

JOSÉ DE MOURA ROCHA

DA "EXCEÇÃO
DE
EXCOMUNHÃO"

(PREMISSAS PARA
O SEU ESTUDO NO
PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO)

F 341.4627
R 672d

IMPrensa UNIVERSITÁRIA





**Da “Exceção de Excomunhão” no
Processo Civil Brasileiro**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

Impresso no Brazil
Printed in Brazil

1 9 6 5

JOSÉ DE MOURA ROCHA

Da “Exceção de Excomunhão” no Processo Civil Brasileiro

*(Premissas para um estudo das
relações entre os poderes ecle-
siástico e civil)*

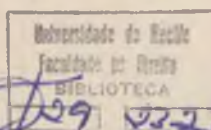
IMPrensa UNIVERSITÁRIA
RECIFE — 1965

Ac. : 24318

Reg. : 8952235

Ex. 2

71



Para
Elba, no dia 30 de junho de 1965;
minha mãe;
meus filhos: Maria do Carmo,
José Márcio
Maria da Conceição,
Maria do Rocio,
José Elias.



- I — A exceção de Excomunhão. Importância do seu estudo.
- II — Processo e Religião (I).
- III — Processo e Religião (II).
- IV — Processo e Política (I).
- V — Processo e Política (II).
- VI — A Igreja e os Estados Modernos.
- VII — Palavras finais.



— I — A EXCEÇÃO DE EXCOMUNHÃO — IMPORTÂNCIA DO SEU ESTUDO

1. Em trabalho nosso, anteriormente publicado, tivemos oportunidade de lembrar os ensinamentos do professor Fáiren Guillen quanto à necessidade do estudo da história para “uma completa penetração na intimidade do dinamismo de um fenômeno jurídico determinado” e escrevíamos, então: “para descobrir ou precisar a natureza, os aspectos, o desenvolvimento nas relações dos fenômenos jurídicos com outros fenômenos sociais, as suas posições na vida, . . . o direito em geral e o processo civil em particular, necessitarão do enorme acervo cientificamente estudado ou precisado pelas ciências que lhe são próprias”. (1)

No campo da história, além de estender-lhe as palavras acima lembradas, devemos salientar, como o fez J. Simmel, ser imprescindível a interpretação dos fatos pois, sem esta interpretação não haveria História e a razão é encontrada em Seignobos ao apresentar o *erudito* como historiador de análise em contraposição ao historiador de *síntese*, o verdadeiro historiador, o historiador propriamente dito.

Fáiren Guillen, J. Simmel, Seignobos nunca estiveram tão perto do genial Carnelutti quando nos apresentou processualistas “nômades” e processualistas “sedentários”. A figura do processualista nômade ou sedentário ajusta-se, perfeitamente, a todas as outras ciências sociais e não há exagero ao se apontar historiadores, sociólogos, economistas, juristas podendo ser ou “nômades” ou “sedentários”.

O estudo da “exceção de excomunhão” constata tudo o que foi afirmado. É daqueles temas que exige considerações das mais variadas ordens; desde o jurídico-processual ao histórico, passando ainda pelo cadinho do político, do econômico, do religioso. . . Assim, o estudioso que se apegue ao jurídico-processual, ao histórico, ao político, ao econômico, ao religioso. . . desprezando as demais ciências; que se limite a

1 — José de Moura Rocha — Considerações sobre o estudo do Processo Civil. Pag. 15. A afirmação seria válida mesmo se dirigindo a um determinado direito. Assim, por exemplo, veja-se a diversidade existente no direito espanhol que, sob consideração unitária, seria “profundamente errônea”, no dizer de Couture. Profundas são as diversificações dos direitos de Castela, Aragão, Leão, etc. (Cfr. Couture — Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil, pag. 13.)

considerar leis e princípios na rigidez dos códigos e dos manuais ou tratados; que se detenha tão só e eruditamente à sequência de datas ou de acontecimentos, lugares ou pessoas, será, não resta qualquer dúvida, o processualista, o historiador, o estudioso da ciência política ou o sociólogo das religiões "sedentário" oferecido à nossa consideração pelo insigne mestre de Roma. A ele é impossível a compreensão dos problemas e dos "porquês" encontrados no tema sob as mais variadas nuances. Mais, faltar-lhe-á a pesquisa e a meditação dos fenômenos surgidos no mundo vivo e movimentado debatendo-se no emaranhado das correlações, desenvolvendo-se ou minguando com as sociedades onde foram creados.

Burckhart em "Reflexões sobre a História" dedica um capítulo, o segundo, aos "Estado, Religião, Cultura" e lembra que, mesmo sendo de natureza extremamente heterogêneas, "Às vezes, estas três potências parecem trocar de funções; há épocas predominantemente políticas ou religiosas (ou pelo menos períodos), que parecem dedicar-se principalmente aos magnos objetivos da criação de grandes civilizações. Além disso, alternam-se frequentemente suas influências e causas determinantes, o que sucede com rapidez, sendo difícil precisar qual desses elementos assume função ativa, qual a passiva. E, sem dúvida, sempre em períodos de floração de uma alta cultura, tudo existe simultaneamente: sem predominâncias, principalmente quando o legado de várias épocas se sedimenta em camadas sucessivas". (2)

Mas, não poucas vezes o aspecto jurídico é esquecido e posto de lado. Não será demais lembrarmos o judicioso pensamento de Furno ante a posição de "mera conveniência" de alguns autores. Salienta ele: "... olvidam que o direito, além de ser forma técnico-política da organização social, é, sobretudo, um fenômeno histórico; olvidam que o movimento evolutivo do fenômeno jurídico se verifica, precisamente, nos limites que a história (em cujo campo finca o direito as suas raízes) lhe assinala, limites tão pouco elásticos que constituem a mais firme e eficaz garantia contra qualquer excesso; olvidam, finalmente, que falar de exigências "históricas", "políticas" ou "técnicas" do direito é exatamente o mesmo que falar de exigências "jurídicas", posto que história, política e técnica constituem, precisamente, os aspectos essenciais do fenômeno jurídico: são fatores que atuam desde dentro, não elementos que exerçam pressões ou influxos vindos de fóra". (3)

Como considerar a "exceção de excomunhão"? Fruto de uma força do Estado? Da Igreja? Fruto da cultura lusa? Força meramente jurídica?

Impossível precisar. Direito, história, política, religião, entre tantas outras, são ciências dinâmicas o que significa não nos podermos limitar a datas, fatos, leis ou princípios. Mistér a sua compreensão e interpretação

2 — J. Burckhardt — Reflexões sobre a História. Pag. 35.

3 — C. Furno — La Prueba Legal. Pag. 66.

através de termos honestos e precisos. Mais especificamente ante o fenómeno jurídico processual: tal fenómeno que variou ou varia no tempo e no espaço não pode ser considerado como simples acidente jurídico ou histórico-processual, ou ainda, simplesmente histórico. Se assim o fôsse, a missão do processualista estancaria na história do direito, ou mais especificamente, na própria história do direito processual quando reduzidas, a méras indicações de fatos na sua sequência cronológica ou temporal. Assim, a indagação pararia na constatação dos fatos não interessando explicar ou justificar situações ou atitudes outras.

A "exceção de excomunhão" é assunto a exigir excursões das mais amplas. Necessitamos buscar elementos, dos mais variados, para compreendê-la como instituição: no seu aparecimento, desenvolvimento e, finalmente, no seu desuso. Apesar da roupagem processual com que se revestiu, a referida exceção, gerada por fatos advindos de causas políticas, religiosas, econômicas, jurídicas, entre outras, não é fruto único do processo civil. A expressão mesma o indica: exceção, fenómeno eminentemente jurídico-processual; excomunhão, fenómeno eminentemente religioso.

Mais: a excomunhão também está presente na Índia Portuguesa pelo decreto de 16 de dezembro de 1880, no seu artigo 28.

Art. 28.

"A excomunhão gentílica e a aplicação e levantamento de penas religiosas aos hindús gentios de qualquer classe ou casta, são da exclusiva competência do respectivo prelado ou SUAMY, na conformidade dos ritos gentílicos.

§ único. Os poderes públicos intervirão em tais actos unicamente no que respeita à manutenção da ordem pública".

Mesmo em se tratando de excomunhão gentílica e sem caráter de "exceção", possivelmente a sua existência implique na necessidade de estudo comparado da existência ou aceitação de "excomunhão" no Brasil e colônias portuguesas outras. Tática da política colonialista lusa? Possivelmente. Tenha-se ainda presente, conforme lembra Cunha Gonçalves em "Direito Hindú e Mahometano", que "no Código dos usos de Damão de 1894, art. 36, foi reproduzido, com pequena diferença, esse artigo 28. Mas, no Código dos usos de Diu, arts. 39 e 41, a excomunhão ficou sujeita a uma série de formalidades, como a justificação judicial, com ACUSAÇÃO DA CITAÇÃO, ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO e outras complicações inúteis e irrisórias". (4)

4 — *Cunha Gonçalves* — *Direito Hindú e Mahometano*. Pag. 343. O caráter político de colônia, por vezes, é negado. Recentemente, *Galvão de Souza* na *História do Direito Político Brasileiro*, pag. 33, acentua: "Restringindo-se o significado de "colônia" ao cultivo material, numa condição de inferioridade jurídica para as gentes submetidas, condição esta institucionalizada no respectivo estatuto — podemos dizer que o Brasil jamais foi colônia de Portugal". Idêntica tese é tentada quanto a Espanha. (Cfr. *Galvão de Souza*, op. cit. pag. 33, nota 1.)

Apesar de se constituir preceito quasi inútil, ou mesmo inútil, porque não produzia nenhum efeito civil, não deixa de ser curioso o existir a excomunhão em diploma legal. E esta curiosidade se aguça quando olhamos e consideramos a diversidade cultural das regiões onde foi ela imposta. Ou reconhecida.

No Brasil, mundo novo a ser construído, a excomunhão surge como exceção. Na Índia, legendária, senhora de milenar cultura, mãe do brahmanismo e do budismo; vencida parcialmente pelos discípulos de Mahomet ao romperem as suas barreiras sócio-religiosas para imporem, no meio da sociedade bramântica, uma sociedade muçulmana, é a excomunhão reconhecida a ponto de serem respeitados os ritos gentílicos bem como há o reconhecimento à aplicação e levantamento de penas religiosas reservadas aos seus prelados.

Feitas estas considerações preliminares, passemos ao tema proposto tentando ser um estudioso "nômade" do mesmo.

2. A existência da "exceção de excomunhão" no nosso primitivo ordenamento jurídico leva-nos a buscar os motivos de sua presença aí e, como e até onde chegaram as relações dos poderes político ou civil e eclesiástico a ponto de, como já o salientamos, fenômeno eminentemente religioso, ser incluído em instituto eminentemente processual.

Prevista no Livro 3.º, título 49, §§ 2.º e 4.º das Ordenações e incluída entre as exceções dilatórias, determina o problema de se saber se a sua existência é devida, ou melhor dito, é fruto das relações entre a Igreja e o Estado ou se existem motivações outras. De logo saliente-se que as relações entre a Igreja e o Estado nem sempre foram pacíficas e, não poucas vezes refletiam estado de luta, de supremacia ou mesmo de dominação de um poder sobre o outro.

De qualquer maneira encontramos elementos vários, econômicos, políticos, religiosos, sendo responsáveis pelas relações acima indicadas e pelas maneiras de como se apresentavam; consequentemente, caracterizando o aparecimento, o desenvolvimento e o desuso da "exceção de excomunhão".

A presença destes elementos não é de se estranhar. Precisando os homens de se unirem, em sociedade, para mais facilmente satisfazerem as suas necessidades e os seus interesses das mais diversas ordens (educação, política, lucro, beneficência, religião e tantos outros), daí partimos para a compreensão dos problemas advindos destes interesses e destas necessidades.

Assim: uma Bula do Papa Urbano VIII de abril de 1639 confirmava a de Paulo III de 1537 que excomungava os cativadores de índios. Por sua vez, o poder político ou civil até 1611 e principalmente pela lei de 30 de julho de 1609 que reproduzia dispositivos de leis anteriores, "de modo mais completo e explícito", preconizava serem os índios "livres, conforme o direito e seu nascimento natural, todos os gentios das partes

do Brasil, os quais não deviam ser constrangidos a serviços, nem a cousa alguma, contra a sua livre vontade”.

Dissemos até 1611 serem os índios livres. Praticamente, de 1609 a 1611 apesar de existir Bula datada de 1537 que excomungava os cativadores de índios. Anteriormente a 1609 a escravidão índia existia, era permitida e foi restabelecida pela lei de 10 de setembro de 1611 que dispunha capitalmente ser considerado “legítimo o cativoiro não só dos aprisionados em guerra justa, mas também dos índios resgatados quando cativos de outros índios”. Martins Junior lembra que “a grita dos colonos gananciosos foi escutada e acolhida pelo govêrno da metrópole em detrimento da liberdade dos pobres selvícolas”. (5)

O choque do disposto nas Bulas e na apontada lei persistia. Finalmente, em 1674, por alvará a que se seguiram outros, datados de 5 e de 29 de setembro de 1649 foi declarado: “sendo livres os índios, como fôra declarado pelos Reis de Portugal e pelos Pontífices, não houvesse mais administradores nem administrações, e que os índios pudessem livremente servir e trabalhar com quem lhes parecesse e melhor pagasse o seu trabalho”.

Apesar da proibição expressa dos Reis de Portugal e dos Sumo Pontífices, a escravidão índia prosseguia e Martins Junior na sua História do Direito Nacional escreve: “A 20 de dezembro de 1741 o papa Benedito XIV expediu, dizem que a instância de D. João V, uma Bula, confirmatória das de Paulo III e Urbano VIII PROIBINDO TERMINATEMENTE, SOB A PENA DE EXCOMUNHAO LATAE SENTENTIAE, que qualquer pessoa secular e eclesiástica possuísse como escravos índios e os induzisse a cativoiro sob qualquer forma”, e, continuando: “D. João V não teve ocasião ou não teve ânimo de fazer efetiva em seus domínios da América a execução desta Bula. Coube esta generosa tarefa a D. José I ou antes, ao Marquês de Pombal”. (6)

Havia, efetivamente, a excomunhão e as indicadas foram-no em carater exemplificativo. Várias outras causas determinam tal pena da Igreja.

3. Referimo-nos, acima, de necessidades e interesses das mais variadas ordens. Se nos detivermos no aspecto religioso, verificaremos que os homens não fugiriam ao significativo fato que é, por excelência, a ligação do homem mesmo a um Ser Superior e Creador de todos e de todas as cousas. Então, a necessidade do mesmo homem em manifestar,

5 — Martins Junior — História do Direito Nacional. Pag. 207. Galvão de Souza, op. cit. pag. 32, lembra: “Ao primeiro Governador-Geral do Brasil, recomendava D. João III: “O principal fito por que se manda povoar o Brasil é a redução do gentio à Fé católica. Esse assunto deve o Governador pratica-lo muito com os demais capitães. Cumpre que os gentios sejam bem tratados, e que no caso de se lhes fazer dano e moléstia, se lhes dê toda a reparação, castigando os delinquentes”.

6 — Martins Junior — Op. e lo. cit.

cra internamente, ora externamente o seu respeito e a sua consideração àquele Ente divino, surge e é conseguido através das diversas formas de culto.

Surgindo como necessidade ou interesse do homem de apresentar o seu respeito e a sua consideração ao Ser Supremo, a religião ocupa, ante o Estado e demais sociedades, religiosas ou não, posição especial não importando mesmo que esta posição seja-lhe favorável ou desfavorável. A religião sob forma societária necessita de disciplinação e aí a razão de ser e a explicação de existir a excomunhão.

Inclui-se a excomunhão entre as penas mantidas pela legislação canônica atual, ao lado da interdição e da suspensão. Claro que nos referimos à Igreja Católica. Deve a excomunhão recair sobre pessoa física, nunca sobre pessoa jurídica.

Apesar de anteriormente ser diferente a situação da excomunhão e mesmo frente as modificações sofridas pela mesma, substancialmente, os seus efeitos continuam os mesmos preconizados pela legislação anterior partindo-se conforme se trate de excomunhão em geral, notória, sendo declaratória ou condenatória e conforme se trate da excomunhão "vitandus". (7)

Havia a excomunhão MAIOR e a MENOR sendo que esta se encontra abrogada e, portanto, não mais existe como censura "FERENDAE SENTENTIAE" (Bula de Pio IX, "Apostolicae Sedis" de 12 de outubro de 1869). Igualmente há as excomunhões "vitandus" e "toleratus". Caracteriza-se a primeira por ser reservada de maneira especial à Santa Sé (Can. 2243, § 1, n. 1). Já no direito anterior a excomunhão "vitandus" era aquela que o excomungado o era nominal e publicamente pelo Sumo Pontífice ou pelo Bispo e por haver incorrido em fato determinante de tal pena ou que de maneira notória tivesse violado "privilegium canonis". (8)

Como pena espiritual, a excomunhão surgia como se apresenta modernamente, sem deixar qualquer dúvida quanto à sua legitimidade. O que nos interessa e determinou esta digressão, é compreender a sua transferência para o campo civil passando a integrar um procedimento estatal e temporal ou leigo.

Com o desenvolvimento do trabalho procuraremos focar os diversos aspectos determinantes do fenómeno indicado. Agora cumpre que façamos algumas observações para ser possível enquadrar o problema.

- 1.º) A excomunhão podia ser lançada pelo poder temporal;
- 2.º) Podia ser levantada por simples Provisão;
- 3.º) Impedia a presença do excomungado em lides judiciais;
- 4.º) Necessária que fôsse MAIOR.

7 — Falco — *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*. Pag. 247.

8 — Falco — *Op. cit.* Pag. 277

Mesmo sem maior desenvolvimento, as observações indicadas bem indicam a que ponto chegaram as confusões entre os poderes civil (real) e o religioso (eclesiástico). Tal fato será constatado quando considerarmos as relações que existiram (na base de concessões) entre as jurisdições ordinária e religiosa. Concessões, diga-se, obtidas ora por um ora por outro poder, pacificamente ou não; por vezes através de méra liberalidade ou por conquista.

Bem sintomática é a indicação que encontramos em nota de pé de página no "Tratado das Excepções" de Lydio d'Albuquerque: "A provisão de 28 de fevereiro de 1823 declarou nula pena de excomunhão, fulminada contra o juiz de fóra de Cabo Branco... Mas hoje esta pena não é permitida a juiz alguma temporal, e somente pode ser lançada pelo poder espiritual, entendemos que se acha revogada quanto ao poder civil, e que, por conseguinte, jamais pode ter lugar o oferecimento da exceção de que trata este paragrafo". (9)

Observa-se a data: 28 de fevereiro de 1823 bem como a Provisão que "declarou nula uma pena de excomunhão...".

Entre os processualistas, as indicações sobre a referida exceção aparecem as mais ligeiras possíveis. Souza Pinto aponta a sua existência e observa, tão somente, que se encontra "em completo desuso"; Morais de Carvalho lembra que a excomunhão devia ser "maior" e que "depois estas penas se tornaram mais raras, depois que as luzes do século mostraram que essas penas espirituais não deviam ter efeitos temporais, que estavam em diametral opposição com a sociedade, e até com o cristianismo, caiu em desuso essa exceção, de que hoje ninguém se lembra". (10)

Estas interpenetrações de autoridade civil ou eclesiástica em campos contrários poderia indicar boas ou compreensivas relações entre os dois poderes. Mas, já o indicamos, estas nem sempre foram harmônicas. Interesses ora políticos, ora econômicos ou de qualquer outra ordem, creavam situações que terminaram com o predomínio ou a dominação de um poder sobre o outro. Veja-se as concessões temporais ao Papado e as concessões espirituais ao Reino; da aceitação ou não das Bulas, etc. etc...

Nos itens seguintes procuramos apresentar sugestões possibilitantes de determinação dos campos correlatos e necessários para precisar a exceção de excomunhão.

9 — Lydio d'Albuquerque — Tratado das Excepções. Pag. 57. Em nota de pé de página: "A Provisão de 28 de fevereiro de 1823 declarou nula uma pena de excomunhão, fulminada contra o juiz de Fóra de Cabo-frio... Diz a Prov. cit. que é nula a pena de excomunhão dada por Juiz incompetente..."

10 — Souza Pinto — Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro, tomo 2.º Pag. 20, § 609. Moraes de Carvalho — Praxe Forense. § 251, nota 122. Pag. 134.

— II — PROCESSO E RELIGIAO (I)

4. O sentimento religioso choca-se, não poucas vèzes, com o poder político. No mundo pagão encontramos exemplo clássico em Sófocles: Antígona desobedecendo a Creonte. O padre Dias Palmeira apresenta-nos o argumento da tragédia grega, argumento de autor desconhecido: "Morto Polinices em combate singular com o irmão, o seu cadáver ficou insepulto; e Creonte proibiu, sob pena de morte, que alguém o enterrasse. Mas Antígona, irmã dêle, tenta sepultá-lo; e, de fato, erigilhe um túmulo, às escondidas dos guardas, que são ameaçados de morte por Creonte, caso não descubram o autor dêste crime"...

Na anteposição do religioso ao político ou ao jurídico trava-se diálogo entre Antígona e Creonte:

"Creonte — Diz-me em poucas palavras e sem rodeios: conhecias a proibição de enterrar o morto?

Antígona — Conhecia. Porque não? Ela era pública.

Creonte — Tiveste, então, a ousadia de transgredir o meu decreto?

Antígona — Não me foi intimado por Zéus; nem a Dike, que coabita com os deuses subterrâneos, estabeleceu esta lei entre os homens. Tão pouco creio que tuas ordens tenham tanta fôrça, sendo tu um simples mortal, de modo a poderes derogar as leis não escritas e inconcussas dos deuses. Porquanto não são apenas de hoje nem de ontem, mas vigoram sempre e ninguém sabe, quando é que elas apareceram.

Ora, eu não devia expor-me a sofrer castigo dos deuses, por transgredí-las, com medo da petulância de um varão"...

Choques desta ordem não existem tão somente, na imaginação genial de Sófocles. Estão presentes, normalmente, nas religiões e isto devido à sua própria essência. Não são poucos os casos encontrados na história do cristianismo desde as éras mais remotas. Cristãos enfrentam o Estado e o faziam como que representando fôrça latente ainda, prestes a vir à tona; faziam-no como partícipes de uma Igreja ainda não organizada socialmente e sem as características de "fôrça" que viria, logo mais, a possuir. Veja-se o exemplo do recruta Maximiliano culminando com o

martírio porque se recusou a servir ao exército de César sob a alegação de, como cristão, não lhe ser possível prestar o serviço militar. Também Tertuliano, Marcelo (o centurião), e o soldado Dário foram martirisados não por se negarem a servir ao exército, mas por se negarem a assumir posições, para eles contraditórias com os princípios religiosos que seguiam.

A solidificação do poder da Igreja como força social e política ao lado da força espiritual ou religiosa que representava, dar-se-á aos poucos. Bem o salienta J. Arias: "A recepção das leis canônicas no período romano bizantino dominou a vida religiosa, moral e política do povo romano" e, a par do surgimento do absolutismo imperial, as leis da Igreja foram penetrando, aos poucos, nos antigos institutos do direito romano transformando a sua fisionomia. Com os Imperadores cristãos (Justiniano, Licínio, entre outros) as leis canônicas começaram a ter sanção civil. Com Graciano, Valentiniano e Teodósio I tornou-se a religião cristã, oficial em todo o Império. (12) Inaugurava-se, assim, uma nova ordem jurídica.

A apresentação de exemplos justificando esta posição, e a se estender aos nossos dias, seria enfadonha e sem fim.

Tanto o exemplo calcado na mitologia grega quanto os colhidos no cristianismo, indicam que a religião traz consigo um amontoado de fatos ou fenômenos dos mais diversos e que não podem ser considerados, unicamente, sob o prisma religioso e de maneira estrita. Quer dizer, o sentimento "interno" religioso tem necessidade de exteriorizar-se o que se verifica sob a forma de culto, de atitudes, etc. Destarte, há de se considerar entre os fenômenos religiosos os que podem ser estudados frente a sociedades outras, religiosas também, ou ante sociedade civil consideradas no seu sentido mais amplo. Em consideração histórica cairmos, então, na necessidade de um estudo comparado para ser possível compreender tais situações e podermos dizer com Carnelutti: "L'ufficio della storia sta appunto nel fornire materiale di comparazione" (13) o que deve ser ampliado para o estudo comparativo das diversas ciências conforme ficou, anteriormente, indicado. Isto sob pena de cairmos sob um "historicismo" altamente condenável, da história, do direito, da economia, etc.

12 — Cfr. J. Arias — Dogmas y canones de la Iglesia en el derecho Romano. Pag. 51 e ss.

13 — F. Carnelutti — Discorsi intorno al diritto. 1.º vol. "Scianza del diritto". Pag. 74. São palavras suas: "La storia, come la politica, si fa in grandi come in piccole dosi. Non altro che la storia mette sotto i nostri occhi i materiali di osservazione. Quando noi guardiamo più cose insieme le confrontiamo. Il primo vagito della scienza è la comparazione. L'ufficio della storia sta appunto nel fornire materiali di comparazione. Soltanto mettendo due cose in confronto noi ne distinguiamo i lati, cioè i caratteri. Su questa strada perdiam di vista le cose e guadagniamo i concetti"

Ademais, cumpre ainda salientar os fenômenos existentes e frutos das relações entre os componentes de uma mesma religião. Então, fogem do âmbito estritamente religioso e, de maneira muito especial, teremos de considerá-los em confronto com os fenômenos jurídicos, econômicos, políticos e tantos outros.

Como decorrência mesma de sua essência, ao ser considerado o fato religioso, uma característica não pode nem deve ser esquecida: o sobrenatural. Será, evidentemente, critério de capital importância para a diferenciação com todos os demais fenômenos e, como sociedade, de tôdas as demais.

Atingimos, então, dois momentos distintos:

1.º) O religioso nas suas implicações sociais: relações com outros fenômenos, com outras sociedades e culminando com relações com o Estado mesmo;

2.º) O religioso com fato ou fenômeno meramente espiritual.

Na verdade, as relações que se desenvolvem no seio da Igreja não são pura e simplesmente de ordem ética ou religiosa. Há aqueles que possuem implicações sociais e o seu sentido de permanência será posto no "meio" destas implicações. As relações meramente espirituais, temos que não são susceptíveis de regulamentação jurídica ou de qualquer outra ordem porque são inerentes, peculiares à vida espiritual ou interior. As outras são susceptíveis e dependentes de ordenamento jurídico até mesmo coativo, dêle dependendo quando da observação das regras a elas relativas. Lembre-se também que as manifestações exteriores das relações de ordem espiritual ou interna são regulamentadas, muito embora o sejam unicamente quanto à sua forma de exteriorização, sempre que é possível assumir esta forma. É o caso da disciplinação do culto nas várias maneiras de se realizar, nas suas fórmulas, nos seus ritos.

5. Surge a Igreja como detentora de dois poderes: o temporal e o espiritual. Ao considerar o primeiro encontramos como tarefa inicial sua, a de por meio de ordenamento jurídico, disciplinar energias, interesses e vontades de seus membros. É o direito divino positivo cujas fontes são encontradas, primeiramente, na Bíblia a que se seguirão as diversas fontes de direito eclesiástico entre as quais, aparecem com especial relevo a coleção publicada em 1234 por Gregório IX e completada por Bonifácio VIII em 1298; as Clementinas publicadas em 1517 por João XXII (?) e culminando com a promulgação do Corpus Iuris Canonici por Bento XV.

Claro que estas coleções não são as únicas apresentadas ao correr com séculos. Exaustivo seria indicar tôdas elas, encontradas reunindo Decretais, Leis Extravagantes, decisões conciliares, decisões das Congregações Romanas, etc. etc.. Subsidiariamente ainda há os tratados e as concordatas.

Ante estas duas manifestações de poder, não será de estranhar o

encontrarmos definições abrangendo ou o primeiro ou o segundo momento. Ottaviani define o Direito Público Eclesiástico como "Um conjunto de leis que determina a constituição e os conceitos da Igreja como sociedade ordenada a um fim sobrenatural". (14) e, conforme lembra o Pe. Fernandes c. m. f. hoje bispo. "O direito público da Igreja pode ser equiparado às Constituições das Nações". (15)

Evidente que esta apresentação não surge num momento único, mas há, modernamente, os que falam até mesmo em um Direito eclesiástico internacional como no caso de Jannaccone. (16)

Paralelamente devemos ter presente os chamados "Direito Canônico" e o "Direito Eclesiástico". Não devem ser confundidos como, aliás, comumente acontece.

O Direito Canônico compreende o conjunto de leis que emanam da própria Igreja, enquanto o Direito Eclesiástico reúne as leis emanadas do poder civil e que dizem respeito à matéria religiosa. Emanado, como se verifica, este direito eclesiástico, do próprio Estado, não há como confundí-lo com o referido Direito Canônico.

O Direito eclesiástico é definido por Petroncelli (17) como aquele complexo "di norme che entro la vita dello Stato disciplinamo la Chiesa cattolica". De conformidade com o pensamento do referido autor, deve-se ter em mente dois grupos de normas:

a) normas que têm como fonte o Estado

b) normas que têm como fonte a Igreja mas acolhidas pelo Estado no seu ordenamento jurídico. As componentes do primeiro grupo não apresentam maiores problemas e podem ser denominadas como normas de direito eclesiástico em sentido estrito. As outras, pelo contrário, criam problemas porque, emanando como emanam da Igreja, não têm eficácia certa, normal, ante o Estado que as pode ou não, acolher. Seria ante o pensamento de Ottaviani, o primeiro grupo de normas, o componente do Direito canônico-própriamente dito.

Apesar de tudo, não existe substancial diferenciação entre as duas espécies de normas e mais uma vez, cumpre salientar que quando tratamos da Igreja, o fazemos em relação à Igreja Católica.

14 — Ottaviani — Apud d. G. Fernandes. "A Religião nas Constituições Republicanas do Brasil. In Revista Eclesiástica Brasileira, vol. 8, fasc. 4. Pag. 831, nota 1.

15 — d. G. Fernandes — Op. cit. pag. 831, nota 2.

16 — Jannaccone — I fondamenti del diritto ecclesiastico internazionale.

17 — Petroncelli — Corso di Diritto Ecclesiastico. Pag. 6.

III — PROCESSO E RELIGIAO (II)

6. Pelo apontado até o momento, podemos compreender a Igreja como "sociedade perfeita ordenada a um fim sobrenatural" e não será, por paradoxal que pareça, de admirar ou estranhar o grande número de fatos ou fenômenos religiosos que fogem ao âmbito estritamente religioso para alinhar-se entre os considerados jurídicos, quer os encaremos frente ao direito da Igreja, quer colocados nos campos de direito comum. Veja-se, para exemplificar, o casamento. Sacramento da Igreja e pela mesma considerado juridicamente (aspecto natural) e ao qual não faltam motivos para a sua anulação. Em relação aos direitos comuns veja-se o mesmo casamento celebrado religiosamente e com efeitos civis quando o poder político transfere e confere validade jurídica civil ao ato religioso.

Inversamente, há os atos de ordem jurídica que sofreriam uma "evolução". Assim, o juramento processual de tão grande importância nos tempos antigos já não é considerado como naquelas éras. O perjúrio não mais é tido como um ultraje a Deus, sim como delito contra a administração da justiça estatal. A blasfêmia, lembra Brusiin, "era considerada como um ultraje inaudito e não simplesmente como "um agravo dos sentimentos religiosos dos cidadãos" como acontece modernamente. (18)

São atos jurídicos que tiveram os seus significados norteados, ontem por sentimentos ou princípios religiosos; hoje, são tidos, simplesmente, como jurídicos.

Se não podemos considerar os fenômenos religiosos unicamente sob o aspecto espiritual, teremos de ir adiante e isto significa a necessidade de salientar os já apontados interesses e vontades dos componentes do Corpo da Igreja que geram, entre si, relações civis e temporais que sintetizamos como jurídicas, no mais das vezes, e que alcançarão a sua culminância nas relações onde atuam os Estados.

Tais relações podem a uma primeira vista, surgir como simples demais. Mas, na realidade, não acontece assim. Tanto é quando afirmamos que não são poucas as vezes que surgem "casos" chegando aos Tri-

lunais buscando, principalmente, que se precise os limites religiosos ou não das referidas relações.

Apresenta-nos Stammier em "El juez" (19) o caso de uma camponesa tomando parte de uma procissão para benzer os campos, a mando do patrão. Doente, reclamou perdas e danos com a alegação de acidente de trabalho (causado pela sua participação àquela procissão e a mando do seu patrão). A associação competente para tratar destes assuntos, por entender ser a referida procissão ato essencialmente religioso negou-lhe ganho de causa. Mas, o Tribunal Superior de Seguros deu-lhe a vitória e condenou o demandado a pagar uma renda à doente. Comentário valioso é o de Stammier: "Na sentença se reconhe que, ao desejar estar representado na procissão e enviar uma creada de sua casa, o senhor religioso agia movido também por interesses econômicos. O critério de que o fato de tomar parte em uma procissão constitui um ato agrícola da empresa, reconhece, portanto, a existência de uma consciência religiosa...". "Mas se se estabelece uma distinção entre a questão jurídica e a religiosa, é indubitável que o pleito a que nos referimos cai, exclusivamente na segunda zona".

Depois de apresentar exemplos outros e do mesmo jaez, escreve Stammier: "Em todos os casos expostos trata-se de perfilar o conceito formal da vontade jurídica, distinguindo-se de outras vontades que buscam distinta finalidade".

7. Mas, nem sempre os casos são tão simples para se resolver. É que o aspecto, aparentemente de pura religiosidade, assume proporções que, podemos dizer, envolve o poder da Igreja mesma. Esta, mesmo visando a um fim espiritual, possui o seu aspecto temporal e busca "modus vivendi" com as demais sociedades e o Estado do que conclui, como corolário, a existência de caráter civil congregando interesses e vontades próprias às sociedade civís.

Então, deve-se distinguir dois aspectos nos fenômenos religiosos: o sobrenatural ou espiritual (fruto da Revelação e da Tradição) e o temporal fruto da força da Igreja como sociedade, também, de caráter civil e político.

A secular preocupação de disciplinar energias, vontades e interesses dos seus membros, em ambos os indicados aspectos, faz com que a história da Igreja não seja reduzida a simples apresentação de fatos ou acontecimentos e isto porque sentimos em tôdas as tentativas feitas, a busca de adaptação do fenômeno religioso e do poder também religioso, às condições políticas, econômicas, históricas, jurídicas, etc. orientadoras da continuidade histórica a que ninguém pode se furtar. A ausência de atuação da Igreja através do seu poder, acreditamos, determinaria

choques entre facções ou grupos do mesmo Corpo da Igreja, de caráter imprevisível e determinante de omissão indefinível da Igreja mesma.

A continuidade histórica exigiria tôdas estas transformações ou adaptações sintetizadas nas transformações ou adaptações do ordenamento jurídico que, acreditamos, são o reflexo de tôdas as demais.

Mas, nem sempre foram pacíficas as relações entre a Igreja e o Estado. Choques surgiriam ora brandos, ora violentos. E as transformações e adaptações acima referidas são vistas e apontadas, por exemplo, por Toynbee em "A religião e a história" no início da Idade Moderna como "a veia do liberalismo da visão e do plano de atividade dos missionários Católicos Romanos" . . . (20) estando presente na linguagem, na iconografia, na filosofia . . .

Anteriormente, na Idade Média (no seu final) encontramos a Igreja colocando-se contra temas tidos como basilares e caracterizantes da mesma Idade Medial. Especialmente nos campos econômico e político.

Idênticas modificações e adaptações seriam vividas pelos poderes dos governantes reais, na sua maioria, em grau maior ou menor. Basta que se confronte, por exemplo, o absolutismo em algumas nações ou as conquistas de direitos populares, em outras. De acôrdo com o espírito medieval, os dados espirituais eram essenciais à compreensão da vida nos seus mais variados aspectos, inclusive no jurídico. Da mesma maneira acontece atualmente em relação ao econômico e autor do quilate de Max Weber em "Sociedade e Economia" (21) lembra que a diversidade da peculiar legalidade lógica de todo pensamento jurídico formal, em geral, frente aos convênios e atos juridicamente relevantes dos interessados são dirigidos a um espírito econômico e fundados em expectativas economicamente qualificadas. E até autor como Heck preconizador da "jurisprudência do interesse", apresenta "interesses ideais" a par de "bens vitais". Sente-se que a origem do conceito é encontrado em

20 — Cfr. Toynbee — A religião e a história. Pag. 222.

21 — Max Weber — Sociedade y Economia. A propósito, Galvão de Souza, op. cit. pag. 31 e ss. acentua: "De um modo geral, é incontestável que, não obstante a cupidez de alguns homens vindos de além mar, o objetivo mercantilista estava longe de constituir o móvel principal da obra levada a efeito pelos portugueses na América. Muito diverso processo acompanhava a formação dos impérios coloniais, quando as potências do norte da Europa já começavam a ser dominadas pelo espírito capitalista.

"Este contraste, como bem o demonstraram Werner Sombart, Max Weber e outros, se prende à influência do protestantismo, fornecendo naqueles outros países o clima propício para a formação do capitalismo, enquanto Portugal e Espanha, não atingidos pelo movimento protestante, mantinham a unidade católica em seus vastos impérios". Conforme se observa do desenvolvido nas páginas anteriores, parece-nos não nos ser lícito afirmação tão peremptória como a feita pelo autor ora citado.

época cultural dominada por pensamento ou mensagem econômica.

O final da Idade Média e o início da Idade Moderna seriam caracterizados por um momento a que se pode denominar como "época de transição" conforme veremos adiante.

Nesta fase de transição, fatos novos e das mais diversas ordens aparecem no cenário político e no entrechoque de forças para determinar uma luta, aberta por vezes, surda outras vezes, entre o Estado e a Igreja. Além do religioso como essência e do econômico, aparece com cores novas, o político.

O Estado surge como entidade política por excelência, e procurando consolidar a sua nova força; a Igreja procurando manter o seu prestígio e a sua missão.

Dois acontecimentos marcariam época nesta contingência histórica: a Reforma de Lutero sintetizando o sentido místico do momento e a de Maquiavel com um sentido novo de Estado.

— IV — PROCESSO E POLITICA (I)

8. Passemos agora a algumas considerações quanto ao direito. Estará sempre unido, tanto ao político quanto ao religioso e se constitui como o equacionador das relações entre os dois detentores dos fenômenos religioso e político: Igreja e Estado.

Desde o primitivo direito houve uma preocupação de ser mantida a paz entre os homens e isto fica patenteado na luta pela abolição da defesa privada, logo vitoriosa e promovendo a substituição de seus métodos pelas diversas formas de procedimento não nos importando, no momento, a maneira rudimentar de como eram realizadas.

Esta preocupação de paz era intensa e nem mesmo os seres inanimados escapavam dela o que explica a possibilidade de sua condenação; não são poucos os exemplos de plantas ou pedras e ainda animais sendo objeto de justiça punitiva. Nem nos interessa, no momento, a busca de explicação para o fato ou pela conexão com "o animismo do homem primitivo" como aponta Kelsen, ou de qualquer outra maneira.

Avançando na história encontramos o direito romano que, talvez inspirado na filosofia grega, apresentava uma ordem jurídica buscando, a paz, é bem verdade, mas através da conservação de STATU QUO social. Cumpria a cada indivíduo ocupar o seu lugar na sociedade e assim evitar choques com os seus semelhantes. A importância deste direito foi imensa.

A conservação de statu quo não é, apenas, uma tentativa de manutenção de paz social, pelo contrário, é a síntese de todo o pensamento e de toda a inspiração de um povo, ou melhor dito, de uma mentalidade social que se estenderia pelo mundo, independentemente de fronteiras. Já Platão recomendava para o seu Estado que cada elemento da sociedade devia ficar ligado ou pertencer à classe para a qual tenha mostrado mais capacidade. A unidade e a harmonia do Estado caracterizaria, além do estudo mesmo, o próprio homem. Em Aristóteles encontramos que os direitos ou os interesses que deviam receber a proteção do direito não podia omitir-se mas devia ter em conta as relações de desigualdade quando os homens eram tratados de conformidade com o seu valor.

A validade da justiça como conservação de STATU QUO social seria estruturada pela genialidade jurídica romana nos seus preceitos fundamentais: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a ca-

da um o que é seu. Partindo daí, tinham os romanos protegido a personalidade jurídica do indivíduo com a definição dos seus interesses e ações.

9. Esta concepção atingiria a Idade Média prevalecendo durante a seu transcurso. Ao espírito próprio desta Idade há de se juntar o sentido das Sagradas Escrituras onde se encontra a consolidação da ordem jurídica calcada nesta manutenção de *STATU QUO* social.

A Reforma abalaria esta concepção e a ordem jurídica seria apresentada, então, como meio de assegurar, até o limite máximo, a afirmação da personalidade do indivíduo. Esta afirmação seria a meta de Lutero ao reinvidicar a existência secular independente dos obstáculos religiosos. Atitude religiosa que teria profunda repercussão em atitudes políticas e jurídicas. Na verdade, viria solapar as relações entre o Estado e a Igreja e não tardariam os choques cada vez mais violentos entre o Estado e a Igreja e não tardariam os choques cada vez mais violentos entre os dois poderes.

As bases desta revolução seriam encontradas em princípios do direito germânico anteposto àqueles do direito romano.

Mesmo que não tenha havido uma posição doutrinária precisa, a inspiração do direito germânico iria possibilitar o aparecimento do individualismo pois este direito sempre foi caracterizado pelo profundo sentido do individual.

As lutas pelo predomínio do poder entre a Igreja e o Estado seriam, a partir de então, inspirados por elementos jurídicos ou de direito romano-canônico ou de direito germânico o que nos impede de ver fontes comuns e únicas nos choques dos dois poderes em todos os países. As mesmas lutas por ideais vividos pela Revolução Francesa, mas que lhe foram posteriores, não podem ser equiparadas a dógmas ou princípios oriundos da mesma revolução. Basta, para tanto, confrontar os princípios e os dógmas da Revolução de 1789 com os princípios e dógmas da Revolução Americana que herdara, da metrópole, os elementos básicos políticos, econômicos, religiosos, jurídicos mas não se "fechara" nos mesmos, ao contrário do que aconteceria no Brasil.

O movimento em prol do individualismo na Reforma partia do *HOMEM*. Do homem em si, do homem como "afirmação da personalidade" cimentado pelo individualismo do direito germânico não importando, contudo, deturpações por ventura existentes, por exemplo, na Revolução Americana, dos referidos elementos.

Mas, cumpre não exagerar a importância da Reforma, que sob o aspecto jurídico, quer sob o aspecto político. Cumpre-nos lembrar os ensinamentos de Décio Cinti, calcando-se em Solmi (22): "Muito justa-

mente, Solmi faz notar que não se deve exagerar a importância da Reforma Protestante", quanto às idéias da liberdade religiosa e ao exame de consciência. Pois, na verdade, "... o país que deu origem à Reforma foi o que mais lutou para a formação de uma consciência de nacionalidade; foi onde a intolerância religiosa foi mais intensa. (Nos Petti luteranos)"...

Aliás, a Reforma seria o último abalo, o último e grande abalo, de uma série, sofrido pela Igreja. Toynbee ao tratar d' "O desmoronamento do sistema de vida ocidental cristã e a reação ocidental setecentista contra a herança cristã do ocidente" (23) salienta: "No âmbito social era o equilíbrio entre a autoridade moral do Apóstolo de Roma e a liberdade política dos príncipes paroquiais e das Cidades-Estados... No plano intelectual, a República Cristã Ocidental representava o equilíbrio entre a autoridade teológica do Dóγμα Cristão Ocidental e a liberdade filosófica neste arcabouço teológico"... Prossequindo, escreve ainda o renomado historiador: "Esse promissor sistema de vida medieval do Ocidente desagregou-se, por sucessivos abalos na fé nestas instituições religiosas, de que dependia a sua sobrevivência" e, após enumerar fatos que constituíam os apontados abalos, indica a Reforma como o quinto deles. "O sêmem da derrota da Ação dos Concílios foi a Reforma Protestante e o aparecimento da Igreja Cristã Ocidental Unitária... A Reforma resultou da desintegração permanente da Igreja Cristã Ocidental, em a Igreja Católica Tridentina e em um número de Igrejas Protestantes correspondentes aos Estados paroquiais, em que tais Igrejas se estabeleceram".

Portanto, o fato de não se exagerar a importância da Reforma não implica em afirmar que não tenha existido.

Ademais, há os que apontam em Lutero a falha de não haver sentido os problemas sociais. Não pensamos assim. Mesmo sem precisar a sua posição, Lutero sentiu-os bastante. Basta que se confronte o princípio da "afirmação da personalidade do indivíduo" com o seu senso religioso radicalizado e a sua compreensão econômica conservadora. Tereamos, então, o individualismo no campo jurídico, ou político, criando condições para êstes aspectos novos no campo econômico e social.

No Calvinismo temos a ampliação do sentido da Reforma ou melhor dizendo, pelo calvinismo a religião foi posta no mundo. O Puritanismo seria filho dileto do Calvinismo na revolução sócio-econômica. A compreensão do trabalho, do juro, etc. explica, de certo modo, a aceitação de Calvino, mais do que a de Lutero em classes econômicas, principalmente entre os comerciantes e os industriais e até em Companhia Comerciais como, por exemplo, a Companhia das Índias Ocidentais, dos holandeses.

Todos estes princípios coroados pela “afirmação da personalidade do indivíduo” no campo do direito, iriam determinar uma série de reações de ordem jurídica. Ora encobrendo questões políticas, por vezes caracterizando questões religiosas, por excelência. Quasi sempre visando a separação do poder civil, político, do poder religioso, eclesiástico.

O choque das duas forças, mesmo permanecendo latentes, ou uma cu outra, por séculos, nunca deixou de existir. O aperfeiçoamento das instituições é que viria trazê-las à tona para viverem a luta “de fato”.

Perceber-se-á a distinção das duas ordens de pensamento: o religioso e o político (apresentado este sob tutela jurídica) quando se tem presente a orientação, por exemplo, na Alemanha, o pensamento de que “em questões religiosas, a regulamentação jurídica não pode exercer coação peculiares a ela”. Tais palavras que pertencem a Stammler (24) são complementadas por outras, bem significativas: “Assim, por exemplo, na famosa Dieta de Speyer, em 1529, onde os evangélicos protestaram contra o fato de que em matéria de fé se decidisse “por maioria”, e com caráter definitivo na magnífica fórmula do Código Nacional Geral Prussiano de 1794 (11, 11, i): “As idéias dos habitantes do Estado acerca de Deus e das cousas divinas, a fé e o culto interior não podem ser matéria de leis coativas”.

A distância entre os dois momentos é bem significativa (1529 e 1794) quanto ao grau de reação e de luta entre os dois poderes. Mais tarde afirmaria Sohlm, haver os que põem em dúvida a possibilidade de existência de um direito eclesiástico e isto devido ao fato da natureza essencial da Igreja e o caráter imperativo do direito, segundo êle (Sohlm) termos contraditórios.

O choque dos dois poderes, já não se limitava à Igreja de Roma. A Reforma, pregando a liberdade para assuntos seculares dos obstáculos que os prendia à força religiosa, não atingiria somente a Igreja Romana. Estendia-se de igual sorte, às reformadas ou separadas.

24 — R. Stammler — Op. cit. Pag. 20.

— V — PROCESSO E POLITICA (II)

10. O desenvolvimento das relações entre os dois poderes, civil e religioso, conforme visto, não ficou adstrito a zonas geograficamente consideradas nem ficou preso a sistemas de direitos pertencentes a este ou àquele povo. Assim, exige-se considerações mais amplas sob o ângulo de direito.

Acima nos referimos ao direito romano. Cumpre-nos, agora, algumas considerações quanto ao direito germânico.

Guardando as distinções existentes no espírito do direito dito continental sob a influência romana-canônica, de manutenção do STATU QUO social a par do predomínio da vontade, temos o direito germânico, sob a forma do Common Law tendo a prevalecer uma idéia de *relação*. E, muito embora os choques dos dois poderes possam parecer, tanto sob um direito quanto sob o outro, com as mesmas aparências, contudo, diferenciam-se profundamente ao considerarmos os aspectos, principalmente políticos, da luta de predomínio encetada pelos apontados poderes.

No "Espírito do Common Law", relata-nos Pound (25):

"Em uma memorável manhã de domingo, no dia 10 de novembro de 1612, os juizes da Inglaterra foram convocados para que comparecessem ante o rei Jacob I devido a uma queixa formulada pelo Arcebispo de Canterbury. Resultava que a Alta Comissão, que era um Tribunal administrativo estabelecido para o governo da Igreja, tinha começado a conhecer assuntos temporais e a ocupar-se de infratores leigos"... "Não só se tratava de um Tribunal desconhecido por completo do Common Law, como que resolvia sem ajustar-se a regras fixas e sem ficar submetido a qualquer apelação". E, "quando intentou mandar seu oficial de armas à casa de alguma pessoa secular para arrastá-la em consequência de uma demanda de natureza completamente profana, o Tribunal de Causas Comuns (Court of Common Pleas) ordenou a suspensão do procedimento com um WRIT OF PROHIBITION".

A controvérsia gerada pelo fato foi das mais interessantes, principalmente porque estavam em jogo:

a) a competência ou o poder do rei em "privar aos juizes do conhecimento de qualquer causa que quizesse chamar a si";

b) a defesa pelo Arcebispo desta tese vez que "os juizes não eram mais que delegados do rei" apelando para textos da Sagrada Escritura;

c) a contestação de Coke de que, segundo o direito da Inglaterra, "o rei não podia resolver nenhuma causa pessoalmente".

Ter-se-ia travado o seguinte diálogo que é merecedor de toda a nossa atenção pelo muito que significa para a compreensão do Common Law:

"Eu acreditava que o Direito estava fundado na razão, e que eu e outros temo-na como os juizes" dizia o Rei ao que retrucou Coke: "Na verdade é certo que Deus dotou a Sua Magestade com um conhecimento excepcional e com grandes qualidades por natureza; mas Sua Magestade não está instruído nas leis do seu Reino da Inglaterra".

Segue-se a irritação real e a deposição de Coke do seu cargo.

Mesmo se tendo em vista a situação da Inglaterra quanto ao seu direito público, firmado e consolidado que foi sob a idéia de relação, ao contrário, como anteriormente ficou salientado, do direito continental cimentado com a idéia da vontade, de inspiração romana, as origens da força jurídico-eclesiástica são as mesmas para ambos os casos: o exercício do poder judicial da Igreja, desde os seus primórdios.

11. Necessário se faz alguma consideração acêrca do poder judicial da Igreja.

O exercício dêste poder pela Igreja fôra cumprido desde a sua origem, através dos Bispos na qualidade de sucessôres dos Apóstolos e visando o zêlo e o bem estar espiritual dos fiéis. Sobre a recepção dêstes princípios pelo direito romano já nos manifestamos anteriormente.

Do juízo singular passaria a juízo colegiado a par do desenvolvimento técnico dos procedimentos baseados sempre nos ensinamentos apostólicos e no espírito cristão. Assim, podemos dizer, os Bispos partiam sempre da caridade, da equidade, da justiça e dos cânones da Igreja. As leis romanas não foram desprezadas desde que estivessem de acôrdo com os ensinamentos do Cristianismo. Já no século IV, Constantino dava valor às decisões emanadas dos tribunais episcopais como se fôsssem emanadas do próprio Estado.

Vejamos, se bem que ligeiramente, os fundamentos do poder judicial da Igreja. Foi recebido das mãos de Jesus Cristo mesmo. José Arias salienta em "Dógmata y Canones de la Iglesia en el Derecho Romano" (26) que "Ao dar o Senhor a seus Apóstolos o poder de julgar aos fiéis, atando e desatando o que acreditassem justo, para o bem da

Igreja e de cada cristão em particular, indicou a maneira de como proceder os cristãos, no caso de terem algum litígio com qualquer dos seus irmãos”.

Primeiramente deviam tentar resolver, privadamente, a controvérsia. Não sendo possível conseguir resolver, amigavelmente, a mesma controvérsia, então, devia o ofendido reunir testemunhas e tentar a solução do caso. Se, a esta altura, ainda nada se conseguisse, deviam ser levadas as testemunhas ante a Igreja para prestar as suas declarações. Perante e através de suas autoridades, com tais declarações, propunha-se a acusação.

Em São Paulo encontramos a atuação do poder judicial da Igreja para castigar e reprimir abusos a invocação do poder que lhe fôra conferido por Cristo. (Principalmente nas Epístolas I e II aos Coríntios).

Se a orientação da Igreja não sofreu alterações com o passar dos tempos, quanto ao seu conteúdo, é claro, e no que se refere ao seu aspecto doutrinário, o mesmo não pode ser dito ao tratarmos da plenitude ou da amplitude da força ou do poder temporal da mesma Igreja.

De igual sorte dir-se-á o mesmo em relação ao Estado estruturando-se sob novos mantos de independência e supremacia sob todos os prismas sob que possa ser considerado.

Atingindo o final da Idade Média e os primórdios da Moderna, encontramos, maior, o choque entre as duas forças.

12. Voltemos ao Common Law. Paralelamente ao tema do poder judicial da Igreja, há de se considerar o poder temporal. Bem sabido é que o direito público inglês foi construído sob a égide do sentido da relação. Caracterizando que foi e é do Common Law, a relação, para constatá-lo é bastante ter em vista as posições de Rei e de seus vassallos. Na *Sachsenspiegel* estava preconizado: “O homem deve resistir a seu rei e juiz, caso este cometa injustiça” e, esta atitude não implica violação ao seu dever de fidelidade e de sujeição (27). Encontramos maior amplitude no brocado jurídico fornecido por José Soder (28): “*Rex eris si recte facis, et si non facis, non eris*”.

Atingiremos a Magna Carta com inspirações neste sentido próprio do direito germânico de relação: a Magna Carta formula os deveres peculiares e concernentes à referida relação e às dificuldades daí oriundas ante o sentido de soberania (pela qual o rei podia precisar os seus deveres em relação aos súditos).

Todavia, os elementos de relação do direito germânico não eram bastantes para solucionar todos os conflitos (como os originários da soberania) e daí a necessidade de convocação de idéias romanas tocantes ao

27 — José Soder — Direitos do homem. Pag. 46.

28 — José Soder — Op. cit. Pag. 47, nota 63.

capítulo contratual que, por sua vez, tinha sido fruto amadurecido pelas crises medievais surgidas entre os poderes da Igreja e do Estado e foi criada para justificar, digamos com Pound (29): "a desobediência de um súdito que opunha resistência ante o caso de desconhecimenterégio de privilégio eclesiástico".

É, evidentemente, uma interpretação por demais restrita do ilustre autor acima citado pois, tanto a desobediência quanto a espécie de resistência, têm sentido muito mais amplo (30). Mas, a título de exemplificação, basta-nos o apontado por Pound.

Mas se, na Inglaterra buscava-se uma relação entre Rei e Vassallos através dos velhos códigos do Direito Germânico onde se preconizava ser o Direito "uma indagação do homem em torno da justiça e da verdade de seu Criador" que implicava em ser estranha qualquer noção de querer arbitrário, na sua estrutura, de Roma e de Bizâncio provinha o conceito de que a vontade do Soberano tinha a força de Lei. A compreensão romana do direito é diametralmente oposta, portanto, ao senso germânico de direito cuja concepção pode ser sintetizada na frase comumente atribuída a Bracton, de que o rei está abaixo de Deus e do Direito. É a explicação da caracterização germânica fundada na existência de um Direito fundamental que existe por cima das vontades.

Consideremos a posição da Igreja Anglicana. A hierarquia é mantida nos moldes da Igreja Romana e continua a existir uma aliança entre o clero anglicano e a nobresa. A grande diferença com a Igreja católica está na substituição do Papa pelo Rei; do latim pelo inglês e, talvez, por certa racionalização do catolicismo. Parece-nos que a influência político-jurídica germânica foi muito mais decisiva que a própria influência da Reforma Anglicana. Tanto é assim que o Puritanismo — voltemos um pouco a ele — seria a encarnação ampliada da Reforma protestante e nunca a Igreja Anglicana assim poderia ser apresentada e melhor seria dizer Igreja separada em vez de Igreja reformada cada momento em que nos referimos a ela. O puritanismo, este sim, seria decisivo no campo econômico-social (principalmente na América para onde foi transplantado) numa mentalidade, por exemplo, capitalista. Tanto assim é que Weber (31) vê no puritarismo uma CAUSA no desenvolvimento do capitalismo, tese esta, que gerou um mundo de debates.

29 — R. Pound — Op. cit. Pag. 40.

30 — Cfr. José Soder — Op. cit. Pag. 44 e ss.

31 — J. Echavarría — Introduccion a Economia y Sociedad de Max Weber, Pag. VII. Ver nota 21.

— VI — A IGREJA E OS ESTADOS MODERNOS

7. Já caracterisamos o direito romano. Indicamos, igualmente, a importância da Reforma e, então, podemos dizer com Lasky (32): "Quando, na época da Reforma, o mundo ocidental se dividiu numa série de comunidades que já não conheciam um chefe religioso único como o Papa, nem a autoridade Superior, vaga e ténue, como a do Imperador, o conflito religioso tornou necessária a unificação no interior do Estado, para que pudesse sobreviver às consequências do conflito. Uma vez, a solução encontrou-se na ideia de que as decisões capazes de conduzir à unidade, e portanto à ordem, deveria residir no princípio o qual se constituía, como no caso de Henrique VIII e Isabel, chefe supremo da Igreja. Outras vezes, estabeleceu-se que a unidade, reconhecendo-se ao poder papal o direito de mandar nos católicos, mas investindo-se também outra autoridade, como se viu na França como sob os Bourbons, no direito de determinar dentro de que limites se deveria exercer o poder papal".

Vimos que o sentido de relação do direito germânico a par das conquistas de direitos, entre outras causas, tornaram branda a consolidação do poder político na Inglaterra.

No continente prevalecia o sentido do direito romano de vontade e de manutenção de statu quo social. E o mando real era exercitado, na Espanha, por exemplo, (partindo-se da Ley V. Tit. 21 do 4.º Liv. do Fuero Real), de maneira completa, arbitrária e absoluta. Reza a lei citada: "Pois é tão grande o poder do Rei que todas as cousas e todos os direitos que os tem sob si, e o seu poder não o tem dos homens, mas de Deus. CUYO LUGAR HA EN TODAS LAS COSAS TEMPORALES".

Síntese interpretativa encontramos em Pallares (33): "Reunia em

32 — Lasky — O Direito no Estado. Pag. 22.

33 — Pallares — El procedimiento inquisitorial. Pag. 98. Devemos ter bem presente a necessidade de uma prudência quanto a aceitação das conclusões alcançadas pelo referido autor. Veja-se os ensinamentos de E. Couture, Op. cit. pag. 16. ao lembrar que com as Siete Partidas, de Afonso o Sábio, (século XIII) houve um retorno ao direito romano clássico. "La Partida III, es de derecho processal del Digesto, al que se le ha sumado, en leve modo, la experiencia española: pero no hay diferencia de raiz entre este tipo de derecho y el derecho romano".

si todos os tres poderes legislativo, executivo e judicial, segundo rezam as leis de Partida e as de Recapitulação: En nos reside la jurisdicción suprema civil y criminal y el Rey tiene poder de hacer ley de fuero nuevo, é mudar el antiguo, é toller la costumbre, é aun puede hacer justia, é encarmiento: el poder portazgos e hacer guerra, tregua, é paz, é tomas yantares é tributos y confiscar bienes, pues Vicarios de Dios son los Reyes y tienen mayores poderes que los Emperadores, pues no solamente son señores de sus tierras mientras viven sino aún a su pensamiento las pueden ceder a sus herederos”.

Tais palavras indicam, não resta qualquer dúvida, o acerbamento a ser atingido nas relações entre os poderes real e eclesiástico. Ambos possuíam motivações precisadas e justificantes de suas posições.

Mais especificamente consideremos o aspecto político do problema. O fortalecimento do poder real foi consequência de sua própria fraqueza; a insuficiência de aceitação de axiomas legais que apontavam os soberanos como “um meio de conferir Poder Formal a determinados homens, aos quais se confiaram funções de certa espécie”, (34) era a pedra de toque a exigir o fortalecimento do Estado em busca de atitude, digamos, de auto-defesa e justificante do acima alegado, muito embora possa parecer existir, aí, uma contradição.

Ao final da Idade Média podemos apontar exemplos, dos mais sugestivos, da busca de plenitude do poder político. Na verdade, ao se extinguir aquela Idade, apresenta-se a história interna dos Estados Ocidentais caracterizando-se pela luta entre a monarquia que tenta monopolizar o poder político e a disposição livre das forças e expedientes dos seus súditos. Estes, por sua vez, buscavam, não somente a conservação das conquistas quanto à administração dos países de conformidade com os antigos ordenamentos feudais, mas, alargando esta participação, assegurando o direito de controle e a iniciativa política. (35)

Reações, das mais diversas ordens, são encontradas. Assim, por exemplo, sob Carlos VII e Luis XI, da França: os deputados do terceiro Estado insistiam na abolição de muitos e altos impostos, na diminuição do tempo de serviço militar; os aristocratas reivindicavam os seus antigos direitos de caça e, como ainda lembra Prutz, uma parte desta mesma aristocracia, mais “conspícua” visava os lucrativos cargos oficiais;

*Anteriormente houve a penetração visigoda, um direito novo contrapondo-se ao romano, “proveniente de hombres dotados de hondo espíritu religioso y con un sentido metafísico de la vida, la antitesis del espíritu romano”. (op. cit. pag. 6) e, finalmente, “Parece posible, en definitivo, afirmar la existencia de un Estado Visigótico organizado sobre la base de principios de derecho privado, como habia sido la tradición romana, y que de la posibilidad de senalar una serie de relaciones jurídicas entre el rey y los señores y los vasallos, absolutamente característica de la Edad Media española”. (op. cit. pag. 10)

34 — Lasky — Op. cit. Pag. 22.

35 — Prutz — Storia degli Stati Medioevali, 2.º vol. Pag. 1005.

finalmente, o clero lastimava a perda ou violação dos seus velhos privilégios ou direitos.

A par destas situações tôdas, é claro que a tomada de posição dos poderes real e papal, um em relação ao outro, as condições sócio-políticas, etc. refletir-se-ão nos ordenamentos jurídicos ou, mas especificamente, nos atos que impliquem a atuação jurídica.

Esta luta, agora atingindo a sua culminância, vinha de séculos.

Fala-se de intolerância religiosa ou mesmo de coação religiosa. Às insinuações feitas por Eduardo Pallares, por exemplo, (36) de fatos isolados e interpretados longe da realidade sócio-jurídico-religiosa colocam-se os ensinamentos de Soder (37). Mistér não haver deturpação dos fatos. A luta seria de carater essencialmente político e o aspecto religioso appareceria tangencialmente.

De conformidade com o carater destas relações entre os dois poderes, as contingências da política européia, entre outras causas, mas sempre estando presente a busca de consolidação do poder político ou real, teremos um afastamento ou uma aproximação mais ostensiva de Roma. Às vezes, somente com a religião e, subsidiariamente, com o Papado e Lasky (38) lembra que "a revogação do Edito de Nantes por Luiz XIV com a pretensão de estabelecer a derrogação de tudo o mais que estimavam" afigura-se, "inteiramente justificado que dissessem, como Jurieu, que êste era um caso em que lhes era impossivel a equivalência à vontade do Estado só pelo fato de ser Estado. "Para o ilustre publicista inglês, Luis XIV acreditava que o interêsse da França estava posto no sentido de se exigir um sistema religioso unitário. E conclui peremptório: "Não é possível duvidar-se de que a sua ação é sincera e baseada em elevados motivos".

Já apresentamos os poderes reais constantes do Fuero Real para a Espanha. Nos finais da Idade Média e inícios da Moderna se processariam ali, choques profundos e violentos entre os dois poderes. Fernando e Izabel são os principais protagonistas deste momento histórico. Principalmente Izabel e, graças a ela, a Espanha surge como o ponto mais alto na Europa no que tange às relações políticas, sociais e eclesiásticas nesta fase de transição.

Enquanto a Inglaterra afastava-se de Roma, fazendo-se Henrique VIII chefe da Igreja Anglicana, ou Nacional, para consolidar o poder político; enquanto na França, culminando com Luis XIV, utilizou-se da Igreja para firmar o poder político, na Espanha de Izabel verificou-se um reordenamento político (gerador do moderno estado espanhol) com a correção do que lhe parecia errado na Igreja e representando êstes

36 — Pallares — Op. cit. Pag. 2 e ss.

37 — José Soder — Op. cit. Pag. 40 e ss.

38 — Lasky — Op. cit. Pag. 37.

erros, abusos e mais abusos a impedir o desenvolvimento das idéias novas a par com o aperfeiçoamento sócio-político preconizado por Izabel. Daí salientar Prutz (39): "A Igreja... não podia mais responder à sua alta missão, não podia mais despertar e conduzir o povo à solução dos grandes problemas, que a nobre ambição da sua grande rainha havia formulado. Corajosamente Izabel se dedicou também à reorganização da Igreja: a creadora do estado espanhol, reconhecendo esta necessidade política e nacional torna-se a reformadora da Igreja espanhola".

Mas, não foi uma reforma afastando-se de Roma, pelo contrário, foi feita dentro do mais puro espírito romano. Suas decisões tinham base dogmática, justos eram os seus cortes aos excessos e abusos celestiásticos. O clero que faltava aos sentimentos religiosos, à dignidade espiritual, estava muito longe de possuir cultura teológica. Nas Universidades espanholas, especialmente na de Alcalá, iniciar-se-ia movimento de renovação teológica surgindo uma nova Teologia calcada nos ensinamentos dos grandes padres e doutores da Igreja como Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Paralela e consequentemente, enfrentaria o próprio Papa Sixto IV.

Logo se iria sentir os frutos desta reforma atingindo o desenvolvimento da própria Igreja, no mundo inteiro.

Prutz (40) sintetiza o problema e assim se expressa: "Desde a metade do século XIV, o rei de Castela tinha o direito de intervir na nomeação dos bispos; o clero espanhol...; a publicação das bulas papais era subordinada ao consenso real. Ora os reis católicos apresentaram à Curia pedido ulterior: em 1481 eles rogaram que a Curia renunciasse expressamente a cada ingerência nos negócios eclesiásticos da Espanha e que especialmente os bispos de agora em diante fossem nomeados mediante proposta do governo". Houve uma reação inicial para, depois, **ceder a Igreja** às exigências de Izabel. Estava ela, então, com plena liberdade de ação.

Os dois poderes começavam a se distanciar cada vez mais, um do outro. A luta de dominação ou predominância teria no Estado, o promotor de ofensivas cada vez mais violentas.

É que o Estado começava a não se identificar com as demais espécies de relações e deixava de ser, utilizando palavras de Kelsen (41): "uma ação ou uma soma de ações", nem tão pouco, "um ser humano ou um composto de seres humanos". O Estado tornava-se "a ordem de conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem devido à qual se orientam certas condutas do homem, ou a idéia à qual os indivíduos cingem o seu comportamento".

39 — Prutz — Op. cit. Pag. 1072.

40 — Prutz — Op. cit. Pag. 1073.

41 — Hans Kelsen — Teoría general del derecho y del estado. Pag. 224.

8. A situação espanhola a que se pode juntar a portuguesa, devia ser desenvolvida nas correlações várias nos itens anteriores. Contudo, preferimos fazê-lo separadamente e ao considerar os diversos aspectos políticos e jurídicos onde eles se desenvolveriam.

Antes de prosseguir, vejamos, se bem que ligeiramente, alguns aspectos do direito luso-brasileiro.

Este direito era regido, primitivamente, pelos forais dos quais é apontado como o mais antigo, o de Leão, confirmado pelo Concílio de Coiança e estendido a Portugal ao tempo de Afonso V. Era uma compilação de Costumes locais e regras. Seguindo-se ao sistema dos Forais, viria o regime de codificações gerais que originariam as Ordenações: Afonsinas, Manoelinas e Filipinas e atingiram o Brasil.

Estas Ordenações eram necessárias, não só por se constituírem um passo mais adiantado na regulamentação jurídica como também, e principalmente, porque seria o meio de pôr fim à confusão reinante e fruto da mistura das regras e princípios dos forais a par dos direitos romano e canônico. Ainda há a acrescentar a força de influência das "Partidas" de Castela como os usos e costumes das vilas espalhadas por todo o Portugal e com seus estilos próprios.

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil Reino como vinham vigorando quando o nosso país era colônia de Portugal e sujeito, conseqüentemente, à legislação ali posta. Prolongou-se no Brasil Império quando, no Segundo, surgia o Código Criminal revogando o livro 5º das Ordenações. Só com o Código Civil que entrou em vigor em 1916 é que desapareceriam as Ordenações.

Aparentemente simples, a evolução do direito em Portugal e no Brasil traz consigo um mundo de implicações de ordens das mais diversas. Já apresentamos as disputas e as lutas originadas dos poderes político e religioso. Vimos, também, como variaram estas conforme houvesse uma origem jurídico-germânica ou romano-canônica.

Como consequência da luta pela consolidação do poder político do Estado, surgia a necessidade de aperfeiçoamento e de adaptação jurídico-canônica. Com aquela consolidação e sem estes aperfeiçoamentos e

41 A — —Galvão de Souza — Op. cit. pag. 14 e ss. Assinala o autor referido: "Em 1211, nas Côrtes de Coimbra, D. Afonso II fazia publicar as primeiras leis forais. Até então o direito constava sobretudo de uso, costumes e foros não escritos, ratificados depois pelos forais e sancionados pelas leis promulgadas a partir daquele soberano".

"O particularismo do direito consuetudinário e foraleiro dá uma fisionomia jurídica bem característica à monarquia limitada. Verdade é que desde os primeiros tempos da fundação da monarquia, o Código Visigótico era aplicado ao novo reino, e concomitantemente os Cânones dos Concílios. Data do Século VII a importante reforma que determinou a unificação legislativa da península. Tinham os gótos o seu direito primitivo, coligido numa compilação e coexistência com o *Breviário de Alarico* ou *Lex Romana Wisigothorum*".

adaptação, acreditamos que a Igreja não poderia sobreviver como força temporal. Aliás, é de justiça salientar que a Igreja nunca se descuidou ou se descurou do seu ordenamento jurídico e para constatar-se o alegado basta que se tenha presente a distinção fundamental e, possivelmente, segrêdo do seu prestígio, entre pessoa pública e pessoa privada. Ao serem consideradas pelo direito da Igreja, não havia limitação de, exemplificando, traçar aquela referida distinção, apenas seria possível sob forma de mera indagação teórica ou doutrinária. Mas, na prática, grande será o seu dever o que se verifica através da regulamentação jurídica, por meio de "processo normativo, lógico e racional" do "funcionamento e a competência dos caracteres das pessoas jurídicas". (42)

Como decorrência do desenvolvimento do Estado como entidade de direito, nos moldes do Estado e do Direito modernos, o choque seria inevitável entre a Igreja e o Estado mesmo sempre que ambos os organismos se preocupassem com idênticos problemas, gerados, por sua vez, por situações também idênticas. E, se atualmente as delimitações entre os dois poderes estão, mais ou menos, delimitadas e certas, o mesmo não se poderá dizer, como já vimos, se recuarmos alguns séculos.

Pelo apresentado nos itens anteriores, conclui-se pela existência de momentos de dominação, de harmonia, de cisão entre tais poderes com predominância ora de um, ora de outro. Tais situações tornam-se mais sensíveis sempre que consideramos a consolidação do poder civil.

Aquêles princípios que tanto concorreram para a consolidação do poder temporal da Igreja, tais como, de liberdade, de igualdade, de dignidade humana, entre tantos outros, passam a ser considerados, também, pelo Estado e estarão sempre mais firmes devido às continuadas conquistas do povo por intermédio, principalmente, de sua participação no mesmo poder. O poder do Estado passaria, então, a ser função orgânica, reflexo de uma, digamos, nacionalidade que começava a tomar formas próprias e peculiares. Portanto, a força eclesiástica ia sendo substituída, paulatinamente, pelo Rei ou pelo Imperador, enfim, pelo poder temporal estatal.

Entre os fenômenos religiosos devemos considerar os "internos" e os "externos". Nas relações entre os dois poderes serão encontrados, não poucas vezes, estes fenômenos de uma ou de outra ordem, a se entrelaçarem. Vamos encontrá-los em Portugal e no Brasil. Aqui, inicialmente devido à sua qualidade de colônia, depois mesmo como nação livre.

A história das relações entre os dois poderes não é tão simples como possa parecer a uma primeira vista e bem justa será a observação de Oliveira Martins (43): "Desde os visigodos que, apesar dos conflitos intercorrentes, a Igreja peninsular constituía com o seu Rei a fren-

42 — Tessitore — Gli enti ecclesiastici nel diritto pubblico, pag. 16.

43 — Oliveira Martins — História da Civilização Ibérica, pag. 260.

te, um organismo opôsto ao italiano de Roma":... Bem sintomática é a situação decorrente da Inquisição e é ainda Oliveira Martins quem acrescenta ao texto anteriormente indicado: "... e ainda no próprio século XVI a Inquisição, em Castela e Portugal, era uma instituição dos monarcas, criada e mantida apesar das resistências de Roma".

Esta situação explica bem a posição dos jesuitas, fiéis intransigentemente à Roma, vítimas de toda a sorte de perseguição, atentados, calúnias. A sua posição religiosa romana ao lado da sua desusada energia tornava-os perigosos, intoleráveis mesmo, aos interesses políticos do Estado. Pelo que vimos anteriormente, era posição dos jesuitas, não o fruto de animosidade de governo contra a Sociedade de Santo Inácio, sim reflexo da luta que se travava pelo predomínio de mando.

O papel dos padres da Companhia será importantíssimo e a contra reforma iniciada por Inácio de Loyola teria a sua importância não somente na ordem espiritual da conquista do mundo para Cristo mas também na ordem temporal o que justifica as palavras de Oliveira Martins: "o papado a que os jesuitas iam obedecer, seria uma instituição Reformada à espanhola. A obediência exigia uma prévia revolução".

Característica na luta entre os dois poderes, principalmente em Portugal seria o caráter especial dado à constante preocupação real de aparecer como portador da bandeira da Igreja de Cristo e defensor dos seus ideais e propagadora de sua fé.

Isto não implica na afirmação de não ter havido concessão, privilégios, vantagens em favor dos eclesiásticos e da própria Igreja. A ponte-se, por exemplo, o caso da jurisdição eclesiástica que, algumas vezes, atingiu mesmo o grau de abuso e Martins Júnior lembra-nos o Jornal de Timon: "Na ordem do clero vemos bispos, e os juizes eclesiásticos, desde o primitivo, assinalarem-se por abusos, violências e usurpações da jurisdição civil... No Maranhão especialmente, o segundo Bispo Fr. Timotheo do Sacramento, seguindo o exemplo aberto pelo seu antecessor, ordenou prisões e fulminou excomunhão com tanta paixão e desconcerto que tocava à insânia".

Veja-se também, por exemplo, a impossibilidade de poderem os clérigos ser atingidos pela jurisdição civil. Rodolfo Garcia na sua História Administrativa do Brasil (44) recorda: "O ouvidor conhecia por ações nova dos casos crimes e tinha alçada até morte natural inclusive nos escravos, gentios e peões livres"... Sobre as pessoas eclesiásticas nenhum poder tinha o ouvidor, como aconteceu com o clérigo João de Bezerra, complicado no caso da morte do donatário Francisco Pereira Coutinho, o qual, por aquela autoridade, ele não podia prender quando o encontrou, andando em devesa, na capitania dos Ilheus".

O problema da jurisdição civil ou ordinária e eclesiástica nas suas

implicações é dos mais complicados e, de certo modo, se justifica e explica. Implica, igualmente, numa supremacia do poder religioso. Mas, não ficava atrás o poder real. Veja-se o padroado como melhor exemplo da lenta e paulatina e segura dominação do poder político real sobre as cousas e instituições da Igreja. Simples concessão da Santa Sé, transformar-se-ia em "tutela permanente do direito magestático exercido pelos reis". E esse direito vinha sendo exercido desde 1455 quando o Papa Calixto III concedeu poderes aos soberanos portugueses para conferir, pela Bula Inter Coetera, "além da apresentação, a própria colação sem dependência dos diocesanos, assim como toda a jurisdição ordinária, domínio e poder IN SPIRITUALIBUS, com faculdade de conceder todos os benefícios com ou sem cura d'alma". (45). Mais tarde, em 1551, Júlio II além de confirmar estes poderes, amplia-os, facultando colá-los por si ou outrem, e prová-los tanto IN TEMPORALIBUS como IN SPIRITUALIBUS.

A dominação eclesiástica através de sua jurisdição pode parecer até mesmo absoluta por tudo o que se verifica. Mais: houve o Concílio de Trento e em 1563 confirmado e mandado observar sem limitação alguma pelo Sumo Pontífice Pio IV. E a história nos indica que "O Cardeal D. Henrique, ou por adulação ou por zelo, o mandou observar sem limitação alguma. E o novo rei, logo que tomou conta do governo não só retificou aquela indiscreta admissão, mas escreveu aos bispos que usassem livremente da autoridade que novamente lhe concedera o Concílio, ainda que fôsse com prejuízo da jurisdição real". (46).

Posteriormente, com as provisões de 2 de março de 1568 e de 19 de março de 1569 (esta revogatória da primeira) e com elas a "injustificável jurisdição da Igreja nos negócios temporais" que "implantou-se vigorosamente nas Ordenações do Reino, cujo livro 2º, tit. 1º. (Compilação Filipina) ainda hoje atesta a grande e poderosa influência a que atingiram em Portugal os ministros da religião católica", usando palavras de Martins Júnior (47).

Todavia, o Estado não ficava a dever. Utilizava-se de meios sutis ou violentos para dominar depois de sufocar a atuação religiosa. O "non licet" e o "placet regium" neutralizavam a força eclesiástica a título de uma harmonia que não existia e significava, verdadeiramente, a dominação do Estado.

A exemplificação, embora mínima, é bastante para mostrar como se refletiam os choques entre os poderes conforme temos desenvolvido. Perceber-se-á de igual sorte, um crescente predomínio da dominação política e, ao chegarmos ao Império deparamo-nos com a célebre ques-

45 — João Dornas Filho — O Padroado do Brasil. pag. 17 e ss.

46 — Martins Júnior — Op. cit. pag. 198.

47 — Martins Júnior — Op. cit. pag. 188.

tão Religiosa onde se constata a pujança e a violência do poder temporal.

A Igreja, que aparecia como senhora de tudo e de todos, era, realmente, a grande vítima e a própria Constituição Republicana de 1891 aparece como que a corrigir esta dominação exdrúxula através de restrições das mais diversas ordens como, por exemplo, de ordem eleitoral. O art. 70, § 1º. preconizava: "Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou dos Estados. . .

4.º) Os religiosos de Ordens Monásticas, Companhias, Congregações ou Comunidades de qualquer dominação, sujeitas a voto de obediência, Regra ou Estatuto, que importe a renúncia da liberdade individual". O texto além de bem indicativo da situação politico-religiosa, implica em atestado de desconhecimento das causas da Igreja.

Pelo decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890 ficava extinto o Padroado do Brasil, com tôdas as suas instituições, recursos e prerogativas o que significava o término do PLACET REGIUM. Com este terminava o "cárcere de outro" em que vivia a Igreja no dizer de Magalhães de Azeredo.



— VII — PALAVRAS FINAIS

9. Tais pontos são indispensáveis para o estudo, compreensão e explicação da exceção de excomunhão.

Conforme ficou salientado, não é em vão que instituto eminentemente processual esteja ligado a instituto ou preceito eminentemente religioso como partícipes do organismo vivo, político, social e jurídico de uma nação, sem que existam relações relevantes e importantes entre êles. Nêste trabalho procuramos oferecer o enfocamento do problema nas suas relações político-religiosas, normalmente, e sob prisma jurídico.

Os fenômenos religiosos, jurídicos, políticos, econômicos, etc. — já o salientamos — não podem ser estudados isoladamente. Que os especialistas participem dos estudos dos temas nacionais com larguêsa de vista e sentimento "total" de ciência.

Rocha, José de Moura,

Da "exceção de excomunhão" no processo civil brasileiro (Premissas para um estudo das relações entre os poderes eclesiásticos e civil). Recife |Universidade Federal de Pernambuco| Imprensa Universitária, 1965.

46 p. 23 cm.

Inclui bibliografia.

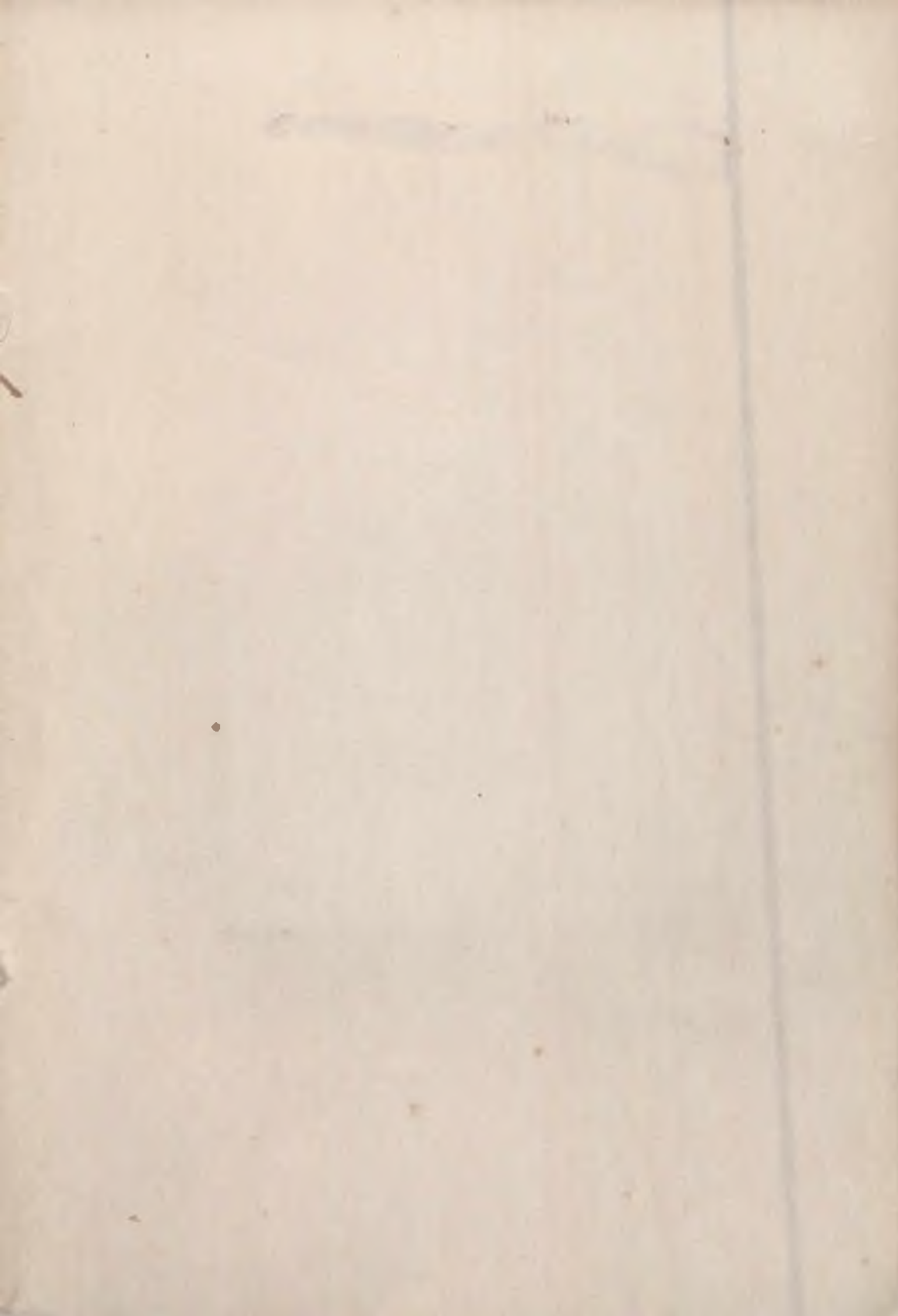
1. Exceções (Direito) — Brasil. 2. Excomunhão (Direito canônico). I. Título.

C.D.U. 347.927.6:348.522.1(81)

U.F. Pe.

SD. 65-1474

Este livro foi composto e impresso nas oficinas da Imprensa Universitária, em dezembro de 1965, sendo Reitor da Universidade Federal de Pernambuco o Prof. Murilo Guimarães, diretor da Imprensa Universitária o bel. Edmir Régis e assistente técnico o sr. Dilermando Pontual.



5/90

ESTE LIVRO DEVE SER DEVOLVIDO NA ÚLTIMA
DATA CARIMBADA

[illegible]

U.F.P. 7-E7 I.U.-50.000-25-6-68

Rocha, José de Moura

AUTOR

Da execução de excomunhão

TÍTULO

**ESTE LIVRO DEVE SER DEVOLVIDO NA ÚLTIMA
DATA CARIMBADA**

Prove que sabe honrar os seus compromissos devolvendo com pontualidade este livro à Biblioteca.

UFP 6 - E 6

