluente, denotava uma distinção intelectual inata, que o trabalho de escrita, polido e apurado, podia apenas imitar. A eloquência e a sedução pessoal, que constituem os primores da comunicação oral excelente, substituíam a erudição e o rigor, que caracterizam a excelência da comunicação escrita²¹.

Este mundo da oralidade das elites liberais não é, seguramente, o mesmo dos rústicos. Mas compartilha com ele as capacidades específicas do discurso oral – naturalidade, aderência à vida e impregnação emotiva. E, nesse sentido, torna-se distintivo de novas elites, cuja estratégia simbólica era a de, pelas luzes naturais, se tornarem distintas dos burocratas, praxistas, pesadamente eruditos e escreventes prolixos, das monarquias pré-revolucionárias.

20 De ver, sobre esta problemática de relações entre cultura oral cultura escrita, o artigo de Bäuml (1980, p. 237 ss.).

21 O tema da naturalidade da eloquência perante a artificialidade do saber letrado era mais antigo; Fernando Bouza refere como a verdadeira eloquência andava, na cultura hispânica moderna, ligada à nobreza natural (BOUZA, 1999, p. 45).

4 Litigiosidade no Antigo Regime

Os estudos sobre a litigiosidade no Antigo Regime²², embora frequentemente voltados à litigiosidade dos tribunais superiores – ou seja, ao mundo erudito –, não cessam de confirmar estas perspectivas sobre a irredutibilidade e a especificidade do direito popular tradicional.

Nos trabalhos de Nicole Castan (1980b, em especial) se evidenciam as formas de resolução dos conflitos que se situadas fora do mundo dos tribunais da coroa. De facto, em muitos casos, estes não eram mais do que um último recurso, necessário apenas quando tinham fracassado os meios tradicionais e não institucionalizados de conciliação das partes. Tais como as exacções fiscais, também as intromissões da justiça real na resolução de conflitos eram vistas com antipatia. O receio do recurso à justiça oficial era compartilhado pelos pobres, sem meios económicos para se permitirem o luxo de uma causa em tribunal, e pelos ricos que, por seu turno, temiam que sua riqueza despertasse a cupidez do aparelho judicial. Daí, provém a generalização da ideia de que “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”²³, que também seria promovida pelos tópicos cristãos sobre a solidariedade, principalmente depois do concílio de Trento.

Perante esta recusa da utilização da justiça do Estado, surgia uma panóplia de meios para a resolução de conflitos, desde a arbitragem – quer levada a cabo pelos pares das partes (arbitragem horizontal), quer pelos notáveis (arbitragem vertical, organizada principalmente pelos senhores ou pelos clérigos) (CASTAN, 1980b, p. 15)²⁴ – até os resíduos da justiça privada, sobretudo em áreas como questões de honra e de propriedade.

22 Os estudos sobre a litigiosidade no Antigo Regime são hoje muito abundantes. Em França, os estudos pioneiros são os de Nicole Castan, para a história, (1980 a e b), e, para tempos mais recentes, os de R. Schnapper (1979). Para a Espanha, clássico, Kagan (1981). Em geral, para a Europa, Baket (1978). Interpretação sócio-antropológica, Kagan (1981), Abel (1973), Shapiro (1975), Felstiner (1974), Fallers (1969), Toharia (1974), Santos, 1980. [cf. Savants nota 26]. Cf. ainda, numa perspectiva tanto histórica como actual, Hespanha [____] (ed.), *Justiça e litigiosidade ...com prefácio e textos*.

23 Castan (1980, p. 15); para Espanha, Kagan (1981, p. 202). O que prova a ideia de Gerd Spittler de que a litigiosidade informal se desenvolve, em parte, “à sombra do Leviathan” (ou seja, sob a ameaça de intervenção da justiça oficial).

24 Um outro tipo de arbitragem era a “técnica”, realizada pelos especialistas em direito erudito (cf. CASTAN, 1980, p. 44). Aqui, no entanto, não se tratava de mais um afloramento de uma justiça tradicional, mas antes de um processo mais económico e informal de realizar a justiça oficial.

Cabia à própria justiça oficial a responsabilidade da sobrevivência desta justiça tradicional, devido a sua incapacidade para satisfazer rápida e eficazmente a composição social de interesses.

Em resumo, pode dizer-se – de acordo com N. Castan – que, ainda no final do Antigo Regime, o sistema legalista do direito e o correspondente sistema estadual de justiça não dominavam de forma alguma toda a prática jurídica, e que as relações dos indivíduos com o Estado, principalmente na província, são ainda muito frustrantes em questões de justiça²⁵. O reforço do poder do Estado neste domínio – mais do que o aumento de actos criminosos – poderia estar na origem do agravamento da criminalidade em fins do século XVIII.

A obra de Richard H. Kagan (1981) – embora incidindo principalmente na prática judicial de um tribunal superior (a *Chancilleria de Valladolid*) – testemunha também uma oposição, ainda no século XVIII, entre formas tradicionais e modernas de resolução de conflitos na Espanha: entre o “pleyto”, que corria num tribunal oficial e erudito, submetido às regras do direito escrito, e os antigos juízos *ex aequo et bono* (*juicios de alvedrio*) proferidos pelos juizes tradicionais e honorários dos municípios e aldeias, submetidos ao direito tradicional parcialmente contido nos antigos “fueros”.

Este já largo discurso sobre a justiça popular serve para nos introduzir, sem surpresas e com apoio em factos concretos, no mundo da política e do direito tradicionais. E, sobretudo, para conhecer seus sujeitos, pois a própria autonomia deste mundo pressupunha que seus habitantes gozassem de um estatuto político pessoal muito diferenciado, segundo o ponto de vista dos detentores do poder central.

Logo à partida, este passo num mundo submergido enfrenta dificuldades que decorrem do facto de, em geral, não dispormos de fontes escritas que permitam documentar directamente a prática jurídica tradicional – até por ela se não basear no emprego da forma escrita, embora, como já o dissemos, isso não excluísse sua utilização esporádica. Por outro lado, o pouco que se

25 Segundo o autor, o aumento da criminalidade (da criminalidade “oficial”, perante os tribunais do Estado), nos finais do Antigo Regime, poderia ser explicado mais pela dissolução das comunidades tradicionais – e, por isso, pela crise dos mecanismos de composição não judicial dos conflitos – do que pelo agravamento de factores de crise social. A assunção, pelo Estado, desta tarefa de resolução de litígios defrontava-se, no entanto, com problemas sérios, tanto de resistência local a esta intromissão, como de falta de meios estaduais para ocorrer a ela.

reduziu a escrito e se conservou nos arquivos judiciais foi vítima da usura do tempo e da mediação da cultura para-erudita dos escrivães.

Por isso, foi adoptada uma estratégia de investigação diferente neste trabalho, baseada na procura de vestígios desse direito tradicional precisamente nas obras de direito erudito.

Apesar do tom irreal e fictício tantas vezes adoptado pelo discurso do direito erudito²⁶, a realidade desse mundo jurídico não assimilado era de tal modo gritante que, forçosamente, ele tinha de estar presente no horizonte do jurista letrado, seja como alternativa cultural e jurídica que se tentava combater e depreciar, seja como realidade não assimilada que exigia um enquadramento dogmático e institucional específico.

5 Silvícolas, camponeses, rústicos

Começaremos esta exposição sobre o lugar atribuído à prática jurídica tradicional nas obras de direito erudito pela descrição dos quadros dogmáticos e institucionais em que se tentou inseri-la.

Na literatura erudita, este mundo do direito tradicional, não erudito e não escrito, era designado por mundo dos “rústicos”²⁷.

A definição deste universo surge já na literatura clássica do direito comum. Segundo Bártolo, os rústicos são os que vivem fora das cidades ou das terras importantes (“*omnes qui habitant extra muros civitatis vel castris, tamen idem intellegeremus de castris et commitatuis ubi non esse copia hominum et sic non sunt castra insignia*”) [os homens que habitam fora dos muros de uma cidade ou castelo, embora também o digamos dos castelos e povoações onde não haja muitos homens e que, deste modo, não sejam castelos importantes]²⁸.

26 Sobre a função ideológica e política desse “irrealismo” ou carácter fantasmagórico do discurso jurídico e erudito, v. Costa (1969, p. 202 ss.).

27 Literatura sobre os rústicos (privilégios, udicia): Andreas Tiraquellus (1582) Renatus Chopinus (1575 e 1634), Iohannis Albini (1601), Iustus Henning Boehmer (1733), Siculus Flaccus (1601), Joh. Wilh. Goebel (1723), Benedictus Carpzovius (1678), Iohannis Suevi (1582); e outras obras que focam, sobretudo, as obrigações feudais dos rústicos e dos camponeses.

28 Bartolus, Comm. ad Dig. infort. (D. 2, 29, 7, 8, 2); idêntica definição é dada por Baldo: “*rusticus dicitur quolibet habitans extra muros civitatis, vel habitans in castro, in quo est hominum penuria*” [diz-se rústico aquele que habita fora dos muros da cidade, ou de um castelo, onde haja poucos homens], (Comm. D. de iure codic., l. conficiantur, § codicilli. cit., t. III, p. 170).

Ainda mais expressiva é, contudo, a definição de Alexandre de Ímola, que se refere claramente ao que, em sua opinião, justificava o estatuto especial dos rústicos: a ignorância e a rudeza (*"rusticus proprie est, qui opere, & conversatione est rusticus"*) [rústico propriamente dito é aquele que é rude no comportamento e na maneira de falar] (Imola, 1563).

"Rústico" não era, de facto, uma expressão neutra no discurso da Baixa Idade Média, como veremos mais adiante em pormenor. Longe de constituir uma simples evocação do mundo rural, ela continha uma conotação nitidamente pejorativa, equivalente a "grosseiro" (*grossus, grossolanus*), "rude" e "ignorante", por oposição a um ideal de cultura literária que, cada vez mais, se vinha impondo.

Esta imagem degradada da rusticidade não decorria apenas de uma observação ligeira sobre a diversidade dos hábitos e das maneiras. Enraizava-se em representações mais profundas sobre a natureza dos homens, que, como veremos, tanto se aplicavam aos rústicos da Europa como aos nativos descobertos nas terras do ultramar²⁹.

Se explorarmos a referência de Bártolo e de Baldo à pequenez das comunidades rústicas, entramos num tema de profundidade antropológica ainda maior. Na verdade, os filósofos e políticos repetiam, desde a época clássica, que o homem é um animal social, e que, por isso, as deficiências de sociabilidade se transformam em deficiências de humanidade. Quem não se comunica com outros homens, como os que vivem em lugares isolados ou nas florestas (*silvícola, homo in sylva*), não é integralmente humano por lhe faltar esse componente de sociabilidade.

O tema é explorado por São Tomás de Aquino quando se interroga sobre a salvação daqueles que, por viverem isolados, nunca mantiveram contacto com a mensagem de Cristo³⁰. Para ele, o problema está ligado à questão da relação entre ignorância e pecado – tema que desenvolve na *Summa theologiae*, Ia.Iiae, qu. 76 ss. A ignorância de que um acto é pecado pode ser causa do pecado e, por isso, desculpá-lo (qu. 76 a.1, resp. e ad 3). Mas esta ignorância – que positivamente impede a ciência, distinguindo-se, assim, da mera in-

29 Sobre esta aproximação, à qual voltaremos, v. PROSPERI, 1996, p. 551 ss..

30 S. Tomás.

consciência (Ia.Iiae, qu. 76, a.2, resp.) – tem que ser desculpável e invencível para que ela mesma não seja pecado (qu. 76, a. 2).

A situação dos selvagens (*homines in sylva*) foi discutida por São Tomás neste contexto, embora sua posição tenha oscilado. Ora, adota pontos de vista muito rigorosos: estes infieis não têm, em direitos termos, culpa da sua infidelidade, pois nunca foram postos em contacto com a verdade. Alguns poderão salvar-se, por especial graça de Deus, que lhes manda missionários ou os ilumina por meio de anjos, despertando neles o desejo de conversão (*votum sacramentum*), que corresponde a um baptismo como que espontâneo e informal, suficiente para a salvação. Outros, porém, perder-se-ão. O pecado original afectara toda a humanidade. A rigor, porém, a condenação de todos era um acto de justiça. Só a graça de Deus, enviando o seu Filho à terra ou dispensando actos individuais de graça, eximia alguns desse tremendo destino colectivo (HERMANN, 1992, p. 65-67).

Mais tarde, a explicação é outra, fortemente ligada ao problema da desculpabilidade da ignorância, independentemente do contexto de vida:

Respondo [a uma anterior objecção] dizendo que a ignorância difere do desconhecimento, pois este é uma simples negação do conhecimento; de onde aquele a quem falta o conhecimento de algumas coisas, pode dizer-se que as ignora [...] No entanto, a ignorância importa a privação do conhecimento; ou seja a falta a alguém de um conhecimento de coisas que, de nascença, era apto para conhecer. Na verdade, há coisas que todos devem conhecer, tal como aquelas coisas sem o conhecimento das quais não se pode praticar correctamente os actos devidos. De onde todos têm que que saber as coisas da fé, bem como os preceitos universais de direito. [...] Em contrapartida, não se imputa negligência a alguém que não sabe aquilo que não pode saber. De onde se diga que esta ignorância é invencível, pois não pode ser superada pelo estudo. (ibid., qu. 76, a.2, resp.).

Nesta perspectiva, a situação dos *homines nutriti in sylva* agrava-se, pois o isolamento não os priva do conhecimento da lei divina e da lei natural. Embora permaneça implícita uma ideia de que se trata de uma humanidade algo decaída, porque privada de uma comunicação regular com os crentes, da comunhão com a Igreja. E, portanto, dependente de uma especial graça de Deus para encetar o caminho da salvação, apesar da sua intuição da lei divina e dos primeiros princípios do direito natural.

De qualquer forma, o que estas luzes inatas e necessárias sobre os fundamentos da religião e do direito não garantiam era o conhecimento detalhado da lei. Sobre essa intuição natural, tinha que se construir uma consciência mais explícita das regras de vida, incluindo as regras de vida religiosa. Era esse o objectivo da missionação e, em geral, da educação. A Igreja mandava (*mittere, missio*)³¹ pessoas que, pela difusão de um saber suplementar, pusessem estes homens no caminho (*educare*) de que o pecado original os tinha desviado.

É a partir desta ideia de reeducação pela reintegração dos selvagens na comunidade dos homens que – como veremos – se construirá, já na época moderna, a teoria da legitimidade de forçar os nativos das terras descobertas a aceitar a missionação e o comércio, duas formas excelentes de promover a intercomunicação entre os homens. Ou, para a Europa, a estratégia de agrupar os habitantes dispersos e isolados de regiões mais afastadas da civilização urbana – como a Córsega ou a Escócia – em povoações de certa dimensão, onde ganhassem com o convívio mútuo e pudessem, ser política e culturalmente enquadrados.

O jesuíta Silvestro Landino, constata que:

a gente vive muito desunida pelas partes destes montes da Córsega e sem outro exercício senão habitar a maior parte no campo na companhia dos animais e dispersa em pequenas aldeias, de seis ou sete cabanas que mal têm a forma de casa e longe umas das outras muitas milhas, de modo que alguns apenas vêm algumas vezes à missa de festa. (*apud* PROSPERI, 1996, p. 640).

Depois de tal constatação, propõe à Córsega uma estratégia de reagrupamento similar a utilizada em relação às populações irredentas da cultura dominante: “é preciso destruir estes redutos de cabanas e casotas nas quais a gente vive como desunida ... obrigá-los pela força a viverem unidos e fazê-los pela força viver unidos numa terra grande ou numa cidade” (*ib.*, 641).

A ideia de que o isolamento degrada mantém-se ainda nos finais do Antigo Regime. Este tema é utilizado por um médico-legista marselhês quando considera desatinados os homens que habitassem nos vales de difícil

31 Cf., sobre a “missão”, Pesch, 1992, 66 n. 6; cf., ainda, PROSPERI, 1996.

acesso, justamente em virtude do isolamento em que viviam, destacando, ao mesmo tempo, a importância da urbanidade como factor de humanização (FODERE, 1797, p. 63 ss.).

É destas profundas considerações de carácter antropológico que surge uma mutação significativa no imaginário culto sobre os rústicos que, de acordo com estudos recentes (PROSPERI, 1996, p. 555 ss.), evoluiu decisivamente entre o fim da idade média e meados do século XVI.

Enquanto que, antes, os rústicos eram apenas gente ignorante e bruta, o efeito combinado do bucolismo renascentista e dos descobrimentos recupera, primeiramente, uma ideia de ingenuidade e pureza característica do meio camponês. Posteriormente, uma consciência proto-antropológica de alteridade cultural, que valorizava progressivamente os rústicos como portadores de uma outra cultura, ainda que indesejável e objecto de uma política de reeducação.

Baseado nos escritos de missionologia jesuítica dirigidos à Córsega, Adriano Prosperi explica muito bem os passos desta evolução. Características das atitudes tardo-medievais são ainda os ferozes requisitórios de Lutero contra os camponeses alemães³². Depois, algumas perspectivas edénicas dos humanistas sobre a bondade natural dos camponeses, a que se juntarão os primeiros relatos – também eles idílicos – dos primeiros descobridores, sobretudo na América³³.

Já num plano mais reflectido e com evidentes implicações antropológicas, o tratamento dado à questão pelos teólogos juristas da Escola Peninsular do Direito natural – antes de todos Francisco Vitória, mas também, como veremos mais detalhadamente, Luís de Molina – mostra os nativos como portadores de uma outra cultura, embora em seu espírito não esteja, de modo nenhum, uma atitude pietista e respeitadora perante ela. Por isso, eles não falam tanto de *educar* (*docere*), como se deve fazer com os meninos, mas de *re-educar* (*dedocere*), pressupondo tanto a extirpação dos erros como o ensino da boa doutrina. O passo seguinte será o da aproximação de

32 “Vivem como os animais domésticos ou os porcos privados de razão”, diz Lutero dos camponeses da Saxónia (ct. PROSPERI, 1996, p. 555).

33 Basta lembrar, entre nós, a descrição dos nativos brasileiros contida na carta de Pêro Vaz de Caminha. Outros testemunhos em Pgaden (1988); para o mundo português, Dias.

selvagens do exterior e selvagens do interior, definindo positivamente os índios como os “nossos rústicos de lá” e propondo para eles um tratamento político e humano semelhante ao que se dava aos camponeses europeus³⁴, como reconhecendo nos rústicos os “índios de cá”, e copiando, na Europa, a estratégia missionária que dava provas nas Índias Orientais e Ocidentais (PROSPERI, 1996, p. 557 ss.).

6 O rústico: ingenuidade e ignorância

Na literatura jurídica, o mundo dos rústicos também era dotado de uma especificidade tal que tornava impossível a aplicação estrita do direito comum.

Ainda aqui, a atitude do jurista erudito para com esse mundo é um misto de simpatia, mais retórica do que genuína, suscitada pelo estado virginal da inocência primitiva, de condescendência arrogante à sua ignorância e estupidez e, finalmente, de desprezo mal disfarçado pela insignificância (também económica) das questões jurídicas que, neste mundo, apareciam. O rústico era, por um lado, a criatura franca, ingénuo, incapaz de malícia, desprovida de capacidade de avaliação exacta das coisas em termos económicos e, por isso, susceptível de ser enganada. “A mente sincera e aberta dos camponeses aconselha a presunção de que não actuam com dolo [intenção]”, escreve Chapinus (*De privilegiis...*, cit., l. 1, p. 2, c. 4). A partir disso, deduzia-se que a intenção de enganar (*dolus*) não era presumível nos contratos dos rústicos, que seus contratos de censo não encobriam contratos usurários³⁵, que podiam rescindir a venda feita com lesão (i.e., abaixo de um preço razoável), que lhes bastava o juramento para fazer a prova de actos aos quais, de outro, fosse necessário documento escrito³⁶. E, por último, que sua responsabilidade penal não era plena, pelo menos para certos tipos de crime (MENOCHIO, 1571, c. 194; GOEBEL, 1723, p. 196 ss.).

34 É a estratégia de Francisco de Vitória, dirigida, antes de tudo, a afastar a doutrina aristotélica dos “servos por natureza” (v. infra) e a demonstrar que o género humano era indivisível. Cf. PROSPERI, 1996, p. 556.

35 O censo (consignativo ou reservativo) era uma das formas costumadas de iludir a proibição canónica da usura.

36 Por exemplo, a prova de pagamento, pois se entendia que o rústico não era tão avisado que se lembrasse de pedir recibo. No entanto, este regime de prova tinha também que ver com características centrais das culturas orais (v. supra, ___).

Por outro lado, porém, era o rústico incapaz de se exprimir correctamente e de compreender as subtilidades da vida, essencialmente da vida jurídica. Por fim, ele era o pobre cujas causas nunca atingiam uma importância que justificasse as formalidades solenes de um julgamento³⁷. Destas características negativas decorrem uma série de “defeitos dos rústicos”, enumerados por juristas e moralistas³⁸.

O que pouco transparece neste discurso erudito sobre o mundo dos rústicos é uma abertura ao reconhecimento do carácter alternativo e diferente do direito tradicional. Ou mesmo à existência de um *direito* rústico, isto é, uma ordem jurídica com características próprias, orgânica, equivalente, no fundo, à ordem jurídica erudita. Quando se referem a especificidade do estatuto jurídico dos rústicos, os juristas não a fundamentam no princípio de pluralidade que dominava a teoria medieval do direito – ou seja, no princípio da autonomia dos corpos sociais e do reconhecimento das respectivas atribuições estatutárias ou jurisdicionais –, mas numa atitude paternalista e condescendente, própria de quem está perante uma realidade jurídica inferior, precária, que prevalece apenas devido à paciência do direito oficial. A realidade jurídica do mundo rústico é, assim, banalizada e expropriada da sua dignidade de prática jurídica autónoma.

É por isso que o discurso erudito raramente assume um tom violento ou polémico em relação ao mundo do direito tradicional. Expressões que encontramos nas fontes a propósito dos contactos entre as magistraturas eruditas e o mundo dos iletrados não parecem, no contexto do estilo enfático e um tanto exagerado da época, suficientes para que se possa falar de uma polémica declarada e encarniçada entre os dois mundos jurídicos. Pelo contrário, se violência havia, esta se manifestava principalmente sob a forma clemente de paternalismo, condescendência e compaixão, ou até em banalidades apolo-géticas sobre a simplicidade e a pureza da vida dos campos. Paternalismo, condescendência e banalidades que, no entanto, eram inexoravelmente eficazes como meios de depreciação da prática jurídica dos rústicos.

37 Os iudicia rusticorum eram aproximados pela doutrina dos iudicia in rebus exiguis, ou seja, das questões sobre matérias insignificantes, em que muitas das formalidades eram dispensadas. V., sobre estes iudicia, Tiraquellus (1578, p. 449 ss.), onde se referem as suas especialidades; v. também MARANTA, 1650, p. 4, d. 9.

38 Para os primeiros: CASTILLO, cit., II, p. 33. Para os segundos, sobre os “pecados dos rústicos”, SUSAN, 1537, p. 276.

Apesar de todo seu conteúdo discriminatório, o estatuto dos rústicos é aparentemente um instrumento de proteção, cuja nota saliente é o reconhecimento do carácter justificativo da ignorância e da rusticidade. Isto se traduzia num regime mais flexível, validando actos que de outro modo seriam nulos, admitindo a restituição em casos em que geralmente não o seria, despenalizando factos que seriam puníveis noutras circunstâncias. Qual o tipo de violência contida neste estatuto protector – violência a que se contrapunha por parte dos rústicos, como veremos, uma resistência mais ou menos passiva – será um tema tratado adiante.

7 *In rustico est praesumptio ignorantia:* a questão dos “privilégios” dos rústicos

A generalidade dos privilégios dos rústicos funda-se, como já vimos, na presunção de sua ignorância e de seu desconhecimento das subtilezas do direito oficial (“*in rustico est praesumptio iuris ignorantia*”, Alexandre de Imola). Como vimos a propósito do tratamento da ignorância por São Tomás de Aquino, o que não se presumia era a ignorância do direito natural ou das gentes, pelo menos quanto aos seus dogmas “primários” – nos “secundários”, pelo contrário, a ignorância era presumida e juridicamente escusatória, pois “frequentemente, mesmo os mais sabedores se alucinam” (GOEBEL, 1723, p. 193/4). Na verdade, “seria cruel castigar pela transgressão das leis aqueles que as não entendem, demais não lhes tendo elas sido comunicadas ou feitas conhecer, antes tendo sido frequentemente sido obscurecidas pelas interpretações enganadoras dos eruditos” (GOEBEL, 1723, p. 195). Ignorância do direito material e, por maioria de razão, do direito processual.

Em face desta escusa dos rústicos quanto ao conhecimento do direito oficial, os poderes não deixaram de reagir. Se, na conquista espanhola da América, o primeiro acto dos magistrados régios era o de declarar solenemente aos indígenas a sua qualidade de vassallos do rei de Espanha, e as obrigações que disso decorriam³⁹, na própria Europa era recomendável que

³⁹ Tratava-se do célebre “requirimiento”, excogitado pelo jurista Palácios Rubios por volta de 1510 e utilizado na conquista do México e de outras zonas do continente americano. Cf texto (versão inglesa) em BRADEN, 1930, p. 127. V. BIERMANN, 1950, p. 94-114; e, por ultimo, SEED, 1999. Na verdade, o

os rústicos fossem constante objecto de declarações do direito real. Juan de Palafox – nos seus *Bocados espirituales, políticos, místicos y morales*, 1687, um “catecismo y axiomas doctrinales para labradores y gente sencilla” – inclui versos destinados a promover a aprendizagem do direito do rei⁴⁰.

No domínio do direito material, estas particularidades diziam respeito sobretudo ao direito penal. Não por acaso. De facto, o direito ou a administração judiciária do reino não se intrometiam no direito civil, deixando-o entregue à auto-regulamentação destas comunidades camponesas, como aconteceria com os indígenas das colónias mais tarde. Neste domínio das relações privadas, os juristas limitavam-se a dizer que o direito erudito não lhes podia ser aplicado, em tudo quanto se afastasse de uma comum razão natural (Cf. MENOCHIO, 1571, c. 194, n. 45 ss.). O que não raro acontecia. Assim, para além dos casos já antes referidos da não presunção de usura nos contratos censíticos e da extensão do regime da lesão no caso de venda por baixo preço, os contratos dos rústicos proibidos pelo direito civil gozavam de um especial regime de validação (ibid., n. 53). A renúncia que os rústicos fizessem de seus direitos não tinha validade (ibid., n. 76). Não se presumia qualquer obrigação de direito subjacente às entregas ou pagamentos periódicos por eles feitos (n. 68)⁴¹.

Em virtude das obrigações e trabalhos inerentes às suas ocupações agrícolas, os rústicos estavam ainda isentos da obrigação de serem tutores (nomeadamente de órfãos), assim como não incorriam em mora durante a época das colheitas, nem lhes podiam ser penhorados os seus instrumentos e alfaias⁴².

“requirimiento”, lido num latim ou castelhano incompreensível aos ameríndios, destinava-se mais a fornecer uma base à construção jurídica da ocupação, válida perante o direito comum europeu (consentimento indígena na ocupação e domínio), do que a difundir este direito entre as populações nativas.

40 Respeta mucho a los reyes / y obedece bien sus leyes.

La República es perdida / si anda sin esta medida.

En faltándole esta concordia / todo se abraza en discordia.

Si el rey fuese despreciado / el reyno ya está acabado.

Si el Rey no es obedecido / el Reyno ya está perdido.

Sin respeto al magistrado / el pueblo es desbaratado. (BOUZA, 1999, p. 35).

41 Embora a doutrina se dividisse quanto a isto; o ponto podia ser decisivo em muitos contratos agrários, prejudicando de forma irreparável os direitos dos senhores.

42 CASTILLO, p. 35, n. 61, onde se indicam ainda outros privilégios menos interessantes, tanto de direito comum como de direito do reino. Em Portugal, para os privilégios dos camponeses, v. Ord. fil., II, 33, §§ 15 e 22/33; tit. 58; tit. 59, § 4 e os comentários de Pegas (1737), a estes lugares.

O direito penal, porém, era um atributo da majestade (uma *regalia maiora*) do qual o rei não podia prescindir. Tampouco podia aplicá-lo cegamente a comunidades que se sabia bastante insensíveis em relação a muitos dos tipos penais do direito oficial: entre eles, segundo as fontes da época, a blasfêmia, a heresia, o perjúrio, a lesa-majestade, a destruição dos éditos ou banhos dos senhores etc. (GOEBEL, 1723, p. 192 s.). A lista é significativa. As comunidades camponesas mostravam-se pouco domésticas à religião e à imposição dos poderes do centro, adotando em relação a estes uma conhecida estratégia de defesa – a mentira, mesmo sob juramento.

No entanto, era no domínio do direito formulário e processual que a “ignorância” dos rústicos adquiria maior relevância. Com efeito, o estatuto dos rústicos traduzia sua incapacidade para compreender as formalidades do direito escrito, capacidade que devia à sobrevivência do direito tradicional, bem como à persistência de um formalismo atávico, mas diferente das comunidades camponesas. Em geral, pode dizer-se que todas as formalidades escritas eram estranhas à cultura jurídica tradicional. É por isso que o estatuto dos rústicos contém uma isenção quase geral da forma escrita, mesmo quando esta se apresentava, ao direito oficial, como decisiva – v.g., nos casos do *libellus*, instrumento que dava origem a acção judiciária, e da sentença. “O libelo (petição inicial) concebido de forma inepta por homens rústicos” não deve ser recusado, mas recebido “omitidas as subtilezas jurídicas” (CHOPINUS, p. 140; *Ord. fil.*, III, 66, 7.). A doutrina comum era ainda menos exigente, pois dispensava a própria petição inicial escrita (IMOLA, 1563?, liv. 2, cons. 61, n. 11.). Uma sentença sobre causas de rústicos também podia ser válida mesmo sem citação formal ou preterida a forma escrita (BOBADILLA, p. 246.). Na Espanha, em causas de valor inferior a 100 maravedis (= reais portugueses), o processo era sumário, sem alegações escritas dos advogados e apenas com o simples registro final da decisão (*Siete partidas*, III, 41,22.). O processo rústico – como também o processo sobre causas exíguas, que muito se aproximava dele – caracterizava-se, assim, por sua forma sumária e expedita⁴³. Castillo de Bobadilla descreve-o da seguinte forma: “En las causas entre rústicos, que suceden en sua aldeãs, no se debe atender mucho a la

43 *Ius reddendi est summarium et celerrime* (CHOPINUS, liv. 3, p. 2, c. 1). Sobre o processo sumário, para além da literatura citada por PEGAS, 1737, tom. 5, p. 14, n. 4; MARANTA, 1650, p. 4, d. 9.

observación y orden de los juycios, sino determinalas comunmente, con la comparência de las partes ante el juez, ó por lo que sus libellos y peticiones, si les dieren, se puede colegir” (BOBADILLA, liv. 5, c. 9, n.2.).

A formação do objecto do processo também se fazia ao longo da acção, sem nunca se fixar definitivamente – como no direito erudito, com a *litis contestatio* – e mantendo continuamente uma relação de abertura em relação ao objecto vivido do litígio. Por isto, o rústico estava autorizado a modificar o pedido mesmo depois da contestação da lide pela parte contrária. Por fim, no domínio da prova, o carácter hermético da *forma probandi* do direito letrado é levado em conta para desculpar o rústico da responsabilidade penal que decorreria das suas eventuais contradições (ou mentiras) durante a prestação do testemunho⁴⁴.

O desconhecimento do direito oficial justificava ainda a revogação de algumas das regras do direito formulário, principalmente das que diziam respeito à confecção do testamento e dos contratos. No entanto, a maior parte dos autores reduz a amplitude deste direito especial, não o admitindo contra disposições imperativas do direito letrado relativas à forma dos actos (MENOCHIO, 1571, c. 194, n. 56.).

Mais interessantes ainda são as regras formuladas pela doutrina como modelo de decisão nos *iudicia rusticorum*, sobretudo na medida em que se aproximam dos modelos de composição dos litígios descritos pela literatura antropológica anteriormente citada.

Na verdade, os letrados diziam que, nas causas do rústicos, se deveria preferir uma decisão baseada no sentido imanente da justiça (*ex aequo et bono*) a uma outra fundada na aplicação estrita do direito (*ex apicibus iuris*). Mas acrescentavam: em vez de decidir as questões com o sacrifício irreparável e definitivo de uma das partes, era preferível dividi-las ao meio, salomonicamente, sacrificando ao mesmo tempo ambas, mas atingindo uma solução consensual em que todos obtivessem algo, de modo a construir um equilíbrio estável ao futuro. Neste sentido, Baldo diz-nos que os rústicos se põem de acordo dividindo as questões ao meio (*rustici dividunt per medium quaestiones*)⁴⁵. Choppinus afirma que, nestas causas, a equidade do juiz deve constituir

44 MENOCHIO, 1571, c. 194, n.15. Lembremos que a mentira é uma das formas clássicas de resistência das comunidades subalternas.

45 BALDUS, In: (D. De negotiis gestis, l. Nessonis, n. 6), vol. I, p. 120.

uma compensação da rusticidade das partes (CHOPPINUS, liv. 1, p. 2, c. 1, 32.). E Tiraquellus defende que, nas questões módicas, o juiz pode impor simultaneamente sacrifícios às duas partes em nome da paz e da concórdia, em vista das quais foram introduzidas as formas de arbitragem (*ut possit in modico laedere in odium et execrationem litium, quia magis est commodum pacis et concordiae, quam laesio eiusmodi; itaque pacis et concordiae gratia introducta sunt arbitramenta*) (TIRAQUELLUS, 1578, p. 456, n. 58.).

Para a salvaguarda de outras particularidades de estudo jurídico tradicional, bastava o princípio, geralmente aceite pela doutrina do direito comum erudito, segundo o qual os costumes particulares dos rústicos revogavam o direito comum⁴⁶⁻⁴⁷.

No entanto, nem tudo era favorável aos rústicos, mesmo no plano deste direito especial. Se havia circunstâncias nas quais os *privilegia rusticorum* não tinham eficácia (Cf. MENOCHIO, 1571, c. 194, n. 2/32.), por outro lado, seu estatuto compreendia também aspectos negativos, como, por exemplo, o de nunca poderem pertencer à nobreza, ainda que fossem ricos e de bem; a ofensa que lhes fosse feita nunca era considerada como injúria; seus privilégios não podiam ser opostos aos dos senhorios directos, nos casos de enfiteuse, o mais importante dos contratos agrários⁴⁸.

8 O costume. Entre *iura propria* e *ius commune*

No caso concreto de Portugal, encontram-se sintomas da alteridade do direito das comunidades tradicionais mesmo na época moderna, ainda que o estado actual da investigação continue a não permitir um quadro exacto dos padrões de julgamento então vigentes.

A partir do século XV, o sistema das fontes do direito estava fixado imperativamente por lei (*Ord. At.*, II, 9; *Ord. Man.*, II, 5; *Ord. Fil.*, III, 64). A primazia cabia ao direito nacional, quer legislativo, quer consuetudinário. Na

46 Neste sentido, Baldo (Commentaria in Codicem, De pactis, 1, Si certis annis (C., 2,3,28), n. 18: Praeterea est rusticorum consuetudinem servanda; CHOPPINUS (liv. 3, p. 3, c. 1, p. 158) defendia que a opinião dos rústicos se impunha ao direito do reino apenas quando este expressamente o permitisse.

47 Sobre os iudicia rusticorum, embora de outro ponto de vista, MEIJERS, 1916, p. 187-226 (=1966, p. 3-26).

48 V. o já citado Menochio e, ainda, CHOPPINUS, I, 1, p. 2, c. 5.

falta dele, devia recorrer-se ao direito comum, primeiramente aos textos dos direitos romano e canónico, e depois às opiniões de Acúrsio e de Bártolo, ou à *opinio communis doctorum*⁴⁹. Esta hierarquização das fontes estava, na prática, evidentemente sujeita a distorções. A mais conhecida é a tendência dos juristas eruditos em aplicar o direito comum como direito principal – mesmo quando havia normas aplicáveis do direito nacional. A esta inclinação dos juristas eruditos dos tribunais centrais pelo direito comum, correspondia uma preferência dos juízes dos tribunais locais pela aplicação mais intensa do direito local.

Porém, é preciso esclarecer que essa preferência pelo direito local tinha uma aceitável base doutrinal e legal.

No plano doutrinal, apoiava-se no “particularismo” da teoria medieval das fontes do direito, segundo a qual o direito particular (*ius proprium*) se impunha ao direito comum (*ius commune*)⁵⁰. E, de facto, nos domínios do direito privado e processual, como a maior parte das normas do direito erudito eram do *ius commune*, impunham-se os costumes nacionais (e até locais).

No plano legal, o texto das *Ordenações* atribuía nítida supremacia ao direito local sobre o direito comum. Com efeito, o direito local – escrito ou costumeiro – prevalecia, enquanto direito nacional, sobre o direito comum.

Menos claras eram as relações entre o direito local e o direito da coroa. Primeiramente, observemos o direito local escrito (estatutos e posturas). De acordo com as *Ordenações*, o único sinal de supremacia do direito régio sobre o direito local era a disposição segundo a qual a elaboração das *posturas* devia respeitar a *forma* da lei., Quanto ao conteúdo, no entanto, exigia-se apenas que elas fossem compatíveis com o interesse dos povos e o bem comum. Condições essas que eram verificadas no momento da confirmação régia dos estatutos, obrigatória (pelo menos tacitamente) por lei (*Ord. Fil.*, I, 66, 28). Por outro lado, os povos tinham obtido, ainda nas cortes do século XV, a garantia de que as posturas seriam respeitadas pelos corregedores e demais poderosos.

Maiores discrepâncias surgiam, porém, quanto à posição da doutrina sobre as relações e a hierarquia entre o costume (nomeadamente o costume local) e a lei. Se, por um lado, era aceite que o costume local se impunha ao

49 Sobre o sistema das fontes de direito em Portugal nesta época, cf. SILVA (1981, p. 337 ss.) e CRUZ (1975).

50 Cf. sobre este ponto, HESPANHA, 1986, 92 ss..

direito comum⁵¹, em contrapartida, a opinião dominante considerava que o costume não podia prevalecer contra a lei nacional (*consuetudo habet vim legis, ubi lex non disponat*)⁵².

Ou seja, no que tange às normas do direito escrito do reino, a doutrina oscilava. Na prática, não é raro vê-la recusar as normas legais como obsoletas, considerando-as revogadas pelos costumes⁵³. Embora, na teoria, isto não estivesse de acordo com as normas deontológicas dos oficiais tais como formuladas pela doutrina. Manuel Álvares Pegas critica esta tolerância dos tribunais à derrogação da lei, observando que os oficiais régios tinham jurado obedecê-la, e que esta liberdade conduzia a uma grande incerteza do direito (PEGAS, 1737, t. I, c. 1, n. 18 ss.).

De qualquer modo, ainda que não se aceitasse o princípio da revogação da lei pelo costume, era certo que o mesmo resultado prático podia ser obtido dêem sua interpretação, que devia estar de acordo com o uso “consuetudo est optima legis et statuta interpretes” – o costume é o melhor intérprete da lei e dos estatutos (M. Phaebus, *Decisiones ...*, d. 10, n. 4).

O mesmo pode ser dito quanto aos requisitos de validade do costume. Não é possível afirmar que a doutrina letrada desse força ao costume aber-

51 *Consuetudo in loco dicitur ius commune* (o costume do lugar é considerado como direito comum) (CABEDO, 1734, pars I, d. 211, n. 5); SILVA, 1732, (ad Ord., III, 64 pr.), n. 35 e literatura aí citada; no entanto, como já vimos, o costume não se impõe ao direito natural, pois, neste caso, o seu conteúdo não seria racional (v. supra, o que se disse sobre a desculpabilidade e relevo da ignorância) (cf. AMARAL, 1740, v. “Consuetudo”, n. 3).

52 *Consuetudo est servanda quando non datur lex in eo casu aliquid disponens* (o costume é de observar quando não exista lei que disponha sobre aquele caso) (PEREIRA, 1664, n. 322); o costume não valeria contra as disposições legais sobre as formalidades do testamento (CABEDO, 1734, p. I, n. 3 (cf. Ord. fil., 4, 76)); o costume vale contra o direito comum, mas somente no caso em que não haja direito real (SILVA, 1973, ad Ord. fil., III, 64, pr., n. 35); PEGAS, 1737, tom. 5 (ad Ord. fil., I, 65, 13), gl. 15, n. 2. Há, no entanto, afirmações em sentido contrário: VALLASCO, 1731, all. 56, n. 3 (*consuetudo param vim habet vim lege ... & facit licitum quod alias est illicitum*); CABEDO, 1734, p. 1, d. 110, n. 2 (*consuetudo vim legis obtinet*); SILVA, 1973, n. 36 (*lex et consuetudo aequalis efficiunt*); PHAEBUS, d. 110, n. 14; e, sobretudo, Luís Correia, citado por SILVA, 1973, 33 ss., que toma sobre este ponto uma posição muito nítida: *videtur tamen quod prius erat recurrendum ad consuetudinem quam ad ius scriptum, cum consuetudo iuri derogat ... succedente consuetudine, quae legi derogat* (n. 9 e 10, transcrita por N. E. Gomes da Silva).

53 V. g., a lei (Ord. fil., 197) que proíbe a acumulação dos ofícios; ou a que fixa os emolumentos e outras rendas dos oficiais de justiça (cf. PHAEBUS, d. 110, n. 3). A doutrina considera ainda o costume local como decisivo no regime das formalidades dos contratos, dos testamentos, dos inventários, da ordem e sucessão dos morgados, das causas de revogação da enfiteuse, etc.

tamente, pois impunha-lhe apertados requisitos de validade. Na verdade, ela era muito exigente, quer em relação a questões de fundo (duração do costume, *opinio iuris, scientia et patientia regis*, conformidade com o bem comum), quer em relação à prova (testemunho *de visu*, duas testemunhas para cada acto, testemunho de um certo número de actos) (Cf. VALASCO, 1730, c. 162, n. 9 ss.). Contudo, é provável que, nos tribunais locais, a maior parte desses requisitos fosse dispensada perante um conhecimento de ofício do costume local pelo tribunal (*ius novit curia*)⁵⁴.

Isto se explica tanto pela força das próprias situações sociológicas estabelecidas (conquanto ilegais), como pela presença, no *corpus* doutrinal do direito comum (sobretudo no direito canónico), de opiniões favoráveis à supremacia do costume sobre o direito escrito. Opiniões essas utilizadas como tópicos para justificar soluções em que a força dos factos impunha a derrogação da lei pelo costume.

Na prática, o balanço era claramente favorável ao costume.

9 Os juízes locais: às margens da erudição

De que modo estes princípios se relacionavam com as atribuições e obrigações dos oficiais de justiça? De que maneira esta prevalência dos usos conflitava com a deontologia dos oficiais, a qual os obrigava a aplicar o direito do rei, a tal questão levantada por Manuel Álvares Pegas?

No desempenho de suas funções, os corregedores, como inspectores das justiças locais – o que incluía o dever de instruir os juízes na arte de julgar –, deviam promover a aplicação do direito erudito e da coroa nos tribunais locais. No entanto, essa lenta progressão do direito letrado enfrentava um obstáculo difícil de ultrapassar: a insuficiente cultura jurídica ou literária (por vezes, o analfabetismo) dos juízes.

Na teoria, as *Ordenações* obrigavam todos os juízes (incluindo os juízes ordinários, eleitos e não letrados) a observar as “ordenações e leis do reino e as posturas e ordenações do concelho” (*Ord. Al.*, I, 26, 20; *Ord. Fil.*, I, 5, 6). No final do século XV, decide-se, em cortes (cortes de 1498, cap. 33), que os

54 Sobre o tema, com mais detalhe, HESPANHA, 1994, p. 355 ss..

juízes que julgassem contra as Ordenações, as leis de cortes ou os privilégios pagassem uma multa de três vezes as custas do processo (“tresdobro”).

O direito comum e a teologia moral exigiam dos juízes o conhecimento da lei, da opinião comum, do costume e do estilo dos tribunais reais (LAN-DIM, 1677, tr. I, c. 13, ns. 46-48.). Caso o juiz não respeitasse estas normas, poderia ser pronunciado por *imperitia* e até por ato criminoso, pois, de acordo com o direito comum, o julgamento contra a lei era crime (“litem suam face-re”), importando a pena de infâmia e a obrigação de indenizar as partes.

Mas é certo que nem a doutrina, nem a lei (nomeadamente, as *Ordenações*) exigiam que os juízes tivessem conhecimento do direito, ou mesmo a capacidade de ler e escrever⁵⁵. Os vizinhos dos concelhos, eleitores das justiças, deviam escolher pessoas dignas e aptas. Mas o analfabetismo não era considerado um impedimento. As próprias *Ordenações* previam, de resto, esta hipótese (*Ord. fil.*, I, 79, 29), autorizando os juízes a nomearem assessores letrados⁵⁶⁻⁵⁷. Durante os séculos XVI e XVII, grande parte dos juízes devia ser iletrada. Comentando as *Ordenações*, um jurista da época fala da *rusticitas* e da *ignorantia* dos juízes ordinários e do seu analfabetismo (PEGAS, 1670-1729, 5 (ad I 65) gl. I, n.28; gl. 4 n. 5; gl.5, n.4. V. também t. XII, 230 ss.). Em 13 de Dezembro de 1642, uma lei proíbe o acesso de analfabetos às magistraturas ordinárias, mas ulteriores testemunhos (cf. alv. 28.1.1785) fazem duvidar da eficácia de tal medida, que, aliás, continuava a não exigir conhecimento especializado de direito⁵⁸.

Porém, mesmo que soubessem escrever, os juízes ordinários eram, em sua esmagadora maioria, pessoas não iniciadas no direito erudito, já que sua baixa renda não lhes permitia nomear assessores⁵⁹. Esta ignorância fornece, de resto, ocasião para elogios de circunstância da literatura erudita, que – recor-

55 Apesar das constantes queixas feitas em cortes a partir do século XV, contra o analfabetismo juízes (Cortes de 1434, c. 56; 1481, c. 172; exigindo estudos universitários de direito aos corregedores, Cortes de 1427, c. 1; Cortes de 1490, c. 27). Para Espanha, v. CASTILLO, p. 73) onde o autor se refere à legislação sobre os estudos dos corregedores.

56 Sobre os assessores, v., adiante.

57 Já os notários deviam ser aprovados num exame de aptidão que documentasse que sabiam ler e escrever bem.

58 V., para algum exemplo concreto do domínio das magistraturas das pequenas terras por juízes iletrados, HESPANHA, 1994, 452.

59 Os juízes ordinários não tinham salário. A “honra” dos seus cargos era avaliada, apenas para fins fiscais, em quantias ínfimas (cf. HESPANHA, p. 170 ss.) com indicações de valores, para o sec. XVII).

rendo a antigos tópicos da cultura cristã, combinados com a hostilidade da literatura do Renascimento sobre os juristas – desenha uma imagem idílica destes juízes iletrados⁶⁰.

E, de facto, há disposições legais e doutrinárias isentando os juízes ordinários de responsabilidade por julgamentos errados, salvo em caso de dolo (*Ord. man*, I, 44, 71; *Ord. fil.*, I, 65, 9) (Cf. PEGAS, 1737, t. 5, ad I, 65, 9, gl. 11; CABEDO, 1723, p. I, d. 39, n. 145; LANDIM, 1677, tr. I, c. 12 ss.).

Daí que, seja em razão da incapacidade dos juízes para compreender e aplicar o direito erudito, seja em virtude da teoria dominante das fontes do direito, os padrões de julgamento dos tribunais locais diferiam muito dos que vigoravam nos tribunais da corte ou das grandes cidades, onde tinham assento os juízes letrados e onde o direito comum e o direito da coroa tinham, desde o século XIV, acentuada supremacia.

Na prática, o mais corrente deve ter sido o recurso ao direito local ou ao sentido inato de justiça – isto é, aos julgamentos *ex aequo et bono*, o apelo directo aos sentimentos sociais de equidade –, até em função de a referida norma responsabilizando os juízes por julgamento contra direito não se aplicar aos julgadores não letrados (*idiotae*) das aldeias ou das vilas que não fossem “lugares principais” (LANDIM, 1677, tr. I, c. 46-47.).

Logo, nos foros medievais se encontra esta referência à equidade (“Hos alcaides iugen o que iaz na carta e aquello que non az na carta iugen deryto a seu saber”). Mais tarde, o teatro de Gil Vicente revelaria esse saber prático dos juízes populares, contrastando-o com o saber erudito, mas mal-são, dos juízes letrados (como na “Cena do corregedor”, do *Auto da Barca do Inferno*).

Mesmo que por vezes pitorescos de acordo com os critérios de hoje, os ditos e feitos dos juízes das pequenas terras são ainda recordados em

60 Considerandum est Moysis Socerum inter alias virtutes quibus iudicis instructos esse vult, non numerasse nimium interpretationes iuris acumen neque enim dicit, sint iudices subtiles, sicuti, veteratores, et callidi; neque enim tunc tantas honor malitiae habeatur, ut iis jurisconsultissimi existimarentur, qui nimio acumine subnixi varie leges interpretarentur, & simpliciter iuris eluderent; nihil magis sapientia repugnat, quam nimia subtilitas. [Deve ter-se em conta que entre outras virtudes nas quais Moysis Socerum quis que os juízes fossem instruídos, não enumerou a excelência da interpretação do direito, nem disse que os juízes deveriam ser subtis ou matreiros ou astuciosos, de modo a que fossem considerados como óptimos jurisconsultos aqueles que com apoiados numa altíssima sofisticação interpretam as leis de forma variável ou simplesmente iludem o direito; nada aborrece mais a sabedoria do que a excessiva subtiliza] (OSÓRIO, lib. 7, p. 1, e. 5).

nosso tempo. Um exemplo é o do “juiz de Barrelas”, o “das botas amarelas”, celebrizado por Aquilino Ribeiro (em sua *Geografia sentimental*) com base em tradição anterior. Tratava-se de um juiz pedâneo de uma aldeia do Alto Paiva, que se tornou famoso por suas sentenças de equidade e, ao mesmo tempo, pela consciência da sua dignidade de juiz local⁶¹.

10 O perfil do juiz: entre a *prudencia* e a *peritia*

É isto que explica a hierarquização das qualidades dos juizes, tal como resulta da literatura sobre sua deontologia.

Entre as principais qualidades exigidas ao juiz, contavam-se a bondade, a justa consciência, a prudência e a diligência, ao passo que a eloquência e a perícia técnica surgiam apenas como secundárias e moderadamente requeridas (*scientia conveniens et non eminens*). Fundadas, decerto, neste dito do *Glosa ordinária*, as *Siete Partidas* admitem também que um juiz não saiba ler, nem escrever, desde que recorra a um “assessor”⁶².

Indispensável ao juiz era a capacidade de encontrar a solução adequada na falta de norma expressa, bem como um conhecimento, normal aos habitantes, do costume local. Quanto aos direitos comum e régio, seu conhecimento não seria fundamental de acordo com o que já se conhece, no plano da teoria dominante das fontes, sobre as relações entre o direito erudito ou régio e os direitos locais.

61 A sentença que ficou na tradição ilustra bem algumas das características do direito tradicional e das relações por este mantidas com o direito oficial. Tinha sido cometido um homicídio. O juiz, ocasionalmente, tinha presenciado o crime, não tendo podido intervir. Com base em provas falsas esmagadoras, fora acusada certa pessoa que, todavia, não era o verdadeiro criminoso. O juiz, impedido pelas regras do direito oficial - nomeadamente, pelo formalismo do processo escrito - de usar o seu conhecimento privado e, portanto, obrigado a proferir uma condenação, dita a seguinte sentença: “Vi e não vi; sei e não sei; corra a água ao cimo; deite-se fogo à queimada; dê-se laço em nó que não corra ... Por tudo isto em face da plena prova do processo constante, condeno o réu na pena de morte, mas dou-lhe cem anos de espera para se arrepender dos seus pecados. Cumpra-se” (GAMA, 1940, p. 101). A contradição entre o “caso vivido” e o “caso estilizado”, entre a verdade material e a verdade formal, são expressos pelos paradoxos iniciais. A “manha” da sentença, pelo seu lado, exprime a vigência subordinada, mas efectiva, do direito tradicional (condizente com os sentimentos jurídicos da comunidade, encarnados no juiz), sob a égide formal do direito oficial.

62 Também nos estatutos municipais portugueses medievais se previa o recurso a assessores, desta vez conhecedores do direito local (HERCULANO, 1980, p. 300 ss.).

Como já se viu, os forais portugueses medievais contentam-se com que julguem “direito a seu saber” (*Portugalliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, II, 10.). O *Ordenamiento de Alcalá* (3, 1, 41) requer-lhes apenas “sabiduria para judgar los pleytos derechoamente por su saber, è por su seso”. E, já no século XVII, Castillo de Bobadilla (BOBADILLA, II, 10, 18.) descreve do seguinte modo a sua prática de julgar:

Los jueces inferiores, muchos con poca christandad, y los más por ignorancia (porque aún no saben gramatica), dexan de juzgar por las leyes, y juzgan, las más veces por su parecer y alvedrio; y otras veces, so color y pretexto de estilo y costumbre, como advierte Simancas; y quando estos tales juzgan, parece más el tiempo y era de Lain Calvo y de Nuño Rasura, quando se juzgaba a bien visto por uso de Villa y Fuero (aunque con más verdad, razón y sana intención que al presente).

Neste texto, a descrição combina-se com a intenção. Se esta já é de menosprezo pelas justiças rústicas, a descrição bem coincide com a das fontes anteriores.

Além destes conhecimentos comuns sobre a justiça e o direito local, a *peritia* – ao contrário da *prudentia* ou da *conscientia* – era uma qualidade pessoal e podia, portanto, ser suprida com o recurso de um assessor letrado. Com efeito, a figura do assessor (especialista de direito a quem o juiz podia recorrer) é conhecida do direito comum e corresponde a uma prática muito antiga⁶³.

A literatura quinhentista e seiscentista não dá uma imagem muito favorável dos juízes ordinários. Pode dizer-se que, de modo geral, ela não nos dá uma visão muito favorável de qualquer das profissões jurídicas: censura os letrados pelo pedantismo e o sacrifício da justiça material à observância de praxes e fórmulas, os escrivães pelo desrespeito à vontade das partes (o “ouvir uma coisa e escrever outra”) e a corrupção, os juízes pela ignorância e corrupção⁶⁴. A mais célebre figuração literária de um juiz ordinário é a do “Juiz da Beira”, de Gil Vicente (1465-1537): lavrador iletrado e algo bronco,

63 Sobre os assessores letrados: CASTILLO, I, p. 33, n. I ss. [1. 1, c. 6, per totum; PEGAS, 1737, t. 5 [ad O., I, 65] gl. 1, n. 4; VALASCO, 1731 p. 292, n. 44; LANDIM, [1---?], I. [1---?], c. 12, n. 18; c. 13, n. lo; c. 24, n. 2-3; c. 25, n. 33 ss.; VALASCO, 1740, qu. 26, 1-5; AMARAL, 1740, v. “Assessor”.

64 Fontes literárias: RESENDE, 1973, I, p. 215/216, 220, 230; VICENTE, 1571; VASCONCELOS, 1561.

mas abastado, eleito juiz pela influência da mulher, Pero Marques julga segundo uma justiça de “cadi”, fazendo pouco caso das *Ordenações*.

Na legislação do século XVII – que cria os cargos de juizes de fora –, uma imagem semelhante nos é transmitida pelas referências feitas aos juizes: dominados pelos poderosos locais e protegendo sistematicamente seus interesses, julgando segundo a paixão e o ódio, preterindo a justiça (entenda-se o direito régio), analfabetos e iletrados, totalmente dominados pelos escrivães e advogados⁶⁵.

Mas tudo isto deve ser entendido na perspectiva de uma estratégia de desvalorização do mundo rústico pela cultura jurídica letrada e oficial.

11 As fontes do direito no mundo dos rústicos

Disto resulta um quadro bastante específico de fontes do direito, quando se trata do mundo local ou “rústico”:

- a) costumes locais, reduzidos ou não a escrito, cuja existência e eficácia é atestada, ainda no século XVII, pelas próprias Ordenações – que encarregam os vereadores da sua publicação, correcção e redução a escrito (*Ord. At.*, I, 27, 7/8; *Ord. Man.*, I, 46, 7/8; *Ord. Fil.*, I, 66, 28);
- b) “posturas”, tomadas em resultado de deliberação do concelho, normalmente sobre matérias de polícia; no entanto, o sentido da palavra é mais geral e, quer a lei, quer a doutrina, impõe apenas uma restrição ao objecto das posturas – que elas não podem ser “gerais”, ou seja, que têm de dizer respeito “ao prol e bom regimento da terra” (*Ord. Fil.*, I, 66, 28);
- c) privilégios locais, concedidos pelo rei ou pelos senhores; direitos adquiridos pelo uso; praxes dos tribunais locais⁶⁶;

65 Cf. Alvs. 19. 11. 1631; 13. 12. 1643; 1. 2.1655; 22. II. 1775; 23. 5. 1776; 26. 8. 1776; 7.2. 1782; 21.4. 1795; 7.5.1801.

66 A doutrina tentava contrariar a influência desse direito local. Meios dogmáticos utilizados: a) a decisão de um juiz inferior não podia constituir ou fundar um *stylus*; b) certos títulos e direitos não podem ser adquiridos pelo costume; c) as posturas locais só têm validade depois da confirmação régia (expressa ou tácita) e podem ser revogadas pelo rei (SILVA, 1981, t. 2, ad III, 64, n. 27; PEGAS, 1737, ad I, 66, 28, gl. 30, p., c. 7, p. 260).

- d) costumes locais e normas casuísticas ditadas pelo sentido comunitário de justiça.

Este direito aplicado pelos juizes populares era, decerto, conservador ou mesmo arcaizante. Os séculos XIV e XV tinham trazido grandes transformações à vida local. Nas zonas mais abertas ao exterior, era a influência do surto mercantil e colonialista. Nas zonas agrárias, a recomposição das matrizes sociais provocadas pela introdução de novas formas de detenção e cedência da terra, como a enfiteuse perpetuamente renovável e os morgadios. Muitos costumes e posturas deviam aparecer, nos séculos XVI e XVII, como desadaptados. Em muitos casos, seriam corrigidos, nos termos das *Ordenações*. Noutros, encontrar-se-iam formas espontâneas de os reinterpretar.

12 O mundo da magistratura popular

O mundo das justiças tradicionais – reflectido no plano do direito erudito por esse reconhecimento do estatuto especial dos rústicos – não era uma realidade totalmente desprovida de tradução institucional. Tinha, ainda na época moderna, uma dimensão organizativa e administrativa própria, embora cada vez mais limitada pelas instituições da justiça oficial.

Essa realidade institucional é constituída por aquilo que poderia denominar-se magistraturas populares, e decorre de uma ideia fortemente enraizada na tradição política medieval – a autonomia jurisdicional dos corpos sociais “primários”. A ideia de que o juiz é forçosamente um delegado do poder político central não tem mais de dois séculos, constituindo um reflexo do pensamento político que, pela primeira vez, separa radicalmente a sociedade civil do Estado, reservando a este o monopólio do poder político, sobretudo do poder de criar o direito (por via legislativa ou judicial).

Em contrapartida, o pensamento jurídico que domina o longo período que a historiografia actual designa por “Estado” de “ordens” concebia o poder político e o direito como directamente decorrentes de um poder auto-organizador dos corpos sociais espontâneos – a família, as corporações e as cidades. Baldo de Ubaldis exprimiu esta ideia na célebre fórmula em que afirma que o poder dos corpos para se organizarem e se governarem é tão natural quanto a capacidade do espírito e da alma para governar os corpos

dos animais⁶⁷. A este poder de auto-regulamentação e de auto-governo dos corpos corresponde o conceito teórico de *iurisdictio*, que a Glosa definiu como o poder, de natureza pública, para ditar o direito ou estabelecer soluções de equidade⁶⁸. Poder esse que, nos termos da referida fórmula de Baldo, era natural em todos os corpos sociais.

Neste contexto, o juiz surge como encarregado de realizar, na prática, esse poder de auto-governo: “*Iurisdictio est ius, officium (iudicis) est exercitium ipsius iuris*” (Petrus de Bellapertica). O juiz é, por essência, um oficial da comunidade com a função (*officium*) de resolver os conflitos de acordo com as normas que ela própria estabeleceu a si. E não o delegado de um poder heterónomo e superior, como o do rei. Em Portugal, dir-se-á no século XVII: “Parece, em face desta lei (*Ord. fil.*, II, 45, 13) que, na Lusitânia, não pertencem ao príncipe todo o poder civil e a jurisdição temporal, já que as cidades, concelhos e povos têm o poder de constituir para si juizes ordinários, que façam justiça aos litigantes”⁶⁹.

A doutrina do direito comum sobre estas questões não era evidentemente nem homogênea, nem estática. Progressivamente, uma ideia contrária sobre a origem do poder de julgar veio insinuar-se neste contexto – a de que o poder de julgar era um atributo essencial do soberano (*regalia maior*), e a jurisdição do juiz (assim como as dos demais oficiais) era apenas uma jurisdição delegada. De qualquer modo, este reconhecimento da autonomia jurisdicional dos corpos inferiores não desaparecerá antes do fim do Antigo Regime, explicando, em grande parte, o sistema das antigas instituições judiciais (HESPANHA, 1994).

Essa situação não era um devaneio intelectual dos juristas académicos, correspondendo antes a uma autonomia realmente vivida pelos corpos inferiores, principalmente as cidades. Esta concepção do direito e do ofício dos juizes pôde, assim, desenvolver-se numa completa teoria sobre as qualidades e funções do juiz⁷⁰.

67 Sobre o ponto, com desenvolvimento, HESPANHA; XAVIER. In: MATTOSO, 1993.

68 Potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi, et aequitatis statuendae (gl. “potest”, D. De iurisd. omnium iudicum, I. ius dicentis, D. 2,1,1)

69 PEGAS, 1737, tom. 5, ad II, 45,13, pr., gl. 3, n. 23. Embora acrescente que isto ocorre “por graça do príncipe”.

70 Cf. BARBOSA, 1613; VALASCO, 1652.

O direito local ou particular – ou, na linguagem da doutrina erudita, os costumes dos rústicos – era, como já vimos, o direito tradicional dessas comunidades, estabelecido nas suas assembléias (*concilia, juncta, capitula*) ou, mais provavelmente, imposto pelas autoridades tradicionais (*domini terroe, Landesherrren, optimates, nobiles et meliores*). Difundido como tradição na comunidade local, publicado por bando ou pregão, ele materializava a tradição comunitária acerca do justo e do injusto, sendo, em princípio, um direito intensamente vivido e conhecido por todos. Daí que – como vimos – sua aplicação não exigisse estudos académicos, mas antes bom senso e um certo conhecimento do direito praticado.

13 Juízes, rábulas e outras figuras na justiça tradicional

Em Portugal, as magistraturas populares eram muito antigas, constituindo um dos privilégios mais cobiçados pelas comunidades locais. Na verdade, ter o seu próprio magistrado não era apenas uma comodidade (ter a justiça *em casa*), mas também uma garantia (ter a justiça *da casa*). Eleitos pelos principais vizinhos do lugar (*meliores terrae*), os juízes deviam ser as pessoas mais sensatas e respeitadas da região. Com a progressiva concessão de cartas comunais (forais) a todo o território, a administração da justiça tornou-se um monopólio das magistraturas populares, descontando as poucas terras em que os juízes eram designados pelos senhores⁷¹. Esta situação manteve-se até finais do século XVIII, apesar da criação, na última metade do século XIV, de magistrados da coroa de primeira instância (juizes de fora) e de oficiais encarregados da inspecção das justiças locais (corregedores) (Cf. HESPANHA, 1994, *maxime*, p. 161 ss., 195 ss.).

Os juizes de fora, fortemente contestados pelas populações locais, dificilmente progrediram em número até ao século XVII. Até meados do século anterior, não havia mais do que umas quatro dúzias para um total de cerca de oitocentos concelhos. Ainda no século XVII, a situação não se alterara

71 Sobre os juizes e o processo em Portugal na Idade Média, cf. HESPANHA, 1994, p. 161 ss., 455 ss., 592 ss.; para a Europa central, cf. WIEACKER, 1967, p. 103).

muito – apenas 10 % do total de juízes das terras eram juízes de fora⁷². Foi só com o esforço de racionalização da vida administrativa e judicial do Estado absolutista que se produziu uma modificação neste estado de coisas. No fim do Antigo Regime, 35 % dos juízes já eram letrados (Cf. *Almanach para o sono de MDCCXCIII*, Lisboa, p. 330 s.).

Nas aldeias mais isoladas, havia juízes de vintena (também chamados de juízes pedâneos ou “das aldeias”), eleitos pelos habitantes com uma jurisdição modesta – julgamento de contravenções aos forais, jurisdição civil de valor exíguo –, mas que, na verdade, correspondia ao universo dos conflitos mais frequentes nessas também exíguas comunidades (*Ord. man.* 1, 44, 64; *Ord. fil.*, I, 65, 73.). A estes, ainda se poderiam juntar os juízes não letrados das terras senhoriais (v.g., os “juízes das honras”, de que falam as *Ordenações* (*Ord. fil.*, II, 48, 2-3.)).

Deste mundo da justiça tradicional, também faziam parte os advogados ou procuradores não letrados, pessoas especializadas nas formalidades do direito e do processo tradicionais que, nessa qualidade, assistiam às partes em tribunal. O seu papel não era, em todo o caso, idêntico ao dos advogados letrados nos processos de direito erudito. A própria designação que lhes era dada (“vozeiros”, “râbulas”) permite-nos ainda hoje imaginar o estilo de suas intervenções em tribunal, mais dirigidas para captar a simpatia dos juízes por meios retóricos e oratórios do que para esclarecer, distanciada e analiticamente, as questões técnicas de direito. Por outro lado, sua presença em tribunal não impedia a participação pessoal do interessado. Mais do que uma mediação entre as partes, estes procuradores garantiam antes uma cooperação que não as expropriava da sua qualidade de elementos activos no litígio processual.

Contra estes procuradores, que se arrogavam funções de orientação técnica e processual, insurgia-se a doutrina erudita. Se o juiz iletrado era tratado com benevolência (embora ativa e condescendente), a presunção desses “técnicos populares”, que se davam ares de entendidos em direito e se mediam com os advogados letrados, era, pelo contrário, duramente atacada. Na doutrina portuguesa, há quem proponha evitar esses “advogados

⁷² Sobre o número dos juízes de fora e sua relação com o número de concelhos na mesma época, ver HESPANHA, 1994, p. 196 ss.

trapaceiros, geralmente chamados “procuradores do número”, e eliminá-los da república como parte extremamente nociva” (CARVALHO, 1631, p. 292 (da ed. de 1746).). Um outro autor observa que esses procuradores exerciam o seu ofício sem qualquer diploma, ou mesmo exame de um colégio profissional, como era exigido em Espanha⁷³.

O romantismo da historiografia do século XIX, juntamente com as preocupações actualistas de justificação histórica da política descentralizadora, considerou estas magistraturas populares como um testemunho do carácter democrático e igualitário das comunidades locais medievais. No entanto, uma descrição histórica sem mitos não pode confirmar esta visão. Na verdade, os magistrados populares eram recrutados apenas entre os estratos superiores da sociedade local. Não contando com as inabilitações eleitorais que atingiam os judeus, mouros ou cristãos-novos, além dos trabalhadores braçais (*mechanici, mercenarii*)⁷⁴, o sistema eleitoral garantia aos *meliores terroe* o monopólio dos cargos judiciais e administrativos electivos⁷⁵. Esta prática era legitimada, do ponto de vista ideológico, pelo princípio “*meliores et nobiliores sunt eligeridi ad officia publica*”, entendido pela doutrina num sentido “social” e não “profissional”.

Através destas magistraturas, canalizava-se, afinal, o poder político e social da estreita camada dos potentados locais, nobres ou não, que eram, na história peninsular do século XIX, chamados de caciques e que dominavam os vários registos da vida local: a economia, através da sua situação de maiores proprietários, muitas vezes ainda melhorada pela apropriação dos bens comunais; a política, através do monopólio dos cargos concelhios e da protecção longínqua, mas eficaz, de um nobre na corte; a vida cultural e espiritual, pela sua estreita ligação com o clero local, o qual muitas vezes representava nos termos do direito de padroado.

Embora não haja investigação que permita traçar um quadro geral a este respeito, não é excessivamente ousado afirmar que as magistraturas populares davam voz sobretudo aos interesses da nobreza rural – ou aos vilões

73 (PEREIRA, 1745, p. 335) Em todo o caso, a opinião dos espanhóis sobre estes procuradores tão pouco era favorável: cf. CASTILLO, l. 3, c. 14, n. 33 ss..

74 Cf. PEGAS, 1737, t. 5 (ad 1, 67) gl. 1, e. 1, n. 1 Ss.; (ad 1, 87) gl. 1, c. 1, n. 3; citando leis de 1612 et 1649. Cf., no entanto, PEGAS, 1737, t. 14 (ad 1,67), n. 35 ss.

75 PEGAS, 1737, t. 5 (ad 1, 67) gl. 1, e. 1, n. 4 (nobiliores ad officia, & reipublicae magistratus evocandi); e cf., ainda, o Regimento de 6. 6. 1612 (em PEGAS, loc. cit.), e PHAEBE, 1740, p. 204.

possidentes, a caminho da nobilitação –, que as utilizavam para manter o domínio sobre a vida local. É a partir daqui que se pode entender melhor a polémica em torno da criação e extensão dos juízes de fora, contra os quais reclamavam as elites locais representadas em cortes, mas a favor dos quais provavelmente se pronunciava o povo miúdo (Hespanha, 1994, 439 ss.).

Um tema derradeiro desta incursão no mundo jurídico local é o das relações dos juízes com as outras profissões jurídicas, sobretudo escrivães e advogados⁷⁶.

Os escrivães e os tabeliães deviam desempenhar, na vida jurídica local, um papel mais importante do que o dos juízes. Sabendo ler e escrever, e dominando a praxe judicial e a arte notarial, eles foram durante vários séculos os únicos técnicos do direito escrito a nível local⁷⁷. Com a expansão do processo de autos, o domínio que eles mantinham sobre os juízes e a vida jurídica local deve ter-se intensificado. A imagem que deles nos dá a literatura da época é provavelmente correcta: controlando totalmente os juízes (analfabetos e incapazes de compreender as peças forenses escritas), venais e arrecadando grossos proventos com os subornos das partes, seus rendimentos eram superiores aos dos juízes⁷⁸.

Ao lado dos escrivães e dos tabeliães, foram aparecendo os advogados. Instituição muito antiga no direito português, só no século XVII o advogado passa a ser um técnico de direito com formação universitária. Nesta qualidade, é natural que seu ascendente sobre os juízes fosse grande. Alguns autores filiam mesmo a dignidade do seu cargo ao facto de seu ofício ser o de corrigir a ineptidão dos juízes ignorantes⁷⁹.

É certo que os juízes não estavam totalmente dependentes dos escrivães, dos tabeliães e dos advogados, seja para ler os autos, seja para se

76 V., muito impressivo, Castillo de CASTILLO (I. III, e. 14, per totum (t. II, p. 238 ss.)).

77 Um estudo recente de Joana Estorninho (em publicação) confirma que uma parte dos notários e escrivães era constituída por estudantes de direito que tinham interrompido os seus estudos (cf. CASTILLO, 1, 6, 17). A mesma situação se verifica em Inglaterra, COCEBURN, 1969, p. 315 ss..

78 Sobre as rendas e estatuto político-social dos escrivães, cf. HESPANHA, 1994, 174 ss. (regime e rendas), 498 ss. (estatuto dos seus ofícios)

79 M. A. PEGAS, *Commentaria...*, cit., t. 4 (ad 1, 48), gl. 1, n. 9. 114 Sobre a importância dos notários como divulgadores do direito erudito nos meios locais, F. WIEACKER, 1967, p. 120 ss.; sobre o “processo actuário” (WIEACKER, 1967, p. 28, 94, 184).

informarem do direito escrito e erudito aplicável. Na verdade, eles podiam recorrer a assessores, ou seja, a técnicos de direito que escolhiam livremente, e que eles próprios pagavam. Embora a deontologia moral os obrigasse a recorrer a um assessor sempre que se sentissem incapazes de resolver as questões levantadas, sua nomeação não devia ser muito corrente, dada a dificuldade de os encontrar e a impossibilidade de cobrir os encargos com os magros proventos de juiz.

Nesta situação, o prestígio social dos juízes populares não poderia ser muito grande, sobretudo quando a presença do direito escrito e erudito se tornou mais notória. Temos provas indirectas desse facto: por um lado, a fuga aos cargos judiciais (e concelhios em geral) invocando privilégios; por outro, o baixo valor em que era estimado o cargo (a honra) de juiz para efeitos fiscais. Os únicos atractivos do cargo – para além do poder político que ele atribuía a nível local – seriam as benesses ilegais que ele poderia proporcionar, numa administração judiciária que as fontes nos descrevem como dominada pela corrupção. A isto se juntaria ainda a ideia, corrente na doutrina jurídica, de que os ofícios concelhios, e sobretudo os ofícios de juiz, nobilitavam.

Interessante é também a questão das relações dos juízes ordinários com o mundo dos juristas cultos, que, formados na tradição escolar do direito comum, julgavam pelos padrões do direito legal ou doutrinal, utilizando como ponto de referência a problemática e as soluções de uma literatura técnica internacional.

Hoje, não podemos saber muito da atitude dos juízes ordinários perante os juízes de carreira. Como adiante se afirmará, é de supor que a atitude de aberta resistência da primeira fase da recepção do direito comum tenha-se transformado numa animosidade latente e dissimulada, combinada com uma impotente admiração por um saber jurídico que dominava a corte e os tribunais superiores.

14 Saber e ignorância. A negação do outro

Como se viu, levando-se em conta apenas aquilo que é expressamente dito, o estatuto dos rústicos dificilmente pode ser considerado uma forma de repressão a um mundo jurídico alternativo. Bem ao contrário. Aparente-

mente, todo o discurso erudito está dominado pela ideia de condescendência – mais do que de respeito – para com o mundo do direito tradicional.

Em todo o caso, se a análise for levada um pouco mais longe, poder-se-á verificar como esse discurso se integra numa estratégia doce, mas inexorável, de assimilação e repressão. Uma estratégia que recupera no plano simbólico e ideológico o que abandonara no plano jurídico-institucional.

Com efeito, o discurso sobre o direito dos rústicos – e a própria expressão “rústico” – é dominado por uma oposição fundamental: *saber e ignorância*. Porém, os dois termos desta oposição não estão em equilíbrio, pois o saber já representa o ideal cultural de uma época, e a ignorância já não é a inocência original, nem a simples falta de conhecimento, mas, conforme já vimos no plano da teologia, a atitude anti-natural daquele que recusa, positivamente, a sua realização humana.

Toda a violência do discurso erudito reside neste facto: ao se classificar como o discurso da verdade, produto da tendência natural do homem ao saber, remete simultaneamente os discursos alternativos a uma zona de recusa contra-natural e obstinada do saber, que os priva de qualquer legitimidade. Por outras palavras, o jurista erudito nunca considera a prática jurídica dos rústicos como presença de *outro direito* enraizado numa outra cultura, mas como manifestação da ignorância malsã, do arbitrário, do erro, enfim, da “rusticidade”. E se transige com essas práticas é sempre por razões de ordem tática, semelhantes às que levaram Castillo de Bobadilla a aconselhar aos corregedores uma atitude de contemporização provisória quando não pudessem vencer, pela força, a resistência dos seus súbditos:

Ni tampoco se dira parcial el Corregidor, si por evitar escandalo, sedición ò tumulto, acudiere à favorecer al pueblo, lo qual conviene hazerse algunas veces, ó exceder en la pena, y acomodarse dulcemente al furor, ó humor del pueblo, para ponerle en razon.. assi conviene que el prudente Corregidor viendo el pueblo ravisoso, condecienda al principio con su apetito; para que insensiblemente poco a poco le pueda meter en razon: porque oponerse à una muchedumbre irritada, no es otra cosa que hazer resistencia à un ràpido torrente que cae de un alto lugar: pero despues poco à poco quitado el escandolo, yra castigando los sediciosos y culpados en la facción. (CASTILLO, III, c. 9, n. 44 (t. II, p. 206).

A estratégia da condescendência (no plano prático e institucional) conjugava-se, assim, com uma estratégia de rejeição (no plano ideológico e simbólico). Mas, tendo em conta a força expansiva desse capital simbólico extremamente reprodutivo que é o discurso jurídico erudito – o qual formará todos os quadros políticos e administrativos, quer da administração central, quer, pouco a pouco, da administração local –, o resultado não podia ser senão a gradual negação do direito à existência dessa prática jurídica tradicional, em nome do progresso da razão, de um processo civilizador, de uma teleologia da história que, ainda hoje, expropria a legitimidade de muitos outros mundos culturais minoritários.

Neste sentido, o investimento na ideia de que o saber jurídico letrado – tal como entendido nos meios eruditos da época medieval e moderna – é a única base legítima da justiça funciona como meio de expropriação dos poderes periféricos, sendo comparável a outras formas contemporâneas de centralização do poder⁸⁰.

Esta estratégia de desvalorização cultural do mundo tradicional começa pela designação de “rústico” que lhe é aplicada. O carácter depreciativo do termo foi expressivamente documentado por A. Murray. Segundo ele, “nos textos em que as classes sociais eram postas em oposição, “rústico” era utilizado como sinónimo de pessoa de “estratos inferiores”, de tal modo que se contrapunham os rústicos aos nobres. Paralelamente, a palavra passou a ter uma utilização que a associava a “estúpido”, “rude” ou “mal educado”. Na época de Dante e de Petrarca, tanto em vernáculo como em latim, “rústico” equivalia a “burro” ou a “besta”, sendo a expressão “homens rústicos e bestiais” uma figura corrente de estilo”⁸¹. Simultaneamente, a palavra remetia também à ideia de simplicidade de espírito, mas de uma simplicidade que expunha ao desfrute e à exploração. “Oh! Deus – pode ler-se num texto satírico do século XII –, tu que semeaste a discórdia entre o letrado e o rústico, concede-nos a graça de vivermos do trabalho deste, de possuir as suas

80 V., no sentido da equivalência da constituição de um saber abstracto a outras formas de centralização do poder em desenvolvimento na época moderna (SPITTLER, 1980).

81 Num texto flamengo dos finais do sec. XII, pode ler-se que um príncipe iletrado é como “um degenerado, um rústico, como que um animal (cit. por MURRAY, 1978, p. 238), enquanto que um texto irónico alemão, satirizando os homossexuais, diz que “apenas rústicos ... que podem ser considerados como animais, se podem sentir à vontade tendo relações com mulheres” (ibid.).

mulheres, de coabitar com as suas filhas e de festejar o dia da sua morte” (MURRAY, 1978, p. 239).

Os juristas recolheram todo este potencial negativo da palavra e, em seus textos, a equivalência entre rústico e ignorante é corrente, fornecendo até, como vimos, justificação à especificidade de seu estatuto. Daí que todos os autores sejam unânimes quanto à ideia de que os *privilegia rusticorum* só se aplicam aos “rudes e grosseiros”, excluindo, pelo contrário, os manhosos ou os que utilizam a rusticidade como capa para encobrir suas fraudes. Segundo alguns autores, este carácter manhoso ou, pelo menos, manipulável, seria mesmo o mais comum nos rústicos⁸². E, por isso, se eles respondessem de forma inteligente às questões difíceis que lhes fossem postas, isso deveria ser matéria para desconfiar, ou de que estavam a mentir, ou de que tinham sido instruídos por outrem. Numa sentença transcrita por Manuel Álvares Pegas (PEGAS, 1737 t. 9, p. 400, n. 169), há testemunhos de camponeses que são desvalorizados porque, sendo rústicos, tinham sido considerados incapazes de compreender os conceitos jurídicos envolvidos no interrogatório.

15 Erudição, escrita e poder

Como contraponto da ignorância e da rudeza dos rústicos, surgem o carácter exemplar da ciência jurídica erudita e a excelência da forma escrita.

Dado que o primeiro tema é mais conhecido, trataremos apenas do segundo.

O crescente prestígio da forma escrita na cultura medieval⁸³ teve imediata influência no mundo do direito, em que, aliás, a redução a escrito de leis, contratos e outros actos jurídicos tinha carácter decisivo desde a antiguidade.

Os juristas do direito comum falam muitas vezes da natureza e das virtudes do texto escrito, nomeadamente do ponto de vista do direito. Nesse plano, o texto escrito possui características quase mágicas, como

82 Cf. Castillo de CASTILLO (I. 3, t. 3, n. 61/2); v. ainda MENOCHIO, p. 194.

83 O tema da especificidade da escrita, não apenas como suporte da comunicação, mas ainda como elemento constituinte de uma cultura tem como obras fundadoras Marshall McLuhan (1962); Jack Goody (1977); Walter s. Ong (1974, 1982); para a península ibérica na época moderna, Fernando Bouza Alvarez; para o mundo do direito, Carlos Petit.

a capacidade de resistir ao tempo e de vencer as barreiras do espaço, de perpetuar a voz dos mortos, de fazer falar os ausentes. A escrita, diz Manuel Álvares Pegas – seguindo com tópicos comuns –, “tem um poder tão grande que, por seu intermédio, aquilo que dizemos fala sem necessidade da nossa voz e transforma-se numa via para chegar ao leitor” (PEGAS, 1737, t I, (ad I, I, gl. 139, n.5), p. 317.). Ao mesmo tempo, um outro jurista afirma que “a escrita nunca se cala, continua a clamar mesmo depois da morte” (TUSCIUS, v. “scriptura”, concl. 80.).

A importância destas potencialidades do domínio do direito é evidente. Com a forma escrita, a verdade torna-se mais firme. Daí que, nas questões mais importantes, essa seja a forma a se utilizar (Cf. PEGAS, 1737, t. II (ad 1, 5), gl. 17, n. 5). Meio privilegiado de prova, a escrita converte-se, assim, num factor de verdade e, portanto, de justiça – “para que a mentira não prejudique a verdade e para que a iniquidade não prevaleça sobre a justiça”⁸⁴.

Este elogio da escrita desacredita a oralidade. É um descrédito que não fica só no plano cultural e ideológico, mas também na prática, pois a escrita passa a ser o meio de expressão das questões mais importantes, tornando-se, por isso, obrigatória a um número cada vez maior de actos jurídicos⁸⁵.

Quando o direito erudito e escrito instituiu-se como modelo, o mundo do direito tradicional, que não dominava nem a técnica da escrita, nem a arte legal, viu-se privado dos meios de produção simbólica inculcados como legítimos pela ideologia dominante. Neste sentido, o elogio da ciência e da forma escrita não é politicamente inocente, mas, pelo contrário, representa uma forma de obter e de acentuar a expropriação do capital simbólico do adversário. Tão-pouco é inocente o empenhamento posto no emprego de uma língua técnica (o latim), estranha à maioria das pessoas. Dos numerosos testemunhos neste sentido, escolhemos o da polémica gerada à volta da publicação em castelhano da *Politica para corregidores y señores de vassallos*, de Castillo de Bobadilla. Apesar da edição em língua vernácula se integrar, segundo Bobadilla, numa estratégia de vulgarização do direito escrito e

84 Cf. M. A. PEGAS, 1737, t. III (ad I, 24) gl. 2, n.3/4, apoiando-se em Santo Isidoro, Ferosinus e outros.

85 Cf. l'énumération de TUSCIUS, v. “scriptura”, concl. 87.

erudito⁸⁶, o autor não deixa de sublinhar as vantagens de uma publicação em latim: o maior prestígio da língua latina – isto é, um maior poder de reprodução enquanto capital simbólico – e, sobretudo, seu carácter hermético, que evitava o perigo de as matérias de governo e de justiça “serem do conhecimento geral, o que comporta o risco do abuso”⁸⁷.

Por outras palavras, uma opção aparentemente tão inócua como a adopção de uma linguagem científica diferente da natural manifesta-se em todo seu significado político. Mais do que aproveitar a maior adequação e expressividade de um instrumento linguístico, o que se pretendia era, no fundo, defender o monopólio do saber e simultaneamente remeter o discurso alternativo ao domínio da rusticidade e da ignorância.

Considerações finais: a doce violência da “razão jurídica”

A eficácia deste modelo ideológico em que o direito erudito tornava-se padrão a todo o direito, este apogeu da razão jurídica, não se esgotava no plano mais ou menos difuso – mas a prazo não menos eficaz – da ideologia implícita dos juristas. Atingia também o plano prático-institucional e começava, por esse lado, a abalar a vasta protecção aparentemente concedida, neste nível, ao mundo jurídico tradicional.

De facto, embora a especificidade do estatuto dos rústicos se baseasse na sua ignorância, o carácter exemplar e natural das soluções do direito erudito obrigou a introdução da distinção entre ignorância desculpável e aquela que não o era. Com base nesta distinção, a desculpa de ignorância vê-se confrontada com inúmeras limitações. Primeiro, a ignorância do direito natural, do direito das gentes e do direito “notório” ou evidente, passa a ser tida como indesculpável (Cf. CHOPPINUS, 1. 1, p. 2, e. 5; MENOCHIO, p. 194, n. 1; GOEBEL, 1723, p. 139.). Esta restrição salvaguardava, assim, os princípios fundamentais do direito oficial e erudito, o novo “miolo da razão

86 Um jurista alemão sugere que – tal como a Bíblia – as leis sejam escritas em vernáculo, para que sejam lidas por todos, e que todos os chefes de família sejam obrigados a possuir um código das leis em sua câs (GOEBELS, 1723, p. 195).

87 (CASTILLO, n. 14 ss., CASTILLO tinha tido problemas com a publicação da obra em castelhano; cf. ALONSO, 1979, p. 21); sobre CASTILLO, v. TOMÁS Y VALIENTE; CASTILLO, 1975, 159 ss..

jurídica". Depois, vemos desenvolver-se a ideia de que, mesmo quanto às normas menos fundamentais do direito escrito, o rústico tinha obrigação de se informar junto dos peritos, acrescentando-se que esta obrigação radicava em factores naturais e antropológicos, sobretudo na tendência espontânea do homem ao aperfeiçoamento e ao saber⁸⁸. Finalmente, a ignorância dos rústicos não os escusava perante as normas de direito imperativo ou, segundo uma formulação ainda mais restritiva, só os desculpava nos casos em que o direito oficial o declarasse expressamente⁸⁹.

É precisamente esta ideia de indesculpabilidade da ignorância que explica o peso negativo que o discurso sobre os rústicos gradualmente adquiriu. Com efeito, a medida que a consciência jurídica europeia era dominada pela tradição do direito erudito, a situação da rusticidade tornava-se cada vez mais escandalosa. Por trás de cada rústico há um astuto: "raros são os que não são manhosos", diz Bobadilla, enquanto outros os acusam de usar sua aparente simplicidade de espírito para escaparem às obrigações para com os senhores⁹⁰. Aí também radica a animosidade e o desprezo contra os advogados e os juízes populares.

A violência doce da racionalização e da ordem agiam, no entanto, noutros planos. Por exemplo, na imposição de uma ordem judicial que expropriava

88 MENOCHIO, p. 194, n. 22/24: se o rústico podia consultar peritos e não o fez, a sua ignorância não lhe aproveita pois "todos os homens têm o desejo de saber, sendo, portanto, contrário à natureza não consultar os que sabem". Em Portugal, as Ordenações (Ord. fil., I, 58, 8; I, 60, 10) incluem na sindicância que os cirregedores devem fazer sobre a actividade dos juízes a pergunta sobre se "os juízes se preocupam em saber".

89 CHOPINUS, 1. 1, p. 2, e. 5 e literature antes citada..

90 "Solo es de advertir, que de los privilegios de la ignorancia concedidos a los labradores, no gozan los rusticos sagazes, como ya oy lo son casi todos, y de otras muchas malas calidades, segun escriven Tiraquelo, Otaiores, y otros, è en especial que son inclinados àhurtar, y maliciosos en el vender, y cautelosos en aguardar los tiempos de mayor necesidad, para vender mas caros los frutos de la tierra, causando la necesidad de la hambre, y que padezcan los pobres por su culpa, hasta que les suban los precios. Y estas y otras malicias usan, mayormente los labradores convezinos à pueblos grandes, y assi non ay en ellos aquella sinceridad antigua, por la qual merecio llamarse santa la rusticidad, en especial lo labradores que traen escrivania en la cinta, de los quales se puede tener todo recato y reze-lo: y assi por esto las leyes de Partida, hablando del privilegio y favor de la ignorancia de los rusticos, requieren que sea labrador simple o aldeano necio. Finalmente no gozan lo labradores de los privilegios de la ignorancia, sino en los casos expressados en derecho' (CASTILLO, [1---]t. II, p. 33 s., n. 62). Juan Gutierrez, citado por CASTILLO, considerava o género dos rústicos como "furacissimum et rapacissimum" (muito dado ao furto e à rapina).

as partes da intervenção pessoal e as obrigava a passar suas pretensões pelo crivo de um advogado erudito. Como justificativa, os juristas invocavam a necessidade de instaurar ordem nas audiências e a ideia de que a serenidade e a imparcialidade do julgamento eram incompatíveis com o burburinho, a indisciplina, a incontenção e o empenhamento emocional das partes quando autorizadas a intervir directamente no processo (*iudex debet procuratorum, advocatorum, vel parttum clamorosam garrulitatem reprimere*, escreve Florentino).

Pelo contrário, a mediação do advogado erudito garantia não só um tratamento selectivo das “alcovitices” das partes – ou seja, a construção de um objecto processual diferente do objecto real do litígio –, como também garantia uma intervenção neutra, metódica e distanciada, segundo as regras do processo erudito. No fundo, tratava-se de acentuar as características do processo escrito mais antinómicas à estrutura do processo tradicional, e de reduzir ao silêncio a dinâmica e o discurso alternativos.

Ainda sobre este ponto, o exemplo das regras políticas formuladas por este autor paradigmático que foi Castillo de Bobadilla continua a ser muito instrutivo. Tudo o que significasse espontaneidade, vivacidade ou rusticidade da audiência devia ser proscrito. Desde a imposição de um formalismo estrito na forma de convocar a audiência⁹¹ até a observância de uma regra estrita de silêncio – que impedisse a intervenção pessoal e emotiva, a negociação directa (“chicana”), a interpelação retórica própria do processo tradicional⁹² –, tudo

91 “Y acostumbran en algunas partes llamar à audiencia por voz de pregonero, el qual por la plaça, y escritorios pregona que vengan à audiencia; y esto me parece grosseria, y assi lo quitè en algunas ciudades è hize poner en las audiencias una campana, para que se tocasse quando se fuesse à la audiencia” (PEGAS, 1737, 1.3, e. 14, n. 13).

92 “Advierta el Corregidor, que en las audiencias publicas aya silencio, quanto sea possible, à por la major parte, suele aver confusion y turbacion de parecer de muchas voces y mala orden, y estilo, y floxedad, que algunos jueces tienen; y assi, aunque à otro proposito, dixo una ley de Partida estas palabras ‘E deve otro si mandar, que los suyos esten callando, è non fablen, si non quando ge lo mandaren; è esto por dos cosas: la una, porque el roydo de las machas palabras faze que los ornes no se entiendan unos à otros, etc. [...]’. Por el qual rumor de voces, à por no estar atentos los jueces, muchas vezes no perciben los echos de los negocios, y proveen disparates, y fuera de propositos en desautoridad y verguença suya, y en perjuyzio de las partes. [...]’. Para remedio desto se provea que las partes pidan por peticion callando, o quando esto non aya lugar, porque la gente pobre è ignorante no lo sufre, mande que encarguen los negocios à los procuradores de la audiencia, los quales los propongan por peticion, cada uno por su orden y antiguedad, diziendo el primero, y tras aquel el segundo, y assi todos los otros, hasta el utimo: à que las lean los escrivanos por la misma orden; y no se consienta que se atreviesse alguno de los otros À turbar el juizio, ni replique al que propone, si no el que tuviere

devia confluir para uma dramatização formalista e distanciadora do litígio.

Pelo que é possível interpretar através das indicações fornecidas pelas fontes eruditas, a estratégia dos rústicos perante esta violência doce do mundo do direito oficial parece coincidir com o que foi descrito pelos etnólogos como uma estratégia de fuga e dissimulação (SPITTLER, 1980 (a ou b), p. 575 ss.). Só em momentos de profundo desespero – como os das guerras dos camponeses na Alemanha, da Fronda em França, dos “communeros” em Castela, ou, em Portugal, das revoltas populares da primeira metade do século XVII – é que o mundo tradicional se insurgiu abertamente contra a progressiva intromissão do poder político central nos assuntos locais, quer no domínio da fiscalidade, quer na justiça.

No entanto, geralmente o rústico utilizava a fuga, a dissimulação, a reserva mental, a mentira como meios para escapar dos mecanismos da justiça oficial. As fontes eruditas atestam a resistência dos rústicos a recorrerem ao tribunal, a tal ponto que a doutrina erudita considera esse medo da justiça do Estado uma causa justificativa da contumácia (Cf. MENOCHIO, 1571, p. 153, n. 7.). A mentira era considerada uma característica das populações rústicas, tal como o perjúrio (MENOCHIO, 1571, p. 194, n. 12/13.). As *Ordenações* consideraram a mentira um hábito tradicional das populações do norte do País – precisamente a zona em que as tradições jurídicas e culturais estariam mais enraizadas –, o que levou à criação de um regime especial de juramento para essa região⁹³. Quanto à dissimulação e à

poder de la parte contraria, el qual puede alegar, è informar de la justicia de su parte, hasta que le manden callar: y desta suerte se despacharan mas negocios, y mejor entendidos. Esta orden se ha dado por juezes polidos de las audiencias y Chancillerias Reales; y en años atras avia en las audiencias ordinarias la confusion y voces que en carnicerias, hasta que se dio orden de los procuradores hiziessen autos por peticion y assi creo que es ya comun estylo en todas partes, aunquo algunos dizen que dan sus dineros y causas a los procuradores, y que por ser pobres, so avian de escusar de darles poder y paga, pues ellos podian ser por si oidos. [...] Estando en este tribunal, no conviene, ni aun se puede sufrir, que el Corregidor, à los que alli estuvieren, digan palabras ociosas, à de burlas, à feas, à injuriosas, ó indecentes, ni refieren cuentos ni patrañas, como algunos tienen por gracia, con que impiden su audiencia, y aun enfadan la gente de ella. No se consientan ahi descatos ni menosprecios, ni que atreven unos contra los otros [...]. Ni tampoco aya grandes risas [...]. Remedio el juez los tales excessos con graves y no injuriosas palabras, y sino callaren mandandoselo, à ante el juez so hablare con muy altas voces, y sin el devido respecto, à profinando en el atravesarso quando habla el juez, podra sin processo y sin acusador multar à los que lo hizieren coe alguna pena para pobres, à con prision [...]” (PEGAS, 1737, l. 3, e. 14, n. 14-23).

93 Cf. Ord. Fil. I, 86, 5, bem como o comentário de M. A. Pegas.

reserva mental, ambas constituem ponto obrigatório de todas as descrições das “faltas” dos rústicos⁹⁴.

Violência doce da “razão jurídica”, resistência passiva da “rusticidade”. É este carácter velado e “não violento” do conflito que pode ocultá-lo aos olhos da historiografia. Principalmente, quando esta, já iludida pelas múltiplas formas contemporâneas de violência “doce”, e muitas vezes dominada por uma visão teleológica da história – ou seja, a visão de que o presente é a concretização do progresso da razão –, ao aperceber-se de conflitos deste tipo, os banaliza como “preço do progresso”, incluindo-os, sem reservas, na categoria de sacrifícios inerentes ao processo de “modernização”.

Referências

_____. **Orality and literacy: the technologizing of the Word**. London; New York: Methuen, 1982.

ABEL, Richard J.. A comparative theory of dispute institutions in society. **Law and society review**, n. 8, 1973.

ALBINI, Iohannis. **Opusculum de regimini rusticorum**. [s.l: s.n], 1601.

ALONSO, Benjamin González. **Estudio preliminar à edição anastática da Política**. Madrid: [s.n], 1979.

AMARAL, António Cardoso do. **Liber utilissimus** Conimbricæ: [s.n], 1740.

BALDO, Commentaria in Codicem, **De pactis**, 1, Si certis annis (C., 2,3,28), n. 18.

BALDUS, **Opera** (in D. De negotiis gestis, l. Nessonis, n. 6), vol. I, p. 120.

BARBOSA, Pedro. **Commentaria ad ... ff. de iudicis**, Ulysipone: [s.n], 1613.

BÄUML, H.. Varieties and consequences of medieval literacy and illiteracy. **Speculum**. A journal of medieval studies, n. 35, 1980.

BENSA, J. Bazin et A. **La raison graphique**. Paris: [s.n], 1979.

94 V. o texto de Castillo de CASTILLO antes e, ainda, SUSA, 1577, fol. 276, n. 42 (pecados habituais dos rústicos: homicídio, falso testemunho, perjúrio, fornicação).

BIERMANN, Benno. Das Requirimiento in der spanischen Conquista. **Neue Zeitschrift für Missionswissenschaft**, n. 6, 1950, p. 94-114.

BOBADILLA, Castillo de. **Politica para corregidores**, I. III, e. 14, **per totum** (t. II, p. 238 ss.).

BOEHMER, Iustus Henning. **De libertate imperfecta rusticorum in Germania**. Halliae; [s.n], 1733.

BOUZA, Fernando. **Comunicación, conocimiento y memoria en la España de los siglos XVI y XVII**. Salamanca: [s.n], 1999.

BRADEN, Charles S. **Religious Aspects of the Conquest of Mexico**. Durham N. Carolina: Duke University Press, 1930.

CABEDO, J. **Practicarum observationum ... supremi senatus regni Lusitaniae**. Antuerpiae: [s.n], 1734.

CARPZOVIVUS, Benedictus. **Disputatio de praecipuis rusticorum privilegia**. Lipsiae: [s.n], 1678.

CARVALHO, João de. **De una et de altera quarta Falcidia deducenda, vel non**. Conimbricae: [s.n], 1631 (1746).

CASTAN, Nicole. **Les criminels de Languedoc. Les exigences d'ordre et les, voies du ressentiment dans une société prérévolutionnaire (1750-1790)**. Toulouse: [s.n.], 1980a.

CASTILLO, Bobadilla del. **Politica para corregidores**, l. 3, c. 14, n. 33 ss.

_____. **Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières**. Paris: [s.n.], 1980b.

CHOPINUS, Renatus. **De privilegiis rusticorum...**, cit., liv. de 3, c. 1, p. 140. **Ord. fil.**, III, 66,7.

_____. **De privilegiis rusticorum**. Pansus, 1575.

_____. **De privilegiis**, cit., l. 3, c. 1, 1 ss.

COCEBURN, J. Seventeenth century clerks of assizes – some anonymous members of the legal profession, **American journal of legal history**, n. 13, 1969.

COCKBURN, J. S. **A history of english assizes (1558-1714)**. Cambridge: [s.n.], 1972.

COSTA, P. **Lurisdiction**: semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433). Milano: Giuffrè, 1969.

CRUZ, G. Braga da. O direito subsidiário na história do direito português, **Revista Portuguesa de História**. Coimbra: [s.n.], 1975. Tomo XIV. (Separata).

DIAS, José Sebastião da Silva. **Os descobrimento**. [s.l: s.n.], [18--?].

FALLERS, L.. **Law without precedent**: legal ideas in action In the courts of colonial Busoga, Chicago: [s.n.], 1969.

FELSTINER, William. Influence of social organization on dispute processing, **Law and society review**, n. 9, 1974.

FLACCUS, Siculus. **De rusticorum regimen**. Moguntiae: [s.n.], 1601.

FODERE, François-Emmanuel. **Les lois éclairés par les sciences physiques ou Traité de médecine légale et d'Hospital Ppublique de l'Huminate et de celui dès insensés à Marseille**, ano 6, 1797.

GOEBEL, Joh. Wilh. **De iure & iudicio rusticorum fori Germaniae**. Helmstadt: [s.n.], 1723.

GOEBEL, Johannis Wilh. **Tractatus de iure et iudicio rusticorum**. [s.l: s.n.].

GOODY, J. et WIATT, Ian. The consequences of literacy. **Comparative studies in history and society**, v. 5, 1963.

GOODY, Jack **The domestication of the savage mind**. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1977.

HERCULANO, Alexandre. **História de Portugal**. 9ª ed. Pref. e notas críticas de José Mattoso. Lisboa: A. Bertrand, 1980. [1. ed. de 1846].

HERMANN, Otto. **Tomás de Aquino**. Limite y grandeza de una teologia medieval. Barcelona: Herder, 1992.

HESPANHA, A. M.; XAVIER, Ângela. O Antigo Regime (1620-1810). In: MATTOSO, José. **História de Portugal**. Lisboa: Círculo dos Leitores, 1993. Volume IV.

HESPANHA, António. **As vésperas do Leviathan**. Instituições e poder político. Portugal – sec. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

HOCKER, M. B.. **Legal pluralism**. An introduction to colonial and neo-colonial law. Oxford: [s.n.], 1975.

- IMOLA, Alexander de. **Consilia**. Lugduni: [s.n], 1563. vol. 6.
- KAGAN, R. L.. **Lawsuits and litigants in Castille (1500-1700)**. Chapel Hill:, 1981.
- _____. Pleytos y poder real: la chancelberia de Valladolid (1500-1700). **Cuardenos de Investigación Histórica**, n. 2, 1978.
- LANDIM, Nicolau C. **Nova et scientifica tractatio**. [s.l.: s.n.], 1677.
- M. PHAEBO, **Decisiones**. [s.l.: s.n.], 1740.
- MARANTA, R. **De ordine iudiciorum**. Colónia: [s.n.], 1650.
- MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy; the making of typographic man**. Toronto: University of Toronto, 1962.
- MEIJERS, E. M. **Études d'histoire du droit**. [s.l.]: R. FEENSTRA et H. F. D. Fischer, 1966.
- MENOCHIO, Iac. **De arbitrariis iudicum quaestionibus et cassis**. Florentiae: [s.n], 1571.
- MENOCHIO, Iac. **De privilegiis rusticorum**. [s.l.: s.n.], [15--?].
- MURRAY, A.. **Reason and Society in the middle ages**. Oxford: [s.n.], 1978.
- NADER, I. (ed.). **Law in culture and society**. Chicago: Aldine, 1969.
- ONG, Walter s. **Ramus: method, and the decay of dialogue, from the art of discourse to the art of reason**. New York: Octagon Books, 1974.
- OSÓRIO, Jerónimo. **De regia institutione**. [s.l.: s.n.], [19--?].
- PEGAS, M. A. **Commentaria ad Ordinationes . .**, tom. 5, gl. 15, n. 2.
- PEGAS, Manuel Álvares. **Commentaria ad Ordinationes**. Ulyssipone, 1670-1729, 5 (ad I 65) gl. I, n.28; gl. 4 n. 5; gl.5, n.4.
- PEGAS, Manuel Álvares. **Resolutiones forenses**. Conimbricae: [s.n.], 1737.
- PEREIRA, B. **Promptuarium juridicum**. Ulyssipone: [s.n.], 1664.
- PEREIRA, F. Caldas. **Comm. ad legem si curatorem, y. laesio**. [s.l.: s.n.], n. 100, 1745.
- PGADEN, Anthony. **The fall of natural man**. [s.l.: s.n.], 1988.
- PHAEBUS, Melchior. **Decisiones**. [s.l.: s.n.], [19--?].

PRODI, Paolo. **Il sacramento del potere**. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente. Bologna: Il Mulino, 1992.

PROSPERI, Adriano. **Tribunali della coscienza**: inquisitori, confessori, missionari. Torino: Einaudi, 1996.

RESENDE, Garcia de. **Cancioneiro Geral**. Lisboa: [s.n.], 1973.

SANTOS, Boaventura de S.. O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica, **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1960.

_____. **Law against law: legal reasoning in Pasargada law**. Cuernavaca: Cidoc, 1974.

SCHNAPPER, B. La litigiosité en France au XIXe. siècle, **Annales. E. S. C.**, n. 34, 1979.

SEED, Patrícia. **Cerimônias de posse na conquista européia do novo mundo (1492-1640)**. São Paulo: UNESP, 1999.

SHAPIRO, Martin. Courts. In; GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (eds.). **Handbook for political science**: reading. Massachussets: Addison-Wesley, 1975.

SILVA, Manuel Gonçalves da. **Commentaria ad Ordinationes**. Ulyssipone: [s.n.], 1732.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Lisboa: Gulbenkian, 1981.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **O direito subsidiário num comentário às Ordenações manuelinas atribuído a Luis Correia**. Lisboa, 1973.

SPITTLER, Gerd. "Abstraktes Wissen als Herrschaftsbasis. Zur Entstehungsgeschidite bürokratischer Herrschaf im Bauernstaat Preussen", **Kölner Zeitsch. f. Soziologie und Sozialpsydologie**, n. 32, 1980.

SPITTLER, Gerd. Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchung, **Zeitschrift für Rechtssoziologie**, n. 1, 1980.

SUEVI, Iohannis. **Tractatus de privilegiis rusticorum**. Coloniae; [s.n.], 1582.

SUSA, Henricus de. **Summa peccatorum**. [s.l.: s.n.], 1537.

TIRAQUELLUS, Andréas. De iudiciis in rebus exiguis ferendo tractatus. **Tractati varii**. Lugduni: [s.n.], 1578.

TIRAQUELLUS, Andréas. **Des privilèges des personnes vivant aux champs**. Paris: [s.n.], 1634.

- TIRAQUELLUS, Andréas. **Tractatus de privilegiis rusticorum**. Coloni Agrippin: [s.n.], 1582.
- TOHARIA, Juan José. **Cambio social y vida judicial en España**. Madrid: Edicusa, 1974.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; BOBADILLA, Castillo de. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen. **An. histor. derecho español**, v. 45, 1975.
- TUSCIUS, Dominicus. **Practicarum conclusionum**. [s.l.: s.n.], [18--?].
- VALASCO, Álvaro. **Decisionum, consultationum, ac rerum judicatorum**, Conimbricae, c. 162, n. 9, 1730.
- VALASCO, Thom. **Judex perfectus**. Lugduni: [s.n.], 1652.
- VALLASCO, Thom. **Allegationes uper varias materias**. Conimbricae: [s.n.], 1731.
- VASCONCELOS, Jorge Ferreira de. **Comédia eufrosina**. [s.l.: s.n.], 1561.
- VICENTE, Gil. Auto da Feira. **Frágoa de Amores, Juiz da Beira e Auto da Barca do Inferno**. Lisboa: [s.n.], 1517.
- WEBER, M. **Wirtschaft und Gesellschaft**. KöIn-Berlin: [s.n.], 1956.
- WIEACKER, F. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit**. Göttingen: [s.n.], 1967.