

As culturas jurídicas ocidentais e as idéias jurídico-penais no Brasil – décadas de 1930/40

Rivail Carvalho Rolim

Departamento de História, Universidade Estadual de Maringá, Av. Colombo, 5790, 87020-900, Maringá, Paraná, Brasil. e-mail: rivailrolim@hotmail.com

RESUMO. O objetivo deste artigo é demonstrar que os postulados e os princípios instituídos ao longo da trajetória histórica das culturas jurídicas ocidentais alicerçaram o debate dos operadores jurídicos que participaram ativamente do processo de formulação e de implantação do ordenamento jurídico-penal de 1940 no Brasil. Com isso, estamos empreendendo uma reflexão sobre os efeitos de longa duração das realidades históricas passadas sobre as construções culturais no tempo presente.

Palavras-chave: cultura jurídica romano-canônica, idéias jurídico-penais, justiça.

ABSTRACT. *Western juridical cultures and juridical-penal thought in Brazil, during the 1930s and 1940s.* The purpose of this article is to demonstrate that the postulates and principles instituted throughout Western juridical cultures throughout history, served as basis of debate for the juridical operators which were inherent to the formation and implementation of the juridical-penal order instituted in Brazil in 1940. Long-term effects that past historical realities still exercise on present cultural constructions are also investigated.

Key words: Roman-canonical juridical culture, juridical-penal ideas, justice.

Introdução

As reflexões que voltaram suas atenções para a formação do mundo contemporâneo, em grande medida, preocuparam-se somente em identificar como uma sociedade completamente nova foi edificada. Tinham o intuito de demarcar o “momento” em que ocorreu a “passagem”, pois entendiam que era fundamental apontar “com certeza” como foi o processo de ruptura e mostrar que havia possibilidade de mudanças radicais, ou seja, de se instituir algo completamente novo.

Esses trabalhos deram contribuições significativas para o entendimento das dinâmicas sociais; contudo ficaram presos às idéias das rupturas totais, dos processos revolucionários e, com isso, acabaram fechando os olhos para as continuidades. Em consequência, produziram uma reflexão que, no limite, poderíamos afirmar que seria um modernismo a-histórico, para parafrasearmos Carl Schorske (2000), à medida que procuraram divorciar a sociedade contemporânea das realidades históricas passadas. Aliás, Antonio Manuel de Hespanha (1978, p. 11), referindo-se à História do Direito, salienta que se construiu uma mitificação em torno da ordem jurídica e social do capitalismo “que a propunha como uma situação natural e independente do devir histórico”.

Nos últimos anos, as pesquisas estão caminhando em uma perspectiva diferente: não deixam de observar as mudanças e as rupturas, mas já levam em consideração também as continuidades, pois, por mais que os agentes históricos proclamem a fundação do novo, existem determinados aspectos da realidade social que resistem ao tempo. Com efeito, seguimos as premissas de Fernand Braudel (1992, p. 43), para quem devemos entender o tempo histórico na pluralidade, condição *sine qua non* na metodologia do historiador, e de Norbert Elias (1997), para quem as teorias de curto prazo não permitem apreender os padrões socioculturais instituídos no devir histórico, pois eles estão situados em um tempo longo. Portanto, quando nos referimos aos fenômenos históricos, jamais podemos tratá-los somente como *hic et nunc*.

Diante desses apontamentos iniciais, empreendemos uma análise de como as culturas jurídicas ocidentais foram recuperadas, atualizadas e até mesmo reproduzidas nos debates ocorridos entre os operadores jurídicos nas décadas de 1930/40, conjuntura na qual o país passou por um processo de movimento e de estruturação de novas normas jurídico-penais. Na realidade, a partir da publicação, em 1938, do Anteprojeto do Código Penal, elaborado por Alcântara Machado, até sua

promulgação, em dezembro de 1940, ocorreram vários debates entre aqueles que, de alguma forma, quiseram imprimir suas marcas no novo sistema legal-penal: Código Penal (Decreto Lei 2848 de 07/12/1940), Código de Processo Penal (Decreto Lei 3688 de 03/10/1942) e Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei 3689 de 03/10/1942).

Como o direito é um produto histórico, pois é produzido e transformado ao longo dos tempos múltiplos e contraditórios do devir social (Neder, 1995, p. 26), consideramos de fundamental importância desenvolvermos uma reflexão que procure pensar com a história das culturas jurídicas; isso significa entender como os materiais do passado estão sendo utilizados nas construções culturais do presente (Schorske, 2000).

A cultura jurídico-penal brasileira e o classicismo penal

Durante o processo de elaboração da nova ordem jurídica, na virada da década de 1930 para a de 40, os operadores jurídicos faziam questão de ressaltar que o direito no Brasil sempre buscou seus fundamentos no classicismo penal, formulado no contexto do Iluminismo jurídico-penal. Havia um consenso de que o país congregava o mundo que adotou um ordenamento jurídico no qual todos os cidadãos estavam igualmente protegidos, ou seja, possuíam segurança jurídica. Por sua vez, sendo a “lei igual para todos”, em tese e indistintamente, os autores de comportamentos considerados violadores de normas penalmente sancionadas podiam converter-se em sujeitos do processo de criminalização e ficarem submetidos às mesmas sanções das normas da justiça.

Para o que nos interessa mais de perto o classicismo está sempre relacionado à idéia de humanização da pena e à orientação doutrinária da sua aplicação em proporção ao crime. A obra *Dos delitos e das penas*, de Césare Beccaria (1764), tem um significado político importante no caminho das mudanças, ao contemplar as liberdades individuais, os direitos subjetivos e as garantias individuais. Em outras palavras, o impacto histórico da obra se deve à capacidade de expressar o vigoroso movimento europeu de reforma penal. Por sua vez, Francesco Carrara, um outro expoente do classicismo penal, avançou no emprego do método racionalista da ciência do direito penal. Entretanto, é necessário salientar que, de Beccaria a Carrara, a versão contratualista de direito penal cedeu lugar à versão católico-tomista, tendo em vista que o direito passou, conforme está expresso na obra *Programa do curso de direito criminal*, escrita em 1859, a ser

considerado como:

[...] congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir o seu dever nesta vida; deve, pois, o direito, ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos: critérios absolutos, constantes, e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles (Carrara, 2002, p. 23).

As práticas penais do classicismo tiveram desdobramentos significativos, pois deram inúmeras garantias às pessoas e procuraram protegê-las da arbitrariedade das instituições estatais. Pensando na questão fundamental dos direitos do homem, Césare Beccaria propôs uma vigorosa racionalização do poder de punir, visando dar garantias ao indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária. Ressaltou, de forma veemente, que “um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz”, da mesma forma que é querer subverter a ordem das coisas quando a “dor se torna o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos e nas fibras de um infeliz” (Beccaria, 2002, p. 69).

Deve-se destacar que, na conjuntura do final do século XVIII, marcado por concepções políticas e culturais iluministas, gestadas em decorrência da construção da modernidade, havia uma crença generalizada de que por meio da razão, o homem poderia emancipar o gênero humano de qualquer grilhão, bem como construir “racionalmente” o seu destino, livre da tirania e da superstição. Para Sérgio Paulo Rouanet (1987, p. 27), a despeito das críticas que se fazem aos *lumières*, deve-se ressaltar que havia o objetivo de se colocar o saber a serviço do homem e de se estabelecer uma moral livre e uma ordem em que o cidadão não fosse oprimido pelo Estado, muito menos pela religião. Enfim, o Iluminismo visava à liberdade, apesar de não se poder ignorar a diferença entre uma razão substantiva e uma razão instrumental e muito menos os padrões socioculturais instituídos ao longo dos processos históricos.

No campo jurídico, havia uma firme convicção de que era possível alcançar uma jurisprudência científica. Para Beccaria, as normas não deviam ser baseadas no direito natural, mas sim nas normas criadas pelo poder legislativo, constituído justamente com o objetivo de criar leis. Para esse jurista italiano, somente os legisladores, legítimos representantes de uma sociedade unida por um contrato social e pelo uso da razão, podiam definir as penalidades em relação aos delitos cometidos pelos indivíduos. Quanto aos juízes, deveriam ficar subordinados ao

que determina a lei, não poderiam criar nada de novo, mas apenas tornar explícito aquilo que já estava implícito na premissa maior (Beccaria, 2002).

No período que compreende as últimas décadas do setecentos e as primeiras do oitocentos, o direito positivado pelo Estado procurou romper com a idéia de imutabilidade e de universalidade do ordenamento com o qual trabalhava o direito natural e o jusnaturalismo moderno, bem como com a dicotomia entre direito ideal e direito real. Particularmente no que diz respeito ao direito penal, foi enfatizado que o sistema judiciário não teria mais a função de qualificar condutas, distinguindo-as entre boas e más, mas somente um papel técnico-instrumental de gestão da sociedade ao permitir, proibir, comandar, estimular e desestimular comportamentos. Além disso, não seria mais feita vinculação entre norma e valor, nem uma aproximação entre direito e moral, pois havia a convicção de que um padrão geral e um sistema imutável de valores não existia (Lafer, 1987, p. 35-47). Conforme as palavras de Norberto Bobbio (1995, p. 36):

O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal.

Apesar de essa cultura jurídica, caracterizada pela racionalidade e pela busca de um conhecimento objetivo da realidade, estar consolidada no limiar do oitocentos, não quer dizer que não tivesse encontrado inúmeras resistências em relação às transformações que estavam ocorrendo. Os defensores do direito natural, por exemplo, eram contrários às reformas legislativas com o argumento de que as inovações abalavam os próprios fundamentos da justiça e que as mudanças bruscas eram sempre perigosas. Para eles, o direito deduzido da natureza era eterno e imutável, sagrado e inato ao homem porque havia sido implantado por uma natureza divina. Nesse caso, o direito positivo não poderia aboli-los, mas simplesmente protegê-los.

Por sua vez, a Escola Histórica, surgida na Alemanha, no clima do romantismo, apesar da atitude antijusnaturalista, posicionava-se também

contra o juspositivismo, porque considerava o direito consuetudinário como a forma genuína de direito, à medida que era a expressão imediata da realidade histórico-social. Para Von Savigny, o direito era uma criação do povo, como os costumes e a linguagem, e a ação legislativa defendida pelo *Aufklärung* parecia-lhe tão artificial quanto autoritária. Para ele, “o direito não é uma idéia da razão, mas sim um produto da história” (Bobbio, 1995, p. 45). Por conseguinte, o homem devia ser considerado na sua individualidade e em todas as suas variedades.

Como podemos notar, os postulados da Escola Histórica estavam em franca oposição ao Iluminismo jurídico, que entendia a humanidade de forma abstrata. Aliás, as tradições humanista e iluminista afirmaram a idéia de igualdade e a concepção unitária do gênero humano, premissas que foram duramente combatidas pelas teorias raciais e evolucionistas da segunda metade do oitocentos. Para Von Savigny e os historicistas, com o amor que tinham pelo passado e pela tradição, o direito estava “fixado no caráter particular do povo, como a linguagem, os costumes e a organização social”, logo não possuía existência autônoma, fazia parte da singularidade de um grupo social” (Apud Assieu-Andrieu, 1998, p. 113). Quanto a esse campo jurídico que se instituiu na Alemanha ao longo do século XVIII, Antonio Manuel de Hespanha (1978, p. 95) ressalta que é “o produto do conúbio pensamento contra-revolucionário, com o pensamento conservador e nacionalista da burguesia alemã”.

Quanto à penetração desse ideário cientificista e iluminista no território brasileiro, para ficarmos em um trabalho mais recente, Celso Lafer considera que esse “bando de idéias novas” – citando Sílvio Romero – contribuiu para propagar uma mentalidade científica que levou à erosão do direito natural, tanto na Faculdade de Direito de São Paulo, marcada pelo positivismo, quanto na Faculdade de Direito de Recife, com o monismo evolucionista. Para sustentar seus argumentos, destaca que Ruy Barbosa desqualificou o jusnaturalismo, ressaltando a importância da ciência e do método experimental, e que Clóvis Bevilacqua foi a “expressão mais acabada” na crença de um “tipo universal de ciência” (Lafer, 1988, p. 45).

Essa interpretação sobre o campo jurídico no Brasil em uma perspectiva evolucionária, como se fosse um sistema lógico e auto-suficiente de normas, desconhecendo qualquer relação com a dinâmica social, parte da premissa de que o país se alinhou às culturas jurídicas dos países centrais, gestadas no

contexto do Iluminismo jurídico. Aliás, Cândido Mota Filho (1955, p. 186), em artigo escrito em meados do século XX, tratando sobre o pensamento jurídico da Faculdade de Direito de São Paulo, apontou limites para esse processo de recepção das idéias no território brasileiro:

Enquanto que, para uns, Kant é o novo depositário da verdade, o filósofo do mundo moderno como o filósofo da liberdade; para outros e, principalmente, para alguns professores da Faculdade um metafísico nebuloso e incompreensivo, fruto suspeito do protestantismo luterano, que precisava ser afastado pela filosofia perene, posto dentro do espírito cristão, com ordem peso e medida, por Santo Tomás de Aquino.

Como podemos ver, as concepções políticas e os valores culturais do iluminismo jurídico não fluíram para a realidade brasileira sem qualquer tipo de mediação, em virtude dos padrões socioculturais instituídos ao longo da trajetória histórica do mundo luso-brasileiro. A experiência histórica da sociedade brasileira no âmbito da modernidade não foi simplesmente um desdobramento do que ocorreu nos centros hegemônicos do capitalismo.

Quanto a isso, o próprio Montesquieu já indicava que resistências poderiam ocorrer devido ao costume de cada povo. Em seu clássico trabalho *O espírito das leis*, ressaltou que, quando se quer mudar os costumes e os modos, não se deve fazer por meio de leis, pois tal prática parecia-lhe tirânica demais, visto que “em geral os povos são muito apegados aos seus costumes; suprimi-los violentamente é torná-los infelizes: assim, não devemos mudá-los, mas sim fazer que eles mesmos os mudem”(Montesquieu, 1996, p. 323). No entanto, com o trabalho de Celso Lafer, ficamos com a impressão de que cientificismo, igualdade, liberdade, inviolabilidade fundada na justiça, bem como atribuição de direitos e deveres baseados no ordenamento social e legal passaram a fazer parte do universo das nossas relações, tão logo o Brasil tornou-se independente ou implantou o regime republicano no país. Gizlene Neder, por exemplo, ressalta que:

[...] particularmente no Brasil, o Direito tem se caracterizado, historicamente, pela combinação de uma rebuscada, bem formulada e fundamentada argumentação segundo os parâmetros das tendências liberais, a partir dos modelos erigidos nas formações sociais do centro hegemônico do capitalismo, com práticas autoritárias (Neder, 1995, p. 59).

Embora estejamos nos referindo a Celso Lafer, essa visão linear, representada por um historicismo legal e formalista, que procura entender o direito em sua unidade sistemática e lógica, prende-se à idéia da

existência de uma dinâmica que vai do tradicional ao moderno, do religioso ao secularizado e da barbárie à civilização. Sintoma desse entendimento do direito pode ser encontrado nas palavras de Miguel Reale, em pleno século XX, à medida que, para esse jus-filósofo, o “direito é uma experiência vital: uma soma de atos que as gerações vão vivendo, um após outros, dominadas, todas, pelo ideal que chamamos de justo” (Reale, 1949, p. 71). Como podemos observar em suas palavras, ele possui uma concepção sobre a ordem legal como se fosse um *aeternu crescere*.

Para Antonio Carlos Wolkmer (2000, p. 3-4), entender as experiências jurídicas do país dessa maneira não contempla “uma historicidade marcada por crises, rupturas, avanços e recuos, bem como pela convivência de contradições, desigualdades e conflitos dentro de um espaço capitalista neocolonial, dependente e periférico”. Embora Wolkmer aponte aspectos limitadores desse historicismo legal e formalista, temos também de levar em consideração que não é somente essa posição do país na dinâmica da modernidade que deve ser levada em consideração para entendermos a história do direito no país. Aliás consideramos, inclusive, que essa perspectiva de análise retira dos sujeitos o papel de agentes do processo histórico da sociedade luso-brasileira.

Consideramos que as culturas jurídicas instituídas no Ocidente devem ser colocadas no horizonte de análise, tendo em vista que estão sempre alimentando novas ordens legais no tempo presente. Isso porque partimos do pressuposto de que devemos contemplar o processo histórico de formação do campo jurídico no país, caracterizado pelas apropriações das culturas jurídicas instituídas ao longo da trajetória do mundo ocidental. Nesse caso, não podemos dissociá-lo das realidades passadas, pois estaríamos incorrendo no erro de ensimesmá-lo no contexto da modernidade, no limite, estaríamos sendo a-históricos.

Para termos uma idéia, na conjuntura de elaboração do ordenamento jurídico-penal que veio a ser implantado no início da década de 1940, os operadores jurídicos salientavam que o direito no país não havia começado somente a partir da formação do Estado-Nação, tendo em vista que o Brasil tinha pertencido ao reino lusitano por mais de três séculos; por conseguinte, indício claro de que as influências eram anteriores ao pensamento jurídico contemporâneo. Conforme as palavras de Waldemar Ferreira, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

Por mais paradoxal que pareça, a história do direito brasileiro é muito mais antiga do que a história do Brasil. Se esta começa, vista pelo prisma do descobrimento, no Séc. XVI, ou seja, em 1500, a história do direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios como em grande parte de seu desenvolvimento, com o direito português (Ferreira, 1950, p. 441).

Devemos salientar, contudo, que essa intenção dos operadores jurídicos de estabelecerem um vínculo com os lusitanos deve-se muito mais a uma preocupação de mostrar que o país está ligado aos europeus, considerados portadores de uma cultura superior, e não aos povos africanos e indígenas. Ainda em conformidade com Waldemar Ferreira (1950, p. 431), “os portugueses, senhores e colonizadores de novas conquistas, não podiam abrir mão de sua cultura, de sua legislação, de suas idéias de direito, para retrogradar, adotando a organização tribal de seus vassalos tupis ou africanos”.

Apesar de termos que adotar uma postura crítica em relação às premissas de Waldemar Ferreira, não podemos desconsiderar que ele faz uma referência clara de que o direito no Brasil não é influenciado somente pelas idéias jurídicas da modernidade. Para entendermos o campo jurídico no país, temos que necessariamente levar em conta as idéias jurídicas anteriores ao período moderno. Se Waldemar Ferreira salienta que o direito no Brasil começou desde o momento que os portugueses chegaram às Américas, temos de ressaltar que a formação do campo jurídico lusitano é resultado de um “processo histórico-cultural de difusão, empréstimo e sucessivas apropriações entre o direito romano, o canônico e o germânico” (Neder, 2000, p. 76). Em suma, o pensamento jurídico da modernidade não está dissociado das culturas jurídicas passadas.

A cultura jurídica romana e seus efeitos de longa duração

Ao notarmos que havia um consenso entre os operadores jurídicos de que as influências sobre o direito no Brasil não eram oriundas somente da modernidade, procuramos observar com mais atenção como as culturas jurídicas instituídas ao longo da história do mundo ocidental apareceram nos debates entre os operadores jurídicos. Na realidade, deparamo-nos com indícios de que, para se compreender as idéias jurídico-penais no Brasil, não se podia ficar restrito somente à Escola Clássica e à Escola Positiva, ou mesmo ao jusnaturalismo moderno. Em outras palavras, as influências não eram provenientes somente dos dois Césares - Beccaria e Lombroso -, como consideram algumas pesquisas que analisaram a cultura jurídica na

formação do Estado nacional e na implantação do regime republicano (Alvarez, 1996; Carrara, 1998; Tórtima, 2002).

Uma das tradições mais lembradas no país é a romana. Aliás, há a convicção de que não só o direito no Brasil, mas também os ordenamentos jurídicos contemporâneos de uma forma geral são herdeiros desse sistema legal. Alguns chegam a dizer de forma ufanista que esse sistema é a “casa paterna das nações civilizadas”. Alexandre Correia, que trata da importância do estudo da história do direito para o entendimento do fenômeno jurídico, salienta que “o estudo positivo do direito leva-nos necessariamente a fundamentar o direito atual no direito passado, leva-nos ao Direito Romano, fonte primordial do direito Ocidental Moderno”. Acrescenta ainda que é onde “sempre podemos haurir inspiração segura para as construções dogmáticas do presente” (Correia, 1954, p. 297). Observe que, apesar de estar referindo-se ao direito romano, Correia utiliza a noção de dogma, que vem da cultura jurídica canônica.

Na realidade, a cultura jurídica romana é a mais antiga, a mais difundida e a mais influente na história do mundo ocidental, porém devemos salientar que é uma combinação de várias culturas distintas, com origens separadas e desenvolvidas em diferentes momentos. Atualmente, é dominante na maior parte da Europa, da América Latina e em muitas partes da Ásia e da África, inclusive em muitos locais no mundo da *Common Law*.

De início, devemos enfatizar que, até se chegar à compilação de Justiniano, feita no século VI, houve uma longa história. De fato, iniciou-se com a *Lex duodecim tabularum* (Lei das XII Tábuas, redigida em meados do século V a. C.). Essa coletânea de leis foi elaborada em atendimento à plebe que se queixava de que o direito, por ser até então puramente oral, não era aplicado com equidade, já que ficava dependendo da arbitrariedade dos magistrados que eram obrigatoriamente os patrícios. Passou-se pelo *Codex Gregorianus*, *Codex Hermogenianus* e *Codex Theodosianus* até chegar ao Digesto de Justiniano, compilado pelo jurista Triboliano, que entrou em vigor em 533. Esse conjunto da legislação justiniânica foi publicado, pela primeira vez, em 1583 pelo romanista francês Denis Godefroy, recebendo a denominação de *Corpus Iuris Civilis*.

Em seu início, a cultura jurídica romana estava muito ligada à religião, aliás, nesse período, é muito difícil diferenciar as normas jurídicas das normas religiosas. Os principais ilícitos penais eram atos contrários à religião, e muitas normas do direito público exprimiam exigências de ordem religiosa.

Pierre Grimal observa, por exemplo, que inúmeras leis do início da sociedade romana diziam respeito não só à concepção de que estavam sendo violadas as interdições sagradas, mas que se tratavam de casos em que a intervenção divina era manifesta. Além disso, havia a concepção de que determinados atos ameaçavam toda a cidade à medida que comprometiam a *pax deorum*, a paz dos deuses (Grimal, 1993).

Ao longo da trajetória histórica da Roma antiga, a vivência religiosa associou-se a um patrimônio mental e cultural que foi instituindo uma gama de “regras destinadas a abranger todos os mais importantes comportamentos sociais” (Grimal, 1993, p. 91). Foi conferido “aos pontífices uma importância que se manteve muito para além dos primeiros séculos de vida comunitária, durante todo o período etrusco de Roma, até muito mais tarde, em plena época republicana” (Schivone, 1992, p. 76).

Como podemos notar, a ligação entre direito e religião também estava presente no momento originário da cultura jurídica romana, e não somente na cultura jurídica canônica, sistematizada durante o período da Idade Média pela Igreja de Roma. Entretanto, com o decorrer do tempo, essa cultura jurídica sofreu significativas transformações, havendo um esforço de laicização. Juntamente com essas mudanças, desenvolveu-se um *habitus*, no sentido definido por Bourdieu (1998), na elaboração e na interpretação como exercício intelectual. Por conseguinte, a cultura jurídica passou a ser produzida, em grande parte, por peritos que se dedicavam a essa atividade de forma profissional. Nos séculos de ouro do saber jurídico em Roma, o poder normativo estava concentrado em uma casta de juristas, que não precisavam, necessariamente, ocupar cargos públicos para se envolverem no processo de elaboração das normas (Schivone, 1992, p. 78).

Esses juristas foram os responsáveis pela sistematização das inúmeras fontes de direito em um único ordenamento jurídico. Essa doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei positivada) sobre todas as outras. Com a compilação de Justiniano, ficou proibida qualquer referência às obras dos antigos jurisconsultos, pois havia o entendimento de que o *Corpus Iuris Civilis* seria adequado para a solução dos problemas legais sem auxílio de novas interpretações ou comentários dos juristas. Segundo Norberto Bobbio, um dos fundamentos da validade do direito romano se deve ao fato de

considerá-lo:

[...] *ratio scripta*, isto é, como um conjunto de regras racionalmente fundadas, exprimindo a própria essência da razão jurídica, e como tais capazes de serem usadas para resolver todas as possíveis controvérsias, mediante é claro, uma sábia manipulação das próprias normas por obra dos intérpretes, mediante o recurso à aplicação analógica e às outras técnicas hermenêuticas que permitem aplicar as normas estabelecidas para um caso a casos distintos (Bobbio, 1995, p. 31).

Não é sem sentido que a cultura jurídica instituída na Roma antiga - por ter assumido essas características em relação ao ordenamento social, ao processo de elaboração e de interpretação e também porque o direito ficaria sob a responsabilidade de um corpo de profissionais especializados em tal atividade - provocou efeitos de longa duração na história do ocidente, chegando até o tempo presente. Durante a Idade Média, mais especificamente na conjuntura de elaboração do *Corpus Iuri Cannonici*, o direito romano era admirado por todos os juristas medievais. Eles, inclusive, consideravam-no como uma espécie de direito natural, com a vantagem de ter sido escrito e codificado. Aliás, ressaltavam que era o direito do Império Romano que tinha sido reconstituído por Carlos Magno com o nome de Sacro Império Romano (Bobbio, 1995, p. 31).

Esse modo de conceber o direito romano aparece também na conjuntura de elaboração das codificações nacionais, na virada do século XVIII para o XIX. Para Antonio Manuel Hespanha, por exemplo, no contexto das reformas pombalinas em Portugal, a legislação correspondia a uma efetiva reclamação por parte das novas realidades sociais, políticas e econômicas, contudo o direito romano continuava sendo aplicado de forma subsidiária, logicamente que mediado pelos princípios da Lei da Boa Razão. Em outras palavras, “o direito novo constrói-se, de facto, a partir do conjunto da tradição jurídica anterior; os juristas funcionam como *bricoleurs*, construindo novas soluções jurídicas a partir dos elementos desconjuntados das antigas” (Hespanha, 1978, p. 51).

Na França, em que a codificação serviu, inclusive, como exemplo para outros países que estavam vivenciando um processo de consolidação do Estado Nacional, procurou-se, a todo custo, unificar o direito francês em detrimento das identidades jurídicas específicas de cada uma das regiões. O pressuposto básico dos legisladores foi justamente considerar que os “monumentos legislativos”, obra de peritos, abrangeriam a totalidade da vida social. Processo caracterizado por

um racionalismo absoluto, uma atitude exacerbada de positivismo legislativo, no qual a doutrina passou a “ocupar um lugar mais importante do que a práxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos” (Ferraz, 1980, p. 55). Logo, em grande medida, reproduz-se um *habitus* presente na cultura jurídica romana e canônica.

É justamente com as premissas da cultura jurídica romana que alguns operadores jurídicos procuraram alicerçar suas reflexões para participarem do processo de movimentação e de estruturação das novas normas jurídicas durante as décadas de 1930/40 na sociedade brasileira. Nelson Hungria chegou a afirmar que os juristas deviam pugnar por uma Doutrina Monroe para evitar “qualquer indébita intromissão em seu *Lebensraum*, em seu espaço vital”. No debate em torno da responsabilidade penal, ele ressaltou que os outros campos de saber, ao deixarem o “templo de Esculápio para entrar no de Têmis, hão de curvar-se ante os altares desta e rezar os *rituales libri*” (Hungria, 1942, p. 7). Acrescentou, ainda, que o processo de elaboração do ordenamento positivo constitui-se em uma prerrogativa de juristas. Como podemos observar, prevalecia a concepção de que os operadores jurídicos tinham o “direito de dizer o direito”, da mesma forma que somente eles possuíam uma competência própria, não carecendo, com isso, da participação de outros campos de saber.

Não é sem sentido que os operadores jurídicos, principalmente aqueles adeptos do dogmatismo, acentuado com a influência do tecnicismo jurídico de Alfredo Rocco, salientavam que a lei era o único mecanismo ou instrumento que poderia regular as relações e o comportamento dos indivíduos. José Duarte, por exemplo, ao participar dos debates ocorridos no processo de elaboração do novo ordenamento jurídico-penal, dizia que as leis eram indispensáveis, que somente por meio delas era possível “não se romper o equilíbrio, não se perturbar a paz, e se respeitar os bens e interesses penalmente tutelados”, e que apenas o sistema de normas positivas “evita o caos, a anarquia, a intranquilidade, a vingança e o arbítrio” (Duarte, 1941, 1942). Em outros termos, estava bastante presente, ainda, a concepção de que somente a *ratio scripta* reunia as condições para ordenar a vida social.

Predominava também a concepção de que somente as leis positivas possuíam a capacidade de tirar vícios, plantar virtudes, reformar costumes e melhorar o modo de vida. Dito de outro modo, acreditava-se que, por meio do sistema legal, seria estabelecida uma nova forma de vida, como se fosse possível fazer isso por decreto. Como possuíam uma

concepção de que o “direito é uma regra de vida”, ressaltavam que do sistema legal não havia nada a retirar, tampouco a acrescentar. Em suma, como prevalecia a convicção de que a instituição das normas jurídicas constituía-se como uma atividade exclusiva do Estado, não se admitia a existência de concorrentes.

Como podemos observar, manteve-se a concepção da onipotência do legislador, prática jurídica que já havia aparecido no contexto do Iluminismo jurídico. Beccaria, por exemplo, dizia que, quando os juízes fossem aplicar a lei, deveriam ter obediência rigorosa ao sistema legal. Chega a ressaltar que “a desordem que nasce da obediência rigorosa à letra da lei penal não pode ser comparada às desordens que nascem da sua interpretação” (Beccaria, 2002, p. 44). Fica evidente, portanto, que a concepção de que os operadores jurídicos devem “preservar o texto e seus limites, assumir a defesa do livro”, conforme salienta Pierre Legendre (1983, p. 77), deixou marcas profundas, tendo em vista que se iniciou com os romanos, passou pela Idade Média e continuou nas idéias jurídicas da contemporaneidade, inclusive no contexto da elaboração da nova ordem jurídico-penal, que veio a ser implantada no Brasil no início da década de 1940.

Como podemos verificar, a cultura jurídica romana produziu efeitos de longa duração e não levá-la em consideração em nossas análises dificulta o entendimento do *habitus* existente nas práticas jurídicas no tempo presente.

Cultura jurídica canônica: pecado e crime, pena e penitência

Os segmentos sociais do cristianismo católico tiveram uma participação significativa nos debates que nortearam o processo de elaboração do novo ordenamento jurídico-penal. Não é de se estranhar, tendo em vista que várias obras indicam a significativa presença dos católicos no projeto de reestruturação dos termos da vivência social após o episódio de 1930 (Romano, 1979; Beozzo, 1987; Dias, 1996).

A Igreja Católica procurou atuar em várias frentes, como na educação, no intuito de interferir nos rumos que o país deveria seguir; assim é sintomático que também tenha participado dos debates acerca da elaboração da nova ordem jurídica. Além disso, vários operadores jurídicos, apesar de não representarem diretamente a Igreja, professavam o cristianismo católico, além do que o Brasil era um país predominantemente vinculado aos padrões religiosos da Igreja Católica Apostólica Romana. Portanto muito do que foi pensado no campo

jurídico-penal estava mediado pelos referenciais do cristianismo católico. Seus intelectuais passaram a participar ativamente dos debates acerca dos postulados que deveriam nortear o processo de elaboração do novo sistema legal-penal. Fica claro que os argumentos dos grupos católicos foram construídos a partir da visão construída pela Igreja Católica de que a sociedade brasileira e o Ocidente de uma maneira geral, e mais especificamente aqueles países que seguiam as idéias da Revolução Francesa, estavam em crise porque haviam se afastado de Deus, ou, mais especificamente, dos ideais do cristianismo católico.

André Franco Montoro, operador jurídico identificado com a doutrina católica e integrante, durante a década de 1930, da Ação Católica Brasileira, ressaltava que a “Idade Moderna nasceu e se desenvolve em uma linha assustadora de desequilíbrio. Desequilíbrio que parte do campo da inteligência e se traduz imediatamente na vida prática” (Montoro, 1938, p. 571). Na realidade, seus argumentos giravam em torno do conservadorismo católico e, por conseguinte, é bastante significativo que fizesse um questionamento dos valores da modernidade, principalmente em relação à noção de liberdade que não reconhecia a autoridade. Para esse operador jurídico, “proclamar a liberdade não é tudo”, pois uma sociedade que se organiza desse modo, ao invés de afirmar a liberdade, afirma o liberalismo.

Nesse artigo, Franco Montoro trata da relação entre o mundo moderno e a filosofia de Tomás de Aquino. Devemos destacar que o tomismo tornou-se a doutrina oficial da Igreja Católica desde as últimas décadas do século XIX. Mais especificamente quando o Papa Leão XIII publicou a Encíclica *Aeterni Patris*, em 1879. Conforme as palavras do Pontífice, “exortamos que, para defesa e glória da fé católica, para o bem da sociedade e incremento de todas as ciências, renoveis e propagueis a vastíssima e áurea sabedoria de Santo Tomás”, pois “não há parte da filosofia que não tenha tratado aguda e solidamente: tratou das leis do raciocínio, de Deus e suas substâncias incorpóreas, do homem e das coisas sensíveis, dos atos humanos e de seus princípios” (Leão XIII, 1879).

Para a corrente filosófica do neotomismo, era necessário, portanto, reviver e atualizar o pensamento e a teologia de Santo Tomás de Aquino para resolver os problemas contemporâneos. Os argumentos para que houvesse esse revivescimento eram de que a filosofia moderna, a partir de Descartes, estava marcada por erros e por equívocos; nesse caso, era a responsável direta pela crise do

mundo moderno. Especificamente sobre alguns filósofos do direito da modernidade, os pensadores católicos diziam que, pelo fato de estarem dominados pelo espírito racionalista, “assassinavam as experiências humanas”.

Em relação a Kant, ressaltavam que não era possível conceber que somente a razão pudesse estabelecer se uma lei é injusta ou não. De fato, segundo a concepção kantiana sobre direito:

[...] o critério geral através do qual possam ser reconhecidos o justo e o injusto (*justum et injustum*) jamais poderá ser resolvido a menos que se deixe à parte esses princípios empíricos e se busque a origem desses juízos na razão somente para estabelecer os fundamentos de uma legislação positiva possível (Kant, 1993, p. 45).

Sobre Hegel, a atenção se voltava para sua concepção de considerar apenas o Estado como espaço exclusivo pelo qual o indivíduo tinha objetividade, verdade e moralidade ao ser um dos membros. Para o filósofo alemão, o Estado devia ter supremacia sobre a Igreja, baseado nos seguintes argumentos:

O Estado, como realidade em ato de vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel; nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que, em serem membros do Estado, têm o seu mais elevado dever (Hegel, 1997, p. 205).

Em função disso, os intelectuais católicos, agindo contra a *libertatem perditionis* (a liberdade de perdição), ressaltavam que os regimes políticos do liberalismo não possuíam verdades duradouras que garantiam uma certa estabilidade às pessoas. Para Oscar Stevenson, professor de Direito Penal na Universidade Católica:

[...] o pensamento secular não se verteu em negativismo estéril apenas, avassalando elites intelectuais e insinuando-se com a falácia das teorias extremistas, mas tornou-se responsável pelo crescente mal-estar social, pelas contendas de classes e dos povos (Stevenson, 1946, p. 10).

Neste sentido é que defendiam uma atualização do pensamento aristotélico-tomista para a redefinição dos princípios de vivência social, à medida que esse pensamento fornecia as condições de se ensinar como se devia “unir harmonicamente o elemento empírico e o elemento racional na conceituação do direito”, diferentemente do positivismo jurídico, que havia abolido a concepção de que o direito era universalmente válido, e

a concepção da Escola Histórica, que se apegava às especificidades histórico-sociais, com a percepção de que o direito era a expressão da cultura de um povo. Em suma, para os intelectuais católicos, o sistema produzido pela Igreja Católica era totalizante, perene, imanente e absoluto (Montoro, 1938, p. 574). Essas idéias já estavam presentes no pensamento jurídico da conjuntura de formação das Faculdades de Direito no Brasil no século XIX, como salientamos anteriormente.

Fica claro, portanto, que as idéias religiosas estavam influenciando os debates; além disso, havia operadores jurídicos que defendiam a idéia de o país adotar uma doutrina católica de direito penal; logo, assinalarmos os postulados da cultura jurídica canônica, auxiliar-nos-á a entender o direito no país. Esses postulados estão contidos principalmente no *Corpus Iuris Canonici*, o *Decretum Gratiani*, que recebeu a promissora designação de *Concordantia Discordantium Canonum*, ou seja, Concórdia dos Cânones Discordantes. Como podemos observar, no momento em que foi compilado, colocou-se em um patamar que sobrepujava qualquer outro corpo de texto, procurando, desse modo, ser hegemônico para estabelecer as normas sociais, as regras de convivência do mundo cristão e os procedimentos judiciais (Legendre, 1983).

Na realidade, o continente europeu passou por uma experiência jurídica, durante a Idade Média, particularmente com as reformas gregorianas, que produziu efeitos de longa duração, chegando até o tempo presente. Para Oscar Stevenson (1946, p. 10), escrevendo em meados do século XX, “o direito penal moderno, confrontado com o dos primitivos romanos, alonga-se deste, em extenso hiato, nas questões fundamentais da culpa, da responsabilidade e da pena. Nele se desvelam radicais inovações que se operaram na idade do meio, por intervenção dos princípios cristãos”. Para esse operador jurídico, “trata-se, pois, de conceitos filosóficos de que não pode o legislador prescindir na feitura da lei, o hermeneuta nas construções da exegese e o magistrado na tarefa de aplicação”.

Com a queda do Império Romano, as imagens de mundo do cristianismo católico ganharam força a partir do momento em que a Igreja de Roma, diante de um poder totalmente fragmentado e desestruturado, tornou-se a principal instituição do continente europeu. Com o decorrer do tempo, foi gradativamente aumentando sua influência sobre a população por meio da difusão de sua doutrina e de uma vigorosa ação no plano político, chegando a alcançar a hegemonia no contexto das reformas gregorianas. Os princípios do ordenamento social

visavam, sobretudo, incentivar a perfeição espiritual da sociedade cristã.

Até a reforma gregoriana, havia um direito eclesiástico que não tinha muita clareza na distinção entre discurso teológico e discurso jurídico, devido à própria estrutura descentralizada da Igreja. Todavia, a partir do início do século XI, começou a haver uma preocupação em fazer uma compilação desses materiais normativos diversificados para que houvesse uma certa organicidade. Segundo o Papa Bento XV, no prefácio ao Código de Direito Canônico de 1917:

No meado do século XII, Graciano, homem de natureza acérrima, entendendo quanto seriam úteis ao bem comum tantos cânones espalhados e separados, não raro discrepantes entre, se fossem convenientemente reunidos em um todo, empreendeu ordenar uma coletânea única das leis eclesiásticas, conhecida primeiro como Concordância dos cânones discordantes; depois da morte de Graciano, porém, recebeu o nome e Decreto de Graciano. Ele não compôs uma simples coleção, ainda tratou do assunto conforme a razão do tempo com tanta erudição, que lançou não só como que os fundamentos dos estudos do Direito canônico, mas também forneceu os primeiros princípios com grande utilidade para a posteridade (*apud* Lima, 1999, p. 336).

Essa transformação do campo jurídico devia-se à necessidade de que fossem criadas leis universalmente obrigatórias e aplicáveis a toda Europa cristã. Com o renascer das cidades e do comércio, houve uma tomada de consciência de que o direito tinha a prerrogativa de assegurar a ordem e a segurança da população. Além disso, pensava-se em um direito no qual a razão pudesse ser utilizada para definir aqueles que eram culpados. Em outras palavras, um direito que não precisasse mais dos juízos de Deus ou dos ordálios, como a prova da água e do fogo, para que a verdade fosse revelada. Vale destacar que o procedimento de ordálio já estava presente em determinadas regiões da Grécia quando se recorria à adivinhação para fazer a justiça, pois havia o entendimento de que os adivinhos eram “mestres da verdade” (Hartog, 1999, p. 155).

A Europa estava instituindo uma cultura que contemplava a pluralidade política e econômica, lógico que dominada pelo poder da Igreja de Roma, mas não deixava de pensar nisso de uma forma racionalizada. As Cruzadas estavam em fase avançada, o que provocava o contato com os povos do Oriente. Os árabes da Espanha deslumbravam o mundo ocidental com suas descobertas científicas e filosóficas. Umberto Eco (1984) chega a dizer que isso não era Idade Média no sentido vulgar do

termo, mas Renascimento, mesmo com o risco da polêmica.

Diante desse cenário de transformação social, a Igreja começou a compor o *Corpus Iuris Cannonici*, sendo que, para chegar ao direito canônico, o monge Graciano promoveu a compilação de mais de 3.800 textos e denominou sua obra de *Concordantia discordantium canonum*. Com efeito, com o *Decretum Gratiani*, iniciou-se o caminho para separar definitivamente o discurso jurídico e o teológico no direito canônico. Esse ordenamento jurídico produzido pela Igreja foi enviado para a Universidade de Bolonha, que passava por mudanças significativas no estudo do direito.

Nessa conjuntura, os europeus tiveram acesso ao pensamento aristotélico, trazido à Europa pelos árabes. Aristóteles falava de Deus, mas classificava os animais, as pedras e também os sistemas políticos. Segundo a concepção do tomismo aristotélico, o pensamento agostiniano-platônico fornecia as ferramentas para compreender os problemas da alma, mas não dava conta de entender o que ocorria no espaço terreno. Em outras palavras, a compreensibilidade ficava situada em um lugar muito distante, o qual o homem não conseguia acessar.

Para quebrar a resistência de que a teologia de Aristóteles não estava em sintonia com a noção de Deus adotada pelo cristianismo, Tomás de Aquino renovou a obra do filósofo grego, procurando mostrar que a filosofia pré-cristã assentada na razão, em grande medida, era conforme a lei divina. Sendo assim, quebrou de vez os obstáculos para que houvesse os estudos do direito romano. Além disso:

O direito romano fora o de uma civilização brilhante, que se estendera do Mediterrâneo até o Mar do Norte, de Bizâncio à Bretanha, e que evocava no espírito dos contemporâneos, com nostalgia, a unidade perdida da Cristandade. (David, 1998, p. 33).

Tomás de Aquino desenvolveu seu pensamento em uma conjuntura em que os cristãos tinham a percepção de que travavam uma luta contra os infiéis e os pagãos, vistos como as “forças do mal”. Não é sem sentido que escreve a *Súmula contra os gentios*. Nesse período, também se definiu, de forma mais sistematizada, a imagem de uma sociedade tripartite. Para Jacques Le Goff, esse utensílio conceitual tinha como finalidade descrever, definir e explicar as novas estruturas sociais e políticas, mas também ser utilizado como um instrumento de ação sobre a sociedade. Além disso, o esquema tripartite se relacionava aos esforços de setores laicos e eclesiais para consolidar ideologicamente a

formação das monarquias nacionais (Le Goff, 1980, p. 75-79).

Na realidade, nessa conjuntura, houve uma recuperação dos estudos do direito romano escrito, a criação de uma educação especificamente jurídica e o aparecimento de uma carreira profissional para a interpretação autorizada dos novos códigos de direito aplicado na Europa Ocidental. Como salienta John Merryman (2000, p. 33), o “estudo do direito canônico se uniu ao estudo do direito civil romano nas universidades italianas”. Vale destacar que, ao tornar-se doutor em Bolonha, o estudante recebia o título de *Juris Utriusque Doctor*, ou seja, doutor em ambos os direitos, e o exame público parecia uma cerimônia de investidura (Le Goff, 1988, p. 33).

Quanto a essas mudanças no âmbito da jurisprudência penal e criminal – chega-se a falar em revolução jurídica –, o antigo processo acusatório foi substituído pelo inquisitório e a noção de justiça imanente, ou julgamento de Deus, deu lugar a uma noção de competência e de autoridade jurídica humana. Podemos assinalar ainda que, no processo de centralização da autoridade, a aplicação do direito passou para as mãos de especialistas, engendrando um determinado tipo de racionalidade ao processo jurídico. Conforme Foucault (1999, p. 55):

Na Idade Média européia, assiste-se a uma espécie de segundo nascimento do inquérito, mais obscuro e lento, mas que obteve um sucesso bem mais efetivo que o primeiro. O método grego do inquérito havia estacionado, não chegara à fundação de um conhecimento racional capaz de desenvolver indefinidamente. Em compensação, o inquérito que nasce na Idade Média terá dimensões extraordinárias. Seu destino será praticamente coextensivo ao próprio destino da cultura dita européia ocidental.

Essas assertivas de Foucault são também assinaladas pelo criminalista brasileiro, estudioso das influências ibéricas no direito penal brasileiro, Nilo Batista (2000, p. 163):

A hegemonia política da Igreja católica, que alcançará o ápice no contexto da chamada reforma gregoriana, terá no exercício implacável – e pioneiramente transnacional – do poder penal seu mais poderoso instrumento. Operando em esferas paralelas e complementares, o direito penal canônico e o direito penitencial não apenas exprimirão a ideologia legitimadora do exercício daquele poder, mas sobretudo introduzirão concepções e práticas que, explícita ou implicitamente, subsistem até hoje.

Podemos afirmar que, nas práticas judiciais da Igreja, havia uma relação confusa e mal definida entre crime e pecado. Diante disso, houve um

processo culpabilizador e criminalizador que primeiramente se interessou pelos desvios da fé, mesmo daqueles que professavam outra fé, como praticar ou permitir os antigos ritos pagãos. Conforme Josep Fontana (2000), aumentou o nível de intolerância em relação às seitas religiosas na conjuntura de formação das Monarquias Nacionais, entre os séculos X e XII. Com o decorrer do tempo, isso foi estendido para crimes que, de uma forma ou de outra, iam contra as normas canônicas. Gradativamente, a Igreja foi agindo no sentido de estabelecer uma intervenção direta nos conflitos seculares.

Para termos uma idéia, a Igreja, por meio do *Corpus Iuris Canonici*, passou a criminalizar vários tipos de comportamentos. No âmbito da fé: a heresia, a cisma, a apostasia, a blasfêmia, o perjúrio, a simonia, o sacrilégio e a magia; nos crimes comuns: o homicídio, o furto, a calúnia, o incêndio; em relação aos bens jurídicos: aqueles que atentavam contra a vida, a incolumidade física, a liberdade pessoal, a honra e a propriedade. Devemos dar uma atenção especial ao âmbito da sexualidade, pois a criminalização do adultério, da bigamia, do estupro, da sodomia, do rapto e do lenocínio revela a preocupação em relação aos desejos, que toca diretamente no princípio de que qualquer forma de relacionamento sexual deve ter como finalidade a procriação.

Sobre a dinâmica processual, a confissão, *in tormento veritas*, ascendeu ao topo da hierarquia das provas, passando a ser considerada a *regina probationum* (rainha das provas), tanto para os leigos como para os jurados. Nesse processo, a lei estipulou para sujeitos indistintos e desconhecidos um universo idealizado da falta destinada ao pobre-pecador-doente, o benefício de uma pena e de uma perseguição legítima. Esse processo era baseado na controvérsia, regrado em detalhes, com questões e respostas, réplicas e cópias até chegar ao proferimento da sentença (Legendre, 1983, p. 55).

Não é sem sentido que Oscar Stevenson argumenta, em artigo escrito em meados do século XX, que, na experiência jurídica do medievo, o crime e a pena tomaram um sentido definido, da mesma forma que aventaram a idéia de culpa em função do livre arbítrio, concepção jurídico-penal na qual o fato delituoso é conseqüência da responsabilidade moral do ser que age de forma voluntária, ou seja, comete um ato ilícito, à medida que há uma *voluntas sceleris*, ou seja, uma vontade de delinqüir (Stevenson, 1946, p. 23). Com efeito, na versão católico-tomista de Francesco Carrara, as pessoas dotadas de razão cometem algum tipo de

delito, ou seja, possuem capacidade de discernimento, têm livre arbítrio para optar entre o bem e o mal e acabam errando. Em suma, a “responsabilidade penal decorre, pois, da violação consciente e voluntária da norma penal” (Andrade, 1997, p. 56).

Em uma ordem jurídica baseada nesses princípios, a pena não deixa de ser expiatória, mas a expiação é purificada, pois atua sobre a alma para o efetivo arrependimento. Essa pedagogia ressanadora da Igreja desperta o sentimento de culpa, com isso corrige, purga e libera das faltas e dos defeitos, reconduzindo o homem ao bom caminho (Stevenson, 1946, p. 18). Nesse caso, a pena é indispensável para o reto governo da sociedade, pois restaura a igualdade da justiça, podendo ser considerada como remédio que não só repara as faltas do passado, como também atua como promotora do bem e como um preservativo do futuro (Stevenson, 1945, p. 227).

Ao tecer comentários sobre o Código Penal promulgado em dezembro de 1940, Oscar Stevenson enfatiza que o objetivo direto e principal da pena é justamente a punição, o castigo. Ou seja, a medida judicial deve ser entendida “como compensação ou retribuição ético-jurídica de um mal por outro mal”, pois é aplicada devido a um ato que voluntariamente se fez. Essa concepção de justiça retributiva estava presente também em Kant, para quem “o direito de punir é o direito que tem o soberano de atingir o súdito dolorosamente devido à transgressão da lei”, da mesma forma que “devem ser punidos com a morte todos os assassinos e todos que hajam ordenado semelhante crime ou tenham sido cúmplices” (Kant, 1993, p. 175 e 180). Entretanto, para Kant (1993, p. 182), não deve haver pena de morte para os casos em que o homem tem a sua honra ofendida quando se depara “com a mancha de uma maternidade fora do matrimônio”. Para Stevenson (1946), contudo, essa era uma lição lapidar de Tomás de Aquino. Para o filósofo da Igreja, conhecido também por Doutor Angélico:

Mas porque se encontram alguns desmesurados e inclinados aos vícios, que não podem ser facilmente movidos por palavras, fez-se necessário que fossem coibidos quanto ao mal pela força e pelo medo, para que, ao menos, desistindo dessa forma de fazer o mal, propiciassem aos outros uma vida tranqüila e eles próprios, por força de um tal costume, fossem conduzidos a fazer voluntariamente o que antes cumpriam por medo e assim se tornassem virtuosos (Tomás de Aquino, 1997, p. 88).

Os operadores jurídicos, os quais ressaltavam que o direito penal estava ligado de forma inextricável

com a idéia de livre arbítrio e da responsabilidade moral e que não se podia falar em vontade criminosa independente da autodeterminação da vontade, vão argumentar que o instituto da pena, nos presídios ou nas penitenciárias, tinha como objetivo coibir o mal, restabelecer e conservar a ordenação jurídica, bem como a necessidade do bem comum e a defesa da sociedade.

No âmbito do direito canônico, a reclusão individualizada e isolada no interior dos mosteiros era vista como tendo a mesma eficácia moral do sacramento da penitência, pois colocava o homem em face de sua falta ao submetê-lo à experiência de sua consciência e à dor do remorso. Para Oscar Stevenson, que o tempo todo procurava mostrar que os fundamentos do direito penal moderno foram dados pelo catolicismo-tomista, os princípios da ciência penitenciária contemporânea desvelavam, na própria denominação (pena, penitência, penitenciária), a procedência canônica (Stevenson, 1946, p. 14). Sobre a origem dos sistemas penitenciários modernos, os próprios juristas destacavam que a Igreja Católica havia oferecido o primeiro modelo de presídio do mundo moderno com a fundação do Asilo São Miguel, em 1703, por Clemente XI.

Na realidade, na conjuntura entre o medieval e o moderno, seguiu-se o sistema monástico utilizado pelas congregações religiosas durante toda a Idade Média, ao levar em conta que a segregação e o isolamento em uma “cela eram propícios para a regeneração dos criminosos, assim como para o arrependimento das faltas, base de toda e qualquer obra de moralização” (Azevedo, 1944, p. 220). Aspecto interessante quanto a essa instituição é o fato de o Papa mandar escrever, em seu frontispício, com letras de ouro, a expressão: *Parum est improbos coercere poena, nisi probos efficias disciplina* (Stevenson, 1946, p. 16).

Como podemos observar, a cultura jurídica canônica também estava muito presente entre os operadores jurídicos durante o processo de elaboração da nova ordem jurídico-penal que veio a ser implantada no país no início da década de 1940. Não é sem sentido que Pierre Legendre ressalta que a “Escolástica medieval, na realidade, pertence de fato, integralmente, ao dogma institucional da Europa; ela é mesmo seu fundamento, uma vez que colocou os símbolos para tratar dele, as chaves lógicas para renovar-lhes as fórmulas” (Legendre, 1983, p. 45).

Considerações finais

Nossa intenção foi assinalar que, para

entendermos o pensamento jurídico no Brasil, faz-se necessário observarmos os efeitos de longa duração das culturas jurídicas romana e canônica, instituídas ao longo da trajetória do mundo ocidental. Não estamos querendo, com isso, afirmar que os princípios instituídos no momento originário dessas culturas jurídicas permaneceram incólumes no pensamento jurídico-penal no país nos marcos dessa reflexão, mas quisemos salientar que continuam, ainda, tendo um papel importante nas construções culturais do tempo presente.

Para finalizar, salientamos que, ao apreender como algumas premissas da cultura jurídica romano-canônica foram utilizadas e atualizadas para alicerçar as reflexões dos operadores jurídicos nos marcos dessa reflexão, estaremos lançando novas luzes para o entendimento da cultura jurídico-penal no país.

Referências

- ALVAREZ, M.C. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. 1996. Tese (Doutorado em Sociologia)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.
- ANDRADE, V. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- AQUINO, T. *Escritos políticos*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ASSIEU-ADRIEU, L. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- AZEVEDO, N. Problemas penitenciários. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, fasc. 490, p. 219-227, jan./1944.
- BATISTA, N. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BEOZZO, J.O. A Igreja entre a revolução de 1930, o Estado Novo e a redemocratização. In: FAUSTO, B. *História geral da civilização brasileira – República*. São Paulo: Difel, v. 2, 1987, p. 273-341.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOURDIEU, P. *A economia das trocas simbólicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- BRAUDEL, F. *Escritos sobre a história*. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- CARRARA, F. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN Editora, 2002.
- CORREIA, A.A. O direito romano vivo. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 49, p. 297-308, 1954.
- DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DIAS, R. *Imagens da ordem: a doutrina católica sobre autoridade no Brasil (1922-1933)*. São Paulo: Unesp, 1996.

- DUARTE, J. Da aplicação da lei segundo o novo código. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, fasc. 463, p. 644-660, jan/1942.
- ECO, U. Elogio de Santo Tomás de Aquino. In: *Viagem na irrealidade cotidiana*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, p. 331-342.
- ELIAS, N. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1997. Apêndice: Introdução à Edição de 1968.
- FERRAZ JR, T.S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- FERREIRA, W. A história do direito nos cursos jurídicos do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 45, p. 428-446, 1950.
- FONTANA, J. *Introdução ao estudo geral da história*. Bauru: Edusc, 2000.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- GRIMAL, P. *A civilização romana*. Lisboa: Edições 70, 1993.
- GRIMAL, P.P. *A vida em Roma na antiguidade*. Men Martins: Publicações Europa-América, s.d.p.
- HARTOG, F. *O espelho de Heródoto*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.
- HEGEL, G. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1997.
- HESPANHA, A.M. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte: 1978.
- HUNGRIA, N. Introdução à ciência penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, fasc. 472, p. 5-14, out./1942.
- KANT, E. *Doutrina do direito*. 2. Ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1998.
- LE GOFF, J. *Os intelectuais na Idade Média*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- LE GOFF, J. *Para um novo conceito de Idade Média*. Lisboa: Editorial Estampa, 1980.
- LEÃO XIII. *Encíclica Aeterna Patris sobre a restauração da filosofia cristã conforme a doutrina de Santo Tomás de Aquino*, 04/08/1879. Disponível em http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encydicals/documents/hf_l-xiii_enc_04081879_aeternipatris_sp.html. Acesso em 10 jan. 2005.
- LEGENDRE, P. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.
- LIMA, M.C. *Introdução à história do direito canônico*. São Paulo: Loyola, 1999.
- MERRYMAN, J.H. *La tradicion jurídica romano-canónica*. 5ª reimpressão, México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MONTEIRO, A.F. O mundo moderno e a filosofia tomista. *A Ordem*, Rio de Janeiro, p. 571-576, 1938.
- MOTA FILHO, C. A fisionomia jurídica de São Paulo. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 50, p. 170-191, 1955.
- NEDER, G. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
- NEDER, G. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- PETERS, E. *História da tortura*. Lisboa: Teorema, 1994.
- REALE, Miguel. As três acepções fundamentais da palavra Direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 44, p. 68-78, 1949.
- ROMANO, R. *Brasil: Igreja contra Estado*. São Paulo: Kairós, 1979.
- ROUANET, S.P. *As razões do Iluminismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1987.
- SCHIAVONE, A. O jurista. In: GIARDINA, A. (Dir.). *O homem romano*. Lisboa: Editorial Presença, 1992, p. 73-85.
- SCHORSKE, C.E. *Pensando com a história: indagações na passagem para o modernismo*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- STEVENSON, O. Doutrina católica de direito penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 106, fasc. 514, p. 13-28, abr./1946.
- STEVENSON, O. Pena e medida de segurança. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, fasc. 502, p. 221-225, maio/1945.
- TOMÁS DE AQUINO. *Escritos Políticos*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- TÓRTIMA, P. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002.
- WOLKMER, A.C. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Received on January 10, 2005.

Accepted on June 18, 2005.