

### III

Na conferência anterior fiz referência a duas formas ou tipos de regulamento judiciário, de litígio, de contestação ou de disputa presentes na civilização grega. A primeira forma, bastante arcaica, é encontrada em Homero. Dois guerreiros se afrontavam para saber quem estava errado e quem estava certo, quem havia violado o direito do outro. A tarefa de resolver esta questão cabia a uma disputa regulamentada, um desafio entre os dois guerreiros. Um lançava ao outro o seguinte desafio: “És capaz de jurar diante dos deuses que não fizeste o que eu afirmo?” Em um procedimento como este não há juiz, sentença, verdade, inquérito nem testemunho para saber quem disse a verdade. Confia-se o encargo de decidir não quem disse a verdade, mas quem tem razão, à luta, ao desafio, ao risco que cada um vai correr.

A segunda forma é a que se desenrola ao longo de *Édipo-Rei*. Para resolver um problema que é também, em um certo sentido, um problema de contestação, um litígio criminal — quem matou o rei Laio — aparece um personagem novo em relação ao velho procedimento de Homero: o pastor. No fundo de sua cabana, embora sendo um homem sem importância, um escravo, o pastor viu e, porque detém em suas mãos esse pequeno fragmento de lembrança, porque traz em seu discurso

o testemunho do que viu pode contestar e abater o orgulho do rei ou a presunção do tirano. A testemunha, a humilde testemunha, por meio unicamente do jogo da verdade que ela viu e enuncia, pode, sozinha vencer os mais poderosos. *Édipo-Rei* é uma espécie de resumo da história do direito grego. Muitas peças de Sófocles, como *Antígona* e *Electra*, são uma espécie de ritualização teatral da história do direito. Esta dramatização da história do direito grego nos apresenta um resumo de uma das grandes conquistas da democracia ateniense: a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam.

Esta grande conquista da democracia grega, este direito de testemunhar, de opor a verdade ao poder se constituiu em um longo processo nascido e instaurado de forma definitiva, em Atenas, ao longo do século V. Este direito de opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade deu lugar a uma série de grandes formas culturais características da sociedade grega.

Primeiramente, a elaboração do que se poderia chamar formas racionais da prova e da demonstração: como produzir a verdade, em que condições, que formas observar, que regras aplicar. São elas, a Filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos. Em segundo lugar e mantendo uma relação com as formas anteriores desenvolve-se uma arte de persuadir, de convencer as pessoas da verdade do que se diz, de obter a vitória para a verdade ou, ainda, pela verdade. Tem-se aqui o problema da retórica grega. Em terceiro lugar há o desenvolvimento de um novo tipo de conhecimento: conhecimento por testemunho, por lembrança, por inquérito. Saber de inquérito que os historiadores, como Heródoto, pouco antes de Sófocles, os

naturalistas, os botânicos, os geógrafos, os viajantes gregos vão desenvolver e Aristóteles vai totalizar e tornar enciclopédico.

Houve na Grécia, portanto, uma espécie de grande revolução que, através de uma série de lutas e contestações políticas, resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta judiciária, jurídica, da verdade. Esta constitui a matriz, o modelo a partir do qual uma série de outros saberes — filosóficos, retóricos e empíricos — puderam se desenvolver e caracterizar o pensamento grego.

Muito curiosamente, a história do nascimento do inquérito, permaneceu esquecida e se perdeu, tendo sido retomada, sob outras formas, vários séculos mais tarde, na Idade Média.

Na Idade Média européia, assiste-se a uma espécie de segundo nascimento do inquérito, mais obscuro e lento, mas que obteve um sucesso bem mais efetivo que o primeiro. O método grego do inquérito havia estacionado, não chegara à fundação de um conhecimento racional capaz de se desenvolver indefinidamente. Em compensação, o inquérito que nasce na Idade Média terá dimensões extraordinárias. Seu destino será praticamente coextensivo ao próprio destino da cultura dita européia ou ocidental.

O velho Direito Germânico, que regulamentava os litígios entre os indivíduos, nas sociedades germânicas no momento em que estas entram em contato com o Império Romano, era, em certo sentido, muito próximo, em algumas de suas formas, do Direito Grego Arcaico. Era um direito no qual o sistema do inquérito não existia, pois os litígios entre os indivíduos eram regulamentados pelo jogo da prova.

Pode-se caracterizar, esquematicamente, o antigo Direito Germânico da época em que Tácito começa a analisar essa curiosa civilização que se estende até as portas do Império, do

seguinte modo. Em primeiro lugar não há ação pública, isto é, não há ninguém — representando a sociedade, o grupo, o poder, ou quem detém o poder — encarregado de fazer acusações contra os indivíduos. Para haver um processo de ordem penal era necessário que tivesse havido dano, que alguém ao menos pretendesse ter sofrido dano ou se apresentasse como vítima e que esta pretensa vítima designasse seu adversário, a vítima podendo ser a pessoa diretamente ofendida ou alguém que pertencesse a sua família e assumisse a causa do parente. O que caracterizava uma ação penal era sempre uma espécie de duelo, de oposição entre indivíduos, entre famílias, ou grupos. Não havia intervenção de nenhum representante da autoridade. Tratava-se de uma reclamação feita por um indivíduo a outro, só havendo intervenção destes dois personagens: aquele que se defende e aquele que acusa. Conhecemos apenas dois casos bastante curiosos em que havia uma espécie de ação pública: a traição e a homossexualidade. A comunidade então intervinha considerando-se lesada e exigia, coletivamente, reparação a um indivíduo. Portanto, a primeira condição para que houvesse ação penal no velho direito germânico era a existência de dois personagens e nunca de três.

A segunda condição era que, uma vez introduzida a ação penal, uma vez que um indivíduo se declarasse vítima e reclamasse reparação a um outro, a liquidação judiciária devia se fazer como uma espécie de continuação da luta entre os indivíduos. Uma espécie de guerra particular, individual se desenvolve e o procedimento penal será apenas, a ritualização dessa luta entre os indivíduos. O Direito Germânico não opõe a guerra à justiça, não identifica justiça e paz. Mas, ao contrário, supõe que o direito não seja diferente de uma forma singular e regulamentada de conduzir uma guerra entre os indivíduos e de encadear os atos de vingança. O direito é, pois, uma maneira

regulamentada de fazer a guerra. Por exemplo, quando alguém é morto, um de seus parentes próximos pode exercer a prática judiciária da vingança, não significando isso renunciar a matar alguém, em princípio, o assassino. Entrar no domínio do direito significa matar o assassino, mas matá-lo segundo certas regras, certas formas. Se o assassino cometeu o crime desta ou daquela maneira, será preciso matá-lo cortando-o em pedaços, ou cortando-lhe a cabeça e colocando-a em uma estaca na entrada de sua casa. Esses atos vão ritualizar o gesto de vingança e caracterizá-lo como vingança judiciária. O direito é, portanto, a forma ritual da guerra.

A terceira condição é que, se é verdade que não há oposição entre direito e guerra, não é menos verdade que é possível chegar a um acordo, isto é, interromper essas hostilidades regulamentadas. O antigo Direito Germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento, os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, pois não há falta, mas unicamente dano e vingança. Nesse procedimento do Direito Germânico um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra. A interrupção da guerra ritual é o terceiro ato ou o ato terminal do drama judiciário no velho Direito Germânico.

O sistema que regulamenta os conflitos e litígios nas sociedades germânicas daquela época é, portanto, inteiramente governado pela luta e pela transação; é uma prova de força que pode terminar por uma transação econômica. Trata-se de um

procedimento que não permite a intervenção de um terceiro indivíduo que se coloque entre os dois como elemento neutro, procurando a verdade, tentando saber qual dos dois disse a verdade; um procedimento de inquérito, uma pesquisa da verdade nunca intervém em um sistema desse tipo. Foi desta forma que o velho Direito Germânico se constituiu antes da invasão do Império Romano.

Não me deterei na longa série de peripécias que fez com que esse Direito Germânico tivesse entrado em rivalidade, em concorrência, às vezes em cumplicidade com o Direito Romano que reinava nos territórios ocupados pelo Império Romano. Entre os séculos V e X de nossa era, houve uma série de penetrações, peripécias e conflitos entre esses dois sistemas de direito. Cada vez que, sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começa a se esboçar, cada vez que uma estrutura estatal começa a nascer, então o Direito Romano, velho direito de estado, se revitaliza. É assim que, nos reinos merovíngios, sobretudo na época do Império Carolíngio, o Direito Romano sobrepujou, de certa forma, o Direito Germânico. Por outro lado, cada vez que há dissolução desses embriões, desses lineamentos de estados, o velho Direito Germânico triunfa e o Direito Romano cai por vários séculos no esquecimento, só reaparecendo lentamente no fim do século XII e no curso do século XIII. Assim, o direito feudal é essencialmente de tipo germânico. Ele não apresenta nenhum dos elementos dos procedimentos de inquérito, de estabelecimento da verdade das sociedades gregas ou do Império Romano.

No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema da prova (*épreuve*). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de

provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade, mas a força, o peso, a importância de quem dizia.

Havia, em primeiro lugar, provas sociais, provas da importância social de um indivíduo. No velho direito da Borgonha do século XI, quando alguém era acusado de assassinato podia perfeitamente estabelecer sua inocência reunindo à sua volta doze testemunhas que juravam não ter ele cometido o assassinato. O juramento não se fundava, por exemplo, no fato de terem visto, com vida, a pretensa vítima, ou em um alibi para o pretense assassino. Para prestar juramento, testemunhar que um indivíduo não tinha matado era necessário ser parente do acusado. Era preciso ter com ele relações sociais de parentesco que garantiam não sua inocência, mas sua importância social. Isto mostrava a solidariedade que um determinado indivíduo poderia obter, seu peso, sua influência, a importância do grupo a que pertencia e das pessoas prontas a apoiá-lo em uma batalha ou em um conflito. A prova da inocência, a prova de não se ter cometido o ato em questão não era, de forma alguma, o testemunho.

Havia em segundo lugar provas de tipo verbal. Quando um indivíduo era acusado de alguma coisa — roubo ou assassinato — devia responder a esta acusação com um certo número de fórmulas, garantindo que não havia cometido assassinato ou roubo. Ao pronunciar estas fórmulas podia-se fracassar ou ter sucesso. Em alguns casos pronunciava-se a fórmula e perdia-se. Não por haver dito uma inverdade ou por se provar que havia mentido, mas por não ter pronunciado a fórmula como devia. Um erro de gramática, uma troca de palavras invalidava a fórmula e não a verdade do que se pretendia provar. A confirmação de que ao nível da prova só se tratava de um jogo verbal, é que, no caso de um menor, de uma

mulher ou de um padre, o acusado podia ser substituído por outra pessoa. Essa outra pessoa, que mais tarde se tornaria na história do direito o advogado, era quem devia pronunciar as fórmulas no lugar do acusado. Se ele se enganava ao pronunciá-las, aquele em nome de quem falava perdia o processo.

Havia, em terceiro lugar, as velhas provas mágico-religiosas do juramento. Pedia-se ao acusado que prestasse juramento e, caso não ousasse ou hesitasse, perdia o processo.

Havia, finalmente, as famosas provas corporais, físicas, chamadas ordálios, que consistiam em submeter um pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria. Por exemplo, na época do Império Carolíngio, havia uma prova célebre imposta a quem fosse acusado de assassinato, em certas regiões do norte da França. O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas como o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não a teria rejeitado. Todos estes afrontamentos do indivíduo ou de seu corpo com os elementos naturais são um transposição simbólica, cuja semântica deveria ser estudada, da própria luta dos indivíduos entre si. No fundo, trata-se sempre de uma batalha, trata-se sempre de saber quem é o mais forte. No velho Direito Germânico, o processo é apenas a continuação regulamentada, ritualizada da guerra.

Poderia ter dado exemplos mais convincentes, tais como as lutas entre dois adversários ao longo de um processo, lutas físicas, os famosos Julgamentos de Deus. Quando dois indivíduos se afrontavam por causa da propriedade de um bem, ou por causa de um assassinato, era sempre possível, se estivessem

de acordo, lutar, obedecendo a determinadas regras (duração da luta, tipo de armas), diante de uma assistência presente apenas para assegurar a regularidade do que acontecia. Quem ganhasse a luta ganhava o processo, sem que lhe fosse dada a possibilidade de dizer a verdade, ou antes, sem que lhe fosse pedido que provasse a verdade de sua pretensão.

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 por um 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.

A terceira característica é que esta prova é de certa maneira automática. Não é necessário haver a presença de um terceiro personagem para distinguir os dois adversários. É o equilíbrio das forças, o jogo, a sorte, o vigor, a resistência física, a agilidade intelectual, que vão distinguir os indivíduos segundo um mecanismo que se desenvolve automaticamente. A autoridade só intervém como testemunha da regularidade do procedimento. No momento em que essas provas judiciárias se

desenvolvem, está presente alguém que tem o nome de juiz — o soberano político ou alguém designado com o consentimento mútuo dos dois adversários — simplesmente para constatar que a luta se desenvolveu regularmente. O juiz não testemunha sobre a verdade, mas sobre a regularidade do procedimento.

A quarta característica é que nesse mecanismo a prova serve não para nomear, localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo, quem tem razão. Em uma guerra ou prova não judiciária, um dos dois é sempre o mais forte, mas isso não prova que ele tenha razão. A prova judiciária é uma maneira de ritualizar a guerra ou de transpô-la simbolicamente. É uma maneira de lhe dar um certo número de formas derivadas e teatrais de modo que o mais forte será designado, por esse motivo, como o que tem razão. A prova é um operador de direito, um permutador da força pelo direito, espécie de *shifter* que permite a passagem da força ao direito. Ela não tem uma função apofântica, não tem a função de designar, manifestar ou fazer aparecer a verdade. É um operador de direito e não um operador de verdade ou operador apofântico. Eis em que consiste a prova no velho Direito Feudal.

Esse sistema de práticas judiciárias desaparece no fim do século XII e no curso do século XIII. Toda a segunda metade da Idade Média vai assistir à transformação destas velhas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de práticas e procedimentos judiciários. Formas que são absolutamente capitais para a história da Europa e para a história do mundo inteiro, na medida em que a Europa impôs violentamente o seu jugo a toda a superfície da terra. O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo, concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber. O que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de

possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. Esta modalidade de saber é o inquérito que apareceu pela primeira vez na Grécia e ficou encoberto depois da queda do Império Romano durante vários séculos. O inquérito que ressurgiu nos séculos XII e XIII é, entretanto, de tipo bastante diferente daquele cujo exemplo vimos em *Édipo*.

Por que a velha forma judiciária da qual lhes apresentei alguns traços fundamentais desaparece nessa época? Pode-se dizer, esquematicamente, que um dos traços fundamentais da sociedade feudal européia ocidental é que a circulação dos bens é relativamente pouco assegurada pelo comércio. Ela é assegurada por mecanismos de herança, ou de transmissão testamentária e, sobretudo, pela contestação belicosa, militar, extra-judiciária ou judiciária. Um dos meios mais importantes de assegurar a circulação dos bens na Alta Idade Média era a guerra, a rapina, a ocupação da terra, de um castelo ou de uma cidade. Estamos em uma fronteira fluida entre o direito e a guerra, na medida em que o direito é uma certa maneira de continuar a guerra. Por exemplo, alguém que dispõe de força armada ocupa uma terra, uma floresta, uma propriedade qualquer e, nesse momento, faz prevalecer seus direitos. Inicia-se uma longa contestação no fim da qual aquele que não possui força armada e quer a recuperação de sua terra só obtém a partida do invasor mediante um pagamento. Este acordo se situa na fronteira entre o judiciário e o belicoso e é uma das maneiras mais frequentes de alguém enriquecer. A circulação, a troca de bens, as falências, os enriquecimentos foram feitos, em sua maioria, na alta feudalidade, segundo esse mecanismo.

É interessante, aliás, comparar a sociedade feudal na Europa e as sociedades ditas primitivas estudadas atualmente pelos etnólogos. Nestas, a troca de bens se faz através de contestação e rivalidade, dadas sobretudo em forma de prestí-

gio, ao nível das manifestações e dos signos. Na sociedade feudal, a circulação dos bens se faz igualmente em forma de rivalidade e contestação. Mas rivalidade e contestação não mais de prestígio e sim belicosas. Nas sociedades ditas primitivas as riquezas se trocam em prestações de rivalidade porque são não somente bens mas também signos. Nas sociedades feudais, as riquezas se trocam não apenas porque são bens e signos mas porque são bens, signos e armas. A riqueza é o meio pelo qual se pode exercer tanto a violência quanto o direito de vida e de morte sobre os outros. Guerra, litígio judiciário e circulação de bens fazem parte, ao longo da Idade Média, de um grande processo único e flutuante.

Há, portanto, uma dupla tendência característica da sociedade feudal. Por um lado há uma concentração de armas em mãos dos mais poderosos que tendem a impedir sua utilização pelos menos poderosos. Vencer alguém é privá-lo de suas armas, derivando daí uma concentração do poder armado que deu mais força, nos estados feudais, aos mais poderosos e finalmente ao mais poderoso de todos, o monarca. Por outro lado e simultaneamente há as ações e os litígios judiciários que eram uma maneira de fazer circular os bens. Compreende-se assim, porque os mais poderosos procuravam controlar os litígios judiciários, impedindo que eles se desenvolvessem espontaneamente entre os indivíduos e porque tentaram aposar-se da circulação judiciária e litigiosa dos bens, o que implicou a concentração das armas e do poder judiciário, que se formava na época, nas mãos dos mesmos indivíduos.

A existência de poder executivo, legislativo e judiciário, é uma idéia aparentemente bastante velha no Direito Constitucional. Na verdade, trata-se de um idéia recente que data mais ou menos de Montesquieu. O que nos interessa aqui, porém, é ver como se formou algo como um poder judiciário.

Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constataste, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político. Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos.

A acumulação da riqueza e do poder das armas e a constituição do poder judiciário nas mãos de alguns é um mesmo processo que vigorou na Alta Idade Média e alcançou seu amadurecimento no momento da formação da primeira grande monarquia medieval, no meio ou final do século XII. Nesse momento aparecem coisas totalmente novas em relação à sociedade feudal, ao Império Carolíngio e às velhas regras do Direito Romano.

1) Uma justiça que não é mais contestação entre indivíduos e livre aceitação por esses indivíduos de um certo número de regras de liquidação, mas que, ao contrário, vai-se impor, do alto, aos indivíduos, aos oponentes, aos partidos. Os indivíduos então não terão mais o direito de resolver, regular ou irregularmente, seus litígios; deverão submeter-se a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político.

2) Aparece um personagem totalmente novo, sem precedente no Direito Romano: o procurador. Esse curioso personagem, que aparece na Europa por volta do século XII, vai se apresentar como o representante do soberano, do rei ou do senhor. Havendo crime, delito ou contestação entre dois

indivíduos, ele se apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime. O procurador, vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa, dizendo: “Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele”. O soberano, o poder político vêm, desta forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano.

3) Uma noção absolutamente nova aparece: a infração. Enquanto o drama judiciário se desenrolava entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava a outro. A questão era a de saber se houve dano, quem tinha razão. A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem “Também fui lesado pelo dano”, isto significa que o dano não é somente um ofensa de um indivíduo a outro, mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado; um ataque não ao indivíduo mas à própria lei do Estado. Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média.

4) Há ainda uma última descoberta, uma última invenção tão diabólica quanto a do procurador e da infração: o Estado ou melhor, o soberano (já que não se pode falar de Estado nessa época) é não somente a parte lesada mas a que exige reparação. Quando um indivíduo perde o processo é declarado culpado e deve ainda uma reparação a sua vítima. Mas esta reparação não é absolutamente a do antigo Direito Feudal ou do antigo Direito Germânico. Não se trata mais de resgatar sua paz, dando satisfação a seu adversário. Vai-se exigir do culpado não só a reparação do dano feito a um outro indivíduo, mas também a reparação da ofensa que cometeu contra o soberano, o Estado, a lei. É assim que aparece, com o mecanismo das multas, o grande mecanismo das confiscações. Confiscações dos bens que são, para as monarquias nascentes, um dos grandes meios de enriquecer e alargar suas propriedades. As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação. Eis o pano de fundo político desta transformação.

É necessário agora explicar o estabelecimento da sentença, explicar como se chega ao final de um processo em que um dos personagens principais é o procurador. Se a principal vítima de uma infração é o rei, se é o procurador que se queixa em primeiro lugar, compreende-se que a liquidação judiciária não pode mais ser obtida pelos mecanismos da prova. O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido. Não é em pé de igualdade, como em uma luta entre dois indivíduos, que o acusado e o procurador se defrontam. É preciso encontrar um novo mecanismo que não seja mais o da prova, da luta entre dois adversários, para saber se alguém é culpado ou não. O modelo belicoso não pode ser mais aplicado.



Que modelo, então, se vai adotar? Este é um dos grandes momentos da história do Ocidente. Havia dois modelos para resolver o problema. Em primeiro lugar, um modelo intrajurídico. No próprio Direito Feudal, no Direito Germânico Antigo, havia um caso em que a coletividade, em sua totalidade, podia intervir, acusar alguém e obter sua condenação: era o flagrante delito, caso em que um indivíduo era surpreendido no exato momento em que cometia o crime. Nesse momento, as pessoas que o surpreendiam tinham o direito de levá-lo ao soberano, ao detentor de um poder político e dizer: “Nós o vimos fazendo tal coisa e conseqüentemente é preciso puni-lo ou exigir-lhe reparação”. Havia, assim, na própria esfera do Direito, um modelo de intervenção coletiva e de decisão autoritária para a liquidação de um litígio de ordem judiciária. Era o caso do flagrante delito, quando o crime era surpreendido na sua atualidade. Esse modelo, evidentemente, não podia ser utilizado quando, o que é mais frequente, não se surpreende o indivíduo no momento em que comete o crime. O problema era, então, o de saber em que condições podia-se generalizar o modelo do flagrante delito e utilizá-lo nesse novo sistema do Direito que estava nascendo, inteiramente comandado pela soberania política e pelos representantes do soberano político.

Preferiu-se utilizar um segundo modelo, extra-judiciário, que por sua vez se subdivide em dois, ou melhor, que tinha nessa época uma existência dupla, uma dupla inserção. Trata-se do modelo do inquérito que tinha existido na época do Império Carolíngio. Quando os representantes do soberano tinham de solucionar um problema de direito, de poder, ou uma questão de impostos, de costumes, de foro ou de propriedade, procedia-se a algo perfeitamente ritualizado e regular: a *inquisitio*, o inquérito. O representante do poder chamava pessoas consideradas capazes de conhecer os costumes, o Direi-

to ou os títulos de propriedade. Reunia estas pessoas, fazia com que jurassem dizer a verdade, o que conheciam, o que tinham visto ou o que sabiam por ter ouvido dizer. Em seguida, deixadas a sós, estas pessoas deliberavam. Ao final dessa deliberação pedia-se a solução do problema. Este era um método de gestão administrativa que os funcionários do Império Carolíngio praticavam regularmente. Ele foi ainda empregado, depois de sua dissolução, por Guilherme o Conquistador, na Inglaterra. Em 1096, os conquistadores normandos ocuparam a Inglaterra, se apoderaram dos bens anglo-saxões e entraram em litígio com a população autóctone e entre si visando à posse desses bens. Guilherme o Conquistador, para por tudo em ordem, para integrar a nova população normanda à antiga população anglo-saxônica, fez um enorme inquérito sobre o estado das propriedades, os estados dos impostos, o sistema de foro, etc. Trata-se do famoso *Domesday*, único exemplo global que possuímos desses inquéritos que eram uma velha prática administrativa de imperadores carolíngios.

Esse 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 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.

Temos, assim, um tipo de estabelecimento da verdade totalmente ligado à gestão administrativa da primeira grande forma de estado conhecida no Ocidente. Esses procedimentos de inquérito foram, no entanto, esquecidos durante os séculos X e XI na Europa da alta feudalidade e teriam sido totalmente esquecidos se a Igreja não os tivesse utilizado na gestão de seus próprios bens. Será necessário, entretanto, complicar um pouco a análise. Pois se a Igreja utilizou novamente o método carolíngio de inquérito, foi porque já o tinha praticado antes do Império Carolíngio por razões mais espirituais que administrativas.

Havia, com efeito, uma prática de inquérito na Igreja da Alta Idade Média, na Igreja Merovíngia e Carolíngia. Esse método se chamava *visitatio* e consistia na visita que o bispo devia estatutariamente fazer, percorrendo sua diocese, e que foi retomado, em seguida, pelas grandes ordens monásticas. Ao chegar em um determinado lugar o bispo instituíam, em primeiro lugar, a *inquisitio generalis* — inquisição geral — perguntando a todos os que deviam saber (os notáveis, os mais idosos, os mais sábios, os mais virtuosos) o que tinha acontecido na sua ausência, sobretudo se tinha havido falta, crime, etc. Se esse inquérito chegasse a uma resposta positiva, o bispo passava ao segundo estágio, à *inquisitio specialis* — inquisição especial — que consistia em apurar quem tinha feito o que, em determinar em verdade quem era o autor e qual a natureza do ato. Finalmente um terceiro ponto: a confissão do culpado podia interromper a inquisição em qualquer estágio, em sua forma geral ou especial. Aquele que tivesse cometido o crime, poderia apresentar-se e proclamar publicamente: “Sim! Um crime foi cometido; consistiu nisso; eu sou o seu autor”.

Esta forma espiritual, essencialmente religiosa do inquérito eclesiástico subsistiu durante toda a Idade Média, tendo

adquirido funções administrativas e econômicas. Quando a Igreja se tornou o único corpo econômico-político coerente da Europa nos séculos X, XI e XII, a inquisição eclesiástica foi ao mesmo tempo inquérito espiritual sobre os pecados, faltas e crimes cometidos, e inquérito administrativo sobre a maneira como os bens da Igreja eram administrados e os proveitos reunidos, acumulados, distribuídos, etc. Este modelo ao mesmo tempo religioso e administrativo do inquérito subsistiu até o século XII, quando o Estado que nascia, ou antes, a pessoa do soberano que surgia como fonte de todo o poder, passa a confiscar os procedimentos judiciários. Estes procedimentos judiciários não podem mais funcionar segundo o sistema da prova. De que maneira, então, o procurador vai estabelecer que alguém é ou não culpado? O modelo — espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de gerir e de vigiar e controlar as almas — se encontra na Igreja: inquérito entendido como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções, etc. É esse modelo que vai ser retomado no procedimento judiciário. O procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, dioceses e comunidades. Vai procurar estabelecer por *inquisitio*, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu.

Esta é a hipótese que gostaria de lançar. O inquérito teve uma dupla origem. Origem administrativa ligada ao surgimento do Estado na época carolíngia; origem religiosa, eclesiástica, mais constantemente presente durante a Idade Média. É este procedimento de inquérito que o procurador do rei — a justiça monárquica nascente — utilizou para preencher a função de flagrante delito de que falei anteriormente. O problema era o de saber como generalizar o flagrante delito a crimes que não eram de domínio, do campo da atualidade; como podia o

procurador do rei trazer o culpado diante de uma instância judiciária que detinha o poder, se não sabia quem era o culpado, uma vez que não houvera flagrante delito. O inquérito vai ser o substituto do flagrante delito. Se, com efeito, se consegue reunir pessoas que podem, sob juramento, garantir que viram, que sabem, que estão a par; se é possível estabelecer por meio delas que algo aconteceu realmente, ter-se-á indiretamente, através do inquérito, por intermédio das pessoas que sabem, o equivalente ao flagrante delito. E se poderá tratar de gestos, atos, delitos, crimes que não estão mais no campo da atualidade, como se fossem apreendidos em flagrante delito. Tem-se aí uma nova maneira de prorrogar a atualidade, de transferi-la de uma época para outra e de oferecê-la ao olhar, ao saber, como se ela ainda estivesse presente. Esta inserção do procedimento do inquérito reatualizando, tornando presente, sensível, imediato, verdadeiro, o que aconteceu, como se o estivéssemos presenciando, constitui uma descoberta capital.

Podemos tirar desta análise algumas conclusões.

1) Costuma-se opor as velhas provas do direito bárbaro ao novo procedimento racional do inquérito. Evoquei acima as diferentes maneiras pelas quais se tentava estabelecer quem tinha razão na Alta Idade Média. Temos a impressão de serem sistemas bárbaros, arcaicos, irracionais. Fica-se impressionado com o fato de ter sido necessário esperar até o século XII para finalmente se chegar, com o procedimento do inquérito, a um sistema racional de estabelecimento da verdade. Não creio, no entanto, que o procedimento de inquérito seja simplesmente o resultado de uma espécie de progresso da racionalidade. Não foi racionalizando os procedimentos judiciários que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária a utilização desse procedimento no domínio

judiciário. O inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer. Estaríamos enganados se víssemos no inquérito o resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora, faz seus próprios progressos; se víssemos o efeito de um conhecimento, de um sujeito de conhecimento se elaborando.

Nenhuma história feita em termos de progresso da razão, de refinamento do conhecimento, pode dar conta da aquisição da racionalidade do inquérito. Seu aparecimento é um fenômeno político complexo. É a análise das transformações políticas da sociedade medieval que explica como, por que e em que momento aparece este tipo de estabelecimento da verdade a partir de procedimentos jurídicos completamente diferentes. Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e a sua história interna daria conta deste fenômeno. Somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder, pode explicar o surgimento do inquérito.

2) O inquérito deriva de um certo tipo de relações de poder, de uma maneira de exercer o poder. Ele se introduz no Direito a partir da Igreja e, conseqüentemente, é impregnado de categorias religiosas. Na concepção da Alta Idade Média o essencial era o dano, o que tinha se passado entre dois indivíduos; não havia falta nem infração. A falta, o pecado, a culpabilidade moral absolutamente não intervinham. O problema era o de saber se houve ofensa, quem a praticou, e se aquele que pretende ter sofrido a ofensa é capaz de suportar a prova que ele propõe a seu adversário. Não há erro, culpabilidade, nem relação com o pecado. Ao contrário, a partir do momento em que o inquérito se introduz na prática judiciária, traz consigo a importante noção de infração. Quando um

indivíduo, causa dano a um outro, há sempre, *a fortiori*, dano à soberania, à lei, ao poder. Por outro lado, devido a todas as implicações e conotações religiosas do inquérito, o dano será uma falta moral, quase religiosa ou com conotação religiosa. Tem-se assim por volta do século XII, uma curiosa conjunção entre a lesão à lei e a falta religiosa. Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. Dessa conjunção ainda não estamos totalmente livres.

3) O inquérito que aparece no século XII em consequência desta transformação nas estruturas políticas e nas relações de poder reorganizou inteiramente (ou em sua volta se reorganizaram) todas as práticas judiciárias da Idade Média, da época clássica e até da época moderna.

De maneira mais geral, este inquérito judiciário se difundiu em muitos outros domínios de práticas — sociais, econômicas — e em muitos domínios do saber. Foi a partir desses inquéritos judiciários conduzidos pelos procuradores do rei que, a partir do século XIII, se difundiu uma série de procedimentos de inquérito.

Alguns eram principalmente administrativos ou econômicos. Foi assim que, graças a inquéritos sobre o estado da população, o nível das riquezas, a quantidade de dinheiro e de recursos, os agentes reais asseguraram, estabeleceram e aumentaram o poder real. Foi desta forma que todo um saber econômico, de administração econômica dos estados, se acumulou no fim da Idade Média e nos séculos XVII e XVIII. Foi a partir daí que nasceu uma forma regular de administração dos estados, de transmissão e de continuidade do poder político e nasceram ciências como a Economia Política, a Estatística, etc.

Estas técnicas de inquérito difundiram-se igualmente em domínios não diretamente ligados aos domínios de exercí-

cio de poder: domínio do saber ou do conhecimento, no sentido tradicional da palavra.

A partir dos séculos XIV e XV aparecem tipos de inquérito que procuraram estabelecer a verdade a partir de um certo número de testemunhos cuidadosamente recolhidos em domínios como o da Geografia, da Astronomia, do conhecimento dos climas, etc. Aparece, em particular, uma técnica de viagem, empreendimento político de exercício de poder e empreendimento de curiosidade e de aquisição de saber, que conduziu finalmente ao descobrimento da América. Todos os grandes inquéritos que dominaram o fim da Idade Média são, no fundo, a explosão e a dispersão dessa primeira forma, desta matriz que nasceu no século XII. Até mesmo domínios como o da Medicina, da Botânica, da Zoologia, a partir dos séculos XVI e XVII, são irradiações desse processo. Todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, o florescimento do inquérito como forma geral de saber.

Enquanto o inquérito se desenvolve como forma geral de saber no interior do qual o Renascimento eclodirá, a prova tende a desaparecer. Dela só encontraremos os elementos, os restos, na forma da famosa tortura, mas já mesclada com a preocupação de obter uma confissão, prova de verificação. Pode-se fazer toda uma história da tortura, situando-a entre os procedimentos da prova e do inquérito. A prova tende a desaparecer na prática judiciária; ela desaparece também nos domínios do saber. Poderíamos indicar dois exemplos.

Em primeiro lugar a Alquimia. A Alquimia é um saber que tem por modelo a prova. Não se trata de fazer um inquérito para saber o que se passa, para saber a verdade. Trata-se essencialmente de um afrontamento entre duas forças: a do

alquimista que procura e a da natureza que esconde seus segredos; da sombra e da luz; do bem e do mal; de Satã e de Deus. O alquimista realiza uma espécie de luta, em que ele é ao mesmo tempo o espectador — aquele que verá o desfecho do combate — e um dos combatentes, visto que pode ganhar ou perder. Pode-se dizer que a Alquimia é uma forma química, naturalista da prova. Tem-se a confirmação de que o saber alquímico é essencialmente uma prova no fato de que ele absolutamente não se transmitiu, não se acumulou, como um resultado de inquéritos que permitissem chegar à verdade. O saber alquímico se transmitiu unicamente em forma de regras, secretas ou públicas, de procedimento: eis como se deve fazer, eis como se deve agir, eis que princípios respeitar, eis que preces fazer, que textos ler, que códigos devem estar presentes. A Alquimia constitui essencialmente um *corpus* de regras jurídicas, de procedimentos. O desaparecimento da Alquimia, o fato de que um saber de tipo novo se tenha constituído absolutamente fora do seu domínio, deve-se a que esse novo saber tomou como modelo a matriz do inquérito. Todo saber de inquérito, saber naturalista, botânico, mineralógico, filológico é absolutamente estranho ao saber alquímico que obedece aos modelos judiciais da prova.

Em segundo lugar, a crise da universidade medieval no fim da Idade Média pode também ser analisada em termos de oposição entre o inquérito e a prova. Na universidade medieval o saber se manifestava, se transmitia e se autenticava através de determinados rituais, dos quais o mais célebre e mais conhecido era a *disputatio*, a disputa. Tratava-se do confronto de dois adversários que utilizavam a arma verbal, os processos retóricos e demonstrações baseadas essencialmente no apelo à autoridade. Apelava-se não para testemunhas de verdade, mas para testemunhas de força. Na *disputatio*, quanto mais autores

um dos participantes tivesse a seu lado, quanto mais pudesse invocar testemunhos de autoridade, de força, de gravidade, e não testemunhos de verdade, maior possibilidade ele teria de sair vencedor. A *disputatio* é uma forma de prova, de manifestação do saber, da autenticação do saber que obedece ao esquema geral da prova. O saber medieval e sobretudo o saber enciclopédico do Renascimento do tipo de Pico della Mirandola, que vai se chocar com a forma medieval da universidade, será precisamente do tipo do inquérito. Ter visto, ter lido os textos; saber o que efetivamente foi dito; conhecer tão bem o que foi dito, quanto a natureza a respeito da qual algo foi dito; verificar o que os autores disseram pela constatação da natureza; utilizar os autores não mais como autoridade mas como testemunho; tudo isto vai constituir uma das grandes revoluções na forma de transmissão do saber. O desaparecimento da Alquimia e da *disputatio*, ou melhor, o fato desta última ter sido relegada a formas universitárias completamente esclerosadas e não apresentar a partir do século XVI, mais nenhuma atualidade, nenhuma eficácia nas formas de autenticação real do saber são alguns dos numerosos sinais do conflito entre o inquérito e a prova e do triunfo do inquérito sobre a prova, no fim da Idade Média.

Como conclusão poderíamos dizer: o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos. Aqueles que querem estabelecer uma relação entre o que é conhecido e as formas políticas, sociais ou econômicas que servem de contexto a esse conhecimento costumam estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito de conhecimento. Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao

mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber. O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações enonômico-políticas.

## IV

Na conferência anterior procurei mostrar quais foram os mecanismos e os efeitos da estatização da justiça penal na Idade Média. Gostaria que nos situássemos, agora, em fins do século XVIII e início do século XIX, no momento em que se constitui o que tentarei analisar nesta e na próxima conferência sob o nome de “sociedade disciplinar”. A sociedade contemporânea, por razões que explicarei, merece o nome de “sociedade disciplinar.” Gostaria de mostrar quais são as formas de práticas penais que caracterizam essa sociedade; quais as relações de poder subjacentes a essas práticas penais; quais as formas de saber, os tipos de conhecimento, os tipos de sujeito de conhecimento que emergem, que aparecem a partir e no espaço desta sociedade disciplinar que é a sociedade contemporânea.

A formação da sociedade disciplinar pode ser caracterizada pelo aparecimento, no final do século XVIII e início do século XIX, de dois fatos contraditórios, ou melhor, de um fato que tem dois aspectos, dois lados aparentemente contraditórios: a reforma, a reorganização do sistema judiciário e penal nos diferentes países da Europa e do mundo. Esta transformação não apresenta as mesmas formas, a mesma amplitude, a mesma cronologia nos diferentes países.