

## 2

### **Retrospectiva e considerações sobre o privilégio na história**

Qualquer contato ou estudo que se venha estabelecer acerca do privilégio, de certo, não pode abrir mão de uma retrospectiva que examine a sua criação e o processo histórico que norteou a sua efetividade, notadamente, com a participação ativa do Estado e da Igreja.

A investigação dos fatores que motivaram a paulatina modificação e a diversidade quanto à abordagem do privilégio nos países influenciados pela *Common Law* onde a cisão do Estado com a Igreja fomentou uma maior resistência a sua existência, ao contrário, portanto, do conjunto de normas elaboradas na Península Ibérica (Leis das *Siete Partidas* e das Ordenações) que foram sublinhadas pela influência do Clero e, conseqüentemente, diversas inserções nos textos normativos em favor do privilégio..

A análise deste contexto histórico, assim, ajuda na compreensão do perfil adotado pelas primeiras Constituições liberais, as quais sob o signo do republicanismo acabaram por repudiar o privilégio e fixaram o estabelecimento das chamadas prerrogativas, permitindo concluir o porquê de o constitucionalismo americano haver buscado outra vertente e consolidado uma visão normativa discrepante.

Deste modo, sem a intenção de efetuar uma narrativa densa e pormenorizada, é imprescindível a indicação dos passos mais importantes que alicerçaram o surgimento do privilégio a determinados indivíduos até a sua convação em prerrogativa de função.

## 2.1

### **Grécia: Privilégio no âmbito da justiça e dos cidadãos, Roma: O privilégio e a sua inclusão na vida política (esfera pública) e os Hebreus: O privilégio correlacionado aos intérpretes das Escrituras Sagradas.**

Qualificar e definir a concessão do privilégio dentro um contexto histórico para a introdução do tema concernente ao foro por prerrogativa de função, requer, forçosamente, uma avaliação etimológica do mesmo, no intuito de identificar a origem e a sua evolução histórica.

O vocábulo privilégio é oriundo do termo latino *privilēgium* que representava “lei ou medida tomada em favor de um particular” ou “lei excepcional”<sup>1</sup>.

Ainda hoje, qualquer ato que corresponda à concessão de um privilégio é indicativo de que uma vantagem foi dada a alguém em detrimento de outro, uma permissão especial, ou seja, algo que subverte o direito comum<sup>2</sup>.

*Praerogätiva* é outro termo com origem na língua latina, o qual será utilizado com frequência em nosso estudo, cujo significado é a ação de votar em primeiro lugar, ensejando o mesmo sentido do privilégio, pois servia para designar uma prerrogativa que os centuriões<sup>3</sup> tinham para votarem antes de qualquer classe<sup>4</sup>, tendo assim, a primeira escolha<sup>5</sup>.

Realmente, a associação da idéia de privilégio ou da prerrogativa como situações exorbitantes do direito comum, de fato, encontrou na esfera pública

<sup>1</sup>FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. Rio de Janeiro: FAE – Fundação de Assistência ao Estudante, 1991, p. 439.

<sup>2</sup>FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1632.

<sup>3</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, p. 101: “*Quanto ao funcionamento, as centúrias eqüestres perderam o direito de votar em primeiro lugar (o que lhes possibilitava uma grande influência moral sobre o voto das seguintes centúrias), passando essa prerrogativa para uma centúria escolhida por sorteio entre as componentes da primeira classe. A centúria que votava, assim, em primeiro lugar, chamava-se centúria praerogativa.*”

<sup>4</sup>FARIA, Ernesto. *op. cit.*, p. 433.

<sup>5</sup>CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: EDIPRO, 1996, Livro 2º, item XXII, p. 55.

grega e romana perfeita sintonia, não se podendo negar que estavam relacionadas à vida política e não ao contexto da esfera privada.

Desde cedo o privilégio ou prerrogativa amoldou-se na estrutura pública, o que é exposto com clareza pela professora MARILENA CHAÚÍ ao citar MOSES FINLEY<sup>6</sup> para situar que a invenção da política competiu às sociedades grega e romana, à medida que a palavra política é grega, no caso, representada pelo vocábulo *ta politika* que, por sua vez, advém de *polis*.

Referido contexto foi devidamente explicitado por HABERMAS ao dar a significação do sentido emprestado para “público” e “esfera pública” partindo da premissa de que *“tratam-se de categorias de origem grega que nos foram transmitidas em sua versão romana. Na cidade-estado grega desenvolvida, a esfera da pólis que é comum aos cidadãos livres (koiné) é rigorosamente separada da esfera da oikos, que é particular a cada indivíduo (idia). A vida pública, bios politikos, não é, no entanto, restrita a um local: o caráter público constitui-se na conversação (lexis), que também pode assumir a forma de conselho e de tribunal, bem como a de práxis comunitária (práxis), seja na guerra, seja nos jogos guerreiros. (Para legislar, com frequência são chamados estrangeiros; legislar não pertence aí propriamente às tarefas públicas)”*.<sup>7</sup>

Assim sendo, a criação da política e, obviamente, a inclusão dos privilégios ou prerrogativas na esfera pública já se achava firmada na Grécia e em Roma porque *“a política nasceu ou foi inventada quando o poder público, por meio da invenção do direito e da lei (isto é, a instituição dos tribunais) e da criação de instituições públicas de deliberação e decisão (isto é, as assembleias e os senados), foi separado das três autoridades tradicionais: a do poder privado ou econômico do chefe de família, a do chefe militar e a do chefe religioso (figuras*

---

<sup>6</sup>CHAÚÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, Unidade 8, Capítulo 7, p. 479-480.

<sup>7</sup>HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 15.

*que, nos impérios antigos, estavam unificadas numa chefia única, a do rei ou imperador)”*.<sup>8</sup>

Aliás, bem antes da formação das Cidades-Estados Gregas (Período Homérico de 1100 a.C – 800 a.C, Arcaico 800 a.C – 500 a.C, Clássico 500 a.C – 338 a.C e Helenístico 338 a.C. – 275 a.C) , já se notavam algumas das benesses ou vantagens estabelecidas nas sociedades antigas, as quais ficaram atreladas à estrutura ou ao poder encarregado da função de julgar, como se deduz da configuração do Estado no período neolítico<sup>9</sup>, na Idade Antiga, durante a dinastia Amorrita que reunificou a Mesopotâmia, fundando o primeiro império Babilônico, a par de editar o Código de Hamurabi (2067 – 2025 a.C.) e o Código de Manu, na região da Índia (1300 – 800 a.C.)<sup>10</sup>, como também a exclusividade do poder de interpretação da lei<sup>11</sup> a que se refere a Bíblia em prol de Moisés (que viveu aproximadamente 1250 a.C.-1180 a.C.) e, por derradeiro, os sacerdotes<sup>12</sup>.

É interessante o raciocínio formulado por ESPINOSA quanto às distorções cometidas pelo intérprete da lei quando o mesmo a realiza em proveito próprio, obviamente, não produzindo entendimento ou conclusão que lhe seja desfavorável, o que está descrito como um privilégio<sup>13</sup>, pois todos *os que exercem ou detêm o poder, sempre que cometem algum crime, procuram apresentá-lo como se fosse um direito e persuadir o povo de que agiram honestamente, coisa que conseguem com facilidade quando toda a interpretação do direito depende unicamente deles. É evidente que, quando assim acontece, eles extraem do*

<sup>8</sup>CHAUÍ, Marilena. *O Retorno do Teológico-Político*. in CARDOSO, Sérgio (org). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 113.

<sup>9</sup>MORAES, Emanuel de. *A Origem e as Transformações do Estado, Livro 1: Democracia e Totalitarismo Originários*: Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 144-147.

<sup>10</sup>VIEIRA, Jair Lot. (Supervisão Editorial). *Código de Hamurabi, Código de Manu excertos (Livros oitavo e nono) e Lei das XII Tábuas*. 2ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2002.

<sup>11</sup>Neste sentido, ver BARUCH DE ESPINOSA, no *Tratado Teológico-Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258: *Moisés ficou, portanto, sendo o único portador e intérprete das leis divinas e, conseqüentemente, também o juiz supremo a quem ninguém podia julgar, o único que entre os hebreus fazia as vezes de Deus; dito de outro modo, alcançou a majestade suprema, porquanto só ele tinha o direito de consultar Deus, de dar ao povo as respostas divinas e de obrigar a executá-las. O único, repito, pois, se alguém, em vida de Moisés, quisesse pregar qualquer coisa em nome de Deus, mesmo que fosse um verdadeiro profeta, era réu e usurpador do direito supremo.*

<sup>12</sup>Vide Bíblia Sagrada: Deuteronomio, Capítulo 21, Versículo 5: *Chegar-se-ão os sacerdotes, filhos de Levi, porque o SENHOR teu Deus os escolheu para o servirem, para abençoarem em nome do SENHOR, e, por sua palavra, decidirem toda demanda e todo caso de violência.*

<sup>13</sup>ESPINOSA, Baruch de. *op. cit.*, p. 266.

*próprio direito a máxima liberdade para fazerem tudo o que querem e que o instinto lhes sugere; pelo contrário, se o direito de interpretar as leis pertence a um outro e se, ao mesmo tempo, a sua verdadeira interpretação for de tal maneira clara para todos que não deixe nenhuma margem para dúvidas, essa liberdade estará em boa parte vedada.*

Houve, desde a Grécia antiga, uma nítida estratificação dos segmentos sociais e foram concedidos privilégios aqueles que eram considerados cidadãos livres<sup>14</sup>, ou seja, os participantes da administração da justiça e do governo que, no passado, foram homens de guerra e na velhice ocupavam os cargos mais importantes, na condição de membros do Conselho, onde deliberavam sobre o interesse público e de juízes para sentenciar sobre os direitos dos pleiteantes<sup>15</sup>.

A concessão de privilégios, deste modo, não prescinde da esfera pública, mas, pelo contrário, a sua visualização decorre da vida política que se estabeleceu nas cidades-estados gregas e em Roma, à medida que foram criados os cargos<sup>16</sup> e órgãos públicos<sup>17</sup>, os quais, naturalmente, se ajustaram à concepção do chamado direito público.

É de se observar que nesta fase da vida política grega, FUSTEL DE COULANGES acentua as vedações impostas aos estrangeiros e aos que sofreram condenação quanto à participação em determinadas atividades da vida pública, notadamente, as atividades primordiais à sociedade<sup>18</sup>, o que é destacado por GIORDANI ao enfatizar que os escravos, os periecos<sup>19</sup>, os metecos<sup>20</sup>, as

<sup>14</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 161.

<sup>15</sup>Aristóteles. *A Política*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 98-99.

<sup>16</sup>COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 144.

<sup>17</sup>TAVARES, Ana Lúcia de Lyra; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe e MAIA, Antônio Cavalcanti (organizadores). *Direito Público Romano e Política*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 165.

<sup>18</sup>COULANGES, Fustel de, *op. cit.*, p. 155-158.

<sup>19</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 165: “*que habitam ao redor – antigos habitantes do país submetidos pelos conquistadores e seus descendentes. Considerados estrangeiros em Esparta.*”

<sup>20</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 170-171: “*os que habitam com – eram os estrangeiros domiciliados em Atenas.*”

mulheres, os artesãos, os mercadores e agricultores não ocupavam cargos mais importantes na estrutura grega<sup>21</sup>.

A respeito da magistratura grega, GIORDANI acrescenta, ainda, que os cargos meramente administrativos ou subalternos poderiam ser providos por metecos e escravos, enquanto que as atividades judicantes ou estritamente políticas eram facilitadas a todos os cidadãos livres em Atenas<sup>22</sup>.

Platão, anteriormente, já descrevia a existência de um tratamento diferenciado à figura dos reparadores, ou seja, as pessoas encarregadas da escolha e exame da gestão dos magistrados ao mencionar que os reparadores “*examinarão a gestão dos diversos magistrados, uns eleitos pelo acaso do sorteio para um ano de mandato, outros para vários anos e escolhidos a partir de um elenco de pessoas já seletas. O que poderíamos afirmar com propriedade a respeito deles? Quem terá competência para atuar como reparador relativamente aos magistrados em pauta? E se suceder que algum deles atue de maneira tortuosa ou que, vergando sob o peso de uma responsabilidade que não está a sua altura, sua autoridade se mostre inferior ao que requer a dignidade de seu cargo [o que fazer]? Não é de modo algum fácil encontrar um magistrado dos magistrados, que a todos supere em virtude, mas de qualquer modo é preciso tentar descobrir alguns reparadores de uma qualidade divina.*”<sup>23</sup>.

Temos, sem dúvida nenhuma, a criação de um cargo público, o reparador, o qual realiza o seu trabalho até a idade de setenta e cinco anos e cujas atividades estão incorporadas à idéia de uma esfera pública, tal como salientado acima, pois exercita a fiscalização da atividade do magistrado após o seu término.

Aparentemente, o julgamento dos magistrados por um órgão hierarquicamente superior aos magistrados é o que se verifica na Antiguidade de mais semelhante ao modelo do atual foro por prerrogativa de função, logo

---

<sup>21</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 161.

<sup>22</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 174.

<sup>23</sup>PLATÃO. *op. cit.*, p. 478-481.

deixando evidente que o magistrado não examinava a conduta funcional de outro na cidade-estado grega.

Os reparadores, em decorrência da função e da sua relevância recebiam inúmeras regalias e privilégios em vida e até tratamento distinto dos cidadãos livres por ocasião da morte, na exposição ao público, durante o funeral e sepultamento, fato suficiente para a demonstração da presença de privilégios à figura dos reparadores (magistrados dos magistrados)<sup>24</sup>.

Tamanha a importância que o cargo público de reparador desempenhava na cidade-estado grega, que a eventual descoberta de comportamento nocivo ou inadequado por parte do mesmo, em suma, justificava o oferecimento de acusação por cidadão e o seu julgamento perante uma corte especial, no caso composta pelos guardiões das leis, os demais reparadores e um corpo de juízes selecionados, sendo que a condenação resulta na destituição do cargo e se o reparador acusado já estiver morto, as honras funerárias e a sepultura deveriam ser suprimidas, além dos demais privilégios conferidos em vida<sup>25</sup>.

Na Grécia, portanto, já era possível delimitar a atuação do cidadão no âmbito da esfera pública e privada, inclusive, com o reconhecimento dos fatores que impulsionavam a atuação do indivíduo para o atendimento das atividades inerentes à vida pública na Cidade-Estado.

Por isso mesmo, as funções de preparador e de magistrado se distinguiram pelos privilégios definidos em favor das mesmas, considerando a importância que os cargos tinham perante à *polis*, o que fornece uma idéia inicial de que os cidadãos gregos já concebiam o privilégio para determinadas classes na esfera da sociedade.

Em Roma, a perspectiva concernente à vida pública foi reafirmada, uma vez que a concepção de espaço público foi enfatizada com a criação de inúmeros

---

<sup>24</sup>PLATÃO. *op. cit.*, p. 480.

<sup>25</sup>PLATÃO. *op. cit.*, p. 481.

locais destinados a abrigar atividades pertinentes às instituições políticas<sup>26</sup>, tais como: o Senado, o Fórum e os Templos.

A existência de um espaço público pressupunha o exercício de funções públicas, as quais estiveram presentes nas instituições políticas romanas da realeza, na fase da República, no Império e na administração das Províncias.

Conseqüentemente, a fixação dos privilégios e das prerrogativas integrou o cotidiano da vida pública romana, notadamente, entre aqueles que exerciam as magistraturas e o Senado, durante no período da República e do Império, onde uma efetiva estrutura pública restou desenvolvida e gradualmente aperfeiçoada.

Na fase republicana, são diversas as atividades e os cargos públicos existentes, dentre eles, os magistrados *cum imperio* e *sine imperio* (cônsules, pretores, edis, questores, censores e ditadores), os senadores (*senatores consulares*, *senatores praetorii*, *senatores aedilisii* e *quaestorii*) e as assembléias do povo.

Numa sociedade profundamente estratificada e delineada pela constante ênfase e culto à cidadania, COULANGES argumenta que, de fato, no início se verificava um déficit quanto à proteção judicial aos plebeus e, também, a impossibilidade de que os mesmos pudessem participar das magistraturas e do Senado<sup>27</sup>, o que revelava a existência de diferenças quanto à ocupação dos cargos públicos<sup>28</sup>, mesmo porque, a eliminação das diferenças entre os habitantes do Império Romano só veio a acontecer em 212 d. C. com o Édito de Caracala<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup>TAVARES, Ana Lúcia de Lyra; CAMARGO, Margarida Maria Lacombi e MAIA, Antônio Cavalcanti (organizadores). *op. cit.*, p. 165.

<sup>27</sup>Cfr. COULANGES, Fustel de. *op. cit.*, p. 194.

<sup>28</sup>SILVA, Gilvan Ventura da e MENDES, Norma Musco (organizadores). *Repensando o Império Romano: Perspectiva Socioeconômica, Política e Cultural*. Rio de Janeiro: Mauad; Vitória, ES: EDUFES, 2006, p. 87: “No início do Império, a distinção entre cidadãos romanos e não-cidadãos tinha peso considerável, posto que os cidadãos conservavam direitos e privilégios que haviam sido definidos sob a República. Sendo o Alto Império um regime monárquico, mesmo se sob uma fachada republicana, o poder que o cidadão da República havia exercido em função de sua atuação como eleitor e votante nas assembléias se perdeu, porém, progressivamente.”

<sup>29</sup>Ver. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 94: ao informar que o Édito de Caracala representou a concessão da cidadania a todos os habitantes do Império Romano.

Os magistrados no período da República, no âmbito civil, estavam sujeitos às mesmas responsabilidades que os demais cidadãos e no aspecto penal e administrativo assinala-se que era muito difícil levar um magistrado até os tribunais no período de exercício do seu cargo, diferente do que acontecia após o transcurso do mandato<sup>30</sup>.

É de se observar, ademais, que as eventuais imputabilidades de ordem política ou penal em que pudessem incorrer os magistrados, como já indicado acima, eram desenvolvidas com o término do período do mandato para o qual foi eleito, sendo certo que a exigência de tais responsabilidades teve destaque, a partir de um determinado momento da vida política romana, mais precisamente, diante do papel assumido pelos Tribunais da plebe que se encarregaram da defesa da legalidade no tocante à esfera pública<sup>31</sup>.

Tamanho a importância conferida às funções desempenhadas pelos magistrados em Roma que resultou na elaboração de Tribunais penais públicos permanentes com a finalidade de impor a pena capital<sup>32</sup>, a condenação de deportação com a perda da cidadania e a condenação aos trabalhos forçados nas minas com a supressão da liberdade<sup>33</sup> em relação àqueles que efetivassem algum tipo de corrupção dirigida aos magistrados e, também, na hipótese de corrupção de juizes e de abuso de poder por parte dos mesmos<sup>34</sup>.

Houve, desde cedo, uma preocupação em estabelecer um tribunal específico para o conhecimento de determinados delitos que seriam inerentes às pessoas que exerciam as funções públicas e, ainda, que pudessem prejudicar o exercício das

<sup>30</sup>Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *Derecho Público Romano y Recepción Del Derecho Romano en Europa*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 212.

<sup>31</sup>Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *op. cit.*, p. 111.

<sup>32</sup>Vide MEIRA, Silvio. *Processo Civil Romano*. 2ª ed. Belém – Pará: Falangola, 1966, p. 20: “*Triúnviros Capitais – Triumviri Capitaes. – Para os processos criminais. Possivelmente, também, para os casos de SACRAMENTUM E MANUS INJECTIO.*”.

<sup>33</sup>Revela MEIRA, Silvio. *op. cit.* p. 101 a existência de medidas severas, inclusive no processo civil romano, pois: “*O apelante temerário era castigado severamente. Pagaria as custas em quádruplo. Em certa fase do Império Constantino o punia com desterro pelo prazo de dois anos e confisco dos bens. Poderia ainda condenar a trabalhos forçados, se se tratasse de pessoa pobre, sem bens que pudessem ser confiscados. (Cód. Teod. 1. 5. 3.)*”.

<sup>34</sup>Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *op. cit.*, p. 196-198.

tarefas cometidas aos magistrados e outros encarregados da manutenção da coisa pública.

Os senadores, por sua vez, desfrutavam de privilégios e honras especiais quanto ao uso de vestimentas, artefatos, melhores lugares nos espetáculos<sup>35</sup> e o mais importante, não podiam ser julgados fora de Roma<sup>36</sup>.

Registra-se que no governo de Tibério já existia um *tribunal senatorial encarregado do exercício da jurisdição sobre os seus próprios pares e que se transformou numa Corte de Justiça apesar da existência dos tribunais permanentes, caracterizando um efetivo privilégio aos senadores*<sup>37</sup> num momento da vida pública romana em que se deu a perda gradual dos poderes do Senado.

A dimensão da esfera pública romana transcendeu, assim, a perspectiva existente na Grécia e alcançou uma complexidade significativa durante a República e próprio conceito de vida política, tendo em vista a composição e funcionamento do Senado Republicano e da magistratura.

Como consequência da estrutura política criada na República e no Império Romano, de fato, houve a designação de privilégios aos responsáveis pelo exercício das funções públicas em apreço, tal como vislumbrado em relação aos preparadores e juízes na Cidade-Estado grega.

Entretanto, um aspecto que não pode ser olvidado é a ascensão do cristianismo em Roma, portanto, no mundo ocidental, o que ficou demarcado na atuação do primeiro César cristão, a saber, Constantino I (Constantino Magno ou Constantino, o Grande de 306-337)<sup>38</sup>.

Constantino I é o responsável direto pela tolerância religiosa e a liberdade de consciência, situação consolidada com o Edito de Milão firmado em 311 e

---

<sup>35</sup>Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *op. cit.*, p. 95.

<sup>36</sup>Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma. op. cit.*, p. 97.

<sup>37</sup>Cfr. SILVA, Gilvan Ventura da e MENDES, Norma Musco (organizadores). *op. cit.*, p. 31.

<sup>38</sup>Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma. op. cit.*, p. 80.

consubstanciado pela igualdade perante a lei de todos os cultos professados no mundo romano<sup>39</sup>.

Sem enfrentamentos ou perseguições do que se denominava Poder Público ou da figura do imperador, a elaboração de um mundo cristão foi posta em prática e, com ela, temos o surgimento de uma estrutura jurisdicional permeada pela influência do clero, justamente, a perspectiva mostrada por PETER BROWN ao observar que *o clero cristão de cada cidade transformou-se no grupo que se expandia mais rapidamente, num momento em que as tensões existentes no Império tinham paralisado as outras associações cívicas. Ligada por juramento “seu” bispo, toda uma hierarquia de padres, diáconos e clérigos menores formavam uma espécie de ordo em miniatura, tão subtilmente graduada como o conselho de qualquer cidade, e igualmente ciosa dos seus privilégios. Constantino esperava que o bispo actuasse como juiz e árbitro exclusivo nos problemas entre cristãos, e até entre estes e não-cristãos. A litigação civil normal tornara-se proibitivamente cara; em resultado disso, o bispo, já considerado como o juiz do pecado entre os crentes, transformou-se no Provedor de Justiça da comunidade local no seu conjunto.*<sup>40</sup>.

A criação de uma justiça eclesiástica apegada a efetivar a punição dos pecados entre os seus seguidores, de alguma forma, levou a Igreja a assumir nas comunidades locais o papel de provedor de justiça, o que representou uma oficialização das relações do Estado com a Igreja, propiciando *o aparecimento do clero cristão como um grupo local privilegiado e ambicioso constituía uma alteração decisiva, na medida em que se verificou numa área que afectava toda a estrutura do Império Romano*<sup>41</sup>.

Ao que tudo indica a omissão ou a ausência de estrutura do Império Romano no tocante ao exercício da sua atividade jurisdicional deu ensejo ao apoderamento posto em prática pela Igreja, o que seria objeto de constante discussão posteriormente.

---

<sup>39</sup>Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma. op. cit.*, p. 346.

<sup>40</sup>BROWN, Peter. *A Ascensão do Cristianismo no Ocidente*. Lisboa: Presença, 1999, p. 57.

<sup>41</sup>BROWN, Peter. *op. cit.*, p. 57.

No entanto, é possível afirmar que o Império Romano é um marco da ascensão do cristianismo no mundo ocidental, como também, revela a estreita ligação entre a jurisdição leiga e eclesiástica, o que redundaria numa extensa rede de disputas no mundo medieval ainda por iniciar.

## 2.2

### **O Privilégio no Período da Civilização Ocidental Medieval e Moderna:**

O período da Idade Média está delimitado pela derrocada do Império Romano do Ocidente, a qual teve ensejo no século V, em 476 d.C., e o seu encerramento fixado pela queda de Constantinopla no século XV, ocorrida em 1453 d.C., acima de tudo, marcado por um relevante debate acerca das competências eclesiásticas e seculares.

Por outro lado, a Idade Moderna tem o seu marco inicial, como foi dito acima, em 1453, com a tomada de Constantinopla pelos turcos e estende-se até 1789 com o início da revolução francesa.

É de se ressaltar, no presente momento, que o exame do privilégio no período que antecedeu ao término do Antigo Regime será objeto de análise com a época contemporânea.

### 2.2.1

#### **O Período Bizantino e a influência do modelo Romano quanto ao privilégio.**

A monarquia bizantina foi composta de uma significativa estrutura político-administrativa, a qual teve como pressuposto a incorporação dos padrões romanos acerca da distribuição de vários cargos públicos e da elaboração de leis (compilações Justinianas)<sup>42</sup>, o que é possível extrair-se, igualmente, nos povos Bárbaros que dominaram o Império Romano Ocidental e numa ótica estritamente

---

<sup>42</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História do Império Bizantino*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 49.

cultural “*não se apresentavam como inimigos, mas como admiradores das instituições romanas*”<sup>43</sup>.

No período bizantino, o maior destaque deve ser creditado ao Imperador Justinianus<sup>44</sup> que compilou verdadeira obra legislativa consistente no Código Justinianeu<sup>45</sup> ou, ainda, o *Corpus Juris Civilis*, o qual abrange as Institutas, o *Digesto* ou *Pandectas* (ano 529), o Código (ano 529 – texto perdido) e as Novelas, sendo possível, a partir da organização normativa contida nas Institutas a obtenção de uma noção efetiva do privilégio para a regulamentação dos processos públicos, no Título XVIII – *De publicis judiciis*, ao menos, no que tange a aplicação de algumas penas.

Na regulamentação dos processos públicos capitais ou não capitais que poderiam levar o culpado ao suplício último ou à interdição do uso da água e do fogo, ou seja, ao exílio, ou à condenação às minas (§2º do Título XVIII das Institutas), contudo, a aplicação da pena, em determinados tipos penais, tem o estabelecimento de distinção, levando-se em conta a projeção social do culpado na sociedade.

Portanto, se o indivíduo era nobre, responderia somente com o confisco da metade dos seus bens, porém, se qualificado como de baixa extração sofria a pena corporal com o relego nos crimes em que houvesse cópula, sem violência, com virgem ou viúva que vive honestamente (*Lex Julia de adulteriis*)<sup>46</sup>.

No mesmo sentido, encontramos a Lei Cornélia da falsidade (*Lex Cornelia de falsis*) que punia com o suplício último os escravos, do mesmo modo que, na lei dos sicários e envenenadores, contra homens livres a pena era, simplesmente, o

<sup>43</sup>Cfr. GOFF, Jacques Le. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 26.

<sup>44</sup>Para melhor detalhamento histórico, vide CRETELLA Jr., J. e CRETELLA, Agnes (tradutores). *in Institutas do Imperador Justiniano*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 5: *Flavius Petrus Sabbatius Justinianus, Imperador bizantino, nasceu em Tauresium, no ano de 482, e faleceu em Constantinopla (antiga Bizâncio), em 565, aos 83 anos, tendo reinado 39 anos.*

<sup>45</sup>A influência do Direito Romano no direito português decorreu do Código Justinianeu desde as leis elaboradas por Afonso II na lei da Cúria de 1211, embora alguns atribuam ao Breviário de Alarico de 506 d. C. e outros ao conteúdo romanista preservado no Direito Canônico. Vide: NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA. *História do Direito Português: Fontes de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 225.

<sup>46</sup>Vide Título XVIII, §4º das Institutas.

exílio, o que autoriza a conclusão da existência de diferenças quanto à aplicação das penas, no caso, representando um efetivo privilégio.

Os privilégios foram fixados, portanto, em atendimento da estrutura social, permitindo que o nobre ou detentor de função mais relevante pudesse receber penalidade mais branda em decorrência da prática de alguns delitos, embora fosse verdade que o Digesto já tivesse previsto a suspensão de todos os privilégios e exceções em caso de delitos lesa-majestade (D.48.18.10.1) porque o ato contrariava o Soberano e, como tal, tornava insubsistente a preservação do privilégio.

### 2.2.2

#### **Abordagem dos privilégios dos clérigos na Europa e os embates mantidos entre a Igreja e os monarcas.**

A Igreja Católica teve influência na definição das regras processuais destinadas à apuração dos crimes que envolvessem determinadas pessoas, principalmente, no século V, ao final do Império Romano, pois restou estabelecida a idéia de que os delitos praticados por Senadores, o julgamento competiria aos seus pares, enquanto, aqueles atribuídos aos membros eclesiásticos, o seu processamento ficaria submetido às autoridades da Igreja<sup>47</sup> (*privilegium fori*) que estivessem em grau ou posição hierarquicamente superior<sup>48</sup>.

É sabido que na França, desde o Ano 800 com Carlos Magno<sup>49</sup> passamos a ter uma referência de domínio real absoluto quanto ao exame de todas as questões envolvendo a nobreza, daí porque, no tocante a realização de julgamentos, constata-se o registro da chamada Corte dos Pares que, na metade do século XIII acabou por se constituir num tribunal especial com a finalidade de proceder ao julgamento somente dos seus semelhantes, ou seja, uma nítida fixação de

---

<sup>47</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 250.

<sup>48</sup>Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *O Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, vol.1, livro I, p. 40.

<sup>49</sup>Cfr. GOFF, Jacques Le, *op. cit.*, p. 27.

privilégios, uma vez que preservaram o julgamento do acusado adstrito às pessoas do seu grupamento social<sup>50</sup>.

JOHN GILISSEN também faz alusão ao julgamento pelos pares<sup>51</sup>, ou seja, os chamados *Pares Franciae*<sup>52</sup> se trata de um Tribunal Feudal destinado ao conhecimento de litígios variados, inclusive em matéria penal, onde o senhor faz justiça com assistência dos seus vassallos, uma abordagem própria dos séculos XI e XII, momento em que a concepção dada à Corte dos Pares não estava tão identificada com a preservação de privilégios.

É necessário observar, entretanto, que a noção fixada para o julgamento pelos pares ou a Corte dos Pares na França sofreu uma forte oposição advinda do poder real no final do século XIII, pois o monarca se intitulava a fonte de toda a justiça (*rex est fons omnimodi justitiae*, século XIV), isto é, “*toda a Justiça emana do rei*”.

A formação da *Curia Regis* é o indicativo da concentração absoluta do poder real, ou seja, “*o rei é o único juiz; pode fazer-se assistir por conselheiros; pode delegar neles o seu poder de julgar (justiça delegada), mas pode também reter a justiça em si ou permitir um recurso contra qualquer decisão proferida por uma jurisdição real.*”<sup>53</sup>.

Disso resulta que, a partir do século XIII fica evidente que o poder real “*em França, em Inglaterra, em Espanha, os duques e os condes noutras regiões, conseguem reforçar a sua autoridade; desenvolvem o seu poder de julgar os seus súbditos e tentam eliminar as jurisdições feudais e senhoriais, ou, pelo menos, submetê-las às suas próprias jurisdições. Os reis conseguem isso em larga medida nos séculos XVI e XVII; mas em certas regiões, sobretudo na Alemanha,*

---

<sup>50</sup>Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 135 e p. 279-280.

<sup>51</sup>Cfr. GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 385.

<sup>52</sup>Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1. op. cit.*, p. 279.

<sup>53</sup>Cfr. GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 386.

*em Itália, nos Países Baixos; a resistência dos particularismos locais e regionais manteve-se consideravelmente.*<sup>54</sup>.

A Idade Medieval, aliás, ficou marcada por um efetivo estado de tensão entre as relações que regulavam a competência eclesiástica e a autoridade político-jurídica dos reis, fato que suscitou uma constante disputa quanto à definição e alcance do poder de julgamento de cada um dos mesmos.

O acirrado debate sobre a competência da Igreja e atuação do monarca propiciou a fixação de regras que procuravam desautorizar a decisão final da autoridade Papal ou do monarca, porém, sem o alijamento dos eventuais privilégios dos clérigos, ou seja, pouco importando a jurisdição a ser utilizada, certamente, não se poderia desconhecer a existência de benesses que deveriam ser conferidas aos membros da Igreja que fossem acusados de alguma prática criminosa.

De fato, o controle jurisdicional eclesiástico foi um dos temas tratados com maior ênfase no Decreto promulgado por Gregório VII (1073-1085) sobre a investidura leiga, no caso, o chamado *Dictatus Papae*<sup>55</sup>, cujo conteúdo informa que ele, o Papa, é a autoridade que pode retirar, transferir, condenar e absolver os bispos, com atribuição para depor Imperadores, que a sua sentença não pode ser reformada por ninguém e só ele pode reformar a de todos e a impossibilidade ser questionada qualquer decisão ou interpretação da Sé Apostólica<sup>56</sup>, a par de se estabelecer a completa imunidade Papal, uma vez que o mesmo não poderia ser julgado por ninguém<sup>57</sup>.

<sup>54</sup>Cfr. GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 383.

<sup>55</sup>Ver RUDOLF FISCHER-WOLLPERT, in *Os Papas*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 256: “O papa se acha revestido, portanto, do poder de depor o imperador e de desligar os súditos do dever de obediência. Tal concepção do papa desempenharia importante papel sobretudo na questão das investiduras”.

<sup>56</sup>Nesses termos, BARUCH DE ESPINOSA. *op. cit.*, p. 262: o Sumo-Pontífice tinha, efetivamente, o direito de interpretar as leis e transmitir as respostas de Deus. Mas não quando quisesse, como acontecia com Moisés; só quando lhe fosse solicitado pelo chefe dos exércitos, pelo Conselho Supremo ou por outras entidades semelhantes. Em contrapartida, o comandante supremo dos exércitos e os Conselhos podiam consultar Deus quando quisessem, mas só recebiam respostas através do Sumo-Pontífice.

<sup>57</sup>Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*. *op. cit.*, p. 232-233.

A atuação da Igreja definida pelo Papa Gregório VII ocorreu num momento de questionamento acerca do poder direto ou indireto da Igreja sobre o Estado e, conseqüentemente, toda a discussão quanto aos limites da autoridade Papal, o que foi acentuado, posteriormente, durante o papado de Inocêncio III (1198-1216), contudo, afirmadora da supremacia da Igreja quanto ao exame de determinadas causas, logo do chamado *privilégium fori*.

Os aspectos que envolveram os limites da autoridade real e da Igreja quanto aos julgamentos dos clérigos ou não ajudaram a promover a fixação de privilégios para determinadas pessoas, à medida que sobrepôs o poder Papal em relação à efetivada pelo monarca, embora o monarca tenha infirmado à autoridade julgadora da Igreja em vários momentos.

GIORDANI ao cuidar do tema revela a tendência de uma supremacia da autoridade Papal em relação à jurisdição leiga, ao chamar a atenção que: “*Graças à atuação de uma série de papas enérgicos, a partir principalmente de Gregório VII, o pontífice romano firma sua autoridade na Igreja Universal onde exerce a plenitudo potestatis (plenitude do poder) de episcopus universalis (bispo universal). Passemos, agora, a um rápido estudo do episcopado do mundo feudal. A reforma gregoriana não só diminuíra a subordinação dos bispos às autoridades leigas mas ampliara de modo acentuado a dependência do episcopado em relação à Sé Apostólica. Assim é que a autoridade dos metropolitanos (nas cidades importantes, muitas vezes antigas capitais de províncias romanas, o bispo assumia o título de metropolitanus e estendia sua jurisdição sobre os demais bispos de sua província eclesiástica chamados sufragâneos) foi aos poucos decrescendo, aumentando, em contrapartida, o poder dos bispos sufragâneos.*

*Em sua diocese o bispo exercia o tríplice poder de **ordem** (ordenava os clérigos) de **jurisdição** (julgava causas relacionadas com os clérigos, que gozavam do **privilegium fori**, e outras numerosas causas que lhe estavam afetas *ratione materiae* como assuntos concernentes ao matrimônio, a testamentos, a crimes contra a religião, etc.) e de **ensino** (pregava, fiscalizava, o ensino de religião, as práticas religiosas, etc.). Não raro a jurisdição episcopal conflitava*

com a jurisdição dos juízes leigos, o que provocava reclamações por parte dos soberanos.

*Especialmente na Alemanha, muitos bispos uniam à sua dignidade espiritual a de senhores temporais como verdadeiros feudais, exercendo assim jurisdição sobre vastos territórios e prestando vassalagem ao monarca.*<sup>58</sup>.

### 2.2.2.1

#### **Constituições de Clarendon. Conflitos entre a Igreja e o monarca pela manutenção dos privilégios. Caso Thomas Becket versus Henrique II. Extinção dos privilégios da Igreja Católica Apostólica Romana na Inglaterra e outros países.**

O embate quanto ao exercício da jurisdição entre a Igreja de Roma e o poder do monarca teve o seu ápice no conflito que se estabeleceu na Inglaterra com a edição das CClar. em 1164, em especial, na disputa entre o arcebispo Thomas Becket e o monarca Henrique II<sup>59</sup>, cujo debate ateu-se ao gozo de privilégios pelos membros da Igreja, a par se traduzir num dos primeiros “*atos legislativos a demarcar a transição da monarquia absoluta para a constitucional*”<sup>60</sup>.

A organização firmada nas CClar., talvez, pela primeira vez, delimitou as prerrogativas e privilégios atinentes à Igreja e dos mais importantes funcionários do reino, traduzindo-se, assim, num documento normativo de relevância ímpar, à medida que confere vantagens ao clero e à nobreza, sob a tutela do monarca.

<sup>58</sup>Cfr GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*, op. cit., p. 249-250.

<sup>59</sup>Todo o litígio é descrito por HAROLD J. BERMAN, in *Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 327: *Thomas Becket, arcebispo que se negou a cumprir as constituições de Clarendon expedidas em 1164 por Henrique II alegando a independência da Igreja para o julgamento dos clérigos e a submissão ao direito canônico. Diante do confronto que se estabeleceu, quatro homens do rei assassinaram o arcebispo em sua catedral em Canterbury, o que levou Henrique II a pagar penitência e em 1172 a submeter-se à Igreja, para tanto, renunciando publicamente a alguns trechos das Constituições de Clarendon. Ver ainda: GEORGES SUFFERT, in *Tu és Pedro: santos, papas, profetas, mártires, guerreiros, bandidos. A história dos primeiros 20 séculos da Igreja fundada por Jesus Cristo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 187-195.*

<sup>60</sup>Vide, ainda, FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, Tomo I, p. 103, com embasamento em GEORGES BURTON ADAMS, *The Origin of the English Constitution*, New-Haven, London, Oxford, 1931, p. 111.

Na prática, as CClar. representaram a edição de regras que afastavam a aplicação do direito canônico, em especial, o *Dictatus* do Papa Gregório VII e passaram a definir que o julgamento dos clérigos competiria ao monarca, o que é possível vislumbrar do terceiro artigo das CClar., o qual “(...) regulava, de fato, que qualquer clérigo acusado de delito grave (inclusive homicídio, incêndio criminoso, roubo, estupro, lesões corporais e determinados outros crimes graves) deveria ser enviado, pela corte do rei, à corte eclesiástica, a fim de ser julgado, e, se considerado culpado aqui, deveria ser levado de volta à corte do rei para ser sentenciado. Isto significava na prática ser executado, ou mutilado, pelo corte de mãos e pernas. Um oficial do rei deveria presenciar os procedimentos na corte eclesiástica, “para ver como o caso é julgado”.”<sup>61</sup>.

Como se vê, as CClar. não chegaram a suprimir a atividade judicante da Igreja no tocante aos clérigos, considerando que o exame do juízo de culpa pertencia à Igreja, apenas a imposição da condenação e a eventual interposição de recurso da decisão eclesiástica (artigo oitavo das CClar.) é que ficaram entregues à autoridade real.

Vale dizer, portanto, que o monarca só poderia emitir a condenação do clérigo na hipótese do mesmo ser julgado pela corte eclesiástica e afirmado pelos seus pares como culpado, bem como no caso de interposição de recurso da decisão clériga (artigo oitavo da CClar.), onde o rei teria a função de exercer o papel de magistrado último e definitivo das causas envolvendo o direito canônico na Inglaterra, o que consistiria numa intervenção da justiça local (real) na eclesiástica, além de consubstanciar-se numa retirada dos privilégios dos membros da Igreja.

A crítica exposta por Becket quanto ao *artigo terceiro* das CClar. diz respeito ao fato de a mesma ensejar a *violação do princípio do risco duplo*, pois “*Deus não pune duas vezes a mesma ofensa*” – *ne bis in idem* –, razão pela qual sustentou Becket “(...) o privilégio do clero ser punido – por certas ofensas – exclusivamente no fórum eclesiástico. Porém a imunidade clerical total das

---

<sup>61</sup>Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 328.

*jurisdições seculares nunca foi reivindicada. É verdade que tanto no Império Bizantino como no Franco os bispos – embora não aqueles abaixo deles – deveriam ser julgados e sentenciados somente por clérigos. Naquela época mais antiga, contudo, não havia uma nítida distinção entre as cortes eclesiástica e secular; o clero atuava em ambas. Em qualquer acontecimento, na Inglaterra e em outras partes, era bastante comum, anteriormente ao século XII, que os clérigos que tivessem sido condenados e depostos ou disciplinados dentro dos procedimentos eclesiásticos fossem levados as cortes locais, reais ou feudais para ser julgados e punidos novamente pelo mesmo crime. Somente com o estabelecimento do novo sistema de jurisdição eclesiástica, no final do século XI e no século XII, o privilégio do clero tornou-se um assunto crucial.”<sup>62</sup>.*

É verdade, porém, que não há registro de que algum clérigo deposto ou rebaixado tenha sido entregue ao poder do monarca, a fim de que fosse executado<sup>63</sup> ou mutilado na presença de um oficial do rei, o que só realça a disputa de poder e da preservação dos privilégios entre as “ordens”<sup>64</sup> ou “corpos”<sup>65</sup> dominantes, no caso, a Igreja *versus* monarca ou a comunidade senhorial.

O confronto dos privilégios aplicados aos membros da Igreja na Inglaterra e na França indica que o alcance de uma jurisdição secular teve maior incidência na visão jurídica levada a efeito a época na França, o que é possível concluir do contexto apresentado por BERMAN ao realçar que após a morte de Becket, na Inglaterra “a jurisdição secular foi excluída para punir, mais ainda para julgar. Entretanto, a corte do rei finalmente adotou o recurso processual de julgar a pessoas antes de saber qual era a sua posição clerical, e somente se ela fosse

<sup>62</sup>Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 330-331.

<sup>63</sup>Cfr BERMAN, Harold J., *op. cit.*, p. 331, *apud* MAITLAND, Frederich W. *Roman Canon Law In the Church of England*, Londres, 1998, p. 56-57.

<sup>64</sup>Vide MÁRIO CURTIS GIORDANI. *História do Mundo Feudal II/1. op. cit.*, p. 128, *apud* JACQUES ELLUL, *Histoire des Institutions*, Paris, Tomo II, p. 17 ao salientar que: “(...) a sociedade feudal foi dividida em “corpos”, em “ordens” mas não em “classes”. “A diferença entre os dois termos, continua o mesmo autor é a seguinte: a classe é um fenômeno sócio-econômico (habitat, modo de viver, nível de vida, gênero de trabalho, etc.), a ordem é um fenômeno funcional e jurídico” (...).”

<sup>65</sup>Fundamental a consulta de MAX WEBER, in *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, volume I, p. 199-203: onde dá ênfase ao emprego do vocábulo *classes* como um fenômeno sócio-econômico.

*condenada, teria o direito de recorrer ao benefício do clero e ser mandada a um corte eclesiástica. Além disso, a questão de a responsabilidade secular do clero ser maior para delitos graves do que para crimes menores, e por ofensas civis, aparentemente não foi abordada por Becket; de qualquer forma, a jurisdição secular permaneceu acima do clero em tais assuntos, na Inglaterra. Na França, ao contrário, o clero estava imune do julgamento secular por crimes menores, mas não pelos mais graves, como homicídio premeditado, mutilação, roubo e reincidência (“incurrigibilidade”), e “casos reais”, que incluíam a traição e outros crimes que atingissem a dignidade do príncipe ou de seus oficiais, assim como crimes de segurança pública, tais como promover assembléias proibidas ou ensinar a idolatria, o ateísmo e outras doutrinas proibidas. Tais “casos reais” pertenciam à jurisdição secular, fosse o crime cometido por um leigo ou por um clérigo.”<sup>66</sup>.*

As relações entre a Igreja e o monarca e a constante disputa envolvendo o exercício do poder sempre estiveram em pauta e a prova mais eloqüente disto, a propósito, é que após o litígio ocorrido entre o monarca inglês Henrique II e o arcebispo Thomas Becket no período de 1164 a 1170, novo embate se materializou com o monarca inglês João Sem-Terra ao outorgar a *Magna Carta Libertatum*, em 15 de junho de 1215, ao assinalar que a Igreja da Inglaterra era livre, transmitindo uma idéia de separatismo com a Igreja de Roma, à medida que redigiu a primeira prescrição nos seguintes termos:

*“1 – A Igreja de Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades; e queremos que assim seja observado em tudo e, por isso, de novo asseguramos a liberdade de eleição, principal e indispensável liberdade da Igreja de Inglaterra, a qual já tínhamos reconhecido antes da desavença entre nós e os nossos barões [...]”<sup>67</sup>.*

<sup>66</sup>Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 335.

<sup>67</sup>Vide JORGE MIRANDA (organização e tradução). *Textos Históricos do Direito Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980, p. 13.

Além da controvérsia mantida com a Igreja, a importância de Henrique II para o direito inglês materializa-se pela formação de uma identidade nacional sob o ponto de vista jurídico, o que deu ensejo a *Common Law*<sup>68</sup>.

Posteriormente, quando João Sem-Terra mencionou que a “*Igreja de Inglaterra*” ostentava uma liberdade, quis e expressou a sua efetiva afronta ao poder Papal, especificamente, em relação ao Papa Inocêncio III que pôs toda a Inglaterra sob interdição e o excomungara em 1208<sup>69</sup>, o que dá a correta proporção de que a monarquia inglesa, bem antes do início do anglicanismo por Henrique VIII<sup>70</sup>, não mais pretendia ficar submetida à palavra do Papa o qual tinha o poder supremo de excomungar o próprio rei, numa clara demonstração da supremacia do poder da Igreja.

Durante os séculos XII e XIII o poder monárquico, em diversos aspectos concernentes à vida e à estrutura social, objetivou a limitação dos privilégios da Igreja, todavia, sem perder a parcela de poder e de controle referente à aplicação de punição dos seus súditos mais importantes, como é possível constatar das CClar., que, no seu artigo sétimo já acentuava:

“(...) *Proibia a excomunhão de um comandante-em-chefe do rei (que recebia terras diretamente dele, em contraste com o sub-comandante) ou de um oficial do governo do rei, sem a permissão do rei (...).*”<sup>71</sup>.

<sup>68</sup>A respeito do tema, ver exposição feita por CHRISTOPHER HILL, in *Origens Intelectuais da Revolução Inglesa*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 304: *Common Law. Direito consuetudinário ou costumeiro. A justiça foi unificada na Inglaterra por Henrique II. Ao contrário das jurisdições tradicionais, que aplicavam os costumes locais, a competência dos novos tribunais era válida para todo o reino. Daí o nome comune ley ou common law. Uma série de tribunais ligados posteriormente por iniciativa real, as prerogative courts, disputaria com os tribunais da common law a competência para julgar certos casos.* No mesmo sentido, RENÉ DAVID. *O direito inglês*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

<sup>69</sup>Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 334.

<sup>70</sup>QUENTIN SKINNER, in *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 303, informa: “*Na Inglaterra, ao contrário, esta se realizou de forma gradativa, assumindo, em alguns de seus estágios, as feições de movimento oficial. Começou com o rompimento de Henrique VIII com Roma, em inícios da década de 1530, e com a ofensiva do Parlamento contra os poderes da Igreja; tomou direção mais doutrinária, (e mais calvinista) entre 1547, data da ascensão de Eduardo VI ao trono, e 1553, quando a ele sucedeu sua irmã Maria; e completou-se, após a morte de Maria, em 1558, com o sucesso demonstrado na constituição daquele híbrido ímpar, a consolidação ou compromisso (settlement) da Igreja anglicana*”.

<sup>71</sup>Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 328.

Se o comandante-em-chefe ou o oficial do governo do rei é uma extensão do poder real, um *longa manus*, nada mais natural que a aplicação pela Igreja de eventuais penalidades aos servidores reais mais destacados pudesse ser contestada pelo monarca, o que dá a medida exata da presença de privilégios nas classes mais abastadas ou junto aos ocupantes dos cargos reais.

Antes da reforma inglesa do século XVI com Henrique VIII, as CClar. ficaram sobrestadas, porém, segundo a advertência feita por BERMAN, a aplicação do artigo sétimo não era totalmente desconhecida ou desprezada, tendo em vista a consulta ao monarca sobre a excomunhão de seus oficiais<sup>72</sup>.

A extensa controvérsia sobre a discussão dos privilégios ou do chamado “benefício do clero”, segundo SKINNER<sup>73</sup> envolveu as situações atinentes às isenções fiscais que várias casas religiosas pretendiam manter e acabaram por ser contestadas pelos monarcas ingleses (Henrique VII e Henrique VIII), bem como as questões relacionadas à imunidade processual dos membros da Igreja no caso de muitos crimes capitais, a qual, por sua vez, sofreu efetiva restrição com a aprovação em 1533 do Ato de Apelações, cujos termos proibiam as apelações a Roma e transferiu a jurisdição da Igreja para a Coroa.

Portanto, não se pode negar que os monarcas orientados por um sentido de concessão de privilégios aos ocupantes de cargos mais relevantes dentro do reinado procuraram interferir na influência da Igreja e, com isso, puseram em prática um sistema de proteção processual e de aplicação de pena aos mesmos.

A afirmação da supremacia monárquica em relação à eclesiástica produziu freqüentes embates em toda a Europa, deste modo, estabelecendo um longo processo de questionamento da presença e do controle jurisdicional da Igreja em relação aos leigos e da possibilidade de avocação da competência dos tribunais comuns para os tribunais eclesiásticos.

---

<sup>72</sup>Cfr. BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 335.

<sup>73</sup>Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340 e 367.

Toda discussão acerca do sistema de imunidade processual do clero quanto à prática de crimes capitais e outros itens que guarneciam os privilégios do clero e os poderes papais foram alvos de um crescente e ininterrupto confronto entre as autoridades seculares e a Igreja, o que redundou no esvaziamento da jurisdição eclesiástica e, por fim, na predominância dos tribunais comuns, como assinalado por SKINNER ao revelar que “o outro ponto, ainda mais contencioso, no qual as autoridades seculares vieram a exercer crescente pressão sobre a Igreja prendia-se às jurisdições supranacionais tradicionalmente detidas pelo papa. Aumentava o ressentimento ante o direito do papado a coletar impostos em seu próprio nome e a controlar a concessão de benefícios no interior de cada Igreja nacional. Um resultado desse descontentamento foi que em vários países as autoridades seculares, negociando com a Sé romana, conseguiram extrair delas concessões nessas duas questões cruciais. Isso permitiu que conservassem relações relativamente amistosas com a Igreja, ao mesmo tempo que insistiam na condição de seus reinos como “impérios”, exercendo os respectivos governantes completo controle jurisdicional no interior de seu território.”<sup>74</sup>.

O desaparecimento das jurisdições pontifícias do dia a dia do reinado, como foi dito, não esteve só em pauta na Inglaterra, mas em todo o Velho Mundo, cuja recusa a manutenção do poder jurisdicional eclesiástico se desenvolveu, em alguns casos, pela atuação da Reforma<sup>75</sup> e da atuação da Igreja Luterana (Europa do Norte)<sup>76</sup>.

O abrandamento e, por fim, a supressão da competência pontifícia sobre a secular era impostergável e restou materializada nas diversas concordatas subscreitas pela Igreja com alguns governos, como por exemplo, a França (Sanção Pragmática de Bourges de 1438) e a Espanha, o que não foi possível na Inglaterra, Alemanha (Gravamina ou “agravos da nação germânica”, Dieta de Frankfurt de 1456 e Dieta de Worms de 1521) e na Escandinávia (Código Civil e Eclesiástico de Byretten – Dinamarca 1521 – 1522)<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340.

<sup>75</sup> *Fundamental a consulta de JACQUES BARZUN, in Da Alvorada à Decadência: A História da Cultura Ocidental de 1500 aos nossos dias.* Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 24/27.

<sup>76</sup> Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 345.

<sup>77</sup> Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340/341.

A formação do pensamento político moderno, no caso, livre da influência da Igreja nos assuntos pertinentes ao Estado e, concomitantemente, forjou a tradição jurídica ocidental, com isso, deles alijando a participação da Igreja e afirmando a jurisdição do monarca sobre os seus súditos.

Vale dizer, neste passo, que a formação da tradição jurídica ocidental laica, movida ou não pelas disputas existentes entre monarcas e a Igreja acerca da cobrança de impostos às ordens religiosas, possibilitou a discussão quanto aos privilégios conferidos aos eclesiásticos, ou seja, “o benefício do clero”.

Perceptível, nesses termos, que em boa parte da idade medieval, a construção de um chamado foro privilegiado não era estranha ao domínio jurídico e sempre esteve presente nos regramentos impostos pela Igreja e decisões papais, bem como no disciplinamento normativo efetuado pelos monarcas e nas suas deliberações.

Os dados acima indicam a presença de benesses em favor de determinadas autoridades ligadas ao clero ou ao monarca, com o intuito de propiciar um sistema de imunidade processual pautado em privilégios, pois o fundamento da sua concessão está na importância do cargo ou da pessoa junto à Igreja ou do reinado.

As Constituições de Clarendon de 1164 aparecem, talvez, como o primeiro documento político a reconhecer que um “comandante-em-chefe do rei” ou um “oficial do governo do rei” tinham a limitação quanto à deflagração de processos pela Igreja contra os mesmos, o que identifica uma circunstância bem parecida com o foro por prerrogativa de função definido e constante do ordenamento constitucional moderno.

Por outro lado, longa foi a controvérsia quanto à submissão dos membros mais importantes da Igreja (arcebispos, bispos e outros clérigos) à justiça comum, o que foi objeto de acirrado conflito entre a Igreja e os principais monarcas na Europa, numa demonstração clara de disputa de poder político e de interferência da Igreja nos assuntos do Estado.

De um lado, o monarca quis sobrepor a sua autoridade e a preservação dos mais altos e destacados servidores ou funcionários do reinado da aplicação do direito canônico e a Igreja, ao seu turno, não se mostrava disposta a permitir que os seus membros mais importantes pudessem ser processados e julgados pelo monarca.

Como já restou demonstrado, a imunidade processual dos membros da Igreja foi, primeiramente, mitigada e acabou cessando por intermédio das concordatas anteriormente mencionadas (França e Espanha), sendo certo que na Inglaterra, Alemanha<sup>78</sup> e países nórdicos a influência religiosa promovida pela Reforma Protestante deu ensejo à era moderna, a qual questionou o sistema de privilégios elaborado pela Igreja Católica aos seus membros e a imposição da Igreja em manter uma competência para processar e julgar os leigos junto aos tribunais eclesiásticos, fato exposto e criticado com veemência na Declaração de agravos (Dieta de Worms de 1521), à medida que “*os autores da declaração começam queixando-se do “benefício do clero”, argumentando que tal sistema “necessariamente anima os clérigos a praticar atos perversos, ainda mais porque os tribunais eclesiásticos os libertam com facilidade, seja qual for o crime cometido” (p. 58). Depois, reclamam que o clero está “solapando a autoridade secular”, já que “arrasta os leigos aos tribunais eclesiásticos” e ao mesmo tempo “arranca o que quer” da jurisdição dos tribunais comuns (p.62).*”<sup>79</sup>.

Ao que se depreende do processo histórico instaurado na Inglaterra e por outros governos, o rompimento com a Igreja Católica fomentou o repúdio à concessão de privilégios em todos os níveis, o que teve reflexos na formação jurídica (constitucional) de determinados países, ao contrário do contexto que acabou por se estabelecer na Península Ibérica, onde toda a rede e complexidade para a concessão de privilégios sempre estiveram presentes por força da atuação dos monarcas e dos ordenamentos por eles emitidos e pela exemplificação emanada da Igreja, cuja presença se manteve extremamente acentuada.

---

<sup>78</sup>Cfr. ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 258, item 17.

<sup>79</sup>Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340.

Temos, assim, o reconhecimento de um *foro privilegiado*, onde se pretendeu firmar um *órgão exclusivamente competente para o julgamento daqueles que exerciam as mais altas funções públicas do reinado*, diferentemente do que aconteceu no Império Romano em que a distinção ou o privilégio era demarcado pela natureza do crime, a partir do século XII, o mesmo passou a orientar-se pelos cargos ou funções ocupadas dentro da estrutura real, ou seja, “*não sobre natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, abades e priores etc., fidalgos e pessoas poderosas, casos esses que se confundiam muitas vezes com os casos reais*”<sup>80</sup>.

É de se acrescentar, ademais, que nos séculos subseqüentes “*(...) foram restringindo os casos reais e se ampliando os casos privilegiados, ficando estes como correlativos opostos aos casos comuns, sujeitos às justiças ordinárias, a tal ponto que a classificação dos crimes, em relação às jurisdições, foi esta: crimes privilegiados, crimes eclesiásticos e crimes comuns, distinguindo-se estes dos outros, principalmente por constituírem, em regra, os casos de devassa a cargo dos juízes locais, ao passo que os privilegiados estavam a cargo dos corregedores e dos ouvidores e os eclesiásticos a cargo das oficialidades eclesiásticas.*”<sup>81</sup>.

Um retrato da estratificação social e política na Idade Média traz à colação o pertinente exame da comunidade senhorial e dos vassalos desenvolvida por JACQUES LE GOFF, ao demonstrar a presença de uma impermeável estrutura de poder destinada à proteção dos senhores feudais, mediante a interferência no processo de escolha daqueles que seriam encarregados da realização dos julgamentos, pois “*(...) em diversos níveis, e com mais ou menos prestígio, ambos pertenciam ao senhorio, ou melhor, ao senhor de que dependiam. Ambos eram “homens” do senhor, num sentido nobre e outro num sentido humilhante. Os termos que muitas vezes acompanhavam tal palavra estabeleciam a distância existente entre suas condições. Para o vassalo, por exemplo, “homem de boca e de mãos” evoca uma intimidade, uma comunhão, um contrato que o colocava,*

---

<sup>80</sup> Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 81.

<sup>81</sup> Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 81.

*embora em posição inferior, no mesmo patamar que seu senhor. Por outro lado, o “homem de poder” (homo de potestate), isto é, que dependia, estava entregue ao poder do senhor. Em troca apenas da proteção e da contrapartida econômica da dependência – num caso o feudo e noutra a tenência – ambos tinham em relação ao senhor uma série de deveres: ajudas, serviços, prestações, e ambos estavam submetidos ao seu poder – que se manifestava mais nitidamente do que nunca no domínio judiciário.”<sup>82</sup>.*

O modelo de concessão de privilégios acima indicado, tal como já objeto de destaque anteriormente, foi combatido pelos governos mais fortes, os quais não pretendiam se submeterem à ordenação legal firmada pela Igreja que deles suprimiram a competência para processar e julgar os membros mais importantes do Clero e, tampouco, admitiam, no plano interno, que a Comunidade Senhorial pudesse ter um monopólio da justiça quanto aos súditos da Coroa.

A compreensão da esfera pública medieval e o envolvimento da comunidade senhorial em relação à mesma, em outras palavras, é objeto de explicação, uma vez que a apropriação pelos senhores feudais da função julgadora representou a sua intervenção na ordem pública, porque *“entre as funções que os senhores feudais solaparam do poder público, não houve outro mais pesado para os dependentes do que a função judiciária. Sem dúvida o vassalo era chamado na maioria das vezes a se sentar no lado bom em vez do lado mal do tribunal – ou como juiz, ao lado do senhor, ou no lugar dele –, mas também estava submetido aos veredictos deste tribunal – em caso de delito se o senhor tivesse apenas direitos de baixa justiça, e em caso de crime se o senhor controlasse a alta justiça. Neste caso, a prisão, a força e o pelourinho, prolongamentos sinistros do tribunal senhorial, eram símbolos mais de opressão do que de justiça. Sem dúvida que os progressos da justiça real ajudou a emancipar os indivíduos, que viam seus direitos melhor garantidos na comunidade mais ampla do reino do que no grupo mais estreito, mais constrangedor e mais opressivo do senhorio. Mas tais progressos foram lentos.”<sup>83</sup>.*

<sup>82</sup> Cfr. GOFF, Jacques Le, *op. cit.*, p. 288.

<sup>83</sup> Cfr. GOFF, Jacques Le, *op. cit.*, p. 288-289.

Daí se vê uma evidente preocupação daqueles que exercitaram o poder dirigido aos súditos ou vassalos em se manterem no domínio da esfera pública encarregada de dirimir os litígios e da aplicação das punições adequadas às hipóteses entregues para julgamentos.

Neste momento, o exercício da função política concernente à realização do ato de julgar, simultaneamente, possibilita a distribuição das vantagens ou dos privilégios aos membros da Corte, na verdade, os seus apaniguados políticos.

Os senhores feudais e os monarcas perceberam a importância de possuir o controle da função jurisdicional com a escolha dos julgadores para legitimar a imposição de possíveis sanções, consolidando o monopólio desta atividade estatal, a par de infirmar a competência da Igreja quanto aos litígios da órbita cível e da aplicação de penalidades (matéria penal).

Sendo a atividade jurisdicional uma parcela das mais relevantes do Poder Público, a rigor, seria inconcebível que os monarcas dotados de forte capacidade centralização e inegavelmente mais poderosos que a Comunidade Senhorial deixassem o processamento e a realização da Justiça propriamente dita ao inteiro alvedrio dos Senhores ou da Nobreza, porquanto o mesmo significaria um real esvaziamento das suas funções e poderes, o que foi alvo de extensa disputa com a Igreja.

Embora, circunscrevendo a sua análise ao plano da introdução histórica ao direito privado, bem como a formação e todo o mecanismo de funcionamento dos tribunais e do processo na órbita privatística, R. C. VAN CAENEGEM assinala que os juizes e tribunais foram criados por volta do fim do século XII na baixa Idade Média, sendo o magistrado, com efeito, um novo tipo de funcionário episcopal, o que deixou de ser uma realidade na alta Idade Média com a centralização do sistema judiciário e a sua secularização, ou seja, a jurisdição central firmada na Inglaterra por Henrique II que, paulatinamente, eliminou a aplicação da justiça eclesiástica e os tribunais feudais e senhoriais<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup>CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 141-142.

R. C. VAN CAENEGEM informa, ainda, que a instituição dos tribunais seculares na França, em suma, deu ensejo ao Parlamento de Paris que “*tornou-se a suprema corte real por volta da metade do século XIII. Tinha competência em primeira instância para alguns assuntos e para as pessoas importantes; como tribunal de apelação, sua jurisdição era geral.*”<sup>85</sup>.

É de se concluir que o controle da atividade jurisdicional pelos monarcas conheceu total predominância na Idade Média tão logo os privilégios conferidos à Igreja foram suprimidos, o que representou, no plano interno, o término da jurisdição supranacional Eclesiástica e, por conseguinte, a cessação da sua interferência.

Esta jurisdição centralizada teve aplicação nas causas cíveis e criminais, mantendo-se o exercício de privilégios em ambas, contudo, com maior ênfase para o plano processual e criminal.

A questão concernente à fixação dos privilégios na órbita interna dos governos passou a ser uma tarefa do monarca ou da Comunidade Senhorial, quase sempre, na procura de se estabelecer a proteção dos seus membros ou ocupantes dos cargos de maior relevância, o que dá exata dimensão de que as figuras centrais da estrutura de governo gozavam da tutela jurisdicional, não só pelo caráter pessoal dos envolvidos no processo criminal, exemplo a *Curia Regis* na França, onde “*um corpo de privilegiados só pode ser julgado por seus pares*”<sup>86</sup>, diferentemente das *Constituições de Clarendon* que buscavam a designação do privilégio em atenção ao cargo (comandante-em-chefe do rei e o oficial do governo do rei)<sup>87</sup>, atendendo a uma condição objetiva e não circunscrita ao aspecto pessoal.

O afastamento da jurisdição eclesiástica fez parte de um processo histórico deflagrado por diversos monarcas que agiram instintivamente para a realização e

---

<sup>85</sup>CAENEGEM, R. C. Van. *op. cit.*, p. 143.

<sup>86</sup>Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1. op. cit.*, p. 280.

<sup>87</sup>Cfr. BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 328.

transformação daquilo que à época exigia<sup>88</sup>, ou seja, numa clara alusão a HEGEL, os seus *objetivos pessoais continham a vontade essencial do Espírito do mundo*<sup>89</sup>, mas, o mesmo não representou o afastamento dos privilégios nas jurisdições seculares criadas com a supressão da autoridade Papal.

Um relato sobre todo o contexto político vivenciado na Inglaterra, naturalmente, seria ineficaz sem a abordagem do modelo formulado por Hobbes, o qual deixou assentado em sua obra *Leviatã*, onde criou os elementos de uma verdadeira teoria política, a necessidade de que a nobreza desfrute de privilégios<sup>90</sup>, inclusive destacando, por ocasião do exame dos Ministros Públicos do poder soberano que os lordes tinham o privilégio de ter outros lordes como seus juizes em se tratando de litígios públicos, ou seja, causas políticas que ensejam o reconhecimento de crimes capitais<sup>91</sup>.

A visão Hobbesiana retratou o perfil existente à época, no sentido da inexistência de privilégios quanto ao foro nas controvérsias civis, ainda que os lordes, elementos mais destacados da vida social e política inglesa viessem a participar da lide<sup>92</sup>, contudo, reconhece que eventual litígio entre a parte julgada e o juiz (o Ministro Público nomeado pelo Soberano) só deveria ser decidida pelo Soberano ou por juiz indicado pelo mesmo, o que revela uma tendência protecionista quanto ao julgamento daqueles que ocupam cargos públicos por indicação do Soberano (quer este seja um monarca ou uma assembléia)<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup>Sobre o processo de transformação da sociedade, é conveniente a leitura de CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 220, ao mencionar que: “*Mais assim como a sociedade não pode ser pensada dentro de nenhum dos esquemas tradicionais da coexistência, a história não pode ser pensada dentro de nenhum dos esquemas tradicionais da sucessão. Porque o que se dá em e pela história não é seqüência determinada do determinado, mas emergência da alteridade radical, criação imanente, novidade não trivial. É isso que manifestam tanto a existência de uma história in toto, como o aparecimento de novas sociedades, (de novos tipos de sociedades) e a autotransformação incessante de cada sociedade.*”

<sup>89</sup>HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na história: Uma introdução geral à filosofia da história*. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2004, p. 79.

<sup>90</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatã* (Clássicos Cambridge de Filosofia Política). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 77.

<sup>91</sup>HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 207-208.

<sup>92</sup>HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 208.

<sup>93</sup>HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 204 e 207.

Podemos sustentar que a reminiscência da prerrogativa de função firmada na visão republicana com o advento das constituições liberais pós-Revolução Francesa, de alguma forma, já encontrava na Idade Média os seus indicativos, isto é, uma continuidade que tomou como ênfase a concessão da prerrogativa não à pessoa, mas para o cargo público ocupado, circunstância que era expressa na vida política inglesa, como se pode constatar das CClar. e da visão política descrita no modelo Hobbesiano.

Não se deve esquecer, ainda, que o processo histórico que determinou a restrição aos privilégios, numa visão abstratamente considerada, em síntese, possibilitou que a Inglaterra editasse vários textos normativos (*Magna Charta Libertatum* de 1215, *Petition of Right* de 1628, Lei de *Habeas Corpus* de 1679, *Bill of Rights* de 1689 e *Ato de Estabelecimento* de 1701) em busca da contenção dos privilégios reais e de uma imperceptível afirmação dos direitos de uma classe e, posteriormente, estendidos a toda a sociedade inglesa.

E, a pretexto da listagem apresentada, não se pode desconhecer que o *Habeas Corpus* surgiu como o primeiro documento que restringiu diversos direitos do monarca e, concomitantemente, pôs em prática a preservação de determinados privilégios dos barões normandos que se achavam em risco, como se deduz do item 21: “*Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do direito.*”<sup>94</sup>.

Acerca da Magna Carta, PEDRO CALMON<sup>95</sup> estabeleceu que o “*direito público formal surge na “Magna Carta”, que os barões ingleses impuseram, em 1215, a João Sem Terra, pois, nela se dizia, por exemplo, que todos os súditos seriam julgados “segundo a lei do país”. Por via da “concórdia” a norma, abstrata, prevaleceu sobre a plenipotência real. Quando ela se fizesse tradição, estaria criado o “constitucionalismo” britânico.*”.

---

<sup>94</sup>Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 14.

<sup>95</sup>CALMON, Pedro. *Curso de Teoria Geral do Estado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 67.

No mesmo sentido revelado acima, GAETANO MOSCA e GASTON BOUTHOU<sup>96</sup> endossam o pensamento de que “*na verdade, não se pode afirmar que a Magna Charta, escrita em latim grosseiro misturado com expressões francesas e inglesas canhestramente latinizadas, e que foi definida como o fundamentum libertati Angliae, contenha os elementos de uma constituição moderna. Foi este na realidade um dos numerosos pactos entre barões e rei bastante comuns durante o regime feudal, e que estava em conformidade com a natureza mesma deste regime*”.

A experiência demonstra que a manutenção de privilégios em prol dos barões contra a figura do monarca inglês João Sem-Terra que tentava impingir aumento acentuado de tributos, embora tenha representado, com o passar dos anos, um manifesto destinado à preservação da liberdade e da justiça, mas, na verdade, nada mais era do que uma salvaguarda dos privilégios reclamados pelos barões normandos<sup>97</sup>.

A Magna Carta inaugura, assim, uma série de documentos normativos (Ciclo Constitucional Inglês) que, de maneira paulatina, promoveram o assentamento da igualdade na Inglaterra<sup>98</sup> e o estabelecimento de garantias na Lei de *Habeas Corpus* de 1679, no *Bill of Rights* de 1689 e no *Ato de Estabelecimento* de 1701, neste último caso, inclusive, impedindo que os juízes pudessem ser afastados da função por determinação do monarca, mas sim por iniciativa de ambas as Câmaras do Parlamento<sup>99</sup>, bem como, concretizando a integral subordinação da Igreja ao poder secular no período (reinado) Tudor<sup>100</sup>.

Em contraste com o Ciclo Constitucional Inglês, o constitucionalismo francês concentrou as mudanças limitadoras dos privilégios do Antigo Regime na

<sup>96</sup>Vide a este respeito: MOSCA, Gaetano e BOUTHOU, Gaston. *História das Doutrinas Políticas desde a Antiguidade*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 157-158.

<sup>97</sup>BRIGGS, Asa. *História Social de Inglaterra*. Lisboa: Presença, 1998, p. 70.

<sup>98</sup>Vide CHRISTOPHER HILL. *op. cit.*, p. 319: *Assim como ocorreu com a Magna Carta, que de carta de privilégios baronial transformou-se em declaração dos direitos de todos os ingleses livres, um princípio tipicamente feudal recebeu de Coke um novo significado, quando ele afirmou que “a casa de um inglês é, para ele, como se fosse o seu castelo”*.

<sup>99</sup>Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 27, o artigo 7º do Ato de Estabelecimento de 1701.

<sup>100</sup>HILL, Christopher. *op. cit.*, p. 306.

sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, posteriormente, na Constituição de 1791.

Ao findar este tópico, é possível concluir que o sistema de concessão de privilégios na Inglaterra e na França não foi direcionado, necessariamente, à proteção dos membros ou daqueles que exerciam a função judicante, mas sim, à tutela dos interesses da Nobreza. Se efetivarmos um contraponto com o elenco de privilégios definidos na esfera da Justiça criminal e civil nas legislações espanholas e portuguesas, observaremos que a condescendência e aceitação dos povos latinos aos privilégios sempre foi total, não impondo qualquer critério de resistência.

No direito inglês, é possível afirmar que a dinastia Tudor<sup>101</sup> sacramentou o afastamento dos privilégios desenvolvidos pela Igreja, com isso, eliminando a sua influência do direito inglês desde o início do século XVII, como registrado por CHRISTOPHER HILL ao informar que *“antes da reforma, os tribunais eclesiásticos eram parte de uma organização internacional: agora faziam parte de um sistema jurídico nacional. Apesar de atuarem em nome do bispo, eram tribunais do rei, tanto quanto um tribunal, senhorial que dizia atuar em nome de um senhor feudal. Coke precisava, naturalmente, dizer que os tribunais eclesiásticos sempre haviam estado subordinados à autoridade real; sua argumentação, porém, fundamenta-se na consolidação da autoridade nacional conquistada durante o século Tudor.”*<sup>102</sup>.

Portanto, o gradual afastamento da influência do Papa na Inglaterra, bem como da própria Igreja Anglicana dos assuntos do Estado, uma vez que era chefiada pelo Rei Inglês, em resumo, possibilitou a construção de um país dotado de uma identidade própria e livre das incessantes disputas mantidas com a Igreja acerca do exercício e da preservação de privilégios.

---

<sup>101</sup>Vide ABRAHÃO KOOGAN; ANTÔNIO HOUAISS (Ed.). *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1993, p. 1589: *Família dinástica inglesa, originária, com Owen Tudor, do País de Gales. Entre 1485 e 1603, cinco soberanos desse nome reinaram na Inglaterra: Henrique VII, Henrique VIII, Eduardo VI, Maria I e Isabel I.*

<sup>102</sup>HILL, Christopher. *op. cit.*, p. 333.

Os monarcas ingleses antes de empreenderem uma unificação normativa, com efeito, puseram em prática à sistemática e os preceitos ditados por MAQUIAVEL que considerava imprescindível à organização de um Estado, porquanto um “*país só pode ser realmente unido e prosperar quando obedece por inteiro a um único governo, seja ele monarquia ou república. Assim é a França, assim é a Espanha. Se o governo na Itália inteira não está assim organizado, seja em república seja em monarquia, isso devemos apenas à Igreja*”, tal como salientado por LOUIS ALTHUSSER<sup>103</sup>.

Nos exatos termos da França e da Espanha, o reino da Inglaterra eliminou os privilégios da Igreja, aliás, um dos motes para justificar a dissociação da mesma dos assuntos do Estado, antecipando à noção de resistência aos privilégios eclesiásticos e da nobreza efetivada na Revolução Francesa.

Conscientemente ou não, os monarcas ingleses desde a edição das Constituições de Clarendon em 1164 e do extenso litígio que se estabeleceu com o Rei João sem-terra em 1208, pretenderam e conseguiram tirar o máximo proveito de todos os embates mantidos com a Igreja, reforçando a idéia de que os “*Príncipes tornam-se grandes quando superam as dificuldades e as oposições que lhes são feitas*”<sup>104</sup>, ou seja, conquistaram as suas respectivas reputações com o embate proporcionado pelos próprios inimigos, vencendo-os “*com aquela escada que os seus inimigos lhe trouxeram*”<sup>105</sup> e ascendendo ao poder absoluto em seu país.

É possível afirmar, portanto, que a rejeição aos privilégios da Igreja e da nobreza constituiu uma das bases do Constitucionalismo inglês<sup>106</sup>, o qual teve difusão efetiva no mundo moderno<sup>107</sup> e, sobretudo, propiciou a formação de um Estado laico, em razão da submissão da Igreja Anglicana em relação ao Estado.

<sup>103</sup> ALTHUSSER, Louis. *Política e história, de Maquiavel a Marx*: curso ministrado na École Normale Supérieure de 1955 a 1972. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 225.

<sup>104</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Hedra, 2007, p. 207.

<sup>105</sup> Vide MAQUIAVEL, Nicolau. *op. cit.*, p. 207.

<sup>106</sup> Neste sentido, FERREIRA, Pinto. *op. cit.*, p. 103-106.

<sup>107</sup> Cfr. CAETANO, Marcelo. *op. cit.*, p. 68.

### 2.2.3

#### Exame do Privilégio na Espanha, Portugal e no Brasil Colônia.

O privilégio no aparelho judiciário também encontrou nas leis processuais e penais aplicação nas regulamentações elaboradas na Espanha e em Portugal.

A criação de normas na Península Ibérica não suscitou os mesmos embates observados nos demais reinos europeus, daí porque a disputa de poder entre monarca, a nobreza feudal eclesiástica e leiga, bem como o próprio Clero, de certa forma, não chegou a assumir os mesmos contornos presentes na Inglaterra, levando-se em conta a força demonstrada à época pelos Reis de Espanha e Portugal.

Impende notar que o período do direito consuetudinário e foraleiro em Portugal (1140-1248) primou pela expedição das chamadas *cartas de privilégio (forais)*, prenúncio do direito público português, consistentes na outorga pelo monarca de poderes a certa pessoa ou a um agrupamento de indivíduos especificados, objetivando a delimitação de regalias e vantagens, pois o conteúdo normativo de uma carta foral implicava no estabelecimento de regras concernentes a impostos, a composição de multas devidas pela prática de crimes e até previsões quanto aos encargos e privilégios de cavaleiros e peões<sup>108</sup>.

J. IZIDORO MARTINS JÚNIOR ao analisar a estrutura social portuguesa revela que “*não foi só pelas concessões de forais que Afonso III procurou cercear o poder da nobreza e especialmente dos prelados. Ainda nesse intuito e também para fazer pesar o poder real sobre as próprias povoações foralizadas, promulgou um grande número de leis gerais, de natureza penal, e, modificando as de Afonso II sobre juízes eleitos pelo povo, criou, à semelhança do missi-dominici das Capitulares, magistrados especiais, encarregados de fazer inquisições anuais sobre o procedimento daqueles juízes.*”<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup>Cfr. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *op. cit.*, p. 163-165.

<sup>109</sup>JÚNIOR, José Izidoro Martins. *História do Direito Nacional*. 3ª ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 64. No mesmo sentido: JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 82-89.

É inquestionável que a presença de monarcas dotados de imenso poderio, com capacidade de centralização e sem a presença de uma nobreza (Senhores) que pudesse criar entraves ao domínio real, naturalmente, motivou um processo de acomodação com a Igreja, o que ensejou a redução de privilégios conferidos ao Clero e facilitou o desenvolvimento de legislações próprias, como se deduz das Leis das *Siete Partidas* e das Ordenações<sup>110</sup>.

Na Espanha, assim, houve a criação em Castela, no século XIII, de uma coletânea normativa que veio a ser denominada Lei das *Siete Partidas*, a qual se manteve em vigor até o século XIX, cujos fundamentos emanam do direito comum<sup>111</sup> firmemente difundido na Península Ibérica.

Por isso mesmo, antes de serem editadas as leis gerais no Direito Português, no caso, as Ordenações, a Coroa Portuguesa, no reinado de D. Diniz “*sempre no intuito de favorecer toda propaganda que tendesse ao fortalecimento do poder da coroa, além de mandar traduzir em português a lei das Sete Partidas (promulgada na Espanha por Afonso, o Sábio) e de ordenar ou permitir que ela fosse adotada em Portugal como legislação subsidiária, promoveu e realizou a fundação da Universidade de Lisboa, determinando que nela fosse ensinado o Direito Romano. É que a Lei das Sete Partidas era essencial e profundamente romanista, e que da Universidade haviam de sair, ao influxo do direito justiniânico, os jurisconsultos regalistas, os acérrimos defensores da onipotência monárquica. E isto porque, como observa Cândido Mendes, o novo direito alargava o poder e prerrogativas da autoridade real. Lá se achava inscrita a célebre máxima de Ulpiano: - quod principi placuit, legis habet vigorem*”<sup>112, 113</sup>

<sup>110</sup>Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 83.

<sup>111</sup>O direito comum foi basicamente um direito romano-canônico, apesar de nele estarem também inseridos institutos dos direitos tradicionais dos povos europeus. (Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América, LDA., 1998, p. 86.

<sup>112</sup>Quod principi placuit, legis habet vigorem: O que apraz ao Príncipe, tem força de lei. (Vide ROBERTO DE SOUZA NEVES, in *Dicionário de Expressões Latinas Usuais: 15.000 adágios, provérbios e máximas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 496.

<sup>113</sup>JÚNIOR, José Izidoro Martins. *op. cit.*, p. 65.

Em Portugal, foram editadas as Ordenações Afonsinas<sup>114</sup>, Manuelinas<sup>115</sup> e Filipinas<sup>116</sup>, modelos de uma codificação nos padrões modernos, à medida que disciplinaram os aspectos relativos ao Estado Português, inclusive, com a elaboração de normas definidoras de direitos fundamentais em prol de judeus e mouros (Ordenações Afonsinas)<sup>117</sup>, a par de enumerar os variados privilégios que deveriam ser observados.

No Brasil Colônia, a aplicação das codificações portuguesas, no caso, as Ordenações estão presentes desde a Ordenação Afonsina de 1446, contudo, a maior influência normativa na órbita colonial brasileira foi promovida pelas Ordenações Filipinas<sup>118</sup>.

Sendo assim, no que diz respeito ao direito brasileiro, empreenderemos um rápido apanhado acerca da questão do privilégio e da “prerrogativa de função” no período que envolve a sedimentação do direito e da justiça no Brasil colonial.

A ressalva quanto ao período abrangido pela pesquisa, no que concerne ao Brasil Colônia, visa prevenir e evitar controvérsias quanto ao lapso temporal abordado nesta tese, considerando que a aplicação das Ordenações Filipinas em solo brasileiro, só teve término efetivo com a edição dos primeiros códigos no século XX<sup>119</sup>.

Deste modo, convém destacar, que o primeiro conjunto de normas elaborado na Península Ibérica foi a Lei das *Siete Partidas* e são diversos os aspectos que evidenciam a presença de uma regulamentação protetiva e garantidora de privilégios aos membros mais destacados da sociedade ou, então, aos ocupantes dos mais altos cargos da estrutura de governo na Espanha.

---

<sup>114</sup>Período de vigência de 1446 até 1511. (Cfr., HAROLDO VALLADÃO. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 74).

<sup>115</sup>Período de vigência de 1511 até 1603. (Cfr. HAROLDO VALLADÃO. *op. cit.*, p. 74-75).

<sup>116</sup>Período de vigência de 1603 até 1786. (Cfr. HAROLDO VALLADÃO. *op. cit.*, p. 75-76).

<sup>117</sup>Cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Para uma História Constitucional do Direito Português*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1995, p. 217-221.

<sup>118</sup>*Para esse alcance, vide JOSÉ IZIDORO MARTINS JÚNIOR. op. cit.*, p. 70: “Foi Filipe II que, em janeiro de 1603, decretou a observância, por todo o reino, das Ordenações Filipinas, - o código destinado a reger por mais de dois séculos a nação portuguesa, e a ser, ainda hoje, em vésperas do século XX, a pedra angular do direito civil brasileiro!”.

<sup>119</sup>CUNHA, Paulo Ferreira da. *op. cit.*, p. 163.

### 2.2.3.1

#### Exame dos Privilégios na Lei das Siete Partidas e nas Ordenações.

A concessão de privilégios na Lei das *Siete Partidas* tem espaço, por exemplo, contra a aplicação de penas e, também, no emprego de torturas para a obtenção de confissões, como bem analisado em extenso estudo efetivado por ANA LUCIA SABADELL, ao comentar que “os privilégios, via de regra, hereditários, são parte integrante da ordem jurídica das Idades Média e Moderna enquanto expressão (e garantia) da “essência” de uma sociedade organizada em estamentos. Em geral, os privilégios são estabelecidos em função da nobreza, mas também podem ser determinados devido ao exercício de cargos militares, políticos e clericais. Os privilégios impõem um tratamento jurídico diferenciado aos seus beneficiários. Assim, só excepcionalmente são aplicadas penas graves e infamantes contra pessoas oriundas de grupos privilegiados. Isso se verifica também em relação à tortura, observando-se que a maioria dos privilégios já está prevista nas Partidas. O mesmo vale em relação às exceções (ou imunidades) sobre a tortura, que afetam grupos que, devido à sua condição momentânea (física ou psíquica), gozam de um tratamento mais “brando”, como por exemplo as mulheres grávidas, os idosos, etc.”<sup>120</sup>.

Outras considerações semelhantes podem ser retiradas sobre a questão em apreço, pois a opinião de diversos autores quanto aos privilégios contidos na Lei das *Siete Partidas* revela o caráter irrenunciável de tais vantagens, segundo o estamento (classe social), e não a determinadas pessoas, o que nos oferece um indicativo de que o privilégio era difundido indistintamente entre os nobres e ocupantes dos cargos públicos superiores, a exceção de o nobre vir a ser alijado de seus privilégios, o que dependeria do cometimento de crime de lesa-majestade<sup>121</sup>.

<sup>120</sup>SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissiones. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 198.

<sup>121</sup>SABADELL, Ana Lucia. *op. cit.*, p. 199 e 202.

Afirma-se, contudo, que a aplicação da tortura e de outros meios menos questionáveis à preservação da incolumidade física dos indivíduos encontrava restrições quanto aos representantes do clero, muito embora a Lei das *Siete Partidas* tenha estipulação de que os membros da Igreja somente deviam ser punidos, no caso de delitos graves, com “azotes” (açoitamentos), algo que parece ser factível aos clérigos de menor importância, sendo inviável que o mesmo aconteça com os bispos que gozam de absoluta imunidade graças à “*excelsa dignidad*” e que viesse a ser efetivada imoderadamente contra os clérigos, sob pena da excomunhão do responsável pela tortura <sup>122</sup>.

A compilação normativa da Lei das *Siete Partidas* teve aplicação nos Reinos de Castela e também na Catalunha, basicamente, apresentando os mesmos critérios quanto à observância dos privilégios <sup>123</sup>, devendo se destacar que, “de fato, o direito penal, originado no direito comum não prevê um “*tratamento igual*” dos diferentes estamentos e grupos de pessoas, conforme já verificamos em relação à concessão de privilégios processuais penais dos nobres e dos milites. Esse princípio geral manifesta-se também no discurso de nossos autores em relação à tortura. São excluídos do interrogatório sob tortura os seguintes grupos: os milites, a nobreza, os legum doctores, os detentores de cargo público, os jovens com menos de 14 anos, os idosos e as mulheres durante a gravidez e o período de amamentação.” <sup>124</sup>.

No tocante às Ordenações, foram codificações marcadas por uma acentuada estruturação, cuja indicação dos privilégios fizeram parte de um rol exaustivo, dentre os quais, os Títulos XLVIII, XLIII, XXVII, XVIII a XX, XXIII, XXXI, XLIX, XLV e XXVI das Ordenações Afonsinas e os Títulos XLIV, XLV, XLVII, XLIX, L, LI, LVI, LVII, LVIII, LIX, LX, LXI, LXII, LXIII das Ordenações Filipinas.

Interessa-nos, particularmente, o exame das Ordenações Filipinas porque, como já dito alhures, as mesmas *vigeram em boa parte no Brasil por todo o*

<sup>122</sup>Para esse alcance: ANA LUCIA SABADELL. *op. cit.*, notas de rodapé 657 e 662, p. 201-202.

<sup>123</sup>SABADELL, Ana Lucia. *op. cit.*, p. 289 e 341-344.

<sup>124</sup>SABADELL, Ana Lucia. *op. cit.*, p. 341-342.

*período do Brasil Reino, além do anterior, a par com legislação local*<sup>125</sup> e, com efeito, durante o primeiro Império, quase todas elas estiveram ainda em vigor entre nós; no segundo, salvo o livro 5º que se tornou inaplicável com a promulgação do Código Criminal do Império<sup>126</sup>.

A par da definição dos privilégios, as Ordenações consolidaram todo o processo de cisão das justiças seculares e eclesiásticas, à medida que o livro 1º (primeiro), Títulos XI e XII das Ordenações Manuelinas e o primeiro livro das Ordenações Filipinas, Título XII, números 5 e 6 (do Procurador dos Feitos da Coroa)<sup>127</sup> estabeleceram possibilidade de questionamento da incidência da justiça eclesiástica nas hipóteses submetidas aos juízes seculares, mediante a expedição de Cartas dirigidas aos juízes eclesiásticos, no intuito de declarar a jurisdição da justiça secular, a afirmação da incompetência da justiça eclesiástica para processar, prender, censurar ou excomungar<sup>128</sup>.

As Ordenações imprimiram uma redução na supremacia do direito canônico defendida pela doutrina jurídica de Santo Agostinho (século VII), afastando a sujeição dos poderes temporais ao poder eclesiástico que permitia ao Papa o poder de depor os Reis ou de libertar os súditos do dever de lhe obedecer<sup>129</sup>.

A despeito de o Livro 1º (primeiro), Títulos XI e XII das Ordenações Manuelinas e do primeiro livro das Ordenações Filipinas, Título XII, números 5 e 6 (do Procurador dos Feitos da Coroa) conterem disciplinamento afirmador da

<sup>125</sup>Ver FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *in Ordenações Filipinas: Ordenações e leis do Reino de Portugal Recopiladas por mandato d'el Rei Filipi, o Primeiro*. São Paulo: Saraiva, 1957, 1º volume, p. 18, nota de rodapé 39, nos seguintes termos: “Cf. *Lei de 20 de outubro de 1823. Entre a legislação local, além das posturas municipais, inclui-se a legislação do tempo de Dom João VI, colecionada no “Código Brasiliense” (Rio, Imprensa Régia, 1811 a 1820), embora também não sejam esquecíveis os bandos, ordens, alvarás e mais atos que os delegados do Rei baixavam, no Brasil.*”

<sup>126</sup>Nesses termos: FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 1º vol., p. 18-19.

<sup>127</sup>Ver FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 1º vol., p. 115-117.

<sup>128</sup>No Brasil Império, um dos fatores que empreendeu a secularização coube ao Decreto 609, de 18 de agosto de 1851 declarar o Tribunal pelo qual devem ser processados os arcebispos e bispos do Império nas causas que não forem puramente espirituais. Cfr. JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Marquês de São Vicente / organização e introdução de Eduardo Kugelmas (Coleção Formadores do Brasil)*. São Paulo: 34, 2002, p. 459 e 680.

<sup>129</sup>Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia. op. cit.*, p. 88-89.

competência da justiça leiga é preciso esclarecer que todo processo de secularização foi estabelecido de forma gradual e pretendido pelos monarcas portugueses<sup>130</sup>, não só para criar uma justiça ligada a Coroa, mas, acima de tudo, objetivando a diminuição da influência da Igreja sob todos os aspectos da vida política e social.

Toda controvérsia gerada pela disputa de poder entre a Coroa e a Igreja continuou por vários anos, pelo motivo que há vários indicadores de que a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, criada pelo Marquês de Pombal durante o período de assessoramento a D. José, não quis apenas impor uma restrição ao direito doutrinal e jurisprudencial que era a espinha dorsal do direito comum<sup>131</sup>, contudo, principalmente, mitigar a influência do direito canônico e dos privilégios contidos no mesmo.

Como bem assinalado por PAULO FERREIRA DA CUNHA, a revisão do problema das fontes pelo Marquês de Pombal com a Lei da Boa Razão de 1769 agiu com o cuidado de discretamente restringir o direito canônico ao seu âmbito eclesiástico normal, e de pôr requisitos muito exigentes (sobretudo para época) para o que devesse considerar-se costume, estabeleceu apenas que o legislador das Ordenações houvera estabelecido a Boa Razão como critério de integração das lacunas do direito pátrio<sup>132</sup>.

A idéia de que a Lei da Boa Razão teria exercido um papel reformista e incrementador de um racionalismo jurídico que alcançou o direito canônico consta expressamente de diversos doutrinadores, à medida que reconhecem na reforma iluminista o mérito de firmar *“o erro manifesto de se supor que no foro temporal se pode conhecer dois pecados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior e à espiritualidade da Igreja; por esse motivo, e esclarecendo que aos tribunais seculares não toca o conhecimento dos pecados; mas sim e tão somente o dos delictos, era o direito canônico proscrito do foro*

---

<sup>130</sup>Cfr. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *op. cit.*, 1º vol., p. 117: *“Esta ingerência nos eclesiásticos decorria de Concordatas de D. João I e de D. Sebastião”* (V. Cândido Mendes de Almeida: *“Direito Civil Eclesiástico”*, págs. 148, 164 e 210).

<sup>131</sup>Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia. op. cit.*, p. 166.

<sup>132</sup>Cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da. *op. cit.*, p. 182.

*temporal, deixando-se os referidos textos de Direito Canonico para os Ministros, Consistorios Ecclesiasticos os observarem (nos seus devidos e competentes termos) nas decisões da sua inspecção.”*<sup>133</sup>.

Como se vê, o processo de secularização alcançou o direito português, mas, por si só, não propiciou o surgimento de uma sociedade sem a presença de privilégios, tanto que as Ordenações continuaram a enumerar as pessoas e os cargos que seriam merecedores de tais vantagens.

Neste passo, as Ordenações consagraram um conjunto de normas na esfera do direito privado e público, mas, principalmente, solidificaram os limites para o exercício dos privilégios no Direito Português, o que se depreende, por exemplo, os privilégios conferidos à condição de vizinho (Título LVI), bem como as isenções dadas ao morador da terra (Título LVII), os privilégios dos fidalgos para seus lavradores, mordomos, caseiros e criados (Título LVIII), os privilégios dos Desembargadores (Título LIX), além daqueles fixados aos cavaleiros a serem confirmados e prestes a terem cavalos e armas (Título LX), os portadores de lanças (Título LXI), dos moedeiros da cidade de Lisboa (Título LXII) e, por derradeiro, os privilégios dos herdeiros del Rei (Título LXIII).

Os privilégios existentes no ordenamento português abrangiam regras de processo e de direito material e, como é possível constatar, as benesses e os privilégios de ordem pessoal não ficaram estritamente correlacionadas com o cargo ou função desempenhada perante o monarca.

Um exemplo mais do que efetivo do foro privilegiado na vigência das Ordenações Manuelinas (Livro 1º, Título V e parágrafos 1º, 3º e 5º) e Filipinas (Livro 1º, Título VII e parágrafos 1º a 6º) pode ser obtida na definição das atribuições ou competências dos “Corregedores da Corte dos Feitos-Crimes”, uma vez que o cortesão tinha o direito de escolher o local onde poderia ser processado

---

<sup>133</sup>Cfr. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *op. cit.*, p. 395. No mesmo sentido: ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, in *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia. op. cit.*, pp. 166-167, JÚNIOR, José Izidoro Martins. *op. cit.*, p. 81 e ARNO e MARIA JOSÉ WEHLING, in *Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 453.

pela prática de qualquer malefício (ação de fazer mal, abrangendo a idéia de crime)<sup>134</sup>, ou seja, permanecer com o juiz local ante a concordância do cortesão ou exigir que a questão fosse remetida ao Corregedor da Corte, embora tal desaforamento pudesse ocorrer por avocação do Corregedor e *ex officio*, isto é, por deliberação do juiz que indevidamente estivesse no exame da causa.

Narra ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING que *os privilégios do Estado interferiam nos processos judiciais e tinham fundamentação legal nas Ordenações e na legislação extravagante para tanto. Isenções, foro privilegiado, prazos diferenciados constituíam práticas comuns na vida de uma ação judicial que envolvesse um nobre, um clérigo, um membro graduado da administração pública ou o titular de uma ordem de cavalaria. Desta forma, a prisão de um bacharel acarretava dificuldades específicas, como experimentou o próprio governador Gomes Freire de Andrade. A mesma autoridade queixou-se da dificuldade de processar um titular da Ordem de Cristo, que invocava esta condição para proteger-se. Quase meio século depois, o vice-rei Fernando José de Portugal e Castro repetia a reclamação, referindo-se a uma ação que corria no tribunal, de que, ao fim de contas, era o regedor ou governador. A mulher possuía também uma situação diferenciada, para não se dizer, paradoxalmente, privilegiada no foro, em situações previstas amplamente na legislação. Como já mencionado, numa obra de 1577, reeditada no século XVIII, de autoria do licenciado Rui Gonçalves, professor da Universidade de Coimbra, foram relacionadas 106 prerrogativas, entre normas de direito material e de direito processual, que beneficiavam as mulheres*<sup>135</sup>.

Quando se examinam as Ordenações Filipinas no Livro 1º, Título 7º, parágrafo 33 constata-se que cabe aos Corregedores da Corte “tomar querelas das mulheres solteiras no lugar, onde estiver a Corte, e na cidade de Lisboa” ou determinar a prisão das mesmas<sup>136</sup>, o que identifica a existência de privilégio e prerrogativas deferidos às mulheres nas Ordenações do Reino.

---

<sup>134</sup>Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA. *op. cit.*, 1º volume, p. 84-95.

<sup>135</sup>WEHLING, Arno e Maria José. *op. cit.*, p. 573.

<sup>136</sup>Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA. *op. cit.*, 1º volume, p. 94.

Os privilégios ou as prerrogativas entregues aos membros do judiciário e outras autoridades tiveram acolhimento e total desenvolvimento no padrão normativo português, o que, de certo, alicerçou a consciência sócio-cultural do Brasil Colônia e até hoje influencia na maneira de o povo visualizar a concessão de prerrogativas como uma suposta e desmedida outorga de privilégios<sup>137</sup>.

Houve, por conseguinte, a consolidação de inúmeros privilégios entre os Desembargadores desde as Ordenações Manuelinas<sup>138</sup>, o que só demonstra a dinâmica vivenciada pelo sistema normativo português quanto à concessão de privilégios junto aos responsáveis pela função jurisdicional, circunstância absolutamente diferente da apresentada no direito inglês e francês, na qual os membros do Judiciário eram desprovidos de regras que viessem a isentá-los de controles estatais mais rígidos acerca da sua atuação.

Notabilizou-se o Direito Português pela inusitada circunstância de que a Coroa não conseguiu imprimir um controle das decisões efetivadas pelos juízes, com isso, infirmando eventual controle por parte do soberano, daí porque “*as relações coloniais – v.g., as de Goa, Baía e Rio de Janeiro – tinham prerrogativas aos tribunais supremos do reino (Casa da Suplicação, Casa do Cível). A doutrina jurídica considerava-os como tribunais soberanos, “colaterais”, “camarais”, cujo presidente natural era o rei. As suas decisões têm a mesma dignidade das decisões reais, não podendo, no entanto, ser revogadas ou restringidas por atos régios. Daí que a administração da justiça quer pelos ouvidores, quer pelas Relações, constituísse uma área bastante autônoma e auto-regulada, não apenas porque os governadores não podiam controlar o conteúdo das decisões judiciais, mas ainda porque os seus poderes disciplinares sobre os juízes eram débeis e efêmeros.*”<sup>139</sup>.

<sup>137</sup>FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA. *op. cit.*, 2º volume, p. 203: *Os privilégios, de que faz referência o parágrafo, foram abolidos pelo 16º parágrafo, do artigo 179, da Constituição do Império.*

<sup>138</sup>Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 2º volume, p. 202.

<sup>139</sup>HESPANHA, António Manuel. História de Portugal, in TENGARRINHA, José (Org.). *As Estruturas Políticas em Portugal na Época Moderna*. 2ª ed. Bauru – São Paulo: EDUSC; São Paulo, SP: UNESP; Portugal, PT: Camões, 2001, p. 136.

Realmente, o Tribunal da Relação no Brasil *ex vi* do Decreto de 13 de agosto de 1615 recebeu todos os privilégios já estabelecidos para os Tribunais Supremos do Reino (Casa da Suplicação e a Casa do Cível), numa confirmação mais do que efetiva do poder alcançado pelas autoridades judiciais e de outras classes<sup>140</sup>, o que só enfatiza a nossa tradição de conferir uma proteção jurídica e processual aos detentores dos cargos públicos mais importantes.

Na esfera jurídica, inclusive, não se desconhece o poder dos “letrados”, ou seja, daqueles que exerciam funções de importância perante a Coroa Portuguesa, porquanto *“com o passar dos anos, desembargadores, juizes, ouvidores, escrivães, meirinhos, cobradores de impostos, vedores, almoxarifes, administradores e burocratas em geral – os chamados “letrados”- encontraram-se em posição sólida o bastante para instituir uma espécie de poder paralelo, um “quase Estado” que, de certo modo, conseguiria arrebatrar das mãos do rei as funções administrativas. Esse funcionalismo tratou de articular também fórmulas legais e informais para se transformar em um grupo autoperpetuador, na medida em que os cargos eram passados de pai para filho, ou então para parentes e amigos próximos.”*<sup>141</sup>.

Os aspectos que determinaram a criação dos privilégios no âmbito do direito português, como se vê, favoreciam aos “letrados”, fidalgos, cavaleiros e nobres, dando ensejo a uma sociedade marcada pela desigualdade, mesmo porque *“os crimes eram punidos de acordo com a “qualidade” do infrator, fosse ele um “peão” ou um “fidalgo”. Conforme as Ordenações Manuelinas, “peões” (ou “homens a pé”, que não podiam servir ao rei a cavalo, como os “cavaleiros”) eram de pessoas de “baixa condição”. A “pena vil” (pena de morte) e os açoites (em geral executados em público, nos pelourinhos) estavam reservados quase que exclusivamente a eles. Acima dos peões, escalonavam-se as pessoas de “maior condição”: escudeiros, cavaleiros, vereadores, magistrados, escrivães – vários deles “fidalgos” (“filhos de algo”), tidos como “gente limpa e honrada” e, portanto, livres de açoites e da condenação à morte (a não ser em casos*

<sup>140</sup>Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 2º volume, p. 202, *apud* ALMEIDA, Cândido Mendes de: *Código Filipino*, p. 492, 1ª Col., nota 1.

<sup>141</sup>BUENO, Eduardo. *A Coroa, a Cruz e a Espada: Lei, Ordem e Corrupção no Brasil Colônia*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2006, p. 34.

*excepcionais). A ascensão social não propiciava, portanto, apenas melhores condições de vida: representava também a obtenção de uma série de privilégios jurídicos, além, é claro, da isenção de impostos.”<sup>142</sup>.*

É de se acrescentar que o rol de diferenças entre nobres e plebeus permitia que os cativos de origem nobre tivessem reservada a prerrogativa de serem acorrentados unicamente pelos pés, o que revela a importância dada aos nobres e “letrados”, isto é, mesmo no cumprimento da pena ou de condenação ao degredo, predominava a sociedade desigual e profundamente hierarquizada fomentada pela conjuntura social da época, porquanto *nas demais penas, de açoites, baração e pregão e degredo, seguia-se o determinado nas Ordenações, observando-se o privilégio daqueles aos quais não poderia ser aplicada a pena vil*<sup>143</sup>.

Neste caso, pode-se reconhecer que as prerrogativas definidas nas Ordenações e pela Coroa Portuguesa diziam respeito a privilégios, os quais estiveram presentes na história portuguesa até o advento da Constituição Liberal Portuguesa de 1822 e no Brasil, em relação ao Clero, os mesmos perduraram até a edição do Decreto n.: 609, de 18 de agosto de 1851.

O processo histórico relativo à concessão de privilégios, levado a efeito em Portugal e no Brasil Colônia, na verdade, deixa evidente a criação de um padrão normativo que, antes de tudo, se esmerou pela proteção dos nobres, ocupantes de cargos mais importantes na Coroa e até dos seus empregados<sup>144</sup>, realçando as diferenças entre os jurisdicionados quanto à prática dos crimes e à aplicação das penas<sup>145</sup>.

Por isso mesmo, numa sociedade pautada por uma eficiente estratificação e composta pela presença de vice-reis, governadores, donatários, governadores, juízes, oficiais, servidores e outras atividades atuantes na chamada esfera pública, nada mais natural, que o grau de influência exercido sobre todos os atos emanados

<sup>142</sup>BUENO, Eduardo. *op. cit.*, p. 59.

<sup>143</sup>WEHLING, Arno e Maria José. *op. cit.*, p. 567.

<sup>144</sup>Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 2º volume, p. 200-201: Título LVIII – Dos privilégios concedidos aos fidalgos para seus lavradores, mordomos, caseiros e criados.

<sup>145</sup>É de se concluir que o período colonial Português pouco foi alterado, no que concerne à sistemática existente em Roma, conforme salientado na nota de rodapé número 39.

da função jurisdicional indicasse um comprometimento das decisões por ele emitidas, se não concluirmos que as mesmas eram desprovidas da mais tênue isenção.

A perspectiva histórica e cultural abordada no parágrafo precedente, malgrado o surgimento das Constituições Liberais Espanhola e Portuguesa no século XIX e a sedimentação do republicanismo no Brasil no período de 1889 a 1891, de algum modo, contribuíram para a permanência de um padrão quase que inconsciente de perpetuação das vantagens e privilégios que marcaram todo o período concernente às Ordenações.

#### 2.2.4

#### **Privilégio dos agentes encarregados da inquisição (séculos XV-XIX).**

A Inquisição foi instituída no final do século XII, a partir do Sínodo de Verona, realizado no ano de 1184<sup>146</sup>, quando se estabeleceu que os bispos devessem visitar duas vezes por ano as paróquias suspeitas de heresia.

O Sínodo de Verona foi convocado pelo Papa Lúcio III com o objetivo de tornar severas medidas contra os heréticos, para tanto, se houvesse a necessidade, com a imposição da decretação das penas de banimento, confisco, demolição de casas, declaração de infâmia e perda de direitos civis, o que marcou o início das atividades da Inquisição<sup>147</sup>.

Segue-se que, em 1231, o Papa Gregório IX criou um tribunal especial para investigar a vida dos suspeitos e obrigar os hereges a mudar suas convicções e,

<sup>146</sup>Ver RUDOLF FISCHER-WOLLPERT. *op. cit.*, p. 290-291: “O papa Lúcio III determinou, num sínodo realizado em Verona, em 1184, que essa ameaça de excomunhão fosse anunciada em todas as festas eclesíásticas de todas as paróquias. Como tais determinações não fossem cumpridas em toda a parte, repetiu-as o quarto concílio ecumênico de Latrão, de 1215, e as inculcou com maior severidade. Mas somente ao término das guerras contra os albigenses foi instalada a inquisição num concílio realizado em Tolosa, em 1229. O papa Gregório IX incumbiu, em 1233, a ordem dos dominicanos da execução da inquisição. Tal encargo recebeu nova confirmação com Inocêncio IV, em 1243. Na bula “Ad extirpanda” estabeleceu esse papa, em 1252, regras especiais pertinentes à efetivação das medidas inquisitórias. Nelas é prevista a tortura como meio processual.”

<sup>147</sup>Cfr GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*, *op. cit.*, p. 310.

posteriormente, em 1542, a Congregação do Santo Ofício passou a controlar a Inquisição<sup>148</sup>.

Acerca do tema, observa-se que Portugal e Espanha ficaram vinculadas no propósito de empreender a captura de hereges durante a inquisição, contudo, o mesmo não representa dizer que a inquisição tenha ficado restrita à Península Ibérica, porquanto, acabou por ser disseminada por toda a Europa<sup>149</sup>.

A inquisição levada a efeito na Espanha teve, como se sabe, um tratamento diferenciado, uma vez que o Rei Fernando solicitou ao Papa Sisto IV a permissão para instituir uma inquisição própria, o que restou estabelecido em bula subscrita em 1º de novembro de 1478<sup>150</sup>, o que serviu para conferir uma identidade própria à inquisição espanhola.

Com a Inquisição, houve a investidura de novos funcionários, encarregados e participantes diretos e indiretos da concretização dos tribunais da fé (cargos superiores, inquisidores e funcionários e familiares)<sup>151</sup>, portanto, agentes inquisitoriais que formaram uma nova estrutura social no local em que a Inquisição estivesse em atuação<sup>152</sup>.

Assim, a criação e preservação dos privilégios em prol dos agentes da fé, no caso, os encarregados da Inquisição é uma realidade a ser destacada, inclusive,

<sup>148</sup>Ver JOHN GILISSEN, *op. cit.*, p. 384 assinalando que: *na luta contra a heresia albigense, o Papa Gregório IX criou em 1232 um tribunal de exceção, o Santo Ofício, confiado aos Dominicanos. Chamado em geral – injustamente – a Inquisição, este tribunal desempenhou um papel importante – nefasto – durante vários séculos.*

<sup>149</sup>Ver JACQUES BARZUN, *op. cit.*, p. 135 : *Mas a inquisição com i minúsculo estava ativa por toda a Europa. Na Escócia e em Genebra protestantes, era chamada de Disciplina, e também se apoiava no braço secular para punir delinquentes como Servetus (<54). A Inglaterra teve um considerável número de supliciados na fogueira por turnos ora de protestantes, ora de católicos, durante três reinados, todos legalizados por um estatuto: De haeretico comburendo (“Do dever de queimar os hereges”).*

<sup>150</sup>FISCHER-WOLLPERT, Rudolf. *op. cit.*, p. 291.

<sup>151</sup>DANIELA BUONO CALAINHO, *in Agentes da Fé: Familiares da Inquisição portuguesa no Brasil Colonial*. Bauru – SP: Edusc, 2006, p. 40, esclarece que: *O cargo de Familiar pertencia à categoria de oficiais legais do aparelho burocrático inquisitorial, junto com os Promotores, Procuradores das Partes, Médicos, Cirurgiões, Meirinhos, Alcaldes, Porteiros e Solicitadores, ao passo que os postos para os quais se exigia o estado eclesiástico eram os de Inquisidor, Deputado, Comissário, Qualificador e Notário.*

<sup>152</sup>BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2000, p. 108.

alcançando os familiares dos inquisidores, o que foi alvo de severas críticas nas inquisições desenvolvidas na Espanha e em Portugal, considerando o critério de desigualdade dela resultante, sem falar que a concessão de privilégios foi responsável pela criação de um novo estamento social, o qual usurpou o conceito de “nobreza” e, com isso, pôs em prática a preterição do vínculo sanguíneo<sup>153</sup>, ou seja, uma nova forma de privilégio que se estabeleceu em razão da Inquisição.

O advento da Inquisição, desta forma, reafirmou boa parte dos poderes conferidos à Igreja que se encontrava em fase de questionamento, muito embora a interligação do Santo Ofício com a jurisdição secular sempre estivesse presente, mormente, nas situações e nos casos de extrema gravidade, onde a Igreja pedia a ajuda do braço secular (monarca) para o cumprimento de suas sentenças e execução das penas, nos casos em que não bastasse a interdição ou a excomunhão<sup>154</sup>.

Por isso mesmo, na vigência da inquisição, também é possível constatar a presença de privilégios, em virtude do cargo e da responsabilidade do inquisidor, a qual, como foi dito anteriormente, poderia ser extensível à família do mesmo.

FRANCISCO BETHENCOURT analisando o tema, chama a atenção para a circunstância de que *“os privilégios reais concedidos na Espanha e em Portugal, ao longo do século XVI, aos oficiais e familiares da Inquisição tornavam seus cargos e títulos ainda mais interessantes. Em geral, esses privilégios caracterizavam-se pela isenção de impostos, obrigações comunitárias, serviço militar ou alojamento de tropas, pela autorização de usar vestuário de seda mesmo sem ser cavaleiro, pela licença de porte de armas defensivas e ofensivas, pelo reconhecimento de jurisdição privada na maior parte dos crimes e disputas*

---

<sup>153</sup>Na visão fornecida por FRANCISCO BETHENCOURT. *op. cit.*, p. 139 ao salientar que: *Esses privilégios foram muito discutidos pelos poderes constituídos na Espanha, que viam na criação de uma nova estrutura, dando acesso a um estatuto de “nobreza” (já não baseado na “linhagem” mas na pureza de sangue), uma ameaça aos equilíbrios frágeis estabelecidos ao longo dos séculos no que diz respeito à reprodução da ordem social e, sobretudo, à conservação dos direitos exclusivos reconhecidos às ordens superiores. Aliás, o próprio rei e as oligarquias urbanas temiam que essa nova estrutura fosse utilizada pelos nobres para reforçar ainda mais os seus privilégios e, sobretudo, para escapar aos novos instrumentos de controle postos em prática pelo Estado absolutista em construção.*

<sup>154</sup>Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 76.

*judiciárias em que se pudesse estar envolvido. No caso da Inquisição espanhola, o organismo central sustentou a conservação dos cargos públicos pelos familiares, sobretudo no governo das cidades, pois as autoridades locais queriam proibir a sua participação devido ao privilégio de jurisdição privativa. Evidentemente, o rei acabou por anular o privilégio de jurisdição no caso dos delitos cometidos no exercício de suas funções civis. Na Itália a situação era muito desigual nesse domínio, pois existiam Estados, como a República de Veneza, que não reconheciam aos inquisidores o direito de nomear *crocesignati*, enquanto os Estados pontifícios constituíam privilégios e isenções semelhantes aos da Espanha e de Portugal (por vezes com referências explícitas ao modelo hispânico, com especial na adoção de “cotas” de familiares segundo a dimensão dos agregados populacionais).”<sup>155</sup>.*

A perspectiva existente na Inquisição portuguesa foi objeto de aplicação no Brasil Colônia, onde a presença do Santo Ofício se fez presente desde a primeira visitação no nordeste entre 1591 e 1595<sup>156</sup>, destacando-se os mesmos conflitos registrados na Inquisição portuguesa quanto ao uso e abuso de privilégios, pois, *“no Brasil, o relatório de 1632 escrito pelo vigário da Sé de Salvador, Manuel Temudo, denunciou alguns Familiares, entre outros oficiais da Inquisição que, por ambições de prestígio e poder, envolveram-se em querelas pessoais e utilizaram-se da autoridade que o cargo lhes facultava para satisfazer seus próprios interesses”*<sup>157</sup>.

Aliás, a tendência portuguesa de estimulação ao protecionismo e a prática do privilégio, nem mesmo, durante a Inquisição restou alijada, como se deduz do relato feito por DANIELA BUONO CALAINHO, ao observar que em 1682, diante dos problemas enfrentados na Inquisição pelas autoridades civis quanto aos privilégios concedidos aos familiares que impediam o livre desenvolvimento do

<sup>155</sup>BETHENCOURT, Francisco. *op. cit.*, p. 139.

<sup>156</sup>Ver DANIELA BUONO CALAINHO. *op. cit.*, p. 71-72: *“Consideradas como verdadeiras “sondagens de consciências” no tocante à pureza da fé e dos bons costumes, e reveladoras do “universo mental e social do homem colonial”, as Visitações do Santos Ofício ao Brasil representaram a formalização efetiva dos tentáculos da Inquisição portuguesa na Colônia. A Primeira Visitação, realizada no nordeste entre 1591 e 1595, inseriu-se num contexto de viragem na orientação das Visitas na década de 1590, que passaram a se dirigir às Ilhas e aos territórios ultramarinos: além do Licenciado Heitor Furtado de Mendonça, que visitou a Bahia, (...)”*.

<sup>157</sup>CALAINHO, Daniela Buono. *op. cit.*, p. 151.

processo no Brasil Colônia, daí porque, houve a necessidade de intervenção do Príncipe Regente D. Pedro<sup>158</sup>, o qual respondeu a consulta formulada pelo Conselho Geral do Santo Ofício e definiu que o número de familiares alcançados pelos privilégios teria que ser limitado a apenas dois familiares em cada uma das cidades e cabeças de comarca<sup>159</sup>.

Como se vê, a incorporação do privilégio na cultura portuguesa no Brasil Colônia, de alguma forma, tisonou o regular cumprimento da Inquisição, malgrado os esforços e as tentativas das autoridades civis para o seu enfrentamento, contudo, sem a manifestação do monarca, a mesma teria experimentado uma sensível mitigação quanto aos seus propósitos.

Advirta-se, com efeito, que não é de se estranhar que a Inquisição permitisse estabelecimento de diferenças entre as pessoas processadas, porquanto, na época, em condições normais, sempre se verificaram as diferenças quanto à aplicação da lei em relação aos indivíduos, afinal de contas, seria inadmissível cogitar que o monarca que praticasse o mesmo pecado que o plebeu, em suma, viesse a receber a mesma penitência ou punição.

A Igreja de Roma, portanto, sempre buscou benesses para os seus componentes na Justiça Secular, desde a mitigação até a supressão desta competência, o que transforma em algo banal, sem dúvida nenhuma, o tratamento diferenciado conferido aos processados durante a Inquisição.

Diante da relevância da Inquisição na história da Península Ibérica, onde adquiriu feição normativa própria, inclusive, atuando no Brasil Colônia, cujo exame será realizado em capítulo próprio, é importante trazer ao exame deste estudo os aspectos que são merecedores de destaque, no sentido de atestar a integração do privilégio ao referido momento histórico.

---

<sup>158</sup>Vide ABRAHÃO KOOGAN; ANTÔNIO HOUAISS (Ed.). *op. cit.*, p. 11439: “*Pedro II, o Pacífico, vigésimo terceiro rei de Portugal (Lisboa 1648 – id., 1706). Filho de D. João IV e da rainha D. Luísa de Gusmão. Reinou de 1683 a 1706, após a deposição de Dom Afonso VI, seu irmão, tramada por ele e a cunhada, Maria Francisca Isabel de Sabóia, com quem mantinha relações ilícitas.*”

<sup>159</sup>CALAINHO, Daniela Buono. *op. cit.*, p. 150.

### 2.3

#### **A contestação aos privilégios no constitucionalismo americano e a herança política de Locke.**

A Declaração de Independência Americana precedeu a Revolução Francesa, no tocante a rejeição dos privilégios, considerando que no *Bill of Rights* da Virgínia, já estava definido que “*todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posteridade*”.<sup>160</sup>.

Esta foi uma tônica observada com rigor na órbita constitucional americana, uma vez que os privilégios tolerados seriam aqueles extensíveis a todos do Povo, *verbi gratia* o direito a ser julgado no Júri<sup>161</sup>.

Nessas circunstâncias, a Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776, afirma a idéia da Soberania Popular e da isonomia quanto ao exercício dos direitos, não só na Seção I citada no parágrafo precedente, como também, nas seções dos II, IV da mesma, notadamente, chamando a atenção para a circunstância de que “*nenhum homem ou grupo de homens pode exigir da comunidade proventos ou privilégios que não resultem de serviços prestados; e estes proventos ou privilégios não se transmitem aos seus descendentes; nem os cargos de magistrados, legislador, ou juiz podem ser hereditários.*”<sup>162</sup>.

Está evidente, portanto, que foi permitido o gozo de algum tipo de privilégio, apenas em atendimento aos serviços prestados à nação, desta forma, em consideração aos serviços feitos ao público, como enfatizado na seção IV do

---

<sup>160</sup>Cfr. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 31.

<sup>161</sup>MEE JR., Charles L..*A história da Constituição americana: o gênio do povo*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993, p. 19-20: “*E uma declaração de direitos especificou que “todo poder é investido...no povo; que magistrados são seus depositários e servidores, e a todo tempo responsáveis perante ele”; que todos os homens tinham direito a julgamento pelo júri (...)*”.

<sup>162</sup>Cfr. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 32.

*Bill of Rights* transcrito acima, bem como nas diversas constituições estaduais elaboradas, dentre elas, a Constituição do Estado da Carolina do Norte.<sup>163</sup>

É verdade, no entanto, que alguns autores afirmam com frequência “*que a Revolução Americana não foi uma revolução social: ela não pretendia substituir a classe dominante por algum outro grupo, ou simplesmente por privilégios mais amplos, mais democráticos.*”<sup>164</sup>, o que não impediu a concretização de uma revolução sem paralelo, pois estabeleceu um governo livre em formação, submetido à lei, inscrito sob o Princípio da Separação dos Poderes, pautado no fenômeno federalista, responsável por uma Carta de Direitos e instituidor de um sistema jurisdicional pautado na revisão judicial.<sup>165</sup>

Mas, acima de tudo, não se pode perder a natureza antropológica do homem americano, como bem salientado por RAY RAPHAEL, segundo a qual “*os americanos, desde o princípio, foram ao mesmo tempo democratas e rufiões violentos. Apesar da hesitação das elites, a maior parte dos patriotas da época do nascimento da nossa nação acreditava que a gente comum tinha o direito e era inteiramente capaz de governar a si mesma. Também acreditava que tinha o direito e até a obrigação de impor sua vontade a quem considerava inferior. Essas duas crenças básicas são fundamentais para entender a história e o caráter americanos, e fazemos uma injustiça a nós mesmos e à nossa nação quando fingimos ser outra coisa.*”<sup>166</sup>

Restou difundido, por conseguinte, no âmago da sociedade americana, o sentimento de igualdade, o qual foi incorporado à Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, com a finalidade de dar “*esperança ao mundo todo (...) de que no devido tempo o peso seria retirado de todos os homens e que todos teriam oportunidades iguais. Como a escravidão estava estabelecida com demasiada firmeza para permitir na prática uma oposição na*

<sup>163</sup>Cfr. ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade*. Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 46.

<sup>164</sup>MEE JR., Charles L., *op. cit.*, p. 19.

<sup>165</sup>Vide M. JUDD HARMON, HENRY J. ABRAHAM, DAVID FELLMAN *et al.*, in *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense – Universitária, 1978.

<sup>166</sup>RAPHAEL, Ray. *Mitos sobre a fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 268.

*época, Jefferson não pôde fazer nada além desse pronunciamento abrangente a favor da igualdade – “a mãe de todos os princípios morais”, como Lincoln a chamou – para uso das gerações futuras.”*<sup>167</sup>.

De fato, a única deficiência observada na Declaração de Direitos e na formação do constitucionalismo americano foi a manutenção do sistema escravocrata, porquanto, no que diz respeito à formulação de uma teoria constitucional pautada no exercício e efetiva observância da igualdade, de imediato, a visão americana preponderou e foi extremamente pragmática ao repudiar os privilégios, os títulos de nobreza e outras manifestações que pudessem afetar o Princípio Republicano, como se extrai do texto elaborado por ALEXANDER HAMILTON ao comentar que *“Nada precisa ser dito para ilustrar a importância da proibição de títulos de nobreza. Ela pode ser verdadeiramente chamada de a pedra angular do governo republicano, pois, enquanto tais títulos estiverem excluídos jamais poderá haver sério perigo de que o governo venha a ser outra coisa senão o governo do povo.”*<sup>168</sup>.

Contudo, não há dúvida de que a herança política e os princípios gerais fixados no constitucionalismo americano foram positivos e serviram de amparo à construção de uma nova dinâmica constitucional, passando a representar um ciclo próprio, com inspiração efetiva nos parâmetros delineados por JOHN LOCKE, sendo confirmado por ALPHEUS T. MASON quando salienta que *“Jefferson colheu idéias e fraseologia Two Treatises of Government (Dois Tratados de Governo), de John Locke. Locke proclamara: “Se o Executivo ou o Legislativo, quando detém poder nas mãos, pretende ou está em vias de escravizá-lo ou destruí-lo, o povo não dispõe de outro recurso senão esse, como em todos os outros casos em que não tem qualquer juiz na Terra e não pode senão apelar para o Céu” - evidentemente, um eufemismo para revolução.”*<sup>169</sup>.

<sup>167</sup>Vide RAPHAEL, Ray. *op. cit.*, p. 137.

<sup>168</sup>HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1787 - 1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 521. *No mesmo sentido*, COOLEY, Thomas M., *in Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002, p. 198.

<sup>169</sup>MASON, Alpheus T. *A Herança Política dos Estados Unidos: Revolução e Governo Livre – Um Tributo Bicentenário*. in HARMON, M. JUDD; ABRAHAM, HENRY J.; FELLMAN, DAVID *et al.*, *op. cit.*, p. 25

As orientações firmadas na Revolução Americana e no constitucionalismo americano proclamaram o exercício e consolidação de um direito de resistência<sup>170</sup> salvaguardado pelo modelo Lockiano<sup>171</sup> e, simultaneamente, o afastamento dos privilégios, mediante a busca pela igualdade, a qual se traduziu num aspecto primordial na Constituição Americana, tal como se infere do Artigo III, Seção II.<sup>172</sup>, além de servir de inspiração ao constitucionalismo moderno, inclusive, embasando a primeira Constituição da República Brasileira de 1891.

## 2.4

### **Privilégios estabelecidos na corte francesa. A Revolução Francesa, um momento histórico destinado à eliminação dos privilégios da sociedade de corte francesa.**

Um dos aspectos preponderantes do Antigo Regime estava no exercício de privilégios e regalias na França, os quais se achavam devidamente estruturados e participantes de um sistema hierarquizado de privilégios, cuja análise foi realizada com acentuado detalhamento por NORBERT ELIAS ao retratar a sociedade de corte às vésperas da Revolução Francesa, nos seguintes termos:

---

<sup>170</sup>MEE JR., Charles L., *op. cit.*, p. 17-18: “Em 1787, a virtude dessas leis havia sido posta à prova pela experiência de muitas gerações, vivendo em meio a muitos distúrbios e sob condições as mais diversas, e foram aceitas como comprovadas. Elas chegaram à América com os viajantes do *Mayflower*, que, antes de desembarcar, conceberam um acordo entre si pelo qual se comprometeram a submeter-se a “leis justas e iguais” que fossem elaboradas pelo governo que organizassem. Assim, com o movimento de uma caneta, os Peregrinos converteram o acordo comercial que fizeram para estabelecer um tratado de terra no alicerce do autogoverno. (Quando mais tarde o filósofo político inglês John Locke disse que todas as sociedades baseiam-se em um contrato, que o homem originalmente vivia em um “estado de natureza” e ingressava na sociedade ao aceitar esse contrato, muitos americanos do tempo de Madison entenderam suas palavras não tanto como teoria política, mas como experiência histórica).”. No mesmo sentido, ver JOSÉ CARLOS BUZANELLO, in *Direito de Resistência Constitucional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-62.

<sup>171</sup>LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos* – Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994, item 137, p. 165: “137. O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens; e graças a regras que definissem expressamente o direito e a propriedade. Não se pode supor que eles pretendessem, caso tivessem um poder para isso, conceder a uma ou mais pessoas um poder arbitrário absoluto sobre suas pessoas e bens, ou colocar as forças nas mãos do magistrado para que ele arbitrariamente fizesse valer sua vontade sobre eles. Isto significaria colocarem-se em uma situação pior que no estado de natureza, onde tinham a liberdade de defender seus direitos contra as injustiças dos outros e se encontravam em igualdade de forças para mantê-los contra as tentativas de indivíduos isolados ou de grupos numerosos.”.

<sup>172</sup>Vide COOLEY, Thomas M., *op. cit.*, p. 189.

*“Uma vez que a hierarquia dos privilégios foi criada segundo os parâmetros da etiqueta, esta passou a ser mantida apenas pela competição dos indivíduos envolvidos em tal dinâmica, privilegiados por ela e compreensivelmente preocupados em preservar cada um dos seus pequenos privilégios e o poder que eles conferiam. Era algo que se reproduzia como um espectro sem conteúdo, autônomo, assim como se reproduziria uma economia completamente desprovida do propósito de fornecer meios de subsistência.”<sup>173</sup>.*

A Revolução Francesa imprimiu um forte combate aos chamados privilégios reais, da aristocracia e do clero, razão pela qual mesmo antes da eclosão da Revolução Francesa, a idéia de superação dos privilégios já se achava dotada de efetividade<sup>174</sup> e a concretização se deu com a aprovação do Projeto de Declarações dos Direitos e Privilégios.<sup>175</sup>

É oportuno trazer à colação, no entanto, que o estabelecimento de privilégio foi flagrantemente combatido<sup>176</sup> na Revolução Francesa porque a

<sup>173</sup>ELIAS, Norbert. *A sociedade de corte: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 103.

<sup>174</sup>ELIAS, Norbert. *op. cit.*, 213: *“A consciência da necessidade de uma reforma tornava-se mais urgente quanto mais forte era a pressão de grupos não- privilegiados contra as elites privilegiadas. Assim, para compreender a situação corretamente, não podemos esquecer o quanto era grande, em uma figuração como a do Ancien Régime, a distância social entre os grupos de elite privilegiados e aqueles que eles mesmos designavam como “povo”, a massa dos não- privilegiados, apesar da proximidade física que existia entre os senhores e criados, por exemplo. A grande maioria dos privilegiados ainda vivia em um mundo relativamente exclusivo – tanto mais hermético quanto mais elevado o seu nível. A noção do que seria possível desenvolver o país e elevar os padrões de vida do povo era estranha à maior parte desses homens. Ela não correspondia seus valores. A conservação de sua própria existência social privilegiada continuava sendo um valor auto-suficiente.”*.

<sup>175</sup>MANFRED, Alfred. *A Grande Revolução Francesa*. São Paulo: Fulgor, 1966, p. 90-91: *“A antiga divisão por ordens já havia sido abolida pela Assembléia Constituinte. Mas, para despojar a nobreza das suas últimas prerrogativas jurídicas e assegurar a igualdade formal de todos os cidadãos, era preciso abolir a nobreza hereditária e todos os títulos a elas relacionados. Proclamou, então, a Assembléia, em 19 de junho de 1790, um decreto nesse sentido: os títulos nobiliárquicos e uso de braços foram proibidos. Os cidadãos não podiam mais tomar outro nome que não o do chefe da família.”*. No mesmo sentido, ver GEORGES LEFEBVRE, in 1789. *O Surgimento da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989 e 164-165.

<sup>176</sup>Importante o esclarecimento de EDMUND BURKE, in *Reflexões sobre a Revolução em França*, Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 132, ao advertir que: *“É provável que haja pessoas que, não tendo conhecimento da situação francesa e ouvindo falar que a Nobreza e o Clero tinham privilégios fiscais, fossem levadas a acreditar que antes da Revolução essas Ordens em nada contribuíam para as despesas do Estado, algo que é totalmente incorreto. É certo que não contribuíam em partes iguais entre si, nem em relação ao Terceiro Estado. Ambas, entretanto, muito contribuíam. Nem a Nobreza, nem o Clero estavam isentos dos impostos de consumo, dos impostos alfandegários, nem de nenhum dos impostos indiretos que na França como na Inglaterra compunham a maior parte da receita pública.”*.

mesma, como enfatiza LYNN HUNT era, antes de tudo, essencialmente uma revolução política com conseqüências sociais e não uma revolução social com conseqüências políticas<sup>177</sup>, revelando, assim, o firme propósito de ruptura com o Antigo Regime.

O que se alvitrava com a Revolução Francesa, deste modo, foi ultimar uma situação definida como anormal e inacessível a maior parte do povo, isto é, a todos que não participassem da nobreza, pois “o caráter hereditário de um estatuto privilegiado foi, com efeito, o apanágio da nobreza, que a isolava do resto da sociedade e conferia unidade a um corpo que, aliás, se distinguia pela riqueza, função ou cultura. A posse de privilégios ia muito além da nobreza, pois vários plebeus – administradores, magistrados e mesmo sapateiros – também gozavam dela. Mas tais privilégios eram apenas provisórios e pessoais, ligados às funções exercidas, aos direitos ou monopólios comprados, ou simplesmente a um lugar de residência. Diferentemente dos privilégios dos nobres, os privilégios plebeus podiam sempre ser revogados pelo rei (desde que ele lhes reembolsasse os preços) e, até certo ponto, independiam da pessoa. Constituíam-se em propriedade disponível que podia ser passada a outrem ou perdida, se o beneficiário mudasse de lugar. Para os nobres, em compensação, a essência da nobreza era interna e permanente, transmissível apenas pelos filhos e sem a menor dificuldade, sem passar diante de notário.”<sup>178</sup>.

Os fatores que compeliram uma mudança do *status quo* existente na França Aristocrática foram bem definidos acima e alcançaram o patamar de insuportabilidade à época, não só pela existência de privilégios embasados no caráter hereditário, mas também movido por uma contínua crise social às vésperas das eleições livres, o que só enfatiza a conclusão de que a Revolução Francesa foi, antes de tudo, premida por fatores políticos.

---

<sup>177</sup>HUNT, Lynn. *Política, Cultura e Classe na Revolução Francesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 31, *apud* GEORGE V. TAYLOR, in *Non-capitalist wealth and the origins of the French Revolution*, p. 491.

<sup>178</sup>FURET, François e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, p. 633.

Esta condição política impulsionadora da Revolução Francesa, diante de um quadro social e econômico caótico foi objeto de destaque por MARCELLO CERQUEIRA quando assinala que “durante quatro meses o debate político vai tomar conta da França. A campanha eleitoral e a redação dos *cahiers* forçam os eleitores a debater questões políticas, sociais, econômicas e religiosas, a refletir sobre os problemas da vida e da sociedade. E a propor soluções. Durante a campanha eleitoral, surgem inúmeros livros, panfletos e jornais. Aparece o mais famoso deles: *Qu’est-ce que le Tiers État?*, do abade Sieyès, com 30.000 exemplares vendidos em alguns dias. A má colheita de 1788 e um inverno extremamente rigoroso tornaram aguda a crise. Na primavera de 1789, com a aproximação da entressafra, há pilhagem do trigo. Teme-se a ação altista dos açambarcadores favorecendo grupos privilegiados e objetivando deixar o povo faminto para reduzir sua resistência política. Cresce a campanha eleitoral entre o Terceiro e os outros estamentos. O governo reprime duramente os tumultos populares (20).”<sup>179</sup>.

O contexto que moveu a Revolução Francesa foi social e político e não correspondia apenas ao desejo do povo que constituía o chamado Terceiro Estado empreender a derrocada do Antigo Regime, embora o fio condutor desta Revolução estivesse entregue aos inúmeros personagens e artífices desta mudança significativa, a qual serviu de paradigma para o mundo moderno, no que diz respeito à preservação da liberdade política e civil, bem como ao resguardo da igualdade e a concretização de um modelo republicano.

Os movimentos revolucionários do século XVIII não prescindiram de um fundamento político e de um ideário filosófico para tomar como embasamento, pois as idéias de LOCKE cumpriram tal propósito na elaboração do *Bill of Rights* de 1689 na Inglaterra e acabaram por forjar os fundamentos da Revolução Americana e a edição da Declaração de Direitos da Virgínia de 12 de junho de 1776<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup>CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 63.

<sup>180</sup>JACQUES, Paulino. *Da Igualdade perante a Lei (Fundamento, conceito e conteúdo)*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 91.

A Revolução Francesa, conseqüentemente, incorporou todo o conjunto de idéias passadas pelo Iluminismo, razão pela qual o pensamento de ROUSSEAU alcançou plena aceitação entre os revolucionários, tendo em vista que o mesmo defendia ser o preceito relativo à igualdade inerente à administração do ser humano, porque *“sendo todos os cidadãos iguais pelo contrato social, todos podem prescrever o que todos devem fazer, enquanto nenhum tem o direito de exigir que outro faça o que ele mesmo não faz. Ora, é exatamente esse direito, indispensável para fazer viver e mover o corpo político, que o soberano concede ao príncipe quando institui o governo. Muitos pretenderam que o ato desse estabelecimento era um contrato entre o povo e os chefes que ele nomeia, contrato pelo qual se estipulavam entre as duas partes as condições sob as quais uma se obrigava a mandar e a outra a obedecer. Há de se convir, estou certo, que esta é uma estranha maneira de contratar! Mas vejamos se essa opinião é sustentável. Em primeiro lugar, a autoridade suprema não pode modificar-se tanto quanto não pode alienar-se; limitá-la equivale a destruí-la. É absurdo e contraditório que o soberano nomeie um superior: obrigar-se a obedecer a um senhor é capitular em plena liberdade.”*<sup>181</sup>.

De um lado, o fundamento revolucionário salientado por ROUSSEAU foi de que a vontade geral é indestrutível e que a Instituição do Governo não representa um contrato fixado em bases imutáveis e inquestionáveis, motivo pelo qual a Revolução Francesa, no que revela o seu lado político, usou os privilégios mantidos pela nobreza como pilar à refutação do Antigo Regime.

Outro exemplo do que foi abordado é demonstrado por MONA OZOUF quando informa que a Revolução Francesa *“Em primeiro lugar, ele rompeu com o sentimento de que, em matéria de igualdade, a Revolução foi inaugural: a igualdade triunfou na opinião bem antes que o acontecimento revolucionário a comunicasse aos costumes. Ele rejeita formalmente a idéia de que teria ocorrido na Revolução Francesa um momento particular para a igualdade. Desde a origem, toda a Revolução pertenceu à igualdade; traço distintivo, que contrasta a Inglaterra com a França. A primeira desenvolveu o amor pela “liberdade por*

---

<sup>181</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social: Princípios Gerais do Direito Político. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 115.

*privilégio.” A segunda, “nação cuja elite estava profundamente ferida”, transformou a igualdade numa paixão exclusiva, capaz de justificar os atentados feitos à liberdade.”<sup>182</sup>.*

Como consequência lógica de todo o arcabouço filosófico que nutriu a Revolução Francesa, deu-se o desenvolvimento da igualdade meritocrática, que segundo MONA OZOUF serviu como uma “*crítica devastadora do privilégio, a desqualificação sem apelo da transmissão hereditária, um “monstro” segundo Mirabeau, e da rigidez que acarreta. A igualdade devida aos méritos e aos talentos varre as prerrogativas do nascimento.*”<sup>183</sup>.

Com a sedimentação dos ideais revolucionários e da mensagem constante do panfleto de SIEYÈS, consolidou-se o expurgo do Antigo Regime e dos privilégios a ele atados, abrindo-se um novo cenário que permitiu a elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26/08/1789.

Esta Declaração de Direitos, cunhada sob a influência de MIRABEAU<sup>184</sup>, impôs um passo decisivo no reconhecimento da igualdade em termos totais e sem precedentes, considerando a redação dada ao artigo 1º. da mesma:

*“Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As discriminações sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”<sup>185</sup>.*

Em relação ao mundo contemporâneo, o gradual repúdio à tirania e aos privilégios que teve início com os sucessivos Pactos firmados na Inglaterra (Magna Carta de 1215, *Bill of Rights* de 1689 e Ato de Estabelecimento de 1701), passando pela Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 consolidaram-se com a emissão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, desta forma, confirmando a idéia de valorização do ser humano sem retrocessos.

A evolução normativa quanto à proteção dos direitos individuais é um produto decorrente da necessidade direta da vida em Sociedade, uma vez que a

<sup>182</sup> FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 739.

<sup>183</sup> FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 741.

<sup>184</sup> Vide JACQUES, Paulino. *op. cit.*, p. 91 e FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 683.

<sup>185</sup> Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 57.

desigualdade quanto ao tratamento se revela um precedente odioso e contraditório aos ideais democráticos e republicanos.

Precisa, neste sentido, a advertência lançada por MARILENA CHAUI ao asseverar que “*os homens, reza a democracia liberal, são iguais por Natureza (todos nascem com o direito à propriedade do corpo) e desiguais também por Natureza (nascem com talentos e capacidades desiguais). A vida social tende a fortalecer a desigualdade natural, de sorte que uma outra ou uma segunda igualdade precisa ser produzida: Aquela trazida pela lei. Assim, a desigualdade é um fenômeno natural reproduzido pela sociedade, enquanto a igualdade é um fenômeno natural reconquistado pela política*”<sup>186</sup>.

Por isso mesmo, todo o sistema destinado à proteção dos direitos e a afirmação das garantias, ainda que qualificados por JÉRÉMIE BENTHAM como “*sofismas-anarquicos*”<sup>187</sup> não buscou e, de fato, jamais pretendeu suprimir o caráter meritocrático<sup>188</sup> do contexto da igualdade, mas sim, teve a finalidade de guarnecer a isonomia diante das benesses e privilégios eventualmente concedidos a uma classe privilegiada.

Realmente, a idéia de isonomia deflagrada pelos Pactos e Declarações de Direitos faz parte de um intenso processo de reconquista política, cuja perspectiva permanece atual nos dias atuais.

Não se pode, assim, imaginar que não se fizessem necessárias as mudanças para o perfeito ajustamento do foro por prerrogativa de função, sobretudo, objetivando a criação de barreiras ou os parâmetros inibidores à ação política e normativa que, simultaneamente, viesse a promover a sua ampliação desmedida na esfera da legislação processual penal ou no âmbito das Constituições estaduais.

---

<sup>186</sup>CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 12ª ed., São Paulo: Cortez, 2007, p. 211

<sup>187</sup>BENTHAM, Jérémie. *Sophismes anarchiques*. in Oeuvres, trad. de Et. Dumont, Bruxelles, 1840, tomo I, p. 534.

<sup>188</sup>Vide FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 741.

Nesses termos, somente a reconquista política tem o poder de refrear as situações ou os temas que indicam a assimilação de privilégios em detrimento da isonomia.