

ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DO IMAGINÁRIO JURÍDICO A PARTIR DA
“REVISTA DOS TRIBUNAES”

AUTORA: FABIANA CARDOSO MALHA RODRIGUES

FILIAÇÃO INSTITUCIONAL: UFF – ALUNA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
(MESTRADO) EM HISTÓRIA

A partir de um conjunto selecionado de artigos publicados na “Revista dos Tribunaes”, desde o ano de sua fundação, em 1912, até 1916 que buscamos realizar uma análise de conteúdo do imaginário jurídico brasileiro.

Também é nosso interesse realizar uma ponte entre a conjuntura do período e algumas questões que nos servem como fio condutor para realização desse trabalho. Para isso, fechamos o foco nas discussões do campo jurídico que têm como eixo principal a condição feminina e o poder.

Trabalhamos com o imaginário jurídico, a partir da concepção de Direito e Justiça defendida por Roberto Lyra Filhoⁱ que, partindo de inspirações no estudo direto de fontes escritas por Marx, defende uma concepção dialética desses elementos, não bastando somente uma consideração apriorística do Direito, enquanto puro veículo estatal de dominação, mas apontando para uma apreensão do jurídico em sua totalidade e no seu movimento dialético, transitando entre o direito da classe dominante e do direito que surge no clamor dos espoliados. É, nesse sentido, o Direito pensado enquanto abrangedor das oposições jurídicas entre dominantes e dominados.

Destacamos a dualidade apontada por este autor em Marx quando trabalha com um direito subjetivo, reivindicado pelas classes e grupos espoliados e um direito objetivo, representado nas normas da classe espoliadora e nos filiamos ao objetivo de trabalharmos com o estudo de um Direito global a partir de uma teoria dialética do Direitoⁱⁱ.

Seguindo essa linha, enumeramos o trabalho de Thompsonⁱⁱⁱ que realiza, em suas reflexões, essa dialética da Justiça ao abandonar uma visão esquemática do Direito no seu aspecto superestrutural, procurando ver o Direito na base das relações de produção, no posicionamento conflitivo de ambas as classes e não apenas em normas da classe dominante, destacando o elemento de resistência cultural presente nesses embates e representados, amplamente, pelos costumes (referindo-se ao seu aspecto mais ligado ao direito consuetudinário) enquanto ferramenta conceitual para esse trabalho.

Investigamos, a partir de alguns estudos já desenvolvidos acerca da construção da idéia de indivíduo, como se dão, no campo jurídico, as discussões que envolvem diversos matizes da idéia de indivíduo feminino, tendo como pano de fundo questões como disciplinamento e controle social.

Nesse sentido, esse trabalho busca uma análise filosófica acerca da relação de poder no campo jurídico^{iv}. Especificamente, estamos investigando as relações que se exprimem entre a Lei e o indivíduo.

Ao refinarmos a nossa análise, buscamos os elementos ideológicos e culturais presentes no momento de afirmação do que será crime ou comportamento desviante na sociedade brasileira, do final do século XIX e início do século XX, no momento em que há uma certa preocupação em se estabelecer, diante de outras nações, enquanto uma República moderna.

Para a realização dessa tarefa, reunimos um conjunto documental de fontes jurídicas, mais detalhadamente, textos presentes na *Revista dos Tribunaes*^v publicados no período estudado, que se constituem em momentos de debates em relação ao encaminhamento ideológico social.

Um primeiro ponto a ser apontado é a presença de um caráter agregador no ato de fundação da revista, frente a um movimento mais amplo de pluralidade de discursos no plano jurídico, a partir do início do século XX; unida a uma fantasia de controle, por parte de alguns jurista, na tentativa de abarcarem as idéias que pudessem estar destoantes de uma fala mais homogênea.

Nesse sentido, ao tomarmos o primeiro fascículo da *Revista dos Tribunaes*, especificamente o programa da revista assinado por Pedro Lessa, encontramos a intenção exposta da revista de congregar a “doutrina, em que se exponha a dogmática jurídica, [...] começando pelos principios e regras geraes e descendo aos mais restrictos e minuciosos preceitos juridicos”^{vi}.

Um outro ponto fundamental, é a perspectiva de circularidade cultural, presente nessa produção, ao considerarmos em um artigo sob o título *Os insanos e o Código Civil*^{vii}, onde, ao se discutir a necessidade de definir gradações para a instituição da interdição dos alienados, o autor, Dr. Franco da Rocha, cita o Congresso penitenciário de Washington, enquanto modelo de funcionamento para a realidade brasileira

Ainda considerando esse mesmo artigo, o autor ressalta a necessidade de alteração na Lei brasileira, buscando, no Código Civil Francês, a sustentação de sua tese ao expor: “Qual a causa de tudo isso? É a falta – em nossas leis – da interdição mitigada, da que é prevista pelo artigo 499 do código civil francês, isto é, do conselho judiciário”^{viii}.

Outra questão que deve ser assinalada, é a existência de uma certa preocupação com a condição jurídica feminina, que pode ser demonstrada pelo número de artigos publicados que envolvem essa temática, de maneira ampla, sendo recorrente a discussão acerca do lugar “infantilizado” que se encontravam as mulheres, diante da Justiça e, a necessidade de alteração que se faz presente, muitas vezes comparando outras realidades com a do Brasil. Essas questões variam acerca da inhabilidade da mulher casada^{ix}, do *Regimen matrimonial*^x (relativa aos direitos civis da

mulher) e do adultério feminino^{xi}, que se coloca enquanto pedra de toque para a discussão da condição feminina.

Nesse sentido, citando o Embargo N. 6422^{xii} onde se discute o direito de *pátrio poder* da mãe diante da ausência do pai, aprovado pelo Decreto nº 181 de 24 de Janeiro de 1890, onde ficou afirmada que “a mãe, ausente o pai, ou por morte deste enquanto não passe a segundas nupcias, compete a investidura nos direitos de correntes do pátrio poder”^{xiii}, mas que diante de uma denúncia de cometimento de adultério, tendo gerado filhos desse ato na ausência do marido, se coloca passível de perder o *pátrio poder*.

Nesse caso, se estabelece provado a incapacidade moral da mãe e é nomeado um tutor baseado no cometimento de crime em decorrência do adultério corrido durante a ausência do marido. O fechamento desse Embargo é bastante representativo, quando se faz uso da frase “É o que os escriptores ensinam e o que o interesse publico exige”^{xiv} numa invocação dos textos inscritos numa tradição, dando um caráter superior à eles e, invocando uma vontade que ultrapassa a moral individual do juiz, ao citar “o interesse público”.

Nesse sentido, a questão moral está presente nos julgamentos e se torna emblemática ao citarmos uma discussão, presente em um dos números da Revista, em relação ao crime de estupro, praticado contra uma prostituta menor de 16 anos. A apelação é feita após ser o ofensor decretado culpado, no entanto, é lembrado que “o juri afirmou, porém, que a menor, quando se deu o facto, já era desonesta”^{xv}.

No entanto, “O Tribunal, acompanhando o sr. ministro Cunha Canto, entendeu que aplicou mal.

O Código, no artigo 269, observou o sr. Canto, define o que é estupro e, no art. 268 e parágrafo 1º estabelece duas classes de estupro: o de mulher honesta, virgem ou não, e o de mulher publica”^{xvi}.

No momento posterior, o réu foi absolvido, baseado na consideração de se tratar de uma “mulher pública”.

Também assinalamos como são inúmeros os exemplos de condução moral expressos nas determinações legais, enquanto pontos de manifestação de uma lógica ambígua de lidar com o poder.

Com a intenção de ilustrar essa consideração, trazemos aqui a discussão acerca da retirada de culpa nos crimes contra a honra, no momento que se dá a união do ofensor com a vítima: “Está mais ou menos acceito que o casamento que allude o paragrapho unico do art. 276 do Código Penal para exclusão da penalidade se refere, pela sua subordinação, ao casamento do offensor com a offendida. Não seria sensata outra interpretação”^{xvii}.

Ainda o fato dessa culpa ser retirada, caso o casamento posterior ocorra com terceiro, e que, esse não queira dar procedimento ao processo. Nesse caso, a ofendida ao se enquadrar em um casamento, seja ele realizado com o seu ofensor ou, com qualquer outro, sai do lugar de vítima e se enquadra ao todo social. Essa atitude, denuncia, em parte, a concepção desse indivíduo-feminino que é privado de sua vontade e se vê atingida pela fala da lei que reifica sua posição social passiva.

Ao tomarmos o crime de aborto enquanto um dos momentos de expressão do sentimento, presente no todo social, em relação à concepção da vida e da autonomia do indivíduo diante da Lei, é interessante notarmos que, por exemplo, em uma discussão sobre esse crime na *Revista dos Tribunaes*, está implícita uma discussão sobre a responsabilidade do ato cometido.

Nesse caso, existe um indivíduo que, à princípio, é visto enquanto co-réu, mas que recorre à justiça para se livrar de tal acusação que é feita pela mulher que, supostamente, cometera um aborto com a sua ajuda, mas que os exames de corpo de delito não conseguiu provar.

Para fortalecer a sua tese de que a acusada não é confiável, enquanto informante legal, coloca que “Alexandrina é uma pobre histerica, variavel nos seus ditos como no seu procedimento e evidente era o interesse que ela tinha e ainda tem em deitar a perder Barreto afim de, posando de martir, conquistar para si e para o pai a simpatia do publico...”^{xviii}.

“Admitindo, porém, que fosse verdade tudo quanto ela disse, o advogado sustentou que, ainda assim, René não poderia ser preso preventivamente. O seu crime seria, nesse caso, o de cúmplice de aborto levado a efeito pela gestante para ocultar a sua propria deshonra”^{xix}.

No entanto, é lembrado que “A nossa lei conferiu ao recto alvedrio do juiz decretador o exame de conveniencia da prisão: no exercicio desta atribuição, para a qual não marcou fronteiras, deixou livre todo o horizonte dos conselhos que a doutrina e o exemplo das legislações apontam e a boa razão e prudencia recomendam”^{xx}.

Concluiu-se que, dessa forma, “se ao juiz compete o livre exame da prova para a decretação da prisão preventiva, se só elle deve saber da conveniencia ou não dessa medida não se póde, atendendo-se a tudo quanto já expos, contestar que a prisão de René foi bem decretada”^{xxi}. No entanto, por falta de provas foi concedido o *habeas-corpus* à René Barreto.

Um destaque deve ser feito, diante dessa situação mencionada, a questão que amarra esse fato é a discussão da responsabilidade diante do ato ciminoso cometido. Nesse sentido, cabe uma reflexão acerca do peso moral que reside no fato de alguém ser considerado o sujeito principal da ação e, em especial, no caso de cometimento de aborto, como a mulher se constitui enquanto parte ativa exclusiva desse crime, não cabendo uma discussão acerca do tipo de relação que havia entre esses indivíduos.

No entanto, esses momentos de punição, ao constituírem ocasiões de apropriação do discurso jurídico, tanto da parte dos agentes envolvidos (policiais, delegados e juizes), quanto da parte dos

indivíduos envolvidos diretamente (acusados, testemunhas, denunciantes, etc), num movimento de exposição dos sentimentos talvez inconscientes, revelam aspectos introjetados de compreensão do social.

Neste movimento da ordem da subjetividade, esse discurso jurídico estaria então colocado num processo de um “self service normativo”, conceito já trabalhado por Pierre Legendre^{xxii}.

Assim, todo esse processo se daria numa situação de apropriação mesmo da lógica, buscando dar sentido àquele comportamento desvirtuante por parte daquele que o teve ou daqueles que o defendem, legitimando o ato cometido; ou ainda, por parte dos que o acusam, buscando a sua condenação. Dessa forma, os dois processos criando um espaço dentro do discurso jurídico que foge da sua primeira intenção que é normatizar e punir para manter a ordem.

Dessa forma, assinalamos como são inúmeros os exemplos de condução moral expressos nas determinações legais, enquanto pontos de manifestação dessa lógica ambígua de lidar com o poder, que se quer racionalista, mas que se vê atingida por questões que fogem das considerações pautadas pela discussão jurídica institucionalizada.

É fundamental, para esse trabalho, registrar a perspectiva de análise pautada na existência de um lugar de resistência, no momento de redefinição desse mecanismo de ordenação social, baseado nos costumes que E. P. Thompson^{xxiii} assinala. O que evidencia a presença do conflito permanente no discurso da Lei.

Assim, ao situarmos nossa pesquisa em uma conjuntura de busca por um modelo modernizado de instituições sociais e, diante de um movimento de redefinição do Brasil no mercado internacional, nos deparamos com a possibilidade da existência de mecanismos de resistência ligados aos costumes, que não se afinam com as Leis sociais do período. Nesse sentido, perseguimos esse elemento conflitante de resistência que pode estar presente também na mulher que é criminalizada.

Outra questão fundamental para pensarmos o discurso jurídico, é o par conceitual trabalhado também por E. P. Thompson, em seu livro *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*^{xxiv}, que consiste nas questões de legitimidade e ilegitimidade, presentes no âmbito da concepção das Leis de uma Inglaterra do século XVIII.

Essas são importantes dimensões, pois podemos investigar o caráter que circula na dimensão de execução de determinado ato criminalizado, ou na sua denúncia e condenação, baseados nessas questões de legitimidade e ilegitimidade.

Diante dessas observações o que se coloca é a necessidade então de rompimento com a perspectiva que trabalha com a independência total do discurso jurídico e que, por isso, a sua análise seria como um resgate da própria história da instituição e todos os seus elementos fariam

então sentido dentro do seu próprio sistema, não cabendo a ligação desses elementos com fatores externos à instituição jurídica.

Por outro lado também, essas observações apontam para a necessidade de rompimento com as perspectivas que trabalham o discurso jurídico de um ponto de vista que, por darem um sentido um tanto natural ao seu surgimento nas sociedades em meio a necessidade de regulação das relações sociais, impedem uma análise mais sistemática dos seus mecanismos.

Dessa maneira, não permitem a identificação de elementos constitutivos dessas instituições, enquanto dispositivos comprometidos com a construção de um plano social de atuação, mas encaminham a discussão para o plano das heranças culturais que se manifestam, nesse discurso, enquanto espaço de construção cultural.

Nesse sentido, é a busca pelos elementos ignorados em uma e em outra visão que deixaria a medida para a nossa análise do discurso jurídico; assim, a tentativa de perceber como essa instituição jurídica se encontra dependente de toda uma estrutura social, se constituindo em uma esfera também de estruturante social, cabendo portanto, uma análise dos seus mecanismos de reprodução e, desse modo, dos seus artífices de controle social.

Também é importante destacar que a nossa investigação, busca no discurso jurídico a existência de paralelos para os conceitos de acomodação e disciplinalização manifestados nas Leis instituídas ou na sua aplicação. Esses conceitos, trabalhados enquanto concorrentes, colocam duas facetas possíveis do Direito, não tendo, nesse sentido, a pretensão de esgotar as possibilidades de reflexão^{xxv}.

Toda esse encaminhamento teórico encontra-se respaldo numa concepção do Direito enquanto “produto histórico participante da dinâmica social, portanto, produzindo as transformações históricas e sendo, ele próprio, produzido e transformado historicamente”^{xxvi}. Nesse sentido, cabe aqui ressaltar esses pontos de contato entre o discurso jurídico e o quadro social no qual ele está inscrito, não havendo a possibilidade de potencializar uma dimensão autônoma desse discurso.

No entanto, essa análise também trabalha a construção e atuação desse campo jurídico, enquanto espaço de conflito pelo monopólio do direito de dizer a verdade/Lei, não vendo aí um espaço de paz social, ou a existência de uma força única e poderosa.

Esse ponto é fundamental, pois nos leva à identificar também este campo não como um lugar total ou único, mas um lugar de conflito, de disputa por esse poder que se quer ser amado e que, no limite, conserva a sua unidade mantida através dos seus elementos hierarquicamente distribuídos.

Assim, como na estruturação do discurso religioso, o discurso jurídico também vai trabalhar a idéia de que mesmo dentro da estrutura do Poder que se quer única, existem graduações de lugares de poder, ou seja, existe a definição, *a priore*, que diz quem está mais apto para que, em uma situação limite de quebra da ordem, diga a Lei e defina a punição.

Tratando da esfera então que esta instituição jurídica vai construir o seu discurso, percebemos elementos presentes que vão buscar a composição de uma narrativa neutra, ou seja, desprovida da possibilidade de se constituir parcialmente, mas a elucidação de um discurso jurídico que se quer intocável, em função do seu caráter quase sacralizado no que concerne ao sentido de Verdade revelada que ele representa, unida ainda ao seu caráter universalista, ou seja, a medida de uma verdade muito maior.

Assim, esse discurso se posiciona frente ao todo social, a partir de seu caráter universalista também, não cabendo nesse sentido, apropriações subjetivas. Dessa maneira, estaria livre das possibilidades de dúvidas.

É necessário, nesse sentido, colocarmos que trabalhamos a partir de uma perspectiva do discurso jurídico, enquanto mecanismo também de controle. No entanto, essa consideração do campo jurídico, enquanto espaço de manifestação das fantasias absolutistas de um controle social absoluto^{xxvii}, não tem o caráter de esvaziar a discussão em torno dessa questão, ao contrário, delinea apenas uma das facetas desse campo que consideramos, trazendo para o debate, uma perspectiva dialética de trabalho com o arcabouço jurídico e a instituição da Lei^{xxviii}. Investigar essas questões é aqui a nossa tarefa.

Este trabalho está inserido em uma discussão mais ampla acerca do processo de criminalização feminina nos fins do século XIX e início do século XX que vem sendo desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em História *Stricto Sensu* na UFF – Mestrado.

ⁱ Lyra Filho, Roberto. *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito*. Porto Alegre, Fabris, 1983.

ⁱⁱ Essa proposta está colada na razão da criação da Nova Escola Jurídica Brasileira fundada por Roberto Lyra Filho.

ⁱⁱⁱ Especificamente, estamos fazendo referência ao livro:

Thompson, E. P. *Costumes em comum. Estudos sobre a cultura popular tradicional*, São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

^{iv} Estamos trabalhando com o conceito de campo jurídico a partir do trabalho de Pierre Bourdieu, *A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico* IN: *O Poder Simbólico*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1998; onde define:

“ O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa*, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões que da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento **, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

* <droite> (recta, justa) no texto; parece haver jogo de palavras com <droit> (direito).

* <méconnaissance> (ignorância, não reconhecimento), no texto original. (N. T.). (pág. 212)”.

^v A *Revista dos Tribunaes* foi fundada em janeiro de 1912, em São Paulo, e tinha como regime de publicação uma tiragem quizenal, contando com a direção do advogado Plínio Barreto, estando ligada ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Essa revista foi publicada até o ano de 1916.

^{vi} *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 1, volume I, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1912, pág. 04.

^{vii} *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 7, volume I, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1912.

^{viii} *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 7, volume I, op. cit. pág. 11.

^{ix} Appellação cível N. 6546 IN: *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 2, volume I, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1912. Relativa à inhabilidade da mulher casada para realizar transações relativas ao patrimônio do casal.

^x *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 6, volume I, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1912.

^{xi} Embargo N. 6422 IN: *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 7, volume I, op. cit.

^{xiii} *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 7, volume I, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1912.

^{xiii} *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 7, volume I, op. cit. pág. 70.

^{xiv} *Revista dos Tribunaes*, anno I, fascículo nº 7, volume I, op. cit. pág. 71.

^{xv} *Revista dos Tribunaes*, anno II, fascículo nº 6, volume V, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1913, pág. 307.

^{xvi} *Revista dos Tribunaes*, anno II, fascículo nº 6, volume V, op. cit. pág. 307.

^{xvii} *Revista dos Tribunaes*, anno V, fascículo nº 103, volume XIX, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1916, pág. 195.

^{xviii} *Revista dos Tribunaes*, anno II, fascículo nº 1, volume VII, São Paulo, Tribunal de Justiça de S. Paulo, 1913, pág. 57.

^{xix} *Revista dos Tribunaes*, anno II, fascículo nº 1, volume VII, op. cit. pág. 57.

Também torna-se urgente esclarecermos aqui que o aborto, se cometido para ocultar a deshonra, tem a sua pena diminuída em até um terço, de acordo com a Lei em vigor do período.

^{xx} *Revista dos Tribunaes*, anno II, fascículo nº 1, volume VII, op. cit. pág. 59.

^{xxi} *Revista dos Tribunaes*, anno II, fascículo nº 1, volume VII, op. cit. pág. 59.

^{xxii} Pierre Legendre, *Autoridade, responsabilidade e proteção `a criança*, mimeo., s/d.

Sobre essa questão do self-service normativo, o autor coloca que consiste no momento no qual a autoridade do indivíduo constitui-se enquanto referência de Poder para si próprio. Nesse sentido, o peso da referência jurídica e do Estado estriam então, esvaziadas de sua função parental. Assim, o que há é uma apropriação desse sistema de normas pelo indivíduo.

^{xxiii} E. P. Thompson, *Costumes em comum.*, op. cit.

^{xxiv} E. P. Thompson, *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987 (Coleção Oficinas da História; v. 7).

^{xxv} Sobre essa questão do caráter de acomodação e disciplinalização contido no Direito, ver:

F. A. de Miranda Rosa, *O Direito, a Solução de Conflitos e a Mudança Social* IN: *Direito e Mudança Social*, Rio de Janeiro: OAB-RJ/UERJ, 1984.

^{xxvi} Gizlene Neder, *A Conjuntura Histórica e as Transformações do Direito* IN: *Direito e Mudança Social*, op. cit., pág. 85.

^{xxvii} Sobre essa questão das fantasias absolutistas de um controle social absoluto, ver:

Gizlene Neder, *Absolutismo e Punição*, mimeo., s/d.

^{xxviii} Sobre uma perspectiva de trabalho inscrito na dialética marxista com o discurso jurídico, ver:

Roberto Lyra Filho, *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito*, op. cit.