

Diálogos

Diálogos - Revista do Departamento de
História e do Programa de Pós-Graduação em
História

ISSN: 1415-9945

rev-dialogos@uem.br

Universidade Estadual de Maringá
Brasil

Neder, Gislene; Cerqueira Filho, Gisálio

CULTURA JURÍDICA, CULTURA RELIGIOSA NO BRASIL E CRIMINOLOGIA & PODER POLÍTICO
Diálogos - Revista do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História, vol.

11, núm. 3, 2007, pp. 19-37

Universidade Estadual de Maringá
Maringá, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305526869002>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc



Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

CULTURA JURÍDICA, CULTURA RELIGIOSA NO BRASIL E CRIMINOLOGIA & PODER POLÍTICO

*Gizlene Neder
Gisálio Cerqueira Filho**

Resumo. O texto aborda aspectos do campo dos estudos da criminologia referidos à cultura religiosa e suas implicações na cultura jurídica. O processo de passagem à modernidade na Europa e seus desdobramentos para o mundo luso-brasileiro (fins do século XVIII e primeira metade do XIX) são analisados a partir das concepções sobre crime/punição presentes no pensamento jurídico, tendo em vista as relações entre direito e religião.

Palavras-chave: cultura jurídica; cultura religiosa; punição.

JURIDICAL AND RELIGIOUS CULTURE IN BRAZIL, AND CRIMINOLOGY & POLITICAL POWER

Abstract. The essay focuses on aspects of criminology studies, concerning religious culture and its relations with juridical culture. The process of transition to modernity in Europe, and its expansion to the Portuguese-Brazilian world (from the late 18th century to the first half of the 19th century) are analyzed; the conceptions of crime/punishment in juridical thought are taken in account, through the relations between Law and Religion.

Keywords: Legal culture; religious culture; punishment.

CULTURA JURÍDICA, CULTURA RELIGIOSA EN BRASIL, CRIMINOLOGÍA Y PODER POLÍTICO

Resumen. El texto aborda aspectos del campo de los estudios de la criminología, relacionados con la cultura religiosa y sus alcances en la cultura jurídica. El proceso europeo de transición a la modernidad y sus desdoblamientos en el mundo luso-brasileño (fines del siglo XVIII y primera mitad del XIX) son analizados a partir de los conceptos sobre crimen/punición presentes en el pensamiento jurídico, teniendo en cuenta las relaciones entre derecho y religión.

Palabras clave: Cultura jurídica; cultura religiosa; punición.

* Professores, respectivamente, dos Departamentos de História e Ciência Política da Universidade Federal Fluminense-RJ.

O texto para debate na Revista Diálogos é um extrato da parte III do livro Criminologia e poder político: sobre direitos, história e ideologia (2006). A parte III do livro, intitulada Religião, punição e impunidade: raízes teóricas da formação doutrinal do iluminismo penal, foi escolhida por apresentar aspectos que muito nos instigaram durante a pesquisa. Sobretudo, consideramos estar abrindo uma possibilidade de trabalho multidisciplinar nos estudos da criminologia, desta vez incorporando aspectos da cultura religiosa e suas implicações na cultura jurídica.

A punição e a impunidade aqui tratadas inscrevem-se numa moldura de preocupações com a história das idéias políticas e da cultura jurídica e política, tomadas a partir da criminalização e do controle social.

Consideramos o processo de passagem à modernidade na Europa e seus desdobramentos para o mundo luso-brasileiro (fins do século XVIII e primeira metade do XIX), buscando sublinhar as concepções sobre crime/punição presentes no pensamento jurídico, tendo em vista as relações entre direito e religião. Para tanto, privilegiamos a análise das construções binárias: pecado/crime (ou delito) e penitência/punição, e seus desbordes para as concepções de controle e disciplina, bem como perdão, indulgência e impunidade dentro do processo de circulação de idéias e de apropriação cultural no interior da cristandade ocidental romana.

Estamos nos referindo a uma concepção ampla da cristandade romano-ocidental, como aquela que porta a tradição romano-canônico-germânica (*civil law*) – na qual a formação histórica luso-brasileira está inscrita; *vis-à-vis* a tradição da cristandade ocidental anglo-saxã (*common law*), tendo em vista as relações entre cultura religiosa e cultura jurídica.

A classificação da cristandade ocidental no campo do direito (*civil law/common law*) inspira-se nos efeitos mais visíveis das divisões históricas da cristandade ocidental desde o século XVI, a partir das reformas religiosas. Naquela temporalidade a fé e a devoção alcançaram os homens comuns das sociedades européias, ávidas por participar na salvação (das almas) e na vida religiosa – que era o mesmo que aspirar à participação na política, uma vez que política e religião ainda não se apresentavam muito separadas.

As opções históricas na cristandade ocidental foram, portanto, marcadas pelas rupturas ensejadas pelas reformas religiosas puritanas

(reforma protestante e reforma católica)¹. Tanto o puritanismo protestante quanto o puritanismo católico respondiam às demandas do laicado por mais participação na vida religiosa². Buscavam o aprimoramento das instituições eclesiásticas (no caso da reforma católica), ou a sua crítica e mudança (no caso da radicalização ocorrida entre os protestantes, que denunciavam a venda de indulgências, simonia, luxúria, dentre outras práticas religiosas e políticas do alto clero romano)³. Especialmente no que tange à manutenção ou não do sacramento da confissão (DELUMEAU, 1991, 2003), as duas reformas divergiram e produziram efeitos significativos nos processos de criminalização e na cultura jurídica das formações históricas abrangidas por uma ou outra reforma religiosa. Podemos adiantar uma conclusão, já que muito evidente: no processo de laicização do campo jurídico, desde o século XVI, a confissão do réu não mais vale como prova no processo criminal nas formações históricas anglo-saxãs (especialmente na Inglaterra e seu prolongamento ultramarino mais importante: as treze colônias americanas). A prova material, portanto, tem sido privilegiada, predominantemente. Nas formações históricas articuladas na latinidade (portanto, romanistas), a confissão vale como prova; podemos, quem sabe, especular, a partir daí, a predominância da confissão nos processos criminais, geralmente adquirida através de pressão ou tortura na fase

¹ A classificação encontra-se fundamentada nos argumentos de Jean Delumeau (1965). Para o autor, a conceituação adequada para a análise do processo de reforma religiosa, na Europa no século XVI, deve levar em conta a reforma religiosa protestante, tal como privilegiadamente é tratado pela historiografia mais difundida. A contra-reforma é outra expressão presente na historiografia corrente, empregada para designar a reação da Igreja Romana à reforma protestante. Delumeau distingue, entretanto, a contra-reforma da reforma religiosa católica. Para o autor, e nós concordamos com ele, faz-se necessária uma diferenciação entre a contra-reforma e reforma católica. A contra-reforma foi uma política reativa, deliberadamente repressiva e jurídica do poder eclesiástico romano (cuja manifestação mais radical foi a Inquisição). Já a reforma religiosa católica (expressada através da convocação do Concílio de Trento – e suas deliberações - e a criação da Companhia de Jesus, que realizaram um movimento de crítica interna às instituições da Igreja, aos abusos de poder e à falta de preparo intelectual do clero). Ainda segundo Delumeau, a clamor por reforma religiosa é anterior ao século XVI, e esteve presente dentro da intelectualidade católica ocidental, bem como em todo o laicado.

² Segundo André Vauchez (1995), a pressão do laicado por participação na vida religiosa, na Europa, começou a se fazer sentir a partir da virada do século XI para o XII, afirmando-se nos séculos XIII e XIV, no “tempo dos leigos”.

³ Para John Bossy (1990), a reforma religiosa católica, a partir do Concílio de Trento, implicou um amplo processo civilizacional na cristandade ocidental.

investigativa do inquérito policial, que, em tudo, repetem a inquisitorialidade⁴.

Estamos especialmente interessados em observar os efeitos deste amplo e vasto debate de idéias e concepções religiosas nas idéias e na cultura jurídica no Brasil, focando especialmente as apropriações em torno de penitência/punição, absolvição e perdão. Estes efeitos devem ser interpretados à luz da história das idéias jurídicas do campo penal em face do processo de laicização, e suas influências no pensamento social e jurídico-político no mundo luso-brasileiro. Sublinhe-se que, na conjuntura histórica que estamos trabalhando neste texto, podemos falar em termos de uma grande proximidade ideológica e afetiva entre brasileiros e portugueses (daí a referência ao mundo luso-brasileiro), sobretudo entre agentes históricos ligados à cultura jurídica erudita⁵. Formados em Coimbra, ou fortemente influenciados pelo seu ensino, os juristas (e os políticos das primeiras décadas pós-emancipação política) vão, até pelo menos a década de 1870, expressar fortes vinculações com o ideário dos intelectuais portugueses (NEDER, 2000).

Sobretudo, não estamos pensando a linearidade e a continuidade do processo histórico de circulação e apropriação cultural; nem a exclusividade automática de referências entre as duas referências da cultura jurídico-penal (*civil law/common law*), de modo que vemos o processo de circulação de idéias e pessoas como muito mais complexo do que aparentemente se pode imaginar. As trocas culturais e a circulação de idéias, de intelectuais e de livros são mais abrangentes e envolvem questões vinculadas ao poder político e hegemonia, em vista da circulação de pessoas, mercadorias e livros. Neste sentido, o simples pertencimento a uma formação histórica e suas referências políticas, religiosas e culturais não implica uma ausência de leitores e livros de outra formação (GINZBURG, 2004). Certamente havia controle e censura sobre os livros, afinal a Inquisição produziu um *Index*; no entanto, pensamos que

⁴ A melhor interpretação sobre a inquisitorialidade no processo punitivo encontra-se em Nilo Batista (2000).

⁵ António Manuel Hespanha (1997) sugere uma pauta metodológica para o estudo da cultura jurídica que areja o campo de estudos de história do direito; sobretudo, critica a visão corrente entre historiadores do direito de situarem seus objetos de estudo numa perspectiva linear e evolutivo da história que remonta aos tempos imemoriais da história (do direito romano ao direito civil contemporâneo, por exemplo). Daí a validade de pensarmos em termos uma temporalidade específica uma questão tão ampla e vasta como a história do processo de circulação de idéias e apropriação cultural. Há uma edição ampliada deste livro no Brasil (HESPANHA, 2005).

havia muito mais efeitos da fantasia absolutista de um poder absoluto do que um controle efetivo.

Carlo Ginzburg destaca as trocas e apropriações através de uma diversificação de leituras e livros entre os autores ingleses e o continente. Afinal, Tomas Morus era amigo de Erasmo e o hospedara, quando este esteve na Ilha. Ambos representam visões de tolerância e de crítica às intransigências fundamentalistas.

Montaigne, outro autor da mesma região de Blaise Pascal (Bordeaux), mas numa temporalidade anterior ao expoente jansenista, livrou da pena de morte muitas mulheres acusadas de bruxaria (LACOUTURE, 1998). Montaigne leu e citou Morus e Erasmo.

As discussões destas questões podem levantar alguns pontos importantes para a história das práticas judiciais e policiais de controle social e das práticas ideológicas que as sustentam no Brasil de hoje. Certamente, algumas permanências culturais de longa duração da idéia de direito na cristandade ocidental podem ser observadas nas práticas jurídicas e no pensamento jurídico na conjuntura atual. Várias das questões que povoam presentemente os debates políticos no Brasil remetem à problemática da impunidade, colocada na berlinda como a raiz de vários dos males que assolam a sociedade brasileira no tempo presente (corrupção, abusos de poder econômico e político, etc.).

As questões de fundo que norteiam nossa reflexão podem, assim, ser enunciadas. Em que medida o arbítrio, a seletividade penal e as fantasias absolutistas de um controle penal-policial absoluto que povoam não só os operadores das instituições de controle social formais (Polícia e Justiça)⁶, mas toda a formação ideológica brasileira, têm na tradição do direito romano-germânico-canônico (*civil law*), hegemonic no absolutismo português, uma matriz a ser mapeada? Quais as formas assumidas pelas reformas iluministas do direito (sobretudo do direito penal) veiculadas na Europa que penetram e são apropriadas pelo pensamento jurídico em Portugal e no Brasil? Em que medida as práticas ideológicas e culturais religiosas, que conformam o escopo doutrinário teológico e filosófico da cristandade ocidental, apresentaram-se

⁶ Estamos trabalhando com a conceituação de Roberto Bergalli (1989), que estabelece uma análise das instituições de controle social formal (Polícia Justiça) e controle social informal (Família, Religião, Assistência Social, Escola). Embora a inspiração do autor seja foucaultiana, sua reflexão não incorpora o paralelismo na análise das relações de poder (micropoderes).

historicamente no mundo luso-brasileiro? Quais as implicações dos debates ocorridos dentro da reforma católica, que mantém o sacramento da confissão (Concílio de Trento), entre jansenistas (rigoristas) e jesuítas (laxistas) no que se refere ao perdão e à indulgência no pensamento jurídico-penal católico, inscrito na tradição romano-canônica (*civil law*)? Em que medida estas opções políticas, ideológicas e doutrinárias (teológicas) influenciaram a cultura jurídica e o penalismo iluminista luso-brasileiro? Quais as aproximações e diferenciações entre o puritanismo protestante e o puritanismo católico e seus efeitos, a partir de múltiplos e complexos processos de apropriação cultural, no pensamento e na cultura jurídico-penal quanto à seletividade penal (que elege quem e como punir) e a impunidade?

Não propriamente que, na dimensão empírica de nossa observação, venhamos a encontrar uma filiação explícita a estas linhas de força das tendências teológico-ideológicas, derivadas dos debates do Concílio de Trento entre jansenistas e jesuítas. Jesuítas e jansenistas divergiam, sobretudo, quanto a aspectos da teologia moral relacionados à penitência. As críticas mais agudas aos jesuítas, especialmente na vertente do laxismo moral de Luís de Molina, foram formuladas por Blaise Pascal nas *As provinciais* (1656-1657). Numa combinação de condicionamentos ideológicos e políticos diversos, relacionados à história da reação aristocrática (na Fronda) e o fortalecimento absolutismo francês, os ataques feitos a partir de *Port-Royal*, uma abadia de religiosas cistercienses, dirigiam-se diretamente ao probabilismo. De fato, não se trata aqui do probabilismo como o conhecemos hoje (v.g., é provável que o Brasil seja campeão mundial de futebol em 2010); trata-se da acepção antiga, empregada para designar o que pode ser provado, ou aprovado; ou seja, todo ato que é suscetível de aprovação por uma autoridade reconhecida - por exemplo, o caso de um confessor que praticasse o probabilismo declarando lícito tal ou qual ato do repertório penitencial (comer carne na quaresma, por exemplo) porque ele próprio ou alguma autoridade reconhecida o considera ou considerou desse modo. Portanto, trata-se de uma moral mais tolerante e menos centralizada numa única autoridade religiosa. O laxismo não foi uma invenção dos jesuítas, nem o casuísmo, cuja lógica informa a aplicação do probabilismo. De fato, duas grandes tendências de concepções religiosas na cristandade ocidental, muito anteriores ao tempo das reformas religiosas no século XVI, enunciam as perspectivas penitenciais (LE GOFF, 1993): o pelagianismo (uma visão otimista, quanto à salvação) e o agostianismo (que informa a idéia de predestinação e que está na base do rigorismo puritano calvinista – do

lado protestante – e do rigorismo puritano jansenista – do lado católico. Para os jansenistas, a graça eficaz era a única força que propiciava a salvação do homem, irremediavelmente imerso na depravação original. O pessimismo trágico ancorava-se na idéia de predestinação que conduzia à salvação, para toda a eternidade, alguns eleitos especificamente predestinados, quaisquer que fossem os méritos demonstrados por infelizes nascidos exclusivamente para a danação (LACOUTURE, 1994, p. 343-386).

Pensamos que as duas correntes (jesuitismo e jansenismo) apresentaram-se na formação histórica luso-brasileira, na virada do século XVIII para o XIX. A influência dos jesuítas na formação cultural e ideológica no Brasil é fato bastante trabalhado pela historiografia. Igualmente bastante trabalhada é a questão da expulsão dos jesuítas pelo Marquês de Pombal. Também temos várias indicações de uma presença ultramontana, com todo o seu corolário de inflexibilidade e rigor moral, entre os juristas brasileiros até meados do século XIX. Duas referências informam nossa assertiva: a acusação de que Pombal era jansônico, feita por Cândido Mendes na abertura do seu livro *Direito civil eclesiástico brasileiro* (ALMEIDA, 1866); a segunda evidência diz respeito à célebre polêmica entre Augusto Teixeira de Freitas e Caetano Alberto Soares, na reunião do IAB destinada à emissão de parecer solicitado pelo governo aos jurisconsultos do Instituto acerca da presunção de liberdade de uma escrava (MEIRA, 1983; GRINBERG, 2002; PENA, 2001). Augusto Teixeira de Freitas, apresentado como romanista, com uma leitura pouco flexível e dogmática (seria rigorista?) do texto da lei, sobretudo aquela do direito romano, era de opinião de que o filho de uma escrava mantida libertada pelo testamento do seu proprietário, desde que o servisse enquanto vivo fosse, seria considerado escravo. Para Caetano Alberto, jurista e eclesiástico (de formação jesuítica), este seria livre. O desdobramento da divergência implicou episódio bastante conhecido e tratado pela historiografia. Como houve divergência entre os jurisconsultos, os pareceres foram submetidos à votação no IAB. O parecer de Caetano Alberto foi o mais votado, e Augusto Teixeira de Freitas demitiu-se da presidência do Instituto. Isolou-se do convívio com seus pares e, ainda, não concluiu a obra de redação do projeto de código civil encomendada pelo governo. Por que da intolerância de Augusto Teixeira de Freitas, presente no seu parecer sobre o filho da escrava, presente também na atitude de intransigência diante de uma derrota, política e teórica, para Caetano Alberto? Pensamos que sua formação jurídica, muito formal e coimbrense (realizada no momento pós-reforma

do ensino pombalina – 1772) poderia ter sido responsável pelo dogmatismo jurídico de Augusto Teixeira de Freitas. Este dogmatismo no campo do direito era, entretanto, acompanhado de dogmatismo e fundamentalismo religioso ultramontano (NEDER; CERQUEIRA FILHO, 2000); teria sido este fundamentalismo resultante da apropriação do jansenismo?

Acreditamos que nossa abordagem pode contribuir para a identificação de problemas e a criação de condições para o planejamento de políticas com vista à mudança social e cultural nas diferentes áreas de abrangência da formação profissional jurídica - sobretudo porque os estudos sobre a impunidade carecem de uma reflexão mais acurada, que vá além dos trabalhos sobre crimes do colarinho branco. Em sua grande maioria, estes trabalhos operam articulando as causas econômicas e sociais da impunidade, com pouca, ou quase nenhuma, referência aos aspectos culturais.

A hipótese que nos orienta é que o pensamento penalista luso-brasileiro é fortemente marcado pela perspectiva penitencial jesuítica, fundamentada no tomismo, na idéia de livre-arbítrio e no probabilismo casuista (no sentido antigo: o que pode ser provado ou aprovado por uma autoridade reconhecida). Deslocando a absolvição dos pecados para fora da problemática agostiniana da graça e da predestinação, tal perspectiva permitiria ao confessor estender o perdão àqueles que provavelmente se arrependeriam dos

atos praticados, ou àqueles que ignoram que seus atos são condenáveis. Neste sentido, o laxismo moral teria possibilitado, cultural e ideologicamente, a seletividade penal (qualificação jurídica diferenciada de réus e vítimas/ foro privilegiado/ prisão especial para portadores de diplomas universitários, etc.). A penetração, no mundo luso-brasileiro, da perspectiva jansenista (rigorista e implacável na concessão da absolvição), presente entre vários pensadores ultramontanos, não atingiu, ou atingiu muito pouco, o pensamento jurídico-penal, especialmente no Brasil.

Trabalhamos combinadamente com a história das idéias e da cultura política (e jurídica), identificando as correntes de pensamento e os conteúdos temáticos. Verificamos o processo de produção, circulação e apropriação cultural, tendo em vista os contextos históricos, teóricos e ideológicos dos discursos jurídicos.

A história da impunidade no Brasil e outras questões contingentes (pecado, penitência, perdão, indulgência, criminalização e punição), nos

moldes como as estamos enfocando, ainda não foram abordadas. No entanto, a história do tempo presente (sobretudo a pauta do debate político na sociedade brasileira de hoje) orienta como nunca o inquérito histórico: as queixas aumentaram e as autoridades vêm sendo cobradas. Daí a pergunta: efeito de imagem ou aumento real da impunidade? Impunidade menos tolerada ou menos controlada? Se a impunidade é menos tolerada no tempo presente, quais teriam sido as condições históricas (culturais, morais e ideológicas) para sua tolerância no passado? Estas são questões cujo interesse obriga a seguir possíveis permanências e mudanças de cultura, vistas numa perspectiva de longa duração.

Nesta forma de abordagem, encontramos inspiração nos trabalhos de alguns historiadores. Georges Vigarello (1998) analisa a história do estupro entre os séculos XVI e XX. O autor realiza um percurso longo e minucioso de identificação e contextualização histórica do pensamento jurídico e da moral religiosa. Guy Bechtel (1994) retoma a história da confissão e do tratamento dispensado à sexualidade pela teologia moral desde a reforma religiosa católica (no século XVI) até o tempo presente.

Pensamos que o estudo histórico das idéias jurídicas pode delinear os contornos da cultura jurídica difundida na formação social, mapeando suas relações com a culpa, a penitência e a indulgência impostas pelas práticas religiosas e amalgamadas às formações inconscientes presentes na ideologia. Vemos o estudo histórico destas idéias jurídicas como permitindo a escavação destas práticas, para torná-las mais transparentes, descortinando uma presença secular nas relações microscópicas da formação histórico-social. Sem dúvida, é fundamental o destaque a culpabilização/criminalização, penitência/punição e indulgência/impunidade como componentes das ideologias jurídicas de uma formação histórica que “julgá” e “condena” um suspeito sem que este tenha possibilidade de defesa até que ele próprio, se sobreviver, prove sua inocência; e, a um só tempo, encobre, posterga e dificulta a apuração de crimes praticados pelos setores dominantes. Esta maneira de encarar as normas jurídicas e o disciplinamento constitui uma violação dos direitos individuais e universais, tal como postulados pelo pensamento burguês-liberal (do paradigma legalista) que, por sua vez, preside as concepções jurídicas formais (através de legislações específicas) que informam a construção de normas de (i)legalidades. Exatamente nesta disjunção é que localizamos um ponto de tensão que acaba por

favorecer o arbítrio e o não-cumprimento da lei, ou, melhor dizendo, a ignorância simbólica da lei (CERQUEIRA FILHO, 1993).

Em termos da abordagem metodológica da cultura jurídica, não se trata de considerar o arbítrio, a discriminação e a impunidade que acompanham as práticas e o pensamento jurídico no mundo luso-brasileiro tão-somente como um fato corriqueiro e banal, próprio, por exemplo, dos períodos de transição de uma cultura tradicional para a modernidade, em que conviveriam as concepções jurídicas burguesas (tidas como “racionais” e “civilizadas”) com as práticas e costumes arcaicos que permaneceram na estrutura histórico-ideológica. Neste particular, temos lançado mão das reflexões do antropólogo francês Georges Balandier (1969) na direção de uma perspectiva culturalista que ele chama de “dinamista” da passagem à modernidade (ou às modernidades, para sermos mais fiéis à sua proposta metodológica).

Nesta perspectiva, descortinam-se alguns caminhos que permitem uma análise dialética da passagem à modernidade. Assim, as “permanências culturais” não são meros entulhos arcaicos a serem removidos pela “civilização”, oriunda de uma miragem racional-legal (ou outra qualquer) projetada pela construção da ordem burguesa que representa uma “evolução”. Também não se constituem enquanto um “traço cultural” (um *topos*) estruturante, cuja repetição adquire um caráter anistórico. Ao contrário, as permanências culturais são tomadas como componentes constitutivos da estrutura social que dialeticamente são apropriados culturalmente (mesmo que, em algumas representações simbólicas, repetidamente) e imprimem as especificidades. Os efeitos de continuidade e ruptura não podem ser apreendidos aprioristicamente, e a análise social, política e ideológica deve apontar as possibilidades históricas a serem cunhadas pela dinâmica social.

A cultura jurídica é tomada, assim, como um dos aspectos constitutivos da formação ideológica. Mais que permanência cultural, sua presença faz-se, ainda, ativa nas formações inconscientes e seu raio de ação é muito maior e desconhecido do que imaginamos à primeira vista. Essas permanências culturais têm perambulado pelo acontecer social, através da repetição na qual o retorno do que foi reprimido anuncia a sua presença (obviamente, não numa forma cultural pura, mas mediada pelas várias apropriações que historicamente o condicionam).

Do ponto de vista da história das idéias jurídicas e políticas e suas implicações metodológicas, adotamos vários procedimentos e métodos

conhecidos e há muito tempo empregados no campo da História. A análise e a interpretação de conteúdos, temas, autores e correntes de pensamento oferecem um caminho seguro para alcançar os resultados esperados. Estamos atentos, portanto, para o fato de que a herança positivista e evolucionista pode vir a impor o deslizamento para uma visão prismática ou hiperbólica, ora do peso do sujeito individual, ora do peso do condicionamento social nos estudos da história das idéias.

Sobretudo nos estudos do campo político, das idéias políticas (e jurídicas), a consideração da intencionalidade e das opções de agentes históricos em situações políticas decisórias não implica, necessariamente, por parte da interpretação historiográfica, uma visão conspirativa do processo histórico, como recentemente tem sido colocado no debate historiográfico brasileiro. Diferentemente de outros objetos de estudo (como a história social da vida cotidiana, por exemplo), em que o acaso e o inusitado ficam mais evidentes, o historiador da política institucional, da cultura política ou da história das idéias políticas e sociais depara-se com documentos formulados voluntária e intencionalmente pelos atores políticos implicados (trata-se de páginas e páginas de relatórios, teses, artigos, projetos, estatutos, leis, etc.). O desafio interpretativo é, portanto, grande. Como fazer uma análise histórica do poder e das idéias políticas, sem mencionar as organizações, as estratégias, as conspirações políticas? Como não atentar para o fato de que os poderes públicos (executivos, legislativos e judiciários) e não públicos (mormente, as instituições religiosas e partidárias) doutrinam e dissimulam, intencionalmente, a gravidade de certas situações políticas? Como, ainda assim, o acaso e o imprevisto podem ser considerados e interpretados?

No caso das preocupações que norteiam este trabalho, consideramos: como pensar a oposição entre jansenistas (rigoristas) e jesuítas (laxistas), sem perder de vista os diferentes contextos históricos onde tal debate ocorreu? São vários os momentos a serem compulsados, e destacamos pelo menos dois: o primeiro momento é o dos debates no Concílio de Trento e seus desdobramentos no interior da reforma católica romana (século XVI/XVII). Progressivismo e modernidade dos jesuítas, com o laxismo e a adoção do tomismo *versus* conservadorismo agostianiano dos jansenistas (e quiçá resistência aristocrática feudal diante da centralização monárquica absolutista francesa) (LACOUTURE, 1994), que os aproximaria da reforma protestante puritana? Neste caso, devemos redobrar os cuidados para não incorrermos nos equívocos do presentismo, ou seja, pensar o passado com os olhos do presente e

responsabilizar os jesuítas pela cultura da impunidade no tempo presente. Um segundo momento implica a observação dos efeitos políticos, morais, ideológicos e culturais deste debate em fins do século XVIII e primeira metade do XIX, especialmente no pensamento jurídico-penal.

É notoriamente sabido que este ramo do direito (penal) não fez escola no mundo luso-brasileiro, na mesma proporção que o do direito constitucional, por exemplo. Aqui, também, temos várias perguntas. Quais as influências da moral religiosa jesuítica e da jansenista entre os penalistas? Apesar da forte presença cultural jesuítica em nossa formação educacional como um todo, o jansenismo, e outras formas de doutrinação e vivência da espiritualidade cristã, não deixou de se fazer presente. Onde sua influência? Se, numa primeira leitura de algumas fontes bibliográficas de época, identificamos uma maior influência do jesuitismo e do tomismo no pensamento jurídico-penal, não podemos descartar com facilidade outras tendências.

É, portanto, na análise dos diferentes projetos políticos e, sobretudo, na dinâmica das lutas ideológicas e dos conflitos sociais e políticos que devemos focar nossa análise da histórica da cultura jurídica e das idéias políticas acerca dos direitos.

2 PUNIÇÃO E IMPUNIDADE NAS DÉCADAS DE 1830-40:

A história das idéias jurídicas no campo penal face ao processo de laicização, e suas influências no pensamento social e jurídico-político são aqui analisadas a partir dos debates parlamentares no Brasil no contexto da elaboração, discussão e aprovação do Código Criminal (1830), com destaque para os diferentes encaminhamentos em torno da pena de morte e galés.

Na sessão de 13 de setembro de 1830, o deputado Pinto Chichorro encaminhou um requerimento que tratava da inclusão da pena de morte e de galés no projeto de código criminal (ANNAES, 1878).

O debate que se seguiu é interessante, porque possibilita identificar duas posições políticas e ideológicas: uma, claramente a favor da manutenção de penas ainda referidas ao Antigo Regime (galés e pena de morte); a outra posição, declarava-se contrária à pena de morte e inscrevia seu posicionamento em argumentos que combinavam, a um só

tempo, o iluminismo penal (vigente e vigoroso, nas duas margens do Atlântico), com uma atualização histórica da idéia de direito natural ainda emaranhada nos fundamentos tomistas. Podemos mesmo dizer que, nesta atualização histórica, a modernidade da concepção tomista é estruturante do conjunto de argumentos a ser encaminhado pelos juristas que compunham a comissão que discutia no Parlamento Brasileiro a criação de um código criminal moderno no Brasil.

Neste sentido, para os limites deste trabalho, discutiremos os argumentos da segunda posição, por expressarem a tentativa de introdução de uma outra visão sobre a punição, mais moderna, e ilustrada.

Interessante observar que as penas de galés e degredo (aplicadas amplamente no Antigo Regime) foram mantidas. Não encontramos grande ênfase ou polarização quanto à sua manutenção na documentação que pesquisamos. Concluímos que sua permanência foi admitida como uma salvaguarda. A sua aplicação foi bastante limitada, e bastante referida à punição às sedições e revoltas militares.

Contudo, em relação à pena de morte, encontramos uma discussão mais acalorada.

Um dos argumentos empregados atribuía a insistência na manutenção das penas de morte e galés às idéias erradas acerca das penas em geral que tinham os advogados. Toda a lei civil deveria ser derivada da lei natural, vista como sendo a grande **lei** que impeliria os homens a fugirem das más ações e a seguirem o caminho do bem e que tinha conduzido os homens à civilização, apesar dos esforços que o despotismo vinha fazendo. A promoção das instituições públicas, que permitiria ao homem conhecer seus direitos e deveres com a nação, possibilitaria o respeito entre os semelhantes. Este raciocínio conduziu a defender a criação de casas de correção, que propiciariam a instrução primária e moral pública. A pena de morte foi denunciada como injusta e desigual, sendo aplicada conforme a pessoa e não conforme o crime. E ilustrou o seu argumento:

Um vagabundo, um fugitivo perseguidor [...], privado de todas as commodidades, um verdadeiro infeliz, a morte lhe não é tão penosa como do homem acostumado a todas as delícias da vida: e este último terá mais amor á vida; ao primeiro a morte é um allivio, á esse é ‘angustia’, é inferno. Eis- aqui, meus

senhores, crimes idênticos com penas desiguais ((ANNAES, 1878).

Para legitimar os argumentos, recorria-se a citações de juristas estrangeiros; Livingston, referido ao código criminal da Luisiânia (um estado escravista dos EUA) estava sendo tomado pelos legisladores brasileiros como fonte de consulta para a elaboração do código brasileiro. Foi encomendado um exemplar do código criminal da Luisiânia e, em seguida, votou-se para que se preparasse, o mais rápido possível uma tradução do mesmo. Seguiu a defesa da abolição da pena de morte, buscando legitimidade no exterior. Afirmava-se, por fim, que a pena de morte era imoral, pois, por sua publicidade, fazia perder em parte o horror de ver derramar o sangue humano.

Vários argumentos do pragmatismo político inspirado em Bentham eram vocalizados: que a pena de morte trazia consigo a impunidade, porque ninguém quereria concorrer para a morte de seu semelhante. Quando o crime praticado previa como punição a pena de morte, as testemunhas não relutavam em depor a verdade e os juízes evitavam uma sentença fatal.

O mais interessante, contudo, é que, em seguida, o pragmatismo político cedeu aos argumentos de ordem religiosa:

Póde por ventura tirar-se o que não pôde dar-se! O direito de tirar pôde ser considerado como justo, quando pôde haver indemnização.. ora, sendo a vida uma cousa que pôde facilmente tirar-se mas não indemnizar-se, isto é, restituir-se a quem perdeu: está claro que não é concedido ao homem este direito, e só sim pertence à divindade, que só esta pode dar e portanto tirar. Logo, este direito, que os homens indiscretamente exercem, é uma verdadeira usurpação do direito divino ((ANNAES, 1878, p. 505).

Bernardo Pereira de Vasconcelos (1999) tinha posições contrárias à pena de morte, defendidas, por exemplo, em pronunciamento feito em 1826, questionando a lei de 11 de setembro que determinava que se não executassem as sentenças de morte sem que fossem ao conhecimento do imperador para perdoar.

O pronunciamento de um dos parlamentares que mais influência exerceu, no projeto de código criminal, Bernardo Pereira de Vasconcelos, problematizou a questão que nos parece a mais delicada para os

constituintes das leis penais: a condição jurídica dos escravos (ANNAES, 1878, P. 507). “Parece-me pois que todos os senhores que fallarão sobre esta maneira devem ilustrar á commissão, sobre as penas que devem substituir a de morte e a de galés. Devem tambem declarar-se se este código comprehende os escravos”.

Com quase toda certeza, a introdução da problemática escravista neste debate parlamentar funcionava como uma verdadeira ducha de água fria nos ânimos liberais do penalismo iluminista, mesmo que, no Brasil, as posições liberais estivessem edulcoradas pela catolicidade da intelectualidade do campo do direito. Vasconcellos reforçou seus argumentos afirmando que não haviam sido ainda tratadas as sugestões sobre que penas iriam substituir, na codificação, as de morte e galés. Na mesma sessão de 14 de setembro, o deputado Martin Francisco contestou os argumentos em prol da manutenção da pena de morte, relacionados à possibilidade de aumento da criminalidade entre os escravos; o cometimento do crime pelo escravo, sem a pena de morte, seria uma das vias para que se livrasse do jugo do senhor.

Disse-se que os escravos, e outros homens acostumados a serviços penosos commetterão crimes, porque melhorarião de condição indo para uma prisão sem trabalho. Sr. presidente, é sabido, que todo homem habituado ao trabalho morre quando delle é privado. Sr. presidente, a pena de morte, não é para os escravos; é sabido que elles acreditão que morrendo voltão ao seu paiz, e por este lado a pena de morte é um incentivo ao crime (ANNAES, 1878, p. 507).

O deputado Antônio Pereira Rebouças também assumiu a defesa da abolição da pena de morte e galés. Seus pronunciamentos, fortemente inscritos na luta constitucionalista, mas relativamente distante do paradigma legalista iluminista, fazia freqüentes referências ao poder de Deus: considerou um “[...] absurdo o poder que se arrogão os homens de a impor contra o poder de Deus [...]” (ANNAES, 1878, p. 508). Com relação às galés, incitou a reflexão sobre sua ineeficácia, sobretudo pela possibilidade de constituir-se em estímulo para criminosos, vindo a tornar-se colégios e academias de depravação.

Traterei tambem da pena de galés. Ella não é tão horrorosa como a pena de morte, nem viola igualmente os princípios naturais e sociais mais sagrados; comtudo deve ser abolida porque não melhora, antes deprava o criminoso; e quem é

contra as boas vistas da legislação penal. É preso o homem e lançado na enxouvia, ahi é o seu primeiro ‘collegio’ de depravação. É condenado, e passa ás galés; ahi a sua academia. Donde resulta, que não só se desmoralisão de todo, como que depravando-se aprendem a commeter sem horror e com sucesso, todos os crimes pelo conhecimento adquirido de prevenir e frustrar todas as cautelas e esforços que se lhes opponhão e empreguem. E se a justiça um dia alcança de ‘voto’ o criminoso dessa ordem, é depois que elle tem posto em practica as maiores atrocidades. A pena de galés é pois perniciosa em vez de conducente a melhorar o criminoso e reprimir pelo exemplo. Passe, porém, muito embora a pena de galés e nunca a de morte [...] (ANNAES, 1878, p. 508).

J. Bentham é citado: “[...] melhor fora conservar a existência ao criminoso arrependido e apto a melhorar de vida e tornar-se ainda prestável a si e à sociedade [...]”; acompanhado de Edward Levingston, Charles Lucas, Liancourt, Esquirol, Tailandier, Wright etc.

O processo de circulação de idéias do iluminismo penal envolveu, sem dúvida, os juristas brasileiros que estiveram à frente da tarefa de codificar a primeira legislação penal pós-emancipação política. A modernização e atualização dos intelectuais do campo jurídico (em termos de leituras, autores e referências) atestam este processo. Nesse sentido, não consideramos a existência de um atraso da intelectualidade brasileira do campo do direito em relação aos pólos europeus neste processo de circulação de idéias e apropriação cultural. O atraso ou defasagem (na verdade duplo atraso: entre Brasil e Portugal e entre Portugal e o resto da Europa) é pressuposto na historiografia brasileira (FAORO, 1993; FALCON, 1982). Pensamos diferentemente desta historiografia: a circulação de idéias e livros ocorria simultaneamente à circulação de mercadorias e de pessoas num amplo processo de trocas que envolviam várias formações históricas. A intelectualidade brasileira estava atualizada teórica e ideologicamente face às principais discussões daquela temporalidade.

Contudo as permanências culturais se nos revelam componentes constitutivos da estrutura social que dialeticamente são apropriados culturalmente (mesmo que, em algumas representações simbólicas, repetidamente) e imprimem as especificidades. No caso da formação histórica brasileira na conjuntura do primeiro código criminal, observamos a permanência de concepções atreladas ao pensamento e

visão de mundo religiosa, tomista. Portanto, os efeitos de continuidade e ruptura não podem ser apreendidos aprioristicamente, e a análise social, política e ideológica deve apontar as possibilidades históricas a serem cunhadas pela dinâmica social.

Nesse sentido, a cultura jurídica é tomada como um dos aspectos constitutivos da formação ideológica. Como temos sustentado, mais que permanência cultural, sua presença faz-se ativa nas formações inconscientes e seu raio de ação é muito maior e desconhecido do que imaginamos à primeira vista.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Direito civil ecclesiástico brasileiro antigo e moderno em suas relações com o direito canônico ou coleção completa chronologicamente disposta desde a primeira dinastia portugueza até o presente comprehendendo, além do Sacrosanto Concílio de Trento ... missões, etc., etc.* Rio de Janeiro: Garnier, 1866.
- ANNAES do Parlamento Brasileiro, Câmara dos Deputados, t. 2, sessão de 13 de setembro de 1830. Rio de Janeiro: Typ. H. J. Pinto, 1878.
- BALANDIER, Georges. *Antropología política*. São Paulo: Difel, 1969.
- BALANDIER, Georges. *Teoria de la descolonización*. Buenos Aires: Espasa Calpe, 1952.
- BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- BECHTEL, Guy. *A carne, o diabo e o confessor*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.
- BERGALLI, Roberto. *História ideológica do controle social*. Barcelona: PPU, 1989.
- BOSSY, John. *A cristandade no ocidente, 1400-1700*. Lisboa: Edições 70, 1990.
- CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Bernardo Pereira de Vasconcellos*. São Paulo: Editora 34, 1999. (Coleção Formadores do Brasil).

- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Ideologia do favor & ignorância simbólica da lei*. Rio de Janeiro: Imprensa do Estado do Rio de Janeiro, 1993.
- DELUMEAU, Jean. *Naissance et affirmation de la réforme*. Paris: PUF, 1965. (Nouvelle clio).
- DELUMEAU, Jean. *A confissão e o perdão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o medo: a culpabilização no Ocidente, séculos 13-18*. Franca: EDUSC, 2003. 2 v.
- FALCON, Francisco José Calazans. *A época pombeiriana: política econômica e monárquica ilustrada*. São Paulo: Ática, 1982.
- FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político no Brasil?* São Paulo: Ática, 1993.
- GRINBERG, Keila. *O fiador dos brasileiros*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- HESPAÑHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.
- HESPAÑHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- LE GOFF, Jacques. *O nascimento do purgatório*. Lisboa: Estampa, 1993.
- LACOUTURE, Jean. Os alvos de Pascal. In: _____. *Os Jesuítas*. Porto Alegre: L&PM, 1994. 2 v., p. 343-386.
- LACOUTURE, Jean. *Montaigne a cavalo*. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. 2. ed. Brasília, DF: Cegraf, 1983.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- NEDER, G.; CERQUEIRA FILHO, G. *Criminologia e poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. (Coleção brasileira de criminologia).
- NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Idéias jurídicas, poder e autoridade na família*. Niterói: UFF/CNPq, 2000. Relatório de pesquisa.
- PASCAL, Blaise. *As provincias*. [S.l.: s.n.], 1656-1657.

PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial*. Campinas: UNICAMP, 2001.

VAUCHEZ, André. *A espiritualidade na Idade Média Ocidental*, séculos VIII a XIII. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

VIGARELLO, Georges. *História da violação, século XVI-XX*. Lisboa: Estampa, 1998. (Coleção nova história).