

A HISTÓRIA DAS IDEIAS PENAIS E SUA CONEXÃO COM A HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO

Cláudio Brandão

Professor Titular da Faculdade de
Direito do Recife – UFPE

Sumário. A história do pensamento jurídico, ao estabelecer as grandes linhas que individualizam a produção científica do direito de uma determinada época histórica não prescinde da investigação sobre a sanção e a antijuridicidade. Assim há uma indispensável conexão entre estas searas, que desvela serem os estudos penais uma figura reveladora da face do Estado e, por conseguinte, do seu Direito.

Palavras-chave. Pensamento jurídico. Objeto. Pena.

Abstract. The history of legal thought, to establish the broad lines that individualize the scientific law of a particular historical epoch does not dispense the investigation about the legality and penalty. Thus there is an essential connection between these fields, that the studies are able to revealing a picture of the state and therefore its law.

Keywords. Legal thinking. Object. Penalty.

1. A *história do pensamento jurídico* tem por objeto uma explicação de conjunto para as ordens jurídicas, entendidas como um sistema de normas e institutos, criados a partir daquelas, as quais constituem o *direito* de uma determinada cultura, em uma dada época. É o tratamento histórico dos grandes temas do pensamento jurídico que possibilita a apreciação da própria experiência jurídica, bem como a elaboração temática desta experiência.

Tal explicação de conjunto, deve-se ressaltar, não prescinde o estudo das circunstâncias, como a política e a economia, por exemplo, mas seu centro gravita em torno da norma, da sua teorização e da sua aplicação. Esta, portanto, será a sua linha essencial, pois é da norma que surgem os *problemas* e os *sistemas* de uma época individualizáveis nas linhas do tempo e do espaço.

Destarte, as normas jurídicas estatuídas pelos órgãos do Estado, chamadas desde os romanos de positivas (*posita*) estão no eixo de gravidade da história do pensamento jurídico, pois enquanto o direito desejável é o objeto da filosofia

do direito, o direito positivo é o objeto da ciência jurídica nos seus níveis diversos de abstração, aí incluída a história do pensamento jurídico (LOSANO, 2007, p.5). Como afirma KAUFMANN, “toda filosofia do direito deve – direta ou indiretamente – servir a missão de separar o direito do não direito/injustiça. Daí resultam as duas perguntas fundamentais da filosofia do direito: 1. O que é direito correto? 2. Como reconhecemos ou realizamos o direito correto?” (KAUFMANN & HASSEMER, 2002, p.57). É neste panorama de separação conceitual entre a filosofia do direito e a história do pensamento jurídico, que emerge a importância da investigação em *história do pensamento jurídico*, pois o tradicional método sistemático revela-se inadequado para a investigação dos porquês dos institutos e das normas, já que ele foi concebido em função de um direito ideal, não em função do direito construído em face de órgãos colegiados ou individuais que emitem as normas em nome do Estado. É, portanto, indispensável para o deslinde dos porquês do direito o exame das conexões entre direito positivo e mundo real, pois “o direito positivo não é a

encarnação de uma ideia eterna e metafísica: ele deve acertar contas cotidianamente com as ciências e a evolução destas, quer porque seu conteúdo é condicionado pelo estágio da evolução científica que caracteriza a cultura em que aquele direito se manifesta, quer porque a evolução científica condiciona a forma e a difusão do direito positivo” (LOSANO, 2007, p.12-13). Ademais, deve-se ressaltar, o tratamento histórico dos grandes temas jurídicos permite construir as relações entre o direito e os arcabouços gerais do próprio pensamento (SALDANHA, 2005, p.12), por isso se diz que dito tratamento histórico tem o condão de nos revelar os *porquês* do direito.

2. Além desta conexão entre o direito positivo e o mundo real, que se expressa em todas as épocas, desde os primeiros rudimentos documentados do direito até o cenário hodierno, não podemos deixar de mencionar um dado importante: cada época tem a possibilidade de contribuir de forma perene com a ciência jurídica, deixando seu legado para o direito. Por exemplo, não se pode analisar o direito atual sem se ter em conta a contribuição dos juristas romanos clássicos

ou a dos pós-glosadores italianos, que tem alimentado a ciência jurídica durante séculos (ENGLISH, 2001, p.15). Isto se dá porque os ramos do direito têm em sua base normas fragmentárias herdadas dos romanos, que deram origem ao gérmen da dogmática jurídica, situado em seu nascimento na baixa idade média, que se originou através da Escola dos Glosadores (1100 – 1250), continuada pelos Pós-glosadores ou Comentaristas (1250-1400). Com efeito, tal fato trouxe uma importância exponencial à história do pensamento jurídico: não se pode compreender a formulação dos institutos jurídicos e seus porquês se os desvincularmos dos estudos históricos e do panorama cultural em que eles foram gestados.

Nesta toada, é necessário, para o tratamento científico dos institutos jurídicos, realizar a teorização e a argumentação de conexão entre aqueles e o mundo presente. Destarte, os antecedentes históricos de cada instituto jurídico podem ser readquiridos, ora através do exame da história dos principais eventos jurídicos, ora ressaltando o aspecto jurídico dos principais eventos históricos. Embora fosse de se esperar que

a história dos eventos jurídicos estivesse em compasso cronológico com o aspecto jurídico dos eventos históricos, devemos ressaltar que não são raros os registros de descompasso entre o evento histórico e seu reflexo jurídico. Como bem ressaltava LOSANO, “a defasagem entre o evento histórico e seu reflexo jurídico pode ser de séculos. O exemplo mais claro talvez seja o início da época moderna na história geral e no direito. Nos séculos XV e XVI, as grandes descobertas geográficas assinalaram o início oficialmente reconhecido da época moderna. O direito, porém, permanece às margens dos grandes eventos culturais daqueles séculos – o Renascimento e a Reforma Protestante –, pois continua a operar segundo os esquemas herdados do direito romano (...). O direito só mudará quando a tradição romanística passar por profundas inovações: nas relações de produção, as terras feudais tornam-se comunais; (...) no direito penal, desaparecem as formas mais cruéis de pena de morte e abandona-se progressivamente a tortura judiciária. Essas medidas são características da legislação do Iluminismo, que se coloca em contato entre o direito antigo e o direito

moderno. Com o Iluminismo, começa a época moderna do direito” (LOSANO, 2007, p.7).

4. Foi o iluminismo do século XVIII que deu o impulso para as codificações europeias que estão na base no nosso direito hodierno, os quais foram gestados a partir da afirmação da lei como principal fonte de produção da norma jurídica. No direito romano (como também no direito aplicado antes do período iluminista), “não era, pois, a lei a fonte principal do direito, nem tampouco a formulação de normas gerais e abstratas, que regulassem com generalidade os casos, era tida como uma atividade jurídica essencial. Isto posto, pode-se categoricamente afirmar que os romanos não conheceram o princípio da legalidade” (BRANDÃO, 2008, p.44). A modernidade jurídica é cronologicamente tardia, mas significou um profundo rompimento cultural, que tem por base as fontes do direito: houve uma substituição do costume – principal fonte do direito romano – por outra fonte, defendida pela modernidade jurídica como sinônimo de progresso e melhoramento, a lei.

Neste panorama, a lei representará a racionalização abstrata da organização do poder político conjugando-se, metodologicamente, com a teoria da argumentação, fundindo a sociedade política com a regra jurídica, isto é, Estado e direito do Estado (HOMEM, 2003, p.93-94).

A história do pensamento jurídico, portanto, perpassa através da norma jurídica, as questões relacionadas ao método de aplicação do direito, as teorizações feitas a partir das normas, os institutos criados e as circunstâncias – aí destacadas as circunstâncias políticas – que se vinculam àquelas normas, delimitadas nas linhas do tempo e do espaço, a partir de uma visão de conjunto destes elementos.

4. É nodal, para a História do Pensamento Jurídico, a investigação sobre as ciências penais. Com efeito, é o direito penal o termômetro mais sensível para aferir a face política – liberal ou totalitária – de um Estado (OUVIÑA, 1998, p.57). Com efeito, “o direito penal está indissociavelmente relacionado com a política. Através do direito penal se pode identificar a feição liberal ou totalitária do Estado, porque este

ramo do direito traduz o uso estatal da violência, formalizada pela dogmática jurídica. É neste sentido que se diz que a justiça criminal, por ser a concreção da essência opressiva do Estado, é um indicador extremamente sensível do sistema político social operante” (BRANDÃO, 2005, p.43-44). Isto se dá porque o direito penal não se separa da violência, não porque a ação criminosa seja via de regra violenta, mas sim porque a reação do Estado à ação criminosa, a pena, sempre será traduzida em uma violência, pois ela se traduz sempre em privação e supressão de bens jurídicos. Nos casos nos quais a violência da pena for aplicada de forma não limitada, sem respeito à dignidade da pessoa humana, estaremos diante dos Estados totalitários; nos casos diametralmente opostos, estaremos diante dos Estados Democráticos de Direito. Neste panorama, diz-se que os fins da pena são, em última análise, os fins do próprio direito (SOLER, 1992, p.371), sendo um problema ligado à própria teoria do direito, não ao direito penal, o que, aliás, pode ser observado em face do estudo das obras de Kant e Hegel, apenas para citar dois pilares da teoria e da filosofia do

direito (cf. BRANDÃO, 2005, p.156-162; KANT, 1943, p.174; HEGEL, 1952, p.37-39).

Neste sentido, o direito penal, por concretizar a face violenta do Estado, ocupa um lugar de especial destaque na história do pensamento jurídico, porque através deste setor do direito, desvela-se a feição política do próprio Estado (BUSTOS RAMIREZ, 1987, p.585).

Mas não é só. Pelo direito penal também se pode traçar um panorama da própria teoria do direito de uma época determinada. Isto porque, embora o conceito de antijuridicidade ou ilicitude seja presente em todos os ramos do direito, é no direito penal que ele ganhou exponencial desenvolvimento, pois as ciências penais tem na antijuridicidade a própria substância do crime e, assim sendo, todo o conhecimento penal se assenta nela. Para a teoria do direito, o ilícito consiste na conduta contra a qual a sanção é a reação (KELSEN, 1976, p.163), porque todo direito penal gravita em torno da pena, mais grave forma de sanção, que diferencia a norma própria daquele direito, afirma-se que o desenvolvimento doutrinário da antijuridicidade é feito pelo dito

direito penal. Assim, “sendo categoria jurídica comum a todos os ramos do direito, constitui um dos temas basilares da teoria geral, com implicações de natureza jurídica-filosófica. O apuramento doutrinário da antijuridicidade, porém, deve-se ao direito penal, o que não acontece por acaso, mas certamente porque é o direito penal o ramo jurídico essencialmente das ilicitudes” (LUNA, 1985, p.112).

5. A pena foi apresentada como uma forma de violência. Pois bem, a pena é violência porque ela suprime ou restringe bens jurídicos e ditos bens jurídicos são sempre traduzidos em direitos fundamentais, como a vida, a liberdade e o patrimônio. A pena, portanto, atinge direitos fundamentais que, por paradoxal que aparente, também são protegidos pelas definições típicas dos crimes. Neste sentido, CARNELUTTI afirmava que, à luz da ideia de custo e benefício, a pena e o crime são uma só coisa, isto é são formas de causar dano (CARNELUTTI, 1947, p.14).

Deste modo, a história das ideias penais condensa a um só tempo a forma mais extrema do Estado interferir na conduta humana, através da

violência da pena, e o desvelo da face política do Estado, através da análise da aplicação desta dita violência, traduzindo-se em uma área de exponencial interesse da história do pensamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro, Forense., 2008.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona, PPU, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: Ejea, 1947.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HEGEL, Georg. *Philosophy of right*. Oxford, Oxford, 1952.

HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *O espírito das instituições: um estudo de história do Estado*. Coimbra, Almedina, 2003.

KANT, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Buenos Aires, Americallé, 1943.

KAUFMANN, Artur; HASSEMER, Winfried (org). *Introdução à filosofia do direito e a teoria do Direito contemporâneas*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra, Armenio Amado, 1976.

LOSANO, Mário. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

LUNA, Everardo. *Capítulos de direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1985.

OUVIÑA, Guillermo. *Estado Constitucional del Derecho Penal. Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, TEA, 1992.