

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO

JOSÉ HENRIQUE GRANJO MATOS

ENTRE A CRUZ E A ESPADA:
VIOLÊNCIA, RELIGIÃO E O DUELO JUDICIAL NA GÊNESE DO ESTADO MODERNO

São Paulo

2024

JOSÉ HENRIQUE GRANJO MATOS

Entre a Cruz e a Espada:

Violência, religião e o duelo judicial na gênese do Estado Moderno

Tese de Láurea apresentada na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo (FDUSP) sob orientação do
Professor Doutor Ari Marcelo Solon

Grande Área: Ciências Sociais Aplicadas

Área: Direito

Subárea: Filosofia do Direito

Palavras-chave: julgamento por combate; crise das ordálias; direito medieval

São Paulo

2024

“com que cara ousarei a me apresentar diante de Teu tribunal,
ó imparcial, terrível, inefável, inenarrável Juiz,
poderoso Deus de todos?”

(Grigor Narekatsi)

AGRADECIMENTOS

Em 17 de fevereiro de 2020, eu pisei, pela primeira vez, na Faculdade de Direito. Jamais vou me esquecer, vindo da Rua Benjamin Constant, a visão majestosa do Edifício Histórico, erguendo-se imponentemente no Largo de São Francisco. Naquele tempo, eu ainda não entendia o que os meus veteranos queriam dizer quando me alertaram “[t]u não serás mais o que ainda és. Serás, antes de tudo, franciscano. Isso será uma marca indelével em tua alma”. E então foram-se cinco anos, dois dos quais passados em isolamento em razão Pandemia de COVID-19. Hoje, o significado daquelas palavras está encravado na minha própria história, pois, mais do que Direito, na Faculdade aprendi que mesmo quando o mundo inteiro parece desmoronar ao seu redor, o Largo de São Francisco e seus alunos, atuais e Antigos, permanece. Agora eu concluo a primeira grande etapa da minha vida acadêmica, com a entrega da Tese de Láurea e, nas próximas linhas, pretendo deixar meu agradecimento àqueles que, sem distinção de importância, tornaram possível meu percurso:

À minha família, que, desde sempre, deu-me todo o apoio necessário para que eu fosse em busca dos meus sonhos, independentemente de quão malucos e fora da realidade eles fossem, Maria de Fátima Granjo, minha mãe, José Francisco Matos, meu pai, Antonio Carlos Veiga, meu padrasto, Tamara Hochgreb Matos, minha madrasta, Valentina e Leonel Granjo, meus avós maternos, Alvina Matos, minha avó materna, e Maria Terezinha Mattos, minha tia-avó pelo lado paterno.

Ao querido professor doutor Ari Marcelo Solon, ser humano incrível e acadêmico de grande sabedoria, que, há tantos anos, ensina aos alunos das Arcadas a indissociabilidade entre Direito, Magia e Literatura.

Ao professor doutor Sebastião Botto de Barros Tojal, que me orientou da primeira vez que tratei sobre o tema do Julgamento por Combate, durante a Iniciação Científica que realizei entre 2021 e 2022.

Ao grande amigo e respeitável professor, José Fernando Simão, civilista de primeira linha, profundo conhecedor da história dinástica inglesa e excelente companhia para um café durante a manhã.

Aos meus colegas da sala 13 e 14, turma 193, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que, com mais frequência do que provavelmente imaginariam, me ouviram falar

por alguns bons minutos às sete horas da manhã sobre um instituto jurídico há muito abandonado, mas ainda fascinante. Em especial, à Bruno Sanders, Pedro Sequeira, Fernanda Ribeiro, Renato Lago, Giovanna Imperato, Vinicius Esposte, Giulia Cardamone, Maria Rita, Anderson Damásio, Davi Telles, Maurício Ades, Carolina Jansen, Felipe Farah e Mariana Cardoso.

À Cristóvão Borba, Gabriel Cruz e todos os demais colegas que integraram comigo a Representação Discente de graduação e, assim, atuaram diligentemente para tornar o ambiente da Faculdade mais democrático, inclusivo e dotado de consciência política.

Ao sr. Leandro e aos trabalhadores do Café Fazenda, sem os quais, eu não teria passado tantas manhãs comendo uma fatia de bolo e tendo conversas profundas, junto à meus amigos, sobre a vida, o universo, e tudo o mais.

À Professora Paula Andrea Forgioni, minha primeira chefe e uma jurista que brilhante. E que um dia, possa eu ser uma fração do que ela é.

Aos meus brilhantes colegas de trabalho, cujo profissionalismo, dedicação e inteligência me motivam a continuar em busca da excelência, Maira Yuriko Rocha, Lucas Delazari Pinheiro, Luiza Telles, Celina Schutt, Paula Barros, Beatriz Nakazato Mendonça, Henrique Barbosa.

À Pedro “O Sambista” Ferreira, Angelo, Eduardo Daemon, Pedro Oliveira e tantos outros que alegraram minhas madrugadas de sexta-feira com muito *jazz*, bossa nova e MPB.

Aos amigos de longa data, que muito antecederam o início da minha vida acadêmica nas Arcadas, mas nunca, nem por um só momento, abandonaram-me durante os tempos de adversidade: Vitória Torres Nunes, Mariana Moreno Redondo, João Pedro Nakamura, Victor Mendonça, Piero Gomide, Guilherme Zirolto, João Pedro Viana, Júlia Katri, Cinthia Barbosa, Giovanni Rossi, Nathalia Alvarenga, Caio Kurek, Guilherme Bissoli, Pedro Henrique Tostes Martins, Beatriz Biagioni, Ricardo Miguel, Júlia Helena, Vitor Eiras, Fernando Moura, Gabriel Moretti, Paulo Eduardo e Gabriel Limonge.

Esse trabalho também não teria sido possível sem a colaboração da pesquisadora canadense Ariella Elema, autora de uma das obras mais fundamentais a respeito do tema estudado e uma respeitável colega da Academia, que me forneceu alguns materiais bibliográficos essenciais para a elaboração da pesquisa.

RESUMO

Esse trabalho teve por objetivo o estudo do Julgamento por Combate, instituto jurídico medieval, em sua forma manifestada no reino da Inglaterra a partir de 1066, visando ao teste da hipótese segundo a qual a abolição do duelo judicial dos tribunais ingleses faria parte de um movimento histórico mais amplo, qual seja, o de formação de um monopólio estatal do exercício tido como juridicamente e socialmente legítimo da violência, concomitante a um processo de crise da mentalidade medieval e secularização das instituições públicas. Ao longo da pesquisa, buscou-se contrapor a história e as regras desse método do medievo europeu àquela das instituições político-jurídicas inglesas e também à caracterização formulada por autores da ciência e filosofia política, bem como da Teoria Geral do Estado, para verificar se havia, de fato, uma incompatibilidade necessária entre o Julgamento por Batalha e o Estado Moderno. Ao final da pesquisa, concluiu-se que, de fato, a hipótese adotada se mostrava correta, não só porque o duelo trazia consigo a solução violenta dos conflitos e a promoção da busca pela honra e glória pessoal – incompatíveis com as exigências de pacificação do território e das paixões do cidadão trazidas pela organização política que surgia – como também pelo surgimento de outros métodos para a obtenção de soluções jurídicas justas e tidas como legítimas por uma parcela considerável da sociedade, como, por exemplo o julgamento por meio do júri e o processo inquisitorial nos tribunais medievais – pautados por uma nova racionalidade, impessoal, materialista e cada vez mais, afastada do divino.

Palavras-chave: julgamento por combate; crise das ordálias; direito medieval

ABSTRACT

The aim of this work was to study Trial by Combat in its form manifested in the kingdom of England from 1066 onwards, in order to test the hypothesis that the abolition of the judicial duel in English courts was part of a broader historical movement, namely the establishment of a state monopoly on the legally and socially legitimate exercise of violence, concomitant with a process of crisis of the medieval mentality and the beginning of the secularization of public institutions. Throughout the research, we sought to contrast the history and rules of this European medieval method of proof with those of English political and legal institutions and also with the characterization formulated by authors of political science and philosophy, as well as the General Theory of the State, in order to verify whether there was, in fact, a necessary incompatibility between Trial by Battle and the Modern State. At the end of the research, it was concluded that, in fact, the hypothesis adopted was correct, not only because the duel brought with it the violent solution of conflicts and the promotion of a quest for personal honour and glory - incompatible with the demands for pacification of the territory and of the passions of the citizens brought about by the political organization that was emerging - but also because of the development of other methods for obtaining adequate and fair legal solutions that were considered legitimate by a considerable portion of society, such as jury trials and the inquisitorial procedure - guided by a new rationality that was impersonal, materialistic and increasingly distanced from the divine.

Key-words: Trial by combat; crisis of the ordeal; medieval law

LISTA DE TABELAS

TABELA 1. Tamanho das comunidades e presença ou não das ordálias.....	148
TABELA 2. Estratificação social e presença ou não das ordálias	148
TABELA 3. Integração política e a presença de ordálias	149
TABELA 4. As espécies de ordálias unilaterais e o gênero dos participantes na Inglaterra entre 1166 e 1219	153
TABELA 5. Discussões, promessas de batalha e duelos judiciais na Inglaterra.....	183

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – O MONOPÓLIO DO EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA VIOLÊNCIA PELO ESTADO	
1.1. A violência e a paz	26
1.2. A violência submetida à política	41
1.3. A violência submetida ao Direito	55
CAPÍTULO 2 – BREVE HISTÓRICO DA CENTRALIZAÇÃO POLÍTICA E JUDICIÁRIA NA INGLATERRA	
2.1. A organização política feudal e as reformas de Henrique II (1066 – 1215)	70
2.2. O Estado semi-burocrático (1215 – 1457)	81
2.3. A consolidação do Estado Moderno (1485 – 1688).....	87
CAPÍTULO 3 – O INSTITUTO DO JULGAMENTO POR COMBATE	
3.1. Origens remotas e transposição para o Direito inglês	94
3.2. Julgamento por combate e o <i>Writ of Right</i>	105
3.3. Julgamento por combate e o <i>Appeal</i>	117
3.4. Julgamento por combate e o Tribunal da Cavalaria.....	126
CAPÍTULO 4 – DECLÍNIO E QUEDA DO JULGAMENTO POR COMBATE	
4.1. A crise das ordálias: explicações funcionalistas e a crise de mentalidade.....	144
4.2. A crise das ordálias: uma crise de mentalidade?	155
4.3. Participantes e restrições.....	174
4.4. Lentidão e ineficiência dos procedimentos.....	180
4.5. Desuso e abolição	183
CONCLUSÃO.....	192
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	206

INTRODUÇÃO

*“Once more, the more to aggravate the note,
With a foul traitor's name stuff I thy throat;
And wish, so please my sovereign, ere I move,
What my tongue speaks, my right drawn sword may prove”¹*

Essas são as palavras proferidas por Henry Bolingbroke perante o monarca inglês, para formalmente acusar de traição o seu desafeto político, Thomas Mowbray, na primeira cena do Ato I da peça *Ricardo II*, de William Shakespeare. Em um impasse que ocupa três cenas, os litigantes são incapazes de sustentar as suas alegações em provas materiais ou testemunhais, Bolingbroke tem tão somente a sua palavra, tal como Mowbray; ambos submetidos ao juramento feito diretamente a autoridade régia. Não tarda para que o objeto da discussão passe do plano da traição para aquele do perjúrio, o falso testemunho proferido em juízo, que macula a honra e o *status social* do agente, e cujas consequências, se não prontamente reconhecido e punido o infrator, recaem sob a vítima da mentira.

Em uma sociedade marcada por laços de confiança, como aquela do período feudal, a honra e as suspeitas que sobre ela poderiam incidir apresentavam repercussões graves para o titular: não se trata meramente de uma questão de orgulho, mas de um acontecimento que traria reverberaria esfera patrimonial e na posição social do agente dentro da hierarquia estabelecida – especialmente na Inglaterra, onde a nobreza, enquanto *status legal* estava submetida tanto a documentos formais como a um reconhecimento por seus pares. A honra é uma designação social, mas com repercussões jurídicas evidentes. Não é, portanto, de se estranhar, que Mowbray, ora acusado, prontamente responda²:

¹ “De novo, pra tornar mais grave o tom/Com o nome de traidor te estufo a goela,/E quero – se apraz ao rei – onde estou/Provar co’a espada o que a língua afirmou” (tradução de Barba Heliodora, cf. SHAKESPEARE, William. *In: LEÃO, L. C (org.). Grandes obras de Shakespeare: peças históricas*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2017, p. 183 – 299). Todos os versos originais da peça, não tão somente para a presente citação, foram extraídos de SHAKESPEARE, William. **Richard II. Online**. Disponível em: <<http://shakespeare.mit.edu/richardii/full.html>>. Acesso em 09 out. 2021. Aponta-se que essa tradução optou por retirar do trecho original a expressão *right drawn sword*. Apesar de não se questionar a pertinência poética de tal decisão, cabe apresentar uma tradução livre que deve ser levada em consideração para a interpretação mais adequada dos versos extraídos, isto é, “Provar co’a espada justamente empunhada o que a língua afirmou”.

² Ato I, Cena I.

*“Mine honour is my life; both grow in one:
Take honour from me, and my life is done:
Then, dear my liege, mine honour let me try;
In that I live and for that will I die”*³.

Assim como Bolingbroke se dispõe, a partir do enfrentamento físico, a provar a verdade de suas palavras – e, portanto, sua qualidade enquanto um nobre moralmente íntegro – Mowbray está disposto a morrer em defesa de sua honra, de seu *status*. A disputa de vida ou morte se transforma na maior de todas as provas, pois ambos estão dispostos a matar e morrer por aquilo que proferem: a vida encontra seu limite na própria verdade, e esta, por sua vez, converge para a posição de solução jurídica justa. É um teste de honra, mas também tem um caráter probatório, pois revelará a verdade dos fatos controvertidos⁴. No emaranhado entre honra e direito, é inocente a parte que sagrar-se vencedora em combate, e condenada aquela que for derrotada.

A despeito do que se pode, em um primeiro momento, imaginar, o episódio narrado por Shakespeare ultrapassa a romantização e encontra substrato na História – especificamente, na disputa ocorrida entre as Thomas Mowbray, o Duque de Norfolk e Henry Bolingbroke, o Duque de Hereford, em 1398⁵. Entre 1387 e 1389, Mowbray participou ativamente da conspiração de nobres que tomaram o poder de Ricardo II, forçando a submissão do monarca, os chamados *Lords Apellant*. Após a retomada do poder pelo rei, este perdoou formalmente aqueles que haviam tomado em armas, o que não o impediu, contudo, de prender, em 1397, três dos líderes desta revolta, dentre os quais o Duque de Gloucester, o qual viria a morrer em circunstâncias suspeitas durante seu confinamento. Esses acontecimentos provocaram em Mowbray o temor de que seria preso pela traição que cometera anos antes. Ao expor tais receios para Bolingbroke, este o denunciou perante a corte real, conforme os eventos descritos⁶.

³ “Minha honra é minha vida: ambas crescem em um:/ Tire a honra de mim, e minha vida acabou:/ Então, meu caro senhor, minha honra deixe-me testar:/ Por ela vivo e por ela hei de morrer” (tradução livre).

⁴ ELEMA, A. **Trial by Battle in France and England**. Tese (doutorado em filosofia) – Centre for Medieval Studies, University of Toronto. Toronto. 2012, p. 85.

⁵ COKAYNE, George Edward. **Complete peerage of England, Scotland, Ireland, Great Britain and the United Kingdom, extant, extinct, or dormant. Vol 5**. 1.ed. Londres: William Pollard & Co., 1893, p. 412. Disponível em: <<http://www.familysearch.org/library/books/ldurl/1/253595>>. Acesso em 09 out. 2021.

⁶ Enciclopaedia Britannica: Thomas Mowbray, 1st duke of Norfolk. **Online**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Thomas-Mowbray-1st-Duke-of-Norfolk>>. Acesso em 09 out. 2021.

A prática de desafiar a parte contrária a um duelo, adotada em *Hereford v. Norfolk* (1398) estava longe de ser uma inovação ou caricatura trazida pelo caso, tratava-se, em verdade de um legítimo e antigo instituto jurídico, denominado “julgamento por combate”, classificado como espécie do gênero das ordálias (ou ordálies), isto é, encontra-se entre os chamados juízos de Deus, ou *iudicium Dei* – definidos por Bloomfield⁷ como um apelo feito de modo organizado a Deus, para que recaia sobre determinada questão controvertida a intervenção da Providência; Gilpatrick⁸ fala, de maneira mais ampla, em um “apelo ao Deus da Verdade”.

As chamadas ordálias unilaterais, nas quais somente um indivíduo participa, na posição de agente exposto a determinada provação, são comprovadamente conhecidas desde a Antiguidade. O parágrafo 2º do Código de Hamurabi, que remonta a, aproximadamente, 1800 a.C.⁹, explicitamente determina:

*“If any one brings an accusation against a man, and the accused go to the river and leap into the river, if he sinks in the river his accuser shall take possession of his house. But if the river prove that the accused is not guilty, and he escape unhurt, then he who had brought the accusation shall be put to death, while he who leaped into the river shall take possession of the house that had belonged to his accuser”*¹⁰.

Há ainda referência à ordália no Livro dos Números¹¹ – na Bíblia hebraica e no Antigo Testamento – cuja redação conhecida data do século V a.C, em uma instrução aos sacerdotes acerca do modo de descobrir a mulher adúltera a partir do oferecimento para ela de uma mistura de água benzida e pó, devendo-se determinar o resultado a partir da reação da mulher ao teste:

⁷ BLOOMFIELD, Morton W. Beowulf, Byrhtnoth, and the Judgement of God: Trial by Combat in Anglo-Saxon England. **Speculum**, Chicago, v. 44, n° 4, out. 1969, p. 545 – 546. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2850382>>. Acesso: em 09 out. 2021.

⁸ GILPATRICK, M. S. *Wager of Battle*. **Green Bag**, vol. 14, n. 7, Jul. 1902, p. 321-323. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tgb14&i=357>>. Acesso em: 09 out. 2021.

⁹ A tradução em inglês para o conteúdo do Código de Hamurabi está disponível em: <<https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>>. Acesso em 09 out. 2021.

¹⁰ “Se qualquer um trouxer uma acusação contra um homem, e o acusado for ao rio e nele pular, se ele se afogar, o acusador deverá tomar a posse de sua casa. Mas se o rio provar que o acusado não é culpado, e ele escapar incólume, então aquele que trouxe a acusação deverá ser morto, enquanto aquele que pulou no rio deverá tomar a posse da casa que pertencia ao acusador” (tradução livre).

¹¹ Números 5:11 – 31. Disponível em: <https://www.bibliaon.com/numeros_5/>. Acesso em 5 out. 2021.

se sua barriga inchar e isso trazer a ela sofrimento, estaria provada a culpa, do contrário, a inocência. Entre os romanos, porém, se discute se, efetivamente, a Ordália foi empregada como método probatório ao longo do processo judicial, ao menos no período arcaico de sua história¹², contudo, não há registros suficientes para sustentar essa alegação.

Durante a Alta Idade Média, eram três as ordálias unilaterais amplamente utilizadas – até a sua proibição pelo Quarto Concílio de Latrão – a ordália do fogo, a ordália da água quente e a ordália da água fria¹³. Na ordália do fogo, o participante deveria carregar um pedaço de ferro quente por uma distância estipulada sem sofrer queimaduras graves. Na ordália da água quente, precisaria retirar um objeto de um recipiente com água quente, sem, porém, ter sua pele queimada, para que então fosse proferida sua inocência. Por fim, a ordália da água fria consistia em amarrar o acusado e jogá-lo em um rio (ou, mais comumente, em uma piscina construída para o evento), sendo considerado inocente se afundasse e culpado se flutuasse, dialogando, assim, com o disposto nas leis de Hamurabi, mas com diferenças quanto à interpretação do resultado.

Em paralelo às ordálias de caráter unilateral, existiram ainda as ordálias bilaterais, nas quais ambas as partes – acusado e acusante – eram submetidos a um teste. Na Inglaterra, bem como na maior parte da Europa, a única forma conhecida de ordália bilateral foi o Julgamento por Combate.

Há um consenso dentro da historiografia do instituto do julgamento por batalha a atribuir aos chamados “povos bárbaros” da Antiguidade sua origem. É verdade que a expressão “bárbaros” não é adequada para se referir a tais grupos populacionais, sendo utilizada, nesse trabalho, tão somente para indicar genericamente o coletivo de povos (celtas, germânicos e escandinavos) aos os quais se costuma imputar a criação dessa peculiar forma de prova. Henry C. Lea encontra vestígios da prática entre essas populações a partir obra de Tito Lívio (escrita provavelmente entre o final do século II e a primeira metade do século I a.C), no décimo livro

¹² ELEMA, 2012, p. 29 – 30.

¹³ Ibidem, p. 9.

da obra *Germania* de Tácito, nas *Variae Epistolae* de Cassidoro, e ainda nos escritos de Saxão Gramático (em referência aos povos escandinavos residentes na Dinamarca)¹⁴.

As fontes citadas por Lea, todavia, como posteriormente se demonstrará no Capítulo III, sofrem fortes críticas historiografia contemporânea. Para fins desta introdução, basta, portanto, esclarecer que a primeira legislação a explicitamente mencionar o instituto é a *Lex Burgundionum*¹⁵, do início do século VI d.C, cujas disposições semelhantes, posteriormente, na Lei dos Francos Sálcos, Francos Ripuários, Lombardos, Alamanos, Turíngios, Saxões, Bávaros, Frísios e outros. Na Inglaterra, porém, introduz-se o julgamento por combate tardiamente, com a Conquista Normanda de 1066.

É importante traçar a diferenciação entre o duelo e o julgamento por combate. O primeiro é um fenômeno eminentemente social, tem sua origem na ideia da vingança, contém como objeto a reparação da honra ou a mera retribuição, como uma solução para reduzir o custo de vidas e satisfazer pessoalmente os ânimos dos indivíduos¹⁶. Nesse sentido, o duelo se aproxima da vingança privada ou ainda a uma tentativa de se conter os feudos de sangue entre famílias. Como forma rudimentar e pré-jurídica, foi comum a quase todos os povos¹⁷, ainda que assumindo roupagens distintas.

Tem-se como um exemplo notável de duelo a prática do torneio de cavalaria durante o medievo. Essa figura assumiu duas formas, a primeira, predominante até o século XIV era a reprodução da batalha campal ou *melee*, a segunda, uma espécie de espetáculo, com mais regulações, no qual os participantes frequentemente enfrentavam duelos singulares montados a cavalo. O *melee* não foi muito explorado pelas legislações do período, por isso era, na maior parte das vezes, um combate brutal que tinha por objetivo comum a captura do adversário, para que este (ou algum familiar) tivesse de pagar um resgate. Praticado exclusivamente entre os membros da nobreza, era essencial na manutenção da cavalaria: participar do torneio fazia parte do treinamento de um cavaleiro, ao mesmo tempo que permitia a satisfação da busca por honra e fama (daí surge a figura do cavaleiro errante, um nobre que buscava tornar-se conhecido em

¹⁴ LEA, Henry C. *Superstition and Force: Essays on the Wager of Law, the Wager of Battle, the Ordeal, Torture* (2). **HeinOnline**. Philadelphia, 1870, p. 91 - 98. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.beal/supfc0001&i=17>>. Acesso em 28 nov. 2020.

¹⁵ Elema, 2012, p. 36 – 46.

¹⁶ LEA, Henry C., *op. cit.*, p. 87 – 90.

¹⁷ *Ibidem*.

pouco tempo) e possibilitava à parte dos nobres, principalmente aos filhos mais novos, desfavorecidos na partilha de terras advindas da herança, enriquecer por meio dos resgates¹⁸.

O duelo da modernidade, por sua vez, tem origem na *gentry* europeia, especialmente nos períodos de decadência e posterior abolição do Julgamento por Combate, gozando de grande popularidade até meados do século XIX¹⁹.

Entretanto, se ao duelo é suficiente a conceituação genérica – como modo de abarcar as formas não revestidas de formalidades jurídicas, mas, ainda assim, ritualísticas, da violência – em relação julgamento por combate faz-se necessária maior especificidade. Na classificação de Lea²⁰, basta a presença de uma “forma judicial”, isto é, a existência um rito de acusação, seguido pela impossibilidade de se coletar provas conclusivas por outros meios, e a conformidade do instituto às normas processuais vigentes. Nesse sentido, ter-se-ia por objeto a busca da verdade e a aplicação da justiça, por meio da invocação do juízo de Deus, revestida da necessária imparcialidade.

Em uma historiografia mais recente – e certamente mais precisa – Elema²¹ questiona essa abordagem, em parte por sua demasiada generalidade, em parte por imprecisões. Concorde, em seu estudo, que o objeto da disputa é necessariamente de natureza jurídica – convergindo, na maior parte dos casos, para o espectro amplo das acusações de perjúrio – contudo, salienta a importância de uma terceira parte arbitadora capaz de assegurar o cumprimento da solução para o caso concreto. Ou seja, em última instância, faz-se necessária a presença de uma autoridade dotada de suficiente poder jurisdicional para tornar vinculante juridicamente os resultados do combate. Nesse sentido, esse método de prova diferiria de outros fenômenos igualmente comuns na História e na Literatura, como os combates travados entre soldados adversários anterior a uma grande batalha, no contexto de guerra, de modo a resolverem por si a disputa e pouparem os exércitos de se enfrentarem diretamente²², ou outras formas de batalha

¹⁸ Cf. HARDY, Stephen H. The Medieval Tournament: A Functional Sport of the Upper Class. **Journal of Sport History**, Illinois, vol. 1, n° 2, 1974, p. 91 – 105. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/43609164>>. Acesso em 26 out. 2021.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ LEA, 1870, p. 87 - 90.

²¹ ELEMA, 2012, p. 7 – 10.

²² Ibidem, p. 23 – 27.

envolvendo a intervenção divina²³. Além disso, Elema não nega que o elemento de honra também se faça presente em tais disputas jurídicas, como verificado no já exposto trecho da obra *Ricardo II*.

Em posição ainda mais radical, a crítica da autora rejeita que a crença de que Deus protegeria o justo, isto é, aquele que tivesse a seu lado a verdade, teria sido um dos elementos constitutivos essenciais do julgamento por combate, por duas razões. Em primeiro lugar, os procedimentos para que se realizasse o combate não exigiam a participação das autoridades eclesiásticas, tanto que, mesmo após a condenação oficial pela Igreja deste método, ele continuou a ser empregado, diferentemente das demais ordálias, por séculos. Em segundo lugar, os registros históricos apontam a presença de críticos ao procedimento, inclusive juristas do período, reconhecendo que, muitas vezes, a solução poderia ser injusta, privilegiando o mais forte²⁴ – algo que não seria aceitável para a mentalidade medieval se houvesse tamanha certeza de que no combate ocorria a intervenção divina. O presente trabalho não propõe tamanha ruptura em relação a historiografia tradicional, contudo, e entende que a crença na intervenção divina, ainda que não absoluta ou uniforme, se faz necessária para a compreensão do instituto.

Há ainda de se esclarecer questões terminológicas. A expressão “julgamento por combate” (*Trial by Combat*) parece ter sido utilizada pela primeira na primeira metade do século XII, na Inglaterra. Anteriormente, a Europa medieval vivenciou uma multiplicidade de termos para se referir ao mesmo fenômeno. Em primeiro lugar, os autores da Idade Média comumente empregaram o termo *duellum*²⁵ ou ainda *bataille*, optando também por designações latinas genéricas correspondentes a ideia de uma luta ou batalha (*pugna, certamen, bellum*).

²³ Nesse sentido, a definição empregada de julgamento por combate, expressamente exclui os combates literários entre heróis e vilões, nos quais Deus atua para assegurar a vitória do justo, bem como as disputas militares nas quais um dos comandantes roga pela intervenção divina. Rejeita-se assim, a proposição de Bloomfield (1969, p. 545 – 559), de que a luta entre Bewoulf e Grendel, bem como o pedido feito pelo *Ealdorman* de Essex, Byrhtnoth em *The Battle of Maldon* constituiriam verdadeiros traços da presença do *iudicium Dei* na Inglaterra Anglo-Saxã.

²⁴ Entre esses críticos, Glanvill irá questionar abertamente o julgamento por combate, preferindo para a solução dos litígios civis o júri, ou ainda a *Grand Assize*, por entender que tais alternativas evitam o desperdício da vida humana e as soluções ambíguas (GLANVILL, Ranulf de. **The Treatise on the Laws and customs of the realm of England commonly called Glanvill**. Edição e tradução de C.D.G. Hall. 1.ed. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 28).

²⁵ Glanvill (1993, p. 28), por exemplo, fá-lo.

Alguns textos do período falam, também, em *camfionem*²⁶, *champfwich* ou *wehandic*²⁷. Essa pluralidade de nomenclatura, porém, provocou uma verdadeira confusão naqueles que, posteriormente, escreveram a respeito do tema, de modo que constantemente expressões como “duelo judicial” (*judicial duel*), “julgamento por combate” (*Trial by Combat*), “julgamento por batalha” (*trial by battle*), “ordália por combate” (*ordeal by battle*), “ordália bilateral” (*bilateral ordeal*), e “aposta de batalha” (*wager of battle*) são tomadas como sinônimas, o que não é adequado de um ponto de vista sistemático.

Para fins do presente trabalho empregar-se-á “julgamento por combate” e “julgamento por batalha” como equivalentes cujo significado abrange a compreensão do instituto jurídico em sua integralidade, desde o momento em que se desafia a parte adversária a colocar-se sob o *iudicium Dei*, até o (eventual) combate e seu desfecho jurídico. A expressão “duelo judicial”, porém, será empregada tão somente no sentido de representar a batalha em si, isto é, o momento da confrontação física entre as partes ou seus campeões.

Em relação a terminologia “ordália bilateral”, já se expressou anteriormente sua inadequação: apesar de predominante e de existir, de fato, como o único tipo de ordália de tal espécie na maior parte dos países, a existência de outra ordália na qual se verificava a participação tanto do polo passivo quanto do polo ativo da relação jurídica de direito processual – a ordália da cruz – impede que se generalize o termo.

O termo “ordália por batalha”, por sua vez, não é de todo equivocado, e poder-se-ia admitir que fosse empregado como um sinônimo de “julgamento por combate”. Contudo, verificar-se-á, a partir do século XIII, uma crise geral das ordálias, que verá suas diversas modalidades abolidas, de modo a restar apenas o julgamento por batalha como figura ainda vigente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos medievais. Esse processo dará certa autonomia ao instituto, de modo que o emprego do substantivo “ordália”, ainda que conceitualmente correto, perde seu correspondente histórico. Por essa razão, evitar-se-á o uso da expressão ao longo do trabalho para designar especificamente o julgamento por combate, sem, porém, perder de vista sua utilidade do ponto de vista classificatório.

²⁶ Termo empregado amplamente para designar uma “luta”.

²⁷ Elema (2012, p. 10 – 11) dedica parte de sua tese a elaborar a etimologia dos termos empregados para denominar esse instituto jurídico.

Em relação a “aposta de batalha” (*wager of battle*), também referida como a “promessa de batalha” (*pledge of battle*), se admite seu uso como um sinônimo de “julgamento por combate”, mas é preferível reservar tal formulação somente à fase do processo na qual as partes efetivamente tornavam vinculante a sua participação no combate – isto é, como um dos momentos processuais do instituto mais amplo do julgamento por batalha.

Entre as diversas conceituações e terminologias empregadas, salienta-se um aspecto presente de maneira quase homogênea: a concepção, por trás do instituto jurídico, do enfrentamento, ou seja, da oposição irremediável entre as partes, em última instância, da violência. Em verdade, o julgamento por combate coloca a violência como o pináculo da justiça em situações de profunda penumbra a respeito da solução correta; pela falta de evidências, apela-se à capacidade de infligir àquele que comete o perjúrio a dor, a ponto deste, ora por render-se, ora por perder sua vida, ver-se devidamente condenado, pacificando a situação de direito material. Nesse sentido, o instituto enseja um debate complexo a respeito dos limites do exercício da violência pelo corpo social.

Tratando brevemente a respeito do monopólio da violência pela comunidade jurídica, Hans Kelsen²⁸ estabelece que o controle da coerção física não é uma realidade atemporal, mas, sim, construída historicamente – assim, em um primeiro momento, se admite, ainda que negativamente, o emprego da coerção física contra estrangeiros. Esse processo gradual de controle leva, eventualmente, a vedação geral do emprego da violência, salvo quando esta é utilizada como forma de sancionar um comportamento juridicamente proibido, e, em um segundo momento, à centralização do poder de dispor da coerção. Isto é, passa-se de um sancionamento coercitivo difuso, no qual aquele que se vê prejudicado vale-se dos meios a seu dispor e está juridicamente autorizado para sancionar o infrator da ordem legal, para um sancionamento coercitivo concentrado, no qual os órgãos judiciais exercem tal competência com exclusividade.

Nessa categorização, o julgamento por batalha é uma realidade intermediária: a violência é posta dentro do sistema jurídico, que, porém, não atua incisivamente ao longo do duelo judicial, relegando tal competência à autoridade divina – a religião, ou ainda, nos termos de Lea, a *superstição cristã*²⁹ – capaz de legitimar e conformar o uso da força bruta, que deixa,

²⁸ **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 39 – 43.

²⁹ LEA, 1870, p. 85 – 87.

portanto, de ser indiscriminado, mas, por outro lado, retira do juiz o efetivo poder decisório: o terceiro dotado de autoridade regula o procedimento e torna vinculante a decisão, mas em sua elaboração não interfere³⁰. Eis a natureza do *iudicium Dei*.

Ao partir do pressuposto de que as formas de organização política e jurídica tem como uma principal função receber, processar e responder às demandas advindas do corpo social, conferindo a elas a solução apropriada³¹, verificar-se-ia que sistema do *iudicium Dei* se mostrou adequado em meio ao contexto de pulverização política e violência generalizada da Idade Média Inicial e da Alta Idade Média³². Todavia, esse quadro geral passará por grandes mudanças nos séculos seguintes.

A partir do século XIII, as monarquias europeias atravessam transformações notáveis. Em primeiro lugar, há o princípio de uma separação entre a esfera pessoal do rei e a governança do reino, a partir da constituição de estruturas institucionais de Estado – como o Parlamento – que possibilitarão a incorporação, em um conjunto político único, dos diversos núcleos de poder, ainda que este agrupamento esteja dividido internamente em estamentos, é o chamado “Estado estamental”³³ – ou ainda, na realidade inglesa, aquilo que Van Caenegem, qualificará como um “Estado semi-burocrático”, devido a profissionalização cada vez maior dos

³⁰ LEA, 1870, p. 101.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 23.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2020, p. 45.

³² Nesse trabalho, será adotada, salvo quando indicado de maneira diferente, a seguinte periodização da Idade Média: Idade Média Inicial (*Early Middle Ages*), correspondente ao percurso temporal entre os séculos V e 10 d.C., marcada pelas últimas invasões bárbaras, a expansão do Islã, o nascimento do Sacro Império Romano Germânico, e o início do processo de feudalização da Europa; Alta Idade Média (*High Middle Ages*), entre o ano 1000 e o início do século XIV, caracterizada pela retomada do crescimento econômico e populacional, um processo inicial de urbanização, a redução das guerras de vizinhança, as Cruzadas e guerras de reconquista, o fortalecimento do Papado e o declínio do Império Bizantino; a Idade Média Tardia (*Late Middle Ages*), entre os séculos XIV e XVI, dominada por uma série de Fomes, a Peste Bubônica, levantes camponeses, ameaças à unidade da Igreja Católica, expansão Turco-Otomana, mas também um desenvolvimento das artes e da ciência, bem como a consolidação das monarquias nacionais.

³³ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 29 – 30.

funcionários da coroa, que ganharão até mesmo certa autonomia em relação ao soberano³⁴. Dessa configuração, nascerá no final do século XV, o Estado Moderno, a partir da delimitação das esferas de atribuições públicas e privadas, da constituição e consolidação dos servidores públicos e dos exércitos nacionais – rompendo definitivamente com a dependência em laços de confiança ou em formas feudais de defesa – e a consagração³⁵, na Paz de Westfália de 1648³⁶, do princípio jurídico da soberania e suas repercussões externas e internas no plano jurídico.

Esse novo modelo político altera expressivamente o cenário anterior, pois possibilita, pela primeira vez na história da humanidade, falar em um aparato que detém eficazmente, a partir de seus institutos e instituições centralizadoras, em termos weberianos, o monopólio do exercício legítimo da violência física³⁷. Trata-se de constatação acabará por tornar indissociável a ideia de violência em relação aos próprios elementos constitutivos da organização política moderna, provocando uma disputa a respeito da própria semântica por trás da expressão “Estado Moderno”, que, para muitos, assume um tom pleonástico: não há de se falar em Estado Moderno, pois não há, antes da modernidade, uma organização ou forma política capaz de exercer esse monopólio da coação legítima³⁸. Em outras palavras, está na essência do Estado o poder jurídico e, em grande medida, de fato, de exclusivamente dispor da violência.

Há, portanto, a partir da Idade Média Tardia, uma clara incompatibilidade entre o instituto do julgamento por combate e os Estados nascentes, os quais não mais admitiriam uma forma de expressão da violência que fugisse ao padrão racional-legal e ao controle das autoridades político-jurídicas.

³⁴ Cf. **The Birth of the english common law**. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 4 – 12 e **Judges, Legislators and professors**: chapters in european legal histroy. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 130 - 145.

³⁵ E não há de se confundir “consagração” com surgimento! Westfália marcaria o reconhecimento internacional na Europa do princípio *cuius regio, eius religio*, consequência lógica da soberania jurídica. Mas, as teorias a respeito da “soberania”, e mesmo as ações dos Estados Nacionais para afirmar sua autoridade absoluta sobre os seus assuntos internos antecedem, por vezes, em séculos, a data de 1648 – como será demonstrado ao longo do capítulo 1 e 2 da pesquisa.

³⁶ RANIERI, 2019., p. 107

³⁷ WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Tradução de Gabriel Philipson.1.ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2020, p. 10

³⁸ BOBBIO, 2020, p. 85 -99.

Esse paralelismo entre o processo de formação do Estado na modernidade e de abolição gradual do julgamento por combate, não foi, entretanto o objeto de estudo dos principais autores a escreverem a respeito do tema. O primeiro estudioso do instituto foi o historiador e ativista Henry Charles Lea, que, na obra *Superstition and Force: Essays on the Wager of Law, the Wager of Battle, The Ordeal and Torture*, entendeu que a abolição da ordália e do juramento como métodos de prova fazia parte de um processo natural de abandono da irracionalidade e da “barbárie”, concomitante a constituição da “civilização” e da racionalidade legal. Nessa obra, tomou-se uma perspectiva demasiadamente ampla, buscando uma descrição geral do instituto na Europa ocidental, produzindo um resultado que, dada a variedade de formas que o julgamento por batalha adotou, é impreciso e passível de críticas.

Nesse sentido, o próximo autor a escrever a respeito do assunto é George Nielsen, que publica *Trial by Combat* em 1890. Nielsen circunscreveu sua análise ao desenvolvimento do julgamento por combate na Inglaterra e na Escócia, registrando uma série de casos anedóticos, mas pouco utilizando fontes jurídicas. Diversos outros autores escreveriam artigos ao longo do século XX, porém com pouquíssimas contribuições originais, muitas vezes apenas repetindo aquilo que já havia sido registrado pelos dois autores antecedentes. Somente em 1977, M. J. Russel revoluciona o campo de estudo ao elaborar uma exauriente análise do instituto e também uma compilação de dados e fontes em sua tese de doutorado. As conclusões de Russel seriam essenciais para os pesquisadores que o seguiram, uma vez que sua obra contém uma verdadeira sistematização de fontes primárias e secundárias, bem como de referências cruzadas. É um verdadeiro catálogo para todo e qualquer pesquisador e, particularmente útil para aqueles que enfrentam dificuldades em ter acesso direito às fontes primárias – o que se verificou na pesquisa ora apresentada.

Mais recentemente, é imprescindível citar a contribuição de Ariella Elema, autora da tese *Trial by battle in France and England*, que não só traçou as características gerais do julgamento por combate, mas também as peculiaridades da forma francesa e inglesa. Sistematizou, ainda, a relação entre o duelo judicial e a disputa de honra (o duelo “extrajudicial”), rejeitando o consenso que havia se iniciado com Lea de que, nos julgamentos por batalha, tão somente estava em jogo a questão jurídica, e não o *status* dos participantes.

Está evidenciado, portanto, que, apesar de haver uma tradição historiográfica a respeito do julgamento por combate, pouco são aqueles que se dedicaram ao assunto com a profundidade necessária – e, quando o fizeram, tomaram por objetivo a mera descrição do instituto, ora

genericamente, ora como espécie aplicada em determinado território. O presente, trabalho, nesse sentido, vê-se como importante na exata medida em que se propõe como um facilitador para abordar a perspectiva de que o tema pode e deve ser relacionado a sua área de excelência, o Direito, a partir da Teoria do Estado, combinando elementos da historiografia e da Filosofia para compreender em que medida pode ser traçada uma relação entre o fim do julgamento por combate e o processo de formação do Estado Moderno, a partir de dois movimentos centrais: a formação do monopólio estatal do exercício legítimo da violência e a separação moderna entre uma esfera secular e política, e outra religiosa – de modo algum, no entanto, rejeitando as inúmeras hipóteses e contribuições feitas por aqueles que antecederam a pesquisa.

O trabalho do pesquisador, como Karl Popper³⁹ sinteticamente – e acertadamente – colocou, é elaborar hipóteses e testá-las, seguindo para isso uma metodologia adequada. A hipótese que este trabalho pretende demonstrar, é: no desuso e abolição do julgamento por combate, para além de uma necessidade de readequar a metodologia de prova no processo judicial, há, em essência, a evidência de que tal instituto havia se tornado anacrônico e inadequado, para não dizer incompatível com as estruturas do Estado Moderno, pois retirava do Estado aquilo que pretendia alcançar, o monopólio do exercício legítimo da violência, ao mesmo tempo que apelava à uma autoridade divina cada vez menos relevante diante das instituições civis.

Para evitar a generalidade demasiada, tomar-se-á a manifestação do instituto no Reino da Inglaterra como recorte temático a partir do qual se irá extrair o objeto de estudo. A escolha é estratégica: não somente a Inglaterra foi um dos últimos países a adotar o julgamento por combate, como o fez durante o processo de centralização do poder real e surgimento das instituições modernas. Ou seja, se há um caso capaz de refutar a hipótese proposta, é a experiência inglesa. De modo que, uma vez demonstrada a validade da proposição elencada, será possível generalizar as conclusões atingidas.

O método possui uma função dupla: por um lado, é ele o guia mestre da coleta de informações, da sistematização e das conclusões, dado que define como, porquê e segundo quais critérios fazê-lo, mas possui também um aspecto hermenêutico: é por meio da consciência da metodologia que se pode interpretar eficientemente a pesquisa, identificar suas falhas e seus méritos bem como compreender a sua estruturação. O método ganha ainda mais importância

³⁹ POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16.ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2008, p. 26.

levando em consideração as peculiaridades do objeto de estudo dessa pesquisa e seu pano de fundo, a experiência humana durante a Alta Idade Média e a Idade Média Tardia, mais especificamente entre os séculos XI e XV.

Há mais de cem anos, Johan Huizinga alertava para o perigo de ler a Idade Média a partir da modernidade, “como se a história cultural da Idade Média não passasse de um advento da Renascença”⁴⁰. Em certa medida, o presente trabalho padece dessa condição, pois pretende olhar para o medievo e identificar pontos de continuidade e ruptura, tomando como marco de partida os conceitos modernos da Teoria do Estado. Mas se assim procede, o faz conscientemente, porque não se propõe tanto um trabalho historiográfico quanto de filosofia e sociologia do Direito. O cerne da pesquisa não é a compreensão integral e perfeita da realidade histórica orgânica da Idade Média, mas de um movimento histórico maior de mudança na mentalidade e nas estruturas sociais, sem, no entanto, dissociar-se da realidade dos fatos, tampouco comprometendo a verdade em prol de generalizações. Em outras palavras, ao fim dessa pesquisa, é possível que se tenha uma compreensão maior não do medievo em si, mas da própria modernidade.

Feitas essas considerações preliminares, pode-se dividir o presente trabalho três partes. Na primeira, será tratado com exausto o tema geral da relação entre o Estado (moderno) e a violência do ponto de vista teórico, em seguida, será feita a análise do Estado inglês enquanto realidade histórica e, por fim, do instituto do julgamento por combate em si.

Seria impróprio empregar uma única espécie de método: tratam-se de três elementos extremamente diferentes e que, apesar de poderem se acoplar na constituição de um todo coerente e sistematizado, exigem meios distintos para serem abordados.

Assim, no capítulo um, trataremos da violência e sua relação com Estado Moderno, selecionando para tanto três aspectos desse liame: a violência enquanto sinônimo da pacificação, a violência submetida ao controle político, e, por fim, a violência submetida ao controle do Direito. Para esse estudo, se optou por uma leitura comparativa e dialética dos principais autores a respeito do tema na ciência e filosofia política, bem como na Teoria do Estado. Esse capítulo estabelece ainda o pressuposto metodológico do trabalho: todas

⁴⁰ HUIZINGA, Johan. **O Outono da Idade Média: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos**. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 6. No mesmo sentido, cf. AUSTIN, Greta. New Narratives for the Gregorian Reform. In: ROLKER, Christof (org.). *New Discourses in Medieval Canon Law Research: Challenging the Master Narrative*. Leiden: BRILL, 2019, p. 44 – 57.

a fontes foram consultadas tendo como parâmetro a legitimidade para o emprego da violência, a qual serviu como verdadeira lente para a análise das teorias, do processo histórico e dos institutos jurídicos mencionados.

Entretanto, se o Estado pode ser estudado a partir das teorias políticas ou de suas instituições⁴¹, é natural que o capítulo dois contenha a expressão histórica particular da formação do monopólio legítimo da violência pelo Estado inglês. O objetivo, assim, é conferir historicidade à análise, empregando, para tanto, autores clássicos e contemporâneos da historiografia inglesa e medieval de modo a traçar as linhas gerais da constituição do Estado Moderno na Inglaterra – sem, contudo, se propor à apreciação profunda do processo histórico inglês – algo que seria presunçoso e inadequado dentro das limitações da pesquisa.

O capítulo três trará a introdução do julgamento por combate, sua origem remota, a transposição para o direito inglês durante a conquista Normanda e o se deu o seu uso nas três principais espécies de demandas nas quais foi utilizado. Já o capítulo quatro encerrará o estudo a respeito do Julgamento por batalha em si, investigando o gradual processo de declínio, inicialmente a partir do estudo da crise geral das ordálias a partir do século XI, seguindo para os principais críticos do instituto do julgamento por combate, as limitações desse método de prova e as inovações jurídicas que aceleraram o seu abandono – tais como o processo inquisitório e a criação do júri.

Para tanto, se consultou fontes primárias e secundárias disponíveis – desde as obras dos doutrinadores do período e posteriores, que buscaram compilar as informações disponíveis, não só a respeito das disputas, mas também sobre o próprio julgamento por combate. Fez-se ainda uma consulta legislativa, ainda que tais fontes sejam escassas, para compreender como os estatutos promulgados alteraram e moldaram ao longo dos séculos o julgamento por batalha. Há por fim de se dizer que, para a sistematização dessa pluralidade de fontes referentes ao instituto, optou-se por realizar uma abordagem comparativa, complementar e integradora, de modo a se definir os principais caracteres do objeto estudado.

A título de conclusão, o trabalho buscará responder a hipótese formulada inicialmente, isto é, se pode se estabelecer ou não uma relação entre a formação do Estado-nação e o fim do julgamento por combate a partir do século XV, tomando por elo o diálogo entre as instituições

⁴¹ BOBBIO, 2020, p. 70

civis e o monopólio do exercício legítimo da violência, bem como uma nova relação que estabelece entre o plano secular e o religioso.

CAPÍTULO 1

O MONOPÓLIO DO EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA VIOLÊNCIA PELO ESTADO

1.1. A violência e paz.

A relação entre violência e paz, apesar de ostentar uma aparência contraditória, constitui, na verdade, um elo íntimo e essencial para a compreensão do Estado Moderno. Tendo nascida a organização política moderna a partir da unificação dos diversos polos políticos e militares da sociedade feudal, é com a pacificação, o confisco das armas dos nobres e a constituição de um exército permanente e único, que será possível a essa peculiar instituição impor-se em relação às demais. Entender essa correlação mais de perto exige, em primeiro lugar, que se estude o pensamento do autor florentino Nicolau Maquiavel (1469 – 1527).

Mas por qual razão se deve iniciar o presente estudo por Maquiavel? Certamente não se ignora que a literatura política antecede o florentino em séculos, remetendo a Antiguidade. Mas até então, para se referir ao corpo político, comumente se utilizava termos como *civitas*, seu correspondente grego, *polis*, ou ainda a mera designação de *res publica*. O termo “Estado” somente será difundido a partir de Maquiavel⁴², possivelmente em decorrência de uma compreensão mais ou menos generalizada de que a realidade política havia sofrido uma mudança radical, com a estruturação de uma forma de poder fortemente centralizada sobre determinado território, capaz de manter a ordem interna, mas também externa, a partir da monopolização de serviços essenciais e do reordenamento das fontes de receita dos órgãos públicos, assim possibilitando a essa estrutura que arcasse com o ônus advindo das novas funções.

Maquiavel nasce em Florença, filho de um advogado e descendente de uma casa aristocrata em franca decadência. Durante boa parte de sua vida, atuou ativamente na política da cidade mercantil de Florença, exercendo os cargos de secretário, chanceler e embaixador⁴³. Republicano por excelência, tem como sua primeira grande obra *Discorsi sopra la prima deca*

⁴² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 23.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2020, p. 85 – 99.

⁴³ PEDROSO, Dário. V Centenario do Nascimento de Maquiavel. **Revista Portuguesa de Filosofia**, Braga, vol. 25, Fasc. 2, 1969, p. 197 – 201. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/40334925>>. Acesso em 17 set. 2021.

*di Tito Livio*⁴⁴, em última instância, uma avaliação do modelo político romano existente até 27 a.C. Mais interessante, porém, para fins do presente estudo é a obra que escreveu no exílio e que foi publicada postumamente, *Il Principe*⁴⁵.

Antes de se adentrar propriamente no conteúdo de sua obra, faz-se necessário um esboço breve do contexto no qual escreve. O autor viveu o auge do Renascimento, período que, além de marcar a transição definitiva para a modernidade e o abandono gradual das práticas do medievo, assistiu à uma rica revolução cultural e política na esteira da intensificação do comércio mediterrâneo e do processo de reestruturação das cidades. A civilização renascentista, para Cardoso⁴⁶, retoma a ideia de um império, mas inova ao propô-lo não em termos espaciais, mas, sim, quase que exclusivamente culturais, em moldes helenísticos. É a partir deste momento histórico que se falará em um processo constante de criação e educação, partindo sempre do pressuposto de que o indivíduo é um ser em constante formação, rumo a uma existência ativa, moral e autônoma sob a ótica política⁴⁷. Os Humanistas, mais que se voltarem aos clássicos, buscam seu sentido autêntico e, por isso, rompem com a tradição escolástica de instrumentalizar os conhecimentos e valores passados para seus desígnios presentes⁴⁸.

Maquiavel nasceu na Itália – aqui tomada mais como expressão geográfica que como designação política em sentido próprio – que estava, no período, dividida politicamente: ao norte, o Reino da França e o Sacro Império Romano Germânico disputavam o domínio da região entre si, ao sul os Reinos de Nápoles e da Sicília se encontravam sob a coroa espanhola, no Lácio, os Estados Papais buscavam consolidar sua posição e expandir sua influência. É nesse cenário, de divisão, disputa por hegemonia e conflito de ambições entre reis, imperadores e Papas⁴⁹, que surgiram as cidades-estados italianas, em um primeiro momento sob a forma de repúblicas e principados, apesar desta última estrutura política provavelmente ter sido a

⁴⁴ Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio, *tradução livre*

⁴⁵ O Príncipe, *tradução livre*.

⁴⁶ CARDOSO, S. Sobre a civilização do renascimento In: PINTO, F. M; BENEVENUTO, F (org.). **Filosofia Política e cosmologia: ensaios sobre o renascimento**. 1.ed. São Bernardo do Campo: Editora UFABC, 2017, p. 17 – 32.

⁴⁷ Ibidem, p. 29.

⁴⁸ Ibidem, p. 25 – 29.

⁴⁹ PEDROSO, 1969, p. 197 – 198.

prevalecente no tempo de Maquiavel, como especula Strauss⁵⁰. Por tanto, a obra do autor florentino deve ser pensada levando em consideração essa realidade política em que vivia.

Nesse sentido, não surpreende o duplo caráter d'O Príncipe⁵¹: por um lado, é um tratado, uma obra de caráter científico que busca, a partir da análise dos eventos passados e contemporâneos ao autor⁵², alcançar um conhecimento de caráter universal, extraído da razão proveniente da experiência, em parte teórico, em parte prático, acerca da forma de governo denominada principado e da enumeração de suas regras, bem como da natureza dos príncipes. Por outro lado, o livro contém fortes traços emotivos, conforme o autor incorpora à pesquisa suas aspirações subjetivas, especialmente no capítulo XXVI, que é, em seus termos uma *“exhortatio ad capessendam Italiam in libertatemque a barbaris vindicandam”*⁵³.

Esse chamado para a ação é essencial para a compreensão de todas as instruções e ensinamentos transmitidos pelo autor ao longo da obra dedicada a Lorenzo de' Medici, o Magnífico⁵⁴. Maquiavel escreve para urgir ao príncipe que se torne o libertador da Itália, mas ao fazê-lo reconhece que não bastará o governo pelo consenso, será necessário agir com astúcia e com as armas, perseguindo, quando necessário, uma política de exterminação das famílias nobres italianas que se opuserem ao seu objetivo, e de ruína das cidades republicanas que busquem manter sua autonomia. Em última instância, o governante maquiavélico é um revolucionário, que redefine os conceitos de certo e errado e reescreve a ordem vigente⁵⁵.

É a partir dessa perspectiva que Maquiavel pode ser posicionado no primeiro eixo do presente estudo a respeito da violência e o Estado. Não se trata propriamente de um controle político da violência, mas sim, do emprego desta para atingir determinadas finalidades, ora

⁵⁰ “It might be suggested that when Machiavelli wrote, republics were not timely in Florence, in Italy or anywhere else on earth; principalities were in the ascendancy; republics were rather a matter of the past” (em tradução livre: “Pode ser sugerido que, quando Maquiavel escreveu, as repúblicas não eram tão pujantes em Florença, na Itália, ou em qualquer outro lugar na Terra; Principados estavam em ascensão e as Repúblicas eram preferivelmente assuntos do passado”). Cf. STRAUSS, Leo. **Thoughts on Machiavelli**. 1. ed. Illinois: The Free Press, 1958, p.16.

⁵¹ Ibid., p. 54 – 56.

⁵² MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 4. ed. São Paulo: WMF martinsfontes, 2017, p. 3.

⁵³ “Exortação a tomar a Itália e libertá-la das mãos dos bárbaros” (tradução de Maria Júlia Goldwasser, cf. ibidem, p. 127).

⁵⁴ Ibidem, p. 3.

⁵⁵ STRAUSS, *Op. Cit.*, p. 64 – 69.

designadas de maneira específica como a unificação da Itália, ora referidas em termos mais genéricos e universais como o alcance do “bem comum”⁵⁶. O Príncipe, portanto, busca a governabilidade e a manutenção de seu poder, se valendo de todos os meios necessários para tanto. Esse processo, entretanto, exige necessariamente a conservação da paz.

Por isso, o Estado maquiavélico é teleológico por natureza, enquanto a política se converte na arte de adquirir o poder e permanecer com sua titularidade. Esse aspecto finalístico é essencial, pois cria as bases de sustentação da nova moralidade do príncipe, que rompe com a tradição clássica e cristã do governante virtuoso⁵⁷. A moralidade cristã – marcada por valores como a caridade, a benevolência, a humildade e o cumprimento dos juramentos – é insuficiente para lidar com os problemas decorrentes do governo⁵⁸. As *virtutes*⁵⁹ tornam o homem covarde, medroso e passivo, inepto para o agir político.

Afinal, em Maquiavel, de maneira inovadora, o conflito deixa de ser o excepcional, isto é, o evento extraordinário que rompe com a normalidade dos debates e das decisões políticas. Em seus escritos, a própria ideia de agir politicamente pressupõe, em uma correlação lógica, disputas pela titularidade do poder ou ainda por sua ordenação, bem como por determinados interesses. Em última instância, segundo Falcão⁶⁰, o pensador florentino reconhece que dos conflitos pode surgir a ordenação política adequada, bem como um governo de leis.

O bom governante, portanto, dispõe da *virtù*, um código moral próprio, fundado na lógica da necessidade, que permite a ele adaptar-se conforme exigirem as situações. Essa *virtù* se traduz, ao longo da obra, em uma série de máximas: o príncipe não deve buscar ter todas as

⁵⁶ Maquiavel, 2017, p. 127: “Considerando, pois, todas as coisas ditas acima e pensando comigo mesmo se hoje na Itália os tempos que correm são propícios para honrar um novo príncipe (...) um homem prudente e virtuoso lhe dê forma – forma esta que traga honra para ele e bem para a universidade dos homens da Itália”.

⁵⁷ BENEVENUTO, F. A virtù do governante maquiaveliano e a tradição das virtudes cristãs In: **Filosofia Política e cosmologia: ensaios sobre o renascimento**. 1.ed. São Bernardo do Campo: Editora UFABC, 2017, p. 117 – 132.

⁵⁸ MAQUIAVEL, *Op. cit.*, p. 86 – 87.

⁵⁹ BENEVENUTO, *op. cit.*, p. 120 – 121.

⁶⁰ FALCÃO, L. Os usos de *stato* e *umori* em O Príncipe: uma leitura a partir de Gennaro Sasso In: PINTO, F. M; BENEVENUTO, F (org.). **Filosofia Política e cosmologia: ensaios sobre o renascimento**. 1.ed. São Bernardo do Campo: Editora UFABC, 2017, p. 163 – 180.

qualidades (ou seja, as virtudes) cristãs, mas sim parecer o ter⁶¹; o príncipe deve ser amado por seu povo, mas se tal tarefa aparenta ser abstrusa, não pode hesitar em ser temido; tão pouco há de se preocupar em ser tido como cruel, se as circunstâncias assim permitirem, mas é sempre preferível que não seja odiado por seus súditos⁶²; deve, ainda, ser capaz de adular ou aniquilar os líderes políticos dos Estados conquistados, pois “se é verdade que podem vingar-se das ofensas leves, das grandes não o podem”⁶³. Todavia, tais disposições transcendem a figura do príncipe.

É verdade que Maquiavel destina ao governante do principado seus conselhos, o Príncipe é o protagonista de sua obra⁶⁴, mas ao sê-lo, torna-se também protagonista da política e representante do Estado. Tratar de uma nova moralidade, que enseja medidas enérgicas por meio das forças disponíveis ao governante, significa, em última instância, romper o elo entre o poder temporal e espiritual, secularizar o corpo político, que passa a buscar referências para o agir dentro de sua própria constituição, a partir dos diversos interesses de seus integrantes – ou, ao menos, tomando o príncipe como parâmetro principal, a partir da manutenção do *status quo* criado pelo governante. Na sequência de tal ruptura, consagra-se como parâmetro moral último a lógica da necessidade, da razão própria que confere autonomia ao fenômeno político, separando-o da religião e de interferências externas.

Entender a relação que a violência pode estabelecer com o Estado teleológico de Maquiavel, pressupõe, por conseguinte, a apreensão do processo emancipatório que o autor traça em relação aos valores da nova ordem estabelecida pelo Príncipe. Somente a partir de então, se pode adentrar o campo ambíguo de intersecção entre a violência e o Estado, ora pelo risco que esta traz a integridade deste, ora porque assegura a paz e a estabilidade.

Tratar-se-á primeiro da violência enquanto um risco ao soberano. Nesse sentido, a primeira menção se encontra no capítulo II da obra. Ao discorrer a respeito dos principados hereditários, isto, é, daqueles em que os príncipes se encontram como titulares do poder em decorrência de sua linhagem, sustentados pela tradição e o respeito consuetudinário de seus

⁶¹ MAQUIAVEL, 2017, p. 87.

⁶² Ibidem, p. 81 – 83.

⁶³ Ibidem, p. 12.

⁶⁴ STRAUSS, 1958, p. 23 – 24.

súditos – a “autoridade do eterno pretérito”⁶⁵ (em termos Weberianos) – conclui o autor que poderá o soberano ser retirado de seu cargo de poder, desde que por “uma força excessiva e extraordinária”⁶⁶. Sem fazer distinção, em um primeiro momento, entre a ameaça externa ou interna – apesar de que se pode deduzir, a partir dos exemplos apresentados, que o autor tinha em mente sobretudo a ameaça de conquistadores externos – Maquiavel introduz o elemento da força como um aspecto essencial no equilíbrio político.

Em seguida, ao tratar dos principados novos que são adquiridos por meio da guerra ou da diplomacia, aponta o risco das conspirações populares, provocadas por aqueles que foram prejudicados pela ascensão do novo governante ou daqueles que seriam beneficiados por um novo processo de conquista. A esse risco, Maquiavel traça limitações ao poderio militar, e, portanto, à capacidade de exercer a violência, pois bons exércitos são insuficientes para conservar o poder, se não contar o Príncipe com o apoio de seus governados⁶⁷.

Perigoso ainda é, para o Príncipe, a força militar de terceiro do qual dependeu para chegar ao poder⁶⁸. Nessas hipóteses, a real titularidade do poder reside na figura do beneficente, jamais do beneficiário, que mantém seu cargo se e somente se assim aprovar ao detentor da capacidade militar – ainda, se encontra demasiadamente à mercê da fortuna, isto é, do acaso.

Também de profundo interesse para o presente estudo, é o capítulo IV, *Cur Darii regnum, quod Alexander occupaverat a successoribus suis post Alexandri mortem non defecit*⁶⁹. Nesse momento da obra, Maquiavel irá efetivamente traçar a distinção entre o a organização política feudal e os regimes imperiais da Antiguidade, essencialmente apresentando o dilema sobre o qual se encontra o Estado Moderno. Essa distinção se dá sobre o modo pelo qual se governa determinado território: de um lado, é possível a divisão das terras para barões, que manterão sua posição a partir da dominação tradicional, mencionada previamente, como é típico do modelo feudal; por outro, é possível que o território seja dividido em zonas administrativas,

⁶⁵ WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Tradução de Gabriel Philipson. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2020, p. 11.

⁶⁶ MAQUIAVEL, 2017, p. 7

⁶⁷ Ibidem, p. 9.

⁶⁸ Ibidem, p. 29.

⁶⁹ Por que razão o reino de Dario, ocupado por Alexandre, não se rebelou contra os sucessores deste após a sua morte (Tradução de Maria Júlia Goldwasser, cf. Maquiavel, 2017., p. 19).

sobre as quais governará um funcionário da coroa posicionado e mantido exclusivamente pela discricionariedade do soberano⁷⁰.

As possibilidades são evidentes: o sistema de funcionários da coroa apresenta menos riscos internos para o Príncipe, pois dificilmente tais indivíduos terão poder para rebelar-se contra o seu jugo, por outro lado, facilmente tais territórios serão subjugados por um conquistador, uma vez que faltam forças às autoridades locais para elevarem-se em revolta⁷¹. Entretanto, quando está em vigor o sistema feudal, os mesmos agentes que dificultam a manutenção do poder por um conquistador criam empecilhos ao governo do soberano: “[os] barões possuem estados e súditos próprios, que os reconhecem como senhores e nutrem por eles natural afeição”⁷². Maquiavel reconhece, ainda que tacitamente, que o modelo feudal traz necessariamente problemas de governabilidade, pois aquele que se encontra no topo das relações de suserania e vassalagem não dispõe, em nenhum momento, do poder militar incontestável, isto é, de um poder coativo suficiente.

Adentra-se, portanto, no segundo aspecto referente a violência: isto é, quando é utilizada pelo governante contra seus súditos ou terceiros, para a manutenção do governo do Príncipe. Nesse sentido, o emprego da força é, em primeiro lugar, a forma de conquistar novos territórios para o soberano⁷³ e, nesse sentido, aqueles capazes de fazê-lo dispõem de grande *virtù*, e poderão, com maior facilidade, manter o seu governo. Contudo, não somente na vitória militar se verifica o triunfo da violência: ressalta-se ainda seu papel basilar na repressão aos grupos opositores, seja pela execução destes, seja pela desapropriação⁷⁴, ou, ainda, pela ruína de cidades acostumadas a liberdade e a não submissão⁷⁵.

A respeito dos grupos opositores, Maquiavel é mais enfático. Utilizando-se de um exemplo extraído da campanha de Luís, rei da França, na Itália, defende o autor florentino que as ações repressivas devem incidir sobre as famílias e grupos mais poderosos politicamente. Propõe, assim, que o conquistador atue como verdadeiro defensor dos grupos mais fracos no território conquistado, para que se evite dois fenômenos: em primeiro lugar, a ascensão de

⁷⁰ MAQUIAVEL, 2017, p. 19.

⁷¹ Ibidem, p. 20.

⁷² Ibidem, p. 19.

⁷³ Ibidem, p. 25 – 28.

⁷⁴ Ibidem, p. 12.

⁷⁵ Ibidem, p. 23 – 24.

figuras locais com força suficiente para opor-se ao domínio seu e, em segundo lugar, o avanço de forças estrangeiras sob seu próprio território⁷⁶.

Os caminhos abertos ao Príncipe pelo uso da violência estabelecem uma relação de profunda dependência entre o governante e sua capacidade de coagir os súditos – em certa medida, o poder coator se torna fator de legitimidade, compreendida esta, em definição de Norberto Bobbio⁷⁷, como:

“um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado”.

Ao assegurar o poder do governante, o emprego da violência tem um caráter dissuasório, porque inspira o temor nos súditos, que então passam a obedecer às disposições do Príncipe. Mas, por Maquiavel se preocupar sobretudo com os principados recém-adquiridos, o efetivo emprego da violência na repressão de elementos dissidentes ao soberano abarca, certamente, mais casos que aqueles inicialmente referidos por Bobbio, visto que a “esporadicidade” é entendida, dentro do pensamento maquiavélico, de maneira ampla.

Porquanto é possível estabelecer um nexo entre a capacidade do soberano de empregar eficientemente a violência e a legitimidade de seu poder, Maquiavel apresenta especial cuidado com a organização das forças militares e o uso de práticas cruéis. A respeito das “milícias”, menciona dois exemplos essenciais: Hierão de Siracusa⁷⁸ e o Duque Valentino⁷⁹, ambos os quais, uma vez tendo tomado o poder, expurgaram das forças militares elementos desleais, forjaram alianças com os governantes vizinhos, renovaram as instituições antigas do território e atuaram de maneira severa, mas sem se tornarem odiados pelo povo subjugado. Em relação as crueldades, porém, o pensador florentino apresenta uma regra simples: são bem-vistas aquelas que, realizadas de modo extraordinário, o são para benefício do povo, porém, são

⁷⁶ MAQUIAVEL, 2017, p. 13 – 18.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 675.

⁷⁸ MAQUIAVEL, *Op. cit.*, p. 28.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 30 – 37.

percebidas com receio pelos súditos aquelas que, ao invés de diminuir, ao longo do tempo, crescem⁸⁰.

Em síntese, Nicolau Maquiavel foi capaz de, a partir de seu pensamento pragmático, integrar a violência, a disputa e o conflito à naturalidade do próprio fenômeno político e, nesse processo, introduziu novos valores ao Estado, que passaria a servir a uma finalidade – seja esta a unificação italiana ou meramente o atingimento de um bem comum. É verdade, porém, que o autor é omissos em relação a diversos pormenores do tema. Por exemplo, não trata, explicitamente, do monopólio da violência legítima pelo Estado Moderno. Contudo, isso não significa que essa concepção não pudesse ser extraída a partir dos riscos e benefícios que a força traz ao governante, bem como de sua avaliação do sistema feudal.

Tratamento mais claro ao tema seria dado por Thomas Hobbes. Na obra de Maquiavel, o campo político é o cenário de diversos embates: entre os príncipes, é verdade, mas também entre aqueles que desejam alcançar o poder – trata-se, em última instância, de uma duradoura, para não dizer perene, disputa pela hegemonia. Nesse sentido, os conflitos internos e externos por vezes confundem-se. Em Hobbes, há uma profunda inversão desse paradigma de análise.

Em primeiro lugar, o Estado hobbesiano é avesso à situação de perpétua conflituosidade, ele pressupõe a paz dentro do processo político e admite tão somente a guerra externa. Em verdade, essa pressuposição é elemento constitutivo da própria estrutura política: o aspecto teleológico, já presente no pensamento maquiavelista, é elevado às últimas consequências.

Parte-se da assunção de que o Homem é uma figura eminentemente passional⁸¹, suas ações ou omissões correspondem a apetites a serem satisfeitos e a aversões a serem mantidas afastadas do sujeito⁸². O indivíduo se encontra permanentemente no limiar de tensões entre seus diversos medos, anseios, desejos e esperanças. Nesse sentido, a vontade ou intenção existe somente no plano das manifestações – pouco é relevante a coisa pensada, o Homem é aquilo que faz. A ação humana, portanto, estabelece uma relação de interdependência, não de

⁸⁰ MAQUIAVEL, 2017, p. 42 – 43.

⁸¹ RIBEIRO, Renato Janine. **Ao Leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004, p. 24 – 30.

⁸² HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 1.ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2019, p. 54 – 55.

subordinação, com as vontades – e interno à estas é o processo de dominância de certos desejos e aversões sobre os demais⁸³.

Essa visão da natureza do indivíduo é o que leva à determinação do chamado “estado de natureza” – a situação inicial, anterior à organização política, na qual permanece a “guerra de todos contra todos”⁸⁴, movida pela “competição, a desconfiança e a glória”⁸⁵ dos seres humanos. Assim, a disputa pelo poder, no pensamento hobbesiano é intrínseca não a ação política, mas sim à ação humana desenfreada. Nesse momento, a ausência de instituições promove o “Direito natural” – que se distingue, em Hobbes, das “leis naturais”⁸⁶, e consiste, em essência, na faculdade de uso e gozo do poder que cada um dispõe, ou seja, da capacidade que um tem de mobilizar os esforços de vários homens, seja pelo respeito, seja pelo medo⁸⁷.

Com esse pano de fundo, o temor é a paixão fundamental, de modo que a obra hobbesiana pode ser lida a partir de sua ótica⁸⁸. Não se trata, nesse caso, do pavor puro e simples, mas, sim, do medo da morte. De fato, a vida é elevada pelas leis naturais de Hobbes ao patamar máximo – é a ela visando que a primeira e a segunda lei determinam ao homem a busca da paz⁸⁹.

Contudo, não basta o terror para que o indivíduo rompa com a realidade do estado de natureza. A superação da guerra exige também a esperança⁹⁰ e o trabalho. O medo e esperança triunfam e se conciliam a partir da abdicação do direito natural, momento no qual cada um cede ao soberano os seus “direitos sobre todas as coisas”⁹¹.

O instrumento por excelência, para a transmissão e abdicação de direitos é o contrato, que simboliza também o trabalho necessário para o estabelecimento do político. Por meio dele,

⁸³ RIBEIRO, 2004, p. 32 – 40.

⁸⁴ HOBBS, 2019, p. 107.

⁸⁵ Ibidem, p. 108.

⁸⁶ As leis naturais, em Hobbes, assumem o mesmo papel que o jusnaturalismo racionalista confere a ideia de um “direito natural”. São, portanto, inteligíveis pela razão e determinadas por Deus, que estabelecem, de maneira geral, restrições ao ser humano, para que este não atente contra a sua vida. O filósofo enumera cerca de nove leis naturais no *Leviatã* (cf. HOBBS, 2019, p. 110 – 133).

⁸⁷ Ibid, p. 80 – 81.

⁸⁸ RIBEIRO, 2004, p. 21.

⁸⁹ HOBBS, *op. cit.*, p. 111.

⁹⁰ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 17 - 24.

⁹¹ HOBBS, *op. cit.*, p. 111.

atribui-se a um terceiro a autoridade e, portanto, o poder soberano é fundado a partir da concordância inicial⁹². Confere-se, desse modo, o poder de representação a uma figura criada pelo próprio Contrato, um homem artificial, pois, visto que “uma multidão de homens se converte numa só pessoa quando é representada por um homem”⁹³.

Tendo sido estabelecido, o Estado suprime as paixões humanas e cria sua própria moralidade, porque “nenhuma regra de bem ou mal pode proceder da natureza dos objetos, mas sim, do homem”⁹⁴. A organização política tem, ainda, por objetivo fundamental, proteger a vida humana e promover uma existência feliz⁹⁵. Mesmo no momento de celebração do pacto, pouco importa, no pensamento hobbesiano se aquele que o faz está ou não sob coerção física ou moral: o medo, longe de ser um impeditivo à validade do acordo celebrado, é estimulado, pois possibilita o trabalho que leva à construção da paz⁹⁶.

O contratualismo hobbesiano altera significativamente o panorama maquiavélico: n’O Príncipe, o campo político é dado e sobre ele se digladiam os atores, sempre em busca da autoridade máxima; no *Leviatã*, por sua vez, a política deve ser construída e a única constante é a violência, que ora se encontra difusa pelo corpo social, ora se encontra concentrada sob a autoridade soberana. Nesse panorama, o Contrato não é tanto uma tese histórica ou mesmo antropológica, e sim, como defende Janine Ribeiro, um pressuposto metodológico, a partir do qual se pode ter um mínimo de certeza e segurança na discussão da forma pela qual a sociedade se organiza⁹⁷. Em diversas passagens, Hobbes demonstra suas afirmações a partir do recurso a introspecção do leitor, de modo que “o assentimento do leitor ao texto terá o mesmo papel que o cidadão cumpre na instituição do Estado; à sua falta, desaparecem *Leviathan* e *Leviatã*”⁹⁸. O leitor tem uma posição eminentemente reflexiva. Consequentemente, ao mesmo tempo em que estuda o corpo social, aquiesce com contrato proposto, pois tão somente dessa maneira é possível dar continuidade a reflexão do autor.

⁹² HOBBS, 2019, p. 143.

⁹³ Ibidem, p. 135.

⁹⁴ Ibidem, p. 55.

⁹⁵ Ibidem, p. 138.

⁹⁶ Ibidem, p. 161 – 170.

⁹⁷ RIBEIRO, 2004, p. 30.

⁹⁸ Ibidem, p. 31.

O Pacto constitui a soberania, uma posição fático-jurídica que confere a seu titular, genericamente denominado soberano, certas prerrogativas, mas que, ao mesmo tempo, enfrenta limitações advindas do Contrato e adjudica direitos aos súditos⁹⁹. O elemento fático predomina na definição hobbesiana, pois a soberania reside naquele que efetivamente detém o poder de determinar o próximo governante¹⁰⁰, visto que a sucessão é o modo pelo qual a vida do Leviatã, artificialmente construída, atinge a eternidade¹⁰¹. Perante a soberania, salvo o direito à vida¹⁰², ao qual corresponde um dever necessário de proteção pelo Estado, não se pode opor nenhum privilégio ou alegado direito adquirido. Por conseguinte, a partir do pacto, as posições jurídicas de todos os indivíduos são reajustadas em uma relação fundamental de subordinação, uma distribuição verticalizada de poder e sujeição.

O surgimento da soberania, portanto, veda aos súditos a celebração de um novo contrato, proíbe, ainda, que se libertem da sujeição com a qual concordaram em primeiro lugar, e impõe a estes a obrigação de reconhecer os atos tomados pelo corpo político. Também não podem alegar a injustiça de um soberano, pois, dotado de amplos poderes, não viola em seu agir o Contrato¹⁰³. É lícito ao subordinado, portanto, desobedecer ao soberano tão somente quando este emite ordens cuja matéria escapa à competência conferida a ele pelo instrumento negocial – Hobbes oferece alguns exemplos: se o soberano ordenar ao súdito, o suicídio, a automutilação ou a prática de ação ou omissão que provocará dano significativo a sua vida; ou ainda se exigir que o súdito confesse determinado crime (tendo por única exceção as hipóteses nas quais o perdão lhe é assegurado), estariam configuradas hipóteses em que seria lícita a desobediência. Ademais, o súdito é livre para agir diante de omissão legal¹⁰⁴.

Em última instância, o que a concepção hobbesiana de soberania revela é a necessidade de construir um espaço pacificado dentro do Estado, no qual os súditos se vinculem aos comandos emitidos pelo Leviatã, e o soberano sempre acople essa normatividade às necessidades impostas pelo dever primário de proteção à vida humana. Entretanto, isso não

⁹⁹ RIBEIRO, 2004, p. 51 – 57.

¹⁰⁰ HOBBS, 2019., p. 151.

¹⁰¹ Ibidem, p. 158.

¹⁰² RIBEIRO, 2004, p. 55 – 57.

¹⁰³ HOBBS, *op. cit.*, p. 143 – 145.

¹⁰⁴ HOBBS, 2019, p. 170 – 180.

significa que poder estabelecido teria sido tolhido do emprego de meios violentos para assegurar o cumprimento dos objetivos pactuados.

Pelo contrário, Hobbes não só reconhece, como também legitima, a partir das atribuições de competências conferidas pelo Contrato¹⁰⁵, o uso da força para coagir os cidadãos a se comportarem de maneira adequada ao convívio dentro da sociedade. Por essa razão, a renúncia de direitos implica também a transferência do direito ao emprego da violência à criação artificial do Contrato. Na leitura de Janine Ribeiro¹⁰⁶, “os indivíduos – supomos – ingressam no corpo político não só por medo de morrerem, mas por recearem qualquer envolvimento com a morte violenta, sofrê-la ou aplicá-la: entre carrasco e vítima é constrangedora a promiscuidade, perigosa a confusão”.

Por essa razão, traz um risco para a coesão do corpo social, a figura do *Don Juan* político¹⁰⁷, o indivíduo que traz consigo o arquétipo do sedutor: o homem de honra, em presente estado de conflito com seus semelhantes, que promove a competição não nos termos burgueses, isto é, do comércio, mas sim naqueles do “estado de natureza”. Essa é a figura que não hesita em derramar sangue e coloca o valor “vida” em segundo plano, elevando o próprio renome ao topo da hierarquia dos preceitos¹⁰⁸. Se é a partir do medo da morte que se o constrói o social, é aquele indivíduo que a deseja, quem coloca em grave perigo o Estado. Ademais, como para o autor a inquietude de poucos é suficiente para contribuir à turbulência da nação¹⁰⁹, não é absurdo inferir, portanto, que a sedição tem em sua causa a sedução, cujo alvo primário é necessariamente o interesse público.

É a partir dessa necessidade de contenção individual que o Estado adentra o campo legislativo e judicial. As leis civis são sempre elaboradas pela figura do legislador. Em Hobbes, essa figura corresponde ao próprio soberano. Isso não significa, contudo, que terceiros não possam participar da produção normativa, tão somente que, apenas após a manifestação de vontade daquele que detém a soberania (logo, a referida competência), pode determinada

¹⁰⁵ HOBBS, 2019, p. 145.

¹⁰⁶ 2004, p. 95.

¹⁰⁷ Cf. Ibid., p. 57 – 78.

¹⁰⁸ Hobbes critica ainda o duelo por ver na figura a vingança privada (cf. HOBBS, *op. cit.*, p. 236, p. 240 - 241)

¹⁰⁹ Cf. Ibidem, p. 72 (“Mesmo que um homem não perceba o rumor da água que o rodeia quando se encontra no meio do mar, ele está seguro de que essa porção contribui para o rumor das ondas de todo o mar; assim, também mesmo que não percebamos uma grande inquietude num ou dois homens, podemos estar certos de que suas paixões particulares contribuem para a agitação de uma nação turbulenta”).

disposição ganhar força normativa¹¹⁰. Por essa razão, o costume é válido somente enquanto não sobrevier vontade soberana que o restrinja ou proíba¹¹¹. Destarte, todos os súditos, salvo determinação contrária, estão submetidos às leis¹¹².

As decisões de cunho legislativo são tornadas eficazes pelas decisões judiciais. Em verdade, o chamado “direito de judicatura”¹¹³ torna o Estado o único ente legítimo a apreciar e julgar todas as disputas que possam surgir no corpo social em decorrência de conflitos a respeito dos fatos e da norma de direito material a ser aplicada ao caso concreto. Essa prerrogativa decorre precisamente do poder soberano, pois as decisões judiciais somente podem ser asseguradas a partir do uso (ou da ameaça de uso) da força. Do ponto de vista teórico, isso significa que o Estado não pode transferir o comando do exército a terceiros¹¹⁴, fazê-lo teria por consequência tornar incerto a execução das decisões judiciais, minando de tal forma o poder soberano, que a própria titularidade deste seria colocada em cheque – se, como expressamente afirmado, a soberania tem em si um forte elemento fático, tornar terceiros capazes de assegurar o cumprimento de escolhas jurídico-políticas por meio do uso da força seria, de dois, um: transferir ou dividir a soberania. Hobbes, por óbvio, não admite nenhuma das hipóteses, o Estado tem a soberania como seu elemento constitutivo, não a ter integralmente é uma contradição lógica, cedê-la, é desconstituí-lo¹¹⁵.

Ainda, o assentimento tácito, sem a efetiva transferência do poder soberano, justifica a existência dos funcionários de Estado¹¹⁶. Admite-se, portanto, a presença de uma burocracia de funcionários da coroa. Nesse sentido, a figura do próprio juiz assume posição de destaque, pois é responsável por solucionar as disputas entre os súditos. Sua função é a de buscar o sentido da vontade do legislador na aplicação da lei. Mesmo quando aplica a lei natural, fá-lo a partir do pressuposto da razão de equidade do soberano. Uma ressalva se faz necessária, porque o magistrado não é, ou poderia ser, um representante do soberano – a representação, para todos os efeitos, reside no chefe do corpo político, pois somente a ele o Contrato conferiu tal posição

¹¹⁰ HOBBS, 2019, p. 210 - 212.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Ibidem, p. 211.

¹¹³ Ibidem, p. 147.

¹¹⁴ Ibidem, p. 149.

¹¹⁵ Ibidem, p. 256 – 259.

¹¹⁶ Ibidem, p. 147 – 149.

jurídica – é, assim, mero nuncio da vontade de um terceiro, titular da soberania¹¹⁷. Por essa razão, afirma Hobbes que os piores crimes são aqueles que tornam um julgamento inválido, visto que essas infrações atacam diretamente o fundamento social¹¹⁸.

Está claro, portanto, que a teoria hobbesiana inova, não somente ao propor uma fórmula para aceitar e, a partir da qual, estudar os parâmetros políticos, mas, também, introduz uma dimensão do poder não abordada por Maquiavel, a soberania. Enquanto o contrato permite a aceitação de certas premissas a partir das quais se há de desenvolver o Estado, e que a este concedem regras e um escopo bem definido, é a partir da introdução da soberania como elemento de aspectos fáticos e jurídicos, que se confere a ação política a devida legitimidade e mesmo um certo grau de moralidade: o soberano não somente age em conformidade com um pacto anterior, mas o faz de maneira justa¹¹⁹. Desse modo, torna-se aceitável, a partir de seu surgimento, que o Estado empregue a violência e outros meios necessários para manter a coesão social e pacificar a sociedade. Em verdade, o poder soberano é o único que não renuncia ao direito natural ao uso da força para coagir. Não surpreende, portanto, que Hobbes seja omissos em relação ao sistema feudal: como será visto no capítulo 2, não somente escreve o autor nas primeiras décadas de um Estado Moderno, como também está implícito que a possibilidade de terceiros, que não o soberano, disporem de contingentes militares ou de um poderio capaz de impor aos demais a sua vontade, autonomamente, contradiz o Contrato.

Isso não significa, porém, que a existência de forças externas não seja admitida. Em verdade, como Badie¹²⁰ colocou, no Estado westfaliano, a concepção tradicional de soberania encontra seus limites na capacidade do Estado de colocar-se como o ator hegemônico, ou seja, no plano internacional. A relação entre os Estados Nacionais não é aquela do pacto, mas sim do estado de natureza¹²¹, no qual cada ente busca a satisfação de seu próprio interesse. Em

¹¹⁷ HOBBS, 2019, p. 208 – 229.

¹¹⁸ “Os crimes que invalidam os julgamentos, do mesmo modo, são mais graves do que as injúrias feitas a uma ou mais pessoas. Assim, por exemplo, receber suborno para dar falso testemunho é crime mais grave do que fraudar alguém de qualquer outra forma, numa quantia igual ou maior. Isso porque não erra apenas quem fracassa nesse julgamento, mas todos os julgamentos se tornam inválidos, favorecendo o uso da força e da vingança pessoal” (Ibidem, p. 242).

¹¹⁹ Ibidem, p. 120.

¹²⁰ BADIE, B. **Da soberania à competência do Estado**, In Marie-Claude Smouts (org.) *As novas relações internacionais, práticas e teorias*, Fundação Universidade de Brasília, 2004, p. 35 – 56.

¹²¹ BADIE, 2004, p. 35 – 36.

termos hobbesianos, essa procura se traduziria na melhor satisfação das necessidades materiais do Estado, e, portanto, dos súditos¹²². Esse entendimento justifica a guerra e as práticas protecionistas, razão pela qual Renato Janine Ribeiro chama o Estado Moderno hobbesiano de mercantilista¹²³.

1.2. A violência submetida à Política.

As relações que se estabelecem entre violência e Estado não se resumem àquela constituída de modo a instrumentalizar a força coativa para que esta atue no sentido de pacificar o corpo social, apesar de se poder constatar que quase todos os autores subsequentes a Maquiavel e Hobbes tratarão da intrínseca afinidade que há entre violência e paz. Surgirá, também, o problema do controle do poder de disposição dessa coatividade. Nesse sentido, duas são as principais correntes teóricas que pendularmente influenciam a produção acadêmica a respeito do Estado Moderno: em primeiro lugar, há aqueles que propagam as teorias que privilegiam o elemento político como fator de contenção do uso da violência; em segundo lugar, há as teorias jurídicas, segundo as quais o limite do poder soberano é delimitado, sobretudo, pelo Direito.

Em relação a primeira forma de controle da violência, destaca-se, em primeiro lugar, a obra de Jean-Jacques Rousseau. Escrevendo no auge do liberalismo iluminista do século XVIII, esse autor irá retomar o contratualismo hobbesiano e buscará diversas referências no pensamento jusracionalista. As semelhanças com o autor inglês são notáveis, há especial destaque, porém, a reafirmação da lei advinda do “Direito natural”, segundo a qual o homem deve ter sempre em primeiro lugar a sua conservação¹²⁴.

No entanto, Rousseau delimita explicitamente seus principais pontos de divergência em relação ao contratualista que o precedeu: rejeita que a força pura seja capaz de vincular o comportamento dos indivíduos contra os quais é dirigida. Dessa maneira, retira o medo como um dos elementos válidos (e em certa medida necessário) para a constituição do meio político e dos deveres, e traça a distinção entre o poder físico e o poder político-jurídico-moral, separando uma situação de fato daquela de direito. Em última instância, ao dever individual,

¹²² HOBBS, 2019, p. 197 – 203.

¹²³ RIBEIRO, 2004, p. 101.

¹²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 9 – 18.

posição jurídica passiva, corresponde uma legitimidade para a pretensão, a posição jurídica ativa de exigir o comportamento comissivo, ou omissivo¹²⁵.

Essa legitimidade tem origem exclusivamente em um ato de vontade, mais precisamente, nas convenções, que exigem o assentimento livre e informado do indivíduo, não se admitindo, conseqüentemente, que celebre o Contrato por necessidade ou temor. Dessa necessidade de averiguar o consentimento, extrai-se certos direitos individuais que nem mesmo o contrato social é capaz de transferir para a figura com autoridade legítima, em especial a liberdade¹²⁶, que passa a ser elevada ao verdadeiro qualificador da existência humana. Precisamente porque há a valorização desse aspecto particular, aquele que participa da celebração do Contrato jamais é súdito ou submisso à figura de autoridade, mas compõe-na.

A ideia de uma participação na autoridade é melhor explicada pela fundamentação dada por Rousseau para a existência do Estado. Se, em Hobbes, o Contrato é celebrado para preservar a vida humana e evitar a guerra de todos contra todos – de modo que há uma submissão geral ao Leviatã por meio de um esforço que alia esperança e medo – no pensamento do contratualista francês, a comunhão voluntária encontra substrato na necessidade de cooperar para a superação de desafios que não podem (ou não convêm) ser solucionados por meio do esforço individual¹²⁷. Desse modo, constitui-se uma união perfeita¹²⁸, na medida em que os envolvidos passam a compor um “corpo moral e coletivo”¹²⁹, guiado pela vontade geral, no qual todos participam com direitos e deveres, sempre limitados pelas leis e, por esta razão, são cidadãos, não, súditos.

Essa vontade geral, responsável por guiar o corpo social criado e unificado pelo Contrato, não se confunde com a vontade subjetiva de um indivíduo ou assembleia, dotados de plenos poderes, como ocorre com o soberano de Hobbes. Ao contrário, a vontade geral tem um caráter objetivo e corresponde à conciliação dos interesses de todos aqueles que celebraram o Contrato, razão pela qual jamais é capaz de dispor de maneira a prejudicá-los enquanto grupo, ou ainda individualmente¹³⁰. Não se confunde, também, a vontade geral com a somatória das

¹²⁵ ROUSSEAU, 1999, p. 13

¹²⁶ “Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e subtrair toda liberdade a sua vontade é subtrair toda moralidade a suas ações” (cf. *ibidem*, p. 15).

¹²⁷ *Ibidem*, p. 19 – 23.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ ROUSSEAU, 1999, p. 24.

vontades individuais, tanto que é possível que um indivíduo subjetivamente oponha-se a essa vontade soberana, situação na qual poderá o corpo político constranger aquele que diverge a se conformar à normatividade legítima por meio de uma sanção prevista em lei¹³¹.

Nesse sentido, exige-se do cidadão de Rousseau a mesma disciplina do indivíduo de Hobbes, isto, é a capacidade de adequar seus apetites e impulsos às necessidades do convívio social, mais especificamente, aos deveres que emanam do Direito estabelecido pelo corpo político. O contrato social, por essa razão, põe fim a liberdade natural, caracterizada por uma pretensão ilimitada a tudo¹³² e estabelece a liberdade civil, que jamais poderá ser alienada, mas tão pouco permitirá ao indivíduo que aja sem a razão, isto é, em contrariedade à vontade geral. Assim, o ato de sancionar é, em última instância, uma medida que impõe a liberdade civil àquele que busca dela destoar.

Avaliando ontologicamente a vontade geral, Rousseau conclui que se trata de um aspecto necessariamente indivisível¹³³, orientado ao bem comum¹³⁴ ou à utilidade pública¹³⁵, precisamente porque corresponde ao interesse comum de determinado povo. A indivisibilidade implica necessariamente a inalienabilidade da soberania, pois a sociedade somente pode ser legitimamente governada com base nos fundamentos que a estabeleceram¹³⁶. Entretanto, isso não significa que o poder político não possa ser transmitido.

Rousseau, ao tratar do poder, apresenta sua dupla dimensão: por um lado constitui verdadeira soberania, dado que se trata de um poder quase que absoluto sobre todas as partes do corpo social e é dirigido pela vontade geral; por outro, é exercido necessariamente por um indivíduo ou instituição presente na sociedade reconhecido pelos demais para fazê-lo. Esse exercício não deve sofrer interferências, contudo, da vontade particular do agente público. Ao contrário, a conduta desses agentes deve sempre ter como finalidade alcançar o bem público –

¹³¹ ROUSSEAU, 1999, p. 24 – 25.

¹³² Ibidem, p. 26

¹³³ Ibidem, p. 34 – 36.

¹³⁴ Ibidem, p. 33 – 34.

¹³⁵ Ibidem, p. 37 – 38.

¹³⁶ “As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria inúteis e sem efeito, de sorte que, são em toda parte as mesmas, em toda parte tacitamente admitidas e reconhecidas (...)” (ROUSSEAU, 2009, p. 21).

não pode, portanto, impor um ônus ao cidadão ao qual não corresponda um benefício para o todo¹³⁷.

Dentre os agentes responsáveis por exercer o poder, destaca-se aqueles aos quais se atribui a competência legislativa, pois é por meio da legislação que o corpo político moral é capaz de agir e de expressar sua vontade¹³⁸. Para o autor, a lei, mais que mera prescrição dirigida a coletividade a partir da vontade geral, é um requisito essencial para o processo de verificação da predominância do interesse público na sociedade, e que distingue, portanto, o modelo republicano das formas personalistas e patrimonialistas¹³⁹.

Em essência, a lei é um ato de soberania e, conseqüentemente, necessariamente legítima, de modo que pode e deve ser garantida pela “força pública”¹⁴⁰. Esse entendimento torna explícito o porquê de se posicionar o pensamento desse autor francês no eixo político do controle da violência pelo Estado. No contratualismo rousseauiano, o grande protagonista dos atos de soberania não é propriamente a figura executora (como o príncipe maquiavélico ou hobbesiano), tão pouco a própria norma jurídica, mas sim a vontade geral e o mecanismo por meio do qual esta é revelada ao corpo social – em outras palavras, o poder legislativo¹⁴¹. Nesse sentido, Rousseau deliberadamente alerta contra a corrupção do legislador, provocada pelo predomínio de suas aspirações pessoais sobre o interesse do corpo social¹⁴².

No entanto, o poder legislativo não dispõe da capacidade de exercício da força física, esta é resguardada à figura com competência executiva, que jamais pode se confundir com o legislador, sob o risco de se estabelecer um sistema de perpétua injustiça. Essa iniquidade é caracterizada precisamente pela confusão entre o poder de fato, isto é, a capacidade efetiva de realizar atos violentos, e o poder de direito, qual seja, a capacidade de elaborar normas jurídicas.

¹³⁷ ROUSSEAU, 2009, p. 38 – 42.

¹³⁸ Ibidem, p. 45 – 46.

¹³⁹ “Chamo, pois, República a todo Estado regido por leis, qualquer que seja a sua forma de administração, porque só então o interesse público governa e a coisa pública significa algo. Todo governo legítimo é republicano” (cf. Ibidem, p. 48).

¹⁴⁰ Ibidem, p. 42.

¹⁴¹ “O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo toma-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixa de funcionar, o animal morre” (cf. ROUSSEAU, 1999, p. 107).

¹⁴² Ibidem, p. 82 – 83.

Essa situação contradiz frontalmente o contrato social, uma vez que este, ao ser estabelecido, distingue força de poder (ou seja, de competência). Nesse sentido, diz Rousseau¹⁴³:

“Se fosse possível que o soberano, considerado como tal, tivesse o poder executivo, o direito e o fato estariam de tal forma confundidos que já não se saberia o que é lei e o que não o é, e o corpo político, assim desnaturado, logo seria vítima da violência contra a qual fora instituído”

Há, nesse sentido, clara oposição ao soberano hobbesiano que é ao mesmo tempo legislador, juiz e executor – ainda que empregue funcionários ou magistrados para auxiliá-lo. É precisamente essa separação de esferas de competência, bem como a exigência de legitimidade dos atos soberanos a partir da vontade geral, que permite falar na existência de um controle político do uso exclusivo da coação. Em síntese, por meio do contrato social, assim como Hobbes, Rousseau torna o monopólio estatal do emprego da coação física mais que uma situação fática desejada: é a única solução legítima. Contudo, diferentemente do primeiro, essa legitimidade advém não da imposição vertical do poder e da aceitação a partir do medo, mas sim de seu uso adstrito às hipóteses nas quais se faz necessário preservar o interesse público e atender à vontade geral, notadamente, na execução da lei.

Se Rousseau foi essencial para reiterar a necessidade de uma legitimidade ao uso da violência pelo Estado, bem como para afirmar o primado do aspecto político que há por trás desse poder de dispor, é Max Weber quem aprofundará esse tema ao elaborar sua teoria sociológica a respeito do fenômeno político, da burocracia e do elemento “nacional” presente no Estado Moderno.

Na tipologia Weberiana, política é um termo com um sentido genérico, “qualquer forma de atividade dirigida de maneira autônoma”¹⁴⁴, mas que, no contexto do Estado Moderno – cuja característica de destaque é precisamente sua capacidade de impor em determinado território o monopólio da violência física legítima¹⁴⁵ – ganha um significado mais restrito e específico, isto é, o de aspiração à parte do poder, ou à parte da influência na distribuição do poder, na relação estabelecida entre os Estados ou ainda dentro de determinado Estado. Portanto, há, na

¹⁴³ ROUSSEAU, 2009, p. 117.

¹⁴⁴ WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Tradução de Gabriel Philipson. 1.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2020, p. 8.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 10.

concepção do autor alemão, necessariamente uma relação de dominação no espaço político estatal.

Apesar dessa concepção retomar o paradigma hobbesiano e maquiavélico da natureza do Estado, afastando-se da instituição cooperativa propagada por Rousseau, Weber aprofunda as concepções de legitimidade, vinculando-as não mais a uma ficção jurídico-antropológica pretérita, como o “contrato social”, mas às causas de efetividade da ação política. Assim parte o autor do pressuposto de que a ação social é orientada pelos atores no sentido propagado por uma ordem, que é por estes tida como legítima. Sendo assim, a maior validade da ordem está associada à probabilidade de esta interferir no comportamento dos agentes. Essa orientação, porém, não implica necessariamente a conformidade da conduta com a ordem vigente, mas tão somente o reconhecimento de que suas regras e máximas deveriam ser respeitadas por todos. Em suma, mesmo o agente que descumpra determinado preceito, mesmo que o faça conscientemente, orienta sua ação conforme determinada ordenação normativa¹⁴⁶.

A despeito de haver uma série de motivos para que se adote determinada ordem como legítima¹⁴⁷, há três tipos ideais puros que ganham destaque: o costume, o carisma, ou ainda o aparato legal-racional¹⁴⁸.

A legitimidade advinda do costume tem origem nas tradições imemoriais e em uma crença na santidade da ordem vigente¹⁴⁹, que é tida como “sempre tendo existido”¹⁵⁰. Esse modelo de legitimidade comumente apresenta uma autoridade pessoal e escolhida por meio de regras transmitidas tradicionalmente.

Em relação a legitimidade carismática, destaca-se a qualidade daqueles que ocupam uma posição de poder. Assim, são figuras tidas como dotadas de um atributo divino, supernatural ou ainda excepcional que os aparta dos demais e torna seus comandos verdadeiras “missões carismáticas”, tidas pela comunidade como deveres¹⁵¹. É essencial, portanto, para essa espécie de dominação, os laços emocionais e a existência de um consenso relativo. Os principais

¹⁴⁶ WEBER, Max. **The theory of Social and Economic Organization**. Tradução de A.M. Henderson e Talcott Parsons. 1.ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1947, p. 124 – 126.

¹⁴⁷ Ibid., p. 132.

¹⁴⁸ WEBER, 2020, p. 11 – 12.

¹⁴⁹ WEBER, *op. cit.*, p. 341,

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Ibidem, p. 358 – 361.

desafios, portanto, surgem principalmente quando há uma ruptura do assentimento geral, por exemplo, diante de determinada situação em que um terceiro alega deter as qualidades carismáticas e, portanto, demanda para si o poder – fazendo-se necessário a realização de um ritual, uma disputa, para determinar em quem recai a verdade e em quem, a mentira¹⁵².

É possível que, com o passar do tempo, uma autoridade com bases carismáticas converta-se em uma forma de autoridade de natureza racional ou até mesmo tradicional – ainda que, a princípio, a autoridade carismática se encontre no campo do extraordinário e, portanto, oponha-se ferrenhamente aos demais tipos¹⁵³ – especialmente porque aqueles que seguem a liderança podem aspirar à estabilidade da comunidade estabelecida¹⁵⁴. Nessas circunstâncias, o líder futuro poderá ser escolhido de diversas maneiras, mas notavelmente por meio da ampla e exauriente procura por um indivíduo que apresente as qualidades necessárias, empregando a revelação mística ou, ainda, rituais de “transferência” do carisma¹⁵⁵. Em todas essas hipóteses, está presente e destacado o “reconhecimento social”, de modo que este é, em um primeiro momento, uma consequência do carisma.

Há, por fim, a legitimidade fundada na crença racional de que determinadas normas são coerentes com a legalidade e, portanto, apresentam plena vigência desde que emitidas por aqueles que dispõem da competência para elaborar comandos¹⁵⁶.

Essas três formas de legitimidade possibilitam à figura competente usar e desfrutar do poder, definido este como a probabilidade de que determinado indivíduo tem de impor sua vontade ainda que enfrente a resistência de terceiros. Nos agrupamentos sociais, essa probabilidade é influenciada também pelo conteúdo que carrega o comando, e é denominado de controle imperativo¹⁵⁷.

Na tipologia de weberiana, denomina-se, ainda, grupo corporativo, toda relação social que, de alguma maneira, estabelece limitações à determinados indivíduos ou grupos, os *outsiders*, por meio de regras (que podem ou não dizer respeito ao grupo em si), garantidas por

¹⁵² WEBER, 1947, p. 358 - 351.

¹⁵³ Ibidem, p. 361 – 362.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 363 – 373.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 363 – 373.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 324 – 329.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 152 – 154.

um “quadro administrativo”¹⁵⁸. Essa garantia é um requisito necessário para o sustento da ordem, mas é possível, também, que, além da ação do quadro administrativo ou aquela que ocorre sob sua direção, alguns dos membros precisem realizar ações para “manter a autoridade da ordem”¹⁵⁹. A rigor, a ordem pode ser imposta não só sobre os membros do grupo, mas também àqueles aos quais determinados requisitos possam sejam verificados.

Com isso, torna-se evidente que o Estado Moderno é um grupo corporativo de natureza política que apresenta um sistema de controle imperativo, assegurado por um quadro administrativo denominado “burocracia” ou ainda “administração burocrática”. A respeito desses funcionários do Estado, Weber traça distinções importantes, dado que, a cada tipo de dominação empreendida na constituição de determinado grupo corporativo, corresponde uma espécie de burocracia diferente.

Assim, a burocracia de organizações tradicionais é formada, em geral, por indivíduos que possuem algum laço com o chefe político, com os postos mais relevantes sendo ocupados pelos membros de uma mesma família ou clã¹⁶⁰. Nesse tipo ideal, faltam aos funcionários a delimitação de uma esfera de competência objetiva, bem como a sujeição às regras impessoais. Inexiste, ainda, uma clara distinção hierárquica ou mesmo o cumprimento de requisitos (ou de um treinamento) técnico¹⁶¹. Tão pouco há o pagamento de salários fixos em dinheiro ou ainda um sistema padronizado de promoções¹⁶².

O aparato burocrático nos modelos de dominação carismática é mais complexo. Em um primeiro momento, aqueles que são chamados a compor a administração o são em face de um dever, isto é, o líder carismático convoca ou entrega uma missão aos indivíduos selecionados, com base em suas qualidades, missão está que haverá de ser cumprida¹⁶³. Entretanto, esse modelo pode sofrer alterações conforme a autoridade carismática atravessa um processo de racionalização, que irá tratar o reconhecimento como sendo o fundamento dessa autoridade, e não mais sua consequência¹⁶⁴. Desse processo de “democratização” decorrem duas

¹⁵⁸ WEBER, 1947, p. 146 – 152.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 147

¹⁶⁰ Ibidem, p. 342 – 343.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem, p. 360 – 361.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 386.

consequências: em primeiro lugar, as decisões tomadas no âmbito do poder judiciário e legislativo admitem alteração por meio da ação do grupo; em segundo lugar, surgem entre os oficiais administrativos uma camada “eleita”, isto é, apontada pelo vínculo a determinados partidos políticos (e não a partir de critérios de competência técnica). Ao mesmo tempo, esses funcionários “políticos”¹⁶⁵ estão sujeitos à um sistema de responsabilização política, o que pode retirar a objetividade de suas decisões, sobretudo quando as situações envolverem o interesse de seu partido ou agremiação¹⁶⁶.

Entretanto, é somente no Estado Moderno, no qual predomina a dominação racional-legal, que a burocracia atinge sua maior eficiência e manifesta seu tipo puro. Assim, é preciso, primeiramente, compreender os pressupostos e consequências da organização em torno de uma “autoridade legal”¹⁶⁷.

Assume-se, nesse modelo, que a autoridade pode estabelecer qualquer norma legal, respeitada as regras de competência, que irá, então, vincular ou os membros de determinado grupo corporativo, ou todos aqueles residentes em determinado território. Essas normas são necessariamente abstratas, sendo aplicadas por meio da técnica de subsunção. Aquele com competência para exercer sua autoridade ocupa um cargo e está submetido a uma ordem impessoal. Ainda, é auxiliado por um corpo de “oficiais” ou funcionários administrativos, isto é, pela burocracia, que está disposta em órgãos ou seções organizados de maneira hierárquica e submetidos a um conjunto de normas próprias (que ora são legislativas, ora técnicas).

Do ponto de vista daqueles que se encontram sujeitos às decisões da autoridade, obedecem não porque há determinada qualidade intrínseca no líder, mas porque estão todos submetidos a mesma ordem impessoal, tida como racional e eficiente, para não dizer, justa. Por fim, todos os membros da sociedade, mas, em especial, àqueles que possuem cargos públicos, encontram-se em um esquema de divisão do trabalho possibilitado pela distribuição ordenada das competências por meio do ordenamento vigente.

¹⁶⁵ Essa é a terminologia utilizada por Weber em *Política como vocação e ofício* (cf. WEBER, 2020, p. 35 – 39). A rigor, são políticos todos os funcionários que tem seu cargo condicionado à situação político-partidária presente em determinado momento, como por exemplo, os ministros de Estado. Os funcionários políticos são aqueles que, nesse sistema, efetivamente detém o poder decisório, de modo que é relegada à administração especializada uma função meramente executória.

¹⁶⁶ WEBER, 1947, p. 386 – 393.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 329 – 333.

O Estado tipicamente racional-legal é, ainda, capitalista, pois este é o sistema econômico capaz de estabelecer formas eficientes de transporte e comunicação, bem como colocar à disposição todos os recursos necessários para o emprego dos meios materiais da administração pública¹⁶⁸. Isso não significa, porém, que não deva haver interferência política no mercado – pelo contrário, o Estado moderno é Estado-nação e nesse sentido privilegia, para Weber, determinados segmentos de seu povo (ou seja, a “nação”), por isso a atuação estatal no campo econômico deve sempre ter em conta o melhor interesse desse segmento. É por essa razão, também, que a ciência econômica é eminentemente política¹⁶⁹.

Assim, a burocracia típica, ainda que nem sempre verificada na realidade, necessariamente é organizada a partir de uma clara relação hierárquica entre cargos, cada qual com sua devida atribuição, e preenchido por meio de um indivíduo que é contratado livremente, mas cuja seleção deu-se a partir de critérios técnicos (por isso, o funcionário político não é, a rigor, um burocrata no sentido próprio do termo¹⁷⁰). Os “oficiais” não são proprietários dos meios empregados pela administração e tão pouco do cargo que ocupam, sujeitando-se sempre ao controle e disciplina estabelecidos pela ordem impessoal¹⁷¹. Destaca-se, na presente exposição, o caráter eminentemente técnico do funcionalismo público weberiano, é precisamente esse aspecto que reforça o caráter “racional” da dominação¹⁷².

A divisão do poder público em uma esfera competente para a tomada de decisões e outra para a execução das medidas adotadas traz consigo um problema próprio, isto é, aquele do controle do aparato burocrático típico. Em um primeiro momento, a ação discricionária do funcionário público é limitada pela ordem impessoal a qual está subordinado, seja por meio da imposição de regras formais que devem ser obedecidas¹⁷³, ou ainda, da obediência (e as consequências da desobediência) à cadeia de comando hierárquica criada – que posiciona no topo os representantes do poder político, como ministros de Estado ou ainda chefes de

¹⁶⁸ WEBER, 1947, p. 337 – 341.

¹⁶⁹ Esse tema é tratado no texto de Max Weber *O Estado-nação e a política econômica* (cf. WEBER, Max. *The Nation State and Economic Policy In: Political Writings*. Tradução de Ronald Speirs. Cambridge: Cambridge University Press [1994?], p. 1 – 28)

¹⁷⁰ WEBER, *op. cit.*, p. 335.

¹⁷¹ Ibidem, p. 333 – 337.

¹⁷² Ibidem, 1947, p. 339.

¹⁷³ Ibidem, p. 337 – 341.

governo¹⁷⁴. Há, porém, um risco de “descontrole”, visto que, enquanto a autoridade política atravessará mudanças constantes, o funcionário técnico permanecerá em seu cargo por um longo período de tempo, de modo que há a possibilidade seus interesses e convicções predominarem sobre aqueles advindos do “político”.

Em certa medida, essa conclusão de Weber traz um problema para o controle político da violência pelo Estado. Mas, para que fique claro a dificuldade em questão, é primeiro necessário indagar o que exatamente permite, no pensamento sociológico weberiano, falar em um “monopólio do exercício legítimo da violência”. O presente trabalho já tratou a respeito da legitimidade e de suas fontes, em especial no Estado moderno, mas ainda não abordou precisamente como se pode constituir um “monopólio”.

Nesse sentido, cita-se dois requisitos¹⁷⁵ para que o Estado seja capaz de controlar o emprego da coação física em seu território. Em primeiro lugar, há a necessidade de adquirir os meios materiais para fazê-lo; em segundo lugar, deve desapropriar os funcionários públicos dos meios empregados para a realização de suas atividades. Há nesse sentido, especial importância para a diferenciação entre os chamados funcionários estamentais – próprios do medievo, que dispunham dos meios de produção, da administração, e, ainda, aqueles necessários para promover a guerra – e os burocratas modernos, que apresentam meramente uma relação contratual e não são efetivos proprietários, seja dos meios, seja do cargo que ocupam. Entretanto, a partir do momento em que se perde a capacidade de eficientemente controlar a burocracia, esta poderá dispor dos meios estatais para alcançar as finalidades que subjetivamente anseia – o Estado, ainda que titular de direito destes meios, não mais é capaz de deles dispor.

Um segundo risco para a integridade da ordem estatal é a competição com os demais ordenamentos sociais. Diferentemente dos contratualistas, Weber não apreende em sua pesquisa a existência de “dois Direitos”, um civil e outro natural; mas isso não significa que, relativamente ao comportamento humano, o Estado é tomado como entidade única e suprema em todos os aspectos. Cabe ressaltar, nesse sentido, a existência de uma pluralidade de grupos corporativos, cada qual com ordenamento próprio – ainda que não jurídico – e cujos integrantes, ou ao menos os destinatários das normas, frequentemente intersectam outros grupos. O autor

¹⁷⁴ WEBER, 2020, p. 35 – 39.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 14 – 23.

cita¹⁷⁶ como exemplo o duelo, fenômeno social comum durante os séculos XVIII e XIX na Europa:

“A person who fights a duel orients his action to the code of honour; but at the same time, in so far as he either keeps it secret or conversely gives himself up to the police, he takes account of the criminal law (...)”¹⁷⁷.

É plenamente possível, destarte, para o Estado weberiano conviver com outras ordenações, mas se estas tornam-se fortes o suficiente para desvirtuar o monopólio legítimo da violência que o primeiro detém, certamente surge um risco para a integridade existencial dessa instituição política. A teoria de Carl Schmitt irá oferecer uma solução para esse problema.

Assim, Schmitt inicia sua obra com uma crítica àqueles que o antecederam: há, segundo o autor, um problema conceitual por trás das obras que buscaram de alguma forma tratar da “política” em abordagens teóricas que é revelada pela falta de preocupação em conceituar o que exatamente pode ser denominado “político”. Historicamente, os significados do conceito variam conforme o arranjo de forças presente na sociedade¹⁷⁸, sendo seu uso mais comum quando empregado em oposição à outras categorias (como por exemplo, “política ou moral”, “política ou Direito”)¹⁷⁹. Ainda assim, em todas as suas formas, o termo é de alguma maneira associado ao Estado¹⁸⁰, de modo que o Estado Moderno, especificamente, é pensado como titular de um monopólio, que é aquele da decisão e unidade política¹⁸¹, tema já tratado em Weber. Isso não significa, porém, que se possa adotar “político” como sinônimo de “estatal”.

Nesses termos, o “político” deve ser tomado como uma categoria autônoma dotada de características singulares que o diferenciam de outros campos – como aqueles da estética, da moral e da economia – a partir da elaboração de uma dicotomia pautada pela possibilidade de

¹⁷⁶ WEBER, 1947, p. 125

¹⁷⁷ “A pessoa que luta em um duelo orienta sua ação de acordo com o código de honra, mas o mesmo tempo, mantendo segredo do ocorrido ou ainda se entregando a polícia, ele leva em consideração o Direito penal”.

Tradução livre.

¹⁷⁸ SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político – Teoria do Partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 8 – 17.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 19 – 27.

¹⁸⁰ Em Schmitt, Estado é “o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial” (cf. ibidem, p. 19)

¹⁸¹ Ibidem, p. 19 -27.

distinguir “amigo” e “inimigo”¹⁸². Ao adotar este critério, Schmitt retoma o pensamento de Maquiavel, para quem a política estaria necessariamente associada à disputa. Dentro dessa tipologia, as categorias não são meramente subjetivas, “inimigo”, portanto, não é aquele contra o qual há determinada rixa pessoal e privada, o adversário é necessariamente objetivo e concreto, *hostis*, isto é, público. Por isso, todos os conceitos denominados políticos contêm necessariamente um “sentido polêmico”, ou seja, apresentam uma discordância vinculada a determinada situação que permite distinguir “amigos” de “inimigos” e que têm, nessa distinção, requisito essencial para que o próprio termo receba seu significado¹⁸³.

Se a inimizade é objetiva, igualmente é sua consequência potencial. Em Schmitt, há contra todo inimigo a possibilidade de um combate eventual, que não é simbólico ou metafórico, mas concreto, isto é, com real possibilidade de dano a integridade física das partes¹⁸⁴. Esse conceito, portanto, exclui boa parte daquilo que se agrupa como um “conflito”, em sentido weberiano. Há, nas disputas weberianas, há a possibilidade do uso ou não da violência física, desde que o ator busque impor sua vontade aos demais¹⁸⁵, o que em última instância abrange, inclusive, a competição econômica burguesa¹⁸⁶. A guerra de Schmitt, porém, realiza a inimizade quando esta é elevada ao extremo¹⁸⁷ e revela a natureza por trás de toda ação política¹⁸⁸. Dessa forma, segundo o autor:

“Um mundo no qual a possibilidade de semelhante combate estivesse completamente eliminada e desaparecida, um planeta definitivamente pacificado, seria um mundo sem a distinção entre amigo e inimigo, por conseguinte, um mundo sem política”¹⁸⁹

O comportamento político, portanto, é todo aquele orientado pela possibilidade eventual da guerra, de modo que qualquer controvérsia poderá se tornar política, desde que seja capaz

¹⁸² SCHMITT, 2008, p. 27 – 31.

¹⁸³ Ibidem, p. 32 – 34.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 34 – 35.

¹⁸⁵ WEBER, 1947, p. 132 – 145.

¹⁸⁶ WEBER, 1994, p. 14 -17.

¹⁸⁷ SCHMITT, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 36 – 37.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 37;

de criar efetivos agrupamentos amigo-inimigo, e não apenas um dissenso ou dois pontos de vista distintos¹⁹⁰.

É a partir dessa conceituação de conflito, que Schmitt elabora o aspecto “soberano” do Estado, sua unidade: se todos os agrupamentos políticos devem decidir necessariamente a respeito do momento em que surge a inimizade e faz-se necessária a guerra, aquele que detiver o poder para fazê-la, efetivamente é capaz de unir os esforços humanos e tomar a decisão definitiva¹⁹¹, seja no sentido de evitar ou ainda de promovê-la¹⁹². Assim, em resposta ao problema weberiano, ainda que apareçam no interior do Estado forças capazes de contestar seus comandos ou normas jurídicas, somente o Estado é detentor do *jus belli*, ou seja, da competência para fazer a guerra, exigindo de seus membros que morram e matem em seu nome¹⁹³.

Isso não significa, porém, que não haja uma tentativa de obscurecer o fato de que a decisão de ir à guerra é necessariamente política, empregando, para tanto, expressões ou preceitos morais e estéticos¹⁹⁴, criando um verdadeiro juízo de valor a respeito do conflito (vide a expressão “guerra justa”). A rigor, porém, é o Estado quem detém o poder indisponível¹⁹⁵ de

¹⁹⁰ SCHMITT, 2008, p. 39

¹⁹¹ “Político é, em todo caso, sempre o agrupamento que se orienta pelo caso crítico. Destarte, ele é sempre o agrupamento humano *normativo* e, por conseguinte, a unidade política sempre quando existe em absoluto, sendo a unidade normativa e “soberana” no sentido de que, por necessidade conceitual, a decisão sobre o caso normativo, mesmo quando este for um caso excepcional, sempre haverá de residir nela” (cf. *ibidem*, p. 41).

¹⁹² *Ibidem*, p. 41 – 42.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 45 – 48.

¹⁹⁴ Schmitt faz ainda referência ao “controle jurídico” da violência ou do próprio Estado, mas rejeita-o em absoluto. Para o autor, o *direito positivo* simplesmente representa a manutenção do *status quo* e está a serviço, portanto, das forças políticas. Aqueles que defendem a primazia do Direito, para Schmitt o fazem em nome da ideologia liberal, de modo a buscar submeter o Estado às forças econômicas e à uma moral própria do Direito Privado (cf. *Ibidem*, p. 77 – 85). A respeito dessa crítica das influências econômicas no campo político, Weber tece formulação semelhante (cf. 1994, p. 17 – 20). Entretanto, enquanto para Weber a economia é necessariamente uma ciência política (e não a política, uma ciência econômica), em Schmitt, há clara incompatibilidade: “o meio econômico é a troca; esta é a reciprocidade entre prestação e contraprestação, portanto mutualismo, igualdade, justiça e paz, por fim, não menos que o próprio ‘espírito cooperativo da concórdia fraternidade e justiça’; o meio político, em contrapartida é a ‘violência conquistadora extra-econômica’, roubo, conquista e crimes de toda espécie” (SCHMITT. *Op cit.*, p. 83).

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 55.

optar pela via armada, e sua decisão não está condicionada a qualquer valor que não aqueles próprios da política¹⁹⁶.

O inimigo não necessariamente é externo. O Estado, para tornar efetiva as normas jurídicas que impõe, deve necessariamente manter um certo grau de normalidade, promovendo a “tranquilidade, segurança e ordem”¹⁹⁷, e, para isso, há de designar um “inimigo interno”¹⁹⁸ contra o qual haverá de guerrear se utilizando de meios que, inclusive, poderão ultrapassar os limites do ordenamento jurídico¹⁹⁹. Contudo, há sempre o risco de que essa forma de combate em específico resulte em uma guerra civil, pondo em risco a unidade do Estado²⁰⁰.

1.3. A violência submetida ao Direito

Afirmar que há uma corrente na ciência do Estado que compreende uma forma de controle da violência por meio do Direito não significa, necessariamente, rejeitar a existência outras formas de contenção ou exercício do poder coativo. Entretanto, é inegável que há, nesse espectro, desde autores adeptos de uma visão de Estado sociológica até mesmo àqueles de viés normativista. Nesse rol, o presente estudo destaca primeiro a obra de *Kant*, mais especificamente, o ensaio *Para a paz perpétua*.

À vista disso, a obra do filósofo alemão é inédita pois propõe, pela primeira vez, os requisitos jurídicos necessários para que a paz seja alcançada entre os Estados. Portanto, há pouco enfoque (o que não significa, porém, completa ausência) no emprego da violência domesticamente, isto é, nos atos da administração ou ainda do judiciário.

A paz, coloca Kant²⁰¹, é um conceito absoluto: ou há, ou não há paz; falar em uma “paz perpétua”, logo, é pleonasmo. Exige-se para sua concretização, necessariamente, o fim de todas

¹⁹⁶ “Não há nenhum fim social, nenhuma norma por mais correta que seja, nenhum programa por mais exemplar que seja, nenhum ideal social por mais belo que seja, nenhuma legitimidade ou legalidade que possam justificar o fato de que, por sua causa, os seres humanos matem uns aos outros. Se tal extermínio físico da vida humana não ocorre a partir da afirmação ôntica da própria forma existencial, perante uma negação igualmente ôntica desta forma, esse extermínio não pode, então, ser justificado” (SCHIMITT, 2008, p. 53).

¹⁹⁷ Ibidem, p. 49

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 48 – 57.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ KANT, I. **Para a paz perpétua**. Tradução de Bárbara Kristensen. 1.ed. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e Paz, 2006, p. 57 – 58.

as hostilidades, a autonomia e independência absoluta de todos os Estados²⁰² e o abandono dos exércitos permanentes²⁰³. Precisamente por essa razão, é possível aferir do texto que não houve na história da humanidade um momento de paz em sentido próprio, tão somente de redução das disputas, mas que permaneceram latentes.

Essa constatação, porém, assume ainda que a paz não é o estado natural das relações internacionais, mas sim uma criação artificial²⁰⁴, que exige, assim como a superação do estado de natureza hobbesiano, um trabalho para ser atingida. Essa formulação reside, em certa medida, na compreensão da “guerra” enquanto fenômeno histórico – mais precisamente, na crença de que os conflitos tem origem na necessidade de solucionar disputas quando não há uma entidade arbitadora capaz de solucioná-lo, de modo que se faz necessário a luta, para que aquele que se sagre vencedor seja também tomado como o justo, o correto²⁰⁵. É evidente, portanto, que, com a criação do Direito, a guerra perde sua razão de ser e surge a possibilidade de juridicamente pacificar a sociedade. A paz surge, por isso, como uma finalidade moral²⁰⁶ que se opõe à busca irrestrita pela “honra”²⁰⁷, ou ainda à manifestação externa de uma “coragem guerreira”²⁰⁸.

Assim, o autor elenca as condições que devem ser cumpridas para que se abandone esse estado de guerra: todos os Estados devem transformar-se em repúblicas, pois não é esperado (isto é, não é adequado à razão), que os cidadãos, porquanto livres, optem por uma guerra que trará a eles ônus em demasia²⁰⁹; os Estados devem constituir uma federação²¹⁰, que irá proteger

²⁰² Ibidem, p. 60 – 61.

²⁰³ Ibidem, p. 59

²⁰⁴ Ibidem, p. 65

²⁰⁵ Diz o autor (cf. Ibidem, p. 61): “a guerra é, certamente, o meio tristemente necessário no Estado Natural para afirmar o direito pela força (estado natural no que não existe nenhum tribunal de justiça que possa julgar com a força do Direito). Na guerra, nenhuma das duas partes poderá ser declarada inimigo injusto (porque isto pressupõe uma sentença judicial): o resultado entre ambas as partes, este sim, decide de que lado está o Direito (exatamente como acontece com os chamados ‘juízos de Deus’).”

²⁰⁶ Ibidem, p. 88

²⁰⁷ Ibidem, p. 87

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ KANT, 2006, p. 67 – 71.

²¹⁰ Kant denomina essa organização política *foedus pacificum* (ibidem, p. 76) e afirma, categoricamente, que preferível seria a construção de uma república mundial, pois a federação não seria capaz de estabelecer leis executáveis coercitivamente. Mas reconhece também a impossibilidade prática dessa solução.

a liberdade de todos os seus membros, assegurando a autonomia presente na soberania dos Estados, ao mesmo tempo que irá dissuadir o uso desse poder soberano para justificar a mobilização de seus membros para uma guerra de agressão²¹¹; por fim, elenca a importância de criar um direito global²¹², capaz de aproximar os diferentes povos e elaborar normas de hospitalidade²¹³.

As propostas de Kant passam, portanto, necessariamente por uma reformulação jurídica do Estado, seja pela adoção de uma nova forma de governo, pelo estabelecimento de uma federação capaz de unir os Estados, ou ainda, por meio da criação de um direito comum referente às regras de hospitalidade. Contudo, destaca-se que o autor ainda enfrenta dificuldades em compreender um direito internacional coativo, de modo que boa parte das propostas colocadas se deparam com normas de conteúdo não coercitivo, um entrave sério para o controle jurídico da violência, pois essencialmente dissocia Direito e uso da força.

Entretanto, pesa para a avaliação do argumento kantiano o vocabulário empregado: é, essencialmente, técnico-jurídico. Nesse sentido, portanto, torna possível o uso da expressão “artigos para a paz perpétua”²¹⁴, referindo-se às disposições presentes em um acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos, seja o contrato, ou ainda um tratado internacional; e, também, da formulação do Estado como sendo uma “pessoa moral”²¹⁵, que pressupõe, portanto, a construção social dessa instituição. Por fim, Kant aproxima política, moral e direito – trata a primeira como uma “teoria do direito aplicado” e a segunda como uma “teoria do direito teórico”²¹⁶ – de modo que não há, entre essas formas, um conflito

²¹¹ Ibidem, p. 72 – 77.

²¹² “Direito cosmopolita” (ibidem, p. 82)

²¹³ Ibidem, p. 79 – 82.

²¹⁴ Ibidem, 2006, p. 57

²¹⁵ Ibidem, p. 58

²¹⁶ Ibidem, p. 95.

necessário²¹⁷, desde que admitida a supremacia do Direito, ainda que a conformidade a este não seja conveniente²¹⁸.

Se Kant é essencial para propor uma solução jurídica para o problema da contenção da violência, Jellinek aprofundará esses estudos a respeito da natureza do que é denominado Estado. Para esse autor, o Estado é essencialmente uma ordenação construída pela vontade dos agrupamentos humanos, cuja existência é essencial para que possam subsistir outras formas de organização²¹⁹. Dessa definição, se extrai duas frentes por meio das quais as ciências do Estado podem estudar seu objeto, a sociológica e a jurídica²²⁰. Na primeira linha, estudam-se os elementos reais, objetivos ou subjetivos, presentes na existência concreta do Estado. Na segunda²²¹, estuda-se o exercício do Direito e o conjunto de normas, constituindo verdadeira análise do *dever-ser*²²². É com essa delimitação que surge uma definição ampla de Estado, que

²¹⁷ “É claro que se não há liberdade nem lei moral baseada nela, mas que tudo o que acontece ou pode acontecer é simples mecanismo da natureza, a política é toda a sabedoria prática (como a arte de utilizar o mecanismo natural para governar os homens) e do conceito do Direito devém um pensamento vazio. No entanto, se se crê necessário vincular o conceito de Direito à política e elevá-lo inclusive à condição limitativa desta, deve ser possível, então, um acordo entre ambas. Agora bem, eu posso conceber um político moral, ou seja, um político que entende os princípios da habilidade política de modo que possam coexistir com a moral, mas não um moralista político, que forje uma moral útil às conveniências do homem de Estado” (KANT, 2006, p. 97 – 98).

²¹⁸ “O Direito dos homens deve manter-se como coisa sagrada, por maiores que sejam os sacrifícios do poder dominante. Neste assunto não se pode partir em dois e inventar um intermediário (entre direito e utilidade) de um direito condicionado pela prática. Toda política deve ajoelhar-se ante o Direito, apesar de caber esperar que se chegue a um nível, ainda que lentamente, em que a política brilhará com firmeza” (Ibidem, p. 107).

²¹⁹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos. 2.ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 55 – 62.

²²⁰ O autor menciona ainda a frente “política” que ele distingue das demais e que, para Jellinek, complementa os estudos sociológicos e jurídicos. Nesse sentido, é uma espécie de “ciência aplicada” (cf. ibidem, p. 62 – 69). É através da política, por exemplo, que o Direito deixa de ser apenas forma e ganha uma correspondência com a realidade.

²²¹ Ibidem, p. 160 – 162.

²²² O Direito não possibilita propriamente o conhecimento da realidade, mas de um *dever-ser*, de algo que se pretende verificar realizado. Diz o autor, nesse sentido: “el conocimiento jurídico del Estado no se propone esclarecer su naturaleza real, sino el aspecto jurídico del mismo” (“O conhecimento jurídico do Estado não se propõe a esclarecer sua natureza real, mas sim seu aspecto jurídico. Tradução livre. Cf. Ibidem, p. 180).

assim denomina todo território que apresente determinada constituição política²²³ a partir do qual se é possível extrair um sentido objetivo e outro subjetivo²²⁴.

Existem três maneiras de conceber juridicamente o Estado: como sujeito, como objeto de direito e como relação jurídica. Jellinek rejeita as duas últimas hipóteses. Em primeiro lugar, o Estado não pode ser objeto do Direito pois se exigiria que o povo (ou ao menos os governantes) fossem os sujeitos correspondentes, o que, absurdamente, implicaria a aceitação que, de alguma forma, o povo de determinado Estado não constitui um de seus elementos²²⁵. Por outro lado, assumir que o Estado é uma relação jurídica é confundir a relação que se estabelece entre governantes e governados, com o próprio Estado, o qual exige ainda uma “vontade dirigente”, isto é, um sentido de ação, algo que não é próprio de uma relação jurídica. Não obstante, faltaria a essa hipótese a explicação da origem dessa relação chamada de “Estado”, ou, ainda, a delimitação daquilo que é externo a ela²²⁶. Logo, cabe apenas a solução da personalidade jurídica do Estado, isto é, de sua figuração como um sujeito de direito, conceito abstrato. Nessa formulação, a pessoa jurídica estatal apresenta uma relação com o ordenamento jurídico a partir de determinadas normas de direito²²⁷.

A posição de Jellinek é revolucionária para o campo das ciências do Estado. A partir do momento em que se aceita a personalidade jurídica, o Estado adentra o universo do Direito como um ente possível de ser operado juridicamente e cognoscível pela ciência do Direito. Mais precisamente, o ato sancionador ou ainda o ato violento ganha contornos jurídicos, assim como os elementos constitutivos do Estado: o território e o povo²²⁸.

Nesse sentido, o território é o espaço no qual o Estado exerce o seu poder, mas também aquele no qual reside a comunidade²²⁹, e, por isso, apresenta dois sentidos: um positivo, pois

²²³ JELLINEK, 2004, p. 153 – 158.

²²⁴ Ibidem, p. 159 – 160.

²²⁵ Ibidem, p. 181 – 183.

²²⁶ Ibidem, p. 183 – 184.

²²⁷ Ibidem, p. 184 – 188.

²²⁸ Cabe mencionar que Jellinek não menciona a “soberania” como um elemento constitutivo, mas sim como parte do poder do Estado. Não faz referência, ainda, a “finalidade” do Estado presente em autores posteriores da Teoria do Estado – e que de certo modo também está presente no pensamento de Maquiavel, Hobbes e Rousseau.

²²⁹ Ibidem, p. 368.

aqueles que residem no território estão submetidos ao poder estatal, e o outro, negativo, dado que, em um mesmo território, não podem existir dois polos de autoridade²³⁰.

A partir da formulação proposta, extrai-se que o território é um componente do Estado, mas também o fundamento espacial de sua autoridade. Porém, essa constatação apenas levanta novos questionamentos, sobretudo, qual haveria de ser (isto é, sob qual forma jurídica ocorre) a dominação sobre determinada área definida como territorial. A resposta oferecida por Jellinek é aquela que se afasta do *dominium*, ou seja, do direito real de propriedade, e se aproxima do *imperium*, o poder de comando referente aos indivíduos – tema de direito público, e não categoria do direito privado²³¹. Por isso, coloca que, ao exercer seu poder sobre coisas, o Estado o faz indiretamente.

Por fim, estabelece²³² que o Estado, assim como todos os elementos que o compõem, e, em especial, o território, é necessariamente indivisível:

“Em virtud de la unidad e indivisibilidad del Estado, sus elementos son igualmente unos e indivisibles. Esto tiene valor, sobre todo, cuando se trata del territorio del Estado, máxime si se considera la cuestión desde el punto de vista histórico, pues la indivisibilidad del Estado fue concebida primeiramente como indivisibilidad del territorio”²³³.

Concebido o território enquanto conceito jurídico, Jellinek volta-se ao problema do “povo” e traça uma distinção entre este enquanto como elemento da associação estatal e o povo como objeto da atividade do Estado. Traz, também, o requisito da unidade para sua configuração: um elemento subjetivo sem o qual há meramente a pluralidade de indivíduos que se submete à determinada autoridade²³⁴. Essa última afirmação, particularmente, traz consigo tanto aspectos pacíficos quanto problemáticos: se a aceção de povo a partir da ideia de obrigação de conformar-se a determinado ordenamento jurídico é um consenso entre os autores

²³⁰ JELLINEK, 2004, p. 368 – 370.

²³¹ Ibidem, p. 370 – 374.

²³² Ibidem, p. 374.

²³³ “Em virtude da unidade e indivisibilidade do Estado, seus elementos são igualmente unos e indivisíveis. Isso importa, sobretudo, ao se falar do território do Estado, pois se se considera a questão do ponto de vista histórico, a indivisibilidade do Estado foi concebida primeiramente como indivisibilidade do território”. **Tradução livre.**

²³⁴ Ibidem, p. 379.

subsequentes, a necessidade de adequar-se a um critério subjetivo será objeto de discordância por parte da corrente normativista.

O último tema essencial para o presente trabalho tratado na obra de Jellinek é o a qualificação jurídica do poder estatal. Nesse sentido, todo poder exercido por uma associação (inclusive aquele da associação que se denomina “Estado”) exige a presença de uma vontade diretora que, em alguma medida, é capaz de emitir ordens e comandos com determinado sentido para os seus membros²³⁵. Entretanto, somente o poder estatal é “dominante”, isto é, caracteriza-se por ter como qualidade a capacidade de empregar a coação física para exigir o cumprimento de suas ordens²³⁶. Com isso, é evidente que o poder estatal subsiste, ainda que reconhecida uma álea de liberdade para aquele que se sujeita a ele. Esse poder, porém, pode ser exercido globalmente somente por meio de relações de vontade que sejam permanentes, fixas e impessoais, nomeadamente, as relações jurídicas²³⁷. Com isso, Jellinek consagra a concepção segundo a qual o poder estatal é jurídico e está fundado em uma situação em parte de direito, em parte de fato, que é o monopólio do exercício legítimo da violência física.

Do poder do Estado deriva a soberania. Segundo o jurista alemão, o conceito de Soberania tem origem nas lutas entre o poder temporal e espiritual durante a Idade Média, sendo empregado primeiro defensivamente, isto é, para afastar as pretensões da Igreja contra os monarcas e líderes políticos, e, em um segundo momento, de maneira ofensiva, para aumentar a influência do Estado²³⁸. Em ambos os casos, o conceito significa a rejeição à subordinação do Estado a qualquer poder, afirmando sua independência e a supremacia²³⁹. Assim, Jellinek elabora um conceito próprio de soberania²⁴⁰:

“[a soberania é] la propiedad del poder de um Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo”²⁴¹.

²³⁵ JELLINEK, 2004, p. 394 – 397.

²³⁶ Ibidem, p. 397.

²³⁷ Ibidem, p. 399.

²³⁸ Ibidem, p. 401 – 431.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Ibidem, p. 438.

²⁴¹ “[a soberania é] a propriedade do poder de um Estado, em virtude da qual corresponde exclusivamente a este a capacidade de determinar-se e obrigar-se juridicamente”. **Tradução livre.**

Com isso, não só Jellinek reafirma os contornos jurídicos da soberania, rejeitando conceituações que ressaltem somente seu aspecto político²⁴², como, também, as doutrinas do direito natural, que impuseram apenas limitações morais ao Estado, e admite a possibilidade, ou, até mesmo, a necessidade²⁴³, da autolimitação de suas competências a partir da execução e cumprimento das normas presentes no ordenamento jurídico válido. O próprio conceito de autonomia, necessário para que se afirme a existência de qualquer Estado, é colocado como a capacidade de criar leis que obriguem o Estado-criador, mas também que se encontrem nos limites do ordenamento jurídico²⁴⁴.

A soberania não se confunde, porém, com o poder do Estado. Na interpretação de Jellinek, nem todo Estado foi, no sentido já colocado, soberano – em especial, destaca as monarquias europeias durante a Idade Média²⁴⁵ – mas é inconcebível que se apresente um Estado que não detenha o poder, o qual é necessariamente indivisível (e, portanto, também o é a soberania)²⁴⁶ e originário, pois apresenta autonomia. Em suma²⁴⁷:

“Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es próprio, allí existe un Estado”²⁴⁸.

Essa visão do Estado como um misto de Direito e elementos sociológicos retornará com a teoria tridimensional proposta por Miguel Reale. Antes de detalhá-la, porém, cabe ressaltar o porquê da escolha de abordar seu pensamento antes daquele de Hans Kelsen, visto que Reale escreve para opor-se tanto a Jellinek, quanto ao normativismo da teoria pura do Direito. Essa escolha é em parte arbitrária, mas visa à manutenção da coerência interna da presente pesquisa: ao se estudar o controle finalístico da violência a partir da relação entre coação e paz, abordou-se primeiramente Maquiavel, e somente em seguida Hobbes, que leva ao extremo esse primeiro núcleo de controle; do mesmo modo, ao tratar do controle político, é com Schmitt, último autor

²⁴² JELLINEK, 2004, p. 401.

²⁴³ Pois se o próprio Estado não obedece a seu ordenamento jurídico, para Jellinek há verdadeira situação de anarquia (cf. *ibidem*, p. 434)

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 447.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 440 – 450.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 450 – 458.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 445.

²⁴⁸ “Onde há uma comunidade com um poder originário e meios coercitivos para dominar seus membros e seu território, conforme uma ordem que lhe é própria, ali existe um Estado”. **Tradução livre.**

a ter sua teoria estudada nesse trabalho, que se afirma um verdadeiro primado da política. Do mesmo modo, é com Kelsen e seu normativismo, e não com Reale, que o mecanismo jurídico de controle da coação se torna absoluto, isto é, suprime em grande medida os demais. Colocada essa observação, faz-se necessário expor em detalhes as ideias propagadas por Reale.

A teoria tridimensional tem raízes culturalistas e, por isso, entende o Direito como uma forma de integrar o *ser* e o *dever-ser* a partir de seu elemento axiológico²⁴⁹. Assim, o Estado é tido como uma realidade cultural²⁵⁰, e o Direito ordena dentro de um sistema de valores que são reconhecidos e considerados no momento de aplicação (e, em certa medida, de elaboração) da norma. Com isso, Reale rejeita tanto uma teoria tão somente jurídica do Estado, como também aquela que traça apenas a distinção de Jellinek. Entretanto, há tanto em Reale a aceitação do Estado como uma forma dotada de relativa unidade²⁵¹, que, porém, jamais é absoluta, visto há existência de uma reserva autonomia, na qual é vedada a intervenção do estatal²⁵².

Preliminarmente, o autor traça ainda a distinção entre poder e força, qualificando o primeiro como “a força, posta por uma exigência ética ou jurídica”²⁵³. Precisamente porque há na constituição do poder um elemento valorativo, a própria ordem jurídica, constituída pelo poder, apresenta um momento no qual são apreciados os valores e elegem-se àqueles que serão aceitos e integrados ao universo jurídico, possibilitando, assim, a determinação do sentido da vontade dos chamados “centros diretores da sociedade”²⁵⁴. Em última instância, a teoria de Reale se aproxima da proposição de Schmitt, segundo o qual é o poder que decide a respeito do caso crítico, mas, enquanto no segundo essa escolha recai sobre a guerra, para o jurista brasileiro, trata-se da “*declaração da positividade objetiva de uma regra de eficácia universal tendo em vista a sua finalidade eminentemente social*”²⁵⁵. Esse poder, porém, não se confunde com a função legislativa, já que o Poder Legislativo não é supremo em suas decisões, com o

²⁴⁹ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8.

²⁵⁰ Ibidem, p. 9.

²⁵¹ A história do Estado moderno é, de maneira particular, uma história de integrações crescentes, de progressivas reduções à unidade” (Ibidem, p. 43).

²⁵² Ibidem, p. 50.

²⁵³ Ibidem, p. 70

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Ibidem, p. 110. **Grifos do autor**.

direito positivo adquirindo um sentido específico ao ser aplicado pelas decisões judiciais ou atos do Poder Executivo²⁵⁶.

É por essa razão que o autor afirma a tendência humana a solucionar os conflitos por meio do sistema jurídico:

“Todavia, a história está aí para nos indicar que, embora continuem as lutas e não sejam menos ásperos os motivos que lhes dão lugar, as contendas humanas já se não travam no corpo-a-corpo da vingança privada; desenvolvem-se, em geral, no plano ético do Direito, em virtude do aparelhamento judiciário e das garantias legais que a sociedade estabelece como condição de sua própria existência”²⁵⁷.

Com essa constatação, é evidente que não se pode, como pretendem as teorias normativistas, eliminar do Direito o elemento “poder” – o que não significa, porém, afirmar que este último não atravessou, ao longo da História, um processo de “juridicidade progressiva”²⁵⁸, ou seja, de exercício (e, portanto, de controle²⁵⁹) por meio da ordem jurídica. Não só na escolha, porém, reside o poder, já que este também atua nos mecanismos coercitivos para garantir que o Direito estatal seja exclusivo, e, portanto, não tenha de competir com outro para a dominação sob determinado território²⁶⁰.

Assim como o poder, a soberania pode ser entendida com um sentido político-social ou jurídico. Sob o primeiro ponto de vista, denomina-se soberania o conjunto de todas as forças responsáveis por decidir “o destino dos povos”²⁶¹, criar o Estado e ainda promover o seu desenvolvimento²⁶². Juridicamente, porém, consiste no poder que tem por titular a pessoa

²⁵⁶ REALE, 2000, p. 352 – 353.

²⁵⁷ Ibidem, p. 85.

²⁵⁸ Ibidem, p. 84.

²⁵⁹ “O fato é que – em qualquer das direções acima apontadas – o Direito tem sempre como resultado uma composição de forças. É por isso que todo ideal político ditatorial ou libertário perde muito de autoritarismo ou libertarismo desde o momento em que se concretiza sob a forma de ordenamento jurídico positivo. O exercício do poder, na esfera do Direito, não se opera sem *delimitação*, de sorte que todo poder torna-se jurídico, isto é, subordina-se à ordem jurídica, no instante em que declara a positividade de um sistema legal” (Ibidem, p. 112).

²⁶⁰ Ibidem, p. 111.

²⁶¹ Ibidem, p. 139.

²⁶² Ibidem.

jurídica estatal, e assume a forma do ordenamento jurídico em seu sentido positivo²⁶³, desse modo, oferece um sentido formal ao poder²⁶⁴. O aspecto social da soberania liga-se fortemente a ideia de uma nação, porque é o povo – tomado aqui não no sentido jurídico proposto por Jellinek, mas sim naquele de um agregado humano constituído culturalmente e dotado de historicidade²⁶⁵ – que pode, a qualquer momento, constituir um Estado²⁶⁶. Politicamente, soberania é – novamente retomando um tema presente em Jellinek – a qualidade de independência do poder estatal; juridicamente, corresponde a um direito de governar, agregado à poderes específicos²⁶⁷.

Abordado o problema da soberania, Reale volta-se para o problema do monismo jurídico. Nesse sentido, critica a confusão entre Direito formal/positivo e o Direito em si. Enquanto o primeiro, por definição, somente pode ser criado pelo Estado; o Direito em si apresenta um controle a partir dos valores e, portanto, melhor seria tratar de “diferentes graus de positividade”²⁶⁸. Assim, se não é o Estado quem detém necessariamente um monopólio da criação do Direito, é ele quem garante sua aplicação por meio da possibilidade do uso da força. Essa doutrina é fortemente contraposta àquela de Hans Kelsen.

Para este último autor, o Estado essencialmente é uma ordem²⁶⁹, não em sentido natural – ou seja, orientada por uma série de regras que apresentam causalidade necessária – mas normativa, de modo que suas regras sempre fazem referência a um *dever-ser*, dirigindo-se à conduta humana e prescrevendo uma ação ou abstenção. Essas regras, por sua vez, logicamente subsistem ainda que violadas, precisamente porque seu vigor está vinculado ao cumprimento de determinados requisitos de validade, não há uma eficácia absoluta. Isso não significa, porém,

²⁶³ REALE, 2000, p. 140.

²⁶⁴ Ibidem, p. 140 – 142.

²⁶⁵ Ibidem, p. 125 – 138.

²⁶⁶ “O Estado surge quando um povo, alcançando certo grau de evolução ou certo estágio de integração social, se declara livre, *afirma perante os outros povos a sua personalidade, e se provê de meios capazes de traduzir essa afirmação no domínio concreto dos fatos*” (Ibidem, p. 145). **Grifos do autor.**

²⁶⁷ Ibidem, p. 152 – 157.

²⁶⁸ Ibidem, p. 250.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Fernando de Miranda. 1.ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1938, p. 7 – 11.

que um mínimo de respeito social às regras não seja necessário²⁷⁰. Da ordem estatal extrai-se algumas consequências.

Em primeiro lugar, o poder do Estado atua tão somente sobre as representações que fazem referência à ordem estatal, de modo que todos os atos atribuídos ao Estado têm o ente estatal como sujeito e são regulados por essa mesma ordem²⁷¹. Por isso, somente os atos que obedecem a determinados requisitos de forma ou conteúdo²⁷² são assim qualificados – o que, por sua vez, pressupõe necessariamente um “esquema interpretativo”²⁷³ que permite a subsunção do fato ao “sistema ideal”²⁷⁴.

Em segundo lugar, a ordem estatal somente se diferencia das demais ordens sociais, por apresentar um caráter coativo. É, portanto, por meio do aparelho de coerção que se é possível igualar a ordem estatal à ordem jurídica²⁷⁵. Dessa formulação, se extrai a teoria da norma proposta por Kelsen, que entende por norma toda prescrição cujo comando está associado a um preceito secundário que impõe a necessidade de um ato sancionador a ser, pela particularidade²⁷⁶ da ordem denominada “jurídica”, garantido por meios coercitivos²⁷⁷.

²⁷⁰ “É, portanto, preferível definir a relação entre a validade da ordem estatal e o domínio dos factos, pela forma seguinte: uma ordem estatal só pode ser considerada válida quando aqueles que ela pretende dirigir se conformam, até certo ponto, com as suas determinações” (KELSEN, 1938, p. 14)

²⁷¹ Ibidem, p. 14 – 18.

²⁷² Ibidem, p. 20 – 21.

²⁷³ Ibidem, p. 21

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem, p. 24 – 25.

²⁷⁶ Kelsen chega mesmo a questionar se existem ordens desprovidas de sanção. Sua conclusão, a princípio, é no sentido contrário. Segundo o autor, mesmo ordens morais tem por consequência da prática de um ato moral ou imoral, a aprovação ou reprovação pelos demais membros da sociedade (cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 19)

²⁷⁷ “Se o Direito é concebido como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado” (ibidem, p. 76). Note-se, que por essa afirmação do autor, a norma, mais precisamente, não exige um comportamento específico, tão somente associa a determinada conduta a ocorrência de uma sanção, de modo que tal conduta será interpretada como proibida, se a sanção tiver caráter punitivo, ou permitida (para não dizer incentivada), se a sanção for premial.

Há, ainda, para Kelsen, uma progressão transformação do aparato aplicador da sanção jurídica, de modo que, em um primeiro momento, aquele que tem seus interesses juridicamente protegidos lesados, atua para punir àquele que agiu de maneira a se autorizar a sanção punitiva²⁷⁸. Contudo, posteriormente, a função sancionadora passa a ser exercida tão somente por certos órgãos do Estado ao qual se atribui essa competência²⁷⁹.

O autor traz, também, o problema do *dever-ser* subjetivo, presente em qualquer comando emitido por um indivíduo, e o *dever-ser* objetivo, a norma jurídica, portanto. Mais precisamente, pergunta-se o porquê de não se interpretar o comando de um “bando de salteadores”²⁸⁰, ou de outros agentes capazes de exercer atos de coação para que outros realizem sua vontade, como verdadeiras “normas jurídicas”. A solução apresentada é, em certa medida, problemática. Em primeiro lugar, toda norma jurídica faz parte de um sistema, de modo que somente um ordenamento social pode conter essas espécies de regras – assim, em um primeiro momento, o mero comando de um indivíduo não justifica interpretar o delinquente como figura de autoridade, mas sim como um autor de determinada conduta tida como ilícita. Surge o problema, porém se “se tratasse da atividade sistemática de um bando organizado que tornasse inseguro um determinado território pelo fato de coagir os indivíduos que aí vivessem, sob ameaça de certos males, à entrega do seu dinheiro e valores patrimoniais”²⁸¹. Para lidar com esse cenário, opta o jurista a recorrer à interpretação que a comunidade sobre a qual se pretende comandar tem a respeito dos comandos emitidos, utilizando, em última instância da eficácia dessa suposta ordem para fundamentá-la:

“Se esta ordem de coação é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer ordem de coação, pode ser ela considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como ‘Estado’”²⁸²

Apesar de não retirar de sua análise o elemento “validade”, ao se utilizar da eficácia como parâmetro, a chamada “teoria pura” – que do Direito buscava afastar todos os elementos

²⁷⁸ “É o filho quem, no sistema da <vendeta>, deve vingar-se do assassino do pai; é o credor quem pode apoderar-se da pessoa do devedor, como de um penhor” (Kelsen, 1938, p. 29)

²⁷⁹ Ibidem, p. 33.

²⁸⁰ KELSEN, 1999, p. 31.

²⁸¹ Ibidem, p. 33.

²⁸² Ibidem, p. 34.

de análise metajurídicos – precisamente por optar pela rejeição da análise desses fatores sociais que levam determinado ordenamento a apresentar eficácia, é incapaz de distinguir aquilo que compõe o ordenamento jurídico dos meios coercitivos que asseguram o cumprimento geral das regras jurídicas. Em última instância, por conseguinte, o controle jurídico da violência, em sua análise desprovida de aspectos políticos ou sociológicos, confunde Direito e coação.

Essa interpretação não é, porém, aceita por Kelsen. Para o autor, a mera distinção entre um poder de fato e um poder controlado juridicamente é suficiente para se afastar a hipótese do “direito do mais forte”²⁸³. Afinal, o controle jurídico é essencialmente um controle de validade, por meio do qual se avalia tanto a competência de determinado órgão, como a validade da norma referente à determinado espaço, tempo ou agrupamento de pessoas²⁸⁴. Mesmo a validade, porém, necessita de um fundamento, que reside em uma “norma fundamental”²⁸⁵, responsável por originariamente delimitar as competências e também por afirmar a independência e totalidade da ordem jurídica, que, então pode ser qualificada como soberana²⁸⁶.

Da totalidade da ordem jurídica, extrai-se a possibilidade de um estudo jurídico do “povo” em completa dissociação daquele da “nação”. A palavra “povo”, na teoria pura, designa o conjunto de indivíduos cuja conduta é objeto da ordem normativa²⁸⁷. Por essa razão, estabelece o autor que:

“A nacionalidade é, sem dúvida, uma instituição geral dos Estados modernos, mas também não é essencial ao Estado. Não há Estado sem súditos, mas pode havê-lo sem nacionais. E na medida em que está submetido às regras estatais, também o estrangeiro faz parte do povo. Mesmo que não tenha direitos, mas apenas obrigações. O povo não é

²⁸³ Kelsen, 1938, p. 39

²⁸⁴ Ibidem, p. 58 – 66.

²⁸⁵ “Um conjunto de regras constitui uma ordem, um sistema relativamente independente, quando a sua validade pode ser relacionada com uma única norma, a que chamaremos a norma ou a regra fundamental dessa ordem” (cf. ibidem, p. 42)

²⁸⁶ Ibidem, p. 43.

²⁸⁷ “O Estado é, geralmente, representado como um agrupamento de indivíduos, vivendo num território nitidamente delimitado e submetidos a um poder juridicamente organizado” (cf. ibidem, p. 37), em verdade, porém, para Kelsen, Estado é “ordem à autoridade da qual estão submetidos indivíduos – seria melhor dizer: cujas normas regulam a conduta humana” (cf. Ibidem, p. 38).

formado só pelos nacionais; estes formam, somente, no seio do povo, um grupo de indivíduos unidos de direitos e sobrecarregados de obrigações em elevado número”²⁸⁸

A elaboração de uma regra fundamental, porém, é mera construção metodológica, razão pela qual Kelsen a qualifica como hipotética²⁸⁹. Em verdade, tem a função de completar o sistema jurídico e atuar como causa primeira: afinal, se toda norma tem sua validade em uma norma anterior que a autoriza, bem como autoriza o emissor do comando, é necessário que haja algum momento em que há um fundamento inicial de validade. Do contrário, tratar-se-ia de uma regressão ao infinito. Em uma análise crítica, porém, a norma hipotética apenas esconde as reais estruturas que justificam a criação de determinada ordem jurídica, ou seja, excluem da análise os elementos sociológicos e políticos. Por essa razão, ao não distinguir com maior clareza Estado, Direito e coação²⁹⁰, a introdução no modelo de Kelsen daqueles fatores que ele mesmo buscou afastar, revelam uma teoria, em grande medida, míope.

²⁸⁸ KELSEN, 1938, p. 86.

²⁸⁹ Ibidem, p. 43 – 45.

²⁹⁰ Essa coincidência de termos está presente no estudo da ordem normativa estatal: “Resulta de aí que o *aparelho de coação*, em que, geralmente se pretende ver à característica do Estado, é idêntico à *ordem jurídica*” (cf. Ibidem, p. 25) e ainda “o Estado é, no entanto, a personificação mais compreensiva, a personificação total do direito, ao passo que todos os outros sujeitos de direito são personificações de ordens jurídicas parciais” (cf. ibidem, p. 27).

CAPÍTULO 2

BREVE HISTÓRICO DA CENTRALIZAÇÃO POLÍTICA E JUDICIÁRIA NA INGLATERRA.

4.1. A organização política feudal e as reformas de Henrique II (1066 – 1215)

Definidos os principais conceitos e correntes teóricas envolvendo o poder político e jurídico por parte do Estado, cabe – para que se possa alcançar o objetivo proposto pelo presente projeto – uma exposição histórica do Estado inglês e de suas instituições, com especial atenção ao desenvolvimento do poder judiciário. Pretende-se assim, aferir a correspondência entre a Teoria do Estado e a experiência histórica, bem como contextualizar os capítulos seguintes, que tratarão propriamente do julgamento por combate, enquanto instituto jurídico, bem como das demais ordálias.

Desse modo, não se empreenderá no presente texto um apontamento de questões controvertidas entre os historiadores, muito menos detalhar-se-á eventos de relevância histórica cujos impactos diretos significativos no desenvolvimento das instituições tenham sido diminutos, e, portanto, que pouco representaram para o desenvolvimento político do Estado inglês. Em suma, não se trata de uma historiografia inglesa, que tampouco poderia ser realizada brevemente de modo satisfatório, mas sim de uma curta, porém necessária, introdução às mudanças institucionais mais relevantes para o Direito sofridas por esse Estado durante a Idade Média.

Verifica-se, portanto, que durante a maior parte da Idade Média Inicial, no período que vai desde a retirada do Império Romano em 448 d.C. até a conquista Normanda em 1066 d.C. a Britânia foi – à despeito do que diz Hume²⁹¹, para quem não se pode falar em invasões bárbaras no território – o palco da disputa entre uma série de povos²⁹², de modo que, em

²⁹¹ HUME, David. **História da Inglaterra: Da invasão de Júlio César à Revolução de 1688**. Seleção, Tradução, apresentação e notas de Pedro Paulo Pimenta. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 12.

²⁹² O historiador francês, Marc Bloch apresenta uma descrição exauriente a respeito do processo de conquista do território correspondente ao Reino da Inglaterra, em meio a Alta Idade Média, que pode ser conferida no primeiro livro da obra “A sociedade feudal” (cf. BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Tradução de Laurent De Saes. 1.ed. São Paulo: Edipro, 2016).

pouquíssimos momentos, existiu um Estado capaz de efetivamente impor suas instituições²⁹³. Mesmo a Igreja, neste íterim, viu-se minada pelo crescimento do Pelagianismo na região, e, portanto, dedicou-se sobretudo ao combate dessa heresia²⁹⁴.

Assim, subsequentemente à retirada romana houve a tripla disputa entre os povos celtas que habitavam o território – escoceses, migrantes da ilha da Irlanda; Pictos, cujos ancestrais viveram no território inglês anteriormente à dominação imperial e, por fim, os britões, celtas romanizados.

Por volta do século VI d.C. sabe-se que os anglo-saxões, povo de origem germânica, haviam ocupado a porção sul das ilhas britânicas e expulsado os britões para o oeste, em direção à Cornualha e o País de Gales, estabelecendo sete reinos, a heptarquia. Esses reinos transplantaram as mesmas instituições que haviam regido os saxões nas terras germânicas, antes da migração, de modo que o rei comumente descendia diretamente de uma das dinastias que haviam liderado o processo conquistador. O poder derivado de seu posto, bem como qualquer decisão tomada dentro da administração pública, dependia da aprovação de seus súditos mais relevantes, tanto do ponto de vista prático, quanto jurídico – dada a existência em todos os reinos do *Wittenagemot*, o “conselho dos sábios”, composto, provavelmente, por parte do clero e da aristocracia, apesar das fontes acerca do tema serem escassas.

Em relação a esta última classe, era eminentemente agrária e fundamental para a administração política dos territórios, conforme os reinos atravessaram o processo de unificação após a derrota das invasões escandinavas no século IX – pois o monarca²⁹⁵, situado em Winchester ou Londres (a variar conforme o momento histórico), pouco contato tinha com as províncias mais longínquas.

²⁹³ Cf. Hume, 2014, p. 17, “Não dispomos de informações exatas sobre a espécie de governo civil legada pelos romanos aos britões, mas é provável que os homens mais notáveis de cada uma das regiões tenham assumido uma espécie de autoridade real precária, permanecendo, em grande medida, independentes uns dos outros”.

²⁹⁴ De fato, Bloch (2016, p. .66) explicitamente traz em sua obra os desafios enfrentados pela Igreja no período, salientando o empobrecimento das paróquias em meio ao ambiente constante de guerras, saques e desagregação social.

²⁹⁵ As invasões escandinavas marcam ainda o processo de desestruturação da heptarquia e de formação da hegemonia de Wessex que, ao longo do século IX e X, irá anexar os demais reinos, e formar o reino anglo-saxão da Inglaterra (*ibidem*, p. 67)

Essa descentralização crescente dentro da Inglaterra logo adequou-se ao seguinte quadro geral: o poder era extremamente pulverizado, sustentando-se com base nas relações de fidelidade entre os senhores locais e a autoridade central; o exército não era permanente, havendo a convocação de parte da população em tempos de guerra (o chamado *fyrð*), sendo essa força temporária custeada por todos os proprietários de terra. As receitas públicas adivinham primariamente da taxação sobre burgos e cidades portuárias dentro do domínio direto da coroa; a moeda empregada era a libra saxônica, mas seu uso era incipiente. O comércio havia declinado no Ocidente durante as invasões germânicas e escandinavas e a queda do Império Romano, as rotas fluviais haviam perdido sua segurança²⁹⁶ e, até o século XII, a Europa Ocidental orbitou na periferia de dois polos econômicos, conforme o eixo comercial se deslocou para Constantinopla e os califados árabes²⁹⁷.

O sistema jurídico anglo-saxão igualmente era pouco centralizado, verificava-se a existência da possibilidade de apelo ao rei em determinados casos, porém, de modo geral, a maior parte das disputas jurídicas davam-se no âmbito do condado e de suas regiões internas, comumente na presença de um oficial real, o *Shire reeve*²⁹⁸. Assim, duas vezes por ano reunia-se o tribunal do condado – composto por todos os proprietários livres – para julgar apelações provenientes de cortes menores, restringindo parcialmente o poder da alta nobreza e conferindo participação aos pequenos senhores de terra. Tinham jurisdição criminal, porém, os abades e a alta aristocracia, podendo punir em suas terras sem a admissão de recurso por parte do acusado. Esse funcionamento do Direito, levava, na visão de Hume²⁹⁹, a um modelo no qual o costume suplantava os estatutos e, por conseguinte, as instituições judiciárias mostravam-se mais relevantes na vida cotidiana que às legislativas.

A Hegemonia anglo-saxã finalmente chega ao fim com a crise sucessória decorrente da morte de Eduardo, o Confessor, em 1066. A coroa passa a ser alvo da disputa entre três nobres: Haroldo Godwinson, um grande proprietário de terra anglo-saxão; Haroldo Sigurdsson, rei da

²⁹⁶ BLOCH, 2016, p. 65

²⁹⁷ Ibidem, p. 34.

²⁹⁸ NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa. De legibus et de consuetudinibus: estudos sobre a história do Direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, vol. 70, 2011, p 255. Disponível em: < https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166980.pdf>. Acesso em 6 de março de 2021.

²⁹⁹ HUME, 2014, p. 45.

Noruega, e Guilherme, duque da Normandia. Na guerra que se seguiu, este último sagrou-se vitorioso e foi coroado em 25 de dezembro de 1066 na abadia de Westminster.

Guilherme I, chamado de “O Conquistador”, é aquele que encabeçará o processo de transição centenária para o surgimento do Estado Nacional Inglês, em grande parte como uma necessidade para consolidar a terra conquistada. Assim, é ele que introduz o sistema feudal³⁰⁰ tal qual nos moldes franco-normandos no território³⁰¹, dividindo as terras inglesas em baronatos e concedendo-as – sob a contraprestação de serviços e pagamentos – àqueles que o haviam acompanhado na empreitada belicosa que organizara. A recém formada classe dos barões, por sua vez, igualmente cederia parte de suas terras a vassalos próprios, os cavaleiros. Desse modo, gradualmente, Guilherme substitui a nobreza, o clero e os principais funcionários públicos por normandos de sua confiança.

Entrando em detalhes acerca do sistema feudal³⁰², colocava este em primeiro plano as relações jurídicas relativas ao direito real sobre a terra. O rei possuía o domínio das terras do reino, mas detinha a propriedade direta somente de uma parcela. O restante era concedido ao senhor feudal na forma de um usufruto vitalício, que, posteriormente, por força do costume, torna-se hereditário e passa a ser alegado como propriedade pelo beneficiado. O senhor controla a política local bem como a administração da justiça no baronato, esta última em conjunto com um oficial da coroa, e tem sua segurança resguardada pelo rei. Há como contraprestação, porém, a obrigação de fornecer tropas em tempos de guerra e pagar tributos.

Além da típica relação de suserania e vassalagem, havia ainda a figura do servo, que poderia explorar de modo vitalício parte da terra do senhor para a sua subsistência, transferindo esse direito de maneira hereditária; em contraprestação, igualmente pagava tributos e poderia em tempos de guerra ser alistado pelo senhor.

Fora essas medidas relativas à organização política do território, empreendeu-se uma campanha para desarmar as cidades mais populosas e construir fortalezas em localizações estratégicas, nas quais posicionaria seu exército.

³⁰⁰ Para entender melhor o processo de surgimento e consolidação do feudalismo enquanto fenômeno na Europa continental, conferir Hume (2014., p. 82 – 94).

³⁰¹ Ibidem, p. 71 – 74.

³⁰² NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa, 2011, p. 263 – 264.

Apesar do processo de estabelecimento das instituições feudais empreendido pelo Conquistador, Van Caenegem³⁰³ ressalta que o sucesso resultante na consolidação do poder real coube, em parte, à perícia do monarca em assimilar algumas instituições anglo-saxãs anômalas ao feudalismo franco-normando, cuja existência remete ao período tardio no qual os reis anglo-saxões, às vésperas da conquista, buscaram construir uma monarquia nacional.

Pode-se mesmo levar a crer que, no plano mais amplo, as mudanças trazidas no período imediato à conquista não foram de todo significativas, mas isso seria um lesão engano. Diferentemente do governo anglo-saxão, deu-se início, com base na lei feudal, o processo de subordinação da igreja ao poder temporal, conforme esta se via obrigada a oferecer soldados em tempos de guerra, podendo sofrer as mesmas penalidades que qualquer outro súdito se não o fizesse. Igualmente, o desarmamento e a construção de cidadelas foi o início da pacificação do reino da Inglaterra e da concentração dos meios para empregar a violência sob a autoridade da coroa.

Esse quadro apenas começaria a mudar³⁰⁴, com os barões ganhando maior destaque e força política, conforme a nova nobreza foi assimilada pelo território ocupado, tornando-se influente sobre seus vassalos imediatos, servos e tributários, passando a deter melhores condições para assegurar a posse de seus bens. Contudo, esse processo levaria gerações e não provocaria tensões alarmantes para os sucessores imediatos de Guilherme I.

O *Wittennagemot* foi substituído por um “grande conselho”, que viria a se tornar, em 1215, o parlamento. No período dos reis normandos, era composto pelos arcebispos, os bispos, alguns abades, os barões em geral e alguns cavaleiros especialmente comissionados³⁰⁵. Em um primeiro momento, o rei dispunha de discricionariedade a respeito de quem convocar e de quando chamar o conselho. A preocupação que originou tal instituição era dupla: de um lado, sua existência conferia legitimidade ao soberano, de outro, havia um problema de ordem

³⁰³ VAN CAENEGEM. R. C. **The Birth of the english common law**. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 9 – 11.

³⁰⁴ HUME, 2014, p. 94.

³⁰⁵ O principal aspecto a ser observado na composição do grande conselho é o comissionamento militar, típico do sistema feudal. Mesmo o alto clero participava sob a justificativa das posses da Igreja equivalerem a baronatos. Por essa mesma razão, não se verificou a participação dos “Comuns”, ou seja, os representantes de distritos e vilarejos, nesse primeiro momento.

prática: era mais provável o cumprimento, dentro dos baronatos, de uma disposição real aprovada pelos proprietários de terra, que aquela estipulada à sua revelia.

A mudança mais significativa acerca dessa instituição veio apenas com a *Magna Carta Libertatum* de 1215, fruto da capitulação do Rei João a uma revolta de barões insatisfeitos com a situação fiscal do reino após um período de campanhas belicosas malsucedidas que resultaram na perda do Ducado da Normandia para o Reino da França. Esse documento, tido como o primeiro a limitar o poderio real no período era formado por 63 artigos a tratarem dos mais variados temas: desde o direito de propriedade, passando pelo comércio, as sucessões, parte do direito de família e temas tipicamente públicos e políticos.

Para fins da presente pesquisa, é sobre esta última matéria que se irá aprofundar.

Assim, em primeiro lugar, os artigos 38 e 39³⁰⁶ afirmaram o direito ao devido processo legal para os súditos livres do reino bem como ressaltaram a importância das provas:

“(38) In future no official shall place a man on trial upon his own unsupported statement, without producing credible witnesses to the truth of it³⁰⁷.

(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”³⁰⁸.

Como visto no artigo 39, bem como se mostra presente nos artigos 21³⁰⁹, 52, 56, 57, 59³¹⁰, o documento ressaltou a importância do “julgamento por pares” em diversos tópicos relacionados aos barões, sobretudo na cobrança de taxas e multas, em um esforço para conter

³⁰⁶ **The Magna Carta.** 2.ed. [s.l.]: Project Gutenberg, 2006, p. 6. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/cache/epub/10000/pg10000.txt>>. Acesso em: 7 de março de 2021.

³⁰⁷ “(38) No futuro nenhum oficial deverá colocar um homem em julgamento sob sua declaração sem provas, sem produzir testemunhas críveis para a verdade da coisa”. **Tradução livre.**

³⁰⁸ “(39) Nenhum homem livre deverá ser apreendido ou emprisado ou extirpado de seus direitos ou posses, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou privado de seu posto de qualquer forma, nem se deverá prosseguir com força contra ele, ou enviar outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares ou pela lei da terra”.

Tradução livre

³⁰⁹ Ibidem, p. 21.

³¹⁰ Ibidem, p. 23 – 25.

os arbítrios da coroa. São, contudo, os artigos 12 e 14³¹¹ aqueles de maior relevância para a história do conselho real:

“(12) No ‘scutage’ or ‘aid’ may be levied in our kingdom without its general consent, unless it is for the ransom of our person, to make our eldest son a knight, and (once) to marry our eldest daughter. For these purposes only a reasonable ‘aid’ may be levied. ‘Aids’ from the city of London are to be treated similarly³¹².

(14) To obtain the general consent of the realm for the assessment of an ‘aid’ - except in the three cases specified above - or a ‘scutage’, we will cause the archbishops, bishops, abbots, earls, and greater barons to be summoned individually by letter. To those who hold lands directly of us we will cause a general summons to be issued, through the sheriffs and other officials, to come together on a fixed day (of which at least forty days’ notice shall be given) and at a fixed place. In all letters of summons, the cause of the summons will be stated. When a summons has been issued, the business appointed for the day shall go forward in accordance with the resolution of those present, even if not all those who were summoned have appeared³¹³”.

Seguindo a mesma lógica das outras disposições citadas, o texto exige a convocação de todos os barões elegíveis para os conselhos, os quais, por sua vez, tornam-se obrigatórios quando da proposta de imposição de novos impostos sobre os barões.

A assinatura da *Magna Carta* é muitas vezes posta como um marco na limitação do poder real e, de fato, é o primeiro esforço nesse sentido – efetivamente restringindo as

³¹¹ The Magna Carta, 2006, p. 20 – 21.

³¹²“(12) Nenhuma “scutage” ou “aid” [espécies de tributos feudais] podem ser levantadas em nosso reino sem o consentimento geral, a não ser que seja para o resgate de uma pessoa nossa, para fazer nosso filho mais velho um cavaleiro e (uma vez) para casar nossa filha mais velha. Para esses propósitos apenas, uma “aid” razoável pode ser levantada. “Aids” da cidade de Londres devem ser tratadas de modo similar. **Tradução livre.**

³¹³“(14) Para obter o consentimento geral do reino para a consulta a uma “aid” – exceto nos três casos especificados acima – a ou uma “scutage”, nós vamos obrigar os arcebispos, bispos, abades, *earls*, e grandes barões a serem individualmente convocados por carta. Para aqueles que tem a posse de terras diretamente de nós, nós vamos exigir uma convocação geral a ser emitida, através de nossos *sheriffs* e outros oficiais, para se juntarem em uma data fixada (para a qual pelo menos quarenta dias de aviso prévio serão dados) e em um local fixado. Em todas as cartas de convocação, será indicada a causa da convocação. Quando a convocação for emitida, os negócios indicados para o dia deverão seguir adiante de acordo com a resolução daqueles presentes, mesmo se nem todos os quais foram convocados tenham aparecido”. **Tradução livre.**

competências reais, em franca expansão desde o Conquistador. Contudo, não só suas disposições não seriam inteiramente observadas nos séculos seguintes, como também o controle do poder judiciário, já no início do século XIII estaria majoritariamente nas mãos da coroa e de seus funcionários.

Acerca do desenvolvimento judiciário, a imposição do governo normando trouxe mudanças significativas³¹⁴.

Em um primeiro momento, o direito normando era essencialmente não escrito e costumeiro, mantendo-se esse caráter na justiça inglesa dentro do direito privado. Entretanto, havendo diferentes tradições entre normandos³¹⁵ e anglo-saxões, Guilherme I optou por permitir que as duas diferentes nacionalidades mantivessem cada qual para si suas regras pré-estabelecidas, ou seja, adotou-se o princípio da personalidade para as jurisdições. A principal exceção, contudo, foi a separação, pelo monarca, dos tribunais eclesiásticos e laicos, rompendo, portanto, com a tradição anglo-saxã de solucionar todas as controversas na corte do condado (ou corte dos cem). Assim, membros do clero, bem como matérias de caráter tipicamente religiosa dentro do pensamento medieval, como o direito de família, estariam fora da jurisdição das cortes laicas.

Também os tribunais leigos sofreram igualmente algumas mudanças formais, segundo Hume³¹⁶. A corte do baronato, recém-estabelecida, passaria a discutir os casos envolvendo vassalos e súditos de um mesmo barão; já o tribunal dos cem ou corte do condado, já presente no período anglo-saxônico, agora deveria solucionar disputas entre partes provenientes de diferentes baronatos. Por fim, no topo do sistema judiciário, havia a *curia regis*, que se reunia na presença do monarca para solucionar as controvérsias surgidas entre os diferentes barões.

Seria um leso engano, contudo, supor que as competências de tais cortes estivessem delimitadas de maneira tão precisa. Corroborando com essa assertiva, Van Caenegem³¹⁷ descreve uma verdadeira crise no sistema judiciário feudal inglês durante o século XII, para a

³¹⁴ VAN CAENEGEM, 1988, p. 12 – 15

³¹⁵ A tradição jurídica normanda apresentava, como era próprio de um ducado desta região, forte influência do direito no Império Carolíngio, adotando como pilares as Capitulares Merovíngias e Carolíngias, bem como a Lei Sálica. O que não significa, entretanto, que não contivesse peculiaridades próprias. (Conf. NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa, 2011, p. 261).

³¹⁶ HUME, 2014, p. 102 – 103.

³¹⁷ Op. Cit., p. 15 – 23.

qual aponta algumas causas. Em primeiro lugar, a pluralidade de tribunais essencialmente tornava ambígua a distribuição das competências jurisdicionais, exigindo cada vez mais a promulgação de estatutos ou um *royal writ*³¹⁸. Além disso, tolhidas de efetivo poder frente à autoridade dos barões, as cortes hesitavam e dificilmente impunham suas resoluções contra os nobres mais poderosos. Por fim, as próprias normas jurídicas eram pouco evidentes: o costume, longe de se apresentar de modo uniforme, variava conforme a região e – como expresso anteriormente – a origem e classe dos pleiteantes.

Como consequência direta, nos séculos XI e XII, a maior parte dos litigantes passou a dirigir-se diretamente à corte do rei com suas petições. Nessa situação, a autoridade régia poderia atuar de duas maneiras distintas: em uma primeira opção, agiria por meio de uma ordem real de restituição ou um *royal writ*, direcionada à uma corte local, pela qual exigiria a esta que apreciasse o caso; de outro modo, excepcionalmente³¹⁹, poderia celebrar o julgamento na própria corte, chamada de *king's bench*³²⁰.

Os *writs* são essenciais para a compreensão do sistema jurídico de *common law* como um todo. Sua origem é antiga, remetendo aos reis anglo-saxões tardios, pode-se defini-los como um documento oficial relativamente curto, que pode conter uma ordem, proibição ou ainda uma notificação, chamado, também, de *breve*³²¹. Sua função inicial, portanto, era tanto jurídica quanto administrativa, contendo comandos do rei que visavam à reparação de determinada injustiça.

Inicialmente, não era requisito para que se acessassem as cortes locais, porém seu uso rapidamente tornou-se costumeiro, pois a apresentação de uma ordem real não só trazia prestígio ao litigante que o fizesse, como – por sua natureza originalmente executória – poderia ser decisiva ao caso. Assim, no século XII era comum que ambas as partes buscassem cada qual um *writ* que lhe beneficiasse.

Como consequência, o monarca e seus funcionários passaram a emitir *writs* de caráter procedimental paulatinamente, definindo, portanto, não a solução do caso, mas as partes, a

³¹⁸ Um “mandado real” (em tradução livre), optou-se pela manutenção do termo em inglês devido a peculiaridade da ferramenta processual. Nota-se que escolha semelhante foi tomada para referir-se a outros substantivos relevantes para a compreensão do direito inglês ao longo do texto.

³¹⁹ VAN CAENEGEM, 1988, p. 15.

³²⁰ Ou *curia regis*, em terminologia já empregada.

³²¹ Ibidem, p. 29 – 31.

natureza e o objeto da lide, bem como outros elementos relativos ao rito, como a convocação dos jurados. A partir de Henrique II, não se pode afirmar se por costume ou legislação³²², tornaram-se essenciais para o acesso às cortes régias³²³.

Essa maior interferência do poder real dentro do judiciário inglês foi responsável por importantes transformações na própria natureza do direito aplicado no país. As cortes locais aplicavam sobretudo o direito consuetudinário próprio de sua localidade, não se furtando, contudo, de empregar as ordálias, também chamadas de *iudicium Dei*; já a corte régia, confrontada com a multiplicidade de costumes, inevitavelmente deveria selecionar quais e como aplica-los³²⁴. Em suma, surge uma polaridade entre o direito local (*local law*) e o direito comumente aplicado pela *curia regis* (o *common law*).

Não obstante, a própria *curia regis* passava por transformações em sua estrutura, especializando-se. Assim, a partir da *king's bench*³²⁵ derivou-se uma série de outros tribunais com âmbitos jurisdicionais circunscritos, os quais gradativamente passaram a sobrepor a atuação dos *sheriffs* e barões nas cortes locais, em um processo de efetiva centralização do poder judiciário.

Essa centralização não correspondia, contudo, a instituições necessariamente fixas no espaço. Assim, nesse período pode-se dividir os tribunais régios entre aqueles permanentes, fixados em Westminster na maior parte do tempo, e os itinerantes.

Em relação àqueles itinerantes, sabe-se que sua primeira forma se deu no reinado de Henrique I, ao se enviar alguns membros da *curia regis* a certos condados para ouvirem os pleitos³²⁶, em algo que seria chamado de circuito, razão pela qual ficaram conhecidas como

³²² VAN CAENEGEM, 1988, p. 27 – 28.

³²³ Este sistema de *writs* partia do princípio jurídico “*remedies preceeds rights*” (cf. NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa, 2011, pp. 266 - 8), que por sua vez tem forte inspiração no direito romano em especial no processo formulário e nas *actiones* em geral. Assim, se neste a existência de um direito só poderia ser aferida a partir da existência de uma ação que o garantia, analogamente, na Inglaterra, um pleito somente poderia ser levado a uma corte havendo um *writ* original que o permitisse e fosse concedido ao pleiteante.

³²⁴ Ibidem, p. 263-264.

³²⁵ Chamada também de *coram rege*.

³²⁶ Essas justiça itinerantes, em sua origem lidavam com os chamados “pleitos da coroa” e “casos comuns”, enquanto aqueles correspondiam sobretudo a assuntos de interesse público, como casos criminais, disputas feudais, improbidade dos oficiais bem como o controle de mercado; estes abrangiam de modo amplo outros aspectos do direito laico (cf. VAN CAENEGEM, *Op. Cit.*, p. 22).

*justices in eyre*³²⁷. Com o tempo, essa instituição se transformou: em um primeiro lugar adotando circuito gerais, isto é, por todo o reino da Inglaterra, em seguida dando origem a outras formas de tribunais itinerantes, com a restrição de suas competências à sobretudo os interditos possessórios, prisões ou ainda a coletar o veredito dos jurados acerca de casos pendentes nas cortes centrais.

No final do século XII, isto é, após as reformas de Henrique II, sabe-se que haviam três tribunais de maior relevância. O primeiro era denominado Corte dos pleitos comuns ou *Common Pleas*, possivelmente um produto da necessidade de atender aqueles que não aguardariam a chegada do próximo circuito (*eyre*), e que passa a dividir suas atribuições com as justiças itinerantes, avaliando matérias de menor complexidade jurídica³²⁸. Em seguida, havia a Corte do Erário ou *Court of Exchequer* responsável por julgar casos envolvendo à fazenda pública; por fim, havia a *coram rege* – não propriamente um tribunal fixo, pois acompanhava o rei onde quer que estivesse, ainda que o julgamento dos casos, contudo, se fizesse necessariamente na presença do monarca, sendo os trabalhos comumente presididos pelo administrador-chefe da justiça³²⁹.

Para que esse complexo sistema judiciário performasse suas tarefas de maneira adequada, a monarquia inglesa viu-se na premente necessidade de elaborar uma igualmente laboriosa rede de funcionários públicos que, ao final do reinado de Henrique II, estava plenamente consolidada

Assim, em um primeiro momento havia o *Sheriff*, autoridade judiciária na corte do condado, cargo comumente concedido a algum proprietário de terras de relevância na região, cujas atribuições estendiam-se à coleta das receitas reais. Sua autoridade, contudo, não resistiu ao esvaziamento gradual das competências e do uso das cortes locais³³⁰ – inicialmente, pela indicação dos chamados *local justices*³³¹, funcionários apontados diretamente pela coroa para auxiliá-los na aplicação da justiça, e que, em termos práticos, competiram com sua autoridade;

³²⁷ Podendo referenciá-las como “as justiças em circuito”, novamente a tradução guarda imprecisões.

³²⁸ NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa, 2011, p. 265.

³²⁹ Chamado igualmente de *Chief Justiciar*.

³³⁰ Ibidem., p. 264.

³³¹ As “Justiças Locais” (em tradução livre para o português) não resistiram o processo de centralização judiciária, ausentes integralmente, portanto, do *common law*, razão pela qual não se aprofundará em seus trabalhos (cf. VAN CAENEGEM, 1988, p. 14).

em seguida, a partir de 1166 – 1168, em decorrência do surgimento das cortes itinerantes e da centralização judiciária. A perda de relevância das autoridades locais tornou-se ainda mais notável com o chamado Inquérito dos *Sheriffs* promovido por Henrique II, ao fim do qual se deve a dispensa de cerca de vinte e seis oficiais.

Nas cortes centrais, predominou a figura do administrador de justiça ou *justiciar*. Essa figura essencial com poderes de um magistrado, originalmente correspondia aos barrões de maior relevância, situação que se alterou conforme o critério adotado para sua seleção passou a corresponder ao mérito decorrente de serviços prestados na administração da coroa, de modo que este grupo relativamente heterogêneo – se considerado os padrões hierárquicos feudais – mas composto em grande parte pela aristocracia franco-normanda integrava-se única e exclusivamente a partir da figura do rei, para o qual prestavam seus serviços³³². Desse modo tem-se o início da constituição de uma classe própria de aplicadores do direito, com seus próprios costumes e práticas, atuando com relativa autonomia em relação ao poder régio.

Esse processo orgânico de desenvolvimento, centralização e profissionalização do Direito inglês não seria suspenso nos séculos subsequentes. Contudo, o especial destaque ao período que compreende a Conquista normanda até o fim do reinado de Henrique II se justifica precisamente porque não se pode, a partir deste momento, tratar de um Estado propriamente feudal. De fato, Van Caenegem³³³ corretamente aponta a natureza profundamente burocrática do Estado inglês, tanto em matéria política, quanto judiciária e militar – em maior ou menor grau – a partir do século XIII, restringindo o feudalismo estrito ao campo fiscal e às regras concernentes à propriedade de terras.

4.2. O Estado semi-burocrático (1215 – 1457)

Se os dois primeiros séculos de dominação normanda foram caracterizados pela crescente centralização do poder, pelo surgimento de uma alta nobreza de origem francesa e pela prevalência do monismo jurídico simbolizado pela *common law* em oposição ao sistema plural de tribunais locais; a partir da ratificação da *Magna Carta Libertatum* em 1215, até a chegada de Henrique VII à coroa em 1457, duas questões principais seriam colocadas em pauta pela experiência histórica: os limites do território inglês e sob quem residiria o poder político. Logo será demonstrado que nem sempre tais questões foram tratadas de forma independente.

³³² VAN CAENEGEM, 1988, p. 23.

³³³ Ibidem, p. 6 – 7.

Deste modo, em primeiro lugar é preciso compreender a posição do rei dentro da cultura do medievo. O monarca diligente e politicamente forte não era tido como aquele com poderes absolutos, mas sim, aquele cuja habilidade o faria chamar o conselho dos principais nobres do reino em tempos de necessidade³³⁴. A ideia de um monarca com amplíssimos poderes, portanto, era tida como uma irresponsabilidade política, pois a própria segurança do reino seria colocada em risco ao negligenciar as posições e interesses dos principais barões. Era essa, portanto, a principal razão para a existência de conselhos consultivos desde o período anglo-saxônico.

De fato, o poder efetivo dos barões tornou-se evidente em duas situações críticas. A primeira foi a “Anarquia”, nome dado a guerra civil sucessória após a morte de Henrique I, um período em que notavelmente a autoridade central e o nascente sistema de justiça ruíram, em contraposição ao crescente acúmulo de influência por parte dos grandes proprietários, consequência do esforço das duas partes do conflito para angariá-los a sua causa. Mesmo empoderados, os barões foram incapazes de manter a ordem pública em seus domínios, como bem atesta a crônica anglo-saxônica³³⁵:

“If two men, or three, came riding to a town, all the township fled for them, concluding them to be robbers. The bishops and learned men cursed them continually, but the effect thereof was nothing to them; for they were all accursed, and forsworn, and abandoned. To till the ground was to plough the sea: the earth bare no corn, for the land was all laid waste by such deeds; and they said openly, that Christ slept, and his saints. Such things, and more than we can say, suffered we nineteen winters for our sins”³³⁶.

Em outro momento, tal foi a pressão do baronato descontente com os impostos da coroa, que pressionaram o rei João a assinar a *Magna Carta Libertatum*. Esse documento era essencialmente uma solução de compromisso com o monarca, pois não se constituía propriamente em uma constituição vinculada ao Estado inglês, mas sim em uma promessa de

³³⁴ WHITE, R. J. **A short History of England**. 1.ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1967, p. 80 – 82.

³³⁵ Disponível em: <<https://avalon.law.yale.edu/medieval/angl2.asp>>

³³⁶ “Se dois homens, ou três, viessem cavalgando para uma cidade, todos os cidadãos fugiam por causa deles, concluindo que eram ladrões. Os bispos e homens cultos os amaldiçoavam continuamente, mas o efeito disso não era nada para eles. Pois eles eram todos malditos, renunciados e abandonados. Do chão ao mar eram reprovados: a terra não suportava o milho, os campos todos estavam desgastados por tais feitos; e diziam abertamente que Cristo e seus anjos dormiram. Por tais coisas, e muito mais, nós sofremos dezenove anos por nossos pecados”.

Tradução livre.

caráter feudal que o rei fazia para seus súditos, e que deveria ser reiterada por cada novo monarca que assumisse o trono para efetivamente produzir efeitos. Não tarda, contudo, a anulação do documento pelo rei, levando à eclosão da Primeira Guerra dos Barões em 1215. No ano seguinte, morre João e é sucedido por seu filho, Henrique III.

Deve ser claro, que – especialmente após as reformas de Henrique II – a luta dos barões não visava à ruptura da ordem vigente, muito menos ao reconhecimento da autoridade soberana dos baronatos. De fato, não houve na *Magna Carta* – bem como nos documentos que a sucederam – nenhuma disposição que efetivamente questionasse a supremacia jurídica dos tribunais centrais³³⁷. Há, portanto, uma delimitação clara entre a forma de domínio político (o Estado centralizado) e os sujeitos que irão exercê-lo (o monarca ou o parlamento) no âmbito dos objetos disputados internamente.

Henrique III ratifica novas edições da *Magna Carta* três vezes: em 1216, 1217 e ainda em 1225. Mas isso não o impede de elevar taxas para financiar suas campanhas militares, consequentemente, resultando na pressão dos barões para que o rei ratificasse as chamadas Provisões de Oxford³³⁸. Este conjunto de documentos constituíram-se na forma de estatutos e, portanto, de efetiva legislação, impondo novamente limitações a autoridade real. Duas disposições são especialmente notáveis: em primeiro lugar, há a exigência de que o conselho dos barões seja reunido ao menos três vezes durante o ano; além disso, proibia-se a emissão de novos *writs* criadores de direito pelos tribunais reais, podendo apenas reconhecer aqueles já existentes. Tal como seu pai, o rei Henrique recusa as disposições e triunfa militarmente sobre a nobreza descontente na Segunda Guerra dos Barões (1264 – 1267). A derrota militar, em conjunto com as medidas adotadas pelo sucessor de Henrique, Eduardo I, provocam a distensão nas relações entre a coroa e a classe dos barões, prorrogando novos enfrentamentos por quase 150 anos – isto é, até a deposição de Ricardo II em 1399, mas então sob circunstâncias diversas.

Acerca do segundo monarca mencionado, Eduardo, cabe uma breve exposição de suas medidas conciliatórias. Em um primeiro momento, ele foi responsável pela edição do *Statute of Westminster II*, o qual – dentre outras disposições legislativas que visavam a esclarecer e a

³³⁷ Isso não significa, contudo, que não existissem críticas a determinados procedimentos, em especial à possibilidade das Cortes de *Westminster* emitirem *writs* de direitos previamente não reconhecidos.

³³⁸ PAIXÃO, Cristino; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. 1.ed. Brasília: Editora UnB, 2011 p. 39 – 41.

regular as instituições feudais ainda vigentes³³⁹ – efetivamente suspende a emissão de novos *writs*, assim como exigido nas Provisões de Oxford, porém autoriza a concessão de *writs in consimili casu*, isto é, o reconhecimento de direitos pré-existentes em casos novos, mas similares aos julgados previamente. A limitação imposta a emissão de *writs* levou ainda, no reinado de Eduardo, ao estabelecimento da Corte da Chancelaria³⁴⁰, que viria a atuar de maneira subsidiária às cortes de *common law*, apreciando casos não contemplados por estas e tendo como parâmetro a equidade. Esse tribunal não proferia em suas decisões, juízos acerca dos direitos das partes. Ao contrário, buscava, em um rito marcado pela ausência das formalidades dos *writs*, alcançar uma solução justa para ambos os litigantes, que não eram, portanto, tidos como adversários.

Não obstante, foi a partir de seu reinado que os chamados “Comuns” – isto é, representantes eleitos das cidades – passaram a ter voz no Parlamento, que veio a se tornar bicameral. Segundo White³⁴¹, Eduardo foi um dos primeiros monarcas normandos a compreender que a influência e o poderio régio apenas teriam a ganhar com a estabilidade e pacificação das relações com os súditos notáveis do reino, sejam estes nobres ou burgueses.

A introdução desta última classe dentro do aparato político inglês era um sinal das mudanças sociais em operação desde o século XII. Esse fenômeno, que ficaria conhecido como o renascimento comercial e urbano, originou-se sobretudo após a renovação das rotas comerciais decorrentes do movimento cruzado que possibilitou aos países europeus estabelecerem novas relações com os povos do oriente. Como direta consequência, as cidades, enfraquecidas politicamente e esvaziadas do ponto de vista demográfico durante o auge do feudalismo, retomaram sua participação ativa na dinâmica econômica dos reinos europeus e seus membros, os burgueses por excelência, ganharam relevância política apesar de existirem fora do sistema social de vassalagem.

³³⁹ Cabe ainda uma breve menção ao valor simbólico do chamado Inquérito *Quo Warranto*. Esse processo teve como objetivo investigar a natureza da jurisdição privada e das liberdades locais, sobretudo para compreender a melhor forma de agir quando estas entrassem em flagrante contradição com a jurisdição pública. A conclusão do inquérito, apesar de não conferir ampla liberdade para a atuação prática da coroa, indicou que a autoridade local derivava diretamente da coroa, reafirmando o caráter prevalecente do direito público e, conseqüentemente, da autoridade central (cf. WHITE, 2006, p. 93).

³⁴⁰ NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa, 2011, p. 269 – 272.

³⁴¹ 1967, p. 83.

Do ponto de vista intelectual, igualmente relevante foram as mudanças verificadas no campo do Direito em toda Europa. Entretanto, enquanto no Continente os juristas voltaram-se para as obras romanas – em parte de maneira acessória ao processo de justificação jurídica da concentração de poder nas mãos do monarca – na Inglaterra, o *common law*, instituído a partir de Henrique II, possibilitou a modernização das instituições presentes sem uma grande ruptura. Como Van Cenegem³⁴² coloca, enquanto o direito europeu continental era “novo, estrangeiro e romano”, aquele desenvolvido pelos monarcas ingleses era “tradicional, nativo e feudal”.

No campo da política externa, o reino inglês pouco vivenciou a estabilidade, com as primeiras disputas originadas ainda no período imediato à conquista, tanto com seus vizinhos do arquipélago – os galeses, irlandeses e escoceses – como também em relação aos franceses. Tratar-se-á com maior profundidade acerca desta última querela. Há de se ressaltar, primeiramente, que o monarca inglês detinha títulos contraditórios – por um lado, era ele o titular da coroa inglesa e soberano, no topo da hierarquia feudal pautada na suserania e vassalagem; no entanto seus títulos na Normandia (e, após a chegada de Henrique II ao trono, em Anjou, Maine e Touraine) igualmente o posicionavam como vassalo do rei da França. Se a diferenciação territorial, era ambígua, não se poderia dizer outra coisa em relação à natureza cultural da própria aristocracia, pois esta detinha posses tanto em território inglês, quanto francês, sendo em grande parte de origem normanda e empregando o francês como língua oficial – tradição que, até o período descrito, mantinha-se inclusive nos tribunais ingleses. É em decorrência dessa configuração social e política peculiar, que se pode falar de um processo de separação e distinção entre os Reinos da Inglaterra e da França que culminaria no embrião dos respectivos Estados Nacionais. Esse processo tem como simbólico ponto de ruptura a Guerra dos Cem Anos.

Esse conflito intermitente teria início em 1337 no reinado de Eduardo III, e terminaria em 1453, com a perda de todas as possessões inglesas na França. Tendo suas origens remotas nas disputas territoriais constantes entre Ingleses e franceses, apresentou como causa imediata a apreensão do ducado da Gascônia por Felipe IV e as interferências da coroa francesa no comércio de lã com Flandres. A justificativa empregada, entretanto, era uma reclamação à coroa

³⁴² VAN CAENEGEM, R. C. **Judges, Legislators and professor:** chapters in european legal history. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 124.

francesa por Eduardo III (e, portanto, seus sucessores) devido a sua linhagem materna – mais um indício do profundo entrelaçamento entre a nobreza dos dois Estados.

Outras mudanças significativas verificaram-se no período. Em meio as campanhas militares, ainda no século XIV a Peste Negra eclodiu em três sucessivas ondas de contaminação, o que teria resultado em uma redução de, aproximadamente, cinquenta por cento da população inglesa³⁴³, e uma profunda escassez de mão de obra. Já o exército inglês, embora, na maior parte do período, originário do sistema feudal de recrutamento, apresentaria significativos momentos de modernização, assumindo feições típicas dos exércitos modernos, sobretudo quando Henrique V leva à França uma força composta por soldados contratados³⁴⁴.

O fim do conflito internacional, porém, não significou um período de paz, pois logo rei Henrique VI Lancaster, politicamente fraco, passou a enfrentar oposição da casa de York, uma das dinastias derivadas daquela dos filhos de Eduardo III. A disputa entre os dois ramos familiares prolongar-se-ia em uma guerra civil que duraria trinta e dois anos, vindo a efetivamente findar-se após a morte do rei Ricardo III na batalha de *bosworth fields* contra as forças de Henrique VII, filho de Edmundo Tudor. Os Tudor eram outro ramo da família real, tendo origem Lancaster. Edmundo Tudor viria a se casar com Elizabete de York como maneira de selar politicamente a disputa entre as famílias, e dessa união nasceria o futuro monarca inglês.

Quando a paz finalmente reina na Inglaterra em 1485, o país e o contexto social eram inteiramente diversos daquele de dois séculos antes. A guerra e a peste trouxeram efeitos marcantes, como a redução populacional e a estagnação da agricultura nos latifúndios. Os barões, enfraquecidos, cederam seus poderes aos monarcas da dinastia Tudor, incapazes de resistir. Ao mesmo tempo, a aristocracia passou a arrendar a maior parte de suas terras, essencialmente aumentando o papel do pequeno e médio produtor rural em uma economia que se modernizava. Por outro lado, o dilema nacional não mais se colocava em questão: expulsos da França, à nobreza não restava outra opção senão aceitar sua condição enquanto parte da nação inglesa³⁴⁵. Assim, a chegada de Henrique VII ao trono da Inglaterra marca o efetivo fim

³⁴³ WHITE, R. J, 1967, p 88.

³⁴⁴ Ibidem, p. 92.

³⁴⁵ Haverá a partir do século XVI, uma tendência – da qual William Shakespeare foi o maior expoente– a trazer nas obras ficcionais um ideário do “nacionalista inglês” durante o período do medievo tardio, trata-se de uma postura anacrônica. Há de se pensar, entretanto, no sentido oposto: é a partir do surgimento dessas obras que se

daquilo que se optou por chamar neste trabalho de “O Estado semi-burocrático”, e o surgimento do Estado Moderno.

4.3. A consolidação do Estado Moderno (1485 – 1688)

Dentro da historiografia inglesa, prevaleceu o consenso de que Henrique VII foi o principal responsável para a construção imediata do Estado Nacional sob as fundações estabelecidas nos séculos anteriores. Isso não significa, entretanto, que seu reino tenha sido um de ruptura. Pelo contrário, White³⁴⁶ ressalta a relevância da retomada de temas como a governança geral do reino e autoridade da coroa ainda no reinado de Eduardo IV e Ricardo III, o que teria pavimentado o terreno para a ascensão da dinastia Tudor. É, porém, Henrique aquele que, para Hume³⁴⁷, deteve os poderes mais discricionários desde a assinatura da Magna Carta.

Existem alguns indícios que corroboram com o pensamento do autor, pois durante seus vinte e três anos de reinado, o monarca contou com uma oposição quase ausente e, se manifestada, rapidamente reprimida pela via militar ou ainda judicial; o parlamento foi convocado a se reunir apenas oito vezes, com os temas relacionados ao dia a dia da administração do Estado delegados à funcionários da coroa indicados não com base em sua posição dentro da hierarquia social feudal, mas sim em razão de seus feitos e trabalhos em prol da máquina pública. O rei atuou ativamente para suprimir as chamadas “liberdades feudais”³⁴⁸, restringindo de maneira reiterada a prática da contratação de dependentes³⁴⁹ pelos barões. Outras limitações militares foram impostas, das quais vale ressaltar a instituição do monopólio da coroa sobre as peças de artilharia, importante arma nas guerras modernas.

Analisando também os tribunais e as leis de Henrique VII, logo se verifica um recrudescimento geral da legislação penal, especialmente daquela referente à fraudes ou crimes puníveis com a morte. A instituição que melhor simboliza o conjunto de transformações do direito é a chamada Corte da Câmara Estrelada (*Star Chamber* ou *Starred-chamber*). Esse

pode aferir no período o surgimento de um “espírito nacional” ou ainda a tentativa de construí-lo culturalmente sob o patrocínio da monarquia inglesa.

³⁴⁶ WHITE, 1967, p. 102 – 105.

³⁴⁷ Ibidem, p. 133.

³⁴⁸ Com “liberdades” refere-se exclusivamente aos direitos e privilégios da nobreza e do clero durante o medievo.

³⁴⁹ O “dependente” é essencialmente um vassalo do senhor feudal em questão, ao qual se concedia um brasão de armas alistando-o nos serviços de seu suserano em tempos de belicosidade. Essa figura, portanto, simboliza a existência de uma milícia privada sob o comando dos barões.

tribunal, apesar de haver referências esparsas a sua existência em textos do século XIV, ganhou sua forma moderna – e de maior relevância para o presente trabalho – com o chamado *Ato pro Camera Stellata* de 1487, que conferiu a ele a jurisdição sobre a manutenção ilegal; a concessão de licenças, sinais e emblemas; e sobre grandes distúrbios ou assembleias, desde que tais casos fossem tidos como de grande importância para serem tratados em outras cortes³⁵⁰. Com o tempo, a reinterpretação dentro do próprio tribunal acerca das disposições deste ato e os estatutos parlamentares subsequentes viriam a expandir o alcance de sua jurisdição, alcançando temas como conspiração, fraude, perjúrio, suborno ou, ainda, falsificação e forja de documentos. Poderia, também, a corte atuar na censura por meio da concessão de licenças. Dado o caráter de relevância pública de todas as matérias das quais tratava, a Câmara Estrelada era composta pelos membros do Conselho Privado do Rei, bem como por juízes das cortes de *common law*, passando ainda a ter, com o tempo, a presença de eclesiásticos em sua banca. Assim, o monarca possuía sobre a corte influência direta, de tal modo que as decisões tomadas pelo tribunal eram, aos olhos públicos, tidas como a expressão da vontade própria do rei, mesmo quando este não fosse, necessariamente, o caso.

Não era, contudo, sua jurisdição ou composição que tornavam a corte simbolicamente relevante, mas os procedimentos empregados – os quais diferiam significativamente daqueles do *common law* e da corte da chancelaria. Em primeiro lugar, a ausência de interesse político fazia com que, na maioria das vezes, os casos sequer chegassem a julgamento³⁵¹, sendo o trâmite dos processos demasiadamente lento. Entretanto, quando efetivamente houvesse a necessidade de proferir uma decisão, apesar da publicidade de suas audiências, a corte adotava um procedimento discreto e inquisitorial no qual apenas se considerava para fins de decisão a evidência documentada durante o andamento do caso. A defesa somente era convocada para comparecer em tribunal após ser proferido o julgamento e aqueles que confessavam seu crime perdiam o direito de serem acompanhados por um conselheiro legal. Não obstante, e talvez este seja o aspecto mais revelador acerca da natureza da corte, os oficiais subordinados ao tribunal eram encarregados de secretamente examinar as testemunhas e as partes, sem a presença de um advogado ou profissional para aconselhá-las. O próprio objeto da acusação dificilmente era

³⁵⁰ ZANDE, Daniel L. Vande. Coercive Power and the Demise of the Star Chamber. **The American Journal of Legal History**, Oxford, vol. 50, n° 3, 2010, p. 326 – 349. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/25734129>>. Acesso em 8 de abril de 2021.

³⁵¹ Ibidem, p. 333.

único, cerceando qualquer resquício da ampla defesa, pois o réu não era capaz de discernir as principais acusações que sobre ele recaíam.

Desse modo, se o tribunal não surge, inicialmente, como uma forma de exercício arbitrário do poder de repressão da coroa – mas sim para auxiliar o Conselho Privado na distribuição das matérias judiciais de sua competência – torna-se um aparato com tal finalidade com o precedente aberto a partir de Henrique VIII, que se utilizará de seus mecanismos, habilmente comandados pelo Chanceler Wosley, para silenciar discursos opositores. É notável, portanto, que às vésperas da revolução puritana e da extinção de tal corte por ato do parlamento, as grandes condenações davam-se em decorrência da chamada “difamação sediciosa tendendo a insurreição” ou ainda sob alegações de conspiração contra o monarca³⁵².

Outro importante aspecto do reinado de Henrique VII é o tratamento dado tanto ao comércio quanto a economia em sentido amplo. Assim, perseguindo uma política notadamente mercantilista, elaborou leis contra a evasão de moedas bem como restringiu a exportação de determinados bens tidos como estratégicos; promoveu ainda um controle de preços de certas mercadorias (como arcos, casacos de lã, capas e chapéus³⁵³) e combateu a criação de leis paralelas por parte das corporações de ofício, sem a autorização prévia pelo Estado. Há ainda de sublinhar a posição tomada pelo Estado inglês frente ao comércio, pois buscou incentivar os empreendedores urbanos, adotando uma política de financiamento sem juros que, em última instância, colocava o Estado como credor da burguesia comercial nascente.

Não obstante, é preciso compreender os fatores que possibilitaram o processo de esvaziamento do poder dos barões e fortalecimento da autoridade real, bem como a ruptura efetiva com os últimos traços do feudalismo. Assim, em primeiro lugar há de se ressaltar o poder irresistível que subjugou a nobreza, pois esta, após sucessivas guerras estava arruinada e de modo geral indisposta a opor-se a figura de um “pacificador”, de modo semelhante ao fenômeno que se observara durante o reinado de Henrique II. Além disso, tendo alcançado o trono pela vitória militar, Henrique VII assegurou uma posição imediata poderosa ao, por vias legais – isto é, em decorrência da coleta de multas e da prática do confisco contra traidores e criminosos – aumentar consideravelmente o tesouro público e, portanto, conferiu meios ao

³⁵² Zande, 2010, p. 342.

³⁵³ Hume, 2014, p. 139.

Estado para que este fosse capaz de impor-se de modo coercitivo, fortalecendo-o mesmo quando tinha sua autoridade questionada.

Para todos os efeitos, o reinado de Henrique VII inauguraria o absolutismo na Inglaterra, ao menos simbolicamente. Cabe ressaltar, porém, que nesse país, diferentemente daquilo que se verificará em outros Estados, como o Reino da França, jamais o monarca reinou sem a convocação, ao menos eventual, de um parlamento, mesmo diante da intervenção da autoridade régia. Assim, a principal característica que permite a classificação de “absoluto” ao regime dos monarcas ingleses é seu aspecto espiritual em convergência com a autoridade temporal. Nesse sentido, foi Henrique VII aquele que primeiro reconheceu que seu direito à coroa era uma concessão divina dada a ele durante a batalha de *Bosworth Fields*³⁵⁴.

No entanto, essa construção da legitimidade sobre aspectos temporais e espirituais confundidos na figura do monarca somente ganhará estrutura jurídica com as reformas de Henrique VIII e sua ruptura com o Vaticano. O sucessor de Henrique Tudor apresentou-se como um ferrenho defensor do catolicismo – inclusive sendo nomeado pelo papa Leão X, *Fidei Defensor*³⁵⁵ durante a reforma protestante – subitamente alterando seus posicionamentos após a recusa do Papa Clemente VII em conceder-lhe o divórcio. Adotando essa postura, o bispo de Roma indiretamente intervia em um assunto secular: a questão sucessória e – ao menos simbolicamente – reafirmava a supremacia de sua posição, enquanto chefe da Igreja Católica, frente aos desígnios do monarca.

Até então, por séculos, a relação entre Roma e a corte inglesa foi estreita: os primeiros monarcas anglo-saxões tiveram o apoio político do clero em suas empreitadas contra os invasores dinamarqueses pagãos durante o século IX; Guilherme, o Conquistador, havia adquirido o consentimento papal antes de lançar sua empreitada; e mesmo os futuros monarcas, incluso Henrique VII, poucas vezes enfrentaram a autoridade eclesiástica e seus direitos feudais e, quando o fizeram, não o foi sem sofrerem as repercussões do caso³⁵⁶. Mesmo as decisões tomadas pelos tribunais centrais, poderiam ser apeladas diretamente ao chefe da Igreja.

³⁵⁴ WHITE, 1967, p. 109.

³⁵⁵ Defensor da Fé. **Tradução livre.**

³⁵⁶ Talvez o maior exemplo tenha sido a controvérsia de Beckert, quando o assassinato do Arcebispo de Cantebury por um grupo de apoiadores do rei Henrique II levou o monarca a ter de submeter parte de sua autoridade ao papado – concedendo o direito aos seus súditos de apelarem judicialmente para a *Curia* em Roma – e a realizar penitência pública.

O processo de ruptura, por isso, seria lento e gradual, sendo conduzido em grande medida pela figura do chanceler Thomas Cromwell, que também assumiria a maior parte das tarefas relacionadas ao dia a dia do reino, visto que Henrique VIII – diferentemente de seu pai – foi um monarca distante do governo pessoal, delegando diversas tarefas diretamente aos funcionários da coroa. Cromwell buscou conferir legitimidade popular ao distanciamento em relação a Igreja, para isso tornando a matéria essencialmente política, e não teológica, ao utilizar o parlamento de composição anticlerical para aprovar sua legislação.

Assim, em 1529 a imunidade clerical em relação ao julgamento por um tribunal laico é extinta. Em 1533 é promulgado o *Act in restraint of Appeals*, que, já em seu preâmbulo, reafirma a autoridade suprema do rei³⁵⁷:

“(….)This realm of England is an empire, and so hath been accepted in the world, governed by one supreme head and king having the dignity and royal estate of the imperial crown of the same (...)”³⁵⁸.

A introdução é seguida por uma prolongada referência a legislação antiga e ao costume de se levar a apelação de determinados casos à Santa Sé, em Roma, bem como à crítica a tal prática. Delibera, então, o documento³⁵⁹:

“In consideration whereof the king's highness, his nobles and commons, considering the great enormities, dangers, long delays and hurts, that as well to his highness, as to his said nobles, subjects, commons, and residents of this his realm (...) do daily ensue, does therefore by his royal assent, and by the assent of the lords spiritual and temporal, and the commons, in this present parliament assembled, and by authority of the same, enact, establish, and ordain, that all causes (...) already commenced, moved, depending, being, happening, or hereafter coming in contention, debate, or question within this realm, or within any the king's dominions, or marches of the same, or elsewhere, whether they concern the king our sovereign lord, his heirs and successors, or any other subjects or residents within the same, of what degree soever they be, shall be from henceforth heard,

³⁵⁷ KINGDOM OF ENGLAND. **An act that the Appeals in such cases as have been used to be pursued to the see of Rome shall not be from henceforth had nor used but within this.** In: ELTON, G. R. (org.). **The Tudor Constitution.** Cambridge: Cambridge University Press, 1968, p. 344.

³⁵⁸ “(...) Esse reino da Inglaterra é um império, e assim foi aceito no mundo, governado por um chefe supremo e rei tendo a dignidade e a condição da mesma coroa imperial(...)”. **Tradução livre.**

³⁵⁹ Ibidem, p. 345 - 346.

examined, discussed, clearly, finally, and definitively adjudged and determined within the king's jurisdiction and authority and not elsewhere”³⁶⁰.

Havendo-se definitivamente restringido a possibilidade de apelação a corte do Papa, ao mesmo tempo que reafirma a autoridade do direito nacional e a soberania do Estado inglês para aplicá-lo, dá um grande passo para o rompimento com o Vaticano, que seria efetivamente formalizado com o *Act of Succession* de 1534, o qual redefiniria a linha sucessória, e, em especial, o chamado *Act of Supremacy*³⁶¹ de 1534, que confirma a posição do monarca inglês enquanto chefe da Igreja da Inglaterra³⁶².

À morte de Henrique VIII, sucedeu-se monarcas breves – Eduardo VI, Jane Grey³⁶³ e Maria I – que pouco contribuíram para o desenvolvimento geral das instituições inglesas, conquanto há de se ressaltar a política de reconciliação com o vaticano de Maria I e a perseguição aos anglicanos empreendida por ela por meio do Tribunal da Câmara Estrelada – abandonada, porém com a chegada de sua irmã ao trono.

Isabel I é coroada em 17 de novembro de 1558, marcando o início daquilo que os historiadores denominam o período Elizabetano (ou Isabelino). Analisando aspectos de política externa, é nesse espaço de tempo que a Inglaterra passa a ter maior projeção internacional, emancipando-se da esfera de influência espanhola e desenvolvendo um projeto ultramarino

³⁶⁰ Em consideração à majestade do rei, seus nobres e comuns, considerando as grandes enormidades, perigos, atrasos e danos, que à sua majestade, bem como a seus ditos nobres, súditos, comuns e residentes de seu reino (...) provocam diariamente, assim portanto com seu consentimento real e com o consentimento dos senhores espirituais e temporais, e dos comuns, nesse presente parlamento reunido, e por sua própria autoridade, determina, estabelece e ordena que todas as causas (...) que já começaram, tramitaram, aguardam, existem, acontecendo ou ainda virão em contencioso, debate ou questão dentro deste reino, ou em qualquer dos domínios do rei ou suas marcas, sejam concernentes ao rei nosso senhor soberano, aos seus herdeiros e sucessores, ou a quaisquer outros súditos ou residentes no mesmo, independentemente do grau, deverão portanto ser ouvidas, examinadas, esclarecidas, finalmente e definitivamente ajuizadas e determinadas dentro da jurisdição e autoridade do rei, e não em outro lugar”. **Tradução livre.**

³⁶¹ O texto na íntegra pode ser conferido em: <<https://www.britainexpress.com/History/tudor/supremacy-henry-text.htm>>.

³⁶² White (cf. 1967, p. 112 – 128), aponta de maneira profundamente detalhada o processo gradual de conversão para o anglicanismo da Inglaterra. Segundo o historiador, o reinado de Henrique VIII não propiciou uma ruptura imediata, mas sim um processo de diferenciação em que a Igreja Católica veio a se transformar na “Igreja na Inglaterra” (*Church in england*) e por fim na “Igreja da Inglaterra” (*Church of England*).

³⁶³ Cujo reinado durou aproximadamente nove dias.

embrionário. No campo interno, verifica-se a relativa paz conforme a rainha desenvolveu uma política de continuidade e consolidação das prerrogativas e estruturas legadas a si e, em certa medida, adotando uma postura conciliatória³⁶⁴ ao suspender a pena de morte para crimes de natureza religiosa, os quais passariam a ser punidos com multas pecuniárias³⁶⁵. A morte de Isabel I em 1603, bem como a ausência de um herdeiro direto ao trono, leva à escolha de Jaime I, rei da Escócia, membro da dinastia dos Stuarts, como sucessor à coroa.

O século XVII é o auge do absolutismo inglês, mas o país também vivenciará duas revoluções, uma experiência republicana e, por fim, irá se consolidar o sistema de governo da monarquia parlamentar³⁶⁶. Ainda assim, não se debruçará o presente trabalho a respeito desse período, pois já estava ao final da Era Tudor, plenamente formado o Estado Nacional: as últimas disputas se dariam no âmbito quase que exclusivo da titularidade do poder central, isto é, seriam importantes para determinar se a soberania residia no monarca ou no parlamento, sagrando-se este último vitorioso na disputa.

³⁶⁴ NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa, 2011, p. 277 – 278.

³⁶⁵ Não há de se falar em “liberdade religiosa” propriamente dita - a despeito do que diz NETO e WIPRICH (Cf. Ibidem) – mas certamente verifica-se um avanço nesse sentido, especialmente ao posicionar historicamente seu governo na sequência da perseguição política empreendida pelos monarcas anteriores.

³⁶⁶ PAIXÃO, Cristinão; BIGLIAZZI, Renato, 2011, p. 59

CAPÍTULO 3

O INSTITUTO DO JULGAMENTO POR COMBATE

3.1. Origens remotas e transposição para o Direito inglês

Determinar precisamente em que momento a humanidade adotou para si o costume de utilizar o combate singular como uma via jurídica legítima para solucionar controvérsias é uma tarefa árdua. Essa dificuldade advém, sobretudo, de duas facetas do problema: a questão do emprego da violência e seus diversos significados e o estudo das fontes pelos historiadores. Notadamente, em primeiro lugar, o uso da agressão como um método para se alcançar determinado resultado em meio a um desentendimento entre diferentes partes tem sua origem em um passado demasiadamente remoto para que qualquer estudo chegue a uma conclusão com um mínimo grau de certeza quanto ao exato momento em que tal tradição têm início. Mesmo que se restrinja, como pretende o presente trabalho, o objeto de estudo a uma modalidade particular, qual seja a do combate singular entre indivíduos dentro de ritos jurídicos pré-estabelecidos, ainda surgem dúvidas, como se verá mais adiante, dos casos mais antigos e limítrofes, que, portanto, trazem ao pesquisador o questionamento: se se trata de um mero duelo ou de um procedimento judicial. Fora do objeto, porém, há sempre a questão metodológica: aqueles que se propuseram a pesquisar o Julgamento por Combate, de maneira não diferente do presente trabalho, se debruçaram sobre uma miríade de fontes primárias e secundárias, literárias e jurídicas, de modo que, quanto mais se retrocede a análise, especialmente em direção aos povos da Antiguidade, tanto se verifica uma perda no grau de confiabilidade dos textos disponíveis.

O primeiro possível indício da prática refere-se a acontecimentos supostamente ocorridos no final da Idade do Bronze (entre 1300 e 1200 a.C.) e narrados por Homero no poema *Ilíada*, mais precisamente, o combate entre Paris e Menelaus presente no Canto III da obra. A lenda da Guerra de Tróia é de conhecimento comum, Menelaus, rei do povo Aqueu para recuperar Helena, sua mulher, que havia sido raptada pelo príncipe Troiano, Páris, une um exército com seus aliados e cerca a cidade de Tróia. Conta Homero que, tendo chegado a Tróia o exército dos Aqueus, Menelaus e Páris decidem travar um duelo, cabendo ao vencedor manter

a disputada Helena³⁶⁷. No momento anterior a luta, narra o poeta que os soldados de ambas as forças rogaram para Zeus que assegurasse a vitória ao justo:

“Os Aqueus todos e os homens troianos desta arte imploravam:

‘Zeus pai, que no Ida demoras, senhor poderoso e supremo!

faze que venha a encontrar o fim triste e para o Hades afunde

o causador desta guerra, que veio por sobre nós todos

Mas, alcançada a concórdia, os demais amizade juremos”³⁶⁸

É o grego, e não o troiano que se encontra a beira de vencer o combate, mas sua sorte muda quando a deusa Afrodite intervém diretamente para salvar Páris.

O grande defensor da tese segundo a qual a batalha travada entre os pretendentes constituiria verdadeiro exemplo de um julgamento por combate é Armstrong. O autor entende que o combate narrado atenderia a todos os três requisitos necessários para que se possa definir o duelo judicial: em primeiro lugar, deve ser um combate singular, isto é, travado individualmente e não entre exércitos; em segundo lugar, é necessário que haja uma determinada controvérsia que somente será solucionada a partir do resultado do combate e, por fim, a luta deverá de alguma maneira estar vinculada a um plano transcendental e divino³⁶⁹. O autor menciona ainda situações semelhantes presentes na literatura grega, isto é, momentos em que dois “campeões” teriam lutado cada qual por uma causa, de modo a substituir a luta entre exércitos: são os combates entre o rei de Tebas e Polinices, seu irmão, em meio a uma guerra civil; entre Oxylus e um guerreiro dos Epeus para determinar qual povo deveria dominar a cidade de Elis; e, por fim, a disputa entre Phrynon e Pittacus pelo controle de *Achilleum*³⁷⁰.

A tese de Armstrong, porém, padece de vícios insanáveis. Em primeiro lugar, sua definição de um julgamento por combate é demasiadamente ampla e incompleta. Falta à ela o aspecto jurídico da batalha, isto é, a presença de um rito judicial pré-definido que levasse

³⁶⁷ HOMERO. *Ilíada*. Tradução em versos de Carlos Alberto Nunes. 5.ed. Rio de Janeiro: Edouros, 1996, p. 83 – 86.

³⁶⁸ Ibidem, p. 84

³⁶⁹ ARMSTRONG, A. MacC. Trial by Combat among the Greeks. *Greece and Rome*, Cambridge, vol 19, n° 56, jun. 1950, p. 73 – 79. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/641095>>. Acesso em 24 jan. 2022.

³⁷⁰ Ibidem, p. 75 – 77.

eventualmente ao enfrentamento das partes ou de seus campeões. Não obstante, como Ariella Elema bem colocou, na tradição literária da Antiguidade (bem como em todos os futuros combates singulares celebrados para substituir a luta entre exércitos), está ausente a figura de um “garantidor” do resultado, uma terceira parte capaz de fazer valer a punição ao derrotado e a absolvição para o vencedor³⁷¹.

Outra hipótese aventada é aquela referente ao suposto combate ocorrido entre os romanos e os albanos. Conta Tito Lívio que, quando a guerra entre Roma e Alba Longa teve início, após uma série de incursões e pilhagens promovidas por ambas as cidades contra sua vizinha, para evitar que ambos os exércitos sofressem pesadas baixas, concordou-se que dois grupos formados por trigêmeos, cada qual pertencente a uma cidade, os Horácios e os Curiácios, lutariam um duelo para decidir qual cidade deveria submeter-se³⁷². Durante a batalha, segundo o historiador romano, ambas as partes realizaram juramentos e pediram aos deuses que assegurassem os efeitos da vitória do combate:

“Escuta, ó Júpiter, escuta, *pater patratus* de Alba, escuta também, ó povo albano. O povo romano não será jamais o primeiro a se afastar destas cláusulas, tais como foram lidas em voz alta, da primeira à última, de acordo com as tábuas de cera, sem má-fé, e tais como foram hoje claramente entendidas. Se ele for o primeiro a se afastar por decisão pública ou má-fé, então nesse dia, tu, ó Júpiter, golpeia o povo romano como eu vou agora golpear este porco, neste lugar e neste dia, e que o golpe seja tanto mais violento quanto maiores são tua força e teu poder”³⁷³

Há, nesse exemplo antigo, problema semelhante ao caso grego, isto é, a ausência de um procedimento propriamente jurídico e institucionalizado. Há ainda de se ressaltar, que no caso trazido, o divino atua não somente como árbitro, mas, também, como executor, garantindo que todos haveriam de respeitar o resultado da luta. Esse último aspecto é impróprio, e está inteiramente ausente do pensamento jurídico posterior ao tratar desse instituto³⁷⁴.

³⁷¹ ELEMA, A. **Trial by Battle in France and England**. Tese (doutorado em filosofia) – Centre for Medieval Studies, University of Toronto. Toronto. 2012, p. 23 – 31.

³⁷² LÍVIO, Tito. Livro I *In: História de Roma: Volume primeiro*. Tradução de Paulo Matos Peixoto. 1.ed. São Paulo: Paumape, p. 49 – 53.

³⁷³ Ibidem, p. 52 – 53.

³⁷⁴ ELEMA, *Op. cit.*, p. 23 – 31.

Não restam outros fragmentos para apoiarem consistentemente a existência da prática do duelo judicial entre os romanos ou gregos – nem em seus primórdios, tão pouco nos séculos seguintes. Não obstante, há ainda no fim da Idade do Bronze, um último acontecimento ao qual se atribuiu a representação de um julgamento por combate, ou de maneira mais ampla de um *iudicium Dei*: trata-se do combate entre Davi e Golias, narrado no capítulo 17 do Livro de Samuel³⁷⁵. O evento, porém, assim como os demais já descritos, se resume a um combate singular para poupar o enfrentamento direto entre os exércitos dos israelitas e filisteus, incorrendo na mesma descaracterização já mencionada para os casos anteriores.

Por essa razão, a grande maioria dos autores³⁷⁶ tendem a concordar com a proposição segundo a qual a origem dessa forma peculiar de julgamento remonta aos chamados “povos bárbaros” da Europa, isto é, os celtas e germânicos. A primeira evidência nesse sentido novamente remonta a obra de Tito Lívio, quando este narra os acontecimentos na península ibérica durante as guerras púnicas. Mais especificamente, o autor conta que Cipião, ao chegar em Nova Cartago, realiza jogos de gladiadores em homenagem a seu pai e tio, mas se surpreende ao encontrar diversos voluntários interessados em participarem – seja para demonstrar coragem, ou ainda para solucionar rivalidades – o mais peculiar, porém, é o registro pelo historiador de indivíduos da região que decidiram solucionar seus conflitos por meio da luta, seja porque não desejavam ou, ainda, porque não tinham sido capazes de solucionar os litígios por meio das vias legais³⁷⁷. A título de exemplo, traz Lívio a história de *Corbis* e *Osua*³⁷⁸:

“Men also of no obscure family but conspicuous and distinguished, Corbis and Orsua, being cousins and competing for the post of chief of a city called Ibes, declared that they would contend with the sword. Corbis was the older in years. Orsua's father had lately

³⁷⁵ O capítulo pode ser conferido em sua integridade no site: <<https://www.bibliaonline.com.br/nvi/1sm/17>>. Acesso em 26 jan. 2021.

³⁷⁶ Cf. ELEMA, 2012, p. 31 – 46; NEILSON, George. **Trial by Combat**. 1.ed. Nova Iorque: Macmillan & Co., 1891, p. 1 – 4; RUSSELL, M. J. **Trial by Battle**. Tese (doutorado). Universidade de Londres. Londres, 1977, p. 4 – 5; LEA, Henry C. *Superstition and Force: Essays on the Wager of Law, the Wager of Battle, the Ordeal, Torture* (2). **HeinOnline**. Philadelphia, 1870, p. 91 – 98. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.beal/supfc0001&i=17>>. Acesso em 28 nov. 2020; entre outros.

³⁷⁷ Lívio, Tito. Chapter 21 In: **The History of Rome, Book 28**. Disponível em: <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:latinLit:phi0914.phi00128.perseus-eng1:21>. Acesso em 12 jan. 2022.

³⁷⁸ Ibidem.

been chief, having succeeded to an elder brother's rank upon his death. When Scipio desired to settle the question by a hearing and to calm their anger, they both said they had refused that request to their common relatives, and that they were to have as their judge no other god or man than Mars”³⁷⁹.

Esse caso parece ter todos os elementos de um julgamento por combate – inclusive uma autoridade capaz de assegurar a obediência de todos ao resultado do combate, nomeadamente, Cipião. Há, porém, um sério problema percebido por Ariella Elema³⁸⁰, isto é, a descrição dos fatos – por si só duvidosa, dado que entre a obra de Lívio e os fatos narrados há um espaço de quase duzentos anos – leva um leitor mais atento a se questionar se o combate realmente era judicial dado que há clara menção a uma recusa das partes em resolver suas diferenças pelas vias institucionais. Mais do que provar a existência de um costume de adotar o combate como forma de solução, os acontecimentos em Nova Cartago revelam um defeito do próprio sistema judicial, que se revela incapaz de oferecer aos litigantes uma via de pacificação adequada aceita por eles.

A próxima referência a uma tradição de empregar um “combate judicial” é de Marco Veleio Patérculo. Esse historiador romano do século I d.C., ao recontar os recentes eventos da derrota de Varo na batalha da floresta de Teutoburgo, ocorrida apenas vinte anos antes da obra, alega que as tribos germânicas, como parte de sua estratégia de enganar e manipular os romanos para que estes não suspeitassem da conspiração contra seu jugo, passaram a expressar sua gratidão para o fato de que³⁸¹:

³⁷⁹ “Também os homens de famílias não obscuras, mas notáveis e distintas, Corbis e Orsua, sendo primos e competindo pelo posto de chefe de uma cidade chamada Ibes, declararam que eles iram disputar com a espada. Corbis era o mais velho. O pai de Orsua havia recentemente sido chefe, tendo sucedido o irmão mais velho em seu posto quando de sua morte. Quando Cipião tentou solucionar a questão através de uma audiência e de tentar acalmá-los, ambos disseram que haviam rejeitado essa possibilidade, que também fora oferecida por seus familiares, e que seriam julgados por não outro deus ou homem, que não Marte” (Tradução livre).

³⁸⁰ ELEMA, 2012, p. 31 – 36.

³⁸¹ PATERCULUS, Velleius. **Compendium of Roman History: Res gestae divi Augusti**. Tradução para o inglês de Frederick W. Shipley. 1.ed. Londres: William Heinemann Ltd, 1961, p. 299.

“(…) Roman justice was settling these disputes, that their own barbarous nature was being softened down by this new and hitherto unknown method, and that quarrels which were usually settled by Arms were now being ended by law”³⁸²

Esse registro, contudo, também traz seus problemas, pois Patérculo não é claro o suficiente para que se determine se as tribos germânicas apresentavam um sistema jurídico próprio que incluía o combate como uma de suas soluções. Na verdade, o autor distingue o “Direito” do modelo empregado pelas tribos, de modo que, como reitera Elema³⁸³, essa passagem na verdade revelaria uma falha dos procedimentos judiciais locais em abarcar e solucionar as demandas.

Após o século I d.C. novas referências ao julgamento por combate somente surgirão no Código da Borgonha, datado do início do século VI³⁸⁴. Parece suficiente, portanto, supor, ao menos como um pressuposto para a presente pesquisa, que se não se pode definir exatamente qual povo e quando teve início a judicialização dos combates singulares, mas que possivelmente isso veio a ocorrer durante esse intervalo no qual as fontes permanecem caladas, de modo que, quando Gundebaldo apresentou sua compilação, havia entre os povos da Europa ocidental um costume bem estabelecido³⁸⁵ e relativamente difundido. Assim, é a partir da *Lex Burgundionum* que surge o primeiro registro escrito de uma norma jurídica destinada a regular os duelos judiciais e os ritos a eles associados e, por conseguinte, que possibilita ao pesquisador ter sua primeira certeza referente a existência da prática.

Para entender, porém, as disposições da Lei de Gundebaldo, é primeiro necessário retroceder e compreender com maior profundidade a chamada Compurgação (*Compurgatio*) entre os reinos germânicos da Alta Idade Média. Por isso, é necessário esclarecer que os tribunais medievais tinham dois desafios que necessitavam ser superados: em primeiro lugar, há o já comentado problema da solução jurídica ser considerada insuficiente pelas partes – o que poderia provocar uma fuga dos litígios³⁸⁶ do campo judicial para o pessoal,

³⁸² “(…) a Justiça Romana estava solucionando essas disputas, que sua própria natureza bárbara estava sendo amenizada por esse novo e até então desconhecido método, e que as disputas, que comumente eram solucionadas pelas armas, agora eram encerradas pelo Direito” (**Tradução livre**).

³⁸³ ELEMA, 2012, p. 31 – 36.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ De fato, esse parece ser o caso, sobretudo porque há registros de São Patrício, na Irlanda, tendo de combater essa prática entre o clero (cf. LEA, 1870, p. 91 – 98).

³⁸⁶ ELEMA, *Op. cit.*, p. 40.

tensionando o tecido social e aumentando significativamente o número de litigantes que optavam satisfazer seus interesses pelo uso de meios próprios – e, em segundo lugar, em parte, uma consequência da primeira questão, fazia-se necessário a apresentação de uma via satisfatória para que determinada controvérsia pudesse ser solucionada. É nesse contexto que surge a prática denominada *Compurgatio*, a partir da qual, para defender-se de determinada acusação (ou ainda para elaborá-la), a parte haveria de reunir suas testemunhas e fazê-los jurar junto a si que diziam a verdade, seguindo um rito solene e, na maior parte das vezes, empregando relíquias e símbolos religiosos³⁸⁷.

O jurista inglês Blackstone traz em sua obra³⁸⁸ uma detalhada explicação do procedimento comumente empregado na Inglaterra: aquele que deseja apresentar um caso a determinado tribunal deveria trazer consigo onze de seus vizinhos para afirmarem sob juramento que a causa proposta é legítima e recai sob o autor a razão. Para defender-se, o acusado deveria fazer o mesmo. É peculiar, na descrição trazida por Blackstone, a diferenciação entre o juramento das partes (que denomina *de fidelitate*) e aquele das onze testemunhas (chamado *de credulitate*) – essa distinção se dá, precisamente pela relação que há entre a natureza das duas afirmações: se presume que as partes tem pleno conhecimento da verdade dos fatos, e, portanto, juram com fé ou confiança³⁸⁹, enquanto as testemunhas tão somente acreditam ou não nos fatos narrados³⁹⁰.

Não está claro os efeitos práticos, porém, dessa diferenciação, tão pouco se ela possuía alguma equivalência no Direito de outros reinos europeus. Sabe-se, porém, que, para todos os efeitos, era o perjúrio, isto é, o falso testemunho, a mentira sob juramento, um dos maiores riscos envolvidos na Compurgação. Por essa mesma razão, aquele que fosse identificado como autor desse crime haveria de sofrer graves consequências jurídicas, mas também sociais. Segundo Ariella Elema³⁹¹, e a doutrina de Blackstone parece confirmar essa hipótese, os

³⁸⁷ LEA, 1870, p. 20 – 27.

³⁸⁸ BLACKSTONE, William. Chapter the twenty second: of the several species of trial *In: Commentaries on the Laws of England: Book the third*. Oxford: Clarendon Press, 1768, p. 325 – 348.

³⁸⁹ GOFF, J. L.; SCHMITT, J.C. (org). **Dicionário analítico do Ocidente Medieval: vol. 1**. Coordenação da tradução de Hilário Franco Júnior. 1.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 241.

³⁹⁰ “(...) for by the old Saxon confitution every man’s credit in courts of law depended upon the opinion which his neighbours had of his veracity” (“nas antiga constituição Saxã, o crédito de um homem nos tribunais dependia da opinião que seus vizinhos tinham da sua veracidade”. **Tradução livre**). Cf. BLACKSTONE, 1768, p. 343.

³⁹¹ ELEMA, 2012, p. 83 – 89.

tribunais medievais operavam essencialmente a partir da reputação (*fama*) dos litigantes, poderiam, assim, determinar se certo indivíduo deveria ou não ser preso temporariamente antes de seu julgamento, se teria (e em que medida teria) direito de pronunciar-se a respeito do caso, ou mesmo se seria ou não elegível para prestar um juramento³⁹². Em grande medida, portanto, um processo judicial durante a Idade Média era um julgamento a respeito da própria integridade de seus sujeitos parciais.

O perjúrio, portanto, elevado a um dos maiores horrores que poderiam acometer determinado tribunal, trazia consigo a necessidade de elaborar uma forma de saná-lo. Para Gundebaldo, e ao que tudo indica para os demais reis da Europa a adotarem o julgamento por combate como um método viável para a solução de controvérsias, era por meio do enfrentamento físico que a verdade haveria de ser provada. A disposição apresentada na *Lex Burgundionum* a respeito do julgamento por combate é completa no sentido de trazer suas razões, o procedimento empregado e as consequências para as partes a depender do resultado obtido, por essa razão, parece adequado transcrevê-la na íntegra³⁹³:

“We know that many of our people are corrupted through inability to establish a case and because of instinct of greed, so that they do not hesitate frequently to offer oaths about uncertain matters and likewise to perjure themselves about known matters. To break up this criminal practice, we decree by the present law that as often as a case shall arise among our people and he who has been accused denies by offering oaths that that which is sought is owed by him, and that that has been done which is charged, it is fitting that an end be made to their litigation in this manner: if the party to whom oath has been offered does not wish to receive the oath, but shall say that the truthfulness of his adversary can be demonstrated only by resort to arms, and the second party (the one accused) shall not yield (the case charged), let the right of combat not be refused; with the further provision that one of the same witnesses who came to give oath shall fight, God being the judge. For it is just that if anyone shall say without delay that he knows

³⁹² “A man outlawed, attainted for false verdict, or for conspiracy or perjury, or otherwise become infamous, as by pronouncing the horrible word in a trial by battle, shall not be permitted to wage his law” (“Um homem fora-da-lei, que pronunciou um falso veredito, ou por conspiração ou por perjúrio, ou que de outra forma se tornou infame, por exemplo pronunciando a palavra horrível em julgamento por batalha, não pode realizar a compurgação”. **Tradução livre**). Cf. BLACKSTONE, 1768, p. 343.

³⁹³ **The Burgundian Code**. Tradução para o inglês de Katherine Fischer Drew. 1.ed. Pensilvânia: University of Pennsylvania Press, 1996, p. 52.

the truth of the matter and shall offer to take oath, he should not hesitate to fight. But if the witness of him who offered oath was overcome in that combat, let all witnesses who promised that they would take oath be compelled to pay a fine of three hundred *solidi* without any grant of delay. But if he who refused to receive the oath (the accuser) shall have been killed, let the victorious party be repaid ninefold the sum (debt) involved taken from his property (i.e., from the property of the dead man) as damages, so that as a result, one may delight in truth rather than falsehood”³⁹⁴.

Há nessa determinação do rei da Borgonha algumas disposições diferentes daquelas que estarão presentes na Inglaterra quase cinco séculos depois. Em primeiro lugar, nota-se que, para o caso apresentado, somente o acusado oferece suas testemunhas e que participa do combate tão somente uma dessas testemunhas, e não sua própria pessoa. Nesse sentido, aquele que acusa sempre haveria de lutar pessoalmente enquanto seu adversário teria um representante, um campeão. Essa configuração é estranha à tradição inglesa, na qual o combate seria, na mais das vezes, entre as partes ou entre campeões. Nota-se ainda que Gundebaldo faz referência tão somente a morte de um dos adversários como forma de pôr fim a luta. Isso é peculiar, dado que nas formas posteriores do instituto, haviam outros modos pelo qual o combate se encerraria, dentre as quais, o acordo entre as partes, a rendição de um dos combatentes ou mesmo a realização de um marco temporal (por exemplo o pôr do sol). Por isso, apesar do Código ser

³⁹⁴ “Nós sabemos que muitos do nosso povo são corruptos pela inabilidade de estabelecer um caso e porque têm uma ganância instintiva, por isso eles não hesitam em, frequentemente, oferecer juramentos sobre assuntos incertos e, por isso mesmo, cometer perjúrio a respeito dessas matérias. Para acabar com essa prática criminal, nós decretamos pela presente lei que, sempre que um caso surgir entre nosso povo, e aquele que for acusado oferecer juramentos de que aquilo que é demandado é de sua propriedade, e aquilo de que foi acusado é falso, é adequado que o ao litígio seja posto um fim da seguinte maneira: se a parte a quem o juramento foi oferecido não deseja recepcioná-lo, mas irá dizer que a veracidade de seu adversário pode ser demonstrada apenas através das armas, e o a segunda parte (o acusado) não irá desistir (do caso trazido contra si), deixe que o direito de combate não seja rejeitado; com a provisão adicional de que uma das testemunhas que veio prestar juramento deverá lutar, Deus sendo o juiz. Pois é justo que, se alguém irá dizer sem demora que conhece a verdade a respeito dessa matéria e se oferecerá para prestar um juramento, ele não hesitará em lutar. Mas se a testemunha daquele que ofereceu o juramento for derrotada nesse combate, deixem que todas as testemunhas que prometeram prestar o juramento sejam compelidas a pagarem uma multa de trezentos *solidi* sem demora. Mas se aquele que recusou a recepção do juramento (aquele que acusa) for morto, deixe que à parte vitoriosa seja pago nove vezes o valor em questão a ser tirado de sua propriedade (ou seja, da propriedade do homem morto) como perdas e danos, para que, como resultado, alguém sempre haverá de se beneficiar da verdade e não da mentira” (tradução livre).

omisso a esse respeito, parece pouco provável que ao menos algumas dessas práticas não fossem adotadas pelos tribunais da Borgonha.

O último aspecto interessante é a punição para os derrotados. Há de se notar que, salvo para o derrotado em combate, as punições mencionadas tem natureza exclusivamente pecuniária. Como será visto posteriormente, esse não será o caso para a grande maioria dos combates ocorridos no judiciário inglês. Entretanto, permanecerá por muitos séculos no Direito dos povos germânicos a mistura entre aspectos de Direito privado e Direito público e, por isso, uma parcela das punições, especialmente na Idade Média Inicial e na Alta Idade Média tinha natureza reparatória³⁹⁵, é o chamado “preço apropriado” ou *wehr-gild*³⁹⁶, e visava a desestimular a vingança privada daqueles que estivessem ofendidos com determinada conduta.

A partir da *Lex Gundebalda*, surgem mais registros escritos de julgamentos por batalha, cada qual adotando procedimentos e regras significativamente distintos, empregando em maior ou menor medida o instituto. Assim, a título de exemplo, no Império Carolíngio o primeiro registro advém de uma das Capitulárias, datada de 803 d.C.³⁹⁷. Isso não significa, porém, que a prática não era realizada antes, pelo contrário, visto que a lei tinha por objetivo reduzir o número de casos em que ambas as partes morriam durante o combate, ao substituir o uso de lanças ou espadas pelo de um escudo e um bastão (*fustis*). Essa prática, como se verá posteriormente, irá se difundir pela Europa e adentrar a tradição inglesa do duelo judicial.

Apesar de ser um costume germânico, a ausência de registros a respeito de combates judiciais na crônica anglo-saxônica³⁹⁸ ou nas leis dos reis saxões³⁹⁹ antes da conquista levou a formação de uma posição majoritária na historiografia segundo a qual, no país, essa prática jurídica foi introduzida pelas reformas de Guilherme, o Conquistador, em 1066. No entanto, Lea especula que, na verdade, seria possível que os povos britânicos fizessem uso do duelo judicial antes da ocupação romana – falta, porém, a esse argumento as provas necessárias para aceitá-lo como plausível; na verdade, seguindo a premissa estabelecida no início deste capítulo, é pouco provável que qualquer povo europeu apresentasse esse instituto antes do século I d.C.

³⁹⁵ Cf. LEA, 1871, p. 99 – 104.

³⁹⁶ Ibidem, p. 14 – 19.

³⁹⁷ ELEMA, 2012, p. 46 – 48.

³⁹⁸ RUSSELL, M. J. **Trial by Battle**. Tese (doutorado). Universidade de Londres. Londres, 1977, p. 4 – 5.

³⁹⁹ NEILSON, 1891, p. 19 – 25.

Porém, como Neilson aponta⁴⁰⁰, o julgamento por combate parece ter sido utilizado amplamente pelos vizinhos da Inglaterra: em Gales, admitia-se o duelo para solucionar casos de roubo, traição ou ainda homicídio, sendo denominado *Ornest*; e, na Irlanda, como já mencionado, a prática remontava ao século V d.C. O maior sucesso desse costume, contudo, se deu entre os povos da Escandinávia, inclusive entre aqueles que posteriormente migraram para outras regiões na Europa continental, como os Normandos. Referindo-se genericamente a estes como *norsemen*, Neilson atribui aspectos culturais como fatores decisivos para que seu uso contasse com grande popularidade⁴⁰¹:

“The norseman was a fatalist; renown for valour was the jewel of his soul, and battle the breath of his nostrils; his very heaven was a valhalla of Warriors spending eternity in feast and fight; with him revenge was a virtue; and supreme in his pantheon was Odin, the God of Battles, whose will alone could give him the victory, whether the cause he fought for was public or private, his nation’s or his own”⁴⁰²

Essa afirmação, porém, deve ser tomada com cuidado: não há uma relação de necessidade entre o paganismo escandinavo e o duelo judicial, pelo contrário, a sociedade cristã não rejeitou a prática desde sempre, os próprios Normandos, ao menos desde a conversão de Rolão no século X, seguiam majoritariamente o catolicismo.

As leis de Guilherme I, como já foi exposto nesse trabalho, distinguiam o inglês do normando e admitiam que diferentes normas jurídicas fossem aplicadas conforme a nacionalidade das partes. Evidentemente, essa distinção perde o sentido conforme se verifica o processo de convergência e integração cultural na constituição do povo inglês. Ainda assim, nesse primeiro momento, um inglês que fosse acusado de perjúrio, assassinato, ou ainda de um roubo violento⁴⁰³, poderia optar pelo julgamento por combate ou defender-se por meio da ordália do ferro quente. Já um normando, na hipótese de defender-se da acusação trazida por um inglês, poderia além dessas duas opções, inocentar-se a partir da *compurgatio* nos termos

⁴⁰⁰ NEILSON, 1891, p. 19 – 25.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 10.

⁴⁰² “O *norseman* era um fatalista; renome pelo seu valor era a jóia de sua alma, e a batalha, a respiração de suas narinas; mesmo seu paraíso era a *Valhalla* dos guerreiros passando a eternidade em banquetes e lutas; com ele a vingança era uma virtude; e supremo em seu panteão era Odin, o Deus das Batalhas, cuja vontade era suficiente para dar a ele a vitória, seja a causa pela qual lutava fosse pública ou privada, de sua nação ou sua própria” (Tradução livre).

⁴⁰³ Ibidem, p. 31 – 36.

dos costumes de sua pátria⁴⁰⁴. Dessas regras, duas importantes conclusões podem ser extraídas: em primeiro lugar, havia, inicialmente, uma intenção clara de privilegiar a nobreza da Normandia que apoiara a guerra de 1066⁴⁰⁵; em segundo lugar, ainda que enfrentassem uma prática estrangeira e com a qual tinham pouca familiaridade, os ingleses parecem ter aceito rapidamente o julgamento por batalha como uma forma eficiente de solucionar os suas disputas e o fizeram, em grande medida, para rejeitar o tratamento desigual que lhes era oferecido⁴⁰⁶.

3.2. Julgamento por combate e o *Writ of Right*

No Direito inglês, o julgamento por combate foi prática empregada tanto na jurisdição civil quanto na penal – inicialmente, de maneira ampla, posteriormente, sofrendo restrições aos tipos de casos nos quais se haveria de admitir essa modalidade de prova ao invés de outra⁴⁰⁷. Entretanto, cabe ressaltar que mesmo essa separação é problemática, já que a esfera do direito privado no sistema medieval inglês, em grande medida restringia-se a alguns direitos pessoais e reais⁴⁰⁸. Por essa razão, Elema menciona que os autores medievais optavam por uma distinção entre casos nos quais se admitia o uso de campeões, e aqueles nos quais a parte teria de participar pessoalmente.

Feita essa ressalva, porém, o presente trabalho optou pelo uso da classificação de Russel⁴⁰⁹, que separa o Julgamento por Combate em três modalidades distintas: aquela utilizada no *Writ of Right*, o combate nos *Appeals* criminais dentro das cortes de *Common Law* e, por fim, os *Appeals* ocorridos dentro do Tribunal da Cavalaria a partir da segunda metade do século XIV. Isso não significa, porém, que outros casos não admitiram o uso do combate, ao menos durante os primeiros séculos da alta Idade Média. Nesse sentido, sabe-se que, quando *Glanvill* foi escrito, durante o reinado de Henrique II, no final do século XII, o duelo judicial poderia ser empregado para tratar de litígios nos quais estivesse em jogo realização ou não de determinada homenagem no passado⁴¹⁰; para provar a existência de uma dívida⁴¹¹; para solucionar situações

⁴⁰⁴ NEILSON, 1891, p. 31 – 36.

⁴⁰⁵ ELEMA, 2012, p. 68 – 72.

⁴⁰⁶ NEILSON, *op. cit.*

⁴⁰⁷ ELEMA, *op. cit.*, p. 83 – 89.

⁴⁰⁸ Ibidem.

⁴⁰⁹ RUSSEL, 1977, p. 1 – 3.

⁴¹⁰ GLANVILL, Ranulf de. **The Treatise on the Laws and customs of the realm of England commonly called Glanvill**. Edição e tradução de C.D.G. Hall. 1.ed. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 78.

⁴¹¹ Ibidem, p. 126.

nas quais um fiador, no contrato de compra e venda, inadimpe sua obrigação⁴¹²; ou mesmo para provar que determinado servo fora libertado por seu senhor em algum momento do passado (desde que houvesse uma testemunha que se dispusesse a ser campeã daquele cuja liberdade se encontra em questão)⁴¹³, apesar de não se admitir o combate em situações nas quais o objeto da disputa é o *status* de liberdade desde o nascimento⁴¹⁴. Na verdade, para além desses exemplos, o autor é claro ao afirmar que o método costumeiro de prova nos tribunais é a apresentação de documentos escritos ou a própria batalha⁴¹⁵. Russel traz ainda casos envolvendo patrocínio, pedágios e dote⁴¹⁶. Entretanto, foi no chamado *Writ of Right* que, dentro das disputas civis, a maior parte dos litígios parece ter se desenvolvido, dado que grande parte dos registros fazem referência a esse processo específico. Desse modo, é apropriado que o presente trabalho dê especial destaque a este *writ* do Direito inglês medieval.

O processo que se iniciava com um *Writ of Right* dizia respeito essencialmente a lides ocorridas no âmbito do direito de propriedade de determinada porção de terra⁴¹⁷. Estima-se que até 1166, quando houve a *Assize* de Clarendon, a única forma de provar o direito alegado era por meio do combate⁴¹⁸. Nessa espécie de lide, o polo ativo da relação jurídica de direito processual era denominado demandante (*demandant ou plaintiff*)⁴¹⁹, enquanto aquele contra o qual se dirigia a ação era denominado de *tenant*, uma designação genérica que pode ser traduzida para possuidor. Assim, as ações envolvendo o *Writ of Right* envolviam necessariamente uma parte que alegava seu direito de propriedade, mas que não dispunha da posse da terra, e o real possuidor do terreno em questão.

Esse direito de propriedade, levando em consideração o caráter sólido dos estamentos medievais, haveria de ser auferido, na maior parte das vezes, a partir do grau de ancestralidade a partir do qual se era possível alegar a pretensão jurídica. Em suma, o demandante haveria de se dirigir a corte e realizar seu pedido a partir do argumento segundo o qual aquela terra fora lhe deixada de herança por seu ancestral, na maior parte das vezes, seu pai. Dessa forma, as

⁴¹² GLANVILL, 1993, p. 131.

⁴¹³ Ibidem, p. 57.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 56.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 132.

⁴¹⁶ RUSSEL, 1977, p. 78.

⁴¹⁷ ELEMA, 2012, p. 96 – 98.

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ Ibidem.

disputas centravam-se na verificação de qual das partes, efetivamente, deteria maior direito à posse daquelas terras (e, portanto, à propriedade delas, dado que os dois conceitos, apesar de apartados, não por isso perdiam uma profunda conexão no Direito medieval inglês), a partir da determinação daquele cujo laço de ancestralidade que o ligava ao bem imóvel era mais forte e evidente.

Por essa razão, é que, segundo Glanvill⁴²⁰, o demandante, ao propor seu caso perante o tribunal e o *tenant*, haveria de formulá-lo da seguinte maneira (a título de exemplo):

“I claim against this N. the fee of half a Knight and two carucates of land in such-and-such a vill as my right and my inheritance, of which my father (or grandfather) was seized in his demesne as of fee in the time of King Henry the First (or since the first coronation of the lord King), and from which he took profits to the value of five shillings at least, in corn and hay and other profits”⁴²¹

Tendo apresentado seu caso, o demandante então tinha uma tarefa árdua: provar o seu direito ancestral. Para tanto, só haveria uma forma, seria necessário que se convocassem testemunhas, em sua grande maioria homens da vizinhança que, por alguma razão, haveriam de ter conhecimento do fato alegado. Essa necessidade da prova testemunhal introduz no processo a questão do perjúrio e do valor da palavra dada – pois a testemunha que corroborasse a alegação de qualquer uma das partes, colocava em questão seu próprio *status* de honra e confiabilidade⁴²². Tendo sua testemunha, o demandante então teria de colocá-la à disposição do tribunal para que ela provasse da forma que melhor aprovesse à corte – em última instância, para que provasse com o seu corpo – que suas palavras eram verdadeiras⁴²³:

“and this I am ready to prove by this free man of mine, H., and if any evil befalls him then by this other man or by this third man, who saw and heard it”⁴²⁴.

⁴²⁰ GLANVILL, 1993, p. 22 – 23.

⁴²¹ “Eu exijo de N o pagamento de meio cavaleiro e duas *carucata* [unidade de medida medieval] de terra, como parte de meu direito e minha herança, a qual foi dada ao domínio de meu pai nos tempos do rei Henrique I (ou desde a coroação do senhor rei), e da qual ele teve lucros no valor de pelo menos cinco *shillings*, em milho, feno e outros produtos”. **Tradução livre.**

⁴²² ELEMA, 2012, p. 83 – 89.

⁴²³ GLANVILL, *op. cit.*, p. 22 – 23.

⁴²⁴ “E isso eu estou pronto para provar a partir deste meu homem livre, H., e se algum mal sobre ele se abater, então provarei a partir deste outro homem, ou por esse terceiro homem, que viram e ouviram”. **Tradução livre.**

Ou ainda⁴²⁵:

“And this I am ready to prove by this free man of mine, H., whose father in his last minutes enjoined him, by the faith binding son to father, that if ever he heard of a suit concerning this land, he should offer to prove it as something seen and heard by the dying man”⁴²⁶.

Essas duas hipóteses, que em última instância qualificam o que é uma testemunha – isto é, alguém que ou presenciou a atribuição do direito sobre aquela terra, ou cujo pai ou avô esteve presente – possibilitaram uma grande abertura do processo. A ampla gama de pessoas às quais poderiam ter acesso ao processo por essa via correspondia, ao menos inicialmente, ao círculo de indivíduos que guardavam com as partes um certo grau de proximidade, sejam vizinhos, outros parentes⁴²⁷, ou, ainda, amigos – de modo que se revela uma crença na premissa, posteriormente fundamental para a criação do procedimento do júri durante a *Grand Assize*, segundo a qual a solução jurídica mais adequada seria alcançada por meio da participação daqueles que teriam algum conhecimento pessoal a respeito do objeto do litígio.

Para opor-se ao demandante, o possuidor da terra teria de, primeiramente, optar pela forma de solução da disputa⁴²⁸. Essa opção de escolha é uma inovação do século XII que permitia ao *tenant* escolher o julgamento por meio da *Grand Assize* ao invés do combate.

O procedimento da *Assize* é definido por Glanvill como “um benefício real que foi concedido ao povo pela bondade do rei, agindo conforme os conselhos dos magnatas”⁴²⁹. Nesse modelo, o tribunal haveria de convocar doze testemunhas, que atuariam também como juradas, a serem escolhidas a partir de um critério qualitativo: a probabilidade de terem um bom conhecimento a respeito daquele sobre o qual efetivamente haveria de recair o direito sobre a

⁴²⁵ GLANVILL, 1993, p. 22 – 23.

⁴²⁶ “E isso eu estou pronto para provar a partir deste meu homem livre, H., cujo pai, em seus últimos minutos confiou-lhe, pela fé que ne um filho a seu pai, que se ele ouvisse falar de um processo envolvendo essa terra, ele deveria oferecer provar como algo visto e ouvido por seu pai em seu leito de morte”. **Tradução livre.**

⁴²⁷ Segundo Russel, parentes próximos não eram permitidos, dado que a proximidade sanguínea era tida como um obstáculo à verdade de seu juramento (cf. RUSSEL, M.J. *Hired Champions*. **The American Journal of Legal History**, vol. 3, n° 3, jul. 1959, p. 242 – 259).

⁴²⁸ GLANVILL, *op. cit.*, p. 23

⁴²⁹ “This assize is a royal benefit granted to the people by the goodness of the king acting on the advice of his magnates” (cf. *Ibidem*, p. 28).

terra disputada. Essa é, indubitavelmente, a forma mais adequada, aos olhos de Glanvill, para que se chegue a um resultado justo, já que leva em consideração as peculiaridades das partes e evita as penalidades severas que resultam do combate judicial⁴³⁰. Elema denomina essa forma de julgamento de “Ordália pela opinião pública”, já que seus métodos eram certamente não científicos sob uma ótica no direito contemporâneo, mas havia um respeito pelas decisões tomadas, pois fundadas na respeitabilidade dos jurados escolhidos⁴³¹.

Essa questão da respeitabilidade parece ter sido fundamental, como revela a presença desse elemento no *writ* de convocação dos jurados-testemunhas da *Assize* que *Glanvill* apresenta⁴³²:

“The king to the sheriff, greeting. Summon by good summoners four lawful knights from the neighborhood of Stoke, to be before my justices at Westminster on the Sunday after Easter to elect on oath Twelve lawful knights from the same neighborhood who best know the truth of the matter, and who are to declare on oath whether N. or R. has the greater right in one hide of land in Stoke, which N. is claiming against R. by my writ, and in respect of which R. the tenant has put himself upon my assize and seeks a recognition to determine which of them has the greater right in the land (...)”⁴³³

Uma vez que os doze cavaleiros fossem selecionados, haveria de se buscar um veredito consensual. Se este não fosse possível, mais doze seriam convocados até que se obtivesse um resultado acordado por ao menos uma dúzia dos jurados⁴³⁴. Qualificá-los como testemunhas, além disso, é correto não somente porque proferem seu veredito sob juramento de falarem apenas a verdade, mas, também, porque Glanvill traz como exigência que o conhecimento dos

⁴³⁰ GLANVILL, 1993, p. 28.

⁴³¹ ELEMA, 2012, p. 218 – 226.

⁴³² GLANVILL, *op. cit.*, p. 30 – 31.

⁴³³ Do rei para o xerife, saudações. Convoque com bons oficiais quatro bons cavaleiros da vizinhança de Stoke, para, perante meus juízes em Westminster, no sábado após a Páscoa, elegerem sob juramento doze bons cavaleiros da mesma vizinhança que melhor conhecem a verdade a respeito do caso e que haverão de declarar sob juramento se N. ou R. tem maior direito sobre determinado pedaço de terra em Stoke, o qual N. demanda de R. por meio de meu *writ*, e a respeito do qual R. o possuidor, colocou-se sob a minha *Assize* e busca o reconhecimento para determinar qual deles possui maior direito sobre a terra (...). **Tradução livre.**

⁴³⁴ Ibidem, p. 26 – 37.

jurados a respeito do caso advenha ou de sua própria experiência, isto é, daquilo que viram ou ouviram, ou, ainda, da experiência que seu pai havia transmitido⁴³⁵.

Como segunda possibilidade (e durante muitos anos, única), o *tenant* poderia provar seu direito por combate, ao que ele haveria de negar palavra por palavra aquilo que havia dito o demandante e, em seguida, declarar se provaria com seu próprio corpo ou por meio de um terceiro que pudesse ser qualificado como testemunha. Essa segunda hipótese, ou seja, a luta por meio de campeões, certamente predominou sobre a primeira, dado que as consequências que recaíam sob aquele derrotado em combate eram mais terríveis que aquelas destinadas à parte que apenas perdesse o processo. Este “terceiro” que luta por qualquer uma das partes é denominado “campeão”.

Como dito, tradicionalmente o campeão haveria de ser uma “testemunha” do caso, mas essa regra logo se tornou mera ficção. Segundo Russel⁴³⁶, muito provavelmente até o início do século XII a maior parte dos campeões realmente tinham alguma ligação pessoal com o caso e as partes, mas, com o tempo, a possibilidade de solucionar disputas jurídicas a partir dos combates levou ao surgimento da demanda por campeões profissionais, que logo suplantaram as reais testemunhas. Do ponto de vista legal, haviam algumas exceções à proibição do campeão contratado: em primeiro lugar, era comum que paróquias ou outras instituições religiosas tivessem consigo um campeão, pois nos casos de *Writ of Right*, o benefício do clero, que os excluía do rol daqueles aos quais se faria necessário participar do combate, não era válido⁴³⁷, e semelhante ocorria com alguns burgos. Por fim, um último risco associado a contratação de um campeão era a sua morte antes que a batalha ocorresse, se tal evento se desse em razão de causas naturais, poderia a parte escolher um substituto, no entanto, se a morte viesse em razão de fato que pudesse ser atribuído ao campeão, a causa estava perdida⁴³⁸.

Uma vez que a escolha fosse feita pelo combate, havia a chamada promessa de batalha (ou ainda *Wager of Battle*). Durante essa fase do processo, o juiz haveria de perguntar primeiro ao campeão do *tenant* se ele estava disposto a lutar. Se este respondesse que sim, tinha de entregar sua luva ao juiz. O mesmo rito, então, se dava em relação ao campeão do demandante. O magistrado responsável então designaria a data e o local em que a luta haveria de ocorrer,

⁴³⁵ GLANVILL, 1993, p. 34 – 35.

⁴³⁶ RUSSEL, 1959, p. 242 – 243.

⁴³⁷ NEILSON, 1891, p. 50 – p. 53.

⁴³⁸ RUSSEL, 1977, p. 16 – 24.

pedindo, por fim, aos campeões para que rezassem à Deus para que Este os protegesse do perigo⁴³⁹. Segundo Elema, o objeto oferecido ao juiz pelos participantes, porém, poderia ter sido outras peças de roupa ou uma certa quantia em dinheiro⁴⁴⁰.

No século XIII, quando a batalha era prometida os campeões certamente haveriam de estar trajando um casaco desabotoado e, de maneira geral, não poderiam cobrir suas mãos, braços e pés⁴⁴¹. Esse código rígido de vestimenta, apesar de sofrer alterações ao longo dos anos, manteve uma característica essencial, que muito diferiu os duelos judiciais ingleses daqueles praticados no continente, isto é, a vedação ao uso de armaduras e a preferência por túnicas e roupas de couro – mesmo no século XV, quando surgem registros do uso de armaduras de couro, os combatentes haveriam de necessariamente estar despidos abaixo do joelho e do cotovelo, não podendo também utilizar um capacete ou outra vestimenta que protegesse sua cabeça.

O momento em que a batalha era prometida era essencial pois, a partir dele, não poderiam as partes selecionar um outro método de prova e tampouco poderiam, sem primeiro pagar uma multa, transacionar e chegar a um acordo para pôr fim ao caso⁴⁴². Igualmente, nessa fase do processo, era comum que se oferecessem as chamadas *sureties*, isto é, indivíduos que seriam multados caso a parte principal do processo não comparecesse para o duelo, ou ainda se o fizesse de maneira inadequada, bem como se fosse derrotada em combate⁴⁴³.

Em 1275⁴⁴⁴, um estatuto de Eduardo I abole a proibição dos campeões profissionais, pois a prática havia se difundido tanto, que lei se tornara mera ficção legal e, na prática, fazia com que o perjúrio se tornasse prática recorrente nos tribunais ingleses⁴⁴⁵. A profissionalização dos combatentes chegara a tal ponto que um campeão de um duelo judicial era, muitas vezes, acompanhado de um *magister*. Muito já se discutiu o significado real do termo: enquanto a

⁴³⁹ RUSSEL, M. J. Trial by Battle Procedure in Writs of Right and Criminal Appeals. **Legal History Review**, vol. 51, 1983, p. 123 – 134. Disponível em: < https://brill.com/view/journals/lega/51/1/article-p123_4.xml>. Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

⁴⁴⁰ ELEMA, 2012, p. 225.

⁴⁴¹ RUSSEL, 1977, p. 34 – 36.

⁴⁴² Ibidem.

⁴⁴³ Ibidem, p. 34 - 36.

⁴⁴⁴ RUSSEL, 1959, p. 243 –244.

⁴⁴⁵ ELEMA, *op. cit.*, p. 204 – 214.

historiografia tradicionalmente equiparava o *magister* a um gerente que haveria de ser contatado para que se requisitasse os serviços do campeão, Russel, inicialmente, propôs que este seria meramente o empregador do duelista em seu ofício tradicional e não-violento. A hipótese mais recente, porém, é do próprio M. J. Russel, que, revisando sua teoria, concluiu que a tradução mais correta seria aquela que retomasse o significado latino do termo, sendo *magister*, um mestre ou professor, responsável por ensinar o campeão (ou mesmo a parte que optasse por enfrentar o duelo pessoalmente) a lutar⁴⁴⁶.

O ofício de um campeão profissional parece ter sido relativamente lucrativo e seguro. Como revelou a pesquisa de Russel⁴⁴⁷, há diversos campeões que sequer chegaram a participar de um combate, pois, como há de se ver no próximo capítulo deste trabalho, poucos julgamentos por batalha efetivamente resultaram em um duelo, com as partes alcançando um acordo em alguma das fases anteriores do processo⁴⁴⁸. Esse parece ser o caso de um certo Robert de Clopton, que, de todos os processos nos quais atuou como “testemunha”, entre 1212 e 1222, jamais teve de lutar⁴⁴⁹. Semelhante ocorreu com Philip de Beaumont⁴⁵⁰, cuja aparição se verifica em dois casos, um em 1201 e o outro em 1207. Peculiar, ainda, é o campeão Simon Fot, presente no acaso *Aguillun v. Clere (1220)*⁴⁵¹, que teve sua luta, já em curso, interrompida após as partes chegarem a um acordo. No entanto, o único caso de morte em combate registrado na Inglaterra envolve também um campeão em *Croke v. Abade de St. Edmundsbury (1287)*⁴⁵², um lembrete dos perigos da profissão.

Em relação às formas de pagamento, dois parecem ter sido os modelos principais. Primeiramente, havia a chamada anuidade: mais comumente, bispos pagavam anualmente a um determinado campeão para que este se colocasse à disposição dos tribunais para provar por combate em situações envolvendo a diocese nas quais não fosse possível rejeitar o duelo. Esse

⁴⁴⁶ RUSSEL, M. J. The Champion's Master in Trial by Battle. **Journal of Legal History**, Hein Online, vol. 5, n° 1, 1984, p. 76 – 78. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lglhis5&i=76>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2022.

⁴⁴⁷ RUSSEL, 1959, p. 243 – 253.

⁴⁴⁸ Ibidem.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 246 – 247.

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 250 – 251.

⁴⁵¹ RUSSEL, 1959, p. 251.

⁴⁵² RUSSEL, 1977, p. 64 – 65.

parece ser o caso de Thomas de Bruges, campeão pago pelo Bispo de Hereford⁴⁵³. Alternativamente, era possível que um oficial da coroa responsável por um dos tribunais inferiores empregasse nesse modelo um indivíduo disposto a defender em combate o registro de sua corte, quando da contestação nos tribunais superiores⁴⁵⁴. Em uma segunda variação, ao invés de realizar o pagamento por meio de prestações anuais, o contratante acordava com a participação do campeão somente em um caso específico, de modo que o pagamento haveria de ser parcelado, normalmente, em três vezes: uma parte a ser paga quando a batalha era prometida – isto é, durante o *wager of Battle* – outra quando o campeão se apresentava para o combate e, por fim, uma última ao final do duelo⁴⁵⁵.

Entre a promessa e o dia da batalha, diversos preparativos precisavam ser tomados. Em primeiro lugar, os registros apontam para a necessidade de os combatentes aparecerem no dia da luta com o cabelo raspado – inclusive para que este não se tornasse um ponto de vulnerabilidade – apesar de ser possível, segundo Russel, que essa regra tenha sido flexibilizada a partir do século XIII (ou mesmo que a regra mais comum fosse simplesmente o corte acima das orelhas)⁴⁵⁶. Havia, ainda, segundo Elema⁴⁵⁷, um preparo espiritual dos duelistas – especialmente a partir da Baixa Idade Média – mas que se dava, ao menos na Inglaterra, no âmbito privado – por exemplo, com a permissão de que ambos os combatentes confessassem ou se aconselhassem espiritualmente junto ao monarca. Os grandes ritos públicos, portanto, parecem ter sido muito mais um produto da ficção literária que da realidade – mesmo casos de benção das armas são, na Inglaterra, raros, tendo apenas um caso sido encontrado por Elema⁴⁵⁸. Evidentemente, esse preparo espiritual afetava a moral e, consequentemente, influenciava o desempenho prático e psicológico dos participantes.

O tribunal que sediaria o combate, teria ainda o dever de preparar a arena dentro da qual os combatentes teriam de lutar. O melhor registro, entretanto, desses espaços é do caso *Lowe v. Paramour (1571)*⁴⁵⁹, isto é, de um período no qual os combates haviam se tornado tão raros, que cerca de quatro mil pessoas vieram assistir à luta. Nesse período, a arena era construída no

⁴⁵³ RUSSEL, 1959, p. 253.

⁴⁵⁴ Ibidem.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 254 – 255.

⁴⁵⁶ RUSSEL, 1977, p. 42 – 47.

⁴⁵⁷ ELEMA, 2012, p. 233 – 239.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 233 – 239.

⁴⁵⁹ RUSSEL, 1977, p. 48.

nível do chão e tinha aproximadamente 16 metros quadrados, tendo ainda um andaime para que o público observasse o duelo, bem como tendas posicionadas atrás de estrados para que os combatentes as utilizassem. Nos estrados, por sua vez, ficavam os juízes responsáveis por supervisionar a luta, bem como uma área designada para os sargentos. Era comum, especialmente a partir do final do século XII, que as cortes posicionassem barreiras entre a audiência e o campo do duelo, e que o xerife designasse alguns cavaleiros para assistirem a manutenção da ordem no local⁴⁶⁰.

Essa preocupação demasiada com a separação entre audiência e duelistas parece ter se justificado à medida que tinha por finalidade impedir a intervenção externa no resultado do julgamento. Os medos se confirmaram ao menos em dois casos: em primeiro lugar, em um *Appeal*⁴⁶¹ de 1199 (*Bristol v. Bloc*), quando o *apellor*, isto é, o acusante (ou autor da ação), alegou que havia participado de um processo do *Writ of Right* na condição de campeão e que, em meio a luta, ao lançar seu adversário ao chão, o *tenant* teria invadido a arena, surrupiado o bastão do oponente derrubado e acertado a cabeça do campeão adversário⁴⁶². O segundo exemplo de interferência direta durante os ritos do combate é ainda mais grave e foi descrito no caso *Burdun v. Bricksworth* (1271), no qual o campeão do demandante alegou que, em meio a batalha, a multidão invadiu o campo no qual ocorria o combate, correu em sua direção e o acusou de gritar “*craven*”, a palavra que simbolizava a rendição no duelo judicial. O juiz presente durante os acontecimentos, perante um tribunal superior, confirmou os fatos descritos⁴⁶³. Ainda assim, não se admitia a proibição de um público, pois, em grande medida, era a presença deste que legitimava o procedimento⁴⁶⁴.

Os tribunais eram aqueles que deveriam fornecer os equipamentos para que o combate acontecesse. Delegar essa tarefa para o juiz era, evidentemente, uma forma de buscar a paridade de armas, ao mesmo tempo que conferia mais poder para as autoridades estatais. Nesse sentido, difere o modelo inglês do francês, pois nos tribunais deste último reino, cabia aos juízes tão

⁴⁶⁰ ELEMA, 2012, p. 239 – 245.

⁴⁶¹ *Appeal* é o processo penal privado empregado no Direito Inglês medieval, ele será tratado com maior profundidade no tópico 3.3.

⁴⁶² RUSSEL, 1977., p. 40.

⁴⁶³ Ibidem, p. 40 – 42.

⁴⁶⁴ ELEMA, *op. cit.*

somente aprovarem ou rejeitarem o armamento trazido pelos duelistas⁴⁶⁵. Ao menos desde 1272⁴⁶⁶, as lutas ocorriam com o uso de um bastão pontiagudo⁴⁶⁷ e um escudo.

No dia marcado para o combate, as partes primeiro compareciam ao tribunal juntamente aos seus campeões, os quais já deveriam estar armados. Lá, realizavam o primeiro juramento. No tribunal, o campeão do *tenant* jurava primeiro, sempre prostado para o norte do *bar*⁴⁶⁸ e à direita de seu oponente. Teria então de segurar com a mão esquerda a mão direita do adversário, sem, porém, apertá-la, ao mesmo tempo que colocaria sua mão direita sobre a Bíblia⁴⁶⁹. O conteúdo de seu juramento, apesar de simples, trazia consigo alguns problemas, pois, como Elema⁴⁷⁰ coloca, jurar a verdade de sua causa poderia, em diversas hipóteses, ser feito com o uso de meias-verdades e subterfúgios:

“The order of speaking was important because the person making the first oath could frame the question. He began with some variation of the words ‘Hear this, o man whom I hold by the hand...’ and he went on either to name his opponent’s offence or to deny that he himself had committed an offence. Attention had to be paid to the wording. A common trope in high medieval literature was the litigant who swore an equivocal oath before an ordeal. The words were literally true but nevertheless deceptive. Since the outcome of a trial by battle theoretically relied on a judgement of God, such an oath raised the sticky question of whether God would be obliged to play along with the deception”⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ ELEMA, 2012, p. 247 – 257.

⁴⁶⁶ RUSSEL, 1977., p. 26 – 33.

⁴⁶⁷ *Baculus cornutus* (cf. ibidem, p. 26).

⁴⁶⁸ O termo *bar* não possui tradução apropriada para o português. Em inglês, designa a linha divisória nos tribunais que delimita o espaço destinado aos espectadores daquele destinado aos sujeitos do processo (juiz, autor e réu).

⁴⁶⁹ RUSSEL, 1983, p. 123 – 127.

⁴⁷⁰ *op. cit.*, p. 259

⁴⁷¹ “A ordem de fala era importante porque a pessoa fazendo o primeiro juramento poderia delimitar a questão. Ele começava com alguma variação das palavras ‘Ouça isso, ó homem que seguro pelas mãos...’ e então ele ou nomearia a ofensa de seu oponente ou negaria ele próprio que havia cometido uma ofensa. Atenção tinha de ser prestada ao palavreado. Um lugar-comum na literatura do alto medievo era o litigante que jurava de maneira a enganar perante uma ordália. As palavras eram literalmente verdade, mas ainda assim, enganosas. Como o resultado de um julgamento por batalha teoricamente dependia do julgamento de Deus, esse juramento possibilitava a pergunta complicada a respeito de Deus ser ou não obrigado a seguir com a enganação”. **Tradução livre.**

Uma vez feito o primeiro juramento, os combatentes trocavam de posição e o campeão do demandante alegava que o primeiro havia cometido perjúrio. Para Elema, essa afirmação era fundamental, pois independentemente da disputa original, ao acusar o outro de perjúrio, tornava-se este o objeto central da controvérsia⁴⁷² – e, portanto, somente a partir de sua solução, o caso principal chegaria a uma conclusão verdadeira.

O segundo juramento era feito já na arena, e as partes deveriam jurar não empregar feitiços ou poções. Esse juramento, na maior parte dos casos, se fazia enumerando uma série de itens e alegando não os ter em sua posse⁴⁷³, bem como rejeitando o uso de qualquer artefato “mágico” em geral⁴⁷⁴. Há, ainda, relatos, como em *Whitehorn v. Fisher* (1456)⁴⁷⁵, de uma proibição tão severa, que os campeões foram proibidos de ingerir alimentos ou bebidas por um certo período imediatamente anterior a batalha – no entanto, regras como essa parecem ter sido a exceção. Apesar das vedações, entretanto, existem registros do campeão do Bispo de Salisbury⁴⁷⁶ trazendo consigo uma série de pergaminhos com rezas e feitiços por escritos.

Feitos os juramentos, lia-se uma proclamação contra a interferência de terceiros e os combatentes eram posicionados, preferencialmente, de modo que nenhum tivesse qualquer vantagem do sol e do terreno⁴⁷⁷. Autorizava-se então o início do duelo.

As batalhas poderiam ser curtas ou longas. A regra geral era que os combatentes se apresentassem ao meio-dia, pois se tratava de um horário fácil de referenciar, e que a luta se encerrasse antes do pôr-do-sol⁴⁷⁸ ou, mais precisamente, antes de aparecerem as primeiras estrelas no céu. As lutas poderiam ser brutais, com o uso de mãos, dentes e pernas, se fosse necessário ou, ainda, se o bastão quebrasse, como revela o caso *Whitehorn*⁴⁷⁹. Especialmente nos combates do *Writ of Right*, no qual o uso de campeões era comum, uma luta prolongada poderia ser interessante para que as partes na arena negociassem. A partir do século XIV, surgiram casos de juízes que interrompiam o combate forçando essa negociação ou mesmo

⁴⁷² ELEMA, 2012, p. 259.

⁴⁷³ Ibidem, p. 260 – 262.

⁴⁷⁴ RUSSEL, 1977, p. 37 – 38.

⁴⁷⁵ Ibidem.

⁴⁷⁶ *Bispo de Salisbury v. Ear de Salisbury* (1355), cf. Ibidem.

⁴⁷⁷ ELEMA, *op. cit.*, p. 261 – 262.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 244 -247 e p. 262 – 271.

⁴⁷⁹ RUSSEL, 1977, p. 31.

proferindo um julgamento a respeito do caso, principalmente quando um dos campeões estava em clara vantagem em relação ao outro⁴⁸⁰.

O combate somente se encerrava em três hipóteses: a primeira, era quando o representante do polo passivo, no *Writ of Right*, o campeão do *tenant*, era capaz de resistir até o final do dia. Nessa situação, atribuíam-se a ele a vitória. A segunda hipótese consistia na raríssima possibilidade da morte de um dos combatentes pela parte vencedora. Por fim, havia o caso mais comum, a rendição do duelista ao gritar a palavra “*craven*”.

Em relação a esta última possibilidade, tratava-se, certamente, daquela com maior desonra, um verdadeiro sinal de covardia que manchava a reputação do duelista, pois aquele que se rendia, ao mesmo tempo, aceitava que havia feito um falso testemunho. Em verdade, Glanvill sequer menciona o vocábulo, falando apenas a respeito da “desgraça perpétua que se segue a palavra proferida com vergonha e em situação de perigo que soa tão desonrosa na boca do vencido”⁴⁸¹. Para além da honra maculada, no entanto, o campeão derrotado sofria ainda a perda de diversos direitos civis e uma marca de infâmia, que o tornaria inapto a ser testemunha em casos futuros⁴⁸², salvo em sua própria defesa ou se ele próprio trouxesse um caso⁴⁸³.

Uma vez que a batalha chegasse a sua conclusão, as consequências para os derrotados variavam conforme sua posição na relação jurídica de direito processual, isto é, se era parte do polo ativo ou passivo, bem como se havia combatido ou se se tratava de um campeão. Dentro do *Writ of Right*, a principal punição para um campeão era a já mencionada infâmia – podendo, no entanto, haver punições subsequentes caso se comprovasse que o campeão havia cometido algum crime, isso parece ter sido raro – enquanto a parte derrotada provavelmente teria de pagar uma multa (o mesmo ocorria com suas *sureties*)⁴⁸⁴. A consequência mais ampla, contudo, era a perda da pretensão sobre a propriedade ou direito disputado.

3.3. Julgamento por combate e o *Appeal*

Fora dos litígios civis, adentrando o campo do direito penal, duas foram as principais espécies de processos nos quais o combate foi empregado como método de prova: o primeiro,

⁴⁸⁰ ELEMA, 2012, p. 262 – 271.

⁴⁸¹ GLANVILL, 1993, p. 28 (“the perpetual disgrace which follows that distressed and shameful word which sounds so dishonourably from the mouth of the vanquished”). Tradução livre.

⁴⁸² NEILSON, 1891, p. 38.

⁴⁸³ RUSSEL, 1977, p. 242 – 243.

⁴⁸⁴ ELEMA, *op. cit.*, p. 272 – 280.

do qual tratar-se-á este tópico, é o *Appeal* criminal nas cortes de *Common Law*; o segundo, compreende a miríade de casos que estiveram sob a jurisdição do Tribunal da Cavalaria.

O *Appeal* no sentido técnico-jurídico da Idade Média não se confunde (apesar de guardar relação) com o *Appeal* moderno, isto é, com a ideia de recorrer de determinada decisão tomada por um tribunal inferior perante um tribunal superior àquele (também chamada de apelação)⁴⁸⁵. Assim, na terminologia medieval, *Appeal* é uma espécie de processo penal privado, no qual o polo ativo é ocupado pelo *appellor*, um indivíduo que tem algum interesse na matéria em questão, mais comumente, a vítima, um criado ou, ainda, um parente próximo desta⁴⁸⁶. Nessa espécie de processo, o polo passivo é denominado *appellee*.

O primeiro registro formal de uma norma jurídica referente ao julgamento por combate no direito inglês diz respeito, em verdade, aos *Appeals* criminais. Trata-se da já mencionada lei⁴⁸⁷ introduzida por Guilherme I que trazia para os ingleses a opção de defenderem-se de uma acusação grave por meio da ordália ou do combate:

“It was also decreed there that if a Frenchman summon an Englishman for perjury or murder, theft, homicide, or "ran" – as the English call evident rape which cannot be denied – the Englishman shall defend himself as he prefers, either through the ordeal of iron, or through wager of battle. But if the Englishman be infirm, he shall find another who will do it for him. If one of them shall be vanquished he shall pay a fine of forty shillings to the king. If an Englishman summon a Frenchman, and be unwilling to prove his charge by judgment or by wager of battle, I will, nevertheless, that the Frenchman purge himself by an informal oath”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ ELEMA, 2012, p. 83 – 89.

⁴⁸⁶ RUSSEL, 1977., p. 89.

⁴⁸⁷ KINGDOM OF ENGLAND. **Statutes of William The Conqueror**. The Avalon Project, 2008. Disponível em: <<https://avalon.law.yale.edu/medieval/lawwill.asp>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2022.

⁴⁸⁸ “Também foi decretado que, se um francês convoca um Inglês [para o tribunal] por perjúrio ou assassinato, roubo, homicídio ou ‘ran’ – como os ingleses chamam o estupro evidente que não pode ser negado – o inglês deverá defender-se como preferir, seja pela ordália do ferro quente, ou ainda por meio da promessa de batalha. Mas se o inglês estiver doente, ele deverá encontrar outro que fará isso em seu lugar. Se um deles for derrotado [em combate] ele deverá pagar uma multa de 40 *shillings* para o rei. Se um inglês convoca um francês, e está disposto a provar sua acusação por meio de um julgamento ou por meio da promessa de batalha, é minha vontade, ainda assim, que o Francês limpe seu nome por meio de um juramento informal”. **Tradução livre.**

Diversos elementos que podem ser extraídos dessa passagem são essenciais para compreender o uso do julgamento por batalha no direito penal inglês. Em primeiro lugar, destaca-se o *rol* de crimes elencados, todos considerados graves. Com o tempo, a essa lista somou-se ataques violentos (assaults) que resultassem em ferimentos graves, bem como alguns casos de incêndios criminosos e roubos – em relação a estes últimos, admitia-se o combate quando a motivação do ato tivesse origem em afrontas pessoais – e, também, os casos de invasão domiciliar nos quais havia roubo e violência física (*hamsoken*)⁴⁸⁹. Esses crimes eram agrupados sob a categoria de *felony* e seu elemento comum era o entendimento de que feriam a *paz do rei*. Portanto, um combate não poderia se dar sobre matérias triviais⁴⁹⁰.

Esses *Appeals* de *felony* seriam complementados, posteriormente, pela possibilidade de se utilizar o julgamento por combate para solucionar os *Appeals* em que uma parte acusava a outra de traição⁴⁹¹. No entanto, o combate raramente foi empregado nessas situações no período anterior a Peste Negra, isto é, até a primeira metade do século XIV – por isso, boa parte dessas situações recaiu, historicamente, sob a jurisdição do Tribunal da Cavalaria, de modo que tratar-se-á com maior profundidade do crime de traição no próximo subcapítulo. Também sob a corte da cavalaria, deu-se o processo da maior parte dos casos envolvendo a difamação.

O segundo aspecto essencial para que se compreenda o *Appeal* em sua integralidade, é a vedação geral ao uso de campeões nesses casos. Segundo Neilson⁴⁹², a essa regra contrapunha-se uma flexibilização para o caso de as partes serem, por alguma razão, incapazes de participar do combate. Na lei mencionada, a única exceção apresentada é um homem que se encontra doente, mas as hipóteses foram bem mais amplas, atingindo mulheres, crianças, idosos, pessoas com grandes ferimentos entre outros.

O procedimento do *Appeal* era – salvo certas diferenças próprias da natureza do processo – semelhante ao *Writ of Right* no que tange às formalidades necessárias para que se chegasse ao combate. Em primeiro lugar, um representante legal apresentava-se à corte junto com o *appellor*, narrava os fatos e afirmava que seu representado estava disposto a provar a verdade de suas palavras com o próprio corpo e, caso fosse acometido por uma doença, que

⁴⁸⁹ ELEMA, 2012, p. 109 – 121.

⁴⁹⁰ Ibidem.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 121 – 131.

⁴⁹² 1891, p. 46 – 50.

algum familiar da vítima tomaria seu lugar⁴⁹³. Ao expor os acontecimentos, dever-se-ia declarar o ano, a data, a hora e o local do crime, assim como as armas empregadas, os danos causados e os bens que, por ventura, poderiam ter sido roubados⁴⁹⁴. O acusado, então, teria de defender-se perante o tribunal antes de buscar um aconselhamento legal, mas, uma vez que o fizesse, poderia repetir sua defesa em termos mais técnicos. Era o réu, da mesma forma que o *tenant* no Writ of Right, aquele responsável por decidir a maneira pela qual haveria de provar sua inocência, seja por meio do combate, da ordália, ou, ainda, futuramente, do júri. Curiosamente, mesmo em casos criminais nos quais o combate não fosse permitido, o *appellor* também deveria oferecê-lo.

O tribunal teria, então, a tarefa de decidir se, no decorrer do processo, o acusado seria preso de maneira preventiva. Era nesse ponto que a reputação do indivíduo perante seus vizinhos se tornava essencial para o processo decisório interno da corte. Além disso, um grande espaço de tempo poderia separar o início do rito processual para o combate em si, não havendo dúvida, portanto, que um réu que tivesse sua prisão ordenada pelo tribunal certamente não estaria nas mesmas condições físicas e psíquicas que aquele que aguardasse em liberdade. A título de exemplo, cabe mencionar o caso de um Judeu chamado Isaac, filho de Isaac de Pulet, que foi acusado por um certo John de Prene de ter assassinado o irmão do autor. O processo teve início em um tribunal em Oxford no ano de 1285⁴⁹⁵. O réu rejeitou o combate e pediu a transferência do caso para Londres, bem como que tivesse seu caso apreciado por um júri composto de cristãos e judeus. Enquanto a corte deliberava a respeito do tema, optou-se por solicitar a prisão do acusado, e, apesar de não sobraem registros a respeito do resultado desse litígio, sabe-se que cinco anos depois, quando os judeus foram expulsos do país por um decreto de Eduardo I⁴⁹⁶, Isaac ainda aguardava em sua cela.

Uma vez que o réu escolhesse defender-se por meio da batalha e o tribunal assim autorizasse, havia, tal qual no litígio civil, a promessa, ou *wager*. Provavelmente, nesse rito, os participantes entregavam suas luvas direitas ao juiz⁴⁹⁷. Durante o *wager* do *Appeal*, as partes deveriam ainda produzir *pledges*, isto é, garantias pessoais, por meio do juramento de terceiros,

⁴⁹³ RUSSEL, 1977, p. 90 – 91.

⁴⁹⁴ ELEMA, 2012, p. 200 – 202.

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 167.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 166.

⁴⁹⁷ RUSSEL, *op. cit.*, p. 91.

de que compareceriam ao duelo no dia, data e hora determinados pelo tribunal. Ao que tudo indica, se o réu fosse incapaz de angariar apoiadores, era imediatamente detido e preso até o dia do combate, enquanto o *appellor* poderia ir para a casa apenas com uma promessa solene⁴⁹⁸. Diferentemente do processo civil, porém, na esfera criminal não se autorizava, via de regra, que as partes chegassem a um acordo que pusesse fim ao processo antes que a batalha fosse lutada⁴⁹⁹. As promessas realizadas pelas partes, porém, eram mais simples, enquanto o réu prometia defender-se, o *apellor* prometia provar por meio do combate que sua causa era verdadeira.

O dia designado para a luta era, na maior parte dos casos, o dia seguinte àquele em que a promessa era feita⁵⁰⁰. Era também nesse dia aquele em que as partes, armadas, compareciam ao tribunal para realizar o primeiro juramento. Do mesmo modo que ocorria no *Writ of Right*, o polo passivo da relação jurídica (isto é, o réu ou *appellee*) jurava primeiro, colocando sua mão direita sobre a Bíblia e sua mão esquerda na mão direita do oponente, negaria, assim, os fatos. Russel⁵⁰¹ traz um exemplo de juramento:

“Hear this, you whom I hold by the hand, who call yourself A by the name of baptism, that I P [at such and such a time, at such and such a place] did not feloniously cause nor compass the death of T your father, nor did to this felony assent, as you have before supposed, nor have you seen this, so help me God and the Saints”⁵⁰²

Há de se notar que nesse juramento feito pelo acusado, há menção ainda ao fato do *appellor* se dizer testemunha do caso. Esse requisito, porém, assim como no *Writ of Right* deixou de existir a partir do Estatuto de Westminster de 1275⁵⁰³. Ainda assim, manteve-se a exigência de que aquele que propusesse a ação deveria ter uma relação forte o suficiente com a vítima para substituí-la (substituição que seria possível apenas se ela não fosse capaz de lutar o combate), de modo a se evitar que o *Appeal* sofresse a mercantilização pela qual passou o litígio

⁴⁹⁸ RUSSEL, 1977, p. 92.

⁴⁹⁹ Ibidem.

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 94.

⁵⁰¹ Ibidem.

⁵⁰² “Ouça isso, você que eu seguro pela mão, que se chama A pelo nome de batismo, que eu P [em determinada hora e local] não causei dolosamente ou desejei a morte de T seu pai, nem consenti com esse crime grave (*felony*), como você antes supôs, tão pouco você foi testemunha desse fato, então me ajude Deus e os santos”. **Tradução livre.**

⁵⁰³ Ibidem, p. 94 – 97.

civil, com a introdução dos campeões contratados. A própria figura do campeão, apesar de presente na maior parte dos casos do *Writ of Right*, era associada à de um homem sem honra, que não hesitava em mentir. Por essa razão, diferentemente da punição atribuída aos campeões nos casos civis, da situação na qual um *apellor* fosse descoberto como se tratando não de um parente próximo da vítima ou sequer uma parte interessada, mas tão somente de um terceiro que foi pago ou instigado a propor aquela ação, poderiam surgir duas consequências. Em primeiro lugar, o caso poderia ser rejeitado pelo tribunal por defeito de forma, esse foi o caso *Stokes v. Percy (1224)*⁵⁰⁴ no qual Robert de Percy apresentou um *Appeal* contra quatro homens por roubos e ainda instigou seus criados a fazerem o mesmo. Nessa situação, somente o *Appeal* de Percy foi mantido pela corte. Uma segunda hipótese, mais severa (e também rara), era a punição para o *apellor* contratado derrotado em batalha que, nesse caso, poderia sofrer, por exemplo, a perda de uma mão e um pé⁵⁰⁵.

Após o juramento do réu, o *apellor* jurava, trazendo em suas palavras a acusação segundo a qual seu adversário havia cometido perjúrio, bem como descrevendo novamente os fatos. Também por meio de Russel, sabe-se de um modelo de juramento⁵⁰⁶:

“Hear this [etc.] that you are perjured, and on this account perjured, because [at, etc.] you did wickedly and feloniously, with malice aforethought, with [such and such a weapon] give a deadly wound in [the head] of T my father, whereby he died within the hour, as I have before alleged against you, and I have seen this, so help me God and the saints”⁵⁰⁷.

Em seguida, eram designados dois cavaleiros ou homens de boa reputação para escoltarem os participantes até o campo de batalha⁵⁰⁸. Possivelmente, nesse momento, os combatentes tinham de entregar suas armas à escolta, dado que uma vez que jurassem na arena,

⁵⁰⁴ RUSSEL, 1977, p. 138

⁵⁰⁵ RUSSEL, 1959, p. 258

⁵⁰⁶ RUSSEL, *op. cit.*, p. 94 – 95.

⁵⁰⁷ “Ouça isso [etc] que você é um perjurado, e por isso perjurou, porque [em certo lugar] você perversamente e gravemente, com malícia premeditada, com [esta ou aquela arma] causou uma ferida morta na cabeça de T meu pai, razão de sua morte imediata, como eu já aleguei contra você. E eu vi isso, então me ajude Deus e os Santos”.

Tradução livre.

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 94 – 95.

os registros apontam para a devolução desses bens aos participantes⁵⁰⁹. Tendo chegado ao local designado para que a luta ocorresse, juravam que não empregariam magia ou feitiços, do mesmo modo que no *Writ of Right*. A ordem, novamente, respeitava o preceito de que o polo passivo haveria de se pronunciar primeiro⁵¹⁰. Por fim, um arauto lia uma proclamação contra a interferência de terceiros⁵¹¹.

Apesar do *Appeal* nas cortes de *Common Law* apresentar regras idênticas àsquelas do *Writ of Right* no que se refere ao equipamento autorizado para o combate, as lutas poderiam ser mais brutais, especialmente porque, em um caso criminal, as penalidades – em especial aquelas destinadas ao réu derrotado – poderiam ser graves. Um exemplo é o caso *Nithewey v. Nithewey* (1221)⁵¹², a luta foi tão intensa, que o réu teve de render-se gritando “craven” quando seu olho direito havia sido quase inteiramente arrancado e ele se encontrava estirado no chão. Como consequência, o Tribunal decidiu que o outro olho do réu fosse arrancado, bem como que o castrassem.

Assim como nos processos do *Writ of Right*, havia quatro formas de conclusão de uma batalha: a morte ou rendição de um dos participantes, a permanência do combate até o cair da noite (situação na qual o réu era considerado vitorioso), ou, por fim, a chegada a um acordo. Em relação ao acordo que extinguiu o *Appeal*, diferentemente do processo civil, no qual a autocomposição do conflito era admitida em todas as etapas do processo, uma vez que a batalha fosse prometida necessariamente teria de ser lutada, podendo um acordo ser alcançado somente após o início do combate. Nessa situação, uma multa deveria ser paga ao rei⁵¹³.

A punição para os derrotados variava, assim como no processo civil, conforme a posição ocupada na relação jurídica processual. Via de regra, o réu condenado sofria a punição “comum” de um criminoso na Inglaterra Medieval, qual seja, a pena de morte. Tradicionalmente, findo o combate, o réu seria amarrado a um cavalo e guiado até o cadafalso, no qual a pena haveria de ser executada⁵¹⁴. Em uma situação alternativa, porém, nos *Appeals*

⁵⁰⁹ RUSSEL, 1977, p. 97.

⁵¹⁰ Ibidem, p. 96.

⁵¹¹ Ibidem.

⁵¹² Ibidem, p. 98 – 99.

⁵¹³ Ibidem, p. 98 – 100.

⁵¹⁴ ELEMA, 2012, p. 272 – 280.

envolvendo o assassinato, a viúva e os parentes da vítima recebiam o “privilégio”⁵¹⁵ de levar o condenado à forca. É importante ressaltar, porém, que não raramente a pena de morte era substituída, por misericórdia dos tribunais, por outra menos gravosa – como a mutilação, como presente no caso *Nithewey v. Nithewey* (1221). À pena física haveria ainda de se somar, em alguns casos, a perda dos bens bem e a deserção dos herdeiros⁵¹⁶. O *apellor* derrotado, porém, era tratado com maior leniência, apesar do entendimento de que havia perjurado. Segundo Glanvill⁵¹⁷, haveria de ser multado e ainda recairia sobre si a mesma pena de infâmia que atingia um campeão derrotado no *Writ of Right*. Após o século XII, o confisco de seus bens, ou ainda o aprisionamento, haviam se tornado outras possibilidades que poderiam ser impostas ao vencido⁵¹⁸.

O procedimento exposto refere-se a um *Appeal* em sentido próprio, isto é, dos casos nos quais a vítima ou um terceiro interessado propõe determinada ação de natureza penal e, por envolver alguma denúncia grave, oferece para provar pessoalmente pela via do combate o seu caso. Existiram, porém, outras modalidades diferentes de *Appeal* que alteraram significativamente alguns elementos dessa configuração inicial.

A primeira delas é o *Appeal* dirigido a determinado tribunal, feito para questionar a sentença proferida. Durante a maior parte da Idade Média, a única maneira por meio da qual era possível recorrer de determinada decisão era a propositura de uma ação penal dirigida ao juiz (ou aos juízes), ou mesmo ao tribunal enquanto instituição. Trata-se, portanto, ou da contestação da sentença, que era tida como um perjúrio⁵¹⁹, ou da contestação dos registros guardados pelo tribunal⁵²⁰. Esse processo seria dirigido, ao que tudo indica, à *Curia Regis*⁵²¹, e o tribunal inferior poderia escolher defender-se por meio do combate ou de outra forma⁵²². É

⁵¹⁵ RUSSEL, 1977., p. 100.

⁵¹⁶ ELEMA, 2012, p. 273.

⁵¹⁷ GLANVILL, 1993, p. 172

⁵¹⁸ ELEMA, *op. cit.*, p. 272 – 280.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 106 – 109.

⁵²⁰ RUSSEL, *op. cit.*, p. 75 – 77.

⁵²¹ ELEMA, *op. cit.*

⁵²² Glanvill explica que “(...) although a court is not bound to defend its record by battle, it is, however, bound to uphold its own judgement” (“apesar de uma corte não ser obrigada a defender seus registros por meio da batalha, ela é obrigada a sustentar a legalidade de seu próprio julgamento”). Tradução livre. (cf. GLANVILL, *op. cit.*, p. 101).

incerto, porém, na hipótese das batalhas, a forma adotada para que ocorra a defesa da corte quando se escolhe o combate, isto é, se seria preferível o tribunal eleger um campeão para representá-lo na causa, ou se o próprio juiz que proferiu a sentença deveria fazê-lo. Glanvill entende que a segunda hipótese é aquela mais adequada⁵²³, mas a sua incerteza somente comprova que ambas as soluções eram admitidas, de modo que surge uma importante exceção à proibição do uso de campeões nos casos criminais. A segunda diferença importante está na natureza da pena imposta ao réu, qual seja, o juiz e o próprio tribunal – o primeiro haveria de ser exonerado do cargo, podendo, ainda, ser-lhe aplicada uma multa – esta última, poderia também ser aplicada à corte em questão⁵²⁴. Por fim, se o autor do *Appeal*, isto é, aquele que recorre da decisão, perdesse esse processo, imediatamente é condenado em seu litígio principal⁵²⁵.

A segunda espécie de *Appeal* abarca os casos envolvendo os chamados *approvers*. Essa figura peculiar, chamada ainda de *probator*, é um produto do século XII e consiste em um réu, que, para escapar a aplicação da pena original e ser-lhe permitido o exílio⁵²⁶, confessaria sua participação no ato ilegal e tomaria para si o dever de processar todos aqueles que haviam feito associação consigo para a prática criminosa em questão⁵²⁷. Inicialmente, esse procedimento parece ter sido criado para que notáveis criminosos fossem processados sem a necessária participação das vítimas⁵²⁸, mas, certamente, também atuava para desarticular redes criminosas. Esses casos eram sempre de jurisdição dos tribunais régios⁵²⁹, sendo ainda comum que se designassem juízes especiais somente para lidar com os processos movidos pelos *approvers*⁵³⁰.

Um réu vitorioso em um duelo contra um *approver* seria libertado, exceto se os juízes o considerassem, ainda assim, suspeito. Nessa situação, ele teria de conseguir angariar um número de apoiadores para apoiar o juramento de que, caso requisitado, compareceria a um novo julgamento. Se não conseguisse, ele poderia optar pelo exílio ou a permanência na prisão. Enquanto isso, um *approver* derrotado necessariamente era punido com a morte e, se essa

⁵²³ GLANVILL, 1993, p. 101

⁵²⁴ Ibidem.

⁵²⁵ Ibidem.

⁵²⁶ RUSSEL, 1977, p. 149 – 150.

⁵²⁷ ELEMA, 2012, p. 192 – 197.

⁵²⁸ Ibidem, p. 192 – 197.

⁵²⁹ Ibidem.

⁵³⁰ RUSSEL, *op. cit.*, p. 149

derrota ocorresse antes que todos os combates tivessem sido realizados, aqueles que ainda não haviam tomado parte na luta seriam liberados, mas também deveriam conseguir apoiadores para jurarem que haveriam de comparecer no tribunal se uma nova acusação fosse trazida⁵³¹. As penalidades para o réu derrotado, porém, eram severas, sendo este enforcado e seus bens confiscados pela coroa⁵³².

O dever de um *probator* ia muito além da mera vitória em combate. A obrigação que assumia era perante o resultado útil do processo, de modo que a força o aguardaria mesmo se os acusados não fossem encontrados, ou ainda se seu *Appeal* padecesse de algum defeito formal⁵³³. Em parte, pela dificuldade de seu dever, mas também pela transformação de seu papel ao longo do século XII, ao *approver* era pago um salário diário até que fosse vitorioso em todos os combates⁵³⁴. Ainda, passou-se a esperar, nos séculos seguintes, que um *approver* desafiaria ao menos cinco de seus “associados”⁵³⁵, sendo notório, a título de exemplo, um *approver* chamado Nicholas de Thropewell, que acusou um total de setenta pessoas⁵³⁶. É evidente, portanto, que, se inicialmente a sua figura era semelhante àquela de um delator, com o tempo, essa posição foi explorada pelo Estado inglês para que outros criminosos não relacionados ao *approver* fossem, por essa via, processados como se comparsas fossem, de modo que a figura do *probator* se tornou um verdadeiro instrumento do processo penal público embrionário no Direito medieval inglês⁵³⁷.

3.3. Julgamento por combate e o Tribunal da Cavalaria

Ainda dentro dos casos penais, a terceira categoria de hipóteses nas quais se admitia o uso do duelo judicial como um método válido de prova abrangia a extensão da jurisdição do Tribunal da Cavalaria (ou dos Cavaleiros), chamada também de Tribunal do Marechal

⁵³¹ RUSSEL, 1977, p. 149 – 151.

⁵³² Ibidem.

⁵³³ Ibidem, p. 151 – 155.

⁵³⁴ Ibidem.

⁵³⁵ Ibidem, p. 155 – 158.

⁵³⁶ Ibidem, p. 158.

⁵³⁷ ELEMA, 2012, p. 192 – 200.

(*Marshal's court*) ou ainda Tribunal do Marechal e do *Constable*⁵³⁸ (*Constable and marshal's Court*)⁵³⁹.

Para entender esse tribunal militar, porém, é primeiro retroceder para o estudo da Cavalaria, enquanto classe social, mas, também, *ethos* cultural, surgida na Europa Medieval após o fim das invasões bárbaras e o início da Baixa Idade Média. Traçar a origem dessas ideias é um trabalho árduo. Larner⁵⁴⁰ entende que esse aspecto antropológico, moral e ético da sociedade europeia nesse período tem suas raízes ligadas ao desenvolvimento literário e cultural da península Ibérica, da França e da Hungria. Em todas as tradições cavaleirescas, alguns elementos tendem a ser predominantes⁵⁴¹:

“There is the same exaltation of *pro* (impetuous courage), balanced by *sen* (intelligence) to produce *mezura* (a mean). Men show their *cortesía* by their *joi* (delight in life), *solatz* (cheerfulness), *larguesa* (munificence and contempt for wealth as such), *saber* (knowledge of poetry and music), and *domney* (service to ladies)”⁵⁴²

Essa visão de Larner, contudo, é demasiadamente redutora, quando contraposta a Dominique Barthélemy. Para esse autor, as origens ideológicas da cavalaria não estão na literatura do século XII e XIII, mas na Germânia do ano 100, descrita por Tácito, ou ainda na Gália de Estrabão e Júlio Cesar⁵⁴³, caracterizada pelos valores de coragem, prodigalidade e

⁵³⁸ A palavra “*Constable*” admite uma série de traduções. Atualmente, corresponde a um oficial de polícia de baixa patente. No entanto, na Europa Medieval era um dos oficiais-chefes do exército, bem como funcionário de determinada casa senhorial. A ele caberia uma série de funções administrativas, inclusive levantar tropas na área sob sua jurisdição quando assim solicitado.

⁵³⁹ RUSSEL, M. J. Trial by Battle in the Court of Chivalry. **Journal of Legal History**, vol. 29, 2008, p. 335 – 358.

⁵⁴⁰ LARNER, John. Chivalric culture in the age of Dante. **Renaissance Studies**, vol. 2, n° 2, 1988, p. 117 – 130. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24409388>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2022.

⁵⁴¹ Ibidem, p. 119

⁵⁴² Há a mesma exaltação do *pro* (a coragem impetuosa), ponderada pela *sem* (a inteligência) para produzir *mezura* (um meio). Homens mostram sua *cortesía* através de sua *joi* (deleite na vida), *solatz* (alegria), *larguesa* (generosidade e desprezo pela riqueza enquanto fim em si mesma), *saber* (conhecimento da poesia e da música) e *domney* (colocar-se à serviço das damas)”. **Tradução livre.**

⁵⁴³ BARTHÉLEMY, Dominique. **A Cavalaria: da Germânia antiga à França do Século XII**. Tradução de Néri de Barros Almeida e Carolina Gual da Silva. 1.ed. Campinas: Editora Unicamp, 2020, p. 21 – 23.

devoção ao senhor de guerra⁵⁴⁴. A principal semelhança, porém, entre os “povos bárbaros” nas fronteiras de Roma e os reinos medievais, estaria precisamente na exaltação do guerreiro, ideologia típica de agrupamentos sociais nos quais o poder dos chefes é medíocre, ainda que não insignificante, uma vez que dependente da manutenção dos laços de lealdade e do voluntarismo⁵⁴⁵.

Há, contudo, uma distância grande entre os guerreiros germânicos e a constituição de uma verdadeira classe de cavaleiros, reconhecida como tal, a ser percorrida durante o período carolíngio e a chamada “mutação cavaleiresca”. No primeiro momento, verifica-se um progresso técnico, associado a expansão agropecuária, que possibilitará classificar aquele que tem à disposição um cavalo, ainda que não propriamente equipado para a guerra, como parte da elite. Em um capitulário Carolíngio de 792, conforme registrado por Barthélemy, servir a cavalo é possível para aquele que possui doze mansos de terra, enquanto para a infantaria, bastaria possuir quatro mansos⁵⁴⁶.

Outro aspecto do período Carolíngio, que seria posteriormente retomado durante a Reforma Gregoriana e o estabelecimento da chamada “trégua de Deus”, entre os séculos XI e XII, é a condenação moral ao homicídio entre cristãos. Esse ideal, ainda que longe de ter tido aplicabilidade perfeita durante o período medieval, concedeu uma justificativa ideológica para o estabelecimento de normas de sociabilidade entre os cavaleiros, e mesmo entre rivais⁵⁴⁷.

Nesse sentido, vale ressaltar que a sociedade medieval, ao menos da maneira que se manifestou na França e no Reino da Inglaterra, é marcada profundamente pelas disputas por reputação e honra, caracterizando uma verdadeira “sociedade de vingança”. O abrandamento das guerras e conflitos a partir dos Carolíngios, em movimento que seria continuado nos séculos seguintes, trouxe como principal consequência a transformação das guerras civis em

⁵⁴⁴ BARTHÉLEMY, 2020, p. 27.

⁵⁴⁵ Nesse sentido, segundo Barthélemy (Ibidem, p. 31), “[o] chefe de guerra só pode recrutar voluntários homens aos quais ele agrada, entre aqueles aos quais faz promessas de butim ou cujo orgulho ele infla. Ninguém é obrigado a segui-lo. Pode ser suficiente para alguns fazer o elogio da guerra e depois voltar para casa. E quanto aos que desistem, faltando com sua promessa, certamente uma desonra ou um descrédito os atinge [...] Em outras palavras, esses guerreiros não devem uma obediência estrita, automática a um chefe, a um Estado digno desse nome. Certamente, para mobilizá-los, a pressão social é forte [...] Mas é sempre necessário que eles partam e guerreiem de sua plena vontade, e por uma virtude da qual eles têm o mérito pleno que os honra.”

⁵⁴⁶ Ibid., p. 93 – 97.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 104; p. 317 – 318.

empreendimentos sazonais, acompanhados de grandes assembleias, caracterizados pela vingança indireta (ou seja, pelo ataque às vilas de camponeses), por traições e por capturas de nobres⁵⁴⁸, mas também pelo aumento das salvaguardas. Anteriormente, um nobre capturado frequentemente seria denunciado ao rei por traição, agora, porém, seria mantido como refém ou hóspede pelo vencedor. Assim, explica o autor:

“Os senhores encarceradores pretendem obter, por meio dos cativos que detêm em seus castelos – frequentemente em torres altas de madeira ou, mais a Leste, em promontórios escarpados, dominando os vales do maciço central – concessões mais do que resgates. Isso quer dizer que eles tratam esses Cavaleiros cativos de maneira mais ou menos amigável, alternando ofertas e ameaças, indo às vezes a ponto de cegá-los, mas temendo mata-los por medo de represálias e da desaprovação da nobreza”⁵⁴⁹.

Essas transformações na guerra, revelam muito sobre a realidade por trás do pano de fundo ideológico da Cavalaria. Em primeiro lugar, esses aristocratas fazem parte da nobreza, são filhos de proprietários de terras, de modo que não convém o derramamento exagerado de sangue. Por essa razão, as principais vítimas do conflito são os camponeses, que são mortos, violentados ou têm suas terras pilhadas pelo senhor vizinho. O seu senhor, ao qual cabe o dever de protegê-lo, recebe assim uma justificativa legítima para ele próprio pilhar as terras dos servos de seu rival. Em verdade, as guerras de vingança combinadas ao discurso moralizante cristão, permite disfarçar a opressão feudal na narrativa de defesa cavaleiresca “das viúvas e dos órfãos, das mulheres e dos camponeses desarmados”⁵⁵⁰, ao mesmo tempo em que reitera a posição social privilegiada dos Cavaleiros e consagra a violência simbólica aos estratos mais vulneráveis da sociedade.

A partir da chamada “mutação cavaleiresca”, no século XI, há um reforço desse aspecto instrumental da Cavalaria, por meio do desenvolvimento daquilo que seria considerado por autores subsequentes como as práticas de cavalaria clássicas: o adubamento, a exaltação da proeza individual, a realização de belos gestos entre Cavaleiros e a prática dos jogos, sobretudo nos torneios medievais sazonais⁵⁵¹. O adubamento é um ritual cerimonial de entrega de armas ao jovem cavaleiro, comumente celebrado na corte de um príncipe regional, e possui dupla

⁵⁴⁸ BARTHÉLEMY, 2020, p.143 – 154.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 178.

⁵⁵⁰ Ibid., p. 585

⁵⁵¹ Ibid., p. 205 – 288.

função: marcar a maioria do adubado, e estabelecer entre adubado e autoridade adubadora, uma relação de fidelidade⁵⁵², ainda que esta não se confunda com a vassalagem, a qual exige a prestação da chamada homenagem. A exaltação da proeza individual, por sua vez, viu-se cada vez mais presente com o desenvolvimento da heráldica, que permite distinguir, seja no campo de batalha, seja em tapeçarias e gravuras posteriores, as façanhas individuais dos Cavaleiros, em oposição às façanhas coletivas⁵⁵³.

Essa consagração dos cavaleiros, será, ainda muito estimulada nas cortes regionais, sobretudo por meio da realização de torneios e festas patrocinados pelos príncipes⁵⁵⁴. Não se trata de uma ação ingênua ou sem propósito. No contexto do fortalecimento dos poderes reais, e de ascensão da burguesia como um grupo de interesse que não mais poderia ser ignorado, e que buscava a pacificação das rotas comerciais e a proliferação do comércio⁵⁵⁵, a prática dos jogos e dos torneios, o aumento das solenidades cavaleirescas, a construção de um ambiente de incentivo às práticas esnobes da Cavalaria e, ainda, a elaboração de romances e poemas que exaltam as virtudes do guerreiro aristocrata, como a *Canção de Rolando* (escrito entre 1130 e 1170), *Tristão e Isolda* (escrita durante o século XII), as histórias de Lancelote e do Ciclo Arturiano, não podem ser dissociados de um esforço dos príncipes em compensar a perda do poder da nobreza, a partir do incentivo às prodigalidades e da concessão de privilégios⁵⁵⁶.

É nesse contexto, de uma nobreza guerreira em uma sociedade de vingança, detentora de privilégios e formalidades próprias, que se posiciona a instituição do Tribunal da Cavalaria. Esse Tribunal era, em seus vários aspectos, uma anomalia no sistema jurídico inglês: quase inteiramente um modelo importado do continente (sobretudo de ascendência francesa), o tribunal estendia a sua jurisdição a todos os casos envolvendo os chamados “duelos de cavalaria”. Para que um combate fosse assim caracterizado alguns elementos comuns poderiam ser identificados: primeiramente, o fato em questão precisa de alguma forma versar sobre temas envolvendo guerra ou traição⁵⁵⁷ – em diversos casos, esses núcleos se entrelaçavam – em

⁵⁵² Barthélemy, 2020, p. 214.

⁵⁵³ Ibid., p. 255.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 359

⁵⁵⁵ Ibid., p. 363.

⁵⁵⁶ Ibid., p. 588.

⁵⁵⁷ RUSSEL, 1977, p. 176 – 177.

segundo lugar, o litígio poderia (ou não) envolver fatos ocorridos no exterior⁵⁵⁸; por fim, comumente, as partes se enfrentando eram nobres ou cavaleiros⁵⁵⁹.

A origem desse tribunal está na necessidade de solucionar os litígios que surgiam em meio a um exército em campanha, cuja competência recaía sobre os oficiais em comando. Os costumes e práticas desses oficiais padronizaram-se, dando origem a um *ius armorum*⁵⁶⁰, um direito comum dos cavaleiros, que paulatinamente se difundiria e alcançaria seu ápice a partir da criação das cortes marciais no século XIV.

A abrangência da jurisdição desses tribunais, no início, para engolfar todos os casos envolvendo crimes cometidos no exterior é bem exemplificada pelo caso *Jean Visconti v. Thomas de La Marche* (1350)⁵⁶¹: Visconti era um cavaleiro cipriota que acusou La Marche, filho bastardo do rei francês à serviço do rei da Sicília, de traição contra este, por ter conhecimento de uma conspiração para sequestrar o rei e seu juiz-chefe, mas não cumprir o seu dever de denunciar o fato, bem como por trazer notícias falsas em suas cartas a respeito dos acontecimentos na Sicília. O duelo foi sediado em Westminster, sob a vista do rei Eduardo III da Inglaterra e o cavaleiro cipriota foi derrotado, sua vida sendo poupada tão somente por uma intervenção do monarca.

O caso descrito traz ainda uma segunda peculiaridade: a natureza do crime de traição no Direito medieval europeu. A constituição desse delito ao longo dos séculos é uma verdadeira colcha de retalhos fundada em dois conceitos provenientes de sistemas político-jurídicos distintos. Em primeiro lugar, há a ideia germânica de *sedition*, isto é, da quebra da confiança entre um vassalo e seu senhor; em segundo lugar, o conceito romano de *majestas* associado ao crime de *lesa maiestatis*, isto é, um insulto àquele investido com poderes da autoridade pública, particularmente na Europa do medievo, o rei⁵⁶². Assim, tanto no processo romano dos casos de traição quanto no processo medieval, se verificavam alguns aspectos: a possibilidade de julgar um acusado após a morte, a condenação da memória do traidor a partir da infâmia, o confisco de seus bens e a extensão da punibilidade a seus filhos, em alguns casos, a partir da pena capital,

⁵⁵⁸ ELEMA, 2012, p. 77 – 82.

⁵⁵⁹ RUSSEL, 1977, p. 176 -177.

⁵⁶⁰ Ibidem, p. 77 – 82.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 81.

⁵⁶² BELLAMY, J. G. **The Law of Treason in England in the Later Middle Ages**. 1.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 1 – 10.

em outros, deserdando-os. Outro aspecto essencial desse processo, foi a equivalência entre o ato de traição em si e a falha no dever de informar determinada conspiração quando dela se toma conhecimento, como no caso proposto contra La Marche.

Há, ainda, uma correlação entre a expansão dos delitos considerados como traição, a incorporação dos conceitos romanos e uma mudança de paradigma na figura real. Durante o início da Idade Média, entendia-se que um súdito devia lealdade a seu soberano, o que não necessariamente significa obediência plena. Há, entre ambos, uma relação de confiança, de modo que os dois teriam de se submeter à lei do reino. Por essa razão, antes do século XIII, segundo Bellamy:⁵⁶³

“It was even argued that a man wronged by his king had a duty, after offering formal defiance [*diffidatio*], to seek justice through rebellion. Who was in the right would be decided by judgement of God as revealed by victory in pitched battle. By no accident did the baronial rebels in England in 1215 call themselves the 'army of God'”⁵⁶⁴.

É a partir do entendimento de que os reis eram “soberanos”, isto é, de que não se submetiam, no plano temporal, a nenhuma outra autoridade – ao mesmo tempo em que se aproximavam, em uma aspiração teocrática, a postura de vice-reis de Deus⁵⁶⁵ – que essa visão passa a mudar e surge, portanto, o entendimento de que o súdito deve obediência ao monarca, que é também *leges solutus*. Na Europa continental, para a constituição dessa nova monarquia, houve um movimento intencional da realeza de apropriação das estruturas jurídicas romanas, que paulatinamente ocuparam o Direito germânico pré-existente⁵⁶⁶ – em uma tentativa de imitar os imperadores de outrora. Entretanto, na Inglaterra, a influência romana permeou o sistema jurídico sobretudo por meio da Igreja e dos doutrinadores⁵⁶⁷, com as grandes reformas na

⁵⁶³ BELLAMY, 2004, p. 10 – 11.

⁵⁶⁴ “Alegou-se que um homem injustiçado por seu rei, tinha o dever, após oferecer o desafio formal [*diffidatio*], de buscar justiça através da rebelião. Aquele que tivesse consigo o Direito, seria decidido por meio do Julgamento de Deus como revelado pela vitória em uma batalha campal. Não foi por acidente que os barões rebeldes na Inglaterra em 1215 chamavam-se de ‘o exército de Deus’”. **Tradução livre.**

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 10 – 14.

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 1 – 10.

⁵⁶⁷ Ibidem.

maneira pela qual a traição por meio da rebelião foi tratada, surgindo a partir do reinado de Eduardo I – após as rebeliões galesas e escocesas⁵⁶⁸.

No final do século XIII, uma miríade de atos compunha o tipo penal da traição: o assassinato do rei, de sua mãe, de seu pai, da consorte, de seus filhos ou filhas, bem como o planejamento para fazê-lo. Poderia, ainda, ser considerado um criminoso aquele que buscasse adivinhar a morte do rei, planejasse usurpar o trono ou traísse o exército real. A essa lista, haveria de se somar crimes de natureza financeira, como a falsificação de moedas ou do selo real⁵⁶⁹. Em 1279, cerca de duzentas e noventa e seis pessoas foram condenadas à morte por enforcamento, como penalidade por terem extraído da borda das moedas reais uma parcela do metal que as compunha – um delito que poderia, em última instância possibilitar a cunhagem de novas moedas por pessoas não autorizadas a fazê-lo⁵⁷⁰. A primeira codificação dos crimes de traição no Direito Inglês remonta ao Estatuto das Traições de 1352⁵⁷¹.

Antes da Peste Negra⁵⁷², a maneira comum de acusar alguém de alta traição era via o *Appeal*⁵⁷³ nas cortes de *Common Law*, e o julgamento seria feito, normalmente, por meio do júri. Se proposto o combate, ainda que raro, um acordo somente poderia ser alcançado com o consentimento do monarca⁵⁷⁴. A lista de pessoas aptas a propor um *Appeal* de traição era ampla, abrangendo, inclusive, menores de idade e servos – mas havia restrições a quem participara do fato como conspirador e àqueles que, apesar de não tomarem parte, com ele consentiram⁵⁷⁵.

Há alguns casos de traição julgados por meio do combate nas cortes de *Common Law* no período anterior ao estabelecimento do Tribunal da Cavalaria. Dois desses casos, ao que tudo indica, datam aproximadamente do ano de 1096⁵⁷⁶. No primeiro *Appeal*, William de Eu

⁵⁶⁸ BELLAMY, 2004, p. 23 – 59.

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 15 – 19.

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 17.

⁵⁷¹ ELEMA, 2012, p. 128.

⁵⁷² Ibidem, p. 121 – 128.

⁵⁷³ BELLAMY, *Op. cit.*, p. 19 – 20.

⁵⁷⁴ Ibidem.

⁵⁷⁵ Ibidem, p. 19 – 20.

⁵⁷⁶ Apesar de Neilson colocar o caso *Orgar v. Edgar the Atheling* como sendo de “aproximadamente” 1096. A evidência de que Edgar não lutou por conta própria, mas por intermédio de um campeão, devido a sua idade avançada, bem como o fato de se desconhecer exatamente quando nasceu Edgar, torna provável que a disputa tenha ocorrido posteriormente, inclusive já nos primeiros anos do século XII.

foi acusado de traição, lutou um duelo judicial e, derrotado, teve seus olhos retirados. A mutilação, então, haveria de servir como prova para todos de sua “traição e iniquidade”⁵⁷⁷. O segundo caso é *Orgar v. Edgar the Atheling*⁵⁷⁸. Edgar era o um membro da casa de Wessex, tendo sido eleito ao trono em 1066, porém, em razão subida ao poder de Guilherme I, não fora coroado. Orgar, que também era inglês, acusou o réu de alegar que a cora pertencia a si e a seus filhos por direito. Em razão de sua idade avançada, o tribunal permitiu a Edgar a seleção de um campeão, ocasião rara nos *Appeals*. Em combate, Orgar foi derrotado por outro inglês, Godwin de Winton, que o teria esfaqueado com uma adaga que o *appellor* escondera em suas botas ilegalmente, mas que seu adversário conseguira tomar durante o embate.

O terceiro caso de traição no qual efetivamente ocorreu uma batalha entre as partes foi *Henrique de Essex v. Robert de Montford* (1163)⁵⁷⁹. Henrique era o porta-estandarte do rei na guerra no País de Gales e, durante uma batalha em 1157, supostamente gritou que o monarca havia sido morto e jogou no chão o estandarte real. O evento, ainda que aparente se tratar de uma confusão ocorrida no calor do combate, foi suficiente para que o nobre fosse acusado de traição, sob a premissa de que seus atos desmoralizaram as tropas e poderiam ter resultado em uma humilhante derrota para a coroa inglesa. O *appellor*, Robert de Montford, enfrentou-o em uma ilha no rio Tâmbisa, próxima a Abadia *Reading*. Henrique foi derrotado e dado como morto, seu corpo dado aos monges da abadia para que fosse preparado aos ritos funerários. Conta-se, então, que, passado algum tempo, Henrique despertou, ao que rei optou por demonstrar-lhe misericórdia e aceitou que o réu condenado se tornasse um monge. Esse caso é interessante precisamente porque novamente entrelaça os aspectos espirituais e temporais de um julgamento por batalha: Henrique, derrotado em combate, é condenado perante pelo juízo divino, ao que lhe resta somente a pena de morte. Entretanto, “revivido”⁵⁸⁰, sua pena é abrandada pelo mesmo Deus que o condenou, e cabe ao rei, nessa situação, ser misericordioso.

Entre o final do século XII e durante a maior parte do século XIII os *Appeals* de traição parecem cair em desuso, somente para ressurgirem em 1294 no caso *Normaund v. Renulf*⁵⁸¹. Apesar desse litígio não deter grande importância, o fato de ser o primeiro caso criminal de

⁵⁷⁷ NEILSON, 1891, p. 59.

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 59 – 60.

⁵⁷⁹ Ibidem, p. 61 – 62.

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 62.

⁵⁸¹ RUSSEL, 1977, p. 180 – 181.

traição em aproximadamente cem anos, pode indicar um ressurgimento da prática na esteira da popularização e difusão dos ideais de cavalaria⁵⁸². Isso parece se confirmar pelo *Appeal Vescy v. John* (1294)⁵⁸³, que possui características absolutamente distintas de casos criminais anteriores. Nesse litígio, o *appellor* processou um nobre irlandês por difamação, pois este o havia acusado de traição. O rei Eduardo I ordenou que o caso fosse transferido para *Westminster*, e, em seguida, rejeitou o processo como um todo alegando que: a promessa de batalha havia sido feita antes que o combate fosse devidamente adjudicado pelo tribunal, bem como que o tribunal não julgaria um caso envolvendo difamação. Chama atenção, nessa disputa, a menção ao uso de armaduras e lanças, presentes desde muito cedo no julgamento por combate francês, mas inéditos no Inglês⁵⁸⁴, bem como a alegação de uma ação direcionada de maneira clara e inequívoca contra a honra do oponente (qual seja, a difamação), que busca adentrar o sistema jurídico e justificar uma lide por meio do seu entrelaçamento (mas não de sua equivalência) com crime de traição. O caso traz, ainda, uma marca que se irá verificar em disputas subsequentes, isto é, a presença da intervenção real.

Cabe ressaltar que, apesar da intervenção do rei nos assuntos jurídicos não ser uma novidade para a monarquia centralizada da Inglaterra, especialmente no tocante aos casos de traição, é inegável que a postura de Eduardo I, rejeitar os excessos dos duelos de honra da cavalaria e impedir a realização do julgamento por combate com base em alegações de vícios formais no processo, era relativamente incomum – mas viria a tornar-se cada vez mais rotineira ao longo das décadas subsequentes. Um exemplo, é o caso *Punchardon v. Castel* (1351), um *Appeal* de traição entre dois cavaleiros, envolvendo fatos ocorridos na Bretanha, no qual o rei entrevistou para conceder a vitória ao polo passivo⁵⁸⁵.

Contudo, isso não significa que os monarcas atuaram ativamente para coibir, desde o início, os duelos de cavalaria. Pelo contrário, os sucessores de Eduardo I não só estimularam-nos, como também buscaram tomar parte neles. Assim, tanto Eduardo III, como Ricardo II e Henrique V propuseram duelos contra o rei da França para decidir o destino deste reino e pôr um fim à hoje denominada Guerra dos Cem Anos⁵⁸⁶ – ainda que, há de se ressaltar, tais duelos

⁵⁸² RUSSEL, 1977, p. 180 – 181.

⁵⁸³ Ibidem, p. 181.

⁵⁸⁴ ELEMA, 2012, p. 252 – 257.

⁵⁸⁵ RUSSEL, *op. cit.*, p. 182 – 183.

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 182.

propostos, pelos requisitos citados no início deste capítulo, não constituem duelos judiciais em sentido próprio. É, porém, nesse contexto de busca por honra, glorificação dos combates pessoais e difusão acelerada dos ideais cavaleirescos, em que se posiciona o surgimento do Tribunal da Cavalaria durante o século XIV. O primeiro caso que certamente se desenvolveu sob sua jurisdição é *Burnel v. Morley* (1346)⁵⁸⁷.

Há uma profunda discussão a respeito da data de criação e as condições nas quais surgiu essa corte. Segundo Squibb⁵⁸⁸, o mais provável é que seus poderes jurisdicionais lhe tenham sido delegados pelo Conselho do Rei, já que somente esse órgão, anteriormente, poderia lidar com casos nos quais a *Common Law*, por suas limitações territoriais e pessoais, não poderia ser aplicada. Essa tese é rejeitada por Keen⁵⁸⁹, para quem o Tribunal foi uma consequência natural da extensão dos poderes do *Constable* e do Marechal da Inglaterra nos exércitos reais e, precisamente por essa razão, o corpo jurídico aplicado era o *ius armorum*.

As principais razões por trás da disputa, porém, estão fundadas no entendimento da amplitude da jurisdição da qual gozava o tribunal. Na avaliação de Squibb⁵⁹⁰, há um equívoco na tradução do termo *Curia Militaris* empregado pelos autores medievais para se referir a essa corte. Ao invés de se referir a um tribunal marcial em sentido amplo, o termo *miles* possivelmente está sendo empregado no sentido de “cavaleiro” de modo que seria um Tribunal dos Cavaleiros (e não um Tribunal dos Cavaleiros e uma corte marcial). Nesse sentido, a falta de disciplina dos soldados em campanha, bem como outras atribuições que o *Constable* e o Marechal teriam, em tempos de guerra, junto aos exércitos reais não se confundiam com os trabalhos do Tribunal da Cavalaria.

Para Keen⁵⁹¹, porém, a jurisdição da Cavalaria e a jurisdição dos oficiais militares em geral, apresentavam intersecções. Um dos exemplos trazidos pelo autor, são os casos envolvendo disputas a respeito de brasões de armas. Sabe-se que o Tribunal da Cavalaria tinha competência para solucionar esses casos e, ao mesmo tempo, que os oficiais em campo

⁵⁸⁷ RUSSEL, 1977, p. 182.

⁵⁸⁸ SQUIBB, G. D. The origin and medieval jurisdiction of the Court. In: **The High Court of Chivalry: A Study of the Civil Law in England**. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 1 – 28.

⁵⁸⁹ KEEN, Maurice. The Jurisdiction and Origins of the Constable's Court. In: **Nobles, Knights, and Men-At-Arms in the Middle Ages**. Londres: The Hambledon Press, 1996, p. 135 – 148.

⁵⁹⁰ SQUIBB, 1997, p. 3 – 10.

⁵⁹¹ KEEN, *op. cit.*, p. 138 – 145.

poderiam conceder aos soldados tais brasões. Assim, não é absurdo propor que os mesmos oficiais poderiam também resolver as disputas envolvendo os brasões concedidos por eles.

Uma evidência mais contundente para sustentar o argumento de Keen, porém, está na miríade de casos nos quais o Tribunal da Cavalaria julgou decisões que haviam sido tomadas por comandantes do exército⁵⁹². Assim, conclui o autor que a jurisdição do Tribunal da Cavalaria era apenas um pouco maior que aquela dos oficiais do exército real, sendo as principais diferenças a possibilidade de trazer causas que envolviam valores maiores ou acusações mais graves para a Corte dos Cavaleiros⁵⁹³, bem como a perenidade do Tribunal da Cavalaria quando comparada ao tribunal *ad hoc* estabelecido em cada séquito militar durante campanhas.

Um último problema referente aos poderes do Tribunal da Cavalaria foi a expansão não só de sua jurisdição, mas também de seu uso a partir da segunda metade do século XIV. Em especial, aponta-se o maior número de litigantes a partir desse período como uma consequência não só da propaganda dos ideais cavaleirescos promovida, sobretudo, no reinado de Eduardo III, mas também pelas diversas campanhas da Guerra dos Cem Anos, que foram responsáveis por aumentar a participação de soldados ingleses em territórios fora da jurisdição da *Common Law*⁵⁹⁴, e a aparição de problemas envolvendo a distribuição dos espólios de guerra, o direito de manter prisioneiros e receber o resgate, a observância de cartas de salvo-conduto, entre outras questões militares que viriam a ser resolvida pelo *Constable* e o *Marechal*. Desse modo, sabe-se que, além de julgar os chamados “feitos de armas” e de guerras dentro e fora do reino, em 1389, a Corte recebia petições envolvendo contratos, empréstimos, dívidas, invasões de propriedade e até mesmo furto de bens⁵⁹⁵. Mesmo Ricardo II, uma vez deposto, foi acusado de abusar de suas prerrogativas reais para levar *Appeals* que poderiam ser julgados pelos Tribunais de *Common Law* para a Corte dos Cavaleiros⁵⁹⁶.

⁵⁹² Cf. KEEN, 1996, p. 141.

⁵⁹³ Ibidem, p. 142.

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 147;

⁵⁹⁵ SQUIBB, 1997, p. 18 – 21.

⁵⁹⁶ KEEN, *Op. cit.*, p. 135 – 138.

Esse tribunal era presidido por dois funcionários da coroa, o Lorde Marechal (*Earl Marshal*) e o Alto Lorde *Constable*⁵⁹⁷ (*Lord High Constable*)⁵⁹⁸, dos quais o segundo detinha maior autoridade⁵⁹⁹, dado que sua competência derivava das atribuições e do escritório do Vicário Geral sob o Rei⁶⁰⁰. Apesar dos procedimentos serem semelhantes àquele de um *Appeal* trazido perante as cortes de *Common Law*, alguns elementos eram visivelmente distintos, reiterando que o tribunal fora, em grande medida, uma importação do modelo francês.

O *appellor*⁶⁰¹ (ou ainda o polo ativo da relação jurídica processual, em sentido amplo) que desejasse provar seu caso perante o tribunal da cavalaria primeiro deveria peticionar o Rei-em-Conselho, apresentando um documento com a lista das reclamações⁶⁰². Em seguida, o caso seria transferido para o Tribunal da Cavalaria. Uma vez que estivesse nessa corte, perante o *Constable* deveria apresentar os detalhes de seu caso, oferecendo-se provar por meio do duelo – mais especificamente, oferecendo a prova “a partir de seu corpo”⁶⁰³, assim como nos *Appeals* de *Common law*, desde que não fosse possível provar de outra maneira. Então, entregava sua luva (*gauntlet*) para o tribunal. O réu, por sua vez, haveria de dizer que iria defender a sua honra, podendo então optar pela entrega de sua luva ao tribunal ou pela aceitação da luva de seu oponente.

Algumas alterações no procedimento tradicional do julgamento por batalha são encontradas nesse procedimento inicial: notadamente, a cerimônia das luvas, parte da promessa de batalha, se encontra, no Tribunal da Cavalaria, no momento da oferta da batalha. Está ausente, ainda, a opção do réu de optar pelo júri ou outra forma de prova, precisamente porque o combate só seria autorizado pela corte se esta entendesse que não havia outro método

⁵⁹⁷ ELEMA, 2015, p. 77 – 82.

⁵⁹⁸ Na Inglaterra Medieval, existiam diversos oficiais denominados “Marechal” e “*Constable*”, mas somente um Lorde Marechal (Marechal da Inglaterra, ou *Earl Marshal*) e somente um Alto Lorde *Constable*, ou *Constable* da Inglaterra (*Lord High Constable*). Ao se referir a “Marechal” e “*Constable*” ao longo dessa pesquisa, sempre se estará fazendo referência a esses oficiais maiores (cf. SQUIBB, 1997, p. 1 – 11).

⁵⁹⁹ Na verdade, em muitos autores, o Marechal é definido como um “tenente” do *Constable* (cf. *ibidem*, p. 1).

⁶⁰⁰ RUSSEL, 1977, p. 176 – 177.

⁶⁰¹ Um outro aspecto interessante do processo penal na jurisdição da Corte da Cavalaria, é a autorização de *cross-Appeals* (ou processos cruzados), isto é, acusações simultâneas (mas não necessariamente envolvendo o mesmo tipo penal) entre as partes. Assim, um réu acusado por um *appellor*, poderia, no mesmo processo, acusar seu adversário de ter cometido um crime (cf. *Ibidem*, p. 218).

⁶⁰² SQUIBB, *op. cit.*, p. 22 – 25.

⁶⁰³ RUSSEL, *op. cit.*, p. 184.

probatório adequado. Entretanto, o réu poderia optar pela rejeição do duelo se aquele que o acusava era infame⁶⁰⁴.

A promessa da batalha seria feita durante a fase instrutória do processo, assim como nos casos civis e penais, mas seu modelo era distinto. Em primeiro lugar, o *Constable* deveria designar uma data e um local para que a batalha fosse lutada, com a adição de um prazo mínimo de quarenta dias distando a promessa e o combate prometido, bem como designar as armas que seriam utilizadas. Por fim, as partes deveriam coletar *pledges*, isto é, pessoas dispostas a jurarem que os litigantes compareceriam na data estipulada pelo tribunal e não emboscariam, seja pessoalmente, seja por meio de terceiros que os apoiassem, seu adversário⁶⁰⁵. Esses *pledges* poderiam ser multados não só na hipótese de ausência de uma das partes, mas também se aquele que garantiam viesse a morrer em razão de causas não naturais, isto é, se em decorrência de sua própria ação e, portanto, com culpa, falece⁶⁰⁶.

A arena era, então, construída, e sua estrutura apresentava distinções daquela utilizada nas cortes de *Common Law*. Haveria de ter aproximadamente 18,28 metros de extensão e 12,19 metros de largura, adotando, portanto, um formato retangular. Ao seu redor, seriam colocadas grades de ao menos 2,13 metros – altura necessária para que nenhum cavalo saltasse por ela – sendo instalados portões nas extremidades leste e oeste⁶⁰⁷. Montar-se-ia um estrado, sobre o qual sentaria o monarca, caso se fizesse presente, e abaixo do qual seriam posicionados o Lorde Marechal e o *Constable*. Fora esses oficiais, sargentos-de-armas deveriam estar posicionados em ambos os portões. Por fim, seriam ainda organizadas tendas para os participantes.

Diferentemente do procedimento nas hipóteses do *Writ of Right* e do *Appeal* nos tribunais de *Common Law*, os participantes não se dirigiam primeiro à corte para realizarem seus juramentos. Ao contrário, haveriam de fazê-lo na arena⁶⁰⁸. Assim, o *Appellor* seria o

⁶⁰⁴ RUSSEL, 1977, p. 184.

⁶⁰⁵ Ibidem.

⁶⁰⁶ Russel (cf. Ibidem, p. 208) traz o exemplo de um acusado que morreu após uma rebelião e, mesmo assim, houve a condenação ao pagamento de uma multa ao *appellor*.

⁶⁰⁷ RUSSEL, 1977, p. 184 – 185.

⁶⁰⁸ Isso não significa, porém, que o rito do dia se iniciasse necessariamente no campo de batalha. Sabe-se que ao menos o *Appellor*, no início da manhã, dirigia-se a Igreja para que seus equipamentos fossem benzidos (cf. Ibidem, p. 197). É plenamente possível que o réu fizesse o mesmo.

primeiro a adentrar o campo a partir do portão leste⁶⁰⁹, trajando armadura completa e com seu visor abaixado, onde seria encontrado pelo Marechal e o *Constable*, devendo este último questionar quem era o cavaleiro e porque ele viera armado para aquele local. A resposta do *appellor* é registrada por Russel⁶¹⁰:

“I am such a man A of B, the appellant, who am come armed and mounted, as you see, to the door of these lists to demand an entry, to make and endeavour to prove mine intent against X of Y and to acquit my pledges”⁶¹¹.

O *Constable* deveria verificar a identidade do cavaleiro e autorizar a sua entrada. O *appellor* era levado ao rei, junto ao seu conselheiro jurídico, e pedia ao Marechal e ao *Constable* que o liberassem de seu juramento de que compareceria em determinada hora e local. Os oficiais, entretanto, não eram aqueles que deveriam fazê-lo se na presença do rei estivessem – de modo que apenas aconselhavam o monarca a libertar o participante de suas promessas. O rei poderia optar por fazê-lo naquele momento, ou posteriormente, mas, ainda assim, antes do combate⁶¹². O réu então comparecia pelo portão oeste, e o mesmo procedimento era realizado.

Durante essa cerimônia, um oficial do *Constable* tomava nota, nos registros do tribunal, a respeito da ordem, do tempo, do modo, das armas e do cavalo que os participantes traziam consigo quando chegaram ao tribunal. A cada participante deveria ser atribuído um conselheiro para fiscalizar as partes no momento anterior ao combate. Por fim, cada um dos participantes teria suas armas fiscalizadas e, segundo Russel⁶¹³, mesmo suas lanças seriam cortadas para assegurar que nenhuma fosse maior ou menor que a outra, demonstrando a preocupação existente no combate judiciário para que nenhum participante estivesse em uma situação desvantajosa.

⁶⁰⁹ Segundo Russel (1977, p. 197), os participantes não compareciam sozinhos a arena, pelo contrário, mais comumente trazia consigo um séquito, composto pelo conselheiro jurídico, um armeiro e alguns servos. O autor extrai essas informações de um relato datado do século XV de John Hill, um sargento real. Essa postura apenas ressalta como as batalhas de cavalaria eram um fenômeno jurídico que envolvia, acima de tudo, a nobreza.

⁶¹⁰ Ibidem, p. 185.

⁶¹¹ “Eu sou o homem A de B, o *apelante*, que vem armado e montado, como você vê, para o portão dessas listas para exigir a entrada, para que eu possa fazer minha jornada para provar minha intenção contra X de Y e para libertar os meus juramentos”. **Tradução livre.**

⁶¹² Ibidem., p. 186.

⁶¹³ Ibidem, p. 188.

Os juramentos poderiam ser feitos perante o rei ou já no local designado para o combate, as listas, sendo que a presença do *Constable* para supervisionar os juramentos era imprescindível. O *appellor* jurava primeiro, colocando sua mão direita sobre um símbolo religioso (um crucifixo e a Bíblia). Poderia, ainda, ser exigido que se ajoelhasse. O conteúdo de seu juramento era simples, seguia a fórmula do *Appeal* de alegar a verdade do caso. Uma vez que tivesse terminado, deveria se retirar e o réu seria chamado a frente, para que fizesse ele próprio seu juramento a respeito de sua causa ser verdadeira⁶¹⁴. Há de se notar que esse juramento do Tribunal da Cavalaria possuía distinções tanto na ordem em que os participantes se pronunciavam, quanto em sua posição, dado que não se recorria a tradicional fórmula de se colocar a mão esquerda sobre a mão direita do oponente.

Um segundo juramento era feito. Nesse segundo rito, porém, não só as partes juravam que não empregariam feitiços e artifícios mágicos, mas também que haviam comparecido no dia estabelecido e com as armas e equipamentos autorizados pela corte. Novamente, jurava primeiro o *appellor* e depois o acusado. Finalmente, as partes eram novamente reunidas perante o *Constable*, suas mãos direitas unidas, para que uma proclamação fosse feita⁶¹⁵:

“Take each Other by the right hand, and I declare in the king’s name that neither of you be so hardy violently to handle the other upon your peril”⁶¹⁶.

Esse comentário peculiar dirigido aos participantes chama a atenção do pesquisador. Como já dito, e evidenciado anteriormente, apesar da morte ser um resultado raro nos duelos, as lutas frequentemente tornavam-se brutais, sobretudo em casos criminais, em razão de pairar sobre estes a possibilidade da aplicação da pena capital. Ao declarar, entretanto, que os adversários não serão violentos em excesso, o *Constable* revela uma visão do duelo a partir do ideal cavaleiresco, em que os participantes, apesar de adversários, mantêm a todo momento uma postura honrosa que os deveria separar da barbárie. Isso, evidentemente, é uma visão romântica que não correspondia, necessariamente, à realidade.

⁶¹⁴ RUSSEL, 1977, p. 190.

⁶¹⁵ Ibidem, p. 191.

⁶¹⁶ “Apertem a mão direita um do outro, e eu declaro em nome do rei que nenhum de vocês será tão violento para colocar o outro sobre um grave perigo”. **Tradução livre.**

Um bom exemplo é o caso *Sir John Annesley v. Thomas Katrington* (~1380)⁶¹⁷. Katrington era um escudeiro que fora acusado de vender o castelo de seu senhor aos franceses no contexto da Guerra dos Cem Anos. O caso foi adiado diversas vezes até que fora decidido definitivamente que o Tribunal da Cavalaria teria plenos poderes para julgar casos ocorridos no exterior⁶¹⁸. O combate, segundo Neilson⁶¹⁹, foi intenso e duradouro, com os participantes usando suas lanças, seguido de suas espadas e, por fim, as adagas. O esgotamento de ambos os participantes era tão evidente, que *Sir John Annesley* tropeçou enquanto investia para um ataque contra o escudeiro, sendo incapaz de enxergar devido ao suor que escorria sobre o seu rosto. O réu, então, aproveitou-se do momento para tentar derrotar no combate corpo a corpo o seu adversário, mas ele também caiu, dessa vez sobre o corpo do outro, incapaz de se mover. O rei interviu e parou a luta para examinar os participantes. O escudeiro estava tão exausto, que era incapaz de falar ou ficar de pé sem auxílio. Eventualmente, o monarca optou por retomar a luta, inclusive posicionando os adversários na exata posição em que se encontravam quando o duelo fora interrompido. No entanto, enquanto o cavaleiro foi capaz de se dirigir ao campo de batalha sem muitas dificuldades, Katrington colapsou ao se levantar da cadeira onde estava sentado. Em pouco tempo, foi declarado que o escudeiro havia perdido o combate. Ele morreu no dia seguinte, delirando em razão da exaustão de seu corpo.

O primeiro pronunciamento do *Constable* seria seguido por uma fala dirigida individualmente a cada participante, conclamando-o a utilizar de todos os meios a disposição para provar-se correto na disputa e estabelecendo, ainda, que o combate teria fim quando um dos participantes se rendesse ou estivesse morto⁶²⁰. Provavelmente, os combates no Tribunal da Cavalaria adotavam a regra segundo a qual, se o réu permanecesse lutando até o aparecer das primeiras estrelas, seria declarado inocente. Por fim, um arauto leria uma proclamação dos oficiais encarregados da corte determinando que ninguém poderia interferir no resultado da batalha.

Durante o combate, os participantes lutariam vestidos com armadura completa e montados a cavalo (exceto em *Appeals* de homicídio trazidos perante a corte⁶²¹), podendo

⁶¹⁷ A respeito da data, é incerta, mas sabe-se que ocorreu por volta de 1380, após uma série de adiamentos. Cf. NEILSON, 1891, p. 171 – 176.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 172.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 174 – 175.

⁶²⁰ RUSSEL, 1977, p. 191.

⁶²¹ Ibidem, p. 201.

utilizar uma série de armamentos, que variavam conforme o período em que o combate foi lutado. Assim, se nos primeiros casos fala-se no uso de machados de guerra⁶²², posteriormente, a espada longa torna-se mais comum. Os desafiantes poderiam empregar mais de uma arma, desde que assim fosse autorizado pelo tribunal. Jamais, no entanto, um duelista poderia ser favorecido pelo armamento que trazia consigo, deveria haver plena paridade⁶²³. Por fim, a luta poderia ser interrompida caso uma das partes desejasse confessar, bem como caso requisitassem bebida ou algum alimento.

O resultado de um duelo no Tribunal da Cavalaria teria diferentes consequências conforme o crime alegado pelo *appellor* – isto é, se tratasse de traição ou não. Na primeira hipótese, a parte que fosse derrotada seria desarmada, amarrada a um cavalo e arrastada até o local de sua execução. Ainda, seria quebrado uma das extremidades das listas como um símbolo de infâmia⁶²⁴. Para delitos menores⁶²⁵, as únicas diferenças eram a ausência do rito de destruição de parte da lista e a maneira pela qual o derrotado seria levado ao local de sua execução, dado que não era amarrado a um cavalo. É notável, que, diferentemente do *Appeal* nas cortes de *Common Law*, tanto o *appellor* quanto o réu estavam sujeitos ao risco da pena capital – isso não significa, porém, que não houvessem casos nos quais uma penalidade menos severa seria aplicada. Ainda que a exata razão pela qual havia tal diferença não esteja clara, é possível especular que, dada natureza do Tribunal da Cavalaria, isto é, de uma corte marcial cavaleiresca, havia o entendimento de que o derrotado, seja *appellor* ou réu, extirpado de sua honra e descoberto criminoso, teria como punição justa a morte, já que havia violado gravemente o código de conduta ao qual lhe associava a expectativa social em vida. Evidentemente, isso não significa que elementos de honra não estivessem presentes em outros processos do Direito medieval inglês, mas é certo que, nas disputas entre cavaleiros, este se destacava fortemente.

⁶²² RUSSEL, 1977, p. 199.

⁶²³ Ibidem, p. 199 – 200.

⁶²⁴ Ibidem, p. 194.

⁶²⁵ Nem toda punição de um julgamento no Tribunal da Cavalaria resultaria necessariamente em morte ou alguma penalidade corporal, isso era uma peculiaridade do *Appeal*. Como já foi visto, a jurisdição dessa corte era ampla e envolvia inclusive disputas menores. Assim, por exemplo, segundo Squibb (1997, p. 22 – 25), disputas envolvendo um feito de armas teria como penalidade principal o desarmamento do cavaleiro derrotado e sua expulsão da arena.

CAPÍTULO 4

DECLÍNIO E QUEDA DO JULGAMENTO POR COMBATE

4.1. A Crise das Ordálias: explicações funcionalistas

Investigar as causas da decadência e posterior abolição formal do Julgamento por Combate, seja na Inglaterra, seja em outros países europeus, pressupõe, primeiramente, retroceder para o problema das ordálias, em específico, das ordálias unilaterais e de seu rápido desaparecimento da maior parte dos sistemas jurídicos medievais ainda no século XIII. É necessário, assim, determinar se há ou não uma relação entre a crise atravessada por esse instituto jurídico e aquela do duelo judicial, bem como estabelecer, em caso afirmativo, em que medida e sob quais termos essa relação se travou.

Nesse sentido, é fundamental compreender que o julgamento por combate, por estar fundado na ideia de um juízo divino, é uma espécie do gênero “ordália”, mas que se encontra sob o rol pouco extenso das ordálias bilaterais, junto a ordália da cruz, na qual dois indivíduos, sejam as partes, sejam seus campeões, tomam parte em uma prova competitiva cuja vitória, presume-se, será atribuída àquele que trouxer a causa verdadeira aos olhos de Deus. A crise a qual esse subcapítulo se refere, porém, diz respeito quase que exclusivamente às ordálias unilaterais, isto é, aquelas nas quais somente uma das partes, em geral o polo passivo da relação jurídica processual, coloca-se sob determinada prova, e que dependem, na maior parte das vezes⁶²⁶, de uma resposta involuntária do corpo humano, razão pela qual John M. Roberts⁶²⁷ denominou-as “autônômicas”, ainda que o uso desse termo para caracterizá-las não seja usual na literatura especializada.

Em relação a história da Ordália na Europa Medieval, Bartlett traça uma distinção entre dois períodos: uma “pré-história”, na qual os registros são escassos e começam a surgir a partir

⁶²⁶ Um exemplo de ordália unilateral não autônômica seria a chamada “Ordália do Caldeirão”, presente na tradição dos povos francos e, posteriormente, difundida para outros reinos Europeus. Nesse modelo, colocava-se sobre o fogo um caldeirão com água e atirava-se um anel a este. O participante, então, deveria, com seus braços e mãos descobertos, retirar o anel da água para vencer a prova. Cf. BARTLETT, Robert. **Trial by Fire and Water: the Medieval Judicial Ordeal**. 1.ed. Vermont: Echo Points Books & Midia, 2014, p. 4 – 10.

⁶²⁷ ROBERTS, John M. Oaths, Autonomic Ordeals, and Power. **American Anthropologist**, Nova Jersey, vol. 67, n° 6, 1965, p. 186 – 212.

de 500 d.C., e uma “história”, que tem início com as reformas do Império Carolíngio, a difusão e expansão do uso das ordálias, bem como do registro desses usos a partir de 800 d.C.⁶²⁸. Segundo esse autor, há duas tradições claramente distinguíveis do uso da ordália, a primeira, mais antiga, seria aquela dos Francos, e se difundiu para os sistemas jurídicos dos saxões do oeste (isto é, dos grupos saxões que habitavam o sul da Grã-Bretanha), dos visigodos, dos lombardos e dos frísios a partir do século VII; a segunda, mais recente, teria se desenvolvido na Irlanda de maneira mais ou menos autônoma. Na Inglaterra, as duas principais formas de ordália também tinham origem francesa: eram a ordália da água fria, proveniente das inovações do reinado de Carlos Magno, e a ordália do ferro quente, desenvolvida durante o governo de Luís, o Piedoso, no século IX.

Forsythy, Kerr e Plyley⁶²⁹ trazem relatos do ritual empregado para essas ordálias na Inglaterra entre os séculos XI e XIII. Em relação à ordália do ferro quente⁶³⁰, três dias de orações deveriam anteceder a realização da prova, seguido por uma benção, pelo padre, do ferro a ser utilizado na cerimônia, inclusive com a aplicação de água benta enquanto se esquentava o material. Em seguida, o ferro era retirado do fogo e posto em um pedaço de madeira. O padre, então, lia o evangelho e novamente derramaria água benta sob o ferro. O participante, deveria, em seguida, pegar o material e carregá-lo por nove passos. Ao soltar o ferro, sua mão seria coberta por três dias e se, passado esse prazo, ele não apresentasse “a marca do ferro”⁶³¹, isto é, um sinal claro da queimadura, muito provavelmente uma infecção, seria inocentado.

O ritual envolvendo a ordália da água fria era mais detalhado⁶³², com o acusado devendo comparecer na Igreja terça-feira trajando roupas de lã e tendo de jejuar entre essa data e o sábado, quando ocorreria a prova, alimentando-se apenas de pão, água, sal e agrião, sob custódia. No sábado, após a missa, o participante tiraria suas roupas e receberia vestes para cobrirem suas genitálias e uma capa para protegê-lo do frio. Em seguida, seria preparada uma piscina com ao menos doze pés de profundidade e vinte de largura. O padre deveria abençoar a

⁶²⁸ BARTLETT, 2014, p. 4 – 10.

⁶²⁹ FORSYTH, R.D.; KERR, M. H.; PLYLEY, M.J. Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 22, nº 4, 1992, p. 573 – 595. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/205237>>. Acesso em 25 jan. 2022.

⁶³⁰ Ibidem, p. 588.

⁶³¹ No original, “*the mark of the iron*” (**Tradução livre**). Cf. Ibidem.

⁶³² Ibidem, p. 582 – 583.

água e, por meio de uma corda, colocar-se-ia o participante nela. Se este afundasse até o nó da corda posto na altura da parte mais longa de seu cabelo, seria considerado inocente, do contrário, culpado.

Introduzidas as espécies de ordálias empregadas na Inglaterra, bem como um breve histórico do instituto, cabe dar início ao estudo de sua eliminação dos sistemas jurídicos medievais a partir do século XIII. Nesse sentido, existem três correntes teóricas essenciais.

A primeira delas, é aquela iniciada com Henry C. Lea⁶³³ e apoiada, em grande medida, por Van Caenegem⁶³⁴, segundo a qual o uso das ordálias unilaterais e bilaterais, assim como da compurgação era fundado em crenças irracionais que foram paulatinamente abandonadas no processo civilizatório europeu. Essa tese, que contrapõe provas irracionais às provas racionais, permanece presente no pensamento acadêmico até os dias atuais, mas vem perdendo força para duas outras correntes: a primeira, chamada por Bartlett de funcionalista⁶³⁵, apesar do termo antropológico também ser adequado, tenta estabelecer um nexo de causalidade entre as mudanças na estrutura da sociedade feudal e aquelas ocorridas dentro do ordenamento jurídico, em especial em relação às ordálias. A segunda corrente, por sua vez, defende sobretudo a correlação e causalidade entre uma mudança no pensamento e na teologia medieval às alterações sofridas pela ordália.

Esse trabalho não irá se aprofundar nas ideias de Lea por duas razões: em primeiro lugar, porque a “irracionalidade” das provas medievais é alegada como um pressuposto e, portanto, não há a apresentação de evidências comprobatórias; em segundo lugar, porque esta tese é um produto direto das crenças científicas do século XIX que olhavam para a história da humanidade como um grande caminho em direção ao progresso, à razão e à ciência, sem se perguntar, em primeiro lugar, o que seria essa “razão” e como ela poderia ser empregada como um critério diferenciador entre os diferentes métodos de prova. É nesse sentido que Rebecca V.

⁶³³ Cf. LEA, Henry C. *Superstition and Force: Essays on the Wager of Law, the Wager of Battle, the Ordeal, Torture* (2). **HeinOnline**. Philadelphia, 1870. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.beal/supfc0001&i=17>>. Acesso em 28 nov. 2020.

⁶³⁴ BARTLETT, 2014, p. 34 e VAN CAENEGEM, R.C. Evolved methods of proof in the law of the later Middle Ages (12th – 15th centuries) In: **Legal History: an European perspective**, 1.ed., Londres: Bloomsbury Publishing, 1990, p. 88 – 111.

⁶³⁵ Ibidem.

Colman⁶³⁶ acusa esses autores de empregarem parâmetros “pseudo-objetivos” para esconderem meros juízos de valor que tomam como referência a realidade moral, ética, teológica e epistemológica da contemporaneidade e não aquela do homem medieval. As demais teses, porém, reverterem essa perspectiva.

O início do estudo da tese funcionalista, tradicionalmente se faz a partir da reflexão e exposição das ideias de Peter Brown, dada a sua análise mais extensa do processo de extinção das ordálias a partir de uma leitura da estrutura social. Entretanto, tanto do ponto de vista cronológico quanto a partir da perspectiva de primeiro se estabelecer as bases que possibilitaram o desenvolvimento de sua tese, estudar-se-á, primeiro, a pesquisa desenvolvida pela já mencionada Rebecca V. Colman e a investigação antropológica de John M. Roberts⁶³⁷.

A pesquisa de Roberts é centrada no estudo do desenvolvimento da ordália entre os povos nativos da África, da Ásia e das Américas, sem, porém, investigar o desenvolvimento da ordália, ou sua aparição, na Europa. O estudo encontrou, ainda, outras dificuldades metodológicas⁶³⁸, destaca-se aqui a alta concentração das ordálias na África e sua pouca aparição nas Américas nos registros presentes. Ainda assim, boa parte da tese funcionalista consistirá em adequar o modelo europeu aos resultados encontrados por esse autor em outros povos. Por essa razão, cabe expor as três relações essenciais que o trabalho foi capaz de estabelecer, quais sejam, a conexão entre a presença da ordália e o tamanho das comunidades, o grau de estratificação social e o grau de integração política.

Em primeiro lugar, Roberts encontrou uma clara correlação entre o tamanho da comunidade e o emprego ou não das ordálias. Como se vê na Tabela 1, sociedades menores, em sua grande maioria, não empregam juramentos (como a compurgação) ou ordálias, mas conforme seu tamanho aumenta, há uma tendência de adotarem primeiro as formas de juramento solene e, em seguida, as ordálias. Ainda assim, nota-se que a presença exclusiva da ordália, isto é, desacompanhada do modelo de compurgação, é algo raro. Em segundo lugar, como se pode verificar na Tabela 2, o autor descobriu que, em sua amostra, sociedades com uma estratificação social fundada na ideia de uma aristocracia hereditária tendem a ser aquelas

⁶³⁶ COLMAN, Rebecca V. Reason and Unreason in Early Medieval Law. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 4, n° 4, 1974, p. 571 – 591.

⁶³⁷ ROBERTS, 1965, p. 186 – 212.

⁶³⁸ Ibidem, p. 205

nas quais o uso das ordálias e dos juramentos se faz mais presente, em comparação com outras comunidades que adotam outras espécies de divisões sociais. Por fim, na Tabela 3, é evidente que formas de maior integração política estão mais associadas às ordálias e aos juramentos que formas de menor integração. No entanto, e essa é uma ressalva feita pelo próprio autor⁶³⁹, as sociedades estudadas e, em especial, aquelas presentes no continente africano, sofrem com problemas sérios de manutenção da autoridade constituída ao longo do tempo.

Tabela 1. Tamanho das Comunidades e presença ou não das ordálias⁶⁴⁰

Tamanho das Comunidades (em número de indivíduos)	Ausência das ordálias autonômicas ou dos juramentos	Presença apenas dos juramentos	Presença apenas das ordálias autonômicas	Presença das ordálias autonômicas e dos juramentos.
49 ou menos	75%	20%	0%	5%
50 a 99	71%	21%	4%	4%
100 a 199	57%	4%	11%	28%
200 a 1000	43%	9%	9%	39%
Maior que 1000	20%	40%	0%	40%

Tabela 2. Estratificação social e presença ou não das ordálias⁶⁴¹

Estratificação social	Ausência das ordálias autonômicas ou dos juramentos	Presença apenas dos juramentos	Presença apenas das ordálias autonômicas	Presença das ordálias autonômicas e dos juramentos.
Ausente	80%	6%	5%	9%
Por diferença de idade	40%	30%	20%	10%
Por distribuição de renda	64%	16%	0%	20%
Aristocracia Hereditária	52%	9%	22%	17%
Complexa	33%	29%	10%	29%

⁶³⁹ ROBERTS, 1965, p. 209.

⁶⁴⁰ A partir dos dados coletados por Roberts (cf. Ibidem, p.196).

⁶⁴¹ Ibidem, p. 197

Tabela 3. Integração política e a presença das ordálias⁶⁴²

Integração Política	Ausência das ordálias autonômicas ou dos juramentos	Presença apenas dos juramentos	Presença apenas das ordálias autonômicas	Presença das ordálias autonômicas e dos juramentos.
Ausente	85%	8%	0%	8%
Comunidades locais autônomas	82%	7%	2%	9%
Estados Mínimos	52%	24%	12%	12%
Grupos de Paz	33%	67%	0%	0%
Sociedades dependentes	29%	20%	20%	40%
Estados Pequenos	15%	23%	31%	31%
Estados	24%	24%	6%	47%

A tese de Roberts, concluiria que as ordálias e os juramentos, apesar da alegada “irracionalidade”, continham, na verdade, mecanismos psicológicos muito efetivos⁶⁴³. Esse argumento é justificado pela relação que encontrou entre sociedades com um grande treinamento de responsabilidade (*responsability training*⁶⁴⁴), que levaria os seus membros a agir em conformidade com as normas culturais – de modo que, mesmo na ausência de supervisores, como é o caso do juramento solene realizado no âmbito judicial, os indivíduos dificilmente cometeriam perjúrio; outro pilar de sustentação para a eficácia psicológica seria a correspondência entre a presença de ordálias autonômicas e treinamentos de obediência que também estimulam a ansiedade (*obedience training and anxiety*)⁶⁴⁵, em parte porque apenas uma comunidade mais ou menos obediente aceitaria que sobre si fossem impostas as provas da ordália, mas isso também poderia revelar que pessoas culpadas, por estarem mais nervosas, poderiam responder de modo distinto às ordálias quando comparadas a pessoas inocentes. Essa última alegação poderia, em um primeiro momento, ser contestada a partir da própria premissa levantada pelo autor de que as respostas são involuntárias nas ordálias autonômicas. No entanto,

⁶⁴² A partir dos dados coletados por Roberts (cf. ROBERTS, 1965, p. 197).

⁶⁴³ Ibidem, p. 205.

⁶⁴⁴ Ibidem, p. 205 – 206.

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 206.

Roberts menciona que mesmo essas respostas, por serem controladas pelo sistema nervoso autônomo, podem sim sofrer influências de fatores externos e sugestões⁶⁴⁶.

O último aspecto de maior relevância, é a relação entre a ordália e o poder, que constitui, na verdade, o aspecto central da pesquisa. Segundo o autor, o uso da ordália e dos juramentos, enquanto um aspecto cultural, estão vinculados, em essência, a situações nas quais o poder existente é insuficiente para assegurar o cumprimento das decisões judiciais, seja por ser incapaz de exercer a coerção física plena, ou por outras razões⁶⁴⁷. Algumas evidências nesse sentido seriam, por exemplo, o uso subsidiário da ordália, característica comum a quase todos os ordenamentos, a associação desse uso a grupos nos quais as entidades familiares são fortes, de modo que a autoridade pode encontrar resistência para agir e a já mencionada correlação entre a alta integração política e a prática do *iudicium Dei*⁶⁴⁸. Nesse sentido, apelar ao divino seria não só conceder legitimidade à decisão jurídica, mas também desobrigar os familiares a agir em razão de seu laço, como ocorreria perante uma ameaça estritamente humana e secular.

Essa importância da ordália em constituir uma sociedade responsiva ao sistema judicial do período foi, enquanto tese, aceita integralmente por Rebecca V. Colman⁶⁴⁹, para quem a comunidade medieval, pequena e relativamente autônoma, desenvolvera mecanismos para lidar com as pressões externas e internas – tais quais guerras, feudos de sangue, crimes entre outros atos de violência – internalizados à própria vida social. É nesse sentido que a autora defende a hipótese segundo a qual o Direito era indistinguível de outros aspectos da convivência em comunidade, internalizando, inclusive, a crença religiosa em sua estrutura e possibilitando soluções céleres e participativas⁶⁵⁰. Essa participação da comunidade no processo seria verificável, sobretudo, pela exigência da boa reputação tanto daqueles que testemunhariam quanto daqueles que iriam compor o júri, bem como pela presunção de que todos os envolvidos no processo, seja o juiz local, os *oath-helpers* ou ainda os jurados, teriam, em alguma medida, um conhecimento pessoal da causa suficiente para dispensar a prova formal e possibilitar a

⁶⁴⁶ ROBERTS, 1965, p. 206.

⁶⁴⁷ Ibidem, p. 207.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 209.

⁶⁴⁹ COLMAN, 1974, p. 573 – 575.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 575 – 580.

conciliação e o acordo⁶⁵¹, dado que a punição era uma possibilidade, mas jamais a preferência do ordenamento jurídico europeu durante o medievo.

As ordálias, portanto, seriam, nesse modelo, o último recurso, sendo utilizadas em situações nas quais não era possível encontrar outra maneira viável de solucionar o caso concreto, seja porque o crime era tão grave que estava além da compensação, e, portanto, um culpado deveria ser determinado e punido, seja porque uma das partes não era qualificada, por uma condição pessoal, a adotar outras formas de prova, mas ainda assim subsistia a necessidade de pôr fim ao litígio⁶⁵².

Dessa configuração, três consequências são extraídas. Em primeiro lugar, crimes graves, como o perjúrio, o uso da magia, o incêndio criminosamente provocado, o assassinato, a invasão de domicílios e a traição contra o senhor feudal, se não solucionados, trariam um grande risco para a coesão social interna do grupo. Em segundo lugar, para aqueles que não poderiam participar da *compurgatio* ou do júri, a ordália era uma verdadeira chance de limpar o próprio nome e recuperar seu *status*⁶⁵³. Finalmente, a ordália, inclusive o julgamento por combate, era uma solução suficientemente razoável para aqueles que não teriam, em outras soluções, a garantia de alcançar um resultado justo⁶⁵⁴.

O grande responsável por sistematizar a teoria funcionalista das ordálias, no entanto, foi Peter Brown. Esse pesquisador, em seus estudos, concluirá que, até o século XII, aproximadamente, o pouco poder coercitivo do Estado e a presença de agrupamentos e comunidades relativamente distantes, traria a necessidade de um método judicial capaz de criar, em alguma medida, um consenso formado a partir do uso de um dispositivo teatral⁶⁵⁵ (a ordália) apto para conter conflitos que pudessem romper o tecido social. Nesse sentido, seria interessante, ao contrário do que propõe Colman, que o rito da ordália fosse lento e permitisse manobras e negociações entre os interessados. Ainda assim, por meio desse procedimento, uma vez ocorrida a prova, aquele que fosse favorecido pela ordália não só teria a verdade de sua

⁶⁵¹Colman, 1974, p. 579.

⁶⁵²Ibidem, p. 583.

⁶⁵³Ibidem, p. 584 – 585.

⁶⁵⁴Ibidem, p. 585 – 586.

⁶⁵⁵BROWN, Peter. Society and the Supernatural: A Medieval Change. **Dedalus**, Cambridge vol. 104, n° 2, 1975, p. 133 – 151.

afirmação aceita, mas seria também vencedor⁶⁵⁶ – ainda que sua vitória precisasse ser contida dentro do aparato institucional. Afinal, uma disputa mal resolvida poderia significar a origem de rancores e buscas por vingança entre as partes, ameaçando a paz social.

Nesse contexto, a ordália, enquanto um artifício lento, solene e religioso rompia as fronteiras entre o sagrado e profano⁶⁵⁷ e maximizava a certeza a partir de um juízo divino. Paradoxalmente, porém, o modelo cria flexibilizações que permitem ao grupo, em certa medida, manter algum grau de iniciativa⁶⁵⁸ – como se há de inferir, sobretudo, pela ausência de aspectos objetivamente verificáveis para que se determinasse o veredito. É por isso, que Brown entende que há, no cerne desse instituto, uma ambiguidade criada pelas aberturas do processo: por exemplo, se, na ordália do ferro quente, seria punido somente aquele que apresentasse claras marcas de queimadura, preferencialmente com uma infecção, era incerta a linha demarcatória entre uma simples ferida e uma ferida infeccionada – especialmente passados apenas três dias desde a queimadura⁶⁵⁹. Para comprovar sua argumentação, isto é, de que a ordália, em grande medida, replica a opinião pública ou, ainda, que atuaria como uma ferramenta de consenso, o autor traz ainda o caso de um indivíduo acusado de heresia em *Soissons* que, após a condenação pela ordália da água fria, foi vaiado com grande alegria pela multidão que havia se reunido na Igreja para assistir ao seu teste⁶⁶⁰.

A ambiguidade das ordálias, porém, não se resumia ao seu resultado, mas, também, à sua própria natureza. Apesar de ser indiscutível que sua razão primordial era o funcionamento como uma forma de comprovar uma certa versão dos fatos quando nenhuma outra forma de evidência estava disponível, o teste pelo qual passava aquele sob provação poderia, por vezes, equivaler até mesmo a uma punição⁶⁶¹. Isso era especialmente notável na ordália do ferro quente, cuja severidade possivelmente significava que sua aplicação era excepcional, reservada a casos extremos, havendo uma clara preferência pela ordália da água fria. Essa é, na verdade, uma das principais questões investigadas por Forsyth, Keer e Plyley⁶⁶², que questionam o

⁶⁵⁶ BROWN, 1975, p. 137.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 135 – 136.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 138 – 140.

⁶⁵⁹ Ibidem, p. 139.

⁶⁶⁰ Ibidem.

⁶⁶¹ FORSYTH, R.D.; KERR, M. H.; PLYLEY, M.J., 1992, p. 580 – 581.

⁶⁶² Ibidem.

porquê da disparidade entre as espécies de provas aos quais eram submetidos os homens em comparação com àquelas atravessadas por mulheres, como indicado pela tabela 4.

Tabela 4. As espécies de ordálias unilaterais e o gênero dos participantes na Inglaterra entre 1166 e 1219⁶⁶³.

	Total de Ordálias	Água Fria	Ferro Quente	Desconhecido
Homens	84	78	1	4
Mulheres	7	0	7	0

A conclusão alcançada por esses pesquisadores é meritória e revela um aspecto essencial para a compreensão da ordália em seu papel de solução de disputas e pacificação social: a distribuição desigual, bem como as regras específicas de cada ordália unilateral eram propositalmente engendradas para que o réu, ao participar da prova, tivesse uma alta probabilidade de sucesso. Os autores concluíram, assim, que caso as mulheres fossem submetidas a ordália da água fria, em razão da composição física do corpo feminino (com maior percentual de gordura em relação a massa corporal), seriam mais propensas a boiar e, portanto, falhar a prova; situação diferente ocorreria com os homens, que apresentam um maior percentual de músculos na composição de sua massa corporal⁶⁶⁴. Além disso, a prova envolvendo as ordálias de fogo, em geral, não era improvável de ser executada sem que o réu fosse condenado, não só porque dificilmente no terceiro dia após a queimadura, teria ela infeccionado, mas também porque muitas queimaduras de terceiro grau, para o exame, eram similares a pele não marcada⁶⁶⁵. Por fim, não era nula a possibilidade de o indivíduo não se queimar durante a prova, como é explicado pelos autores⁶⁶⁶:

“The ordeal of hot iron is akin to the ancient but still-practiced arts of fire walking and fire handling, which usually occur in a religious or mystical context; and there is a possibility that the proband might not be harmed, just as fire walkers are generally not

⁶⁶³Conforme dados coletados por FORSYTH, R.D.; KERR, M. H.; PLYLEY, M.J., (cf. 1992, p. 581)

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 581 – 588.

⁶⁶⁵ Ibidem, p. 590 – 595.

⁶⁶⁶ Ibidem, p. 590.

harméd. This phenomenon may be associated with the "Leidenfrost effect," which causes water droplets to skip across a hot pan rather than turn instantly to steam: the intense heat of the pan's surface vaporizes the underside of the water droplet, providing a protective buffer. It can be assumed without much argument that people who knew they were about to walk across a bed of burning coals, or pick up a piece of glowing iron, would be perspiring on the soles of their feet and the palms of their hands"⁶⁶⁷.

Essa tese apenas reitera o aspecto instrumental do instituto jurídico na construção do consenso, pois tornar a ordália um teste criado para absolver, em última instância, aumenta a certeza produzida no corpo social quando um veredito condenando o réu é encontrado. Nessas circunstâncias, a própria prova, por sua severidade aparente, capaz de deixar perplexos os estudiosos contemporâneos, operaria como uma verdadeira ferramenta de piedade⁶⁶⁸ ao mesmo tempo que produziria um espetáculo, uma experiência catártica para aqueles que assistissem ao desafio⁶⁶⁹.

Essa sociedade marcada pelo consenso, a partir do século XII, entra em crise⁶⁷⁰. Em primeiro lugar, há um grande crescimento populacional e uma redução das pressões centrípétas existentes, levando a uma maior interconexão entre os diversos agrupamentos. Essas mudanças sociais alteram também o padrão de dominação, do consenso à autoridade do monarca que, para além de um pacificador, é um impositor da ordem e do Direito – dessas modificações, surge uma sociedade mais impessoal, associada ainda a um processo de delimitação do sagrado e do profano, como parte da estratégia cristã de separação e hierarquização entre o poder temporal e o espiritual, mas que, paradoxalmente, enfraquece a influência deste último no cotidiano das

⁶⁶⁷ “A ordália do ferro quente é semelhante a prática antiga, mas ainda praticada, de andar sob o fogo ou manipular o fogo, que normalmente ocorrem em contextos religiosos ou místicos; e há uma possibilidade de que aquele que realiza a prova pode não ser ferido, assim como aqueles que caminham sob o fogo, em geral, não são feridos. Esse fenômeno está associado ao ‘Efeito Leidenfrost’ que causa gotículas de água atravessarem uma panela quente ao invés de vaporizar-se imediatamente: o calor intenso da superfície da panela vaporiza a parte de baixo da gota d’água criando uma camada protetiva. Pode ser assumido, sem muita discussão, que as pessoas que sabiam que teriam de andar sob uma camada de carvão em brasa, ou pegar uma vara de ferro incandescente, estariam transpirando na solas de seus pés ou nas palmas de suas mãos”. **Tradução livre.**

⁶⁶⁸ ⁶⁶⁸ FORSYTH, R.D.; KERR, M. H.; PLYLEY, M.J., 1992, p. 595.

⁶⁶⁹ HO, H. L. *The Legitimacy of Medieval Proof*. **Journal of Law and Religion**, vol. 19, n. 2, 2003 – 2004, p. 259 – 298. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3649177>>. Acesso em 08 mar. 2022.

⁶⁷⁰ BROWN, 1975, p. 142 – 146.

comunidades leigas. No plano individual, a constituição de uma sociedade secularizada e impessoal produz a concepção subjetivista de que a penitência e a redenção, tal qual a felicidade, é um produto da experiência individualizada; por meio do autoconhecimento e da confissão, rejeita-se, sobremaneira, que a única forma de experiência seja aquela espetacular e coletiva. Reduz-se, em última instância, a pressão que o corpo social exerce sobre suas unidades. Sintetiza-se, assim, a tese funcionalista segundo a qual, a partir do século XII, a ordália enfrenta uma crise muito particular, pois não oferece mais as respostas demandadas pela estrutura social, em razão das transformações operadas neste período.

4.2. A Crise das ordálias: uma crise de mentalidade?

Insurgindo-se contra a tese funcionalista, Robert Barlet formula oito críticas às premissas que sustentam essa hipótese.

Em primeiro lugar, esses estudiosos superestimam a coesão e a autonomia das comunidades europeias medievais. Diferentemente do padrão das sociedades africanas e da Ásia-pacífico estudado por Roberts, a sociedade europeia era profundamente hierarquizada, com uma autoridade relativamente estabelecida dentro do sistema de suserania e vassalagem⁶⁷¹. Desse modo, as ordálias tinham também um uso político, sendo destinadas, em especial pelos monarcas ingleses, como formas cruéis de prova para os crimes de traição, mormente, os de cunhagem de moeda falsa e de conspiração contra o rei⁶⁷².

Em segundo lugar, na esteira da relação entre o uso da ordália e a afirmação de uma autoridade, está o fato da ordália ser empregada como um instrumento judicial também para reforçar a legitimidade do poder dos monarcas⁶⁷³ - pois mostrava que mesmo o rei, apesar de poderoso, deveria se submeter a autoridade divina.

Em terceiro lugar, as ordálias unilaterais foram empregadas principalmente para lidar com os chamados *outsiders*, ou seja, com aqueles que estavam excluídos de outros métodos de prova por um problema de *status*, ou porque eram estrangeiros, ou porque não tinham liberdade ou recaía sobre si a infâmia decorrente da condenação por perjúrio⁶⁷⁴. Na prática, isso significa que seu uso não estava relacionado à necessidade de produzir o consenso dentro da comunidade,

⁶⁷¹ BARTLETT, 2014, p. 35 – 36.

⁶⁷² Ibidem.

⁶⁷³ Ibidem.

⁶⁷⁴ Ibidem, p. 37.

mas de processar e solucionar os litígios que guardavam com ela uma relação, ainda que parcial, de externalidade⁶⁷⁵.

Em quarto lugar, presumir que a ordália era um instrumento para a produção do consenso e admitia, a partir da flexibilização da interpretação de seus procedimentos, que o grupo intervisse no processo judicial, enfrenta forte resistência dos casos históricos nos quais o resultado judicial foi contrário à opinião pública. O autor traz um caso ocorrido em Vézelay em 1167, no qual a ordália da água fria não condenou aquele que a multidão acreditava ser culpado, enquanto o fez em relação ao que todos pensavam ser inocente⁶⁷⁶ – evidenciando que há, no teste, elementos que são objetivos e não estão sujeitos a interpretação conforme o resultado conveniente.

Em quinto lugar, a flexibilidade presente em parte dos testes das ordálias não seria uma evidência da importância do consenso e da participação social na elaboração do veredito das disputas, mas, sim, da existência de um instrumento que conferiria poder ao intérprete, nomeadamente, aos juízes e tribunais⁶⁷⁷ – em outras palavras, nobres, funcionários da coroa e membros do clero, e não autoridades que simbolizavam a comunidade local.

Em sexto lugar, a tese da crise das ordálias ocorrida a partir do século XI simplesmente não encontra correspondência na história do instituto, que, ao invés de esmiuçar-se no período, assistiu entre 1000 e 1215 um processo de rápida difusão e florescimento, sendo empregado desde a Península Ibérica até a costa do mar Báltico⁶⁷⁸, inclusive como parte do processo de conversão dos povos germânicos e eslavos ao cristianismo. Essa ligação entre a ordália unilateral e a religião cristã se viu ainda representada pelo movimento da “Paz e Trégua de Deus”, sendo propagada como uma alternativa à solução violenta das disputas, inclusive em relação ao Julgamento por Combate⁶⁷⁹. Mesmo a concessão de isenções para membros do clero e da burguesia, tema do qual se haverá de tratar com maior profundidade no subcapítulo seguinte, não são interpretados por Bartlett⁶⁸⁰ como um sinal do enfraquecimento do instituto,

⁶⁷⁵ BARTLETT, 2014, p. 37.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 39 – 40.

⁶⁷⁷ Ibidem, p. 41

⁶⁷⁸ Ibidem, p. 42.

⁶⁷⁹ Segundo Bartlett, os Dinamarqueses substituíram o Julgamento por Combate pela ordália unilateral quando de sua conversão ao catolicismo (cf. Ibidem, p. 44).

⁶⁸⁰ BARTLETT, 2014, p. 47.

mas sim como a ação relativamente limitada de segmentos sociais privilegiados que buscavam reagir a severidade desse método probatório.

Em oitavo lugar, Bartlett questiona a afirmação de que a ordália seja um procedimento de transferência decisória para o divino, citando como principal argumento o caso inglês. Segundo o autor, após as *Assizes* de Clarendon, mesmo aquele que fosse inocentado por meio da ordália precisaria apresentar garantias e, em algumas circunstâncias, poderia ser exilado⁶⁸¹:

“Other factors – the nature, the status – would be weighed alongside the verdict of the ordeal. This may not be very pleasing to those who would see the ordeal as a dramatic transfer of events on to a completely different level, the level of the supernatural, but it seems to have been how the system worked”⁶⁸²

Para oferecer uma resposta as teses sociológicas, Bartlett colocará que a ordália pode ter seu fim explicado estritamente a partir de um problema na crença da população medieval. Segundo essa tese, há, no procedimento, uma grande margem de dúvida em relação a intervenção ou não de Deus no resultado das ordálias⁶⁸³, sejam estas unilaterais, ou ainda bilaterais. Entre os primeiros críticos registrados, nesse sentido, está o rei lombardo Liuprando⁶⁸⁴ e o bispo de Lyon, Agobardo. O argumento deste último, em especial, merece destaque, pois é realizado a partir de premissas teológicas: em primeiro lugar, afirma que se Deus alegou a necessidade de se estabelecer oficiais e tribunais, então não haveria porque buscar seu julgamento nas matérias mundanas que poderiam ser investigadas a partir de outros métodos probatórios; em segundo lugar, o juízo divino jamais seria plenamente compreendido pelos seres humanos⁶⁸⁵.

Os teólogos críticos do instituto receberiam, ainda no século IX, apoio do Papa Estêvão V⁶⁸⁶, que condenará, em carta, as ordálias de água e fogo, alegando que estas não passavam de

⁶⁸¹ Ibidem, p. 68.

⁶⁸² “Outros fatores – a natureza, o *status* – seriam pesados juntos ao veredito da ordália. Isso pode não ser muito agradável àqueles que desejariam ver a ordália como uma dramática transferência de eventos para um nível completamente diferente, o nível do supernatural, mas parece ter sido assim que o sistema funcionava”. **Tradução livre.**

⁶⁸³ Ibidem, p. 72.

⁶⁸⁴ Ibidem.

⁶⁸⁵ Ibidem, p. 73.

⁶⁸⁶ BARTLETT, 2014, p. 74 – 75.

uma criação supersticiosa que precisaria ser abondada em prol da prova testemunhal ou da confissão. A carta é interessante pois afirma que os crimes que não possam ser provados por meio desses métodos seculares sequer deveriam ser julgados pelos tribunais, visto que Deus exerceria seu próprio juízo quando e da forma que Lhe fosse mais adequado.

Segundo Radding⁶⁸⁷, outros fatores poderiam ainda ser incluídos nessa crise da mentalidade medieval, como o declínio nas concepções de punição divina e justiça imanente, a partir do fortalecimento de uma tendência para enxergar as relações causais como decorrentes de outros fatores que se somariam à vontade divina⁶⁸⁸. O século XII, nesse sentido, seria, ao menos em parte uma verdadeira revolução científica que alterou os paradigmas da hermenêutica dos fenômenos, ao mesmo tempo que foi além dessa concepção, não somente superando categorias, mas introduzindo uma lógica distinta ao sistema.

A posição crítica, contudo, somente ganharia um corpo mais robusto de adeptos, a partir do século XI e XII, em especial com o desenvolvimento da canonística e da teologia enquanto disciplinas sob grande escrutínio acadêmico⁶⁸⁹, possibilitando a solução definitiva de diversas questões que haviam ficado em aberto nos séculos anteriores, dentre as quais o problema da ordália.

Essas transformações que ocorreram no seio da Igreja já foram objeto de debates acalorados no século XX e constituem a historiografia da chamada Revolução ou Reforma

⁶⁸⁷ RADDING, Charles M. Superstition to Science: Nature, Fortune, and the Passing of the Medieval Ordeal. **The American Historical Review**. Vol 84, n° 4, 1979, p. 945 – 969.

⁶⁸⁸ Ibidem, p. 962 – 964.

⁶⁸⁹ BARTLETT, 2014, p. 83.

Gregoriana⁶⁹⁰. A reforma, na definição de Greta Austin⁶⁹¹ e Kathleen Cushing⁶⁹², constituiu uma miríade de movimentos centrados em Roma, ainda que não exclusivamente, sobretudo durante o século XI, voltado para uma “reorientação de lealdades”, com o combate à simonia, ao casamento clerical, mas também à defesa da propriedade eclesiástica e da separação clero, que ver-se-ia livre controle pelas autoridades seculares – notadamente os príncipes, reis e imperadores cristãos. Com o fim da Reforma, a Igreja Católica viria a emergir sob uma estrutura verticalizada e juridicamente unificada sob a figura de um “monarca papal”⁶⁹³.

Entender as origens da reforma, porém, perpassa necessariamente por um estudo da Igreja do ano 1000. Primeiramente, é preciso abandonar a ideia segundo a qual essa instituição seria uniforme e poderosa desde a difusão do cristianismo e a queda do Império Romano⁶⁹⁴. Pelo contrário, as evidências sugerem um processo gradual e lento de substituição dos valores, comportamentos e crenças tradicionais, mesmo após a adoção do oficial do Cristianismo pelas monarquias francas, germânicas e anglo-saxãs, caracterizado, ainda por interações recíprocas: enquanto o Cristianismo afetava as formas tradicionais, era ele próprio por elas transformado, em um processo que ainda encontrava repercussões no século XI⁶⁹⁵.

Nesse Cristianismo do ano 1000, a relação com Deus era marcada por poderosas expressões de fé, como a realização de serviços eclesiásticos altamente ritualísticos e dignos em edifícios impressionantes, construídos somente para essa finalidade, bem como pela realização de doações ao patrimônio eclesiástico, seja por meio patrocínio de mosteiros e igrejas pela aristocracia, ou pela doação de cera para as velas por parte da população camponesa.

⁶⁹⁰ O termo “revolução” remete à uma revolução científica marcada pela “redescoberta” dos textos romanos e a sistematização do direito canônico, que teria dado origem ao Direito Ocidental moderno. Pesquisadores contemporâneos, porém, preferem o termo “reforma”, que salienta a ocorrência de importantes transformações, mas não se propõe a afirmar uma ruptura completa com a tradição católica anterior, vinda do período Carolíngio, Otoniano e Sáfico (cf. AUSTIN, Greta. *New Narratives for the Gregorian Reform*. In: ROLKER, Christof (org.). *New Discourses in Medieval Canon Law Research: Challenging the Master Narrative*. Leiden: BRILL, 2019, p. 44 – 57).

⁶⁹¹ AUSTIN, 2019, p. 57.

⁶⁹² CUSHING, Kathleen G. **Reform and Papacy in the Eleventh Century: Spirituality and Social Change**. Manchester: Manchester University Press, 2005, p. 33.

⁶⁹³ AUSTIN, 2019, p. 58.

⁶⁹⁴ CUSHING, 2005, p. 8.

⁶⁹⁵ Ibidem.

Assim, seja no Céu, como na Terra, a religião cristã, com sua ritualística, constituía uma verdadeira “mágica”, que conferia distração e significado a uma existência por vezes aterrorizante, marcada pela arbitrariedade, a violência e a morte⁶⁹⁶.

Ainda que os ideais universais da cristandade conferissem algum grau de uma “identidade comum” aos diferentes povos da Europa, os acontecimentos dos últimos séculos haviam assistido à fragmentação do Império Carolíngio e à formação de múltiplos centros de poder regional⁶⁹⁷, ocupados por uma aristocracia leiga e clerical, constituída por laços de lealdade⁶⁹⁸. Na Europa Ocidental, ainda ressoava a nostalgia pelo período Carolíngio, que havia criado uma aparência de estabilidade política, enfatizado o papel de língua franca do latim, e promovido a uniformidade monástica a partir da Regra de São Benedito⁶⁹⁹. No limite da Europa Latina, porém, em razão do profundo intercâmbio cultural, comercial, religioso e político com o oriente Bizantino, que perduraria mesmo após o grande Cisma de 1054, permanecia a disputa pela custódia da *romanitas*, ou seja, da posição de herdeiro do Império, tanto no sentido político, quanto eclesiástico. Ainda, seja no leste, ou na península Ibérica, os principados cristãos sofriam com as ameaças das invasões, ora vindas dos povos pagãos eslavos, ora dos califados islâmicos⁷⁰⁰.

Essa fragmentação política se traduziu na fragmentação e localização da própria Igreja do Ocidente, constituindo comunidades eclesiásticas “quase-autônomas”⁷⁰¹ e profundamente dependentes dos laços de proximidade e parentesco com a aristocracia local⁷⁰². Esse é um período de pouca formação teológica dos párocos locais, em geral casados, com um conhecimento rudimentar do latim e que, portanto, se voltavam para um culto altamente cerimonialístico, em observância ao ano litúrgico da Igreja. Do outro lado, haviam os bispos,

⁶⁹⁶ CUSHING, 2005, p. 8 – 9.

⁶⁹⁷ Segundo CUSHING (Ibid), “While most people were undoubtedly aware that they were the emperor’s or the king’s subjects, their understanding of this probably took a local form, that is, as the subject of the immediate duke, Count, Bishop or abbot” (“Ainda que a maior parte das pessoas sem dúvida soubessem que eram súditas do Imperador ou do Rei, seu entendimento acerca desse assunto provavelmente tomava uma forma local, isto é como, súdito imediato do duque, do conde, do bispo ou do abade”. Tradução Livre).

⁶⁹⁸ Ibid., p. 9 – 12.

⁶⁹⁹ Ibid., p. 10.

⁷⁰⁰ Ibid., p. 10 – 11.

⁷⁰¹ Ibid., p. 12.

⁷⁰² Ibid., p. 14.

quase sempre vindos da aristocracia e que obtinham seus cargos graças à sua estirpe e conexão política, possuidores de uma condição e estilo de vida condizentes com aqueles da nobreza de terras secular, inclusive participando de caçadas, portando armas e tomando parte em lutas⁷⁰³. Ademais, eram os bispos que concentravam em si as funções de maior prestígio do clero, como a consagração de Igrejas, altares e a realização de concílios⁷⁰⁴.

O Papa, na qualidade de Bispo de Roma, era considerado *primus inter pares*, pois presidia sobre o local onde teria ocorrido o martírio do apóstolo Pedro. Contudo, o título havia se tornado principalmente nominal, conforme Roma, ainda que um forte centro turístico religioso, tornou-se uma sombra de seu passado nos tempos do Império, com a maior parte de seus habitantes vivendo em uma pequena área na região interna das Muralhas de Aureliano. Mesmo o Papa, por vezes via-se envolvido, e em parte dependente, das grandes famílias da aristocracia romana⁷⁰⁵.

No século XI, porém, algumas mudanças começaram a ser observadas no quadro-geral do ocidente europeu. De um lado, as invasões de magiares, eslavos, escandinavos e mulçumanos diminuíram ou cessaram completamente, possibilitando a recuperação econômica e o crescimento populacional. Não se trata, propriamente, do fim da violência ou da percepção da anarquia, mas de um período de maior estabilidade que o anterior⁷⁰⁶.

Tem-se, também, o surgimento das escolas de Catedrais como grandes centros de produção intelectual, anteriormente reservada quase que de modo integral aos monastérios, atraindo alunos de toda Europa Ocidental para o norte da França e da Itália, e levando ao surgimento de grandes figuras intelectuais no plano da teologia e da canonística, como Gerbert d'Aurillac (o futuro Papa Silvestre II), Fulberto de Chartres, Anselmo de Laon, Lanfranco de Cantuária, Berengário de Tours, Pedro Abelardo e outros⁷⁰⁷.

⁷⁰³ A nobreza assume, nesse período, uma relação simbiótica com o clero. Fala-se em condes e duques como “defensores” ou “protetores” de abadias e bispados, ao mesmo tempo em que tinham poderes para indicar seus protegidos para posições eclesiásticas, tomavam parte na divisão da arrecadação e comercializavam certos direitos, cargos e privilégios eclesiásticos, cf. HOWE, John. **The Nobility's Reform of the Medieval Church**. The American Historical Review, Oxford, vol. 93, n. 2, abril 1998, p. 317 – 339.

⁷⁰⁴ CUSHING, 2005, p. 14.

⁷⁰⁵ Ibid., p. 18 – 24.

⁷⁰⁶ Ibid., p. 25.

⁷⁰⁷ Ibid.

Esse período de estabilidade deu-se concomitantemente ao aumento das propriedades da Igreja, sobretudo por meio de doações advindas dos nobres menores, mas também pela reconstrução de mosteiros e igrejas destruídos ou abandonados na turbulência dos séculos anteriores, ou ainda pela construção de novos espaços. Assim, por exemplo, no século XI foi reconstruído o mosteiro de Montecassino. Por volta de 1052, o Conde Bonifácio de Canossa, junto à sua filha Matilda, fundaram o mosteiro de San Benedetto Pollirone, bem como financiaram construção de sua basílica⁷⁰⁸. Segundo Howe⁷⁰⁹, não haviam mosteiros na Normandia em 950; menos de um século depois, existiam trinta e três. Ainda, diversas igrejas e mosteiros que se tornariam centros de reforma nos anos subsequentes, foram fundadas no século X graças ao apoio da nobreza⁷¹⁰.

Também a nobreza forneceria a mão-de-obra da Reforma, com muitos dos quadros reformadores tendo origem na aristocracia, de monges à bispos. Ademais, atuariam na defesa militar do Papado, primeiro contra o Imperador Henrique IV do Sacro Império Romano-Germânico e, posteriormente, pela reconquista da península Ibérica e da Terra Santa⁷¹¹. Durante a querela das investiduras e a crise do antipapa nomeado pelo Imperador, foi com o apoio do nobre normando Ricardo de Cápua, que o Bispo Anselmo de Lucca foi eleito Papa e tomou para si o nome de Alexandre II⁷¹². De modo semelhante, Urbano II retornou à Roma e destronou o antipapa do Imperador graças ao apoio de uma rede de associados, liderados pela poderosa Matilda da Toscana⁷¹³. Mesmo antes dessas crises, quando os reformadores ainda buscavam reafirmar sua autonomia em relação à nobreza de Túsculo, foi com o apoio do Duque Godfrey da Baixa Lotaríngia, irmão do Arquidiácono Frederico de Liège, que o Papa reformador Nicolau II foi entronado e depôs o favorito da aristocracia local, Benedito X⁷¹⁴.

Vê-se, por conseguinte, que a Reforma não se deu em oposição à nobreza, mas com o apoio de parcela considerável desta, ainda que reformadores e aristocratas nem sempre estivessem com seus objetivos perfeitamente alinhados. As razões para esse trabalho conjunto são diversas. Por um lado, havia um desejo de “comprar” a salvação ao apoiar a ação do clero,

⁷⁰⁸ HOWE, 1998, p. 321 – 324.

⁷⁰⁹ Ibid., p. 323.

⁷¹⁰ Ibid., p. 325 – 326.

⁷¹¹ Ibid., p. 328 – 332.

⁷¹² CUSHING, 2005, p. 74 – 76.

⁷¹³ Ibid., p. 81.

⁷¹⁴ Ibid., p. 68.

mas a demonstração de piedade representava, também, uma ação magnânima, na esteira da constante busca por *status*, estimulada por uma vida na corte que se desenvolvia rapidamente nos séculos X e XI⁷¹⁵. Essa busca por *status* e reconhecimento social ganhava novos contornos, conforme tradicionais e poderosas famílias viram seu patrimônio ser lapidado pelas ineficientes e arcaicas regras sucessórias, bem como pelas crises políticas das décadas anteriores⁷¹⁶.

Também, séculos de guerras, redefinição de alianças e linhagens, colonização e construção de castelos e fortificações haviam redesenhado as fronteiras políticas e, por vezes, verificou-se a existência de dioceses e monastérios que haviam se tornado anacrônicos à realidade territorial nova. A construção e expansão de novos templos poderia, assim, ajudar no processo de unificação das linhagens e dos territórios⁷¹⁷. Também, a aliança com a Igreja poderia se mostrar muito lucrativa aos patronos, uma vez que parte da renda eclesiástica era direcionada aos proprietários das terras, que adiante gozariam da possibilidade de obterem de empréstimos das paróquias e catedrais em caso de urgência⁷¹⁸.

A aristocracia de terras, contudo, não foi a única a participar do movimento reformador. A Reforma, a despeito da linha historiográfica clássica, que colocou no centro do palco da reforma os “Grandes Homens” e a cidade de Roma, foi um movimento complexo, com ampla participação das comunidades – em outras palavras, foi feita de baixo para cima, e não de cima para baixo⁷¹⁹. Ademais, as iniciativas reformadoras não foram, em sua totalidade, *normativas*, mas constituíram um processo de formação de padrões práticos a partir de uma visão idealizada da sociedade e do clero, pregada pelos reformadores. Para usar a expressão de Cushing⁷²⁰, a reforma foi um “exercício na disciplina” do clero, mas também uma tentativa de construir uma nova ordem social, que seria caracterizada pela divisão firme entre a esfera religiosa e secular/leiga.

A primeira iniciativa reformadora claramente identificada, deu-se na forma dos concílios da “Paz de Deus” no fim do século X e, posteriormente, da chamada “Trégua de Deus”. Assim, a partir do ano de 975, surge, em resposta às demandas locais, concílios para

⁷¹⁵ HOWE, 1998, p. 332 – 333.

⁷¹⁶ CUSHING, 2005, p. 141 – 143.

⁷¹⁷ HOWE, *op. cit.*, p. 334.

⁷¹⁸ Ibidem, p. 335 – 336.

⁷¹⁹ CUSHING, *op. cit.*, p. 30 – 35.

⁷²⁰ Ibid., p. 36.

promover a Paz entre os cristãos, que, na prática, visaram a salvaguardar a propriedade da Igreja e a vida dos servos em tempos de guerra⁷²¹. Tradicionalmente, esses concílios foram vistos pela historiografia como uma “guerra à guerra” – ou seja, uma reação dos poucos poderosos à aristocracia do século. Contudo, o que se verificou, de fato, foi a participação ativa dos príncipes e senhores regionais na convocação dos concílios. Nessa toada, o Rei Roberto, O Piedoso, por exemplo, buscou ampliar sua posição política e territorial ao associar-se à Igreja⁷²². Vê-se, portanto, um esforço conjunto das duas ordens na promoção, contenção e canalização das mudanças sociais decorrentes da fragmentação do Império Carolíngio.

Essa reação ao colapso do Império e à maior instabilidade europeia não encontrava necessariamente substrato na realidade passada, pois não se deve superestimar a capacidade da máquina administrativa imperial na manutenção da paz. Tratava-se, na verdade, sobretudo de uma percepção de desordem acentuada: a partir dos séculos X e XI, a Igreja assistiu ao aumento significativo de sua prosperidade financeira, decorrentes das doações dos aristocratas. Contudo, o colapso Carolíngio foi acompanhando de uma preocupação acentuada dessa mesma aristocracia em consolidar suas propriedades, alterar leis sucessórias e até mesmo reverter as doações. Era necessário, portanto, uma nova narrativa⁷²³.

Essa nova narrativa seria promovida por meio da mobilização do povo, que não só atuaria como grupo de pressão nos concílios, mas também realizaria atos comunais de penitência e jejum⁷²⁴. O “povo” é um termo indefinido, mas que não se confundia com a classe de guerreiros ou aristocratas proprietários, e, portanto, encontrava-se tão vulnerável quanto à Igreja às guerras de vizinhança feudais⁷²⁵. Assim, nos Concílios de Charroux (989), Limoges

⁷²¹ CUSHING, 2005, p. 39 – 40.

⁷²² Ibid., p. 42 – 43.

⁷²³ Ibidem, p. 45 – 47.

⁷²⁴ Ibidem, p. 94.

⁷²⁵ Ibidem, p. 47 – 51. É preciso enfatizar o aspecto inédito dessa mobilização, mas também suas consequências de longo prazo, cf. CUSHING (ibid.) explica, “giving a voice, or at least a role – albeit chiefly an indirect one as witnesses rather than as agents of change – would also prove dangerous for the Church. For the raising of hope amongst the laity of a more moral and conscientious clergy reflecting God’s peace on earth created an atmosphere of expectation that could not ever be fully met. As a consequence, many sections of the populus inevitably and ultimately drifted into heterodoxy and heresy” (“dar uma voz, ou ao menos um papel – ainda que majoritariamente indireto, como testemunhas e não agentes da mudança – também se provaria perigoso para a Igreja. Ao aumentar a esperança entre a laicidade de um clero mais moral e consciente, reflexo da Paz de Deus na Terra, criou-se a

(994), Poitiers (1000 e 1014) e Elne-Toloungnes, foram firmadas regras não só para proteger a integridade física do clero e a propriedade da Igreja, mas também para condenar o roubo de gado dos camponeses e pobres⁷²⁶.

Contudo, se o tema da paz foi o catalisador para a convocação dos primeiros concílios, logo outros temas, típicos da Reforma, passaram a ser abordados, como a proibição da simonia, do incesto, da fornicção, da comunhão com excomungados, ou mesmo a condenação de heresias⁷²⁷. Nos Concílios de Poitiers (1000 e 1014), fora os temas já citados, discutiu-se ainda a elaboração de procedimentos para a resolução de disputas, mas, também, a vedação ao oferecimento de presentes, pelos leigos, à padres ou bispos em troca de confirmação ou penitência. No Concílio de Elne-Toulouges (1027), por sua vez, abordou-se os temas típicos da proteção ao clero e a propriedade clerical, e estendeu-se a proteção àqueles que se deslocavam à ou saíam de Igrejas. Ainda, reiterou-se a vedação à casamentos entre parentes de até 6º grau, e ao contato com excomungados. Finalmente, no Concílio de Rheims, organizado pelo Papa Leão IX, em 1049, não só haveria a proclamação universal da Paz de Deus, mas também a emissão de uma série de cânones disciplinares direcionados à laicidade e ao clero⁷²⁸ – a culminação de quase um século de esforços individuais, verdadeiramente reformadores, dos Concílios de Paz.

Concomitantemente aos esforços da Paz de Deus, estão aqueles da chamada “Trégua de Deus”, que, “consiste em interditar todo ato de guerra e mesmo todo constrangimento judiciário, durante as épocas mais importantes do ano cristão – que são o Advento, a Quaresma e Petecostes -, e também durante quatro dias de cada semana, de quinta a domingo, os mesmos em que se deram a Paixão e a Ressureição de Cristo”⁷²⁹. Esse movimento teria início na Catalunha, por volta de 1027 ou 1033, e ressaltaria a posição de um clero cada vez mais preocupado em conter o homicídio entre cristãos – ainda que nem sempre essa preocupação se refletisse na aristocracia do século.

atmosfera de uma expectativa que jamais poderia ser inteiramente alcançada. Como consequência, muitas porções da população, inevitavelmente, e por fim, desviou-se para a heterodoxia e a heresia”. Tradução livre).

⁷²⁶ CUSHING, 2005, p. 40 – 41.

⁷²⁷ Ibid., p. 43 – 44.

⁷²⁸ Ibid., p. 48 – 49.

⁷²⁹ BARTHÉLEMY, 2020, p. 317.

Esses movimentos de “paz” refletiam o ambiente geral de reconstrução material e reforma espiritual presente no clero do ano 1000, mas, sobretudo, de um esforço cada vez maior pela preservação do patrimônio da Igreja. Em alguns casos, como no caso bispo Ermengol de Urgell, a preservação assumia um sentido literal. Esse integrante do alto clero, seria conhecido pelo título de *episcopus athleticus*, em razão de tomar parte em diversos trabalhos públicos de construção⁷³⁰. O bispo morreria em 1035, enquanto supervisionava a construção de uma ponte e seria, posteriormente, canonizado⁷³¹. Esforços de reconstrução material também seriam vistos na Inglaterra, após a conquista Normanda, e na Península Ibérica, onde o clero também atuaria na supressão do rito litúrgico visigótico⁷³².

Se está claro que, antes de um centro reformador, havia a reforma propriamente dita⁷³³, também não se deve menosprezar o papel do papado como um promotor e o principal beneficiado desse movimento de renovação. O século XI assistiria à reafirmação da autoridade dos Papas – então tidos como *primus inter pares* – mediante confirmação de imunidades e a concessão de *tuitio* aos monastérios – em uma lógica muito bem descrita por Cushing⁷³⁴, segundo a qual quanto mais o papado oferecia simbolicamente, mais era procurado e, ao ser mais requisitado, reiterava-se implicitamente a sua autoridade.

O ponto de virada na reforma, porém, viria com o pontificado de Leão IX, que não só reiteraria as prerrogativas legislativas do clero, reconhecendo a importância de promover o direito canônico como um instrumento da reforma, mas também realizaria diversos concílios reformadores e reuniria um verdadeiro “partido reformador” ao seu redor, composto por Umberto de Moyenmoutier (futuro cardeal-Bispo de Silva-Candida), Arquidiácono Frederico de Liège (futuro papa Estevão IX), Hugo o Branco (futuro legatário papal e cardeal-padre de St. Clemente), Arcebispo Halinard de Lyons, Pedro Damião (eremita) e Hildebrando (elevado

⁷³⁰ CUSHING, 2005, p. 93.

⁷³¹ A canonização de Ermengol reflete também uma mudança importante para os reformadores, como o papa Gregório VII – a santidade derivaria não mais apenas de milagres, ou de uma morte pela fé, tampouco pelo testemunho contra os abusos, mas também da ação efetiva, da transformação dos ideais de reforma em uma prática concreta. Em outras palavras, passa a importar mais o modo pelo qual se vivia, do que aquele pelo qual se morria (cf. CUSHING, 2005, p. 102).

⁷³² Ibid.

⁷³³ Ibid., p. 91.

⁷³⁴ 2005, p. 59.

ao cargo de arqui-diácono e colocado na igreja de São Paulo Sem as Muralhas)⁷³⁵. A constituição desse grupo de indivíduos que pensavam de maneira semelhante seria fundamental para travar a “batalha pelos corações e mentes” do clero, da aristocracia secular e do populacho, a ser empreendida por meio de cartas, concílios regionais e gerais, da promulgação de novos cânones, produção de tratados ou hagiografias⁷³⁶ e, ainda, na atividade cada vez mais intensa de legatários papais⁷³⁷.

Do ponto de vista institucional, a reforma apresentaria três frente de batalha: a disputa pelo fim do casamento clerical e a garantia do celibato do clero, o combate contra as simonias e a busca pela proibição da investidura leiga – a chamada “querela das investiduras”.

A simonia era a prática de adquirir ou vender cargos, benefícios ou sacramentos próprios da Igreja, e condenação teria origem na passagem bíblica de Atos dos Apóstolos 8: 18 – 20⁷³⁸. Ainda que tivesse sido coibida expressamente ao menos desde o Concílio da Calcedónia (431), havia se tornado inevitável em uma sociedade marcada por redes regionais de poder e influência e, portanto, combatida com ênfase apenas durante a reforma. A preocupação parece surgir não no clero, mas no Século, em 1014, quando o Duque Guilherme V da Aquitânia, presidindo sobre o Concílio de Poitiers expulsou o abade Pedro do Monastério de Charroux, sob a acusação de que o pároco havia obtido seu cargo pela heresia simoníaca. No mesmo ano, o Imperador Henrique II, ao presidir o Sínodo de Ravenna proibiu a ordenação do clero em troca de presentes monetários. Na Igreja, a vedação seria reiterada em Bourges (1031), Roma (1049), Mainz (1049) e Rheims (1049). Neste último concílio, promovido pelo Papa Leão IX, a preocupação teria sido tamanha que, no primeiro dia, todos os bispos e abades tiveram de prestar juramentos de que não haviam incorrido em simonia, tendo boa parte do concílio passado os dias seguintes analisando a veracidade dos juramentos prestados⁷³⁹.

⁷³⁵ CUSHING, 2005, p. 65 – 67.

⁷³⁶ Especificamente acerca do papel da hagiografia na Reforma gregoriana, cf. GENKA, Tatsushi. The Role of Hagiography in the Development of Canon Law in the Reform Era. In: ROLKER, Christof (org.). *New Discourses in Medieval Canon Law Research: Challenging the Master Narrative*. Leiden: BRILL, 2019, p. 83 – 104.

⁷³⁷ CUSHING, *op. cit.*, p. 111 – 112.

⁷³⁸ “18. E Simão, vendo que pela imposição das mãos dos apóstolos era dado o Espírito Santo, lhes ofereceu dinheiro, 19. Dizendo: ‘Dai-me também a mim esse poder, para que aqueles sobre quem eu puser as mãos receba o Espírito Santo’”. 20. Mas disse-lhe Pedro ‘Vá tua prata contigo à perdição, pois cuidaste adquirir com dinheiro o dom de Deus’”.

⁷³⁹ Ibidem, p. 95 – 98.

A questão do casamento clerical remonta aos Concílios de Elvira (306-14) e Nicéia (325), em que se proibia a introdução de mulheres nas casas do clero para fins sexuais. Vedações semelhantes aparecem nas coleções canônicas carolíngias, até então predominando a tese segundo a qual ao ingressar nos quadros da Igreja, o marido não poderia abandonar a sua esposa, que então deveria viver em “fraternidade caridosa” com ele⁷⁴⁰. Esse tema se mostrou proeminente para o Papado ao menos desde 1022, quando, no sínodo de Paiva, houve a condenação ao casamento clerical, a partir de uma interpretação distorcida do cânone de Nicéia, seguida por proibições em Mainz (1049), Covaca (1050), Girona (1068), Roma (1059) e Tolouse (1056)⁷⁴¹.

Havia, por fim, a questão das investiduras, mais especificamente, da chamada investidura leiga. A prática da investidura real era aquela pela qual um bispo ou abade receberia do monarca propriedades temporais adequadas ao seu bispado ou monastério, sendo um importante indicador do papel do rei Cristão na Igreja⁷⁴². Ainda que o bispo-eleito precisasse ser consagrado por outros bispos, o ritual da investidura parecia sugerir que o rei tornava um padre, bispo. Paralelamente à questão das investiduras, e por vezes com ela emaranhada, havia aquela da interferência dos leigos no papado, especialmente por parte do Imperador Romano-Germânico. Assim, por exemplo, os papas Clemente II e Leão IX ascenderiam ao pontificado pela intervenção direta do imperador Henrique III (1046 e 1048, respectivamente). Alexandre II, por sua vez, seria eleito diante da oposição da corte alemã, que elegeu um antipapa próprio, Honório II. Gregório VII, seria expulso de Roma por Henrique IV da Alemanha, que então nomearia Clemente III ao posto – apenas para ver este deposto por Urbano II, com o apoio da nobreza normanda⁷⁴³.

Ainda no pontificado de Clemente II, verificou-se a presença de críticos à intervenção real na Igreja, com a publicação do texto anônimo *De ordinando pontifice*, que descreveria Henrique III como *nequissimus*⁷⁴⁴. Posteriormente, durante o pontificado de Nicolau II, foi publicado um decreto no âmbito do Sínodo de 1059, que passou a conter regras bem definidas para a eleição de um Papa, a partir da proposta de Pedro Damião, importante teólogo

⁷⁴⁰ CUSHING, 2005, p. 98.

⁷⁴¹ Ibid., p. 99.

⁷⁴² Ibid. p. 105 – 106.

⁷⁴³ Ibid., p. 63 – 75.

⁷⁴⁴ Ibid., p. 64.

reformador, segundo o qual, em razão da posição especial da Basílica de Latrão, *ecclesia Salvatoris*, seriam os seus cardeais-bispos quem teriam os poderes litúrgicos para eleger e consagrar um novo pontífice – a chamada *ideologia de Latrão*. Ainda que esse decreto não viesse a ser integralmente aplicado até meados do século XII, ele conferiu um precedente poderoso para afirmar a autonomia do papado em relação ao poder secular, especialmente durante a querela das investiduras⁷⁴⁵.

Em relação a questão da investidura leiga em específico, foi condenada em 1031, durante o Concílio de Bourges, e, talvez, durante o Sínodo de Lentem em 1075⁷⁴⁶. O Papa Gregório VII produziria uma legislação mais contundente em novembro de 1078, direcionada ao clero e, em março de 1080, condenando também os leigos que adotassem a prática. A questão, contudo, enfrentaria forte oposição do Imperador, e seria resolvida definitivamente apenas com a Concordata de Worms, em 1122⁷⁴⁷.

Ideologicamente, a reforma se preocuparia com a elevação moral do clero, a partir de uma retórica de purificação e poluição, a fim de delinear a superioridade de uma esfera eclesiástica “pura” perante um século “poluído”, o que justificaria a maior autonomia e independência da Igreja diante dos laços tradicionais de lealdade⁷⁴⁸. Nesse sentido, esperava-se

⁷⁴⁵ CUSHING, 2005., p. 70 – 72.

⁷⁴⁶ Cf. CUSHING (Ibid., p. 106): “Much seems to depend on the question of whether or not a prohibition against lay investiture was issued by Gregory at the Lenten synod of 1075. While no such decree is extant, many historians, citing Arnulf of Milan’s Book of Recent Deeds, have subscribed to the view that investiture was in some way banned in 1075. If such legislation was enacted, however, it seems not to have been a universal prohibition but one aimed especially at Milan and the northern Italian bishoprics, though as Cowdrey argues, Gregory’s position on the issue was clearly hardening from 1075” (“Muito parece depender da questão de se foi ou não promulgada por Gregório uma proibição contra a investidura leiga no Sínodo de Lentem de 1075. Ainda que nenhum decreto tenha sido preservado, muitos historiadores, citando o Livro de Milagres Recentes, de Arnulfo de Milão, se posicionam pela existência de algum tipo de banimento da investidura em 1075. Se tal legislação foi promulgada, porém, parece não ter sido uma proibição universal, mas direcionada especialmente à Milão e aos bispados do norte da Itália, ainda que, como argumenta Cowdrey, a posição de Gregório sobre o assunto tenha claramente se endurecido a partir de 1075”). Tradução livre.

⁷⁴⁷ Ibid., p. 107.

⁷⁴⁸ Como CUSHING (2005, p. 112) explica ““By increasingly emphasizing the potential for contagion, and by reiterating the paramount need to cleanse the sacred from contamination by the secular, the reformers used the language of purity and pollution, in particular the rhetoric of sexual separation, both to delineate and more sharply enforce what they deemed to be the appropriate spheres of activity both for themselves and for lay society” (“Ao aumentar a ênfase do potencial para contágio e reiterar a necessidade suprema de limpar o sagrado da contaminação

do clero a posição de uma casta separada, cujo *status* especial decorreria de seu serviço à Deus e do contato com os sacramentos – e, portanto, far-se-ia necessário que não se casassem, permanecessem celibatos e, idealmente, castos, bem como que não portassem armas ou outros objetos típicos do século. Ademais, não poderiam comprar ou vender cargos ou benefícios de sua Igreja, pois não poderiam ser afetados pelas circunstâncias terrenas. Em outros termos, a expressão de “pureza” e “poluição” surgiu precisamente para explicar uma sociedade que se encontrava, no século XI, em guerra contra si mesma e contra muitos dos valores que até então predominavam⁷⁴⁹.

O esforço dos reformadores não produziu resultados decisivos imediatos, mas é inegável que atingiu, no longo prazo, a reinvenção completa da sociedade europeia latina, ao conseguir separar, de maneira decisiva, o sagrado do secular. Como explica, Cushing⁷⁵⁰:

“The reform movement left an indelible mark on western European society, and its repercussions would be felt for centuries. The development of the Roman papacy as an institution with the capacity to make its authority felt more consistently beyond Rome increasingly enabled eleventh-century popes to take a decisive role not only in impressing reform measures but also in demanding adherence to them. Although there can be no denying that simony, clerical marriage and concubinage, as well as lay control over churches and ecclesiastical appointments, continued after the end of the eleventh century, these would no longer be seen as acceptable or justifiable practices, even if they were often inevitably tolerated in reality, especially at lower levels. Moreover, it is evident that the privileging of the status of the clergy on account of their celibacy and service at the altar, over both the ‘fighters’ and the ‘workers’, had contributed to an increasing recognition that their identities lay first and foremost in the ecclesiastical sphere”⁷⁵¹.

pelo secular, os reformadores usaram a linguagem de pureza e poluição, em particular, a retórica da separação sexual, para tanto delinear, quanto mais assiduamente assegurar aquilo que julgavam ser as esferas de atividade apropriadas tanto para si próprios, quanto para a sociedade leiga”. Tradução livre).

⁷⁴⁹ CUSHING, 2005, p. 116.

⁷⁵⁰ Ibid., p. 161.

⁷⁵¹ “O movimento de reforma deixou uma marca indelével na sociedade da Europa Ocidental, e suas repercussões seriam sentidas por séculos. O desenvolvimento do papado romano como uma instituição com a capacidade de fazer com que sua autoridade fosse sentida de forma mais consistente fora de Roma permitiu que os papas do século XI assumissem um papel decisivo não apenas na impressão de medidas de reforma, mas também na

É precisamente uma cristandade reformada, dotada de novos valores, de uma autoridade verticalizada no seio da Igreja e, ainda, de robustos compilados canônicos de teor moralizante, que avançou contra as ordálias.

Nesse sentido, o primeiro marco relevante é a proibição da participação do clero nas ordálias, determinada pelo Papa Alexandre II em 1063⁷⁵². Dentre os argumentos que passaram a ser utilizados, dois se encontravam no centro da discussão: em primeiro lugar, que a ordália não seria canônica, pois os Evangelhos não trariam menção a ela e, em segundo lugar, que seria uma forma de tentar o Divino, utilizando de artifícios para forçar uma intervenção divina. Ou seja, a ordália seria um pecado.

O primeiro desses argumentos logo teve de lidar com o problema do uso da ordália no livro dos Números, adotando para isso a solução do século XII segundo a qual não só os cristãos não estavam vinculados a todas as normas trazidas pelo Velho Testamento⁷⁵³, como, também, a análise das regras emitidas por autoridades do passado deveria levar em conta o contexto e as circunstâncias nas quais tais mandamentos haviam sido enunciados⁷⁵⁴. Subsidiariamente, utilizou-se a ausência da ordália do Direito romano como um sinal de que esta não deveria gozar de prestígio e autoridade⁷⁵⁵. Tampouco se poderia alegar que a ordália era um costume, pois, na concepção canônica, este não poderia contrariar a lei escrita ou a fé cristã, para ser considerado juridicamente vinculante – subordinando essa discussão à questão da conformidade ou não da ordália a teologia cristã⁷⁵⁶.

exigência de adesão a elas. Embora não se possa negar que a simonia, o casamento clerical e o concubinato, bem como o controle leigo sobre as igrejas e as nomeações eclesiásticas, continuaram após o final do século XI, eles não seriam mais vistos como práticas aceitáveis ou justificáveis, mesmo que, na realidade, fossem inevitavelmente tolerados, especialmente nos níveis mais baixos. Além disso, é evidente que o privilégio do status do clero por conta de seu celibato e serviço no altar, em relação aos ‘lutadores’ e aos ‘trabalhadores’, contribuiu para um reconhecimento cada vez maior de que suas identidades estavam, antes de tudo, na esfera eclesiástica” (Tradução livre).

⁷⁵² BARTLETT, 2014, p. 82.

⁷⁵³ Essa posição era consensual mesmo antes do século XII (cf. Ibidem, p. 84).

⁷⁵⁴ Ibidem.

⁷⁵⁵ Ibidem, p. 85.

⁷⁵⁶ MCAULEY, Finbarr. Canon Law and the End of the Ordeal. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 26, n° 3, 2006, p. 473 – 513.

O segundo argumento, por sua vez, partia da diferenciação entre o milagre e o *Iudicium Dei*, a partir do critério da espontaneidade. O milagre, acreditavam os teólogos reformistas, era um ato livre de Deus e, portanto, não poderia ser obtido por meio de um procedimento. Nesse sentido, a ordália se aproximava mais de um sacramento. No entanto, para que um sacramento fosse válido ele precisaria estar presente nos cânones, e este não era o caso⁷⁵⁷. Assim, do ponto de vista teológico, não haveria razão para alegar que o resultado da ordália sempre corresponderia a vontade divina, confrontando sua utilidade jurídica⁷⁵⁸.

A principal resistência à mudança viria das paróquias e bispados locais, que viam no abandono da ordália não só uma redução de seus poderes jurisdicionais exclusivos que os diferenciavam de outras tribunais⁷⁵⁹, como também uma ameaça às receitas obtidas pelo tribunal com o recebimento das custas processuais dos procedimentos que envolviam o *Iudicium Dei*⁷⁶⁰.

Em 1215, quando finalmente as ordálias foram expurgadas da ordem jurídica medieval, três pré-requisitos foram preenchidos: em primeiro lugar, a Igreja tinha em seus quadros superiores uma elite reformista, reunida da figura do Papa Inocêncio III; em segundo lugar, havia uma parte significativa do clero que condenava a ordália; e em terceiro lugar, as reformas de Gregório e seus sucessores levaram a formação de um corpo sistematizado e hierárquico dentro da burocracia oficial dessa instituição, que passou a ser capaz de impor com maior eficácia as deliberações tomadas pelo papado nas diversas igrejas locais espalhadas pela Europa⁷⁶¹. Assim, a ordália foi oficialmente banida, no Quarto Concílio de Latrão, por meio de uma proibição oficial do clero em tomar parte nos preparativos dessas cerimônias – minando, assim, um elemento essencial para as ordálias unilaterais que é a intervenção dos membros da Igreja para benzer o instrumento ou meio da prova.

A decisão tomada pelo Concílio, no entanto, não foi acatada de maneira imediata e uniforme pela Europa. Na verdade, como Bartlett reconhece⁷⁶², foi apenas o começo de um processo de implementação das mudanças após cento e cinquenta anos de um intenso

⁷⁵⁷ BARTLETT, 2014, p. 88.

⁷⁵⁸ Ibidem, p. 79.

⁷⁵⁹ Ibidem, p. 91.

⁷⁶⁰ Ibidem, p. 93.

⁷⁶¹ Ibidem, p. 100.

⁷⁶² Ibidem, p. 127.

movimento reformista. Nesse sentido, foram os reinos menores e mais centralizados, com boas relações com a Santa Sé, aqueles que primeiro adotaram essa mudança, com a Dinamarca abolindo a ordália em 1216 e a Inglaterra, em 1219. Em alguns outros reinos, porém, a ordália sobreviveria mais alguns séculos, ainda que seu uso se tornasse mais raro – a título de exemplo, em Hanover, a ordália estava presente no seu corpo jurídico em 1436⁷⁶³.

Como parte das reformas de Inocêncio III, elaborou-se, entre 1198 e 1212, um procedimento alternativo para lidar com os casos nos quais o uso dos demais métodos probatórios se mostrasse insuficiente, o processo inquisitorial⁷⁶⁴. Nesse sistema, o juiz atuaria como um verdadeiro investigador – dando continuidade ao processo somente se entendesse que a suspeita que recaía sobre o réu era provável, difundida e persistente – interrogando-o e contando com amplos poderes instrutórios para convocar testemunhas e realizar um exame cruzado e retirando dos procedimentos a figura do acusante. O principal objetivo desse processo não era propriamente a produção de evidências, mas a obtenção de uma confissão por parte do réu. Do procedimento inquisitorial, também surgiu a possibilidade de submeter o réu à tortura desde que contra ele houvesse alguma evidência substancial ou ainda uma grande suspeita⁷⁶⁵. É nesse contexto que, o papa João XXIII, por exemplo, autorizou a tortura do Abade de Autun e do dominicano João Alberico⁷⁶⁶.

Uma das grandes consequências desse modelo, foi o posicionamento, no centro do modelo probatório, do uso de meios da razão para combinar as chamadas “provas parciais” (por exemplo, um testemunho, um documento, um simples sermão) de modo a constituir uma evidência suficientemente forte para que o magistrado tivesse um juízo de certeza sem, necessariamente, precisar de evidências diretas relacionadas ao litígio⁷⁶⁷, trata-se de uma redução do *standard* probatório significativa.

Também a partir do processo inquisitório, leva-se o processo penal da esfera eminentemente privada, em especial do interesse da vítima e de seus familiares, para aquele da

⁷⁶³ BARTLETT, 2014, p. 131.

⁷⁶⁴ MCAULEY, 2006, p. 489 – 493.

⁷⁶⁵ BARTLETT, *Op. Cit.*, p. 141.

⁷⁶⁶ BOREAU, Alain. **Satã Herético: o nascimento da demonologia na Europa medieval (1280 – 1330)**. Tradução de Igor Salomão Teixeira. Campinas: Editora Unicamp, 2022, p. 49.

⁷⁶⁷ MCAULEY, 2006, p. 495 – 500 e BOREAU, 2022, p. 46 – 48.

do interesse público representado pela necessidade, advinda da utilidade pública, de punir os crimes⁷⁶⁸.

É evidente, portanto, que a tese oposta àquela funcionalista, é de grande mérito ao apontar uma série de críticas válidas a capacidade das ordálias em operar o consenso nas comunidades; ao oferecer uma explicação fundada na crença medieval para o fim do instituto jurídico e, por fim, em estabelecer uma conexão entre o fim dos *Iudicium Dei* e as revoluções operadas dentro do Direito Canônico que, inclusive, ofereceram a sociedade medieval europeia um instrumento substituto àquele que se pretendia abolir, qual seja, o processo inquisitorial.

Por outro lado, os adeptos da teoria de Bartlett oferecem uma explicação insuficiente para a crise geral do instituto do *Iudicium Dei*, afinal, se as ordálias unilaterais de fato foram extintas da maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus a partir de 1215, as ordálias bilaterais, e especificamente, o julgamento por combate, permaneceram sendo utilizadas por ao menos mais duzentos anos na maior parte dos países europeus. Formular, assim, uma teoria a respeito da extinção do duelo judicial, envolve, por conseguinte, uma análise própria do processo de restrição e desuso.

4.3. Participantes e restrições

Um dos ângulos possíveis para a análise do gradual abandono e deliberada exclusão do julgamento por combate no Direito inglês medieval é a partir das restrições introduzidas aos participantes e às causas que poderiam ser julgadas a partir desse método. Algumas dessas vedações remontam a própria introdução do instituto na Inglaterra, outras, foram incorporadas a partir do desenvolvimento de outros métodos probatórios⁷⁶⁹, especialmente a partir do final do século XII, com a introdução do júri.

Para compreender, principalmente, as proibições referentes aos participantes, é primeiro necessário reiterar a importância de se assegurar disputas justas. A preocupação com essa noção

⁷⁶⁸ MCAULEY, 2006, p. 493 – 495.

⁷⁶⁹ Cabe ressaltar que, para os juristas ingleses medievais, o julgamento por Júri era sim uma forma de “prova”, não só porque, inicialmente, confundia-se o papel do júri e da testemunha, mas também em razão do júri buscar solucionar controversas alcançando a verdade dos fatos, assim como um julgamento por ordália ou por batalha. É somente a partir desse entendimento que expressões como *Trial by juri* podem ser equiparadas a *Trial by Combat*, *Trial by ordeal*, *Trial by Record* etc (cf. BLACKSTONE, William. Chapter the twenty second: of the several species of trial *In: Commentaries on the Laws of England: Book the third*. Oxford: Clarendon Press, 1768, p. 325 – 348).

de “justiça” esteve presente, como já visto no capítulo 3 dessa pesquisa, especialmente ao longo dos procedimentos, proibindo-se a intervenção de terceiros durante a luta e assegurando paridade de armas, por exemplo. Em uma etapa anterior, porém, os tribunais ingleses buscaram evitar que ações nas quais os participantes tivessem alguma diferença pessoal fundamental fossem levados ao método de prova do combate⁷⁷⁰ – seja por aspectos físicos ou ainda pelo *status* ou situação especial das partes.

Uma das primeiras restrições, muito provavelmente, é a isenção conferida à indivíduos que teriam desvantagens naturais com o duelo, em razão da idade. Por essa razão, idosos⁷⁷¹ e menores de 21 anos⁷⁷² eram isentos do combate. Isso não significa, porém, que não pudessem tomar parte no julgamento em si. Em verdade, a isenção era uma *faculdade*, podendo um idoso participar por meio do emprego um campeão⁷⁷³ e, nos casos de *Appeal*, o *appellor* infante poderia esperar a sua maioridade para propor a ação. A exceção da idade que poderia ser levantada para escapar ao duelo era, ainda, uma prerrogativa exclusiva do polo passivo da relação jurídica⁷⁷⁴.

Além da idade, também o *status* pessoal poderia ser um entrave para que o combate ocorresse. Nesse sentido, tanto Elema⁷⁷⁵ quanto Russel⁷⁷⁶ concordam que a batalha entre pessoas de estamentos diferentes era proibida. Assim, por exemplo, um nobre não poderia enfrentar um vilão, e um camponês não poderia desafiar o seu senhor. A principal razão para essa proibição, provavelmente, considerando que os duelos judiciais eram também uma disputa de honra, era evitar que tais litígios fosse empregados como um meio de desestabilizar (e

⁷⁷⁰ ELEMA, 2012, p. 133.

⁷⁷¹ Um “idoso”, para fins jurídicos, teria sessenta anos, segundo Glanvill, Fleta e Bracton (cf. *ibidem*, p. 176 – 181).

⁷⁷² Registros do *Britton*, um Tratado de aproximadamente 1291, diz que a idade mínima para que um participante optasse pelo duelo judicial era catorze anos, mas outras fontes do século XIV tendem a concordar com a idade de vinte um ano (cf. *Ibidem*, p. 176 – 181). Glanvill, por sua vez, não traz referência alguma a idade, referindo-se apenas a necessidade da “maioridade” das partes. Por essa razão, não é possível determinar exatamente quando essa maioridade era atingida. Uma tese suscitada por Elema (cf. *ibidem*) é a de que alguns nobres poderiam ser emancipados aos catorze anos, excepcionalmente, outros aos vinte um – enquanto entre os comuns, a maioridade haveria de ser delimitada a partir do consenso de determinada comunidade.

⁷⁷³ *Ibidem*.

⁷⁷⁴ RUSSEL, 1977, p. 120 – 121.

⁷⁷⁵ 2015, p. 134.

⁷⁷⁶ *Op. cit.*, p. 61.

desafiar) a estrutura social feudal⁷⁷⁷. Isso não significava, porém, que casos excepcionais nos quais as partes fossem de classes sociais distintas não existissem nos tribunais ingleses, mas, para isso, poderia ser necessária uma autorização especial da coroa⁷⁷⁸.

Além do *status* em relação ao estamento, não também o *status* de liberdade poderia ser um empecilho para as disputas. Nesse sentido, servos não podem participar de combates (seja como parte ou como campeão) pois não possuíam capacidade jurídica para serem testemunhas fora das cortes senhoriais, ou em casos civis nos tribunais régios. Essa preocupação foi tão grande que, como já exposto, a servidão desde o nascimento sequer poderia ser questionada por meio do combate, enquanto a manumissão de um servo ocorrida no passado, se alegada judicialmente, teria necessariamente de ser provada por meio de um campeão, e não por aquele que tem sua liberdade como fato controvertido⁷⁷⁹. Esse modelo difere bastante daquele presente na Lei dos Lombardos e dos Frísios, nas quais até mesmo os escravos poderiam exigir sua liberdade por meio do combate em dadas condições⁷⁸⁰.

Uma última restrição referente ao *status* dizia respeito a algumas cidades do reino, que pela graça do rei recebiam uma carta de autorização que conferia aos habitantes do burgo o privilégio de recusarem o combate para a maior parte dos casos⁷⁸¹. Em sua pesquisa, Russel⁷⁸² encontrou cartas de isenção das cidades de *Bedford*, *Berwick-on-Tweed*, *Canterbury*, *Devizes*, *Lincoln*, *Londres*, *Melcombe*, *Newcastle*, *Montgomery*, *Northampton*, *Norwich*, *Oxford*, *Rochester*, *Warenmouth* e *Winchester*. As primeiras cartas são datadas do século XII⁷⁸³.

Um terceiro fator de restrição estava vinculada à pessoalidade do Direito inglês, de modo que estrangeiros não familiarizados com o julgamento por combate não seriam obrigados a participar de duelos, podendo optar por outras formas de prova⁷⁸⁴. Esse era o caso da alternativa da ordália do ferro quente apresentada aos ingleses conquistados durante o reinado de Guilherme I. Nessa categoria, poder-se-ia incluir, também, os judeus. Segundo Elema, a

⁷⁷⁷ ELEMA, 2012., p. 134 – 141.

⁷⁷⁸ Ibidem.

⁷⁷⁹ GLANVILL, 1993, p. 57

⁷⁸⁰ LEA, 1870, p. 116 – 118.

⁷⁸¹ ELEMA, *op. cit.*, p. 73 – 76.

⁷⁸² RUSSEL, 1977, p. 69 – 70.

⁷⁸³ Ibidem., p. 71.

⁷⁸⁴ ELEMA, *op. cit.*, p. 165 – 174.

comunidade judaica inglesa atingiu em seu ápice um total de cinco mil pessoas⁷⁸⁵ e sua posição na estrutura jurídica inglesa era a de “servos do tesouro real”, de modo que todas as suas atividades econômicas eram constantemente monitoradas pela coroa. Desse monitoramento surgiu em 1194 uma ordenança de Henrique II que exigiu que todos os contratos nos quais uma das partes fosse um judeu fossem devidamente registrados, de modo que haveria ampla evidência documental e seria dispensado o combate como meio de prova. Dessa prática é possível extrair a enorme proteção conferida a esse grupo social, associada aos interesses econômicos da monarquia inglesa. Os registros indicam ainda que o duelo entre judeus e cristãos, além de raros, foram restringidos (um judeu somente poderia lutar contra um cristão recém-convertido) e, por fim, proibidos⁷⁸⁶.

O quarto elemento que poderia interferir no rol de pessoas aptas a tomarem parte no combate era o gênero. O duelo, segundo Elema, era essencialmente um privilégio masculino⁷⁸⁷, seja aquele judicial, seja a disputa de armas ocorrida em torneios ou guerras – ainda assim, é possível que ao menos algumas mulheres da nobreza tivessem contato com algum treinamento militar que ocorria nos lares desse estrato da população. O *Common Law* trazia um sistema no qual mulheres solteiras detinham uma independência muito maior que aquelas casadas: enquanto as primeiras poderiam ter propriedades de terras e seriam capazes de mover processos que envolvessem direitos reais e pessoais; as segundas assistiam à sua propriedade sendo unida a do marido e somente poderiam mover processos (ou mesmo ser alvo de processos) envolvendo disputas de terra ou direitos pessoais, caso seu cônjuge fosse também chamado como parte do processo. Mesmo sua capacidade de ser polo ativo de um *Appeal* era restringida a algumas espécies de crimes. Por essa razão, os registros apontam um número maior de mulheres em processos do *Writ of Right* que nos casos criminais, com sua participação nos julgamentos por combate entrando em franco declínio (e posteriormente desaparecendo) a partir do século XIII com a expansão do Julgamento por Júri⁷⁸⁸. Cabe ressaltar que as mulheres, no Direito inglês, lutavam sempre por meio de campeões⁷⁸⁹.

⁷⁸⁵ ELEMA, 2012, p. 165 – 174.

⁷⁸⁶ Ibidem, p. 165 – 174.

⁷⁸⁷ Ibidem, p. 141 – 155.

⁷⁸⁸ Ibidem.

⁷⁸⁹ Ibidem, p. 184 – 185.

Também o clero era isento de participar dos julgamentos por combate, precisamente porque constituía um estamento relativamente apartado das cortes seculares⁷⁹⁰. Não obstante, muitos tomaram parte nessas disputas, especialmente naquelas do *Writ of Right*, sendo o único caso de morte registrada em um Tribunal Inglês em decorrência de um duelo judicial, aquele do campeão do abade de *St. Edmundsbury* em 1287⁷⁹¹. Ainda assim, a prática foi fortemente combatida pelo Papado em Roma, com uma bula de 1216 proibindo a participação das autoridades religiosas nesses julgamentos⁷⁹², como parte do já descrito movimento da Igreja de afastamento e condenação das ordálias e outras formas de *Iudicium Dei*.

A última hipótese de isenção do combate era o *mayhem*, um termo genérico para designar “ferimentos incapacitantes”. Essa exceção consistia na alegação por parte de um *apellor* de que se encontrava incapacitado de provar seu caso por combate, precisamente porque os ferimentos causados contra si pelo réu durante o fato gerador da disputa o prejudicariam em batalha⁷⁹³. Se por um lado é certo que, nessa hipótese, a vítima poderia optar por outra forma que não o combate⁷⁹⁴, é incerto se, ao optar pelo duelo judicial, poderia ser representada por meio de um campeão. Segundo Elema, essa é a hipótese mais correta⁷⁹⁵, mas o caso *Alice v. Coventry (1212)* trazido por Russel⁷⁹⁶ parece sugerir que nas hipóteses de um *Appeal* de ferimentos graves, o mais adequado seria o parente mais próximo da vítima processar o autor do fato. Isso não significa, porém, que em outros processos nos quais o ferimento ou condição física não tivesse relação direta com o fato gerador (por exemplo, no caso de deficiências físicas congênitas) a solução do campeão não pudesse ser adotada⁷⁹⁷. A hipótese de *mayhem* trazia ainda consigo todo um conjunto de ferimentos e condições que poderiam ser enquadrados nesse rol, desde um osso quebrado, passando por uma fratura craniana, um dente perdido⁷⁹⁸, a perda de algum membro, ou até mesmo, portadores da lepra⁷⁹⁹. O consenso, ao que tudo indica, era abranger nesse rol tudo aquilo que significativamente pudesse tornar mais difícil ao participante

⁷⁹⁰ ELEMA, 2012, p. 155 – 165.

⁷⁹¹ RUSSEL, 1977, p. 64 – 65.

⁷⁹² Ibidem, p. 122 – 123.

⁷⁹³ Ibidem, p. 110 – 111.

⁷⁹⁴ Ibidem.

⁷⁹⁵ ELEMA, *op. cit.*, p. 181 – 184.

⁷⁹⁶ *Op. cit.*

⁷⁹⁷ ELEMA, *op. cit.*, p. 141 – 155.

⁷⁹⁸ RUSSEL, *op. cit.*, p. 118 – 119.

⁷⁹⁹ ELEMA, *op. cit.*, p. 182.

combater. A partir de 1215, com a abolição das ordálias, o tribunal do júri se tornou a principal alternativa ao combate nessas situações⁸⁰⁰.

Além das isenções, outra categoria de restrição que o instituto enfrentava era aquela que se referia aos elementos da demanda: o pedido, a causa de pedir e a relação existente entre as partes. Na primeira dessas hipóteses, está a proibição do duelo judicial para solucionar disputas no *Writ of Right* ou, até o século XII⁸⁰¹, nos litígios envolvendo dívidas, nos quais o valor em questão fosse inferior a cinquenta *pence*⁸⁰².

Em relação aos litigantes, o grau de parentesco parece ter sido um fator que ganhou maior importância a partir da segunda metade do século XIII. Inicialmente, a única restrição consistia na obrigatoriedade do uso de campeões em disputas envolvendo irmãos dentro do *Writ of Right*⁸⁰³. Segundo Russel⁸⁰⁴, parentes considerados até o terceiro grau poderiam participar do combate somente na hipótese de alegarem seu direito a partir de diferentes ancestrais. Posteriormente, no entanto, a vedação tornou-se absoluta e, inclusive, bloqueou o acesso ao *Writ of Right* de litígios entre esses familiares próximos. Segundo Elema, uma das razões para essa proibição pode ter sido a necessidade de evitar que a estrutura hierárquica familiar fosse perturbada⁸⁰⁵. Essa hipótese é sustentada pela possibilidade, nos séculos anteriores, de um irmão relativamente prejudicado na herança utilizar um campeão para tomar para si parte das terras distribuídas durante a partilha dos bens. Outra possibilidade, não mutuamente excludente, é a condenação teológica dessa espécie de combate a partir do excerto Bíblico no qual, por inveja, Caim matou Abel, seu irmão⁸⁰⁶. Essa vedação, porém, estava ausente do *Appeal*.

Dentro do processo penal, as principais restrições eram versavam sobre a vedação do combate nas hipóteses do réu apreendido após um flagrante, bem quando o crime cometido era o de estupro. Em relação a essa segunda possibilidade, Russel destaca que, apesar de permitido

⁸⁰⁰ RUSSEL, 1977, p. 118 – 119.

⁸⁰¹ Até o século XII, na Inglaterra, a dívida era entendida como sendo um “bem” do credor, de modo que seu direito poderia ser defendido por meio da batalha. Após esse período, predomina a tese segundo a qual as obrigações jurídicas em geral estão no campo dos direitos pessoais, e não dos direitos reais, de modo que o uso da batalha nesses casos é proibido em algum momento anterior ao século XIII (cf. *Ibidem.*, p. 79 – 80).

⁸⁰² *Ibidem.*

⁸⁰³ ELEMA, 2012 p. 174 – 176.

⁸⁰⁴ RUSSEL, *Op. cit.*, p. 52 – 53.

⁸⁰⁵ *Op. cit.*

⁸⁰⁶ *Ibidem.*

quando da introdução do julgamento por combate na Inglaterra pelas leis do Conquistador, após a introdução do júri o duelo judicial foi extinto como modalidade de prova para um *Appeal* dessa natureza⁸⁰⁷. Nesse sentido, Lea⁸⁰⁸ coloca que, na Inglaterra, a tendência geral foi a substituição do combate pelo júri nos casos envolvendo crimes violentos, salvo quando as acusações traziam consigo a possibilidade de assassinato por envenenamento ou a prova não pudesse ser obtida de outra maneira.

Uma última questão preliminar que poderia ser colocada perante o Tribunal para evitar o duelo judicial durante um *Appeal* era a acusação de que a parte havia proposto a ação com ódio e malícia ou, na expressão latina, *de odio et atia*⁸⁰⁹. Essa era uma alegação que somente poderia ser feita, por óbvio, pelo réu, e consistia na afirmação de que o *appellor* estava utilizando o poder judiciário como um instrumento para satisfazer um feudo pessoal, difamando e acusando o réu de um crime que não cometera. O juiz poderia rejeitar de ofício a preliminar, no entanto, o mais comum – especialmente ao longo do tempo – era a instauração de um inquérito e o julgamento da preliminar por júri. O caso *Peché v. Harang* (1204)⁸¹⁰ revela ainda que, se julgada procedente, o *Appeal* seria vencido pelo réu, que então poderia, separadamente, ajuizar um pedido de reparação por perdas e danos contra o *appellor*.

4.4. Lentidão e ineficiência dos procedimentos

Uma outra questão que pode ser levantada a respeito do Julgamento por Combate era a lentidão e, muitas vezes, ineficácia das medidas adotadas para assegurar que o resultado do processo fosse útil à parte vencedora. Essas dificuldades se mostravam latentes sobretudo nos adiamentos de casos civis e penais, bem como na limitação dos poderes conferidos ao Tribunal da Cavalaria.

Nesse sentido, o processo inglês era extremamente aberto à possibilidade de adiamentos, principalmente por meio das *Essoins*. Nas regras processuais trazidas por Glanvill⁸¹¹, dentro do *Writ of Right*, perdurava o preceito segundo o qual, se uma das partes faltava a audiência, não respondendo ao *writ* de convocação durante a fase postulatória do processo, deveria enviar um representante ou ainda um *essoiner*, é a respeito deste último que se irá tratar no momento. O

⁸⁰⁷ RUSSEL, 1977, p. 112 – 113.

⁸⁰⁸ 1870, p. 108 – 111.

⁸⁰⁹ RUSSEL, *op. cit.*, p. 127 – 128.

⁸¹⁰ Ibidem, p. 127.

⁸¹¹ GLANVILL, 1993, p. 5.

essoiner é um nuncio da parte que traz ao tribunal uma justificativa legal para a ausência desta, de modo a evitar que sejam produzidos os efeitos da revelia. Segundo o doutrinador inglês, as *essoins* podem estar relacionadas às doenças, mas também a outros acontecimentos⁸¹². Entre as justificativas, menciona Glanvill, a *essoin* para o caso de uma doença acometeu o indivíduo enquanto este se dirigia ao tribunal (*essoin for sickness on the way to court*), ou ainda para a hipótese de doença tê-lo acometido em seu próprio lar (*essoin for house-sickness*)⁸¹³. Outras justificativas para o não comparecimento, também, em razão da parte se encontrar no estrangeiro (*essoin for being onverseas*), à serviço do rei (*essoin for being in the servisse of the Lord king*), em peregrinação (*essoin for being on a pilgrimage*) ou ainda uma *essoin* que adia a audiência em quatro dias para a hipótese de um caso fortuito imprevisível, como uma enchente (*essoins to save the four days during which the other party is waited for in court*)⁸¹⁴.

A falta de um representante ou *essoin*, porém, não acarretava, imediatamente, a perda do processo. Na ausência do *tenant*, Glanvill⁸¹⁵ afirma que o demandante deveria postular o caso perante o tribunal e aguardar três dias. No quarto dia, os oficiais responsáveis pela convocação do réu deveriam jurar que ele havia sido convocado e oferecer, ainda, provar o fato judicialmente. Nessa situação, a corte irá determinar que novamente ocorra a convocação para nova audiência contados quinze dias ou mais. Esse procedimento poderia ainda se repetir três vezes. Decorrido esse prazo, poderia, finalmente, o demandante solicitar que a terra fosse confiscada pelo tribunal, devendo então, essa, permanecer “sob a mão do rei”⁸¹⁶. Ainda assim, se o réu comparecesse em um período de quinze dias contados desde o confisco, dar-se-ia seguimento ao processo. Se, passado esse prazo, novamente não comparece, a revelia produz os seus efeitos e a posse é transferida ao demandante. Isso não significa, porém, que o réu não possa, posteriormente, abrir novamente o caso, mas somente por meio de um *Writ of Right* e alegando o seu direito sobre a propriedade⁸¹⁷.

Ainda que o processo continuasse, uma vez prometida a batalha, o *tenant* poderia oferecer um total de seis *essoins*, três para justificar ausência sua e outras três para justificar a

⁸¹² GLANVILL, 1993, p. 7

⁸¹³ Ibidem, p. 8 – 11

⁸¹⁴ Ibidem, p. 11 – 16.

⁸¹⁵ Ibidem, p. 5 – 7.

⁸¹⁶ Ibidem, p. 6.

⁸¹⁷ GLANVILL, 1993, p 6.

ausência de seu campeão⁸¹⁸. Esse procedimento, ainda que a título de exemplo, evidencia a proposição de Elema de que o maior desafio para os litigantes ingleses era fazer com que seu adversário comparecesse ao tribunal⁸¹⁹. Para burlar esses adiamentos, tornou-se prática comum que a acusação fosse feita publicamente, em especial na corte do rei⁸²⁰.

No entanto, não se deve supor que apenas o adiamento atrasava os procedimentos do julgamento por combate inglês, também o espaço de tempo entre a primeira audiência, a promessa da batalha e a data do combate poderia ser dilatado em razão das questões preliminares levantadas pelas partes. Novamente a título de exemplo, dentro do *Writ of Right*, o *tenant* pode solicitar antes que a batalha seja prometida que se realize o chamado *view of the land*, um procedimento autorizado para que o xerife do condado no qual está a terra disputada envie um grupo de homens livres para verificar a terra sob disputa e traçar as devidas distinções entre o objeto do litígio e as demais terras pertencentes ao réu. Esse adiamento poderia ser interessante, pois concedia ao *tenant* mais três *essoins* para não comparecer às audiências futuras⁸²¹. Dentro das preliminares, inquéritos poderiam ainda ser solicitados pelas partes para esclarecer situações nas quais, comprovada determinada situação, o julgamento haveria de ser antecipado sem a necessidade do combate (como na hipótese do inquérito para investigar se determinada ação penal foi proposta maliciosamente)⁸²².

É evidente, portanto, que o processo inglês, em relação ao julgamento por combate, poderia se estender muito além do previsto e querido pelos participantes, o já mencionado Isaac, filho de Isaac de Pulet⁸²³ foi alvo de um processo que durou pelo menos cinco anos, período este que passou preso. Um segundo problema, porém, vinha da incapacidade dos tribunais de oferecerem uma solução útil mesmo após o combate. Essa dificuldade é latente, sobretudo, no Tribunal da Cavalaria, que, por sua peculiaridade, isto é, por ser uma corte que adotava, em

⁸¹⁸ GLANVILL, 1993, p. 23 – 24.

⁸¹⁹ ELEMA, 2012, p. 202 – 204.

⁸²⁰ O vocábulo “corte” é empregado aqui em sentido político, e não como sinônimo de “tribunal”. Assim, corte é o termo genérico para designar o local no qual o monarca reside, permanentemente ou temporariamente (cf. *Ibidem*).

⁸²¹ GLANVILL, *op. cit.*, p. 22.

⁸²² RUSSEL, 1977, p. 127 – 128.

⁸²³ ELEMA, *op. cit.*, p. 167.

grande medida, o Direito Civil continental, sobretudo aquele moldado na França, em oposição ao *Common Law*, não poderia executar as terras do derrotado (e condenado)⁸²⁴.

4.5. Desuso e abolição

O espaço de mais de quatrocentos anos entre o fim das ordálias na Inglaterra em 1219 e a última discussão a respeito da possibilidade da batalha, por volta de 1650, antes do derradeiro caso *Ashford v. Thornton (1818)*, bem como as mudanças graduais atravessadas pelo instituto no que diz respeito a quem poderia participar e em que casos a solução do duelo judicial era admissível, leva a inevitável conclusão de que há sim, um processo de decadência e desuso do combate judicial, e não um ato decisivo que pois fim a uma prática até então recorrente, como ocorrera no caso das ordálias após o Quarto Concílio de Latrão. Esse subcapítulo, pretende, assim, investigar outras razões para o desuso do instituto, bem como a sequência de eventos que levaram a sua abolição pelo Parlamento inglês em 1819.

O ponto de partida para essa investigação é a tabela 5, baseada nos dados coletados por M. J. Russel, relacionando temporalmente as espécies de casos nos quais a batalha efetivamente ocorreu e as situações nas quais a batalha foi mencionada ou prometida.

Tabela 5. Discussões, promessas de batalha e duelos judiciais na Inglaterra⁸²⁵

Intervalo temporal	Apenas discussões sobre a batalha	Apenas promessa de batalha	Batalha no <i>Writ of Right</i>	Batalha no <i>Appeal</i>	Batalha ocorrida na <i>Corte da Cavalaria</i>	Batalha ocorrida em processo incerto
1050 ⁸²⁶	2	2	0	1	0	0
1100	12	0	1	1	0	0
1150	222	27	19	107	0	61
1200	372	103	38	82	0	3
1250	34	0	4	16	0	0
1300	64	7	2	6	0	0
1350	12	4	0	11	5	0
1400	3	6	0	0	5	0

⁸²⁴ SQUIBB, 1997, p. 25.

⁸²⁵ RUSSEL, 1977, p. 273

⁸²⁶ Cabe ressaltar que apesar do marco temporal ser 1050, o Julgamento por Combate só foi introduzido no Direito Inglês em 1066, com a Conquista Normanda.

1450	0	1	0	1	0	0
1500	0	0	0	0	0	0
1550	2	1	0	0	0	0
1600	0	3	0	0	0	0
1650	1	0	0	0	0	0

Vale salientar que a tabela foi elaborada a partir dos registros históricos e que, portanto, está sujeita a um viés muito claro que é a disparidade da quantidade de registros entre os séculos XI e XIII no judiciário inglês e que sobreviveram até o século XX⁸²⁷. No entanto, é plenamente possível, a partir dos dados coletados, elaborar alguns juízos.

Em primeiro lugar, está claro que as batalhas, ainda que muito discutidas, eram um fenômeno relativamente raro. Apesar da tabela apresentar um total de 1241 casos, ao longo de quase seiscentos anos, nos quais há alguma referência ao julgamento por combate, somente em 363 desses casos, efetivamente a batalha foi lutada. Isso significa que o processo, por essa via de prova, chegou a sua conclusão derradeira, o duelo judicial, apenas em cerca de 30% das vezes. Essa informação levaria tanto Russel⁸²⁸ quanto Elema⁸²⁹, a concluir que a maior parte dos casos se encerrava com um acordo entre as partes, o que em certa medida reforça o argumento funcionalista de que os *iudicium Dei*, eram, essencialmente, uma forma de pressionar às partes a alcançarem a solução negociada, ou ao menos atingir alguma espécie de consenso.

Em sociedades de vingança, como aquela do medievo, a presença de rituais e práticas, da ordália, passando pelo julgamento por combate, ou até mesmo soluções menos violentas, como o juramento, podem ser considerados mecanismos para conter o que, de outra forma, resultaria no desencadeamento generalizado da violência e da consumação de sangue de rixas pessoais. O apelo ao sagrado cria o pretexto necessário para a abertura à negociação sem que se sacrifique a honra e reputação dos contenciosos. Dois exemplos narrados por Barthélemy são relevantes para demonstrá-lo, ainda que ausentes neles, o duelo judicial⁸³⁰.

⁸²⁷RUSSEL, 1977, p. 271.

⁸²⁸ Ibidem, p. 62

⁸²⁹ ELEMA, 2012, p. 262 – 271

⁸³⁰ BARTHÉLEMY, 2020, p. 320 – 323.

O primeiro, ocorrido em Flandres, no ano de 1060, diz respeito a região de Strazeele, onde a animosidade entre os Cavaleiros era muito elevada e as famílias nobres guardavam umas com as outras grandes rixas de sangue, que já haviam ceifado gerações. Conta-se, então, que os monges de Lobbes, a pedido do conde Balduíno V, trouxeram as relíquias de Santo Ursmer para, junto delas, mediar as relações entre os diversos grupos inimigos. Ao trazer o elemento sagrado, há uma pressão social forte para a negociação, a qual deixa de ser sugerida pelo ofensor ao ofendido, e passa a ser um verdadeiro comando divino.

Em outro acontecimento ocorrido por volta da mesma época, no castelo de Blaringhem, dois Cavaleiros trocaram ofensas e foram compelidos pelo senhor do castelo a se reconciliarem. A pressão do suserano, porém, não se faz suficiente, visto que um assassina o outro e, depois, busca refúgio em uma igreja, um local sagrado que não poderia ser violado pelos soldados do senhor feudal que teve sua justiça ultrajada. O assassino, porém, conta com um outro senhor, que intercede em seu favor e consegue mediar uma trégua de dez dias. Nesse ínterim, são chamados os monges de Lobbes e, novamente, com as relíquias de Santo Ursmer e, novamente, consegue-se uma solução negociada.

Esses dois episódios revelam, mais do que os poderes de persuasão das relíquias do santo, que o “medo de Deus e o amor para com o santo são bons pretextos oficiais para renunciar a uma vingança de honra, evitando parecer covarde ou fraco [...] os assassinos que suplicam a negociação aos próximos das vítimas transferem a responsabilidade desse pedido ao santo, como se pode fazê-lo a um senhor, a um conde. Depois disso, os monges em seu nome se prosternam diante dos próximos da vítima, para os quais esse torna mais difícil recusar o pedido: isso provocaria um crime contra a paz, uma ofensa ao santo e a Deus”⁸³¹. A sociedade de honra e vingança, ou ainda, para usar a expressão dos funcionalistas, a sociedade de consenso, é marcada pelas aparências, e precisam que os seus mecanismos de solução de conflitos se adaptem a essa realidade.

Essa tendência a pressionar a negociação, sem forçar a abdicação da honra por uma das partes, explicaria ainda a regra segundo a qual, mesmo no campo de batalha (e, em alguns casos, apenas no campo de batalha) as partes poderiam encerrar o processo celebrando um acordo vinculante⁸³², bem como a razão de ser das diversas *essoins* e justificativas para que se adiasse

⁸³¹ BARTHÉLEMY, 2020, p. 320 – 321.

⁸³² RUSSEL, 1977, p. 62 e p. 98 – 100; ELEMA, 2012, p. 262 – 271.

a conclusão do processo, isto é, o duelo, oferecendo as partes mais tempo para a negociação⁸³³. No século XIV, essa situação é tão evidente que os juízes poderiam interromper a batalha para pressionar as partes a alcançarem um acordo⁸³⁴, em especial nas situações nas quais o monarca estivesse presidindo o tribunal, assim, sua posição seria a de um verdadeiro árbitro entre as partes.

Em segundo lugar, é evidente que o instituto perdeu primeiro força nas ações civis do *Writ of Right*, com o último duelo ocorrendo entre 1300 e 1350. Nesse sentido, o principal vetor contrário ao duelo judicial foi o desenvolvimento do Julgamento por Júri a partir do século XIII. A origem do júri, segundo Coleman⁸³⁵, pode ser traçada à prática carolíngia de enviar comissários para as diversas províncias imperiais com o intuito de conhecerem melhor a realidade local, possibilitando uma maior efetividade para a administração do reino e a aplicação da justiça. Esse uso, denominado *inquest* foi incorporado pelos Normandos ao processo judicial e trazidos para a Inglaterra com a Conquista, sendo inclusive empregado para a elaboração do *Domesday Book*⁸³⁶ e utilizado, no processo judicial, na forma de um privilégio concedido aos bispos (e comercializado a alguns nobres), que possibilitava a utilização do veredito de seus vizinhos para provar seu direito a determinada porção de terra⁸³⁷.

É no reinado de Henrique II, porém que o uso do júri ganha força na forma da *assize*, caracterizada pela necessidade de uma decisão unânime “por doze homens justos”⁸³⁸. Seu primeiro uso, ao que tudo indica, foi em uma disputa surgida entre a Igreja e a coroa, no qual era incerto se o caso deveria ser julgado por um tribunal secular ou religioso. Assim passam a surgir as diversas espécies de *assizes*, como por exemplo, a *assize of novel disseisin*, utilizada para as hipóteses nas quais o autor sofresse um esbulho de sua terra, a *assize of mort d’ancestor*, na qual o herdeiro do possuidor de uma terra falecido, desde que este não fosse titular de um usufruto vitalício, poderia exigir em juízo a manutenção da posse e, a mais importante, a *Grand Assize*, empregada nas disputas envolvendo o direito de propriedade⁸³⁹. Segundo Coleman, o

⁸³³RUSSEL, 1977., p. 58 – 61.

⁸³⁴ELEMA, 2012, p. 271.

⁸³⁵COLEMAN, C. T. Origin and Development of Trial by Jury. **Virginia Law Reveiw**. vol. 6, n. 2, nov 1919, p. 77 – 86.

⁸³⁶Ibidem, p. 80.

⁸³⁷Ibidem, p. 80 – 81.

⁸³⁸Ibidem, p. 81 – 84.

⁸³⁹Ibidem.

modelo da *assize* era distinto do júri contemporâneo, pois o corpo deliberativo era composto por partes que se presumiam serem testemunhas do caso, e, portanto, teriam um conhecimento suficiente para decidirem qual lado trazia a justa demanda⁸⁴⁰ – com o passar do tempo, porém, passar-se-ia a admitir que se admitisse a obtenção, por parte do júri, tem informações externas, até que o requisito de serem testemunhas desapareceu completamente.

Se por um lado, o abandono das ordálias e do julgamento por combate em razão do aparecimento do júri contou, sim, com amplo apoio popular⁸⁴¹, em parte por oferecer uma solução mais segura que aquela dos *iudicium Dei*, por outro, ganhou forte apoio dos doutrinadores e dos tribunais, de modo que, cada vez menos uma escolha do réu, as cortes passaram a pressionar pela adoção dessa forma de prova, ameaçando declarar vitoriosa a parte adversária àquela que recusasse o uso desse método alternativo ao combate⁸⁴².

Segundo Russel, a adoção precoce da *Grand Assize*, possivelmente já a partir de 1179, tornou o combate algo pouquíssimo usual para as disputas de terra⁸⁴³. Sabe-se ainda que, em razão de relatos mais detalhados da época, possivelmente já no século XIV, seu uso era uma raridade. O penúltimo registro da escolha do combate como método de prova dentro do *Writ of Right*, possivelmente, foi o caso *Lowe v. Paramour* (1571), mas que foi solucionado por acordo após a intervenção da rainha Isabel I, antes mesmo que o duelo ocorresse⁸⁴⁴. O caso foi extremamente polêmico para os juristas do período e levou a tentativas de abolir o instituto em 1620 por meio do Parlamento. Essas iniciativas, no entanto, foram malsucedidas.

O último caso envolvendo uma promessa de batalha no Direito Inglês referente a uma disputa do *Writ of Right*, foi *Claxton v. Lilburn* (1638), a hesitação das autoridades no período, porém, levaram o caso a se arrastar por anos, até que o demandante tentou peticionar à Câmara dos Lordes para que o réu tivesse de justificar o porquê de ter recusado o julgamento pela *assize*⁸⁴⁵. Apesar do resultado do processo ser incerto, sabe-se que as partes nunca duelaram.

⁸⁴⁰ COLEMAN, 1919, p. 84 – 85.

⁸⁴¹ VAN CAENEGEM, R.C. **The Birth of the English common law**. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 63.

⁸⁴² COLEMAN, *Op. cit.*, p. 85.

⁸⁴³ RUSSEL, 1977, p. 82

⁸⁴⁴ Ibidem, p. 83 – 84.

⁸⁴⁵ Ibidem, p. 86 – 87.

Esse litígio deu origem a uma nova tentativa do parlamento de abolir a prática do combate judicial, novamente sem sucesso.

Em terceiro lugar, a Tabela 5 revela que o Tribunal da Cavalaria, ao menos em parte, reviveu a prática do Julgamento por Combate entre os séculos XIV e XV, ainda que só reste a certeza de cerca de dez momentos nos quais o processo resultou em um duelo nesse período. Nesse caso, porém, mais que o júri, a corte dos cavaleiros enfrentou pressões tanto do Parlamento quanto dos juízes dos tribunais de *Common Law* para restringir seus poderes e o alcance de sua jurisdição. Assim, tanto em 1379 quanto em 1429, estatutos foram apresentados pelo Parlamento para proibir que o crime de traição fosse processado por essa via – mas a necessidade da edição de dois estatutos com o mesmo conteúdo indica que o tribunal só acatou essa disposição a partir do século XV⁸⁴⁶. Problema semelhante foi enfrentado com a limitação da competência da Cavalaria para julgar apenas os casos ocorridos fora do reino em 1399, decisão tomada em decorrência da repercussão política do caso *Bolingbrooke v. Mowbray* (1398)⁸⁴⁷.

O último duelo judicial do Tribunal da Cavalaria foi o caso *Newton v. Hammelton* (1548)⁸⁴⁸, que, apesar de ter ocorrido sob a jurisdição inglesa, foi lutado na Escócia. Nesse litígio, após a queda de um castelo próximo a Haddington, um escocês chamado Newton, defensor do castelo, foi acusado de ter ofendido o rei inglês. Como matéria de defesa, porém, acusou o inglês chamado Hammelton. Após uma luta difícil, Newton venceu seu adversário e foi liberado, sendo, porém, morto algum tempo depois na fronteira com a Inglaterra. Esse caso, ainda que tardio, é uma disputa típica da cavalaria já com seus poderes limitados, dado que ocorreu em uma campanha militar, envolvendo um *appellor* que sequer era inglês.

Entretanto, não foi esse caso o último no qual se haveria de mencionar a possibilidade de um combate ocorrer, isso ocorreria no caso *Lord Rea v. Ramsey* (1631)⁸⁴⁹. Esse caso é notável pois, na petição inicial, o *appellor* deixou claro que o combate seria uma solução possível, mas não a sua prioridade, inclusive referindo-se a ela como *ultimum remedium*⁸⁵⁰, os

⁸⁴⁶ SQUIBB, G. D., 1997, p. 26.

⁸⁴⁷ RUSSEL, 1977, p. 224.

⁸⁴⁸ Ibidem, p. 224 – 226.

⁸⁴⁹ Ibidem, 1977, p. 227 – 233.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 227

procedimentos seguiram, no entanto, e a batalha foi prometida. Porém, o rei interviu para impedir o combate e o réu foi absolvido.

Já no século XVII, a maior parte das disputas envolviam “palavras escandalosas”⁸⁵¹, de modo que dificilmente as partes optavam pela batalha. A verdade é que o duelo, com o desenvolvimento de novos métodos probatórios e formas de julgamento, em especial os métodos inquisitivos e o júri, havia se tornado um sistema em que seria possível “perder muito, e apenas ter ganhos moderados”⁸⁵².

Em quarto lugar, é evidenciado pela tabela 5 que o Julgamento por Combate sobreviveu até o século XV, sobretudo, pela via do *Appeal*, seja aquele desenvolvido nas cortes de *Common Law*, seja aquele presente no Tribunal da Cavalaria. Ainda assim, mesmo nos casos penais, o júri produziu uma mudança significativa, com cada vez menos réus oferecendo a batalha. Mesmo com essa barreira, o sistema de *approvers* instituído pela coroa para assegurar alguma espécie de acusação pública dentro do modelo privado manteve o duelo judicial uma prática em uso até a segunda metade do século XV.

Nesse sentido, Russel⁸⁵³ aponta que o último duelo judicial resultante do processo criminal ocorreu no caso *Whitehorn v. Fisher* (1456), cerca de 150 anos após o último duelo civil. Nessas circunstâncias, um *approver* acusou cerca de dezenove pessoas de serem cúmplices em um roubo, sendo mantido prisioneiro por três anos, até que um dos réus ofereceu a batalha para provar sua inocência. Houve certa comoção popular relativa aos vizinhos e conhecidos do réu, que afirmaram que o acusador era forte demais e a luta seria injusta – esse argumento, porém, foi rejeitado pelo tribunal, uma vez que o próprio acusado havia ofertado a batalha como método de prova. Durante o combate, o bastão do réu quebrou e o *approver*, portanto, teve sua arma retirada pelos oficiais da corte – uma situação emblemática que comprova que, ao menos no duelo judicial do século XV, era sim possível que a perda da arma por um dos oponentes resultasse na cessão desta pelo outro, em prol da paridade de armas. A luta, então, seguiu corpo-a-corpo e o *approver* se rendeu após o réu pressionar o olho do adversário com seus dedos.

⁸⁵¹ RUSSEL, 1977, p. 233.

⁸⁵² ELEMA, 2012, p. 185.

⁸⁵³ RUSSEL, *Op. cit.*, p. 165 – 166.

A discussão envolvendo o Julgamento por Combate, nos séculos seguintes, seria interligada àquela envolvendo a própria existência do *Appeal*. Nesse sentido, o principal debate ocorreu na sequência da “Festa do Chá de Boston”, quando rebeldes das Treze colônias Britânicas destruíram o carregamento de chá presente no porto após a publicação do *Tea Act* de 1773. Nesse momento, o Parlamento, por meio da Câmara dos Comuns, buscou abolir o *Appeal* de assassinato na Nova Inglaterra como parte de uma série de reformas na justiça local⁸⁵⁴, os principais críticos do instituto alegaram tanto que o *Appeal*, na prática, era uma forma de simplesmente obter dinheiro da outra parte, quanto que a prática do duelo judicial autorizada por esse instituto era bárbara e, mais importante que era um método de interferir com as prerrogativas da coroa de aplicar a justiça⁸⁵⁵; essa reforma, no entanto, falhou, em parte pela oposição liberal, segundo a qual o processo penal privado era um dos pilares do modelo de *Common Law*.

O ponto final derradeiro na história do instituto medieval do julgamento por combate, seria, porém, o caso *Ashford v. Thornton* (1818). Segundo Woodall⁸⁵⁶, durante o fim de tarde de 26 de maio de 1817, Mary Ashford e sua amiga Hannah Cox foram dançar em um estabelecido chamado *Tyburn*. Por volta da meia-noite Mary saiu acompanhada de Thornton. Porém, sabe-se que entre três e quatro horas da manhã ela estava sozinha na casa de sua amiga. Apesar de faltarem evidências concretas a respeito do trajeto e dos eventos ocorridos a partir de então, seu corpo foi descoberto em um poço de água às seis e meia da manhã.

A tese da acusação, naquele momento, era que Thornton havia seguido Mary após esta deixar a casa de Cox, por volta das quatro horas da manhã, a teria violentado e em seguida assassinado. Durante o julgamento por júri, Thornton foi inocentado após apresentar um álibi relativamente fraco e dependente da presunção de que os relógios da região estavam todos acertados para o horário correto, algo muito improvável dada a imprecisão dos relógios da zona

⁸⁵⁴ RUSSEL, 1977, p. 168 – 169.

⁸⁵⁵ SCHOENFIELD, Mark. Waging Battle: Asford v. Thornton, Ivanhoe, and legal violence. **Prose studies: History, Theory, Criticism**, vol. 23, n° 2, 2000, p. 61 – 86. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/01440350008586705>>. Acesso em 23 de março de 2022.

⁸⁵⁶ WOODALL, William Otter. The Trial of Abraham Thornton for the murder of Mary Ashford at the Warwick Summer Assizes, before Mr. Justice Holroyd, on August 8th, 1817 In: **Collection of Reports of Celebrated Trials, Civil and Criminal**. 1.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 39 – 74.

rural naquele período histórico, ainda que pesassem contra ele fortes evidências, como o rastro de suas pegadas próximo ao local no qual a vítima fora encontrada.

A opinião pública desgostou profundamente do veredito: não só os jornais da época, como o *The times*, alardavam que a absolvição havia decepcionado pessoas de todas as classes no país inteiro, como Mary se tornou uma das personagens na peça *The Mysterious Muder, Or, What's the clock, Founded on a Tale too True*, colocando a vítima como uma dama idealizada e virtuosa⁸⁵⁷. Após o veredito, William Ashford, irmão de Mary e seu herdeiro, foi aconselhado por seus advogados a usar o *Appeal de Assassinato* para trazer novamente Thorton ao tribunal. Em 1818, o *Appeal*, ainda que versasse sobre fatos tidos como crime na esfera penal, passara a esfera civil, de modo que, por meio do júri, a única sanção para o réu que perdesse o processo seria a indenização pecuniária⁸⁵⁸.

Para a surpresa de todos, porém, Ashford, ao se defender, retirou sua luva e ofereceu a batalha ao *appellant*. Esse acontecimento deu origem a uma série de discussões entre os membros da corte a respeito da admissibilidade ou não do duelo judicial como método de prova. Decidiu-se, por fim, que o duelo poderia sim ser admitido, visto que não fora abolido por um ato do parlamento e que Ashford teria de lutar pessoalmente⁸⁵⁹. Temendo por sua vida, o *appellant* decidiu desistir do processo, muito para a indignação pública. Os acontecimentos, então, levariam, em 1819 a abolição do Julgamento por Combate pelo Parlamento, exatos seiscentos anos do fim das ordálias.

⁸⁵⁷ SCHOEFIELD, 2000, p. 64

⁸⁵⁸ Ibidem, p. 64 – 65.

⁸⁵⁹ ELEMA, 2012, p. 321.

CONCLUSÃO

Na introdução deste trabalho foi estabelecido como objetivo do trabalho a busca pela relação entre a abolição desse julgamento por combate e o processo de formação do Estado Moderno, a partir da ótica da formação do monopólio do exercício legítimo da violência, mas também da secularização das instituições políticas e da vida pública no medievo, tendo como base os acontecimentos transcorridos no Reino da Inglaterra. A sistematização da pesquisa, levou em consideração, para satisfazer seu escopo, três núcleos diferentes que precisaram ser trabalhados. Em primeiro lugar, buscou-se compreender a relação entre o Estado Moderno e a violência a partir dos binômios, violência e paz; violência e política e, por fim, violência e Direito. Em segundo lugar, firmou-se o entendimento, ainda que superficial, do processo histórico atravessado pelo Estado inglês e suas instituições político-jurídicas que levaram paulatinamente à centralização a partir da Conquista Normanda. Em terceiro lugar, esmiuçou-se em detalhes a operacionalidade do julgamento por combate no Direito inglês e os fatores e decisões que paulatinamente contribuíram para o seu desuso e abolição em 1819 após as repercussões de *Ashford v. Thornton*. É natural, portanto, que a avaliação dos resultados obtidos siga a mesma distribuição e ordenação que aquela empregada para a elaboração da pesquisa.

Nesse sentido, primeiro avaliando a relação entre violência e paz, o trabalho tomou como base os trabalhos de Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes, dando enfoque tanto a uma visão pragmática desse nexo, presente no pensamento do autor florentino, quanto à posição contratualista do teórico inglês.

Em Maquiavel, observou-se que o uso da violência apresenta uma dimensão ambígua, ele é ao mesmo tempo risco à estabilidade e a manutenção do Estado nas mãos do Príncipe, como também meio para que este pacifique o Estado e defenda-se contra potenciais agressores. Nesse sentido, o Estado maquiavélico é teleológico, estando orientado para o alcance do bem-comum, que, no particular caso italiano, seria representado pela unificação dos diversos reinos e cidades-estados em uma única comunidade política. Também a política tem uma finalidade, em certa medida autorreferencial, que é a manutenção do poder. Conciliar e atingir os dois desígnios exige do Príncipe uma capacidade de superar a moral cristã e os valores de caridade, benevolência, humildade e honestidade e alcançar a *virtù*, um código moral distinto fundado nas necessidades pragmáticas, que confere à ação do governante, e, portanto, do Estado, uma certa maleabilidade de agir. Em outras palavras, Maquiavel emancipa a política e o Estado,

conferindo-lhes autonomia, inclusive moral, tema que será retomado posteriormente, com especial destaque, por Schmitt.

Outra consequência do pensamento de Maquiavel está na presunção revolucionária de que o estado de conflito, mais que um momento de ruptura excepcional, é parte integrante e permanente da política. O Príncipe age para reduzir esses conflitos e tende a pacificação, mas jamais é capaz de afastar completamente os riscos envolvidos nas lutas por poder dentro do Estado. Há, portanto, um claro limite à capacidade de efetivamente concretizar as finalidades do corpo político.

Das ações que podem ser tomadas para mitigar os riscos que a violência empregada por terceiro traz ao governante, em especial aquele que é também parte do principado, o autor florentino destaca elaboração de uma classe administrativa que detém o poder tão somente em razão de uma decisão do soberano, bem como a importância de constituir um exército nacional próprio e leal a si. Ainda que trate desses temas, porém, Maquiavel não traz consigo uma formulação expressa da necessidade, ou não, do ente político buscar concentrar em si o direito e poder de dispor da violência exclusivamente. Esse trabalho será, porém, desenvolvido por Thomas Hobbes.

O autor inglês rejeita a tese maquiavélica de que, no interior do corpo político, o conflito perpétuo é a única solução possível – pelo contrário, a finalidade do Estado, sua própria razão de ser, é atuar não como *locus* das lutas, mas como impositor da paz e da ordem. Na concepção hobbesiana, o Estado (e a própria política) são o fruto do trabalho – originado no medo da morte, mas também na esperança que advém da possibilidade de um futuro melhor. O Homem, por natureza, é um ser passional e, fora da organização política, luta contra seus semelhantes para satisfazer os seus desejos – é a “guerra de todos contra todos”. Surge, porém, com o contrato social, uma entidade com poderes e direitos quase que absolutos, restringidos tão somente por sua própria finalidade, preservar a vida humana – é o Estado. Em outras palavras, para que possam viver, os seres humanos devem abdicar de seu direito a natural a todas as coisas e submeter-se ao direito positivo imposto pelo Leviatã, essa pessoa fictícia que concentrará em si a violência para que esta não se difunda pelo corpo social.

Do contrato social, surge, ainda, a soberania, uma posição fático-jurídica que atribui ao seu titular, denominado soberano, certas prerrogativas. Apesar do aspecto fático predominar, pois soberano é aquele que efetivamente detém o poder, há também um aspecto jurídico dado que este não só age, como também *pode* (e, muitas vezes, deve) agir segundo os direitos e

poderes que lhe foram transmitidos por meio do pacto. Em síntese, a partir da composição da soberania, segundo a finalidade primária do contrato social, Hobbes legitima que o seu titular empregue do uso da força para coagir os membros do corpo social a obedecerem às normas elaboradas pelo Estado e protegê-los de suas próprias paixões.

Nesse sentido, o inimigo da concepção de Hobbes é o *Don Juan* político, ou seja, o homem que é incapaz de se adequar às necessidades e normas do corpo social, é um sedutor no sentido de ser um homem de honra, cuja principal preocupação reside na promoção do conflito contra os seus pares nos termos do “estado de natureza” e valora sua própria vida em uma posição secundária à promoção de seu nome. Em outras palavras, o inimigo é o ambicioso que deseja tomar para si o poder, mas é também o duelista e o romântico. Ao agir com base no seu próprio quadro referencial de valores, o sedutor atinge o interesse público e dá margem para a sedição e a guerra civil.

Um dos efeitos naturais da soberania é a atribuição ao Estado do “direito de judicatura”, ou seja, da competência exclusiva para apreciar as disputas surgidas dentro do ordenamento jurídico que dizem respeito a apreciação de fatos e das normas jurídicas materiais. Essa exclusividade haveria de ser, na concepção do autor, uma consequência do fato de que somente o poder soberano pode agir (ou ameaçar agir) com a violência, de modo que sua atuação coage os indivíduos a acatarem suas decisões. As decisões judiciais, porém, na maior parte das vezes, são apenas indiretamente tomadas pelo soberano, que atua por meio de núncios, os funcionários estatais. Assim, tanto Maquiavel quanto Hobbes admitem a existência de uma administração burocrática, a qual atua, porém, estritamente nos limites autorizados pelo real detentor do poder.

Apesar de se poder alegar que tanto Hobbes quanto Maquiavel, em certa medida, já preconizavam a primazia do poder político (e do poder de fato) no âmbito estatal, em especial como meio de determinar quando se empregaria o poder coativo, ainda predomina na visão desses autores o aspecto teleológico do uso da violência. A partir de Rousseau, no entanto, o controle político da coação se torna mais evidente.

Na concepção do pensador iluminista, o poder, para existir, precisava de um fator de legitimidade, qual seja, a convenção na qual o indivíduo assente à sua submissão de modo livre e informado – e não com base no temor, como é o caso do contrato hobbesiano – sem, no entanto, abdicar de alguns direitos fundamentais, como a liberdade. Mais que a submissão pura e simples, porém, o cidadão do Estado, nessa concepção, é um participante da autoridade, na medida em que se forma, por meio do contrato, um “corpo moral e coletivo” guiado pela

vontade geral – que é também a vontade soberana – segundo direitos e deveres limitados pelas leis.

À vista disso, é necessário entender em que grau a lei de fato controla a atuação do Estado, bem como a relação que ela trava com a chamada “vontade geral”. Nesse sentido, a produção legislativa atuaria como limitador natural, pois é o produto da manifestação do corpo político – e, portanto, pode ter seus mandamentos garantidos por meio do uso da coação. Essa vontade, que guia a elaboração das leis e a própria existência da comunidade política, é a chamada vontade geral, que também é expressão de soberania, e não se confunde com a somatória dos interesses individuais, mas com a conciliação de tais interesses, razão pela qual não deve, jamais, o Estado dispor de tal forma que prejudique o coletivo.

Outro autor a contribuir com as teorias que explicam o exercício da violência a partir da política é Max Weber. A principal contribuição, nesse sentido, do sociólogo alemão, é tornar, mais claramente que em qualquer outro autor que o antecedeu, o monopólio da violência física legítima uma característica constitutiva (e, portanto, presente na própria identidade) do Estado Moderno, que consegue, pela primeira vez na história, reunir as condições materiais e de legitimidade necessárias para assegurar a exclusividade desse poder. Na construção weberiana, essa legitimidade pode, genericamente, dar-se de três modos: a partir do costume ou da tradição, do carisma da autoridade, ou, ainda, da existência de um aparato legal-racional que os indivíduos acreditam que, precisamente por ser composto por regras impessoais, gerais e abstratas, deve ser seguido por todos.

Na dominação fundada no carisma, o líder é reconhecido pelos demais como tendo consigo um atributo sobrenatural ou especial que permite a sua separação dos demais membros daquela sociedade. Nas sociedades que tem como base o carisma, predominam as soluções de consenso de modo que, quando há uma ruptura e questiona-se a posição da autoridade, deve haver uma disputa, normalmente de caráter ritualístico, para que se afira sobre quem recai a verdade/a mentira e, portanto, quem de fato detém o carisma necessário para comandar. Weber aponta ainda que, em razão da necessidade de os sistemas fundados na autoridade carismática estabilizarem-se e perdurarem no tempo, comumente estes passam por uma transição que confere a eles bases tradicionais ou mesmo legais-rationais.

Max Weber caracteriza o Estado Moderno como um grupo corporativo político e que, portanto, não somente apresenta um sistema de controle imperativo de seus membros e daqueles que se encontram em determinado limite espacial (o território), como também é fundado na

necessidade de um quadro administrativo, a chamada burocracia. Enquanto nos sistemas de dominação tradicional esses burocratas são comumente selecionados a partir de critérios pessoais, como laços de parentesco com o chefe político, a burocracia em sentido próprio (e puro) predomina nos modelos de dominação racional-legal, como é o caso do Estado Moderno. Nessa tipologia, o burocrata racional-legal é escolhido a partir de critérios técnicos, e está submetido às regras de competência e normas disciplinares e hierárquicas, postas pela autoridade política. Assim, o fundamento de sua obediência, do mesmo modo que aquela dos cidadãos em relação às autoridades públicas, é a crença na validade de uma ordem tida como impessoal, racional e eficiente, a qual todos estariam submetidos.

Contudo, o Estado weberiano é tido como apenas um ordenamento, dentre tantos outros grupos corporativos, encontrando-se, portanto, sempre em disputa. É possível, inclusive, que um mesmo sujeito se vincule a dois ordenamentos distintos, atuando em conformidade com ambos, ou segundo às prescrições de um e contrário às prescrições do outro, sem, porém, negar a existência e validade de qualquer um destes. É o caso do duelo, dado que o duelista não só reconhece e age segundo um código de honra, mas também comete um crime e reconhece sua ação como um ilícito dentro da ordem jurídica estatal.

Uma solução para esse problema vem na teoria de Carl Schmitt. Segundo este autor, em parte retomando a concepção maquiavélica de que o conflito é inerente ao fenômeno político, a política sempre pressupõe uma dicotomia fundada na distinção “amigo” e “inimigo”, não como concepções subjetivas, mas objetivas. Ou seja, por meio da política distingue-se aliados de inimigos públicos. Além disso, contra a inimizade objetiva há sempre a potencialidade do conflito – que não haverá de ser econômico, simbólico ou metafórico, mas concreto e permeado pela possibilidade de atingir a integridade física do adversário.

Desse modo, o Estado, enquanto soberano, o é precisamente pois tem o poder exclusivo de decidir a quem será imputada a inimizade, isto é, contra quem serão dirigidos os esforços coletivos. Esse é o *jus belli*, ou seja, a competência para fazer a guerra e dispor da vida humana, não só diretamente, por meio da eliminação dos adversários, mas também indiretamente, exigindo que os “amigos” sacrifiquem sua vida em prol da causa. Nesse sentido, a decisão de ir à guerra é exclusivamente política e independe de juízos de valor de qualquer outra ordem.

A última ampla gama de teorias lida com o controle da violência em especial pelas vias jurídicas. O primeiro dos autores a lidar com esse aspecto do Estado é Kant. Ao escrever sua proposta para uma paz perpétua entre os Estados, o filósofo alemão retoma a ideia hobbesiana

de que a paz deve ser construída, pois o estado natural é a guerra – propondo para isso disposições que são exclusivamente jurídicas. Apenas a partir do Direito é possível pacificar a sociedade, precisamente porque ele oferece os métodos para a solução de controvérsias que não exigem a disputa física, seja no plano interno, seja no plano externo. Admitir a supremacia do Direito, assim, aplicando-o mesmo quando seu uso pode parecer pouco conveniente, é o passo fundamental que possibilita pôr fim ao estado de guerra.

Dando continuidade à tradição Kantiana, Jellinek será o primeiro autor a delimitar claramente o objeto da teoria jurídica do Estado. Nessa concepção, o Estado é concebido como um sujeito de direito, dotado, portanto, de personalidade jurídica – o que significa que este ente é capaz de travar com o ordenamento jurídico uma relação pautada nas normas do Direito. Assim, seus elementos – o território e o povo, na concepção de Jellinek – tal qual o uso do poder coativo, ganham contornos jurídicos. Nessa compreensão, o território atua como fundamento espacial da autoridade estatal, dado que em um mesmo espaço delimitado não podem haver dois polos de autoridade, e o povo passa a ser diferenciado a partir de duas dimensões, ora como objeto da atividade do Estado, ora como elemento da associação estatal.

Diferentemente de outros autores que o sucederão, Jellinek não considera a soberania como um elemento constitutivo do Estado, mas, sim, como uma decorrência do poder estatal (este sim condição necessária para a existência da organização estatal) presente no Estado Moderno, mas ausente na organização política medieval. A soberania, assim, é também conceituada juridicamente, como a capacidade que tem o Estado de determinar-se juridicamente e criar para si próprias obrigações jurídicas. Dessa forma, não só o Estado atua de forma monista impondo àqueles que habitam seu território o cumprimento e a aceitação da ordem jurídica, como também ele próprio se submete a ela.

Miguel Reale, assim como Jellinek, ainda tratará o Estado a partir de uma perspectiva que combina aspectos jurídicos e sociológicos, a partir do entendimento de que este é, na verdade, uma realidade cultural que ordena as relações sociais a partir de uma série de valores que são reconhecidos pela comunidade jurídica não só na elaboração, como também na aplicação das normas pelos “centros diretores da sociedade”. O Poder, em Reale, de modo muito semelhante ao que propaga Schmitt, consiste precisamente nessa capacidade de decidir e fazer valer sua decisão, não no campo da guerra, porém, mas no espectro axiológico. Diferentemente do autor alemão, porém, defende que o poder, ao longo da história humana, atravessou um processo de juridicização, deixando de ser uma mera situação de fato, para

ganhar contornos jurídicos e se expressar por meio da coatividade que assegura a execução das normas estatais bem como a exclusividade deste Direito.

Da definição de poder, é possível delimitar a soberania em sua dupla dimensão: em primeiro lugar, a partir de um sentido político-social no qual esta é entendida como o conjunto das forças capazes de criar e desenvolver o Estado; e, em segundo lugar, em um sentido jurídico, como o poder cujo titular é o Estado, enquanto sujeito de direito, e que tem por forma o próprio ordenamento jurídico. Da conceituação de soberania e poder, porém, não se segue, no pensamento da teoria tridimensional, o monismo jurídico necessariamente – há, na verdade, “diferentes graus de positividade”, de modo que o Estado não detém um monopólio da criação do Direito, somente do poder jurídico de dispor da violência para assegurar suas normas.

O principal autor, entretanto, a representar as teorias que destacam o elemento jurídico no interior do Estado é, sem sombra de dúvida, Hans Kelsen. Para o criador da chamada Teoria Pura do Direito, a realidade estatal é a de uma ordem normativa, que contém em si regras de *dever-ser* dirigidas às condutas humanas, cuja garantia depende principalmente de seu caráter coativo. Em Kelsen, a eventualidade do emprego da violência física, isto é, a coerção, é elemento constitutivo da própria normatividade. Desse modo, estabelece um nexó necessário entre Direito e violência e resumindo a realidade estatal ao ordenamento jurídico. Portanto, segue-se, logicamente, que os atos estatais devem ser sempre avaliados a partir dos requisitos de validade e eficácia que o ordenamento impõe.

Um importante desdobramento do domínio exclusivo da capacidade de coativamente impor a ordem, detido pelo Estado, é o problema do chamado “bando de salteadores”. Em outras palavras, de dois grupos organizados que buscam impor um *dever-ser* sistematicamente para determinada comunidade, somente será considerada “estatal” aquela ordem que atingir uma eficácia geral, sendo reconhecida como autoridade pelos sujeitos-destinatários. Esses sujeitos são, por definição, o povo, que, excluído o sentido subjetivo de nação pela teoria pura, resumem-se ao conjunto de indivíduos cuja conduta é objeto da ordem normativa.

Do estudo de todos os autores, alguns elementos comuns e conclusivos podem ser extraídos. Em primeiro lugar, verificou-se que o Estado Moderno tem por finalidade pacificar o território sobre o qual pretende atuar, utilizando-se, para tanto, de um poder coativo. Em segundo lugar, tornou-se evidente que, ainda que sob alguma forma de controle, o poder coativo estatal deve ser exclusivo, ou ao menos aproximar-se de tal situação ideal, para que seja possível alcançar a pacificação a que se almeja. Em terceiro lugar, tanto a partir dos estudos de

Rousseau, quanto a partir dos pensadores que valorizavam o Direito, observou-se que a ação do Estado, bem como seu poder, não é incontrolável, estando submetidos, em larga medida, à ordem jurídica. Em quarto lugar, foi possível concluir que, ao menos em alguma medida, há decisões tomadas pelo Estado Moderno que escapam a esse controle, mesmo quando referentes ao uso da força – é o caso proposto por Schmitt do *jus bellum*. Em quinto lugar, concluiu-se que a organização estatal moderna, adotando a tipologia weberiana, organiza-se sobretudo segundo um padrão racional-legal fundado na obediência à uma ordem tida como impessoal, geral e imperativa, e que depende, em grande medida, para sua concretização material, de uma organização administrativa técnica e hierarquizada, a burocracia.

As conclusões encontradas pelos autores a escreverem a respeito do Estado Moderno, claramente encontram correspondência na História da Inglaterra. Nesse país, a pacificação veio não como um processo orgânico, mas como uma escolha deliberada, a partir da conquista Normanda em 1066 d.C., de centralizar a autoridade central em Westminster e reduzir a influência da nobreza, principalmente dos barões, ainda que adotando, a princípio, um modelo político feudal. Em grande medida, o sucesso de Guilherme I foi possível pois, além das inovações trazidas em seu reinado, incorporou parte das instituições do povo conquistado.

Observou-se ainda que, na Inglaterra, a principal revolução que levou ao surgimento do Estado Moderno não se deu no campo político, social ou militar, mas nas reformas judiciárias introduzidas com a Conquista e aperfeiçoadas, sobretudo entre os séculos XI e XII pelos monarcas subsequentes, dos quais se destaca Henrique II. Havia, no período, uma clara dicotomia entre os tribunais locais e as cortes reais, cada qual aplicando regras que, ainda que fizessem parte do costume, variavam em conteúdo dado que as tradições do povo inglês eram pouco uniformes. Esse problema, somado ao constante conflito de competências, em razão da jurisdição mal delimitada, paulatinamente levou a necessidade de se obter um *writ*, isto é, um comando real, para que houvesse o acesso judiciário – essencialmente dando o primeiro passo em direção a centralização. Também o tribunal real, a *King's Bench*, especializou-se e subdividiu-se em outros tribunais, aumentando a sua eficiência em processar as demandas que lhe eram formuladas.

Como consequência do desenvolvimento dos tribunais reais, elaborou-se também uma rede de funcionários públicos indicados por mérito, nos termos de uma incipiente burocracia weberiana, que comporiam as cortes e cuidariam de suas tarefas rotineiras. Com esse processo de profissionalização, surgiu uma classe relativamente heterogênea (para os padrões feudais) e

autônoma de aplicadores do Direito à serviço da coroa a partir do século XIII – fenômeno este que iria ainda se espalhar para outros campos da administração pública – de modo que Van Caengem alega que, neste momento, o surgimento de um verdadeiro Estado semi-burocrático.

A partir de 1215, as principais disputas atravessadas pelo Reino da Inglaterra diziam respeito a titularidade do poder político e os limites territoriais. A primeira dessas questões, vale ressaltar, não tratava propriamente da dialética entre centralização e descentralização, mas sim, da autoridade centralizada no parlamento frente a autoridade centralizada nas mãos da coroa. Em outras palavras, pelos próximos duzentos anos, salvo em curtos períodos de tempo, não se afetou significativamente a marcha que se havia iniciado nos séculos anteriores. Em relação às disputas territoriais, por sua vez, destaca-se a Guerra dos Cem Anos, que não somente delimitaria os territórios inglês e francês, como também levaria ao abandono, por parte da elite política normanda, de sua identidade com o país rival, permitindo ao menos a delimitação de um povo em sentido subjetivo, não mais dividido entre anglo-saxões e normandos.

A última grande mudança que possibilitaria a afirmação de que se havia formado na Inglaterra, verdadeiramente, um Estado Moderno, seria com a constituição do país em um verdadeiro império. Essa transformação, por um lado, estaria relacionada a emancipação da esfera de influência espanhola durante o reinado de Isabel I, por outro, residiria no rompimento da coroa inglesa com a Igreja Católica durante a reforma anglicana de Henrique VIII, proibindo, inclusive, que as decisões tomadas por tribunais do país fossem recorridas às autoridades eclesiásticas de Roma.

Dando seguimento a pesquisa, adentrou-se o tema do julgamento por combate *in se*. Verificou-se, em primeiro lugar, que há uma grande divergência a respeito do momento em que esse método de prova foi adotado pelos sistemas jurídicos europeus. Enquanto alguns autores são capazes de traçar as origens do instituto às civilizações gregas e romanas da Antiguidade Clássica, a partir das obras de Homero e Tito Lívio, outros preferem relegar sua criação aos chamados “povos bárbaros”. Esse problema, no entender do presente trabalho, pode ser solucionado, ao menos em parte, adotando-se um critério definidor para o que de fato, se pode denominar um “julgamento por combate”.

Para tanto, optou-se por adotar a proposta de Ariella Elema, segundo a qual esse instituto se caracteriza por uma disputa que tem natureza jurídica, comumente convergindo as acusações para o perjúrio, e é solucionada no âmbito do processo jurisdicional, de modo que sempre haverá uma parte arbitadora, investida de poderes suficientes para assegurar que o veredito do

julgamento seja cumprido e aceito pelas partes, bem como para tornar juridicamente vinculante o resultado do duelo. Exige-se ainda que a prática não seja algo esporádico e extraordinário, mas, ao menos prevista sistematicamente na ordem jurídica tratada. Por essa razão, rejeitou-se todos os indícios anteriores ao século I d.C., para tomar como único ponto de partida o aparecimento, no século VI d.C., do instituto no Código da Borgonha. Concluiu-se, assim, que muito provavelmente, sua difusão deu-se entre o período decadencial de Roma e a promulgação da Lei de Gundebaldo, entre os reinos germânicos que sucederam ao Império, como uma forma de lidar com dois problemas do sistema jurídico medieval: a erosão da autoridade e o perjúrio.

A respeito da primeira questão, assumindo que a finalidade última do processo e da ordem jurídica estatal é processar as demandas propostas e assegurar um resultado útil que pacifique os conflitos, o julgamento por combate seria uma forma de institucionalizar e, portanto, controlar os feudos de sangue e o duelo extrajudicial. Em relação a segunda dificuldade, diz-se que o julgamento por batalha é uma solução para os “casos difíceis” nos quais o risco de perjúrio era alto e a prova por meio da compurgação, portanto, insuficiente.

Há, nessa visão, um primeiro aspecto que deve ser ressaltado como uma das premissas que possibilitaram a continuidade da investigação proposta, qual seja, a visão instrumental e, em grande medida, funcionalista, desse método de prova medieval. Essa visão que, em um primeiro momento, possibilita a associação entre o julgamento por batalha e a necessidade de afirmação da autoridade, encontra ainda substrato na história inglesa – tendo sido introduzido por Guilherme I, após a Conquista normanda do território.

O presente trabalho investigou também o fenômeno do duelo judicial e de seus procedimentos nas disputas envolvendo o direito real de propriedade dentro do *Writ of Right*; no processo penal privado, o *Appeal*; e nas disputas do chamado Tribunal da Cavalaria. Observou-se que o instituto estava longe de se apresentar de maneira uniforme, com suas regras, juramentos e procedimentos variando significativamente a depender da natureza do litígio. Foi possível, entretanto, perceber, alguns aspectos comuns, notadamente a necessidade de jurar contra o uso de artifícios sobrenaturais, o uso, na grande maioria dos casos, de armas não letais – como o bastão – e a elaboração de longos procedimentos que separariam a proposição da demanda, do dia da batalha.

Verificou-se, também, que o duelo judicial era uma forma de ordália bilateral, isto é, um método fundado na tese segundo a qual a verdade seria obtida por meio do resultado de um teste, no qual acusado e acusante (ou ainda seus campões) participariam e clamariam pela

intervenção divina. As disputas, no entanto, guardariam consigo não só elementos de Direito e até mesmo aspectos teológicos, mas envolveria também a luta pela honra.

A respeito desse último caso, é impossível não relacionar o duelo judicial com a tese weberiana do teste de carisma presente em sociedades de dominação carismática. Ainda que em menor escala, por trás da acusação de perjúrio, há, na verdade, uma questão de honra e disputa por *status*. Em outras palavras, o duelo judicial é um teste de carisma, e a intervenção divina, uma vez convocada, apresenta um resultado tido pela comunidade como suficiente. Essa alegação é ainda comprovada pela vedação geral da participação de indivíduos de posições sociais muito dispares, claramente uma forma do sistema evitar tensionamentos entre as classes sociais. Há, portanto, na própria natureza do duelo um elemento que é estranho ao Estado Moderno racional-legal – um convite ao *don juanismo* político.

Ao investigar o mecanismo social do julgamento por combate, a pesquisa se defrontou com a crise atravessada pelas formas de juízo divino a partir de 1215, analisando as perspectivas funcionalistas e a teoria da chamada “crise de mentalidade”.

As teses funcionalistas, como exposto, tem origem no pensamento de Roberts, Brown, Colman, entre outros, e está fundada na pressuposição de que o uso das ordálias estaria associado à grupos sociais pequenos, relativamente autônomos entre si, e que operariam por meio do consenso para produzir a sua coesão social interna. Nesse sentido, o juízo divino seria precisamente um instrumento, viabilizado pela crença na justiça imanente do homem medieval, para que se alcançasse essa concordância entre os membros do grupo em meio aos casos de difícil solução. Em outras palavras, seria uma alternativa que não só os levaria a acessar o poder judiciário fraco, como também a aceitar o resultado, descartando a busca de soluções alternativas para a satisfação de suas pretensões. Assim, o abandono do *Iudicium Dei* estaria diretamente relacionado a uma mudança no quadro social e político, em primeiro lugar, pela formação de um Estado capaz de impor sua autoridade a despeito do consenso e, em segundo lugar, pelo crescimento populacional e a formação de comunidades maiores e interconectadas.

Essa corrente tem como principal crítico, Bartlett, que rejeita que a ordália tenha sido um instrumento de consenso e posiciona-a, como uma ferramenta que impunha, por meio do medo, a ordem vigente e a autoridade. Além disso, questiona ainda a narrativa da “crise”, dado que não há, na história europeia, um processo gradual de abandono e desuso das ordálias unilaterais até a sua eventual abolição no Quarto Concílio de Latrão.

Nesse sentido, haver-se-ia de posicionar o fim das ordálias a partir de uma mudança tanto na estrutura da Igreja, que buscou cada vez mais separar temporalidade e espiritualidade como uma forma de alegar a predominância desta última em relação a primeira, como também por uma alteração na mentalidade medieval, que passou a acreditar cada vez menos nos juízos divinos alcançados por meio de testes humanos.

Reconhece-se que, de fato, o julgamento por combate, longe de ser meramente uma ferramenta de consenso, foi empregado como um aparato da autoridade que ainda não dispunha dos meios materiais necessários para assegurar um resultado que fosse tido, ao menos por parte relevante da comunidade, como justo e legítimo. Essa hipótese é ainda reiterada pelo fato de que, na grande maioria dos casos nos quais a possibilidade de combate era mencionada e tida como real, as partes alcançavam um acordo antes que o duelo ocorresse.

Ao estudar-se a tese de Bartlet, a presente pesquisa se deparou com o profundo impacto da reforma gregoriana, transcorrida entre os séculos XI e XII, na reconstituição do imaginário e do pensamento europeu ocidental. Esse “exercício de disciplina” do clero, logo transbordou para um movimento maior de questionamento dos valores sociais do período, de negação da violência e, mais do que isso, de uma separação cada vez mais acentuada entre a autoridade espiritual e temporal. É inegável, portanto, o impacto sofrido por todas as formas de juízo divino, ao menos no campo doutrinário, por essa nova racionalidade *moderna* que emergia, e daria origem a outros métodos de prova ou julgamento mais eficientes, capazes de superar as limitações intrínsecas ao duelo – como a lentidão e a incerteza do procedimento – em destaque, o júri e os procedimentos inquisitoriais. Se não havia propriamente uma crise das ordálias antes do Quarto Concílio de Latrão de 1215, certamente passou a existir depois.

Contudo, essas transformações não foram suficientes para extinguir, de plano, o duelo judicial. Como se buscou demonstrar nessa pesquisa, o fenômeno de abolição do julgamento por combate, é, em verdade um processo lento e gradual de desuso, marcado pelo aumento das restrições impostas aos participantes – muitas vezes sob a égide da justiça, tida a partir da concepção de que para algumas pessoas, o combate não haveria de ser paritário e, portanto, deveria ser evitado – às demandas que admitiriam a prova por meio desse método, e mesmo à jurisdição dos tribunais que mais frequentemente utilizaram o duelo judicial – como é o caso do Tribunal da Cavalaria.

Em síntese, alega-se, na presente pesquisa, que há uma semelhança notável entre a legítima defesa e o duelo judicial. Em ambos os casos, haveria uma autorização por parte do

Estado para que os particulares empregassem a violência para lidar com situações nas quais outra solução parece impossível – enquanto no primeiro caso, ainda presente nas legislações contemporâneas, há evidente estado de perigo, no qual a omissão própria e o abandono à autotutela colocam em risco a integridade do agente; no segundo, trata-se meramente da constatação de que a demanda, se não apresentada a possibilidade do combate judicialmente supervisionado, haveria de se resolver por meio da vingança e da ilicitude. Assim como não se poderia exigir comportamento diverso daquele que age nos limites da legítima defesa, também não se poderia negar o instrumento do combate sem que antes surgissem alternativas capazes de resolver, de modo tão ou mais eficiente, a controvérsia dentro dos limites do próprio Estado.

Em ambos os casos, portanto, há uma clara exceção à regra do monopólio do exercício legítimo da violência pelo Estado. No entanto, somente no instituto medieval mencionado está em jogo o direito de decisão, tão propagado pelos autores a respeito do Estado. De fato, pela própria natureza do *Iudicium Dei*, ainda que haja alguma margem de manobra para a interpretação, não é o juiz, o funcionário de Estado, quem oferece a resposta e pronuncia o veredito, apela-se ao sobrenatural. Como visto, uma das grandes mudanças atravessadas pelo instituto foi o alargamento, sempre que possível, dessa “margem de interpretação” e dos poderes instrutórios do juiz no curso do processo. Não por outro motivo, vê-se claramente uma tendência a incentivar a conciliação, rejeitar o duelo com argumentos formalísticos não empregados anteriormente ou, ainda, a depender do resultado do combate, não isentar completamente o vencedor do ônus que cairia sobre si se derrotado fosse. Essa participação mais ativa está presente, por exemplo, no afora mencionado caso *Hereford v. Norfolk* (1398), cujo combate jamais ocorreu, pois Ricardo II, rei da Inglaterra, entrevistou pessoalmente e determinou o banimento de ambos os litigantes.

Feita a exposição, parece indiscutível a incompatibilidade entre o Estado Moderno e o julgamento por combate. Essa incompatibilidade, por si só, porém, não foi suficiente para dar ensejo à sua abolição, mostrou-se necessário uma verdadeira mudança na mentalidade humana e no desenvolvimento de soluções alternativas que tornassem esse método de prova desnecessariamente oneroso a qualquer um que pretendesse utilizá-lo.

Em parte, fruto de decisões políticas claramente orientadas nesse sentido, mas em parte um produto do desenvolvimento orgânico das instituições do Direito inglês, não restam dúvidas de que há sim uma intrínseca relação entre a secularização das instituições, a formação do monopólio estatal do exercício legítimo da violência física e a abolição do duelo como uma via

para a solução de conflitos no âmbito jurisdicional. Há, efetivamente, a partir do século XVI e XVII a aparição de uma entidade política que, pela primeira vez na história da humanidade, concentrando em si o poder de dispor dos meios coativos buscou, alcançando com um grau razoável de sucesso, a construção de um espaço territorial subordinado a um poder soberano que, em última instância, pacifica o corpo social e a própria esfera das decisões judiciais.

BIBLIOGRAFIA

ARMSTRONG, A. MacC. Trial by Combat among the Greeks. **Greece and Rome**, Cambridge, vol 19, n° 56, jun. 1950, p. 73 – 79. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/641095>>. Acesso em 24 jan. 2022.

BADIE, B. **Da soberania à competência do Estado**, In Marie-Claude Smouts (org.) As novas relações internacionais, práticas e teorias, Fundação Universidade de Brasília, 2004, p. 35 -56.

BARTHÉLEMY, Dominique. **A Cavalaria: da Germânia antiga à França do Século XII**. Tradução de Néri de Barros Almeida e Carolina Gual da Silva. 1.ed. Campinas: Editora Unicamp, 2020.

BARTLETT, Robert. **Trial by Fire and Water: the Medieval Judicial Ordeal**. 1.ed. Vermont: Echo Points Books & Midia, 2014.

BELLAMY, J. G. **The Law of Treason in England in the Later Middle Ages**. 1.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BLACKSTONE, William. Chapter the twenty second: of the several species of trial In: **Commentaries on the Laws of England**: Book the third. Oxford: Clarendon Press, 1768, p. 325 – 348.

BLUMENTHAL, Uta-Renate. **The Papacy and Canon Law in the Eleventh-Century Reform**. The Catholic Historical Review, Washington, D.C., vol. 84, n. 2, abril 1998, p. 201 – 218.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 23.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2020.

_____. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOREAU, Alain. **Satã Herético: o nascimento da demonologia na Europa medieval (1280 – 1330)**. Tradução de Igor Salomão Teixeira. Campinas: Editora Unicamp, 2022.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Tradução de Laurent De Saes. 1.ed. São Paulo: Edipro, 2016

BLOOMFIELD, Morton W. Beowulf, Byrhtnoth, and the Judgement of God: Trial by Combat in Anglo-Saxon England. **Speculum**, Chicago, v. 44, n° 4, out. 1969, p. 545 – 559. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2850382>>. Acesso: em 09 out. 2021.

BROWN, Peter. Society and the Supernatural: A Medieval Change. **Dedalus**, Cambridge vol. 104, n° 2, 1975, p. 133 – 151.

COKAYNE, George Edward. **Complete peerage of England, Scotland, Ireland, Great Britain and the United Kingdom, extant, extinct, or dormant. Vol 5**. 1.ed. Londres: William Pollard & Co., 1893. Disponível em: <<http://www.familysearch.org/library/books/ldurl/1/253595>>. Acesso em 09 out. 2021.

COLMAN, Rebecca V. Reason and Unreason in Early Medieval Law. **The Journal of Interdisciplinary History**. vol. 4, n° 4, 1974, p. 571 – 591.

COLEMAN, C. T. Origin and Development of Trial by Jury. **Virginia Law Review**. vol. 6, n. 2, nov 1919, p. 77 – 86.

CUSHING, Kathleen G. **Reform and Papacy in the Eleventh Century: Spirituality and Social Change**. Manchester: Manchester University Press, 2005.

DAVID, René. **Os Grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Direito inglês**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ELEMA, A. **Trial by Battle in France and England**. Tese (doutorado em filosofia) – Centre for Medieval Studies, University of Toronto. Toronto. 2012.

FORSYTH, R.D.; KERR, M. H.; PLYLEY, M.J. Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 22, n° 4, 1992, p. 573 – 595. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/205237>>. Acesso em 25 jan. 2022

GLANVILL, Ranulf de. **The Treatise on the Laws and customs of the realm of England commonly called Glanvill**. Edição e tradução de C.D.G. Hall. 1.ed. Oxford: Clarendon Press, 1993.

RIBEIRO, Renato Janine. **A marca do leviatã: Linguagem e poder em Hobbes**. 1.ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

_____. **Ao Leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ROBERTS, John M. Oaths, Autonomic Ordeals, and Power. **American Anthropologist**, Nova Jersey, vol. 67, n° 6, 1965, p. 186 – 212.

GENKA, Tatsushi. The Role of Hagiography in the Development of Canon Law in the Reform Era. In: ROLKER, Christof (org.). **New Discourses in Medieval Canon Law Research: Challenging the Master Narrative**. Leiden: BRILL, 2019, p. 83 – 104.

GILPATRICK, M. S. *Wager of Battle*. **Green Bag**, vol. 14, n. 7, Jul. 1902, p. 321-334. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tgb14&i=357>>. Acesso em: 09 out. 2021.

HARDY, Stephen H. The Medieval Tournament: A Functional Sport of the Upper Class. **Journal of Sport History**, Illinois, vol. 1, n° 2, 1974, p. 91 – 105. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/43609164>>. Acesso em 26 out. 2021.

HO, H. L. *The Legitimacy of Medieval Proof*. **Journal of Law and Religion**, vol. 19, n. 2, 2003 – 2004, p. 259 – 298. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3649177>>. Acesso em 08 mar. 2022.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 1.ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2019.

HOWE, John. **The Nobility's Reform of the Medieval Church**. The American Historical Review, Oxford, vol. 93, n. 2, abril 1998, p. 317 – 339.

HUIZINGA, Johan. **O Outono da Idade Média: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos**. São Paulo: Cosac Naify, 2010

HUME, David. **História da Inglaterra: Da invasão de Júlio César à Revolução de 1688**. Seleção, Tradução, apresentação e notas de Pedro Paulo Pimenta. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos. 2.ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

KANT, I. **Para a paz perpétua**. Tradução de Bárbara Kristensen. 1.ed. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e Paz, 2006.

KEEN, Maurice. The Jurisdiction and Origins of the Constable's Court. *In: Nobles, Knights, and Men-At-Arms in the Middle Ages*. Londres: The Hambledon Press, 1996, p. 135 – 148.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Fernando de Miranda. 1.ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1938.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996,

_____. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999,

KINGDOM OF ENGLAND. *Act of Supremacy from 1534*. Disponível em <<https://www.britainexpress.com/History/tudor/supremacy-henry-text.htm>>. Acesso em 9 de abril de 2021.

_____. **An act that the Appeals in such cases as have been used to be pursued to the see of Rome shall not be from henceforth had nor used but within this**. *In: ELTON, G. R. (org.). The Tudor Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 1968, p. 344 – 347.

_____. **The Magna Carta**. 2.ed. [s.l.]: Project Gutenberg, 2006. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/cache/epub/10000/pg10000.txt>>. Acesso em: 7 de março de 2021.

_____. **Statutes of William The Conqueror**. The Avalon Project, 2008. Disponível em: <<https://avalon.law.yale.edu/medieval/lawwill.asp>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2022.

_____. **Assize of Clarendon**. The Avalon Project, 2008. Disponível em: <<https://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2022.

LARNER, John. Chivalric culture in the age of Dante. **Renaissance Studies**, vol. 2, n° 2, 1988, p. 117 – 130. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24409388>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2022.

LÍVIO, Tito. Livro I *In*: **História de Roma: Volume primeiro**. Tradução de Paulo Matos Peixoto. 1.ed. São Paulo: Paumape, p. 21 – 105.

_____. **The History of Rome, Book 28**. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0159%3Abook%3D28%3Achapter%3D1>. Acesso em 12 jan. 2022.

LEA, Henry C. *Superstition and Force: Essays on the Wager of Law, the Wager of Battle, the Ordeal, Torture* (2). **HeinOnline**. Philadelphia, 1870. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.beal/supfc0001&i=17>>. Acesso em 28 nov. 2020.

MCAULEY, Finbarr. Canon Law and the End of the Ordeal. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 26, n° 3, 2006, p. 473 – 513.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 4. ed. São Paulo: WMF martinsfontes, 2017.

NETO, Luiz Inácio Vigil; WIPRICH, Tassiane Andressa. De legibus et de consuetudinibus: estudos sobre a história do Direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, vol. 70, 2011, p 247 – 281. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166980.pdf>. Acesso em 6 de março de 2021.

NEILSON, George. **Trial by Combat**. 1.ed. Nova Iorque: Macmillan & Co., 1891.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. 1.ed. Brasília: Editora UnB, 2011.

PATERCULUS, Velleius. **Compendium of Roman History: Res gestae divi Augusti**. Tradução para o inglês de Frederick W. Shipley. 1.ed. Londres: William Heinemann Ltd, 1961.

PEDROSO, Dário. V Centenario do Nascimento de Maquiavel. **Revista Portuguesa de Filosofia**, Braga, vol. 25, Fasc. 2, 1969, p. 197 – 201. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/40334925>>. Acesso em 17 set. 2021.

PINTO, F. M; BENEVENUTO, F (org.). **Filosofia Política e cosmologia: ensaios sobre o renascimento**. 1.ed. São Bernardo do Campo: Editora UFABC, 2017.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16.ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

RADDING, Charles M. Superstition to Science: Nature, Fortune, and the Passing of the Medieval Ordeal. **The American Historical Review**. Vol 84, n° 4, 1979, p. 945 – 969.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBERTS, John M. Oaths, Autonomic Ordeals, and Power. **American Anthropologist**, Nova Jersey, vol. 67, n° 6, 1965, p. 186 – 212.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RUSSELL, M. J. *Hired Champions*. **The American Journal of Legal History**, vol. 3, n° 3, jul. 1959, p. 242 – 259.

_____. The Champion's Master in Trial by Battle. **Journal of Legal History**, Hein Online, vol. 5, n° 1, 1984, p. 76 – 78. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lglhis5&i=76>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2022.

_____. **Trial by Battle**. Tese (doutorado). Universidade de Londres. Londres, 1977.

_____. Trial by Battle in the Court of Chivalry. **Journal of Legal History**, Hein Online, vol. 29, 2008, p. 335 – 358. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lglhis29&i=353>>. Acesso em 8 de fevereiro de 2022.

SCHOENFIELD, Mark. Waging Battle: Asford v. Thornton, Ivanhoe, and legal violence. **Prose studies: History, Theory, Criticism**, vol. 23, n° 2, 2000, p. 61 – 86. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/01440350008586705>>. Acesso em 23 de março de 2022.

SHAKESPEARE, William. **Grandes obras de Shakespeare: peças históricas**. Org. Liana de Camargo Leão. Tradução de Barbara Heliodora. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2017.

_____. **Richard II**. Disponível em: <<http://shakespeare.mit.edu/richardii/full.html>>. Acesso em 09/10/2021.

SQUIBB, G. D. The origin and medieval jurisdiction of the Court. *In*: **The High Court of Chivalry: A Study of the Civil Law in England**. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 1 – 28.

STRAUSS, Leo. **Thoughts on Machiavelli**. 1. ed. Illinois: The Free Press, 1958.

The Burgundian Code. Tradução para o inglês de Katherine Fischer Drew. 1.ed. Pensilvânia: University of Pennsylvania Press, 1996.

The Code of Hammurabi. Tradução para o inglês de L.W.King. **Online.** Disponível em: <<https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>>. Acesso em 09 out. 2021.

VAN CAENEGEM, R.C. Evolved methods of proof in the law of the later Middle Ages (12th – 15th centuries) *In: Legal History: an European perspective*, 1.ed., Londres: Bloomsbury Publishing, 1990, p. 88 – 111.

_____. **Judges, Legislators and professors:** chapters in european legal histroy. New York: Cambridge University Press, 2002.

_____. **The Birth of the English common law.** 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

WEBER, Max. **Política como vocação e ofício.** Tradução de Gabriel Philipson. 1.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

_____. The Nation State and Economic Policy *In: Political Writings.* Tradução de Ronald Speirs. Cambridge: Cambridge University Press [1994?], p. 1 – 28.

_____. **The theory of Social and Economic Organization.** Tradução de A.M. Henderson e Talcott Parsons. 1.ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1947.

WHITE, R. J. **A short History of England.** 1.ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1967.

WOODALL, William Otter. The Trial of Abraham Thornton for the muder of Mary Ashford at the Warwick Summer Assizes, before Mr. Justice Holroyd, on August 8th, 1817 *In: Collection of Reports of Celebrated Trials, Civil and Criminal.* 1.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 39 – 74.

ZANDE, Daniel L. Vande. Coercive Power and the Demise of the Star Chamber. **The American Journal of Legal History**, Oxford, vol. 50, n° 3, 2008 – 2010, p. 326 – 349. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/25734129>>. Acesso em 8 de abril de 2021.