

Os limites da justiça no direito romano-germânico segundo Michel Foucault

David Santos Salomão

Mestrando em Direito, na área Ordem Jurídica Constitucional, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC) Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade entre Rios do Piauí

RESUMO

O artigo busca explicar sobre o surgimento do inquérito, da prova testemunhal, do juiz e do procurador das partes dentro da análise de Michel Foucault no Direito Germânico, tendo como contexto Grécia e o processo na Idade Média. O conceito de justiça no contexto medieval é distinto dos paradigmas modernos, e o processo tinha a função de legitimar a força como uma extensão das guerras.

Palavras-chave: Foucault e o Direito. Direito Processual Civil Medieval. Direito Romano-Germânico.

ABSTRACT

The article seeks to elaborate on the emergence of the investigation, the evidence of witnesses, the judge and the prosecutor of the parties within the analysis of Michel Foucault on the Right, having as the context Greece and the process in the Middle Ages. The concept of justice in ages is distinct from the modern paradigms, and the process had the function of legitimizing the force as an extension of the war.

Keywords: Foucault and the Law. Civil Procedural Law Medieval. Romano-Germanic System.

Introdução

O estudo dos limites que a atuação do Poder Judiciário tem na sociedade é uma preocupação dinâmica no bojo da construção do Estado, e na evolução do Direito como regulador das condutas sociais. O surgimento de instrumentos para legitimar a ação do Estado fez-se necessário na medida em que o convívio em sociedade traz como pressuposto a criação de um regramento

mínimo para as ações dos cidadãos, bem como a imposição do poder Estatal e a coerção mínima existente no mesmo, para garantir a possibilidade de uma vivência em comunidade.

O aparecimento das instituições, de um procedimento para a averiguação da justiça, da figura do juiz e do procurador das partes foi consequência e necessidade desse convívio em comunidade, fruto de um pacto social e que traz em sua essência o próprio Direito como forma de legitimação do poder e do Estado. Observando a construção dos institutos inerentes à própria ciência jurídica, percebe-se que muito se evoluiu, mas, em contrapartida, muitas teorias que surgiram em sociedades antigas e medievais têm sua aplicabilidade na conjuntura moderna.

Nesse estudo explanar-se-á sobre o surgimento do processo no período medieval e dos meios e tipos de provas, contextualizando a busca pela verdade na Grécia e para que seja possível uma análise mais minuciosa de como operava o Direito na Idade Média, especificamente o Direito Germânico, e elucidar uma análise da influência dos conceitos usados nesta época.

1 Teoria do processo nos julgamentos gregos

A busca pela verdade é matéria amplamente discutida desde a Grécia Antiga, muito embora os parâmetros para sua definição, e mesmo o conceito de justiça, foram sendo alterados com a modificação das estruturas sociais. A ideia de que verdade é aquilo que pode ser provado é uma consideração já presente nos gregos, contudo o tipo de prova que traria em sua essência aquilo que é verdadeiro nem sempre teve o mesmo conteúdo.

Um dos primeiros relatos que trazem em seu bojo a busca da verdade é narrado por Homero em *Ilíada*, quando diante de uma corrida de carros entre Menelau e Antíloco ocorre uma irregularidade nas palavras do primeiro, e o último contesta tal afirmação. A disputa travada entre os dois traz a necessidade de uma comprovação do verdadeiro, e o critério para a escolha da prova mais coerente nesse contexto não é uma testemunha (que existe no momento da chegada dos competidores), e sim a provação de um juramento perante Zeus de que não houve nenhuma irregularidade. Antíloco, que agiu de maneira imprudente e considerada desleal, opta por não fazer o juramento e dar a vitória para Menelau (HOMERO, 2009, p. 1418-1419):

O divo Menelau, sentido iroso, do arauto, que silêncio impôs aos Gregos, tomado arvore o cetro: "Que é da tua honra e prudência, Antíloco? Infamaste meu valor, meus corcéis, de encontro a eles. Os teus de me-

nos brio atravessando; príncipes Gregos, sem favor julgai-nos; ninguém diga: — mentindo e prepotente o Atrida obteve do Nestório o prêmio; pois, se ronheiros os cavalos tinha, em violência e furor o avantajava. — “Eu mesmo o julgarei, nem cuido que haja, Dânao que o desaprove: ao rito nosso, de Jove aluno Antíloco, ante o carro, o flagelo empunhando que agitavas, tange os cavalos, por Netuno jura que o meu curso impediste involuntário”.

Ainda no contexto da Grécia Antiga, outro tipo de prova que pode ser apontado é o surgimento da figura da testemunha como forma de obter a realidade dos fatos. Denota-se que a busca pela comprovação das alegações subsiste na história de Édipo Rei de Sófocles, mas o critério imanente ao verdadeiro modificou-se.

Apesar de Édipo utilizar os antigos meios de aferição da verdade (como se observa do juramento que fez ao prometer que punirá o responsável pela morte do rei Laio), merece ser estabelecido um grande destaque para o meio probatório jurídico formulado, que se trata da testemunha. Em sua história está presente uma maldição que o assombra e o fez fugir do local que vivia para Tebas, quando na verdade, ironicamente, esta é justamente sua terra natal.

A trama desenvolve-se no momento que Édipo mata seu próprio pai em um entroncamento de três caminhos quando chegou à cidade de Tebas (sem necessariamente saber que ele era o seu pai) e posteriormente desposa Jocasta, viúva do rei Laio e, conseqüentemente, sua própria mãe. O enredo de Édipo-rei começa quando ele é deixado para morrer e no Monte Citerão um pastor coríntio leva-o por piedade para sua cidade, onde foi adotado por Políbio. Já na fase adulta, Édipo abandona Corinto graças a uma profecia que soube ao consultar o oráculo de Delfos: iria matar seu pai e desposar a própria mãe. O fato é que, mesmo com a tentativa de escapar de seu destino, Édipo tem seu fim profético selado, furando seus próprios olhos (SÓFOCLES, 1984, p. 35).

Exposta a história de Sófocles, é importante salientar dois aspectos importantes que podem ser depreendidos: o surgimento do papel decisivo da testemunha através da lei das metades e da perseguição pelo poder. De fato, o meio pelo qual a verdade é aferida distingue-se de juramentos feitos para autenticar uma colocação:

Esta forma, realmente impressionante no Édipo de Sófocles, não é apenas uma forma retórica. Ela é ao

mesmo tempo religiosa e política. Ela consiste na famosa técnica do σύμβολο, o símbolo grego. Um instrumento de poder, de exercício de poder que permite a alguém que detém um segredo ou um poder quebrar em duas partes um objeto qualquer, de cerâmica etc., guardar uma das partes e confiar a outra parte a alguém que deve levar a mensagem ou atestar sua autenticidade. É pelo ajustamento das duas partes que se poderá reconhecer a autenticidade da mensagem, isto é, a continuidade do poder que se exerce (FOUCAULT, 2002, p. 38).

Diante de uma peste que assolou Tebas, Édipo, já como rei e detentor do poder, ao questionar o oráculo de Delfos, obtém uma parte da metade da verdade que procurava, ou seja, que a peste que contaminou a cidade era causada como um castigo dos deuses à conspurcação pelo assassinato do rei Laio. O nome do assassino é dado por um vidente chamado Tirésias, que afirmou que Édipo foi quem cometeu o assassinato, devendo então banir a si mesmo, já que, semelhante ao oráculo, proferiu afirmações proféticas e futuras, e não considerações exatas sobre o presente e passado.

Tanto o adivinho Tirésias quanto Apolo não são exatamente testemunhas de um fato, pois não atestaram o que ocorreu no passado e presente. O destino de Édipo é finalizado quando ocorreu um testemunho involuntário de Jocasta, que afirmou que o rei Laio foi morto em um entroncamento de três caminhos, e de dois escravos, que afirmaram que ele não era filho de Políbio, e o outro confirmou que era filho de Jocasta. Percebe-se que a verdade estava fragmentada em pedaços da verdade que tiveram que ser juntados para que fosse possível dar autenticidade ao fato.

Na história de Sófocles denota-se que a perscrutação do saber edipiano é egocêntrica, tirânica, na medida em que ele quer ver o mundo pelos seus olhos, com um conhecimento altivo e descompromissado do que os deuses pensam ou a sociedade. Ao afirmar que salvou a cidade respondendo ao enigma da esfinge que a destruiria, ressalta que não procurou ninguém e que conseguiu ver e saber sozinho. Contudo, mesmo com seu destino sendo revelado e aproximando-se da profecia, a maior preocupação de Édipo foi a perda de seu poder, e não propriamente matar seu pai (FOUCAULT, 2002, p.42-43). Ao ignorar as leis e querer fazer a sua vontade, ignorando o povo e os deuses, Édipo foi vítima da lei das metades e de um saber visto da perspectiva de um terceiro, que em seu excesso de poder e de saber, rendeu-se e ruiu ao conhecimento simples dos pastores (FOUCAULT, 2002, p. 48).

Dessa forma, fica clarificada mais uma forma de prova pela busca pelo saber. Enquanto na obra *Ilíada* verificou-se que o juramento poderia ser um teste (provação) para a autenticidade de um argumento ou acusação, em *Édipo-rei* demonstra-se uma figura tradicional presente nas ciências jurídicas: o saber de um terceiro obtido pela inquirição do mesmo, que, quando unida a outro testemunho, ou a outros fatos, é capaz de completar o enigma, de juntar as peças de uma verdade.

2 Os tipos de provas no direito germânico medieval

Feita uma análise sobre o surgimento da busca de um saber baseado em juramentos e na figura da testemunha na Grécia Clássica, observa-se que a partir de Platão houve uma antinomia entre poder e saber, na proporção em que os filósofos seriam aqueles mais próximos da luz, do Sol, do saber, enquanto os políticos que detêm o poder seriam ignorantes, e o povo poderia dar testemunho da verdade: “se há o saber, é preciso que ele renuncie o poder” (FOUCAULT, 2002, p. 51). Essa separação foi rediscutida posteriormente até a modernidade, quando o paradigma foi mudado para uma perspectiva de que atrás do poder político existe uma trama, o poder é arquitetado através do saber (FOUCAULT, 2002, p. 51).

A história do direito grego representa a evolução da história do próprio Direito, tendo em vista que através do seu estudo é possível identificar formas da elaboração da busca pela verdade. Em primeira análise pode-se afirmar que houve uma preocupação científica e racional com a produção da verdade, sendo verificado que condições e quais métodos deveriam ser utilizados, surgindo a Filosofia e os sistemas científicos e racionais. Em um segundo exame, a formação do conhecimento e sua autenticidade deram abertura para o surgimento da retórica grega, pois desenvolveu-se a arte de persuadir e de tentar convencer o interlocutor de sua perspectiva. Em uma terceira análise, surgiu o conhecimento não somente obtido por aquele que tem o poder, ou mesmo por aquele que tem a preocupação com a produção científica do mesmo, mas sim o mero relato, o testemunho de qualquer um que detém o conhecimento de ter visto, obtido pelo inquérito, pela lembrança (FOUCAULT, 2002, p. 54).

Em um outro contexto histórico, na Idade Medieval, o estudo da busca pelo saber no antigo Direito Germânico remonta a uma perspectiva ainda arcaica da produção de provas e do processo, pois tratava-se de um procedimento que mais se assemelhava a um duelo e legitimação da força entre os envolvidos.

Nesse enleio, não havia representação da sociedade ou do Estado, à medida que só existiria processo entre a vítima ou algum parente que assumisse a causa e o agressor ou ofensor. O Direito era visto como uma continuação e legitimação da guerra, pois não se tinha a perspectiva de um terceiro que intervia no processo para inquirir as partes ou testemunhas, mas a concepção de justiça baseada em duelos, em vingança. Se um indivíduo mata outro, alguém da família do que foi morto irá poder vingá-lo matando sob as mesmas condições, ou seja, deve-se seguir um determinado procedimento para a execução da vingança, e não somente uma guerra individual e arbitrária. As leis existiam como forma de vingança judiciária para traçar parâmetros mínimos para que seja feita a justiça em uma concepção de proporcionalidade idêntica, podendo haver a eleição de um árbitro para que seja mensurada uma indenização em quantia para ganhar o direito à paz e cessar a vingança da parte lesada (FOUCAULT, 2002, p. 55-57).

No direito medieval houve predomínio do Direito Germânico, que trazia em seu conceito de processo o sistema de provas, no qual, semelhante ao exposto anteriormente, havia não uma busca pela verdade, mas sim uma comprovação do mais forte, de quem tinha mais importância. O inquérito nas bases do Direito Romano e Grego somente reaparece na história do direito feudal nos séculos XII e XIII, quando há o surgimento da inquisição na Igreja Católica Romana, visando combater o sectarismo religioso e solidificar a doutrina católica em toda a Europa.

Conforme elucidado, o sistema de provas no direito feudal não se baseava na perscrutação do verossímil, em dizer que alguém é inocente, mas em garantir que ganhe aquele que tenha mais relações sociais, tenha domínio do vernáculo, seja fiel à religião ou seja mais forte fisicamente. Dessa forma, o primeiro tipo de provas eram as sociais, ou seja, da relevância social do indivíduo; para que um indivíduo fosse inocentado, bastaria, por exemplo, que reunisse 12 testemunhas que juramentassem que ele era inocente, e essas testemunhas deveriam ter relações de parentesco com o acusado. Nessa visão, o peso e a importância de um indivíduo deveriam ser provados para saber do seu apoio em uma possível guerra ou conflito (FOUCAULT, 2002, p. 59).

Em segundo plano, havia as provas verbais, nas quais o acusado deveria pronunciar algumas fórmulas para garantir sua inocência, e o simples erro gramatical destas implicaria a sua culpa. Importante no desenvolvimento de prova verbal é que se fez o surgimento do advogado, pois, nos casos em que os acusados

fossem menores, mulheres ou padres, poderiam ser substituídos por uma pessoa que pronunciaria as fórmulas por eles, que posteriormente se tornaria o procurador das partes (FOUCAULT, 2002, p. 60).

Em terceiro lugar, havia as provas de juramento, consideradas de cunho mágico e religioso, e aquele que hesitasse ou se recusasse a prestar o juramento seria considerado culpado. Em quarto plano, havia as provas físicas, também conhecidas como ordálios. Nesse tipo de prova, o acusado aceitaria uma prova corporal, como andar em ferro em brasa, ser amarrado e colocado em um rio, e, se superasse o desafio, seria considerado inocente (no primeiro caso, não tendo cicatrizes nos pés após dois dias e, no segundo caso, se conseguisse não se afogar). Dessa forma, nesse tipo de prova o Direito era de fato um prolongamento da guerra, pois, nas disputas por propriedades, os senhores submetiam-se a um combate fiscalizado por um assistente que verificava o cumprimento das regras estabelecidas (o duelo deveria ser realizado com tempo determinado e tipo específico de armas), e quem ganhasse a disputa ganhava o processo (FOUCAULT, 2002, p.60 -61):

No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova.

A segunda característica é que a prova termina por uma vitória ou fracasso. Há sempre alguém que ganha e alguém que perde; o mais forte e o mais fraco; um desfecho favorável ou desfavorável. Em nenhum momento aparece algo como a sentença tal como acontecerá a partir do fim do século XII e início do século XIII. A sentença consiste na enunciação, por um terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão. A sentença, portanto, não existe; a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso.

Portanto, além de a sentença não representar uma busca pela verdade, e sim pelo mais forte, o procedimento ocorria de forma automatizada, na medida em que a figura de um terceiro somente se fazia necessária pela regularidade do processo, e por fim no processo será provado quem tem mais força e maior relevância social, e não quem disse a verdade.

3 O conceito de justiça na Baixa Idade Média e o aparecimento do Estado

O paradigma até então exposto será mudado nos séculos XII e XIII com o reaparecimento do inquérito e profundas alterações políticas, econômicas e sociais na história europeia. O direito baseado em uma comprovação de forças, uma disputa entre particulares, está fundado em conceitos como a acumulação de riquezas e armas. Na Alta Idade Média desenvolveu-se um pensamento formulado a partir da perspectiva da circulação de bens na sociedade, tendo em vista que para um indivíduo ter acesso a bens, armas e mercadorias, ou seja, ter acesso ao poder, os mecanismos que predominaram eram a transmissão hereditária ou pela guerra.

A guerra ou uma contestação belicosa são institutos inerentes ao desenvolvimento da sociedade feudal, pois, se o direito era uma legitimação do conflito belicoso e servia para dar um procedimento ao mesmo, ganhava quem tinha mais influência, mais armas, mais poder. A contestação bélica de um bem era a maneira mais viável para que aquele que não detivesse uma grande herança pudesse adquirir bens e chegar ao poder.

Como consequência das lutas travadas, a concentração do poder em uma única pessoa foi tornando-se evidente, e a figura do monarca surgiu e, conseqüentemente, o Estado. A necessidade posterior de segurança para que o comércio fosse implementado deu um poder reconhecido como absoluto ao rei e deu origem à formação dos Estados Nacionais e, posteriormente, das monarquias absolutistas. A comercialização de mercadorias entre os feudos deu origem aos burgos e a uma nova classe social: a burguesia. Graças à descentralização de poder que predominava no feudalismo, o comércio era prejudicado, pois por diversas vezes as mercadorias eram saqueadas, o que acarretava prejuízos aos comerciantes. A figura de um soberano que garantisse a segurança contra invasores externos, a livre circulação entre os feudos e a unificação de um procedimento deu origem ao Estado e a a figura do monarca.

Na Baixa Idade Média e início da Idade Moderna houve uma transição do feudalismo para o capitalismo, à proporção que o regime descentralizado dos feudos foi sendo substituído por um regime centralizado nas mãos de um soberano detentor do poder, das armas, das mercadorias e de bens. Houve profundas modificações na ordem jurídica, pois a justiça não mais seria fruto de um duelo entre particulares, e sim as ordens viriam do soberano e deveriam ser cumpridas por todos; passou a existir um

poder externo soberano que se impõe como poder político e judiciário (FOUCAULT, 2002, p. 65).

Outra importante modificação foi o aparecimento do procurador como representante do Estado, como alguém que se apossa dos procedimentos judiciais e apresenta o dano da conduta do indivíduo ao soberano. Desta forma, o indivíduo que comete dano a outrem não ofende somente ao particular, mas também ao Estado, ao rei, que dita as leis e não pode ser contrariado, ou seja, ele cometeu uma infração. O aparecimento desse conceito é inovador e determinante na história da humanidade, tendo em vista que a infração ao Estado está presente no contexto contemporâneo, como forma de respeito à legalidade, e também como necessidade de imposição de uma multa ou uma reparação ao Estado. No contexto medieval, a infração representa uma fortificação do poder monárquico, pois o reparo ao soberano aumenta o poder econômico do mesmo a partir das multas estabelecidas pelas infrações e os confiscos (FOUCAULT, 2002, p. 66-67).

Nesta senda, para a realização do processo, não mais se poderia valer de provações físicas, corporais, como se tinha no contexto anterior. Foi necessária a implantação de um novo modelo de busca da verdade: o inquérito. Contudo, esse instituto foi estabelecido bem diferente daqueles vistos nas tragédias gregas, pois o soberano chamava pessoas que conheciam o Direito, os costumes e os títulos para que, juramentadas pela verdade, deliberassem para a solução de determinado litígio:

Este procedimento de inquérito administrativo tem algumas características importantes.

- 1) O poder político é o personagem essencial.
- 2) O poder se exerce primeiramente fazendo perguntas, questionando. Não se sabe a verdade e procura sabê-la.
- 3) O poder, para determinar a verdade, dirige-se aos notáveis, pessoas consideradas capazes de saber devido à situação, idade, riqueza, notabilidade etc.
- 4) Ao contrário do que se vê no final de *Édipo-Rei*, o poder consulta os notáveis sem forçá-los a dizer a verdade pelo uso da violência, da pressão ou da tortura. Pede-se que se reúnam livremente e que dêem uma opinião coletiva. Deixa-se que coletivamente digam o que consideram ser a verdade (FOUCAULT, 2002, p. 69).

Desta forma, o aparecimento da figura do soberano trouxe consigo a modificação no processo judiciário presente na sociedade medieval e, apesar de também ter origens no Império Carolíngio,

a Igreja foi decisiva em seu reaparecimento devido ao procedimento da inquisição adotado. Com isso, o Estado teve uma forma de procedimento para a busca do saber e a realização da justiça.

Conclusão

Considerando o contexto grego e a busca pela verdade, denota-se que as práticas realizadas eram baseadas a princípio nos juramentos de caráter místico e religioso, como forma de um indivíduo provar a sua inocência. Presente na obra de Sófocles, Édipo tem em sua história, além da comprovação com base em promessas e juramentos, uma concepção primitiva do inquerito e do conhecimento da testemunha, que foi capaz de sobrepujar o saber-poder do rei, com o ateste da realidade dos fatos.

Em análise minuciosa presente também na obra de Foucault, a Idade Média em sua predominância foi marcada por conflitos belicosos e disputa pelo poder. As disputas e litígios eram decididos não pela aferição do verdadeiro, mas por quem fosse capaz de cumprir determinados desafios corporais, disputas físicas, ou tivesse maior relevância social, não errasse fórmulas propostas e fizesse juramentos de cunho religioso.

Com as transformações sociais e políticas na Baixa Idade Média, houve o aparecimento do Estado e do soberano como aquele que detém o poder político e judiciário sobre os demais (além de concentrar os poderes executivo e legislativo na clássica separação de Montesquieu). Nesse contexto surgiu o procurador do Estado, o conceito de infração e conseqüentemente as multas e os confiscos para quem as cometesse.

Desta forma, houve o reaparecimento do inquerito como forma de busca pelo saber verdadeiro, no qual aqueles que detêm o conhecimento dos costumes, do Direito e os títulos seriam encarregados de deliberar sobre os litígios para o soberano, substituindo o modelo de provas medievais até então vigente.

Nessa explanação sobre o estudo da prova no processo, depreende-se que a busca pelo saber já teve como parâmetros diversos conceitos de verdade e de justiça. Muito embora mesmo depois da apresentação, no contexto contemporâneo, da essência da justiça como um conceito ainda necessitado de complementação, percebe-se que houve uma considerável evolução em sua formação. É fato que o Direito será sempre permeado, e por vezes colonizado, por outros saberes (que muitas vezes o corrompem), mas a busca pela verdade através dos meios diversos deve ser sempre tarefa árdua a ser efetivada pelo Poder Judiciário e pela sociedade.

Referências

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

HOMERO. **Ilíada**. Tradução de Manoel Odorico Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.