

A HISTÓRIA NOS MANUAIS DE DIREITO PENAL

Txapuã Menezes Magalhães

Resumo: O presente trabalho tem como objeto analisar a tradição em que está inserido o uso da história nos manuais jurídicos, especificamente nos manuais de direito penal, porquanto o que se tem observado é uma abordagem marcada por um paradigma pretensamente científico, que tende a encarar a história como mero acessório das disciplinas da dogmática jurídica. Com efeito, a utilização de uma narrativa superficial, marcada pela linearidade, continuísmo, evolucionismo e universalidade de conceitos e institutos, sobretudo no quesito semântico, pode prejudicar não apenas a formação crítica do estudante em relação ao caráter contingencial do fenômeno jurídico, como também a própria produção do conhecimento jurídico, que se vê engessado por ausência de rigor metodológico e honestidade intelectual. Partindo-se dessa situação, então, o objeto do presente trabalho consiste em estudar essa tradição, discutindo-se e problematizando o uso da história nos cursos e manuais jurídicos.

1. INTRODUÇÃO

As punições, sob as mais variadas formas e finalidades, remontam ao aparecimento do homem sobre a face da terra, conforme lemos nas Sagradas Escrituras. Por não ter resistido à tentação e ter comido o fruto da árvore do bem e do mal, Adão foi destinado a ganhar o pão com o suor do próprio rosto, e Eva, feita de sua costela, foi condenada a sofrer na gravidez e a viver sob a dominação masculina (BOSCHI, 2013, p. 75).

Abstraído o simbolismo, a bíblica narrativa nos mostra que foi a presença do alter, do outro, o fator que gerou a instituição de regras mínimas delimitando os espaços do proibido e do permitido – como condição para que a convivência entre as pessoas acontecesse em razoável ordem, estabilidade e segurança (BOSCHI, 2013, p. 75).

Não bastasse a referência ao mito cristão – de Adão e Eva enquanto primeiros humanos habitantes do mundo – como fonte histórica para tratar das punições, o autor acima citado ainda atribui à narrativa bíblica a importância de nos demonstrar que a instituição de regras mínimas era necessária para a convivência em sociedade, naturalizando-se o fenômeno jurídico.

A narrativa apresentada evidencia o senso comum teórico acerca do significado e do uso da história no qual estão inseridos os juristas em geral, porquanto fica evidente que a

indicação das supostas origens históricas dos objetos jurídicos é utilizada como legitimadora da sua ocorrência atual, ou seja, como uma necessidade histórica.

Nesse sentido, verifica-se que a história é instrumentalizada para apresentar fontes longínquas do (s) fenômeno (s) jurídico (s), cuja narrativa não é apenas duvidosa, como também metodologicamente injustificada. Isto é, muitos juristas, no âmbito do ensino e ao escreverem manuais, dissertações ou teses, arriscam-se a tratar de uma estória sobre determinado tema, traçando um panorama de continuidade e evolução - sem qualquer fundamento investigativo ou bibliográfico -, tendo como ponto máximo o direito positivo.

Por meio desse procedimento “manualístico”, os autores acabam por naturalizar o fenômeno jurídico, pois sempre conseguem atribuir sua existência ao início da sociedade humana e ao processo natural do seu desenvolvimento, traçando um esboço sintético e linear das ocorrências históricas, sob uma perspectiva do presente, sem qualquer fundamento ou pesquisa.

A historiografia jurídica da segunda metade do século XX, consoante se verifica a partir da leitura de autores como António Manuel Hespanha (2005), passou a problematizar esse uso da história, sobretudo nos manuais e pesquisas jurídicas. Especificamente, percebeu-se que esse tipo de abordagem está inserido em uma tradição marcada pelo positivismo pretensamente científico, segundo o qual o pensamento pós-iluminista é mais racional, humanitário, justificado, evoluído, enfim, superior em todos os aspectos aos períodos anteriores.

Partindo-se dessa situação, o objeto do presente trabalho consiste em estudar e desvelar essa tradição, discutindo-se e problematizando a utilização superficial e artificial da história nos cursos e manuais jurídicos. À título exemplificativo, especificamente, intenta-se analisar os manuais de direito penal.

2. ENSINO JURÍDICO E PARADIGMA CIENTÍFICO

O ensino jurídico no Brasil, aplicado nas universidades, caracteriza-se por ser um saber fragmentado e profissionalizante, porquanto a crença na neutralidade da técnica, pautada num purismo metodológico próprio do paradigma jurídico-positivista do século XX, resultou num saber distante das questões sociais (MACHADO, 2009, p. 119). Aqui, importa indicar que, enquanto paradigma científico, o positivismo traduz o lançamento da ciência

como religião, principalmente no curso do século XIX¹ no Ocidente – especificamente na Europa ocidental (SANTOS, 2011, p. 51; HEIDEGGER, 1979, p. 271). No rastro da *encyclopédie*, observam-se hierarquizações, verticalização, objetificação e classificações para conquistar o mundo (MALAGUTI, 2016, p. 04).

Conhecer, nessa abordagem, significa dividir e classificar (SANTOS, 2011, p. 63). Trata-se de um poder/saber hegemônico de compreensão, consolidado menos como uma escola científica, mais como uma cultura (MALAGUTI, 2016, p. 06).

Com efeito, Heidegger chama a atenção para essa problemática no campo da filosofia, ao afirmar o império da técnica, de uma maneira instrumental. Não buscando mais expor o que ele chama de ontologias do ente, esse tipo de técnica/conhecimento, restringe-se a descrições e categorizações superficiais, sistematizadas abstratamente para justificar leis ou fenômenos universais, de modo que o conhecimento verdadeiro do ente resta prejudicado (HEIDEGGER, 1979).

Além disso, o positivismo enquanto paradigma dominante também trata de depreciar a experiência anterior ao iluminismo (WOLKMER, 2015). O mundo pré-iluminista é apresentado como atrasado, obscuro, fanático. A Idade Média, por exemplo, é denominada ‘idade das trevas’, generalizando-se o discurso de que o obscurantismo religioso dominava tal período. Em contraponto, o iluminismo libertaria, iluminaria a existência. Essa construção discursiva se estende da religião à economia, passando pelo direito, sendo que a história acaba por exercer um papel estratégico na sua consolidação ao longo do século XIX (HESPANHA, 2005; MARX, 2013).

A ideia de apresentação de afirmações normativas como afirmações científicas é um fato endêmico desse pensamento (SANTOS, 2011, p. 54), que se apresenta como conhecimento técnico-social, capaz de conferir estabilidade não apenas para a dinâmica da natureza, como também para a sociedade – duas esferas dissociadas aqui. Nesse contexto, “um conhecimento baseado na formulação de leis tem como pressuposto metateórico a ideia de ordem e de estabilidade do mundo, a ideia de que o passado se repete no futuro” (SANTOS, 2008, p. 30). No âmbito do direito, tal ideário é representado no principal valor do positivismo jurídico: a segurança.

Realmente, seguindo o raciocínio da repetição ou circularidade dos fenômenos, essa linha teórica corresponde muito bem a uma necessidade existencial legitimadora de estabilidade e previsibilidade no âmbito jurídico, ordenando-se regras sociais a partir de um

¹ Inobstante ter sido gestado desde o século XIII (MALAGUTI, 2016, p. 05).

conhecimento dividido e interseccionado com outras searas do conhecimento científico social – como sociologia e história – e substituindo argumentos teológicos por científicos na legitimação da dominação do mundo (MALAGUTI, 2016, p. 06).

A universidade, nesse contexto, não foge ao paradigma. Segundo Antônio Alberto Machado, esse centro de ensino “[...] teria assumido o papel de criar ‘incompetentes políticos e sociais’ com a fragmentação do conhecimento, limitado pela especialização, justamente para impedir o pensamento” (MACHADO, 2009, p. 83). Observa-se, aqui, um poder que domestica e aliena. De acordo com Paulo Freire (2002, p. 71), trata-se de uma burocratização e de uma auto demissão da mente e, considerando-se que a formação vai muito além do treinamento, pois ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção (FREIRE, 2002, p. 12), vê-se que o ensino jurídico tem caminhado em sentido oposto – inobstante a teoria da história e da educação já ter avançado nessa perspectiva.

Efetivamente, é perceptível que se em outras áreas do conhecimento a pretensão de superar o positivismo remonta já a primeira metade do século XX, como se verifica na História dos Annales (BURKE, 2010) e na filosofia (SARTRE, 1987; HEIDEGGER, 1979), no direito a discussão acadêmica passa a ocorrer de maneira incipiente no pós-segunda guerra, sendo que na prática o que se vê é ainda a predominância do positivismo enquanto paradigma tanto nos Tribunais, quanto no ensino jurídico, com seus manuais esterilizantes e tecnicistas.

Nesse sentido, o ensino profissionalizante do direito, seguindo a lógica do mercado de trabalho e das profissões jurídicas, engessa o conhecimento jurídico, entendido do ponto de vista científico, uma vez que propõe um conhecimento de viés eminentemente técnico e utilitarista (MACHADO, 2009). Esse aspecto estrutural epistemológico acaba por valorizar a dogmática jurídica em detrimento – e não acompanhada – de outras disciplinas de importante papel para a formação do jurista brasileiro, como filosofia, ciência política, história, economia etc., tendo como resultado precípuo operadores do direito formados em técnicas de decisão e elaboração de leis.

O ensino jurídico, nessa perspectiva técnica, afasta a produção de conhecimento científico, isto é, de pesquisas teórico-metodologicamente orientadas para a formação do pensamento jurídico. Tem-se, em realidade, o aumento impressionante de produções repetitivas e superficiais, as quais se submetem muito mais às exigências do mercado (MACHADO, 2009, p. 105).

O jurista, então, é treinado apenas tecnicamente, sem qualquer formação de pesquisa, crítica e reflexão, fazendo o uso e a reprodução de conceitos formais (sujeito de direito,

supremacia da lei, igualdade etc.), “e tantas outras ilusões liberais” (MACHADO, 2009, p. 148). Em realidade, o que ocorre é que o ensino jurídico atual no Brasil continua vinculado a uma ideia de direito enquanto norma com um modelo metodológico unidimensional, completamente tecnicista e alienado (MACHADO, 2009, p. 91).

Nessa perspectiva, a história é igualmente apropriada pelo tecnicismo, servindo para legitimar o direito positivo, em um discurso marcado pelo evolucionismo e pela total ausência de estudo de fontes primárias e mesmo bibliografia especializada. A história vira adorno legitimador do discurso positivista, na perspectiva já indicada de valorização do período pós-iluminismo (HESPANHA, 2005).

Assim, observa-se uma tentativa de disfarçar esse purismo metodológico com a inserção – muito mal feita e descuidada – em outros campos de saberes sociais (como a história, a sociologia, a filosofia etc.). A utilização desses outros campos de conhecimento das ciências sociais se faz de modo inconseqüente e com o objetivo único de legitimar o próprio discurso. Quer dizer: não se trata de uma reflexão, mas de, novamente, um uso instrumental que caracteriza esse paradigma científico dominante. Trata-se de uma apropriação extremamente utilitarista, na medida em que apenas aproveita esses saberes para o direito num sentido acessório e complementar, sobretudo de legitimação.

É importante, portanto, desvelar a maneira como se tem trabalhado os saberes sociológicos, filosóficos e, no particular, históricos no âmbito jurídico, possibilitando a desconstrução dessa perspectiva tradicional do ensino em direito.

3. OS MANUAIS JURÍDICOS E A ABORDAGEM HISTÓRICA

Os manuais exercem um papel fundamental na formação do estudante dentro desse paradigma de pensamento. Com efeito, eles não se destinam a um estudo aprofundado do tema, mas sim à apresentação pretensamente didática e esclarecedora de determinada matéria, legitimando o objeto estudado, visto que a abordagem não tem por objetivo, em regra, questioná-lo.

Utilizando-se da história, por exemplo, apenas como aparato raso e legitimador dos institutos jurídicos no percurso da humanidade no mundo, esse tipo de ensino e escrita transparece o paradigma positivista de encarar o direito como um fenômeno único, natural e evolutivo na sociedade humana.

É comum que o escritor faça um trecho diminuto sobre a história do seu objeto, traçando o que seriam as grandes linhas gerais de seu desenvolvimento, culminando no

momento presente, como se a história fosse um avanço constante e evolutivo (SABADELL, 2006). Essa abordagem, além de raramente possuir qualquer embasamento em fontes históricas, acaba por invisibilizar as rupturas na história, tendo como resultado a legitimação e a naturalização do presente. Como descreve Thomas Kuhn:

[...] os manuais começam truncando a compreensão do cientista a respeito da história de sua própria disciplina e em seguida fornecem um substituto para aquilo que eliminaram. É característica dos manuais científicos conterem apenas um pouco de história, seja um capítulo introdutório, seja, como acontece mais frequentemente, em referências dispersas aos grandes heróis de uma época anterior. Através dessas referências, tanto os estudantes como os profissionais sentem-se participando de uma longa tradição histórica. Contudo, a tradição derivada dos manuais, da qual os cientistas sentem-se participantes, jamais existiu (KUHN, 2013, p. 233).

A citação de Thomas Kuhn é importante para mostrar como essa utilização da história nos manuais está inserida na tradição do pensamento científico positivista, não se limitando ao âmbito dos cursos jurídicos. No direito, especificamente, essa abordagem pode ser ainda mais gravosa, tanto porque reverbera na própria pesquisa em pós-graduação, sendo comum dissertações e até mesmo teses com escorços históricos absolutamente superficiais, como também porque, estando o direito ligado diretamente ao exercício do poder, essa concepção justifica e legitima a ordem vigente, coercitiva e estatal.

Com efeito, operadores do direito estão habilitados a fazer pesquisas e textos jurídicos. A despeito do purismo metodológico que tal afirmação pode parecer implicar, há aqui uma advertência importante, porquanto, no caso dos manuais de direito, seus autores – juristas, em sua maioria, senão totalidade – arriscam-se a escorços históricos, sociológicos, filosóficos etc., cujo conteúdo se caracteriza por ser de natureza eminentemente duvidosa sobretudo em relação à metodologia e fontes utilizadas (OLIVEIRA, 2004). Esses outros conhecimentos, então, são utilizados superficial e artificialmente, de modo apenas a conferir erudição ao conhecimento jurídico e falsear uma interdisciplinaridade que não ocorre verdadeiramente, sendo uma pseudo prática adotada no direito (SABADELL, 2006).

A confusão metodológica ou epistemológica, conforme alerta Luciano Oliveira (2004, p. 06), é um problema denominado “manualismo”. Pode-se até estar diante de algo considerado um discurso crítico, todavia se trata de uma suposta descrição – histórica, filosófica, sociológica – muito atrelada ao senso comum, desvinculada de qualquer pesquisa minimamente aprofundada sobre o tema.

O que ocorre é que essa abordagem é muitas vezes tratada como uma perspectiva interdisciplinar, quando na verdade está a reproduzir achismos sobre determinados temas,

argumentações desprovidas de cunho científico, sem qualquer validade para o âmbito acadêmico. Como exemplo, tem-se o habitual capítulo intitulado “evolução histórica” de determinado instituto nos trabalhos jurídicos. Seus autores, em geral, buscam a existência de tais institutos em épocas remotas ou em documentos antigos – sem efetivamente consultar a fonte, apenas mencionando-a – como se esse tipo de argumentação fosse capaz de dar maior legitimidade ao estudo atual; e como se a própria existência do instituto em épocas passadas pudesse justificar a sua ocorrência atualmente, e de um modo melhorado (HESPANHA, 2005; SABADELL, 2006).

Nesse sentido, observa-se que os estudantes, ao ingressarem nos cursos de direito, passam a ter acesso a um senso comum teórico acerca da história, especificamente, encarando-a a partir de uma visão estreita e imobilizante, de conhecimento voltado para um passado engessado (FONSECA, 2012, p. 17). O que ocorre, nos termos de Antônio Alberto Machado (2009, p. 118-119, é uma inculcação ideológica que propicia a compreensão da realidade por meio de um discurso habitual, superficial, vazio de crítica e de consciência política, o que favorece uma reprodução passiva e mecânica da legalidade e das instituições vigentes.

Michel Miaille já chamara atenção para isso em relação à França. Segundo esse autor, as instituições jurídicas de diversos sistemas são apreciadas a partir do direito moderno e ocidental, sendo possível, assim, “designar instituições muito afastadas no tempo como sendo ‘antepassados’ de instituições actuais” (MIAILLE, 1979, p. 49). A questão é que se invoca uma espécie de testemunho de uma suposta evolução para explicar a situação atual, como se o fenômeno jurídico e seus institutos atuais, em determinado local, pudessem ser direta e progressivamente explicados a partir de uma história universal, que parte de ocorrências específicas: Grécia antiga, código de Hamurábi, egípcios etc (SABADELL, 2006).

Esse tipo de história, “onde as normas e valores do presente já existem em embrião no passado mais longínquo” (OLIVEIRA, 2004, p. 11) já não é mais usada pelos historiadores há muito tempo. Com efeito, a *École des Annales* representou uma virada paradigmática no âmbito historiográfico, com percepção crítica sobre a abordagem evolucionista e legitimadora da atualidade que antes se fazia (BURKE, 2015).

Assim é que se modificou a reflexão sobre os eventos e experiências históricas, não mais em busca apenas de continuidades e supostas evoluções, mas também de rupturas, conjunturas específicas, relações locais (BURKE, 2015; HESPANHA, 2005). No âmbito do direito, essa perspectiva crítica e reflexiva chega apenas na segunda metade do século XX, mas limitado a poucos espaços acadêmicos. Em regra, permanece o anacronismo que apenas

prejudica os textos jurídicos, com suas superficialidades e evolucionismos marcantes quando fazem o famigerado ‘escorço histórico’.

Essa abordagem, segundo Mialle, trata-se de um universalismo a-histórico, porquanto se reduz a uma visão histórica que possui ideias as quais “se destacam pouco a pouco do contexto geográfico e histórico no qual foram efetivamente produzidas e constituem um conjunto de noções universalmente válidas (universalismo) sem intervenção de uma história verdadeira” (MIALLE, 1979, p. 48).

Com tal crítica não se quer afirmar que o jurista deva produzir textos alienados, sem perspectiva interdisciplinar. Apenas se está a alertar para uma produção anacrônica, despida de qualquer metodologia atualizada dentro dos diversos saberes. Esse jurista, afirma Luciano Oliveira (2004, p. 13), por mais bem intencionado que possa ser, não pode escrever textos históricos, sem qualquer metodologia ou rigor epistemológico, e pretender o reconhecimento dos historiadores. Complementa-se: nem dos próprios juristas. Na medida em que o direito não pode ser uma ciência afastada da realidade nem dos demais saberes, não deve apresentar produções textuais que não tenham a ver com essa realidade. Isto quer dizer que apresentar uma suposta evolução histórica de determinado instituto jurídico não pode significar apresentar uma descrição anacrônica.

A ideia de que a história traz uma narração de eventos logicamente concatenados, aptos a explicar o presente de uma forma erudita e legitimadora é algo que perdura e ainda domina a produção dogmática no direito. Trata-se de uma total incompreensão do direito histórico e de uma ignorância quanto à autonomia do passado (HESPANHA, 2005, p. 30). Parece-se traçar uma função muito definida para a história no direito, qual seja, a de fornecer curiosidades legitimadoras, que apenas aumentam o conhecimento num sentido inoperante, servindo de adorno para uma argumentação jurídica pobre em profundidade de conhecimento e pesquisa efetiva (FONSECA, 2012, p. 17).

Nesses termos, sacralizando-se o presente como único horizonte possível da evolução humana (HESPANHA, 2005, p. 29), os juristas em geral tendem a crer que o direito é uma antiga tradição agregativa; e as soluções vão se somando às antigas até atingir o estágio atual tido como universal (HESPANHA, 2005, p. 42; RUSCHE, 2004; SABADELL, 2006).

Frente à densificação do debate metodológico e de conteúdo na história e nas ciências sociais, verifica-se um manifesto afastamento do saber e da prática jurídica, ainda marcada pelo positivismo, o que revela também uma falta de atualização teórico-metodológica do direito. Com isso, perde-se em compreensão sociológica, histórica, filosófica. O direito acaba por se manter numa espécie de bolha, engessado em mecanismos de argumentação que apenas

endossam seus institutos paralisados, deslocados de atualizações importantes que ocorrem no conhecimento científico (FONSECA, 2012, p. 18).

É essa a grande falha. Nem enquanto conhecimento científico sério, aquele modelo tão defendido por autores como Hans Kelsen (2009, p. 02-10), o direito consegue se manter, pois tem se apropriado de diversos saberes de modo desatualizado e inconsequente, sem consciência do que se está a escrever e “pesquisar”. Não se observa metodologia, por exemplo, num capítulo de manual que se propõe a traçar uma evolução histórica de determinado instituto jurídico, porquanto, na maior parte das vezes, os autores apenas se baseiam em outros manuais, que, por sua vez, basearam-se em outros manuais, com pouca ou nenhuma pesquisa histórica efetiva. Trata-se de um emaranhado de achismos e induções racionalmente operadas, sem qualquer fundamento científico no sentido da utilização de uma razão efetivamente investigativa, crítica etc.

A problemática dessa utilização está, sobretudo, no fato de que os juristas não estão acostumados a encarar o fenômeno jurídico como algo a ser compreendido em perspectiva temporal (FONSECA, 2012, p. 23). Pensa-se o direito atual como uma evolução direta, linear e progressiva do direito passado (aqui incluído e generalizado todo e qualquer direito), como se o que se observasse atualmente fosse o resultado final de algo sabiamente assimilado e decantado ao longo do tempo; como se o fenômeno jurídico atual fosse a forma mais sofisticada de direito, resultado da soma de todas as elaborações jurídicas de todas as civilizações precedentes (FONSECA, 2012, p. 23).

Nas faculdades de direito, ainda hoje, observa-se a reprodução de uma abordagem histórica marcada pela linearidade, encarando-se a história do direito como mero acessório das disciplinas da dogmática jurídica (FONSECA, 2012, p. 37). Com efeito, o que muito se observa é a pretensão de uma construção histórica linear e universal acerca de conceitos e institutos jurídicos, sobretudo no quesito semântico.

Em outro sentido, alerta Hespanha que apesar da continuidade e semelhança terminológica, sintática, em determinados termos, há (ou ao menos é uma possibilidade) rupturas decisivas quanto ao significado semântico:

O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente relacional ou local. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem (linguagem corrente, linguagem religiosa, etc.), são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou em debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade

semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam (HESPANHA, 2005, p. 26-27).

O saber historiográfico, nesses termos, é visto em perspectiva utilitária: serve. Serve para a dogmática jurídica na medida em que a legitima, demonstra que seus institutos e conceitos detêm um passado (universal) na história da humanidade, e um passado que vai progressivamente sendo assimilado, evoluindo até a configuração atual, a mais perfeita combinação, o ápice dos institutos, o apogeu do direito (HESPANHA, 2005, p. 28-29). E isso pode ser muito bem visualizado a partir da leitura de alguns manuais jurídicos, a seguir explicitados.

4. MANUAIS DE DIREITO PENAL

Os manuais de direito penal são objetos privilegiados de estudo para fins de desvelar o uso da história nos cursos jurídicos. Neles, além de estar ainda mais claro o discurso da evolução, temos uma abordagem que torna inexorável o próprio direito penal. Assim, os autores não só justificam o direito positivo, como o direito penal e a si mesmos. Os manuais estudados neste trabalho² não fogem à regra.

Ana Lucia Sabadell relata que existe uma abordagem clássica e não problematizada, que narra um avanço nas formas de punição:

No âmbito penal, a forma mais elaborada do evolucionismo encontra-se no famoso esquema dos “quatro estágios” pelos quais supostamente passou a repressão penal: vingança privada sem regras; lei do talião; substituição do talião pela indenização; pena estatal. Esses estágios são referidos por vários autores com a finalidade de demonstrar que as mesmas instituições aparecem no decorrer dos séculos em vários lugares do planeta, as mesmas fases se sucedem em função do progresso da civilização e da organização social (SABADELL, 2006, p. 24)

Seguindo-se a linha apresentada, Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, em seu manual, inicialmente explicita a inexorabilidade da existência de penas, fazendo, a partir daí, um esboço histórico das penas aplicadas ao longo do tempo, não sem antes dizer que as punições anteriores “não passam de embriões do sistema vigente” (NUCCI, 2015, p. 09). A marca do continuísmo e do evolucionismo não está apenas subentendida, está dita.

² No presente estudo, foram escolhidos alguns dos manuais de direito penal considerados os mais prestigiados nos cursos de Direito. Trata-se de escolha meramente exemplificativa do que acontece na área em geral, sem o objetivo de expor um ou outro autor especificamente.

Esse autor acrescenta uma fase anterior à vingança privada: a relação totêmica, marcada pela crença em forças sobrenaturais, sendo que a punição seria aplicada porque imaginavam as pessoas que assim aplacariam as forças dos deuses (NUCCI, 2015, p. 09-10). Em que sociedade isto ocorreu, não é colocado; tampouco em que estudo ou fonte histórica isso restou evidenciado.

Nos dizeres do mesmo autor, o “vínculo totêmico” teria sido substituído pelo “vínculo de sangue”, aplicando-se a vingança privada, ou a “justiça com as próprias mãos”. Essa forma de justiça, entretanto, “nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão” (NUCCI, 2015, p. 10). Lendo o que não está escrito no trecho (DERRIDA, 2014), quer o autor dizer que o direito penal contemporâneo não é uma forma de agressão? Esse tipo de explanação não apenas produz uma maneira de pensar a questão criminal, mas de senti-la, de modo a naturalizar e cultuar a truculência da pena (MALAGUTI, 2016, p. 06-07).

O referido autor segue o roteiro narrado acima por Sabadell, tratando da vingança pública (talião), do “Oriente Antigo”, da Grécia antiga, do direito romano, germânico e canônico. Aponta o que seriam especificidades e conclui que em todo esse período não havia proporcionalidade na aplicação das penas, sendo estas destinadas à “intimidação pura” da sociedade. Isso teria saturado filósofos e juristas, situação representada na obra clássica “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Beccaria.

Nesse ínterim, Nucci afirma os avanços apresentados por Beccaria, como a proporcionalidade, a exigência da legalidade, a limitação ao arbítrio dos juízes, a busca pela regeneração do delinquente, destacando expressamente que “a modernização do direito penal somente teve início com o iluminismo” (NUCCI, 2015, p. 12). Cita, nesse fito, outras referências (ou heróis) do período, como Bentham e Feuerbach, além de textos normativos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Abordagem idêntica é encontrada em Rogério Greco (2016).

Ao abordar, em pouco mais de uma página e sem nenhuma referência, a história do direito penal no Brasil, Guilherme Nucci indica que os índios não possuíam “um direito penal organizado e muito menos civilizado”:

Na época do descobrimento, os portugueses encontraram a terra habitada por índios, que não possuíam um direito penal organizado e muito menos civilizado, aplicando-se penas aleatórias, inspiradas na vingança privada, além de se estabelecer, casualmente, algumas formas de composição. Muitas penalidades eram cruéis, implicando tortura, morte e banimento (NUCCI, 2015, p. 17).

Não há indicação das comunidades indígenas às quais o autor está se referindo, nem com base em que chegou à conclusão de que as penalidades correspondiam a uma “vingança privada”. Mais uma vez, há a afirmação do direito estatal positivo, pretensamente “civilizado” e moderno.

Para finalizar sua abordagem da “evolução histórica do direito penal e escolas penais”, Guilherme de Souza Nucci faz literalmente uma “síntese”:

[...] nos primórdios, a pena era aplicada desordenadamente, sem um propósito definido, de forma desproporcional e com forte conteúdo religioso. Atingiu-se a vingança privada e, na sequência, a vingança pública, chamando o Estado a si a força punitiva. Aplicou-se o talião (olho por olho, dente por dente), o que representou um avanço à época, pois se traçou o contorno da proporcionalidade entre o crime praticado e a pena merecida. Seguiu-se a fase de humanização do direito penal, após a Revolução Francesa, estabelecendo-se, no mundo todo, a pena privativa de liberdade como a principal sanção aplicada, evitando-se, como meta ideal a ser atingida, as penas consideradas cruéis (NUCCI, 2015, p. 18).

Esse esboço histórico da evolução da pena é feito com pouquíssimas referências teóricas, e as poucas mencionadas correspondem a outros juristas, cujas fontes também são rasas. Não se encontra referencial histórico ou acesso a fontes primárias. Reafirma-se, a todo momento, como o direito atual é mais civilizado, organizado, humanitário, o cume do processo evolutivo. O manual acima descrito é, portanto, um exemplo marcante do padrão de abordagem da história nos manuais de direito.

Não difere a abordagem de José Antonio Paganella Boschi, já citado no início deste trabalho, quando justifica a necessidade do direito penal a partir do mito cristão de Adão e Eva, personagens bíblicos³. Ao fazer uma síntese do que considera a origem e evolução das penas, este autor traça um panorama muito parecido, iniciando, é claro, pelos “povos primitivos” que, influenciados pela ideia de “forças sobrenaturais”, faziam sacrifícios públicos. Em suas palavras:

A entrega da vítima em holocausto (em grandes espetáculos públicos) aparecia como solução frequente à expiação coletiva. Imaginava-se que o oferecimento de donzela ao fogo vulcânico, como ilustram a literatura e o cinema, restauraria a harmonia com os deuses e propiciaria a absolvição dos pecados (BOSCHI, 2013, p. 76).

Mais uma vez, não se sabe em quais povos ditos primitivos especificamente isto ocorria (“oferecimento de donzela”), tendo o autor se baseado, ao tratar do tema, apenas em

³ Rogério Greco, em seu “Curso de Direito Penal”, também começa sua “evolução histórica” com o texto bíblico, chegando a afirmar que “a expulsão do primeiro casal do paraíso foi, com certeza, a maior de todas as punições” (GRECO, 2016, p. 15).

outro jurista, José Henrique Pierangelli. Sequer há indicação das ilustrações que, segundo o autor, são oriundas da literatura e do cinema.

Traça-se, mais adiante, a linha evolutiva semelhante à já abordada: vingança de sangue, substituição por expulsão e banimento do ofensor, talião. Em relação a esta, destaca Paganella que foi consagrada no “Livro dos Livros” (Êxodo) e também no Código de Hamurábi” (BOSCHI, 2013, p. 77), sendo a primeira manifestação de proporcionalidade na punição.

Passado o talião, veio, segundo o autor, a ideia de composição, ainda que não haja nenhuma indicação da sociedade em que isto teria ocorrido, muito menos qualquer referência bibliográfica sobre o tema. Após, Paganella apresenta um excelente exemplo de como a idade média é abordada pelos juristas enquanto período do atraso⁴, o que é prática comum desde o advento do iluminismo liberal. Assim descreve o autor:

O caminhar na direção da humanização das penas foi vagaroso durante a Idade Média. Esse período da história foi dominado pelas penas cruéis. A morte na roda, na guilhotina, no fogo, era prática rotineira... impostas pelos Tribunais da Inquisição com o auxílio da tortura e executadas pelo seu braço civil, o Estado absolutista, em abominável consórcio com a Igreja, destinado a manter e a reproduzir o poder nas mais diferentes regiões da terra (BOSCHI, 2013, p. 78).

Esse trecho, além de não estar embasado em nenhuma fonte historiográfica ou bibliográfica específica, possui uma série de inconsistências históricas. Apesar de se considerar que a idade média teve por início a queda do império romano, no século V d.C, com a fragmentação do poder (GROSSI, 2014), Paganella diz que as penas cruéis eram impostas pela inquisição que, como cediço, só apareceu na baixa idade média, a partir do século XIII d.C, intensificando-se verdadeiramente com a reforma protestante, já no crepúsculo da idade média (GINZBURG, 2012). Além disso, o autor fala em “braço civil”, concepção contemporânea de divisão de poder, referindo-se ao Estado absolutista que, igualmente, só surge na baixa idade média (ELIAS, 2003). Assim, há uma generalização sobre o que teria ocorrido na idade média, reiterando o senso comum teórico sobre o período.

Passado esse período, “época em que o direito esteve a serviço da opressão da tirania dos reis e da Igreja” (BOSCHI, 2013, p. 79), tem-se o avanço humanista trazido pelo iluminismo, com a consagração de pensamento questionador dos horrores vividos

⁴De acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, a idade média normalmente é desprezada como o período “negro” do ocidente (FONSECA, 2012, p. 24). Importante consignar que o advento da *École des Annales*, além de representar a revolução no pensamento historiográfico, significou a multiplicação de estudos que trouxeram outras perspectivas sobre a idade média. Tal fenômeno também pode ser percebido na historiografia jurídica, nos estudos de Hspanha (2005) e Grossi (2014).

anteriormente. O autor destaca o pensamento de Locke, Voltaire, Rousseau, Beccaria, dentre outros, tratando, então, das escolas penais.

Como se pode perceber, o quadro geral da análise de Paganella Boschi não difere em muito de Guilherme Nucci, sobretudo no que se refere à evolução do direito penal na história e, mais especificamente, à valorização do iluminismo. Importante consignar, por outro lado, que ao abordar a contemporaneidade, Paganella não deixa de mostrar as diversas complexidades existentes, tanto no que atine ao aumento do direito penal, à ideia de direito penal do inimigo, citando também, ainda que rapidamente, o pensamento abolicionista (BOSCHI, 2013, p. 85).

Esses dois exemplos trazidos ilustram com facilidade a abordagem dominante nos manuais de direito penal. Tal perspectiva também foi encontrada no “Curso de Direito Penal”, de Rogério Greco (2016), e no “Tratado de Direito Penal” (2011), de Cezar Roberto Bittencourt, sendo despendida uma análise mais minuciosa, porquanto seria apenas repetitiva.

Assim, manifestam-se as marcas que caracterizam o uso da história nesses manuais: a autojustificação, a ausência de utilização de fontes históricas, a perspectiva evolucionista e legitimadora do direito positivo estatal, bem como a desconsideração por uma visão conjuntural e contextual do fenômeno jurídico.

Além disso, cumpre notar que essas abordagens desconsideram a importância que a estrutura econômica e social exerce sobre o sistema punitivo (RUSCHE E KIRCHHEIMER, 2004). Por exemplo, os autores explicam o advento do cárcere moderno como processo humanitário a partir das ideias de grandes filósofos, deixando de destacar a importância exercida pela mudança do sistema econômico com o advento do capitalismo (MELOSSI E PAVARINI, 2010). Desconsideram-se, assim, os fatores que conformam o direito.

Como já dito, o direito penal é aqui utilizado como mero exemplo, sendo possível encontrar a mesma abordagem em outras áreas, como no direito constitucional (nacionalidade, Estado, vontade popular) e no direito civil (propriedade, contratos, família). Todos a legitimar o direito positivo, naturalizando-o.

Fundamental, portanto, o aprofundamento dos estudos em história do direito, auxiliando na desconstrução dessa perspectiva dogmática e legitimadora do direito positivo em vigor. Só assim será possível mostrar como o direito é conjuntural e contextual, estudado no âmbito do construído, historicamente localizado e conformado pela estrutura econômico-social.

5. CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

Conforme se pode observar, a partir da explanação acima elaborada, o ensino e os manuais jurídicos, especificamente os manuais de direito penal, estão inseridos numa perspectiva problemática do ponto de vista metodológico e, inclusive, científico⁵. Pautado num paradigma positivista oitocentista (FONSECA, 2012), o direito tem se utilizado da história de maneira acessória, comprometendo a rigorosidade e honestidade na produção do conhecimento, bem como reproduzindo estruturas infundadas (HESPANHA, 2005).

Conforme Ricardo Marcelo Fonseca (e diversos outros autores, como António Manuel Hespanha e Paolo Grossi), essa perspectiva estreita da historiografia jurídica deve ser desconstruída para dar espaço a uma história do direito cientificamente sólida (FONSECA, 2012, p. 19). É mister abandonar essa visão museológica e reducionista do passado, para que este seja compreendido como uma operação complexa a partir de um ângulo teórico-metodológico (FONSECA, 2012, p. 19).

Dessarte, necessário se faz, considerando-se essa situação, pensar a história do direito de outra forma. A historiografia jurídica pode ter outra função: não mais intentar construir uma linha do tempo para o direito, seus conceitos e institutos, partindo-se, comumente, da antiguidade clássica, passando pela idade média, modernidade etc., como se o presente de qualquer lugar do mundo fosse um ponto de chegada inevitável e lapidado a partir de acontecimentos da Europa ocidental (HESPANHA, 2005).

Não “servindo” mais como uma disciplina introdutória da dogmática jurídica – como se faz, geralmente, com o direito romano e as disciplinas de direito privado⁶ –, o estudo da historiografia jurídica pode ter a função de demonstrar as rupturas e discontinuidades, as profundas diferenças entre as diversas experiências jurídicas ocorridas em inúmeros locais e tempos (FONSECA, 2012, p. 35-36; GROSSI, 2014; HESPANHA, 2005, p. 41). A missão da história do direito, em relação às disciplinas dogmáticas, é antes a de problematizar seus

⁵ Paradoxalmente, há que se destacar que o paradigma positivista, inobstante imiscuído até os dias atuais na forma de conhecimento do direito, a este não transferiu o ideário de rigor epistemológico e metodológico especificamente quanto à escrita dos manuais, porquanto o que se observa, em geral, é justamente a ausência de regras metodológicas e pesquisa aprofundada sobre os diversos temas ensinados nos cursos.

⁶ A esse respeito, especificamente, observa-se que o direito romano é em muito considerado um núcleo precioso histórico dentro do direito, como se os seus institutos pudessem ser diretamente relacionados com o fenômeno jurídico atual de diversas partes do mundo. Geralmente é estudado como um complemento do direito privado atual. Não se intenta negar a importância do direito romano para a compreensão do fenômeno jurídico – e de diversos outros fenômenos sociais. A questão que se coloca é até que ponto a abordagem que é feita nas faculdades de direito e nos manuais jurídicos em geral não acaba por comprometer um estudo histórico efetivamente consciente do seu papel e funcionalmente importante para as ciências sociais e para o direito, apresentando uma leitura eminentemente anacrônica, desatualizada e complicada do ponto de vista teórico-metodológico (FONSECA, 2012, p. 23).

pressupostos implícitos e acríticos, que informam que o direito atual é o necessário e definitivo (HESPANHA, 2005, p. 21).

A ideia é, portanto, desnaturalizar o passado e o presente, colocando-os na contingência histórica, até porque as soluções jurídicas são sempre contingentes e, nesse sentido, sempre locais (HESPANHA, 2005, p. 21):

A análise do passado do direito passa a servir para, ao afirmar a historicidade que é ínsita ao direito (que não é, portanto, algo que sobrepassa de modo isolada a realidade ou que é mero “efeito” da economia ou da política), demonstrar aos juristas das áreas da “dogmática jurídica” (civilistas, penalistas, processualistas etc.) que seus saberes, para serem bem manejados, dependem fundamentalmente de uma responsável análise diacrônica (HESPANHA, 2005, p. 36).

O primeiro passo, então, é pensar a questão teórico-metodológica. A rigorosidade metódica é fundamental nesse mister. Sem rigorosidade metódica, segundo Paulo Freire, não há pensar certo (FREIRE, 2002). É preciso selecionar as fontes, de modo a abordá-las, lê-las, organizá-las, compreendê-las e apresentá-las, mas não de forma acrítica. Nesse sentido, não se pode abandonar a historiografia geral, considerando-se, evidentemente, que a história do direito é um saber inserido no saber maior da história. Assim, “Não se pode fazer história do direito sem prestar atenção nas contribuições, nas pesquisas, nas abordagens e nas metodologias específicas que os historiadores ‘gerais’ utilizam” (FONSECA, 2012, p. 22)⁷.

Há que se lembrar sempre, ainda, que não existe um caminho único para o conhecimento histórico (FONSECA, 2012, p. 26). E, mais importante: que não há verdades históricas. Na construção da historiografia – e, especificamente, da historiografia jurídica – não é possível se falar em verdades, senão em abordagens (VEYNE, 2014). Segundo Hespanha, “a história, mais do que descrever, cria” (HESPANHA, 2005, p. 25). A pesquisadora e o pesquisador criam seus argumentos, com base em suas observações. Os acontecimentos não estão disponíveis para simples e diretamente serem descritos. Abordar o objeto é em certo sentido construir esse objeto (FONSECA, 2012, p. 30). Então o historiador, adotando uma perspectiva, cria, em seu trabalho, o objeto, a história que intenta contar

⁷ Importante destacar que no âmbito da dogmática jurídica já há trabalhos atentos ao problema tratado no presente artigo quando abordam a história. Nilo Batista e Zaffaroni, por exemplo, em seu *Direito Penal Brasileiro – I*, discorrem (2011, p. 383): “1. As simplificações mais comuns da história da criminalização primária, ou seja, da formalização do poder punitivo em legislação penal manifesta, pretendem mostrar um sentido linear, centrando sua atenção nas penas previstas: penas ilimitadas (vingança privada), penas limitadas (vingança pública), penas mais restritas (humanização) e penas *racionais* ou da *etapa atual*, chamada por uns de *científica*, por outros de *técnica* e por outros tantos de *dogmática*, segundo o lugar onde se coloque o analisa histórico que, em geral, aspira posicionar-se na cúspide de uma *evolução*. Em suma, sempre se cuida de apresentar a legislação penal no quadro de uma das inúmeras concepções evolutivas da história, tão correntes nos séculos XVIII e XIX, ignorando paralelamente o restante poder punitivo exercitado”.

(HESPANHA, 2005, p. 33-34). E essa construção intelectual diz mais sobre seus autores do que sobre o passado descrito enquanto “realidade”.

O objetivo é afastar esse estudo anacrônico, muito habitual em manuais de direito, que apenas acentua permanências de forma artificial, trazendo a história do direito para uma análise teórica verdadeiramente científica e comprometida com a honestidade intelectual. “O que se pretende, enfim, é que seja feita uma história do direito bem informada (ou ao menos autoconsciente) nos seus limites teórico-metodológicos.” (FONSECA, 2012, p. 29). O rigor, aqui, encontra-se menos numa adequação do discurso à “realidade” histórica do que na própria coerência interna do discurso (HESPANHA, 2005, p. 34).

Dessa maneira, será possível alçar a história do direito a outro patamar de importância nos cursos jurídicos, não mais como mera erudição a ancorar a dogmática jurídica, mas como disciplina fundamental para a reflexão crítica do fenômeno jurídico, formando estudantes mais questionadores sobre o próprio papel e a função exercida pelo direito na sociedade.

BIBLIOGRAFIA

BATISTA; Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

BURKE, Peter. A Escola dos Annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia. 2ª Edição. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2012.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DERRIDA, Jacques. A escritura e a diferença. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ELIAS, Norbert. La dynamique de l'occident. Paris: Pocket, 2003.

GINZBURG, Carlo. O queijo e os vermes. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. Mitos, emblemas e sinais. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

HEIDEGGER, Martin. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In. Conferências e Escritos Filosóficos. Trad. E. Stein. SP: Abril Cultural, 1979.

HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JOHNSON, Christopher. Derrida: A cena da escritura. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

JÚNIOR, João Feres (org.). Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico e mudança social. 2ª edição. São Paulo: Expressão popular, 2009.

MALAGUTI, Vera. O positivismo como cultura. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, volume 8, número 2, maio/agosto, 2016, p. 293-307.

MARX, Karl. O Capital: crítica da economia política – Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MIAILLE, Michel. Uma introdução crítica ao direito. Lisboa: Moraes Editores, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione* – Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (Séculos XVI – XVIII). 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8ª edição. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Um discurso sobre as ciências. 5ª Edição. São Paulo: Cortez, 2008.

VEYNE, Paul. Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história. 4ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.