

PENÉLOPE

FAZER E DESFAZER A HISTÓRIA

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL — Nº 6 • 1991

DIRECTOR
A. M. HESPAHHA

REDACÇÃO

Álvaro Ferreira da Silva (FE-UNL); Amélia Aguiar Andrade (FCSH-UNL); António Costa Pinto (CEHCP-ISCTE); António M. Hespanha (ICS); Bernardo Vasconcelos e Sousa (FCSH-UNL); Carlos Fabião (FLI); Fernando Rosas (FCSH-UNL); Helder A. Fonseca (UE); José Manuel Sobral (ICS); Luís Krus (FCSH-UNL); Luís Ramalhosa Guerreiro; Mafalda Soares da Cunha (UE); Maria Alexandra Lousada (FLI); Nuno Gonçalo Monteiro (ICS); Nuno Severiano Teixeira (UE/UCP); Rui Ramos (ICS); Valentim Alexandre (ICS); Vítor Serrão (FLUC); Secretário da Redacção: João Carlos Cardoso

Propriedade do título: Cooperativa Penélope. Fazer e Desfazer a História
Subsídios à Redacção da J.N.I.C.T. e S.E.C.

Nota: Os originais recebidos, mesmo quando solicitados, não serão devolvidos.

Edições COSMOS

Rua da Emenda, 111-1º

Telefones: 342 20 50 • 346 82 01

Fax: 347 82 55

Reservados todos os direitos
de acordo com a legislação em vigor

© Cooperativa Penélope

Composição, impressão e acabamento: Edições COSMOS
Distribuição: Edições COSMOS

1ª edição: Setembro de 1991

Depósito Legal: 49152/91

ISSN: 0871-7486

Textos Antigos em Tempos Modernos: a Determinação das Transgressões

Bartolomé Clavero

Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha

Na idade a que chamamos moderna — incluindo o século XVIII para a maior parte da Europa — as condutas que eram objecto de perseguição e condenação não eram definidas ou tipificadas pela própria sociedade, nem por qualquer autoridade dela emanada. Um assunto com a relevância que este assumia para todos, desde o mais comum dos plebeus ao mais singular dos poderosos, não constituía matéria de deliberação, acordo ou sequer decisão. Estava determinado por uma tradição de textos antigos e interpretações medievais.

Havia, no entanto, pecados e delitos: uns, os pecados, eram os actos tidos como tais à luz dos textos e tradições de carácter religioso; os outros, os delitos, os que, por sua vez, figuravam nos textos e tradições jurídicos. Tão simples quanto isto, havendo, no entanto, uma base de factos que, por óbvios, são habitualmente esquecidos.

Estamos, desde logo, perante uma cultura que procurava o seu fundamento, ou nas tradições, ou, substancialmente, a partir delas; que não contava, para a determinação da ordem social, com um texto ou tradição de revelação única, como, por exemplo, poderá ser, para outros, o Corão, mas sim com um corpo já mais complexo, fruto da diversidade de origem dos seus próprios elementos. Segundo dado: estamos, por conseguinte, perante uma sociedade exactamente tradicionalista, ou seja, que se atém, tanto como a corânica, às determinações resultantes de uma herança cultural, para a própria definição do seu direito, ou de forma mais geral, da ordem. Pecados não são os decididos pelos bispos e sacerdotes, mas sim os registados na tradição religiosa. Delitos também não são os determinados pelos monarcas, parlamentos ou juízes, mas os que se deduzem da tradição jurídica. Não há um código a formular, mas antes uma revelação a conhecer. Era este o pressuposto da educação e conduta não só religiosas, como também jurídicas, ou de forma geral, do que era lícito ou legítimo.

Estamos perante uma cultura de textos, isto é, de heteronomia ou de autoridade exterior já revelada. A revelação está contida em *corpora* jurídicos e em *biblia* religiosos, comunicáveis entre si. Entre o *Corpus Iuris Civilis*, o corpo de direito de tradição romana e a Bíblia, tida como a mais directa manifestação divina, situa-se

um *Corpus Iuris Canonici*, o corpo de direito das posições eclesiásticas, que realmente comunicam. E ainda mais o fazem os respectivos usos interpretativos; nada afastados, sobretudo desde a recuperação medieval da tradição jurídica, com a sua aculturação cristã, a partir fundamentalmente do século XII.

Entre corpos e livros, não estamos perante dados de natureza exclusivamente cultural, pois já interessam, com o seu princípio de autoridade, à própria constituição da ordem social. Encontramo-nos perante uma cultura preceptiva, uma cultura que assumidamente se destina a estabelecer normas e pautas de organização e conduta, que constitutivamente não se dirige a formas neutras de conhecimento. E estas são características não exclusivas da cultura religiosa, como mais facilmente são entendidas, mas antes de toda a ciência social então pensável e factível. É uma educação da ordem. A cultura é em si mesma disciplina. É toda ela direito, ou melhor, ordenamento social. E tudo é revelação.

As tradições e os textos são quem define as transgressões. Assim se determina heteronomamente a ordem social, ou o seu negativo, a tipificação da desordem; assim, podiam fixar-se e impor-se delitos e penas, pecados e penitências por via cultural e não política. Existia uma dualidade, mas como é que se concebia a si própria? O que era um delito e o que era um pecado? Definiam-se para além da mera dedução a partir de um ou outro tipo de tradições e textos? No mínimo, punham-se-lhes problemas idênticos aos colocados pela dualidade; não eram só os textos e as tradições, mas também os poderes e as instituições: havia concorrência na apreciação das ilegalidades e aplicação das condenações; a igreja, com o seu direito canónico, não abrangia só o campo religioso e o mesmo se passava, *mutatis mutandis*, quanto às monarquias e a sua unção sacramental. Esses e outros pontos suscitavam já, pelo menos, a interrogação.

E essa interrogação colocou-se, de facto, desde o início. Se pegarmos nas expressões do século XII, que penetrarão não só no século seguinte, como nos posteriores, debatemo-nos com a questão agora colocada. E, com uma primeira resposta: não se encontra diferença substancial entre delito e pecado. «Hic dicit peccatum, idem vocat delictum». Pode chamar-se o mesmo tanto a uma coisa como a outra. Ainda que houvesse quem, subtilmente, distinguisse: «Augustinus differentiam notat». Agostinho de Hipona, o famoso delinquente, pecador e santo da antiguidade, com conhecimento de causa, teria deixado assinalada alguma diferença. E seria esta: «Declinare a bono est delictum, et peccatum est facere malum. Delictum proprie appellatur quod ignoranter fit, peccatum vero scienter». Afastar-se do bem é delito; pecado, incorrer no mal. O delito pode cometer-se inconscientemente; o pecado requer acto deliberado. Estas eram expressões de um jurista destes tempos recuados chamado Lourenço Hispano, mas o mesmo poderiam dizer outros, de apelido e nação diversa. Não era isto que distinguiu.

E continuamos na mesma. Onde é que radica a distinção? A tendência é certamente para a avaliação objectiva dos delitos e subjectiva dos pecados; uns definir-se-iam pelo resultado, os outros pela intenção. Podiam, no entanto, coincidir. E é

isso que aqui acima de tudo importa: a sua possível identidade ou coincidência. Não se definem por referência a valores, religiosos ou jurídicos, ou a ordens, religião ou direito, realmente distintos. Não há uma diferença de princípios afetados: o bem e o mal surgem no singular ou são apelidados únicos. A promoção de um e a perseguição do outro são feitas mediante a tipificação de pecados e delitos, de forma cumulativa, com a primazia outorgada aos primeiros. Desta forma, pelo menos os segundos, os delitos, emergem de um conceito menos substancial e, até, mais banalizado.

Também não havia então muitos meios para, através da exclusiva perseguição dos delitos, garantir a ordem. Convém entender-se a utilidade de outra forma cumulativa e até prioritária de recriminação de condutas e expiação de culpas: a sacramental que, por esta altura, se torna obrigatória e em que a iniciativa fica nas mãos do próprio réu, sem necessidade de processo ou de provas. A sós, o juiz, com os seus poderes de absolvição, e o penitente, com a sua presunção de culpa e necessidade de expiação. Só a confissão. Já podia banalizar-se a noção de delito. Através do exercício da religião, mais do que da justiça, podia exercer-se um melhor controle social, durante a idade moderna.

Estes temas não se costumam abordar com critério histórico. Existe a grande dificuldade do vazio universitário de histórias, tão decisivas para a compreensão da própria cultura, como a religiosa. Em questões como a da remissão dos pecados continuamos em boa medida dependentes da obra clássica de Henri Charles Lea, *A History of Auricular Confession*, de 1896; é o mesmo autor da mais famosa obra clássica sobre a inquisição espanhola; também deu um impulso decisivo à história de assuntos que não interessam menos, como a bruxaria e o sacerdócio. Mas, quanto à transgressão, pelo menos no que respeita ao âmbito cronológico, foi abrangido no título mais recente do *Pecado e o Medo* de Jean Delumeau (*Le Péché et la Peur. La culpabilisation en Occident, XIII^e-XVIII^e siècles*, de 1983).

Mas sigamos com a primeira questão: importa-nos antes de mais a distinção do próprio conceito de pecado, no que também não incidem essencialmente estes nove títulos. E advirta-se até que ponto a diferenciação em relação aos delitos não é nada substancial. Está pressuposta quer a comunidade de valores defendidos quer a acumulação dos seus meios de defesa. Em teoria não há, efectivamente, diferença. A natureza mais religiosa do pecado por causa da consciência mal se sustém e dilui-se bastante porquanto os juristas encontram nos seus textos e nas tradições que existem os crimes cuja gravidade se determina por razões de intencionalidade também subjectiva. Em todo o caso, o pecado está sempre situado numa área de transgressão mais séria.

Poderia pensar-se que a forma judicial, com processo e provas, de imposição das penas aos delitos estabeleceria a diferença face à forma sacramental, unicamente com a confissão, de penitência relativamente aos pecados. Mas também não o faz de forma clara. Nem sequer a primeira com o seu processo, era sempre pública,

nem a outra com a sua confissão, privada. Havia penas com estas características e penitências com as outras. O foro era seguramente diverso: interior o da consciência, *forum conscientiae*, costumava dizer-se o do pecado; exterior, o dos delitos; mas isto não resolvia as diferenças de fundo que desde logo se podiam subentender. *Forum poli* dizia-se também habitualmente o primeiro: foro do céu, de um determinado entendimento da redenção humana que se procurava impor através da própria consciência, não sendo nunca, de forma precisa, foro desta do ponto de vista individual e subjectivo, já que essa cultura carecia originariamente desse mesmo conceito.

O conceito de pecado não remetia para a consciência individual, mas sim para um princípio de individuação imputável e condenável, que se dizia a *anima* ou alma. Era este o seu tipo, bastante importante, de subjectividade. Através dela produzia-se o efeito compulsivo mais eficiente de todo o sistema incriminatório. O tratamento do pecado é não só o de uma conduta de transgressão, como também o de um responsável que transgride. É o do pecador, interessando nesse ponto à ordem social e afectando internamente o direito. Permita-se-me citar um exemplo, que procurei expressivo. Não se pode sempre pairar nas alturas!

Seja-o, o exemplo, o da *vidua fornicatrix*, viúva que fornicava, conduta a respeito da qual se generalizara bastante a seguinte regra: «Praesumitur idem fecisse marito vivente», presume-se que teria feito o mesmo em vida do marido. Agora, interessam-nos menos as conseqüências, como a perda de direitos sucesórios e familiares, que os pressupostos deste verdadeiro regime penal. O seu fundamento é a ideia de pecado, ou melhor, da pecadora. Tratando-se, por definição, de um acto consciente e deliberado, a sua infracção qualifica uma alma, presumindo-se daí a sua conduta anterior. A viúva fornicadora pode ser apelidada, tal como se o marido fosse vivo, adúltera, com todos os efeitos jurídicos, dos quais se não liberta pela confissão e remissão do seu pecado. Antes pelo contrário, nos sistemas de penitência pública, o referido sacramento podia desencadear o jogo de todo o mecanismo repressor.

Não era tanto a questão de penetrar na consciência individual, mas sim o exercício de uma repressão eficaz à luz dos meios disponíveis na época. Com essa consciência individual nem sequer se contava. Em si, pouco importava o foro interno. A literatura coeva, tanto a jurídica como a teológica, ao entrar em matérias como a sexual, com um pormenor comparável ao do marquês dito divino, o de Sade, pode dar a impressão de outra coisa, de um desígnio de penetração cognoscitiva, indagatória e directiva, até à mais recôndita das intimidades individuais. Mas não é tal, nem compromisso de consciência, nem real conhecimento da intimidade. Há intimidação, essa forma de compulsão que só conta com a consciência para efeitos de eficácia. Funcionava uma cultura que não era nem ética, nem ciência, e que não necessitava de o ser para o desempenho das suas funções práticas.

A viúva encontrava-se entre dois foros, mas a transgressão era a mesma, só a penalização se multiplicava. A supremacia do religioso sobre o judicial a propósito da mesma conduta era desde logo suficiente para produzir o efeito. Existia distinção de foros, com a sua hierarquia. Não a havia, porém, de noções. Já se discutia, no entanto, dada a abundância de transgressões e diversidade de teorias, se existiriam delitos que não implicassem pecado, e vice-versa, se haveria pecados não puníveis pelo foro externo. Interessa sobretudo o núcleo comum, o paradigma da mesma possibilidade na problemática: existe comunicação, ou indistinção de base. As próprias respostas ao problema já se produzem nos termos secundários do foro competente. Delito é pecado, pecado é delito. É este, como se viu, o ponto de partida e, como se pode comprovar, a base operacional.

Não havia distinção de fundo. Nem a poderia haver inteiramente quanto à forma, mesmo se secundária. No foro externo havia uma prova mestra: a confissão, com a exigência de tortura se falhava a iniciativa do réu, com o seu princípio purgatório por presunção de culpas. Era esta a problemática. Por razões idênticas, a confissão constituía o procedimento primário quer para um quer para outro foro: tratava-se, antes de mais, de uma purga através do reconhecimento próprio de uma pressuposta culpabilidade. A questão central não era a da justiça da condenação, mas sim a da redenção das culpas. Além do mais, era isto o importante à própria manutenção da ordem. A falta de melhores mecanismos, a coacção espiritual, através dos sacramentos, e a corporal, por intermédio da tortura, constituíam as vias habituais e mais directas para alcançar resultados que em si mesmos eram, de resto, aleatórios. O estado de culpa é inerente à condição humana. E também não excluía entre si os processos, com a sua utilização e aplicação comuns. Havia algo mais que um simples paralelismo.

Distinções haverá muitas, mas a indistinção é a base, o paradigma. O que interessa é que a abundância de possíveis distinções particulares derivava de uma indistinção comum. Existiam escolas. Haveria, com efeito, teorias. Não só porque os teólogos originariamente se formaram a partir de uns textos e os juristas de outros; mas também pela própria riqueza interna, partilhada, da acumulação das tradições e interpretações dos padres antigos com os posteriores doutores da Igreja, bem como dos diversos jurisconsultos romanos e ulteriores professores, todos doutores, da universidade. A multiplicação de ocorrências não oculta, nem camufla a sua unidade de base que é a que importa então à constituição de uma ordem social. E, pelo que se vê, bastava. Não parece ter feito falta uma maior precisão no traçado das linhas mestras comuns. Partilhava-se o tipo de autoridade textual, culturalmente impositiva. A diversidade movia-se no mesmo tabuleiro demarcado pelas tradições. E encontrava-se nelas a indistinção operativa das ideias de delito e de pecado, que assim se duplicavam e acumulavam. Era com esta noção, mais indistinta que confusa, que a própria ordem social contava.

Com efeito, e porque interessavam à ordem social, não havia, nem era necessário, uma autoridade eclesiástica ou política que dispusesse de faculdade

reconhecida e praticável para fixar este tipo de categorias essenciais. Não o fazem o pontífice nem o concílio, o monarca nem os Estados ou parlamento. Existiam autoridades culturais, religiosas e jurídicas, que, vinculadas a tradições e a textos, o faziam. Assim, a fixação nunca foi inteiramente realizada, nem havia razão para que o fosse. O último juiz, o último sacerdote mantinha todo o poder de calcular a existência da transgressão, mas no interior de uma doutrina, que era a lei, que era a religião e o direito. Não tinha a faculdade de a definir, pelo menos não tinha o poder real para o fazer; também o não tinham o pontífice, nem o monarca que, no entanto, se diziam soberanos. A infalibilidade é um dogma do século XIX, tal como os códigos penais.

O que não há é, por um lado, uma religião face à qual se definem os pecados e, por outro, um direito em relação ao qual se determinavam os delitos. Também não existia um poder eclesiástico que estabelecesse os pecados, nem um poder político que fizesse o mesmo em relação aos delitos. As intervenções de um e outro poder concebem-se de forma declarativa; ou seja, podem indiferentemente alargar-se à criminalização dos pecados, ou recíproca em relação ao delito. Um monarca, que se dizia católico ou cristianíssimo, mantendo a condição sacra de que falávamos, não pode, apesar disso, tornar o delito pecaminoso. Fá-lo porque declara: pronuncia-se sobre algo que entende estar dirimido de outro modo. As fórmulas mistas que chegaram a ser habituais em manifestações penais, considerando os reis, por exemplo, tanto pecaminosos como delinquentes os casamentos de prática «sodomita» ou «sexual não procriativa», são hoje consideradas como expressão de poder, quando não eram senão sinal de outra coisa: submissão a uma tradição ou cultura. Não são eles, mas sim esta, quem incrimina.

É então a cultura herdada quem determina. A ideia de que — não entrando em consideração com o modo como o faria — seria a sociedade actual quem o faria, não tem cabimento nesse horizonte; assim como também não se entendia que tivessem feito esta determinação sociedades anteriores. Tratar-se-ia antes de uma determinação pela intervenção divina na história humana. Daí, a autoridade. As transgressões não se decidiam. As alterações de avaliação de condutas necessitavam de uma revisão cultural, anterior ou quando muito simultânea com a decisão política, sem a qual se não fixariam. Os sacerdotes e juizes não as considerariam. Eram também de produção secundária. Os delitos, tal como os pecados, estavam, no essencial, fixados. Quer uns, quer outros, não dependiam da autoridade social ou do poder humano constituído e em exercício. O direito, tal como a religião é, portanto, determinado através de uma revelação que se produz por intermédio da conservação de textos e pela manipulação da tradição que deles emanara.

Determinantes, neste sentido, têm sido as pesquisas à volta de conceitos de qualquer modo «arqueológicos», não correspondentes a qualquer das categorias da «modernidade», e presentes nas divisões disciplinares do antigo regime com percursos e ligações que apenas recentemente foram revelados. Para nos limitarmos a dois exemplos, tirados de campos disciplinares diversos, pense-se no conceito de *iurisprudencia*, no qual se entrelaçam os elementos constitutivos de uma antropologia jurídica «moderna», aqui entendida, no entanto, com uma clara re-imposição do problema, como âmbito de reflexão sobre o direito de alguma forma aberto às categorias jurídicas precedentes, e entre todas àquela «prudência» que, no decurso dos séculos, como foi recordado, assume também conotações externas à tradição aristotélica e compatíveis com as aquisições metodológicas das ciências modernas⁴. Ou ao termo *economia política*, acerca do qual recentemente se sublinhou como, não só em precursores como Montchrétien⁵, mas ainda em «pais» reconhecidos da disciplina, como Smith, não perde os laços com o sistema ético precedente, mas antes o ajuda a redefinir-se no interior das coordenadas do *homo mercator*⁶. Depois do exercício da «retro-datação», da busca das origens longínquas de cada fenómeno e de cada conceito político e jurídico, a historiografia parece agora interessada numa espécie de percurso inverso e interroga-se sobre as persistências e sobre as dívidas da «modernidade» em relação aos quadros conceituais e normativos medievais e clássicos.

II. No interior das diversas partições disciplinares que caracterizam o saber de antigo regime, tem sido reconhecido nos últimos anos um papel relevante à «longa duração» das distinções e dos conteúdos da «filosofia prática» aristotélica⁷, orientada para o conhecimento da realidade em função do agir humano. Uma longa duração que não deve ser entendida como uma reproposição, imóvel nos séculos, do modelo aristotélico, mas como um quadro de referência imprescindível — pelo menos até ao séc. XVIII e, em certos casos, ainda para além dele — das reflexões filosóficas e políticas sobre os temas de governo e de administração do Estado. Em sintonia com esta tradição se pronunciam, entre Quinhentos e Seiscentos, autores políticos, juristas e economistas, no esforço de relacionar com esse alvéolo as novas articulações do saber e os desenvolvimentos coevos da vida do Estados; embora se pressintam, como é evidente, filões de pensamento que tentam formular, de modo autónomo e

⁴ *Ibid.*, pp. 348-350.

⁵ G. BRAZZINI, *Dall'economia aristotelica all'economia politica. Saggio sul Traicté di Montchrétien*, Pisa, 1988.

⁶ P. L. PORTA, «I fondamenti dell'ordine economico: 'policy', 'police' e 'politeness' nel pensiero scozzese», em *Filosofia Politica*, II (1988), pp. 37-67 e designadamente p. 47.

⁷ Para uma síntese F. VOLPI, «La rinascita della filosofia pratica em Germania», em *Filosofia pratica e scienza politica*, dir. C. PACCHIANI, Abano Terme, 1980, pp. 11-97. No âmbito alemão, continua a ser um ponto fundamental de referência *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, dir. M. RIEDEL, 2 vols., Freiburg, 1972-1974.