

O PARADIGMA LEGALISTA, CULTURA JURÍDICA E RELIGIÃO EM PERSPECTIVA TRANSDISCIPLINAR (HISTÓRIA E DIREITO)

THE LEGALISTIC PARADIGM, LEGAL CULTURE AND RELIGION IN A TRANSDISCIPLINARY PERSPECTIVE (HISTORY AND LAW)

GIZLENE NEDER¹

RESUMO: Neste artigo enfocamos as apropriações culturais e a circulação de ideias no contexto de afirmação do paradigma legalista na passagem à modernidade na formação social brasileira no século XIX e sua extensão ao século XX. Nesta temporalidade, podemos observar, através de abordagem metodológica interdisciplinar analítica entre História e Direito, o processo de discussão e aprovação das codificações modernas no Brasil. Abordamos o constitucionalismo em suas implicações nas leis civis e penais. Realizamos uma análise de conteúdo das ideias presentes nos dispositivos legais à luz das lutas político-ideológicas que emergem das contradições históricas que envolvem o campo jurídico e suas implicações com a cultura religiosa.

1069

PALAVRAS-CHAVE: Cultura Jurídica; Interdisciplinaridade; Paradigma Legalista.

ABSTRACT: In this article we focus on cultural appropriations and the circulation of ideas in the context of the affirmation of the legalist paradigm in the passage to modernity in Brazilian social formation in the nineteenth century and its extension into the twentieth century. In this period, we can observe the process of discussion and approval of modern codifications in Brazil through an interdisciplinary analytical methodological approach between History and Law. We approach constitutionalism and its implications for civil and criminal law. We carry out a content analysis of the ideas present in the legal provisions in the light of the

¹ Doutora em História (USP), mestre em Ciência Política (IUPERJ). Professora Titular do Departamento de História da Universidade Federal Fluminense, do Programa de Pós-Graduação em História Social e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ). Editora de *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*.



political-ideological struggles that emerge from the historical contradictions surrounding the legal field and its implications for religious culture.

KEYWORDS: Legal culture; Interdisciplinarity; Legalistic paradigm.

PARADIGMA LEGALISTA, SENTIMENTOS POLÍTICOS E AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO

Os sentimentos políticos afetam as relações entre o pensar e a prática dos operadores do campo das Humanidades, aí incluído o campo jurídico referido a uma variedade de atuações profissionais formados pelas faculdades de direito, entre juízes, promotores, procuradores, policiais. Propomos analisar a problemática que envolve a recepção do paradigma legalista na formação social brasileira, desde quando ainda sob o império luso-brasileiro na passagem para o século XIX, numa abordagem transdisciplinar, visando ampliar o leque de observação, incluindo outras dimensões do processo de apropriação das ideias do iluminismo jurídico. Objetivamos, assim, analisar a recepção do constitucionalismo moderno no Brasil e suas implicações na cultura jurídica e na história do direito.

O constitucionalismo inscreveu-se nas lutas históricas contra as formações políticas do Antigo Regime na Europa e seus prolongamentos coloniais. Já na conjuntura do processo de independência no Brasil, e mais especificamente a partir da Revolução Liberal do Porto (1920) e a conseqüente convocação das Cortes, várias juntas de governo foram sendo instaladas no Império luso-brasileiro.² Os embates políticos em Portugal (e no Brasil) contra o absolutismo bragantino implicaram confrontações de ideias e lutas políticas, entre “corcundas” e “constitucionais”.³

As divisões temáticas nas quais se estrutura o campo jurídico (direito constitucional, direito civil, direito penal, direito administrativo), quando trabalhadas de forma estanque tal como as especializações foram sendo constituídas entre os séculos XIX e XX podem ter produzido efeito de forclusão de vários aspectos do processo histórico-social sobre o qual o direito atua. Tanto nas pesquisas quanto nas interpretações de seus resultados observa-se uma repetição na eleição das problemáticas e na formulação de hipóteses afirmadas pela bibliografia hegemônica.

Nossa hipótese é de que através da observação da recepção do paradigma legalista que implicou a modernização das legislações (inclusive no Direito Constitucional) podemos colher mais informação sobre uma dada formação histórico-social se observarmos o conjunto mais amplo de criação de codificações. Estabelecidas, portanto, as constituições, as expectativas voltam-se para a

² BERNARDES, Dênis Antônio de Mendonça. *O Patriotismo Constitucional: Pernambuco (1820-1822)*, São Paulo: Hucitec, 2006.

³ NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. *Corcundas e Constitucionais - a Cultura Política da Independência (1829-1821)*, Rio de Janeiro: Revan 2003.

formulação de um código civil e outro penal. A questão fundamental para a vigência de uma constituição é o pacto política que resulte em aceitação e eficácia na aplicação da lei. Provavelmente as explicações sobre o pacto constitucional (seu sucesso ou seu fracasso) possa ser encontrada através da observação dos códigos civil e penal.

Em nossas pesquisas mais recentes, por exemplo, encontramos respostas para alguns impasses referidos ao direito penal no direito civil: a violência institucional e social, que vem colocando parcela significativa da sociedade brasileira em situação de vulnerabilidade (a matança de jovens de comunidades pobres; o abandono de crianças e adolescentes; insegurança pública e uma justiça criminal tão mortífera quanto ineficaz).

No campo jurídico, tanto quanto nas demais ciências humanas e sociais, o olhar para fora das especializações pode ampliar o campo de observação e produzir efeitos sobre a produção de conhecimento socialmente válido.

Com estas premissas, temos incorporado em nossas pesquisas algumas dimensões operadas pelo campo religioso, tanto em seus aspectos políticos quanto culturais, sugestão que colhemos na obra de Hannah Arendt, *“Eichmann em Jerusalém”*.⁴ Neste livro onde analisa o julgamento do carrasco nazista por crimes contra a humanidade, realizado em Jerusalém nos anos 1960, Hannah Arendt faz uma crítica direta e radical às proibições dos casamentos mistos, presente nos fundamentalismos religiosos (no caso, ela se refere ao fundamentalismo judaico, mas o mesmo ocorreu com outras religiões). Esta proibição revela a intolerância política e religiosa, e a inflexibilidade calcada na ideia de pureza (religiosa, mas também política e/ou étnica) que marcam as práticas de extermínio nos crimes contra a humanidade. Marcam, porque abrem possibilidades de consideração de que os “eleitos de Deus”, sendo mais “puros”, são mais “humanos” que outros humanos.

Ao colocarmos juntos os temas de direito de família e direito penal recuperamos um estado anterior da discussão sobre os direitos na modernidade capitalista, quando direito penal ainda estava amalgamado a outros direitos dada a extensão do pátrio poder nas legislações régias (tanto quanto no caso, o direito civil eclesiástico). Portanto, bem antes das “especializações” científicas afirmadas enquanto novos *canons* nas práticas intelectuais a partir da afirmação do Iluminismo.

Nossa pauta temática busca responder ao desafio de pensar as relações de poder, que falam ao campo jurídico a partir da religião e da cultura. Para nós, constitui uma demanda republicana que nossas pesquisas e a energia pulsional que delas decorre procure responder sobre paradoxos e perplexidades advindos de uma ordem política tão autoritária como a da sociedade brasileira e que, ao mesmo

⁴ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*, São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

tempo, mostra-se incapaz de atuar sobre políticas públicas eficazes para a educação, saúde, assistência e segurança pública

As disputas entre a Igreja e o Estado, por seu turno, têm implicado um processo de secularização dubitativo e melífluo, que vem demarcando campos de disputa acirrada com efeitos sobre a ordem republicana. Assim que temos buscado a identificação das permanências culturais de longa duração e afirmamos a extensão da “Questão Religiosa” no Brasil republicano para abordar as formas de apropriação cultural da reforma religiosa de Leão XIII (virada do século XIX para o XX) e o impacto sobre o campo jurídico-político da atualização histórica do tomismo como ‘filosofia’ na passagem para a modernidade.⁵

Queremos, com isso, apontar que o debate sobre o processo de circulação e recepção de ideias iluministas (liberalismo / autoritarismo, constitucionalismo) acumulado e consolidado sobre o lugar das ideias, restrito, de um modo geral, às ideias políticas (os paradoxos entre liberalismo e escravidão) e as modas intelectuais e estéticas (na literatura), deve se realizar também em relação ao iluminismo jurídico.

A justiça criminal no início da república brasileira (outra consideração exemplar) apropriou ideias que circulavam nas duas margens do Atlântico. Encaminhou modernizações como a criação de novos presídios (inclusive de penitenciárias agrícolas); ou da Escola Quinze de Novembro para “menores infratores”. A prisão celular revela uma opção pelo modelo punitivo do puritanismo protestante (EUA). Baseia-se na ideia de que o indivíduo deve ser isolado para refletir sobre seus erros, crimes etc. Contudo, não se pode avaliar se os ideólogos do campo jurídico que encaminharam o Código Penal em 1890 tinham clareza sobre as implicações político-religiosas da prisão celular. Também não podemos dizer que a cultura religiosa diferenciada (catolicismo e protestantismo) estivesse fora dos debates políticos do campo intelectual brasileiro. Os efeitos da “Questão Religiosa” estavam vivos no início da República. As disputas entre a Igreja e o Estado envolveram o governo imperial e os bispos de Olinda e do Pará que haviam desacatado o beneplácito régio e perseguido os religiosos ligados à maçonaria. As disputas ecoaram pelas décadas de 1880-90. D. Macedo da Costa (bispo do Pará) seguiu com atividades políticas na imprensa até sua morte em 1891. Combatia a chegada do protestantismo pelo norte do país, através de missionários norte-americanos.

O campo intelectual brasileiro participou do debate político entre o campo católico ultramontano (conservador-clerical) e o catolicismo ilustrado (moderno-conservador, geralmente ligado à maçonaria). Apropriara o pragmatismo

⁵ NEDER, Gizlene. ‘A Questão Religiosa’ no Brasil Republicano, In Neder, Gizlene; Barcelos Ribeiro da Silva, Ana Paula; Vieira de Sousa, Jessie Jane. Intolerância e Cidadania. Secularização, Poder e Cultura Política, Rio de Janeiro: Editora Autografia, 2015.

pombalino, antipapista e regalista; era leitor de Bentham e Voltaire ⁶. Os sentimentos políticos foram configurados pelas apropriações difusas ou intencionais de diferentes culturas religiosas dentro da cristandade ocidental; e atuaram sobre a prática punitiva de sociedades modernas secularizadas.

As disputas políticas no interior do campo católico originaram-se de divergências teológicas. A reforma do ensino empreendida pelo Marquês de Pombal (1772) expulsou os jesuítas e convidou os oratorianos para dirigir o ensino. Os oratorianos eram opositores dos jesuítas no campo católico. Defendiam modernidades com ênfase na Matemática; estavam teologicamente próximos do jansenismo de Pascal. As divergências entre eles situavam-se nas concepções sobre pecado, penitência e perdão (a salvação). Os teólogos jansenistas (Jansênio, teólogo católico considerado próximo do calvinismo) atualizavam as concepções agostinianas de predestinação (ao mal) e à graça; suas posições penitenciais eram consideradas *rigoristas*. Os teólogos tomistas jesuítas eram probabilistas; levavam em conta a possibilidade do arrependimento ou do desconhecimento dos pecados pelo pecador; eram considerados *laxistas*. A defesa da pena de morte está associada à concepção rigorista de predestinação ao mal. Os efeitos sobre a política de justiça criminal implicam a descrença nas possibilidades de recuperação dos criminosos.

Rui Barbosa, maçom na juventude e depois reconvertido ao catolicismo romano, foi o grande artífice do arcabouço jurídico-institucional nos primórdios do regime republicano. Os reformadores republicanos conheciam os argumentos comparativos entre as sociedades europeias (protestantes e católicas). Diferenciavam as opções políticas face às reformas religiosas em relação à ideia de trabalho; as (des)vantagens de uma política de imigração de trabalhadores católicos ou protestantes foram ponderadas por Tavares Bastos.

Na mesma conjuntura em que este campo moderno e reformista chegava ao poder com a República, e a Constituição separava Igreja do Estado, o campo católico romano conheceu um movimento de reforma religiosa. Procurou dissolver as diferenças entre o jesuitismo (papista) e o jansenismo, dentro da Igreja de Roma. O jansenismo defendia a autonomia das igrejas nacionais em relação à Roma; era crítico do celibato, e culturalmente apropriava o fundamentalismo agostiniano. Por seu lado, o neotomismo revigorado desde Leão XIII, em fins do século XIX, procurou redimensionar a obediência dos católicos ao papado e incorporar aspectos da modernidade.

As propostas dos reformadores republicanos para a justiça criminal em 1890 realizavam promessas de atualização histórica com a modernidade europeia e norte-americana. Ao mesmo tempo, se descompassavam face a inovações

⁶ Especialmente J. Bentham foi um dos autores mais citados e referidos nos debates parlamentares na construção das codificações no Brasil pós-independência. Cf. NEDER, Gizlene. Secularização da Lógica Punitiva: Psicologia Histórica, Cultura Jurídica e Sentimentos Políticos, in *As reformas políticas dos 'homens novos' (Brasil Império: 1830-1889)*, Rio de Janeiro: Revan 2016, p. 117-188.

teológicas e políticas do catolicismo romano neotomista; este resgatava o jesuitismo em novas bases teológicas e políticas, especialmente em relação a chamada “questão social”. Seguimos neste cento e tanto anos de República lançando mão destas duas propostas “penitenciais” em relação à justiça criminal. Dependendo do momento, clamamos contra a impunidade (sustentada pela seletividade penal do probabilismo da teologia penitencial jesuitista); ou clamamos contra o rigor e o excesso dos agentes do Estado (dado o rigorismo do pessimismo agostiniano quanto à salvação daqueles “predestinados ao mal”).

O sistema penal republicano tornou-se ambíguo: adotou penas que pressupunham a ideia de indivíduo e por isso a prisão celular (de inspiração calvinista) em uma sociedade pós-abolicionista, predominantemente holista, com hegemonia do tomismo; e onde predominava a visão escravista de mundo e seu desprezo pelo trabalho e pelos trabalhadores.

Com a Proclamação da República, sob liderança de militares positivistas e anticlericais, entraram em vigor dois diplomas legais que garantiram a permanência de práticas de controle autoritárias. A legislação penal e a secularização dos casamentos, passando-os para o foro civil. Ambas entraram em vigor em 1890. A promulgação destes dois decretos um ano antes da promulgação da lei maior (Constituição de 1891) adquiriu um caráter antecipatório e expressaram, de um lado, a manutenção dos casamentos indissolúveis (sem divórcio, tal como queria a Igreja), embora a ideia de casamento civil sugerisse a ideia de casamento como um contrato. De outro lado, com um Código Penal autoritário e repressivo, mantinha-se os trabalhadores livres dos laços de escravidão sob rígido controle e disciplina.⁷

Claramente, estamos diante de uma apropriação *sui generis* dos princípios do paradigma legalista e seu formalismo jurista. A Constituição de 1891 é designada pelos tratados de Direito Constitucional como uma constituição de inspiração liberal... pelos efeitos de descentralização política almejada pelas oligarquias regionais. Obviamente, os autores do campo da Teoria Geral do Estado (ligado ao campo jurídico) e da Ciência Política no Brasil confundiu autoritarismo com centralização política e o significado semântico de ‘liberal’ deslizou para uma equivalência com democracia.

Embora sob inspiração do rigorismo, o Código Penal (1890) não previa a pena de morte. Ao contrário, espelharam-se as necessidades históricas da conjuntura de substituição do trabalho escravo pelo livre. Mesmo carecendo de trabalhadores para constituir o mercado de trabalho, a ação ressocializadora das instituições de justiça criminal, entretanto, não ocorreu. Os investimentos em presídios e na criação de oficinas de trabalho não deram os resultados esperados. Interpretamos as permanências histórico-culturais de longa duração e os sentimentos políticos

⁷ NEDER, Gizlene (com a participação de Gisálio Cerqueira Filho). *Dois Margens: Ideias jurídicas e Sentimentos Políticos no Brasil e em Portugal*, Rio de Janeiro: Revan, 2011.

relacionadas à cultura religiosa como óbices que condenaram as modernizações das políticas criminais às ambiguidades que destacamos aqui.

Ao mesmo tempo, os problemas relacionados as leis civis (especialmente aquelas referidas ao direito de família: casamentos e filiação) afetam diretamente as políticas públicas (Educação, Assistência Social; mas também de segurança pública e de justiça criminal).

Consideramos tais permanências culturais de longa duração importantes de serem observadas, porque delineadoras de atitudes mentais e comportamento político que são apropriados historicamente e se apresentam no tempo presente. Por estarem situadas na esfera das classes dominantes, impõem decisões no campo jurídico e afetam a organização social e político-institucional do país como um todo. Afetam especialmente as estratégias da sociedade para as políticas públicas, em face da forclusão dos megaproblemas colocados por um processo de secularização inconcluso sobre o campo jurídico.

A extensão (cultural e política) do pátrio poder no Brasil afetou (afeta ainda), o encaminhamento de políticas públicas para crianças e adolescentes nos dias de hoje. E o que não falar da violência contra mulheres? Reside aí, no nosso entender, a explicação para a palidez e a ineficácia da intervenção do Estado em políticas sociais eficazes, mesmo quando enfocamos conjunturas históricas onde a presença do Estado é forte (Estado Novo ou a mais recente ditadura militar), quando a legitimidade da ação estatal não era questionada. Chega a surpreender como um Estado e uma sociedade marcados tão profundamente pelo autoritarismo não consegue desenvolver (ou mesmo impor) políticas públicas bem-sucedidas. Diferentemente da Inglaterra (e suas colônias), por exemplo, onde a caridade e a assistência à pobreza foram assumidas pelo Estado (*Poor Law*, do período elizabetano), no Brasil (como em Portugal) estas práticas ficaram restritas à esfera da Igreja (as Santas Casas de Misericórdia); e os cuidados de crianças e velhos têm sido considerados como um problema da ordem privada (das famílias). Dito de outro modo, a assistência à parte vulnerável da sociedade (crianças e velhos) tem como pressuposto serem eles um problema do *paterfamilis*, para quem todos deviam obediência e esperavam proteção.

Por seu turno, a não modernização (e a lentidão das reformas) do direito de família tem implicado impasses gravíssimos, pois o *paterfamilis* todo poderoso que deveria assumir a proteção social de mulheres e filhos, pelas práticas abusivas (especialmente em relação à não filiação de “filhos ilegítimos”), tem produzido contingentes populacionais de desamparados que ficam sujeitos ao descaso. Por sua vez, este contingente pressiona por ação do Estado para suprir com políticas públicas aqueles que foram abandonados pelo *pater*. Podemos colocar nesta conta, além do abandono dos filhos ‘ilegítimos’, o estupro e toda sorte de violência contra mulheres (especialmente em relações assimétricas com as mulheres das classes subalternizadas).

O garantismo jurídico emergido como resistência do campo jurídico europeu, mesmo combatido após os conflitos e os excessos obscenos dos regimes totalitários no contexto do nazifascismo no Segundo Pós-Guerra, vem recuperando os pactos constitucionalistas.⁸ Se não resolve todos os problemas relacionados à obediência e eficácia das leis, especialmente a partir do campo do direito constitucional tem se constituído como o lugar dos direitos possíveis. Afastadas as fantasias iluministas de direito perfeito (afinal, uma atualização do legado da teologia/teoria tomista e sua ideia de perfeição) há que se defender os pactos sociais e políticas viabilizados pelos dispositivos legais constitucionais. Neste processo situamos o esforço kelseniano de pensar o “direito em si”, fora das concepções do idealismo jurídico do dever ser, prescritivo e metafísico.⁹

Dada à gravidade do abismo social e político colocado na sociedade brasileira no tempo presente, seria o caso de, desvendado parte dos problemas de ordem psicossocial (dos sentimentos políticos) que obstaculizam o avanço de reformas sociais (Educação e Saúde), indicar a direção de um esforço mais significativo tendo em vista uma repactuação efetiva e produtiva entre Estado e igrejas no Brasil; e admitindo o campo católico (hegemônico, ainda) repensar sua obstrução sistemática à educação pública e saúde social. Seria realista tal proposição?

Para tanto, localizamos nas permanências culturais de longa duração que realizam sucessivos processos de atualização histórica as formas jurídicas que conformam o debate e as decisões políticas dos legisladores neste século XXI já avançado.

As escolhas políticas da modernização pombalina tem sido uma das chaves de interpretação que tem produzido efeitos de conhecimento sobre o campo jurídico no mundo lusófono. A expressão colhemos no livro de Raymundo Faoro, “Existe um pensamento político no Brasil” (1999) no qual analisa a cultura jurídica nas duas repúblicas implantadas na virada para o século XX no Brasil e em Portugal.

A outra chave de interpretação que temos trabalhado, acima citada, diz respeito à observação do campo dos estudos de direito constitucional através do olhar sobre aspectos do campo do direito de família e do direito penal.

2. CONSTITUCIONALISMO POMBALINO EM DOIS MUNDOS

Se o impacto da revolução liberal do Porto (1820) implicou em desdobramentos na colônia pela criação de juntas de governo que resultaram em processos políticos e culturais independentistas (Revolução de 1817 em Pernambuco, Conjuração Mineira), do ponto de vista da cultura jurídica, devemos buscar a recepção, no pragmatismo pombalino nos debates entre grandes juristas pombalinos; um que

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁹ CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. *Projeto JFK: Juntar Sigmund Freud e Han Kelsen (Uma aproximação entre subjetividade e direito)*, Rio de Janeiro: MaudX, 2020.

propôs e outro que criticou o projeto de modernização da legislação portuguesa: Pascoal José de Mello Freire (1738-1798) e António Ribeiro dos Santos (1745-1818). Aduzimos ainda os comentários feitos pelo Pe. Antonio Pereira de Figueiredo (1725-1797) ao livro de Mello Freire “*Historia Juris Civilis Lusitani*”. Com menos visibilidade do que Ribeiro dos Santos no que diz respeito à oposição ao código de direito público, seus argumentos podem, contudo, ter contribuído poderosamente para a não-aprovação do projeto de direito público de Mello Freire. O Pe. Pereira de Figueiredo, religioso da Congregação do Oratório e teórico do regalismo, foi o tradutor da bíblia para língua portuguesa; teve forte influência política junto ao Marquês de Pombal. Ou seja, já identificamos efeitos da cultura religiosa nos debates envolvidos da recepção do iluminismo jurídico em Portugal (e no Brasil).¹⁰

A extensão de vários aspectos de longa duração na cultura jurídica brasileira pode ser verificada ainda na conjuntura de debates sobre as reformas das codificações na passagem ao regime republicano. Clovis Bevilacqua, inequivocamente e publicamente identificado como republicano, ao nomear os autores do debate sobre a codificação civil no Brasil cita Paschoal de Mello Freire, no “O Direito de Família”, livro de 1896.¹¹

Pascoal de Mello Freire preparou o projeto de código de direito público, entre outros projetos (projeto de código criminal, sob encomenda de D. Maria I e o projeto de reforma do Regimento da Inquisição); jurista pombalino formado em Leis estava inscrito nos marcos do absolutismo ilustrado hegemônico em Portugal naquele contexto histórico. Mello Freire foi professor em Coimbra, e contribuiu diretamente para a implantação da reforma pombalina do ensino jurídico naquela universidade. A preparação do projeto de direito público suscitou um grande debate em fins do século XVIII do qual participou intensamente o também professor da Faculdade de Direito de Coimbra, António Ribeiro dos Santos, primeiro Bibliotecário-mor da Real Biblioteca da Corte, hoje Biblioteca Nacional de Lisboa. Ribeiro dos Santos havia estudado humanidades no Brasil e direito em Coimbra.

António Ribeiro dos Santos¹² era formado em Cânones e participou tal como seu contendor neste debate jurídico, do processo de reforma do ensino jurídico. Como Pascoal José de Mello Freire, António Ribeiro dos Santos¹³ pode ser situado entre os juristas portugueses inscritos no absolutismo ilustrado – a forma pela qual as ideias e a cultura iluminista foram apropriadas na formação histórico-ideológica portuguesa. Situaram-se, quanto à reforma dos códigos, em campos políticos

¹⁰ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: Submissão e Obediência*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹¹ NEDER, Gizlene (com a participação de Gisálio Cerqueira Filho). *Dois Margens: Ideias jurídicas e Sentimentos Políticos no Brasil e em Portugal*, Op. Cit, p. 146.

¹² NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO. *Ideias Jurídicas e Autoridade na Família*, Rio de Janeiro, Revan, 2007.

¹³ PEREIRA, José Esteves. *O Pensamento Político em Portugal no Século XVIII, António Ribeiro dos Santos*, Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1983.

opostos. As diferenças ideológicas, do ponto de vista do conteúdo, são muito sutis: ambos estavam imbuídos de uma visão de mundo tomista. A análise da apropriação do tomismo e sua extensão na temporalidade iluminista do século XVIII deve levar em conta o processo histórico-cultural de longa duração, onde a circulação de ideias e a apropriação cultural ocorreram de forma indireta, difusa e contraditória. O tomismo era vigente e hegemônico no campo intelectual português desde a implantação da Universidade de Coimbra, no século XVI, com a participação ativa dos jesuítas, que postulavam o escolasticismo barroco, e liam Montaigne.¹⁴

Neste sentido, as rupturas da reforma pombalina, que tem na expulsão dos jesuítas um dos episódios mais dramáticos, não foram de todo suficientes para afastar sua influência (e esta é uma interpretação que temos sustentado em nossos trabalhos)¹⁵; o convite da governação pombalina para que a Congregação do Oratório assumisse o ensino em Coimbra sinalizava para escolhas políticas no sentido de maior autonomia do reino de Portugal em relação ao papado romano.¹⁶ Os congregados oratorianos constituíram-se, desde o século XVII, em opositores dos jesuítas, predominantemente tomistas; os debates entre jansenistas (Blaise Pascal) e jesuítas (Luis de Molina) acirravam divergências teológicas entre as duas ordens religiosas.

Acompanhando a moda intelectual na passagem do século XVIII para o XIX, tanto Mello Freire quanto Ribeiro dos Santos, leram Jeremy Bentham, que, combinadamente com o tomismo (este apropriado involuntariamente), expressava o pragmatismo pombalino. Do ponto de vista político, observamos uma diferença mais marcante quanto à questão da centralização política da Coroa. Para Pascoal de Mello Freire, o poder da Coroa era incontestavelmente absoluto; já António Ribeiro dos Santos defendia uma posição de fortalecimento das Cortes. Atento aos escritos de Bentham, António Ribeiro dos Santos mostrou preocupações com a reforma política da monarquia portuguesa, tendo em vista sua sobrevivência, a partir dos marcos do constitucionalismo moderno.

Sendo oriundos do mesmo campo político e intelectual (o do absolutismo ilustrado pombalino e formação no campo jurídico), queremos levantar as nuances em seus posicionamentos políticos e filosófico-jurídicos. Pensamos que, ao colocar uma lente de aumento sobre uma conjuntura histórico-ideológica específica como esta, vislumbramos a identificação de matrizes de pensamento jurídico-político que estão a influir no pensamento e na ação política e judicial no tempo presente (em

¹⁴ GINZBURG, Carlo. "As vozes do outro – Uma revolta indígena nas ilhas Marianas", in *Relações de Força. História, Retórica e Prova*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

¹⁵ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: Submissão e Obediência*, Op. Cit, pp. 202-208.

¹⁶ SANTOS, Cândido dos. "Os Jansenistas Franceses e os Estudos Eclesiásticos na Época Pombalina", in *Máthesis*, 13, p. 67-104, 2004.

Portugal, como no Brasil). Como também podemos observar a tópica do campo intelectual, em relação ao processo de recepção e elaboração das ideias em circulação: atualização e tematização contemporânea das modas intelectuais em circulação nos marcos da cultura jurídica ocidental; e, ao mesmo tempo, expressão de singularidades contingentes na formação histórica luso-brasileira, onde a mudança social e política obedeciam a um desejo de não mudança do *status quo* e de tudo poder e tudo mandar – absolutistamente falando. Destarte, o absolutismo, enquanto sentimento político foi muito além dos Estados Absolutistas¹⁷, derrotados política e ideologicamente, pelo paradigma legalista iluminista e pelos movimentos revolucionários que tinham a Revolução Francesa como referência¹⁸. Portanto, o pragmatismo pombalino combinou a tematização do iluminismo jurídico (e seu constitucionalismo), com a extensão das formas jurídicas cravadas em permanências histórico-culturais de longa duração.

A hipótese que norteia esta consideração diz respeito a interpretações há muito debatidas nos meios acadêmicos brasileiros. As permanências de longa duração da cultura jurídica ibérica foram primeiramente tratadas por Sérgio Buarque de Holanda; no *Raízes do Brasil*¹⁹, bacharelismo e o iberismo receberam um tratamento destacado. Raymundo Faoro, n' *Os Donos do Poder*, e, posteriormente, no *Existe um Pensamento Político no Brasil?*²⁰, sustentou a extensão da influência do pragmatismo pombalino para além da conjuntura pombalina; o autor identificou aspectos deste pragmatismo no pensamento e na ação dos políticos e homens públicos brasileiros e portugueses, mesmo após as proclamações das repúblicas nas suas formações históricas (Brasil, em 1889, e Portugal, em 1910). Por fim, as reflexões instigantes de Richard Morse, no *Espelho de Próspero* (1988), apontaram para uma interpretação que identificava nas próprias formações universitárias em Coimbra e Salamanca aspectos marcantes das relações entre o segundo escolasticismo e a formação da cultura jurídica e política no mundo ibero-americano. As questões referidas às permanências culturais de longa duração estão sustentadas em nosso livro, *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro*, onde trabalhamos as relações entre cultura religiosa e cultura jurídica.

3. HISTÓRIA E DIREITO (PENSAR O CAMPO JURÍDICO COM A HISTÓRIA)

¹⁷ ELIAS, Norbert. *Os Alemães. A luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

¹⁸ CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Autoritarismo Afetivo. A Prússia como Sentimento*, São Paulo: Escuta, 2005.

¹⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1976.

²⁰ FAORO, Raymundo. *Existe um Pensamento Político no Brasil?*, São Paulo: Ática, 1999. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*, 2 volumes, Porto Alegre/São Paulo: Editora Globo/ Edusp, 1975.

A discussão teórica suscitada pelas colocações do historiador E. P. Thompson²¹, problematizando a teoria marxista sobre o Direito, através da crítica ao formalismo conceitual (“classe em si”, “classe para si”) na condução dos debates sobre o processo histórico de transformação social, levou-o à formulação da ideia de “luta de classes sem classes”. A discussão produziu um desdobramento no encaminhamento da reflexão sobre as relações entre História e Direito, a partir da conceituação sobre resistência e cultura popular desenvolvida pelo autor, que está a merecer nossa atenção. Este encaminhamento, teórico-metodológico permite as análises das permanências de longa duração da cultura jurídica.

Observamos que o encaminhamento sobre a questão dos direitos, inseridos na dinâmica da luta de classes e colocados por Thompson fora das referências clássicas das relações entre Estado & Direito e Ideologia Jurídica, implica um tratamento teórico que tem influenciado vários trabalhos no campo intelectual da História. Entretanto, se do ponto de vista temático e teórico, Thompson apresenta uma pauta de inovação, do ponto de vista metodológico, da forma como ele articula a relação entre o objeto de estudo e sua dimensão empírica, não encontramos grandes inovações epistemológicas.

Com igual força, a ideia de “circularidade cultural”, formulada inicialmente por M. Bakhtin²², em meados do século XX, e, posteriormente, incorporada à produção historiográfica de Carlo Ginzburg (1989 e 1993), parece se adequar aos estudos que colocam questões temáticas sobre cultura jurídica, circulação de ideias jurídicas no interior da formação histórico-cultural. A produção historiográfica de Ginzburg vem brindando-nos com uma vasta bibliografia onde se combinam novidades temáticas, resultantes de uma acurada imaginação histórica e social, conceituação teórica densa e inovação epistemológica.

As dimensões teóricas destas duas referências (Thompson e Ginzburg) não são conflitantes, cabendo uma *bricolage*, no sentido dado ao termo, pelo historiador Peter Burke²³. A partir deste procedimento, proporemos um leque de possibilidades de análise, visando o jogo de encontros transdisciplinar entre a História e o Direito, tendo em vista a formulação de uma pauta de temas e novos encaminhamentos para a pesquisa no campo da História do Direito no Brasil.

A bibliografia brasileira que trabalha com as relações entre História e Direito encontra-se em processo de afirmação já nos brindou com alguns trabalhos resultantes de pesquisas de fôlego; citamos dois deles pela qualidade e densidade da pesquisa²⁴ (GRINBERG, 2003 ; WHELING, 2004), e por fugirem da tópica

²¹ THOMPSON E. P. *Costumes em Comum, Estudos sobre Cultura Popular Tradicional*, tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

²² BAKHTIN, M. *A Cultura Popular na Idade Média e no Renascimento*, tradução de Yara F.Vieira, São Paulo: Editora HUCITEC, 1987.

²³ BURKE, Peter. *O Mundo como Teatro, Estudos de Antropologia Histórica*, Lisboa, Difel, 1992.

²⁴ GRINBERG, Keila. *O fiador dos brasileiros. Cidadania, Escravidão e Direito no tempo de Antônio Pereira Rebouças*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. WHELING, Arno; WHELING, Maria José.

repetida sobre “os ecos coimbrenses” , há muito presentes no campo dos estudos históricos e para tanto destacamos os texto da coleção “História da Civilização Brasileira, dirigida por Sérgio Buarque de Holanda. Contudo, esta historiografia não tem exatamente a preocupação com a produção de uma reflexão em termos transdisciplinares que o jogo de encontros em campos de saber sugere. Muitas vezes, o simples uso de fonte documental da administração da Justiça (processos cíveis ou criminais, por exemplo), leva alguns historiadores a afirmarem que trabalham com a relação entre História e Direito. Por outro lado, podemos observar que as questões intrínsecas do campo do Direito propriamente ditas não são incorporadas pelos historiadores, levando a alguns equívocos de interpretação. Estes equívocos, num certo sentido, comprometem ainda mais a visão corrente em campos intelectuais próximos da História de que a produção de historiadores é superficial ou contém pouca fundamentação teórica.

Contudo, as relações entre História e Direito no Brasil são bem mais antigas do que se imagina. Não propriamente que o campo da História do Direito tenha se constituído entre nós. Entretanto, há algumas sutilezas que, se realçadas, encorajam a reflexão que procure criar condições para a implementação de estudos de caráter transdisciplinar. Veremos a história destas relações, enfocando seus encontros (e desencontros) a partir de cada campo em si.

Do ponto de vista do Direito, a formação jurídica não inclui estudos de História do Direito. Contrariando, inclusive, a orientação coimbrense que norteou a criação dos cursos jurídicos no Brasil (em 1827), a cadeira de História do Direito (presente em Coimbra desde a reforma pombalina da Faculdade de Direito de Coimbra, em 1772), não constava do currículo de nossas faculdades (Recife e Olinda). Presentemente, sua presença nos currículos das faculdades de direito segue sendo esporádica e pouco sistemática.

O argumento para a não inclusão da História do Direito na formação jurídica é bastante conhecido e já notificada em vários trabalhos acadêmicos, inclusive de nossa autoria: a História do Direito no Brasil não poderia ser empreendida, uma vez que a codificação nacional não havia ainda substituído, na sua totalidade, a legislação portuguesa. O Código Criminal – nos marcos do iluminismo penal - fora aprovado em 1830. Quanto ao Código Civil, o país esperou até 1916, tendo as Ordenações do Reino (Ord. Filipinas de 1603) vigido no Brasil na área do Direito de Família muito além de sua vigência em Portugal. Confundindo, portanto, a História do Direito com a história das legislações, a paralisia intelectual tomou conta de juristas e historiadores. É bem verdade que o livro de Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, carrega os troféus do pioneirismo (1975). Mas seu caráter ensaístico e a ausência de um desdobramento da reflexão que possibilitasse a

Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação no Rio de Janeiro 1751 a 1808, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

criação do campo da História do Direito no Brasil – para além das questões suscitadas por Faoro e para além do próprio autor – fizeram da obra do jurista gaúcho um episódio único na história intelectual do país. O resultado é que Raymundo Faoro seja talvez mais lido nos cursos de Ciências Sociais e História do que nos cursos de Direito.

Do ponto de vista do campo da História, as pesquisas e as práticas historiográficas no Brasil conheceram um crescimento notável desde meados dos anos 1980, acompanhando o processo de implantação e consolidação dos cursos de pós-graduação no sistema universitário brasileiro. A produção oriunda deste processo, fortemente influenciada pela presença e orientação de historiadores estrangeiros (sobretudo norte-americanos) que ajudaram a implantar alguns dos programas de pós-graduação (UFF e UNICAMP, por exemplo), com um forte acento na pesquisa empírica em arquivos e bibliotecas, contrasta com a tendência ensaística da historiografia tradicional praticada no IHGB, no Rio de Janeiro (criado em meados do século XIX) e pelos institutos históricos e geográficos espalhados pelo país.

Sublinhe-se, contudo, que a formação intelectual destes historiadores, em sua grande parte, era feita nas Faculdades de Direito, que teve praticamente o monopólio da formação em Humanidades no Brasil, até meados do século XX. Das faculdades de direito saíam os intelectuais que atuavam em diversos campos: historiadores, geógrafos, sociólogos, jornalistas etc. Até praticamente a década de 1970, a formação universitária brasileira nos campos da História e da Sociologia (iniciadas no pós-guerra), por exemplo, ainda contava com professores formados pelas faculdades de direito.

A produção ensaística dos institutos históricos e geográficos cujas práticas historiográficas fundavam-se na perspectiva da história política, com ênfase em aspectos administrativos e das legislações. Já a historiografia dos cursos universitários pós-1980 adota, de um modo geral, ao virar as costas para a história política, tal como era praticada no Brasil, viraram também as costas para o Direito.

Interessante observar a ênfase da produção historiográfica brasileira recente na história social, num primeiro momento, e, posteriormente, a história cultural e das mentalidades. Foram produzidos vários trabalhos abordando a Escravidão e a Inquisição, bem como a vida cotidiana e as relações sociais e étnicas nas principais regiões que compõem a federação brasileira. Esta produção veio acompanhada de um forte debate metodológico, visando à superação dos impasses colocados ao pesquisador na relação objeto e dimensão empírica de seus trabalhos, nos marcos das inovações metodológicas introduzidas a partir da crise do positivismo.²⁵Muitos destes trabalhos desbravaram arquivos da polícia e da justiça e despertou-se o interesse de historiadores para o campo do Direito.

²⁵ CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. *Emoção e Política, (a)aventura e imaginação sociológica para o século XXI*, Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997.

4. ALGUMAS CONCLUSÕES (DIREITO EM MOVIMENTO)

Como, então, promover o reencontro entre estes dois campos intelectuais (História e Direito) sua projeção sobre o acontecer social?

Propomos pensar a transdisciplinaridade, e particularmente as relações entre História e Direito, a partir do que se convencionou chamar de crise dos paradigmas científicos, inscritos no legado iluminista; esta crise foi debatida mais acentuadamente a partir do último quartel do século XX, e que será aqui abordada, tendo em vista a crise do paradigma legalista. De modo que, pedindo licença aos juristas²⁶, tomaremos alguns temas de seu campo como foco de nossa reflexão, para propor, em seguida, uma pauta temática transdisciplinar.

Falar de crise – e da “crise da lei e da justiça” - hoje é lugar comum. Não se trata, evidentemente, de uma fala inocente; pelo contrário, muitas vezes nela se insinua um projeto político autoritário e conservador de “lei e ordem”. Mas se devemos questionar tais proposituras autoritárias e conservadoras que emergem das análises da crise, podemos afirmar que o diagnóstico é, em contrapartida, inquestionável. Os sintomas²⁷ mais evidentes da crise são:

1. a generalizada desobediência à lei;
2. a não aplicação (ou aplicação seletiva) da lei, por parte dos órgãos do poder;
3. a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei (“crise da justiça”, “crise da ordem”).

Uma análise mais detida deste quadro de sintomas invocaria ainda uma série de outros sintomas relacionados aos três pontos acima destacados. Falaríamos, portanto, de temas como: a crise de legitimidade do Estado, a inadaptação do direito, o hermetismo do mundo jurídico, as falhas do sistema de comunicação social do direito; crise de autoridade do Estado, de instrumentalização política do direito, de corrupção; falaríamos da morosidade e ineficiência da justiça, de complacência com a criminalidade.

Trata-se, de fato, do esgotamento do paradigma legalista que acompanhou as sociedades ocidentais desde o século XVIII, quando o primado da lei como tecnologia disciplinar pôs fim ao pluralismo jurídico que predominava até então.

Torna-se evidente a existência de uma não correspondência entre a permanência deste primado e a situação hoje vigente. É nesta não correspondência

²⁶ Lembramos aqui a advertência do jurista canonista, psicanalista e historiador francês Pierre Legendre: “(...) não se entra na casa dos legistas (outro nome para identificar os juristas aos técnicos da Lei) como se entra na casa da sogra (...)”, (LEGENDRE, Pierre. *O amor do Censor, ensaio sobre a ordem dogmática*, tradução Aluísio Menezes & Potiguara Mendes da Silveira, Rio de Janeiro: Colégio Freudiano do Rio de Janeiro/ Forense-Universitária, 1983, p.15.

²⁷ O método clínico (sintomal) baseia-se na metodologia indiciária, proposta, no campo da História por Carlo Ginzburg, e adotada pelo cientista político Gisálio Cerqueira Filho (2002).

que se traduz naquilo que os juristas chamam a “crise da lei”, e que os sociólogos e os antropólogos do direito exprimem com o tópico “novas fronteiras da legalidade”.

Entretanto, a “crise da lei” não é tanto o resultado de insuficiências “técnicas” na feitura das leis como o resultado da sobrevivência do legalismo num contexto político, social e cultural que deixou corresponder. O “fetichismo” – construído nestes mais de duzentos anos de permanência das fantasias iluministas no campo do direito – típico da mentalidade jurídica atual, inverte os dados da questão: transforma a lei no único modo de revelação do direito; trata-se do “fetiche do direito”, como chama António Manuel Hespanha (1996). Depois transforma todas as condutas não conformes à lei em condutas antijurídicas; finalmente, conclui que as dificuldades do legalismo são os sinais da desagregação do direito e, logo, da ordem social.

Propomos, então, uma outra pauta, que nortearia a agenda dos estudos e pesquisas que dariam suporte intelectual aos cursos de direito no Brasil. Mais interessante seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, as atuais funções, limites e tecnologias disciplinares que marcam a legalidade, ampliando a consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daí, uma estratégia para o campo jurídico em que à lei não coubessem senão as funções a que ela hoje pode eficazmente dar realização.

Para tanto, defendemos o aprofundamento das relações do Direito com as outras Ciências Sociais e Humanas, num jogo de encontros igualitário do ponto de vista epistemológico.

Assim, uma possibilidade, em termos prospectivos, seria encaminhar uma proposta de estudo que levasse em conta, dentre outros campos de estudos, a história das ideias jurídicas e da cultura jurídica e política no Brasil.

Levando nossas sugestões a um ponto mais específico, poderíamos imaginar o estudo das ideias jurídicas e da cultura jurídico-política que as suportam, tendo como pano de fundo a História social e cultural Direito. dispositivos do Livro IV das Ordenações Filipinas (que Nele seria identificado as linhas de força que dispõem sobre os poderes do pater família sobre a vida das mulheres) até a proibição em 2021 pelo Supremo Tribunal Federal de que tribunais e advogados invoquem a “legítima defesa da honra” nos casos de feminicídio. Não é ocioso lembrar que este conjunto de práticas ideológicas e decisões jurídicas presentes nos tribunais país afora implica entulhos autoritários e antiquíssimos atualizados a desfazer os pactos constitucionais que defendem a liberdade e os direitos de todas e todos cidadãos e cidadãs. Liberdade de distratar um casamento, contra todo o esforço moralizante dos campos religiosos fundamentalistas que atrasaram quanto puderam a implantação de um código civil (o de 1916 não tinha divórcio). O Brasil tece seu primeiro código civil aprovado em 1916, 94 anos após a independência e 27 anos após a Proclamação da República! De todo modo, é grave e preocupante a invocação de “legitimidade” de um argumento jurídico do século XVI.

Neste exercício, poderíamos abordar inúmeras questões e situações, que, se levadas á cabo, qualificariam melhor este vasto campo de formação intelectual que é responsável pela formação de operadores sociais em vários postos decisórios importantes na ordem republicana brasileira: juizes, promotores, policiais, defensores públicos, e advogados.

Imaginemos um ementário de conteúdo de disciplinas a serem oferecidas pelas faculdades de direito que abordasse:

1. as concepções sobre crime/punição presentes no pensamento jurídico, a partir das relações entre Direito e Religião;
2. 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;
3. o processo de circulação de ideias e de apropriação cultural no interior da cristandade ocidental romana, da tradição romano-canônica-germânica (*civil law*) – na qual a formação histórica luso-brasileira está inscrita, *vis-à-vis* a tradição da cristandade ocidental anglo-saxônica (*common law*), tendo em vista as relações entre cultura religiosa e cultura jurídica;
4. as opções históricas na cristandade ocidental, marcadas pelas rupturas ensejadas pelas reformas religiosas, a partir do século XVI, (reforma protestante e reforma católica), no que tange à manutenção ou não do sacramento da confissão e seus efeitos nas ideias e concepções sobre penitência/punição, absolvição e perdão;
5. a história das ideias jurídicas face ao processo de laicização, e suas influências no pensamento social e jurídico-político no Brasil.
6. permanências e rupturas das leis civis sobre casamento e filiação e suas relações com o campo religioso.

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 ideia de direito na cristandade ocidental pode ser observada nas práticas jurídicas e no pensamento jurídico no tempo presente, se realizarmos uma operação intelectual de compreensão do presente pela recuperação do processo histórico.

Em outras palavras, 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.).

Perguntaríamos então, com a ajuda da História, de forma geral: 1) 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), mas toda a formação ideológica brasileira, tem na tradição do direito romano-germânico-canônico (*civil law*), hegemônica no absolutismo português, uma matriz a ser mapeada? 2) Quais as formas assumidas pelas reformas iluministas do Direito (Direito Penal e Direito de Família), veiculadas na Europa que são recepcionadas e apropriadas pelo pensamento jurídico no Brasil?

De forma mais específica, perguntaríamos: 1) Em que medida as práticas ideológicas e culturais religiosas, que conformam o escopo doutrinário teológico e filosófico da cristandade ocidental, apresentaram-se historicamente no mundo luso-brasileiro? 2) Quais as implicações dos debates ocorridos dentro da reforma católica, que mantém o sacramento da confissão (Concílio de Trento) entre jansenistas (rigoristas) *versus* jesuítas (laxistas) no que se refere ao perdão e à indulgência no pensamento jurídico penal católico, inscrito na tradição romano-canônica (*civil law*)? 3) Em que medida estas opções políticas, ideológicas e doutrinárias (teológicas) influenciaram a cultura jurídica e o penalismo iluminista luso-brasileiro? 4) 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?

Pensamos que uma pauta assim imaginada – entre outras, do mesmo teor - possibilitaria a compreensão e a eleição (ou seleção, se preferirmos) das atuais funções, limites e tecnologias disciplinares que marcam a legalidade, ampliando a consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daí, uma estratégia para o campo do direito em que à lei não coubessem senão as funções a que ela hoje pode eficazmente e transparentemente realizar.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**, São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAKHTIN, M. **A Cultura Popular na Idade Média e no Renascimento**, tradução de Yara F.Vieira, São Paulo: Editora HUCITEC, 1987.

BERNARDES, Dênis Antônio de Mendonça. **O Patriotismo Constitucional: Pernambuco (1820-1822)**, São Paulo: Hucitec, 2006.

BURKE, Peter. **O Mundo como Teatro, Estudos de Antropologia Histórica**, Lisboa, Difel, 1992.



CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Autoritarismo Afetivo. A Prússia como Sentimento**, São Paulo: Escuta, 2005.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio Cerqueira Filho. **Édipo e Excesso, reflexões sobre Lei e Política**, Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2002

CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. **Emoção e Política, (a)aventura e imaginação sociológica para o século XXI**, Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. **Projeto JFK: Juntar Sigmund Freud e Han Kelsen (Uma aproximação entre subjetividade e direito)**, Rio de Janeiro: MaudX, 2020.

ELIAS, Norbert (1997). **Os Alemães. A luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

FAORO, Raymundo. **Existe um Pensamento Político no Brasil?**, São Paulo: Ática, 1999.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro**, 2 volumes, Porto Alegre/São Paulo: Editora Globo/ Edusp, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GINZBURG, Carlo. "As vozes do outro – Uma revolta indígena nas ilhas Marianas", in **Relações de Força. História, Retórica e Prova**, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GINZBURG, Carlo. **El Juez e el Historiador, Acotaciones al margendel caso Sofri**, tradução para o castelhano de Alberto Clavería, Madri: Anaya & Mario Muchnik, 1993.

GINZBURG, Carlo. **Mitos, Emblemas, Sinais. Morfologia e História**, tradução de Frederico Carotti, São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

GRINBERG, Keila. **O fiador dos brasileiros. Cidadania, Escravidão e Direito no tempo de Antônio Pereira Rebouças**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

HESPANHA, António Manuel. **Justiça e Litigiosidade. História e Prospectiva**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.



HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1976.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do Censor, ensaio sobre a ordem dogmática**, tradução Aluísio Menezes & Potiguara Mendes da Silveira, Rio de Janeiro: Colégio Freudiano do Rio de Janeiro/ Forense-Universitária, 1983.

MORSE, Richard. **Espelho de Próspero**, São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NEDER, Gizlene (com a participação de Gisálio Cerqueira Filho). **Duas Margens: Ideias jurídicas e Sentimentos Políticos no Brasil e em Portugal**, Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NEDER, Gizlene. 'A Questão Religiosa' no Brasil Republicano, In Neder, Gizlene; Barcelos Ribeiro da Silva, Ana Paula; Vieira de Sousa, Jessie Jane. **Intolerância e Cidadania. Secularização, Poder e Cultura Política**, Rio de Janeiro: Editora Autografia, 2015.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: Submissão e Obediência**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEDER, Gizlene. Secularização da Lógica Punitiva: Psicologia Histórica, Cultura Jurídica e Sentimentos Políticos, in **As reformas políticas dos 'homens novos' (Brasil Império: 1830-1889)**, Rio de Janeiro: Revan 2016, p. 117-188.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO. **Ideias Jurídicas e Autoridade na Família**, Rio de Janeiro, Revan, 2007.

NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. **Corcundas e Constitucionais - a Cultura Política da Independência (1829-1821)**, Rio de Janeiro: Revan 2003.

PEREIRA, José Esteves. **O Pensamento Político em Portugal no Século XVIII, António Ribeiro dos Santos**, Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1983.

SANTOS, Cândido dos. "Os Jansenistas Franceses e os Estudos Eclesiásticos na Época Pombalina", in **Máthesis**, 13, p. 67-104, 2004.

THOMPSON E. P. **Costumes em Comum, Estudos sobre Cultura Popular Tradicional**, tradução de Rosaura Eichemberg, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação no Rio de Janeiro 1751 a 1808**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

