Revista Brasileira de História & Ciências Sociais – RBHCS
Vol. 17 Nº 35, Jul - Dez de 2025
Universidade Federal do Rio Grande – FURG

Racionalidade punitiva moderna, constituição e tendências legislativas: a norma como aspiração totalizadora de limitação do castigo.

Modern punitive rationality, constitution and legislative trends: the norm as a totalizing aspiration to limit punishment.

Bruno Rotta Almeida*

Resumo: O artigo adota abordagem qualitativa, de natureza histórico-teórica, fundada na análise documental e na revisão crítica de matrizes clássicas da teoria política, jurídica e penal que informaram o desenvolvimento do Estado moderno e da racionalidade legal. O estudo examina ordenações, declarações de direitos, constituições e processos de codificação como expressões históricas da consolidação da lei enquanto forma privilegiada de produção do Direito e manifestação da soberania em torno do castigo. O objetivo geral é compreender a fundação da norma diante da razão moderna e o surgimento das teorias limitadoras do poder estatal a partir do marco constitucional, destacando a norma como instrumento de organização social e de legitimação do poder punitivo. Busca-se problematizar as bases e políticas da legalidade, suas tensões entre limitação e expansão do poder, e seus reflexos na constituição dos ordenamentos punitivos, especialmente, revelando a aspiração totalizadora da norma e seus impactos sobre a estrutura jurídica de limitação ao castigo.
Palavras-chave: Racionalidade Moderna, Punição, Legalidade, Constituição, Codificação.

Abstract: The article adopts a qualitative approach of a historical-theoretical nature, grounded in documentary analysis and in a critical review of classical matrices of political, legal, and penal theory that informed the development of the modern State and legal rationality. The study examines ordinances, declarations of rights, constitutions, and processes of codification as historical expressions of the

* Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Estância de estudos de pós-doutorado em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universitat de Barcelona. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direito da UFPel. Professor da Faculdade de Direito, Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em História - Mestrado e Doutorado em História da UFPel. Coordenador do Libertas - Programa de Pesquisa, Ensino e Extensão em Punição, Controle Social e Direitos Humanos da UFPel.

consolidation of law as the privileged form of producing legal order and as a manifestation of sovereignty in relation to punishment. The general objective is to understand the foundation of the norm within modern reason and the emergence of theories that sought to limit state power from the constitutional framework, highlighting the norm as an instrument of social organization and of legitimation of punitive power. The analysis seeks to problematize the political and historical bases of legality, its tensions between the limitation and expansion of power, and its effects on the constitution of punitive legal orders, particularly by revealing the totalizing aspiration of the norm and its impacts on the legal structure of the limitation of punishment.

Keywords: Modern Rationality, Punishment, Legality, Constitution, Codification

Introdução

O artigo busca compreender a fundação da norma diante da razão moderna e o desenvolvimento das teorias limitadoras do poder estatal que depositaram na lei uma relevante fração de limite à composição da pena. Problematiza a aspiração totalizadora que sustenta a norma como o principal elemento de organização da sociedade e da conduta humana. Assim, pretende tensionar o desenvolvimento constitucional e da codificação, indicando as tendências, especialmente punitivas, das declarações e das legislações.

A reconstrução histórico-teórica da formação do Estado e do Direito modernos permite esclarecer a posição ocupada pelas ciências penais e a direção assumida pelas legislações ao longo do tempo. A conformação dos sistemas jurídicos e a orientação global dos sistemas penais mostram-se estreitamente vinculadas ao desenvolvimento da máquina estatal, na qual o jurista desempenha uma função pública decisiva ao impulsionar a racionalização do poder por meio da norma. Esse percurso fornece os elementos necessários para compreender os fundamentos da execução da pena a partir de um paradigma moderno, marcado pela legalidade, pela burocratização e pela centralidade do Estado.

O Estado pode ser compreendido como uma maneira suprema de organização de uma dada comunidade humana. Ele possui na sua origem uma tendência de se colocar como poder absoluto, que não reconhece limites. A problemática, portanto, encontra-se justamente na limitação do poder estatal, cuja

abordagem foi realizada em precedência, neste estudo. Passamos, agora, aos caracteres que envolvem a normatização pelo Estado.

As primeiras amostras de atividade legislativa surgiram no século X e XI, relativas aos privilégios concedidos a determinadas pessoas e à erradicação das guerras senhoriais. A partir do século XII, foi notório o surgimento de ordenações direcionadas à intervenção do soberano na vida do reino. Em Portugal, o movimento legislativo se sucede em três grandes compilações: Ordenações Afonsinas (1446); Ordenações Manuelinas (1512); e Ordenações Filipinas (1603). Na época Moderna, a lei adquire a preponderância, assim, passa a eliminar progressivamente o costume. A partir do século XVI, legislações começaram a surgir nas grandes monarquias. A lei passou a desempenhar um papel muito mais importante do que na época anterior, muito devido à evolução do pensamento jurídico, influenciado pelo individualismo. Entretanto o incremento legislativo se deu especialmente a partir do esforço do poder soberano a fim de melhor administrar, organizar e controlar seus territórios. As leis e os códigos promulgados no limiar das revoluções americana e francesa demonstraram, de forma sintetizada, as grandes teorias jurídicas da Europa ocidental de séculos anteriores.

Assim, o estudo tem como objetivo compreender a constituição da norma sob a égide da razão moderna e o surgimento das teorias limitadoras do castigo, problematizando o papel da legalidade como elemento organizador da vida social e os desdobramentos desse processo na formação do ordenamento punitivo. A investigação adota abordagem qualitativa, de natureza histórico-teórica, e realiza análise documental, buscando identificar as condições de emergência da norma moderna, suas continuidades e rupturas, bem como os modos pelos quais a racionalidade jurídica passou a operar, simultaneamente, como mecanismo de limitação e de legitimação do poder de punir.

Razão moderna, Estado e Direito: o papel do jurista

É o século XVII, em efeito, o primeiro século moderno[1]. Trata-se de uma nova visão de mundo, que, aos poucos, ajudou a consolidar o pensamento da Europa. A

[1] Franklin Le Van Baumer (1977, p. 43) chama o século XVII de o primeiro século moderno, pois conduziu o conhecimento à Idade Moderna. As pessoas começaram a pensar a si próprias como *modernas,* em contraposição aos *antigos*. Havia, destarte, a noção de que se estava fazendo algo

partir do século XVII, algumas revoltas no plano do saber começaram a operar. O *devir*, entendido como algo que desloca a base estrutural da continuidade e da permanência de um conhecimento fixo e inerte, colocando-o em pleno movimento e progresso em direção ao *novo*, não fez sucumbir o *ser*, nem sequer o provocou seriamente, como categoria do pensamento. Com as inovações, houve continuidades significativas.

Com o desenvolvimento do Estado moderno, nova espécie de políticos profissionais surgiu. Inicialmente, essa estava a serviço do príncipe, porém, aos poucos, foi tomando uma posição importante no aparelhamento estatal e na afirmação de uma política governamental. Assim, a função pública foi estabelecida por aqueles trabalhadores intelectuais especializados, qualificados e preparados para o desempenho de suas atribuições. Para Max Weber (1972, p. 69), o cientista responsável pela construção do Estado moderno foi o jurista, cuja atuação determinou, de maneira dominante, toda a estrutura política posterior. De acordo com Ruth Maria Chittó Gauer (2011, p. 128), a presença do jurista permitiu a organização de todas as instituições laicas na modernidade.

O *espírito moderno* inicia, não obstante, com os cientistas da Renascença. Antes mesmo do nascimento de Galileu Galilei, Nicolau Copérnico havia proposto uma visão diferente da cosmologia da Igreja. No entanto foi Galileu Galilei quem modificou para sempre o ponto de vista do mundo. Segundo Ruth Maira Chittó Gauer (1996, p. 16), foi com Galileu Galilei que se instalou a ruptura que criou a gênese do pensamento moderno[2].

Galileu Galilei polemizou e estremeceu a tradição quando propôs uma reinterpretação das escritas sagradas. Ao escrever *O Ensaiador*, o autor proferiu uma das frases que fundamentaram o surgimento do pensamento moderno:

> A filosofia encontra-se escrita neste grande livro que continuamente se abre perante nossos olhos (isto é, o universo), que não se pode compreender antes de entender a língua e conhecer os caracteres com os quais está escrito. Ele está escrito em língua matemática, os

historicamente *novo*. Jean Touchard (1970, p. 96) elucida que o século XVII se afirmou como uma época de revolução científica.

[2] Salienta a autora (GAUER, 1996, p. 16-17): "os homens passam a pensar o mundo a partir de um centro que não era mais Deus; nesse sentido, foi uma ruptura na cosmovisão. A laicização do saber, da moral e da política passou a ser pensada pelo livre exame (...). A criação de um saber ativo criou uma ruptura com o saber estático; o corte epistemológico alterou a forma do homem ver o mundo e se ver no mundo. O conhecimento passou a ser conduzido de forma a se submeter à experimentação da própria realidade observada, ao mesmo tempo que a experimentação teve que retornar à realidade para transformá-la; dessa forma, criou-se a possibilidade de a ciência transformar a natureza".

> caracteres são triângulos, circunferências e outras figuras geométricas, sem cujos meios é impossível entender humanamente as palavras; sem eles nós vagamos perdidos dentro de um obscuro labirinto (GALILEI, 1978, p. 119).

Assim, uma série de pressões foi colocada contra o pensamento antigo. Novo sistema de mundo aparecia relacionado a uma visão mecanicista que substituiu a visão greco-cristã dominante até então. Um exemplo clássico desse novo mecanicismo é a primeira lei do movimento, de Isaac Newton. Dessa forma, a nova natureza implicava um rearranjo dos céus e uma nova concepção de espaço. Entretanto o novo sistema mantinha-se em bases permanentes e imutáveis. Tanto em Galileu Galilei quanto em René Descartes ou Isaac Newton, o tempo e o espaço eram absolutos (BAUMER, 1977, p. 78). Os modernos tinham feito algumas descobertas notáveis, mas ainda viviam no mundo não relativista e estático dos antigos, mesmo sendo o mundo descrito pela ciência contemporânea como "novo" (BAUMER, 1977, p. 154). Era possível, em contrapartida, ver um campo de erosão entre o *antigo* e o *moderno*. Os modernos desenvolveram uma concepção progressista do conhecimento, em que a revolução científica seria fundamental. Os modernos elaboraram uma visão essencialmente diferente da história, por meio de pensamentos que, em alguns casos, apresentavam determinada predominância religiosa, e, em outros, secularizavam e concentravam-se mais nos empreendimentos presentes do que nas profecias do futuro.

A modernidade trouxe novos ares ao conhecimento e possibilitou a ingerência de um conhecimento a partir do homem como um indivíduo, especialmente desentrelaçado do dogma religioso e merecedor de uma distribuição de *leis* em sua proteção contra o arbítrio do Estado absoluto. O estabelecimento do *indivíduo-no-mundo* é o ponto nascente do *individualismo* e o alicerce para se pensar o Direito moderno[3].

[3] A conversão para o indivíduo-no-mundo, segundo Louis Dumont (1985), deu-se a partir do momento em que o holismo começou a desaparecer. Alguns momentos foram importantes para essa passagem, como, por exemplo, a conversão de Constantino ao cristianismo, tornando a religião católica oficial. A conversão do cristianismo em religião oficial, por um lado, fez com que o Estado se aproximasse para fora do mundo e em direção à Igreja, mas, por outro lado, esta se tornou mais mundana. Em outro momento, a Igreja se transformou e passou a defender uma monarquia espiritual, com isso, objetivou ditar e reinar sobre o divino e o terreno, o que fez dela mais mundana se comparada a qualquer período pretérito. Por tudo, o grande estágio da transformação do indivíduo-fora-do-mundo em indivíduo-no-mundo ocorreu com o surgimento do calvinismo.

Até a Reforma, a Igreja era uma espécie de mediadora entre o *indivíduo-fora-do-mundo* e o *mundo* (a sociedade, o império ou o Estado). A Igreja, por muitos séculos, afirmou-se contra a instituição política e contra o indivíduo. A Reforma constituiu uma crise, pois a mesma instituição que se colocou como porta para o extramundano e conquistou o mundo, igualmente, condenou, daí em diante, a si mesma, visto que se tornou mundana (DUMONT, 1985, p. 71). A partir do século XIII, Louis Dumont (1985, p. 73 ss.) identificou a categoria política e o Estado, para tanto, fazendo um estudo comparativo entre sociedades tradicionais e sociedades ocidentais modernas. Alertou o autor que houve ideias comuns, uma vez que a sociedade ocidental não ignorou por completo as noções da sociedade de castas, por exemplo. De um lado, havia liberdade e igualdade; de outro, interdependência e hierarquia.

A política de Nicolau Maquiavel foi a primeira ciência prática a emancipar-se da rede holista. Nicolau Maquiavel conseguiu libertar a política da religião cristã, de todo o modelo normativo e da moral privada. O *maquiavelismo* apresentou um aspecto consolidativo do Estado absoluto sem limites. Para Norberto Bobbio (1984, p. 14), Nicolau Maquiavel ensinou a julgar as ações do príncipe conforme o benefício que oferece ao Estado, e não segundo seu valor moral. Segundo Michel Foucault (2008, p. 280), o príncipe delineado por Nicolau Maquiavel era caracterizado pela relação em que se encontrava o soberano: de singularidade, de exterioridade e de transcendência em relação ao seu principado; ele é, por definição, único.

Assim, a ciência prática da política reconheceu como seu único princípio a *razão do Estado,* ou seja: o Estado tinha suas próprias razões, que o homem desconhecia. Por tais ensejos, o Estado podia agir de modo dessemelhante ao comportamento do indivíduo em uma mesma ocasião. Tratava-se de outra forma de assegurar o absolutismo do poder do soberano. Destarte, com o maquiavelismo e com a razão de Estado, asseverava-se a superioridade do poder estatal, também, sobre a moral e religião (BOBBIO, 1984, p. 14).

O Estado constitucional moderno se inclinou para uma posição adversa ao Estado absoluto. No centro dessa tensão, encontrava-se a problemática em torno dos limites do poder estatal. A ideia fundamental era, portanto, estabelecer limites ao poder do Estado, denominado soberania. Ocorre que, desde as suas origens, o Estado possui certa tendência a colocar-se como poder absoluto, não reconhecendo limites.

Para Norberto Bobbio (1984, p. 11), "o Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior". O Estado absoluto foi encontrado no pensamento político de Thomas Hobbes, em que a fonte exclusiva do Direito era a vontade do soberano.

Segundo Jean Touchard (1970, p. 105), Thomas Hobbes era um homem de gabinete, cuja obra possui uma grande importância na filosofia política do século XVII, pretendendo libertar o homem dos fantasmas e do temor, constituindo-se em uma brilhante manifestação de ateísmo político. Na primeira parte do *Leviatã*, prevalece o estado de natureza. A justiça, por sua vez, está ausente, pois ela corresponde à sociedade, e não à natureza. Contudo estão presentes o poder, a honra, a língua e a razão. No *Leviatã*, o que diferencia o homem do animal é a língua: "e, portanto, se a linguagem é peculiar ao homem (como pelo que sei deve ser), então também o entendimento lhe é peculiar" (HOBBES, 1974, p. 29). Em outra passagem, Thomas Hobbes (1974, p. 34) afirma: "as crianças, portanto, não são dotadas de nenhuma razão até que atinjam o uso da linguagem, mas são denominadas seres racionais devido à aparente possibilidade de terem o uso da razão na sua devida altura"[4].

O Estado moderno, liberal e democrático surgiu da reação contra o Estado absoluto, cujo nascimento se deu em torno das Revoluções Inglesas do século XVII e, notadamente, da Revolução Francesa de 1789. Paralelamente, três grandes teorias contra o abuso do poder emergiram: teoria dos *direitos naturais* ou *jusnaturalismo*; teorias da *separação dos poderes*; teorias da *soberania popular* ou *democracia* (BOBBIO, 1984, p. 15).

Um traço característico do individualismo foi a formação de um *direito natural moderno*,[5] que propôs uma profunda mudança da ideia em torno do Direito. Segundo os modernos, o direito natural, em oposição ao direito positivo (direito do

[4] Thomas Hobbes reconhecia que a igualdade não podia reinar sem obstáculo, e que o homem, no plano político, era um ser social, e não um indivíduo. Para o autor, o social restringia-se ao político. O seu pensamento era profundamente individualista, e aquilo sobre o qual se assentava o absolutismo era o direito que tinha o indivíduo à sua própria conservação. A origem do absolutismo, de acordo com Jean Touchard (1970, p. 108), era um egoísmo esclarecido.

[5] Segundo Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero (1996, p. 17), o jusnaturalismo importa em considerar unitariamente os vários autores a partir da construção de uma ética racional, separada definitivamente da teologia e capaz, por si mesma, de garantir a universalidade dos princípios da conduta humana. Tal garantia se vê porque encontra-se fundada numa análise racional crítica dos fundamentos. Em síntese, o direito natural é, historicamente, uma tentativa de dar uma resposta tranquilizadora às consequências corrosivas que os libertinos tinham retratado do que queria dizer a crise do universalismo religioso.

príncipe), tratava de indivíduos, e não de seres sociais. Em outras palavras, o direito natural assistia ao homem enquanto depositário da razão. Por essa concepção, os princípios fundamentais da constituição do Estado e da sociedade deviam ser extraídos dos atributos inerentes ao homem, considerado um ser autônomo e independente de todo vínculo social ou político. Tratava-se do estado de natureza, compreendido como o estado primeiro em relação à vida social e política, em que só se considerava o homem a partir da sua individualidade. Os pensadores do direito natural moderno fincaram o alicerce para a construção do Estado Democrático de Direito à medida que deduziram desse estado de natureza os princípios da vida social e política, assim, fomentando a constituição de Estados a partir do isolamento do indivíduo natural (DUMONT, 1985, p. 86).

Para as teorias dos direitos naturais, o poder do Estado tinha um limite externo. Além do direito proposto pela vontade do príncipe, existia um direito que pertencia ao indivíduo, pela sua própria natureza de homem. Eram os direitos naturais que preexistiam ao Estado, e deste não dependiam. O Estado tinha o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente, assegurando aos cidadãos o seu livre exercício. Dessa forma, o Estado que se modelava conforme o relevo dos direitos naturais do indivíduo era o *Estado liberal* (BOBBIO, 1984, p. 16)[6].

Para Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero (1996, p. 13), o direito natural era uma intenção de se referir à revivescência, ao desenvolvimento e à difusão que a antiga e recorrente ideia do direito natural teve durante a Idade Moderna (entre o início do século XVII e o fim do XVIII). Não se pode excluir, em contrapartida, a existência variada de pensadores *jusnaturalistas*[7]. Porém o método que unia o

[6] Conforme Jean Touchard (1970, p. 97), a noção de um direito natural diferente do direito positivo manifestou-se já desde a antiguidade grega. Entretanto, com o progresso das ciências e a descoberta de novas terras, um novo conhecimento da natureza devia corresponder a uma nova dimensão do direito natural, traduzida por um movimento geral que se manifestava no domínio científico, literário, artístico, filosófico, religioso e político.

[7] Jean Touchard (1970. p. 99 ss.) destaca a influência de Grotius e Pufendorf nas doutrinas do direito natural. Grotius vê o direito natural como um decreto da justa razão indicando que um ato, em virtude de sua conveniência ou da sua inconveniência, em face da natureza racional e social, é, do ponto de vista ético, classificado de necessário ou torpe, e, por consequência, tal ato é permitido ou proibido por Deus, autor dessa mesma natureza. Assim, o direito natural garante a propriedade enquanto introduzida pela vontade humana; é o próprio direto natural quem dirá se é um crime apoderar-se da propriedade de outrem contra a vontade deste. Pufendorf é o verdadeiro doutrinador do direito natural. Para ele, o jusnaturalismo é um direto necessário e imutável, deduzido pela razão da natureza das coisas: toda a lei consiste nas determinações de uma autoridade superior, quer seja a de Deus ou a de um homem. O direito positivo adquire, assim, um valor altamente racional e o papel da autoridade é fazer as leis em observância ao direito natural. Destarte, as leis da natureza e a doutrina do direito natural permitiriam justificar todo e qualquer poder, desde que fosse razoável e útil à sociedade.

pensamento tão diverso era a racionalidade, ou seja, aquele método que permitia a redução do Direito e da moral, pela primeira vez na história da reflexão sobre a conduta humana, a uma ciência demonstrativa (BOBBIO, 1996, p. 16). Por essa razão, a unidade metodológica pressupunha chamar o direito natural moderno de *direto racional*[8].

A preponderância dos direitos naturais individuais caracterizava um Estado liberal, cujo primeiro caractere foi apresentado por John Locke. A respeito da compreensão de um *novo* poder político, o pensador elucidava:

> Para bem compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estado todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes a posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem (LOCKE, 1978, p. 35).

A asseveração do estado natural era o ponto de partida do raciocínio de John Locke. Para o autor (LOCKE, 1978, p. 36), o estado de natureza era governado por uma lei de natureza que obrigava a todos. Essa lei era a razão, que ensinava a todos os homens a seguirem, sendo todos iguais e independentes, não prejudicando a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou na propriedade. Consoante John Locke (1978, p. 71), a única maneira pela qual uma pessoa renunciaria ao estado de liberdade natural e reunir-se-ia com os outros na sociedade civil, submetendo-se a uma autoridade, era o desejo de viver em segurança, conforto e paz, conservando suas propriedades. O estado civil foi inaugurado a partir do desejo que os homens tiveram de conservar os respectivos direitos naturais fundamentais.

O direito de oposição surgiu como consequência da afirmação dos limites do poder estatal, pois quem realizava a injustiça não era quem se rebelava contra um poder opressor, mas quem oprimia um súdito: “onde quer que a lei termine, a tirania começa, se se transgredir a lei para dano de outrem” (LOCKE, 1978, p. 114). Para Norberto Bobbio (1984, p. 41), John Locke apresentou as diretrizes fundamentais do Estado liberal. Ao findar o período das guerras civis inglesas, o pensador inglês abriu uma nova dimensão política que, por meio de Charles de Secondat Montesquieu e

[8] Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero (1996, p. 20) sustentam tal entendimento afirmando que uma renovação dos estudos sobre a conduta humana só pode ter lugar a partir de uma renovação do método. Para o novo método, ao contrário, a tarefa do jurista não será mais a interpretação, e sim a demonstração. Se a interpretação foi o método tradicional da jurisprudência, o método da nova ciência do direito será a demonstração, acompanhando as ciências mais evoluídas.

Jean-Jacques Rousseau, chegou às constituições dos Estados americanos e da França[9].

O poder podia ser exercido de duas formas: assegurando a liberdade do indivíduo ou suprimindo-a. Com base nesse critério, os governos distinguiam-se em moderados e absolutos. O governo considerado moderado era o contraposto de governo despótico (BOBBIO, 1984, p. 42). O governo moderado era aquele que garantia principalmente a liberdade[10]. Segundo Norberto Bobbio (1984, p. 43), Charles de Secondat Montesquieu mostrou o nexo que havia entre o meio (separação dos poderes) e o fim (liberdade). Charles de Secondat Montesquieu dividiu os poderes do Estado em poder Legislativo, poder Executivo e poder Judiciário.

A separação dos poderes significava que o poder Executivo devia ser separado do Legislativo e do Judiciário e assim por diante: "tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou de povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares" (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

As teorias da soberania popular (ou democracia), por seu turno, eram representadas, por exemplo, pelo ideário de Jean-Jacques Rousseau. As teorias democráticas almejavam alcançar a participação de todos os cidadãos, assim, demonstrando uma verdadeira quebra do poder estatal. A mudança encontrava-se no seu titular, que passava a ser o consenso popular (vontade geral), uma vez que este não podia cometer abusos, ou seja: o povo não podia exercer o poder que lhe pertencia contra si mesmo. A relevância estava em atribuir o poder a quem, por sua própria natureza, não poderia abusar dele (BOBBIO, 1984, p. 16).

Não obstante, Louis Dumont (1985, p. 102) assinalou o *Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau, como o verdadeiro nascimento da humanidade propriamente dita. Conforme Jean Touchard (1970, p. 207), o *Contrato Social* foi inspirado na unidade: unidade do corpo social; subordinação dos interesses privados

[9] De acordo com as teorias da separação dos poderes, o poder do Estado tinha um limite interno. A melhor maneira de limitar esse poder era quebrando-o: o poder estatal não devia estar concentrado numa só pessoa, mas distribuído entre diversas pessoas. As diferentes funções estatais não podiam ser confundidas num só poder. Além disso, os órgãos distintos aos quais seriam atribuídas as funções distintas controlar-se-iam reciprocamente (equilíbrio dos poderes) de modo que ninguém poderia abusar do poder que lhe fora confiado. Tratava-se do Estado constitucional, no qual os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário eram independentes um do outro e em posição tal que podiam se controlar reciprocamente (BOBBIO, 1984, p. 16). A ideia de Charles de Secondat Montesquieu foi fundamental para a compreensão do limite do poder estatal.

[10] Para Charles de Secondat Montesquieu (1996, p. 520), "a liberdade consiste principalmente em não poder ser obrigado a fazer uma coisa que a lei não ordena".

a uma vontade geral; por um lado, soberania absoluta e indissolúvel da vontade geral, por outro, reino da virtude numa nação de cidadãos.

Jean-Jacques Rousseau desenvolveu a teoria de Thomas Hobbes em sentido democrático, nessa perspectiva, conciliando o Estado com a liberdade. O contrato, teorizado por Jean-Jacques Rousseau, não se ligava ao de John Locke, mas ao de Thomas Hobbes. O contrato social era, também, um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais. Porém a renúncia não era feita a favor de um terceiro, mas por cada um em favor de todos, ou seja, por cada pessoa, considerada singularmente, para si mesma, como fragmento de uma totalidade (BOBBIO, 1984, p. 46).

Para Louis Dumont (1985, p. 101), Jean-Jacques Rousseau foi mais longe que Thomas Hobbes e fez um retrato do homem em estado de natureza como livre e igual. Da vontade individual de todos, surgia uma vontade geral, qualitativamente diferente. Passava-se da *societas* (associação) para a *universitas*, de um sistema mecânico para um sistema orgânico, uma sociedade *fechada*. No sistema de Jean-Jacques Rousseau, o governo apenas desempenhava um papel subordinado. Havia, portanto, uma distinção entre o soberano e o povo, entre o corpo que estabelece as leis e o governo, este entendido como o grupo de homens que executava as leis. Identificou-se, no apontamento de Jean-Jacques Rousseau, uma importância do caráter individual em relação ao organismo social:

> Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm eles outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto (ROUSSEAU, 1997, p. 69).

Por conseguinte, Jean-Jacques Rousseau (1997, p. 75) afirmou que essa soma de forças apenas poderia ser gerada do concurso de muitos indivíduos, em que a força e a liberdade individual seriam os elementos primordiais de sua conservação. O autor pretendeu encontrar uma forma de pacto que pudesse defender e proteger os bens de cada indivíduo. Destarte, Jean-Jacques Rousseau identificou e pontuou o individualismo a partir de uma liberdade adstrita ao contrato, pois, para aqueles que se recusassem à vontade geral advinda do pacto, a tanto seriam constrangidos.

A lógica contratualista da época, também, caminhou pelo terreno compreendido pelo sistema criminal. A base da proposta de Cesare Beccaria, apresentada senão na primeira obra de cunho jurídico-penal da história, estava

disposta na perspectiva ideológica do contrato. Para o autor, a gênese da sanção punitiva estava entrelaçada no contrato social e na necessidade de prevenirem-se eventuais ataques de particulares. Cesare Beccaria afirmava que as leis podiam decretar as penas relativas aos delitos, cuja autoridade devia residir exclusivamente no legislador, que representava toda a sociedade unida por um contrato social. Além disso, nenhum magistrado – que também era parte da sociedade – poderia cominar quaisquer penas a outro membro da mesma sociedade, como, também, sob qualquer pretexto de zelo ou bem público, aumentar a pena estabelecida ao cidadão que teria praticado o delito. Dessa forma, a pena, acrescida além do limite fixado pelas leis, seria uma pena injusta, uma pena a mais. Tais entendimentos traduzem a importância da utilidade da pena dentro do espectro contratualista: quando a pena fosse considerada inútil, ela estaria contrariando não só aquelas virtudes benéficas, como, também, a justiça e a natureza do próprio contrato social (BECCARIA, 1979, p. 40).

Franklin Le Van Baumer (1977, p. 245) verificou que, ao longo do século XVIII, o interesse pelas questões políticas e sociais aumentou sobremaneira, muito em razão do deslocamento da política e da economia política, sendo essas consideradas como ramos da ciência do homem. As ciências forneciam maior previsão de controle na sociedade e na natureza, ou seja, de uma engrenagem política desenvolvida para a proteção da liberdade e da felicidade do homem. Importante salientar, por conseguinte, que o direito natural teve uma importância notável nesse período, pois significava uma lei imutável da justiça para todos os homens, e sua existência era anterior às leis ou convenções humanas, de molde a ser descoberta pela razão.

O processo de civilização ocidental lançou a marca do triunfo do individualismo humano: a Declaração dos Direitos do Homem. Levantada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, em 1789, foi a primeira Carta a ser adotada como fundamento constitucional de uma grande nação, trazendo em seu bojo a liberdade e a igualdade como direitos a todos os homens. Além do coroamento das doutrinas modernas do direito natural, houve o transporte dos preceitos e das ficções do jusnaturalismo ao plano da lei positiva (DUMONT, 1985, p. 110). Fundava-

se, assim, um novo Estado na base do consenso dos cidadãos, fora do alcance da autoridade política. A igualdade e a liberdade tornavam-se direitos[11].

Para Franklin Le Van Baumer (1977, p. 262), os filósofos colocavam, em primeiro lugar, o indivíduo e a sua liberdade, sendo que a sociedade e o Estado existiam para preservá-los. A liberdade era uma espécie de dívida devida pelo Governo, e não um favor. O individualismo fora conservado, mesmo que de modo confuso, na Declaração dos Direitos do Homem. Destarte, gradualmente, foi se desenvolvendo uma atitude mais positiva para a comunidade, momento em que os homens começaram a ver a necessidade de mais igualdade, liberdade e fraternidade. Tais ideais foram usados para a correção dos abusos praticados por uma sociedade despótica e egoísta.

O crescimento da burguesia na Europa ocidental foi o fato que dominou a história das ideias políticas do século XVIII. Essa burguesia dos setecentos não era homogênea, mas ligava-se por certas ideias comuns. De acordo com Jean Touchard (1970, p. 168), o século XVIII foi uma época de revolução no vocabulário político, sinal de uma profunda evolução do pensamento. Houve um *espírito* do século: surgiu a ideia de uma razão universal que permitiu dar acesso, simultaneamente, à verdade e à felicidade, como também à busca pelo progresso natural, intelectual e moral, acompanhado do otimismo utilitarista.

A tarefa do jurista não era a de interpretar regras colocadas, mas a de descobrir as regras universais da conduta humana por meio do estado da natureza do próprio homem. A fonte do Direito, portanto, seria a natureza das coisas; a liberdade, seu alcance; a separação dos poderes, sua constitucionalidade; e o contrato, sua proteção.

O Direito moderno foi um instrumento imprescindível para a aplicação da racionalidade e da burocracia institucional. A estrutura jurídica se fez a partir da secularização, em uma tentativa de eliminar a sacralidade. O princípio da secularização se constituiu no elemento estruturador das sociedades ocidentais modernas que reivindicaram para si a verdade (GAUER, 2011, p. 128). Dessa forma, a construção do Estado moderno apresentou uma nova espécie de políticos profissionais: trabalhadores intelectuais especializados, qualificados e preparados para o desempenho das atribuições políticas. Inicialmente, esses profissionais se

[11] Segundo Louis Dumont (1985, p. 91), a própria ideia do individualismo pressupõe igualdade e liberdade.

colocaram a serviço do príncipe, dentro de um processo estatal de expropriação[12] e secularização. Os políticos profissionais foram imprescindíveis ao aparelhamento estatal e na afirmação de uma política de governo. Como suprarreferimos, o cientista responsável pela construção do Estado moderno[13] foi o jurista.

O desenvolvimento moderno da função pública exigiu um corpo de trabalhadores intelectuais especializados e altamente qualificados que estivessem preparados para o desempenho de sua tarefa profissional ao longo dos anos. Tal aparelhamento estatal se deu em três domínios: financeiro, exército e justiça. A evolução, ao mesmo tempo que transformava a política em uma empresa, necessitava da formação especial daqueles que participavam da luta pelo poder e que aplicavam os métodos políticos conforme os princípios do partido moderno. O progresso conduziu, ainda, a uma divisão dos funcionários em duas categorias: de um lado, os funcionários de carreira, de outro, os funcionários políticos.[14]

Por seu turno, os políticos profissionais surgiram da luta do príncipe contra as ordens de outrora. O soberano buscou apoio nas camadas sociais politicamente disponíveis e não comprometidas com as mesmas ordens, cujos respectivos tipos foram apresentados por Max Weber (1972, p. 75): clérigos; letrados com formação humanística; nobreza da corte; patriciado; e juristas formados em universidades.

A quinta categoria, formada pelos juristas, foi um tipo ocidental peculiar que determinou de maneira dominante toda a estrutura política posterior. O racionalismo jurídico foi fundamental para a revolução da coisa pública como uma forma racional de compreender o Estado. O surgimento do Estado absoluto, das teorias contra ao abuso do poder estatal e da grande revolução são consequências do espírito dos juristas desde o século XVI (WEBER, 1972, p. 76). Em suma, o jurista foi o cientista responsável pela construção do Estado.

---

[12] Para Max Weber (1972, p. 61), o desenvolvimento do Estado moderno tem por ponto de partida o desejo do príncipe em expropriar os poderes privados independentes. Esse processo se desenvolve em paralelo perfeito ao desenvolvimento da empresa capitalista. No Estado moderno, o poder que dispõe da totalidade dos meios políticos de gestão tende a se reunir sob a mão única do príncipe.

[13] Max Weber (1972, p. 62) entendia o Estado moderno como um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou com êxito monopolizar, nos limites de um território, a violência física legitima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiaiss de gestão. Tal noção é fundamental para compreender a relevância do processo de expropriação referido pelo autor.

[14] Segundo Max Weber (1972, p. 73), "os funcionários 'políticos', no sentido próprio do termo, são, regra geral, reconhecíveis externamente pela circunstância de que é possível deslocá-los à vontade ou, pelo menos, 'colocá-los em disponibilidade'. [...] Tal situação é radicalmente diversa da que têm os funcionários de carreira da magistratura, estes 'inamovíveis".

Por meio do jurista e da ciência que o acompanhava, a lei desempenhou um importante papel como fonte do Direito a partir dos séculos XV e XVI, especialmente com a formação das grandes nações modernas. A legislação conduziu, nesse período, a uma relativa unificação do Direito a partir do fortalecimento do poder monárquico e do enfraquecimento do feudalismo, sendo estabelecida pela vontade do soberano a fim de organizar, administrar e controlar seu reino.

O percurso teórico evidencia que a pena passa a ser progressivamente juridicizada e racionalizada, pois deixa de ser apenas um exercício arbitrário da força para tornar-se um instrumento legal do Estado, o que possibilita sua limitação por meio de regras, garantias e legalidade, mas também amplia sua capacidade de intervenção e controle sobre os indivíduos.

Aspiração totalizadora: a norma como estrutura organizadora

O Estado absoluto nasceu da dissolução da sociedade medieval, que era de caráter eminentemente pluralista, ou seja, possuía diversos ordenamentos jurídicos oriundos de um *Direito* que se orientava por diferentes fontes. Não existia um poder único ou unitário de avaliação jurídica. Assim, contra essa sociedade pluralista medieval, o absolutismo dos grandes Estados modernos inaugurou um duplo processo de unificação[15]. Por um lado, operou-se a unificação de todas as fontes de produção jurídica na forma de *lei*, como expressão da vontade do soberano.

Destarte, foram gradualmente rejeitadas as fontes tradicionais do Direito, como o costume, a ciência do Direito e a jurisdição. O costume passou a receber efeitos jurídicos apenas quando reconhecido pela lei. A ciência do Direito era compreendida como um complexo de opiniões não vinculatórias. Já à jurisdição caberia somente a aplicação das normas jurídicas de origem legislativa. Por sua vez, o estabelecimento de um ordenamento jurídico estatal conforme a vontade do príncipe era iminente. Esse desdobramento se deu em duas direções: na da liberação das monarquias absolutas em relação a poderes superiores; e na da absorção de ordenamentos jurídicos inferiores. A primeira direção retratou a luta contra o universalismo da Igreja e do império. Pretendeu-se a instalação e formação de Igrejas e Estados nacionais. A segunda direção demonstrou que a monarquia absoluta era a

[15] Partimos do entendimento de Norberto Bobbio (1984, p. 11).

forma de Estado em que não se reconhecia outro ordenamento jurídico que não o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não a lei.

Aparece, aqui, a nosso ver, um condicionamento histórico indicado por Antonio Hespanha. O autor (HESPANHA, 1993, p. 11) refere que a palavra da lei se oculta em uma realidade mutável e equivocada; há vários equívocos, mas o mais comum é o de construir um modelo ideal de lei, e definir, a partir daí, os defeitos e a correção da própria legislação. Assim era entendido o poder do Estado absoluto: o único poder capaz de produzir o Direito. A lei desempenhava a função de coerção e sua estratégia era a unificação do poder do soberano para a regulação e o disciplinamento das relações.

Para o Estado absoluto, a única nascente do Direito era a vontade do soberano descrita na lei. A Igreja, portanto, não constituía um ordenamento superior ao ordenamento estatal. Não existia nenhum poder superior aos Estados singulares. Os ordenamentos jurídicos inferiores ao Estado adquiriam relevância jurídica somente a partir do reconhecimento conferido a eles pelo soberano (BOBBIO, 1984, p. 13).

A lei já desempenhava, nesse período, um papel importante como fonte do Direito. Em outra banda, o direito costumeiro foi parcialmente reduzido a escrito a partir dos séculos XIII e XIV, embora continuasse a evoluir. John Gilissen (2003, p. 16) afirma que, a partir dos séculos XV e XVI, com o desenvolvimento dos grandes Estados modernos, o fortalecimento do poder monárquico e o enfraquecimento do feudalismo, da Igreja e do espírito particularista, a vontade do soberano deu expressivo valor à lei. Daí surgem, por exemplo, as grandes *ordenações* (Afonsinas, de 1446, Manuelinas, de 1512, e Filipinas, de 1603) que vigoraram no Brasil até o início do século XIX.

O ordenamento jurídico antes do século XVIII era essencialmente pluralista. A lei ainda era minoritária e, muitas vezes, subordinada à doutrina, à tradição e aos padrões de conduta. A valorização da lei surgiu com o Iluminismo, bem como a partir da manifestação da vontade do monarca, que era quem devia se impor tanto aos corpos políticos periféricos quanto ao corpo judiciário. Evidenciava-se, nesse aspecto, a luta iluminista contra a doutrina e a jurisprudência (HESPANHA, 1993, p. 13). A legislação, aos poucos, conduziu a uma unificação do Direito em muitos Estados modernos, possuindo no monopólio do ordenamento estatal a única orientação

jurídica em uma dada sociedade. Esse fenômeno foi característico de uma aspiração totalizadora, que se intensificou diante da racionalidade ilustrada do século XVIII.

A lei, ao lado do costume, da jurisprudência e da doutrina, é uma fonte formal do Direito que visa à elaboração desse e por meio da qual as normas de direito positivo se exprimem[16]. Na atualidade, as leis compreendem todos os atos emanados direta ou indiretamente da vontade soberana da nação e que editam regras gerais e permanentes do comportamento humano: decretos, regulamentos, etc.

As primeiras manifestações de atividade legislativa, datadas do século X e XI, abusavam do direito de conceder privilégios, além de pretenderem a erradicação das constantes guerras senhoriais[17]. Já no século XII e, especialmente, no século XIII, vê-se o surgimento de ordenações reais, senhoriais e urbanas, com a intervenção do soberano de forma autoritária em matérias jurídicas cada vez mais numerosas. As ordenações reais intervinham, sobretudo, em matéria de direito público e visavam à manutenção da ordem pública e de uma boa administração no reino: organização administrativa, judiciária, financeira, militar, econômica, etc. O direito penal continuava a ser regido pelo costume local, apenas, com algumas exceções (GILISSEN, 2003, p. 298).

Mesmo durante os últimos séculos da Idade Média, a lei desempenhou um papel mais reduzido do que o costume enquanto fonte do Direito. Na época Moderna, pelo contrário, a relação entre as duas principais fontes do Direito é totalmente diferente: a lei adquire a preponderância, eliminando progressivamente o costume. A partir do século XVI, muitas legislações começam a surgir nas grandes monarquias. Já na época Moderna, a lei exerceu uma função muito mais importante do que na época anterior, em virtude da evolução geral do direito e do individualismo.

---

[16] Segundo John Gilissen (2003, p. 26), nos séculos XIX e XX, nos países europeus dominados pelo pensamento jurídico e pelas constituições da revolução francesa e pelas codificações da época de Napoleão Bonaparte, afirmou-se muitas vezes que apenas havia uma fonte formal do direto: a lei. E que não haveria outro direito senão o que fosse criado e formulado pelo legislador. Em contrapartida, na Inglaterra, a lei desempenha um papel menos relevante como fonte do direito, diante da importância crescente do *common law*, um direito formulado pelos juízes (GILISSEN, 2003, p. 302.).

[17] Os privilégios eram vantagens concedidas a determinada pessoa ou grupo de pessoas. Receberam expressamente a forma de normas de direito, desempenhando um importante papel na vida jurídica da Baixa Idade Média. Eles eram muitas vezes adquiridos pelo uso, confirmando uma situação já existente e fundada no costume. Além disso, podiam também ter siso arrancados por força (violência) ou ter sido concedidos pela autoridade a pedido dos interessados. Nota-se que um privilégio apenas podia ser considerado como lei na medida em que possua os caracteres essenciais da lei (generalidade e permanência). As *pazes*, no entanto, eram normas com sentido jurídico que visavam erradicar as batalhas entre os senhores nos séculos X e XI. Os concílios regionais procuravam impor a paz, proibindo a violação de igrejas e as violências em relação aos eclesiásticos, aos agricultores e aos pobres, cominando a anátema aos que violassem essas interdições (GILISSEN, 2003, p. 292).

Porém o predomínio legislativo se deu muito em razão do esforço do poder soberano, uma vez que o príncipe procurou unificar o Direito do seu Estado e suprimir os particularismos costumeiros com o apoio de uma invasiva atividade legislativa (GILISSEN, 2003, p. 302). A aspiração totalizadora da norma na monarquia estava na posição do soberano: o poder absoluto traduz que todos os poderes estavam nas mãos do príncipe.

Os códigos promulgados diante da grande Revolução de 1789 não romperam com o passado, mas constituíram a síntese das correntes teóricas do direito da Europa ocidental durante vinte séculos. As grandes teorias do século XVII e XVIII, apresentadas alhures, formaram os componentes históricos do Direito dos meados do século XIX. O pensamento jusnaturalista influenciou sobremaneira a formação das notórias codificações dos setecentos e oitocentos. As teorias elucidadas por John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles de Secondat Montesquieu sobre a soberania nacional levaram à preponderância da lei como fonte do Direito e expressão da vontade da nação soberana. Por sua vez, as liberdades públicas foram afirmadas em importantes declarações, tendentes a reconhecer e a garantir os direitos subjetivos dos cidadãos na Inglaterra (*Bill of Rights*, de 1689), nos Estados Unidos (*Bill of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776, e as primeiras emendas da Constituição Federal, de 1791) e na França (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789) (GILISSEN, 2003, p. 16).

Os grandes juristas franceses dos séculos XVII e XVIII trouxeram o conceito de nação e configuraram as noções de soberano, Estado e lei: era necessária a unificação do Estado pela vontade do príncipe, expressão suprema da vontade dos povos. Era necessário que fossem organizados por uma lei e por uma Constituição da qual o príncipe fora o primeiro servidor (MAUSS, 1972, p. 275).

Após as revoluções nos Estados Unidos e na França, a ideia de súdito passou a ser substituída pela ideia de cidadania. O sujeito moderno era inventado com base na igualdade, nos direitos individuais e nas garantias constitucionais, e passou a ser incluído no conceito de cidadania, que foi vinculado ao de nacionalidade. Um dos compromissos normativos das primeiras democracias modernas foi o respeito dos direitos dos cidadãos, o que pressupõe, consoante Ruth Maria Chittó Gauer (2014, p. 21), a presença de uma comunidade politicamente organizada e normatizada institucionalmente pelo Estado.

De tal modo, o final da Idade Média registrou uma profunda reflexão em torno da nação e da cidadania e, por conseguinte, da administração do Estado. Marcel Mauss (1972, p. 294) identificou na Europa desse período a fundação de uma doutrina segundo a qual o indivíduo já não era cidadão de uma cidade, senão de uma nação, e que tampouco existia nação sem a participação do cidadão (delegação) na administração do Estado. Para o autor, as duas primeiras grandes repúblicas do mundo ocidental eram a dos Estados Unidos e da França (após 1789).

Marcel Mauss (1972, p. 295) nos tornou claro que um dos maiores acontecimentos do individualismo é justamente a república cidadã e a decorrente elaboração de leis. O autor assinalava a ideia de nação como um conjunto dos cidadãos animados por um consenso. Em seu ensejo, a doutrina da vontade geral e da origem popular da lei, pouco em Thomas Hobbes, porém muito em John Locke, Charles de Secondat Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, não eram outras coisas se não a tradução filosófica de uma situação de fato.

Ao refletir sobre o progresso jurídico e moral dentro da vida pública, Marcel Mauss (1972, p. 320) explorou o esforço de uniformização do Direito e das instituições jurídicas. Para ele, as instituições jurídicas podiam ser consideradas, desde então, incertas e com tendência à unificação e uniformização. O autor apontou, destarte, a necessidade de se harmonizar o Direito. A unificação dos códigos no mundo ocidental foi uma característica da ausência de individualizações nas ordens jurídica e política. Ou seja, havia uma notória harmonização e semelhança entre as constituições e as codificações, mesmo em países com claras diferenças estruturais.

Entretanto as declarações dos direitos originadas dos Estados Unidos e da França permitiram não só a ação dos constituintes, mas a afirmação do triunfo dos direitos humanos diretamente associados ao constitucionalismo e ao individualismo. Em ambos os modelos, os princípios de legislação se sustentavam a partir de supostas leis universais (GAUER, 2014, p. 26).

A partir do século XVIII, na época das luzes, a lei tornou-se a principal fonte do direito. O Iluminismo era a esquina em que as nações europeias viraram da Idade Média para os tempos modernos, uma mudança de direção do pensamento *sobrenaturalista-mítico-autoritário* para o *naturalístico-científico-individualista* (BAUMER, 1977, p. 163). O ideário dos setecentos tinha em comum a visão diferente

em relação aos tempos anteriores. Era uma simbiose de *ser* e de *devir*[18]. Algumas disciplinas foram perdendo seus brilhos, como a teologia e a matemática; e outras foram surgindo: filosofia e ética. Por sua vez, as questões relacionadas com a história humana e a sociedade passaram a tornar-se muito importantes. De acordo com Reinhart Koselleck (1999, p. 49), o Iluminismo venceu à medida que compreendia a expansão do foro interior privado ao domínio público. De tal modo, moral e política tornaram-se, segundo o autor, deslocadas do limite de competência do então Estado absoluto. Na perspectiva do agente privado, o poder se transformou em violência e, por conseguinte, o monarca foi reduzido à condição de homem e, como homem, ele poderá ser um usurpador (KOSELLECK, 1999, p. 104).

Assim, uma série de pressões foi colocada contra o pensamento antigo. Um novo sistema de mundo aparecia relacionado a uma visão mecanicista que substituiu a visão greco-cristã dominante até então. A modernidade trouxe novos ares ao conhecimento e possibilitou a ingerência de um conhecimento a partir do homem como um indivíduo, especialmente desentrelaçado do dogma religioso e merecedor de uma distribuição de *leis* em sua proteção contra o arbítrio do Estado absoluto.

Ocorre que o pensamento iluminista reflete o avanço do *espírito moderno*, iniciado desde o século XVII, considerado o primeiro século moderno. Para Ruth Maria Chittó Gauer[19]. na busca pelo entendimento da *verdade*, os modernos tentaram impor a violência da visão totalitária por meio da precisão científica. Dentro dessa aspiração totalizadora, a lei surgiu como a principal fonte do Direito, na esteira do jusnaturalismo moderno.

A nova visão de mundo que os ocidentais ajudaram a consolidar como força dominante, ditada pela ciência, tentou compreender os fenômenos desvinculando-os da crença religiosa. Entretanto salienta Ruth Maria Chittó Gauer (2011, p. 13): "não impediram que se sacralizasse uma nova crença, justamente a crença na verdade científica".

O arcabouço de leis elaborado nas épocas Moderna e Contemporânea almejou normatizar as sociedades e eliminar a fé, o mito e as crenças em todos os

[18] Conforme Franklin Le Van Baumer (1977, p. 166), os "muitos séculos dezoito", ainda que diferentes entre si, tinham em comum as mudanças dos modelos do passado. Havia ainda muito "ser" no pensamento do século XVIII, mas o "devir" também era evidente.
[19] Segundo a autora (2011, p. 12-13), a lei surge "no sentido dado pelo direito natural moderno, que englobou a norma e, para além dessa, o fato e o valor. O fato, o valor e a norma passam a ser compreendidos como lei no pensamento iluminista".

acontecimentos que não pudessem ser aclarados pela racionalidade científica (GAUER, 2011, p. 13). A aspiração totalizadora estava representada pelo embasamento do pensamento científico em diversos campos do saber, e simbolizada pelo sentimento comum racionalizado e homogeneizado das instituições jurídicas, em busca de uma *civilização legal* (GAUER, 2011, p. 133), cuja tradição ocidental é consequência do processo de racionalização, iniciado no século XVIII.

Ao buscar o afastamento de quaisquer elementos influentes, o processo de racionalização do Direito, a partir da plena normatização das sociedades e da própria conduta humana, alcançaria, certamente, uma *teoria pura*. A aspiração totalizadora está no berço da doutrina gerada por Hans Kelsen, na qual o conhecimento do Direito está dirigido tão somente a ele, excluindo aquilo que não pertença ao seu objeto específico. A instantânea afirmativa de Hans Kelsen (1996, p. 1) expõe o *seu* significado de lei dentro de uma estrutura jurídica: "A teoria pura do Direito é uma teoria do Direito positivo".

Percebe-se, com isso, delatada por Pierre Bourdieu, uma reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídica em um modo de pensar bastante específico e totalmente liberto do peso social. A empreitada de Hans Kelsen no sentido de criar uma teoria pura do Direito, conforme Pierre Bourdieu, é o resultado do esforço de todo o corpo de juristas para construir um código de doutrinas e de regras completamente independente dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento. O local do Direito, nos termos apontados pelo autor, impede que se possa apreender sua especificidade, produção e execução dentro de um universo social (BOURDIEU, 2008, p. 209).

Dessa maneira, Pierre Bourdieu (2009, p. 220) denuncia a tendência dos juristas e teóricos do Direito em incliná-lo no sentido de uma teoria pura, ordenada em um sistema autônomo e autossuficiente, em integral abandono e libertação de caracteres sociais interligados à própria área do conhecimento jurídico.

Antonio Hespanha (1993, p. 24), por seu turno, expõe o *fetichismo típico da mentalidade jurídica* da atualidade quando transforma a lei no único modo de revelação do Direito. Segundo o autor, a lei é um instrumento persuasivo e simbólico, pois sofre mutações conforme o programa eleitoral ou de governo ou da plataforma política. A lei se transforma por meio de um processo de consultas, acordos, forças políticas e *lobbies*.

Max Weber (1972, p. 45) já se perguntava sobre a problemática em torno do papel da ciência para a vida prática dos homens. Para o autor, a ciência coloca naturalmente à nossa disposição certo número de conhecimentos que nos permitem dominar tecnicamente a vida por meio da previsão, tanto na esfera das coisas exteriores como no campo da atividade humana. Ainda, a ciência nos fornece métodos de pensamento, instrumentos e disciplina. Por fim, a ciência contribui para a clareza. Levando-se em conta que a estrutura da sociedade moderna está pautada no Direito, tal como foi analisado por Max Weber, à medida que o jurista é o cientista da construção do Estado e das instituições modernas; e a lei se torna a mais importante ferramenta de trabalho deste.

A ciência é vocação, dizia Max Weber (1972, p. 47). Ela está alicerçada na especialização e posta a serviço de uma tomada de consciência das pessoas e das suas relações objetivas. Se a ciência falha, o homem ficaria sem poder responder à célebre pergunta: Que devemos fazer ou como devemos organizar nossa vida? A ciência e a lei se entrelaçam entre a precisão, a disciplina e a estruturação das sociedades moderna e contemporânea.

Por tudo, a ciência moderna criou premissas e métodos ligados a uma verdade totalizante. O conhecimento foi tido como absoluto, universal e eterno. As premissas que embasaram essa concepção de ciência, estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização, serviram como pressupostos para o Direito e o conseguinte aparecimento da lei. Essas premissas se complementam e demarcam o conhecimento científico moderno.

A aspiração inicial foi a de fazer valer a vida comum dos homens a partir da conglobação das *verdades* em uma *lei homogênea*. Segundo Ruth Maria Chittó Gauer (2011, p. 127-128), as tradições políticas modernas, desde seu início, assumiram explicitamente não apenas a necessidade de um sentimento comum racionalizado e homogeneizado, mas, também, o culto das instituições, notadamente, as instituições jurídicas, sem as quais esse sentimento se fragmentaria.

Durante o final da Idade Média, a lei cumpriu uma função mais reduzida se comparada ao costume; na época Moderna, contudo, ela adquire progressivamente o predomínio. A partir do século XVI, muitas legislações passaram a surgir, sobretudo em razão do esforço do monarca em integrar o Direito do seu Estado e suprimir o pluralismo costumeiro por meio de uma intensa atividade legislativa. A aspiração

totalizadora da norma encontrava-se, assim, na própria disposição do soberano. Já no século XVIII, a lei consolidou-se como a principal fonte do Direito, amparada em princípios de legislação fundados em supostas leis universais, paralelamente à afirmação dos direitos humanos nas declarações constitucionais dos Estados Unidos e da França. Esse movimento contribui para a compreensão do avanço da normatividade sobre o castigo, na medida em que a punição passa a ser inteiramente capturada pela lei, e o castigo deixa de ser expressão fragmentária, costumeira ou pessoal do poder para tornar-se um mecanismo jurídico estatal, racionalizado e uniformizado de organização e disciplina da vida social.

Constituição e codificação: a formação do ordenamento punitivo e tendências legislativas

A lei se tornou a principal fonte de Direito da época Contemporânea, desse modo, ela constituiria todo o Direito. Nos países de tendência liberal e democrática, a lei é fruto do poder Legislativo, compreendendo o conjunto de normas que emana do poder Legislativo ou Executivo e que se impõe a um dado conjunto de habitantes de um determinado Estado. As leis também reproduzem os inumeráveis despachos, decretos e regulamentos do poder Executivo (GILISSEN, 2003, p. 417).

A Constituição visa fixar princípios do direito público em uma Carta Magna escrita, o que já fora posto em prática nos Estados Unidos, em 1776. A Constituição é, então, um ato legislativo escrito no qual o regime político e a forma de governo de certo país são fixados. Nos séculos XIX e XX, quase todos os Estados adotaram uma Constituição escrita, na qual estão descritas a organização e o funcionamento dos principais órgãos do Estado, sobretudo os três poderes, bem como afirmados os direitos e as garantias fundamentais. As constituições contêm, desse modo, também, uma exposição de liberdades públicas, um *Bill of Rights* ou uma declaração dos direitos humanos. As Constituições são leis que possuem uma natureza especial e particular, pois, na sua grande parte, não podem ser modificadas senão por um processo todo especial (GILISSEN, 2003, p. 419).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi a primeira Carta a ser adotada como fundamento da Constituição de uma grande nação. Proclamava a liberdade e a igualdade como direitos a todos os homens. Além do

coroamento das doutrinas modernas do direito natural, transportou os preceitos e as ficções do direito natural para o plano da lei positiva. Fundava-se na base do consenso dos cidadãos um novo Estado, deixando-o fora do alcance da autoridade política. A Declaração de 1789 guarda proximidade aos *Bills of Rights* americanos. Nas declarações subsequentes, a igualdade toma lugar ao lado da liberdade entre os direitos.

O *Bill of Rights* das Constituições americanas de 1776 e anos seguintes e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão são os mais consideráveis precedentes que influenciaram a construção de todas as declarações do século XIX e uma grande parte do século XX. Em quase todas as Constituições do mundo se encontra, atualmente, um enumerado dos direitos do homem e dos meios de garanti-los. Ocorre que o *Bill of Rights* não foi inventado por essas duas declarações. De acordo com John Gilissen, "os Estados da América do Norte não fizeram outra coisa senão continuar a tradição da Inglaterra, onde uma série de disposições legais asseguraram progressivamente as garantias de direitos aos súditos do rei" (GILISSEN, 2003, p. 424). Entre essas disposições, destacam-se as seguintes: *Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; *Bill of Rights*, de 1689; documentos medievais, como a *Magna Cartha*, de 1215, e outros. As declarações inglesas enunciavam diversos direitos individuais: direito de ser julgado conforme o direito e a sentença; direito ao juiz natural; direito de não ser preso senão em flagrante, etc.

As revoluções inglesas também exerceram influência na França revolucionária. Consoante afirma Marcello Cerqueira (2006, p. 54), a evolução do direito constitucional se deu com a afirmação da Revolução Inglesa e com o avanço da consciência jurídica e da compreensão teórica das condições constitucionais da liberdade, enquanto na Europa continental crescia o absolutismo. A luta contra o rei na Inglaterra, também, era em busca das garantias individuais e da representação nacional.

As teorias limitadoras do poder estatal, como a escola dos direitos naturais e da filosofia iluminista do século XVIII, estavam na origem das declarações dos direitos do século XVIII e início do século XIX. Determinadas noções das declarações americanas retrataram o Estado liberal apontado por John Locke. A Declaração

francesa de 1789 recebeu ingerência direta dos estudos *democráticos* delineados por Jean-Jacques Rousseau.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão assistiu ao triunfo do indivíduo, como também revelou a forte presença da tensão inerente ao pensamento liberal e que se traduzia na simultânea aceitação do princípio segundo o qual nem todos os homens podiam ser considerados cidadãos. A Constituição francesa de 1791 limitava o direito de voto aos que pagavam determinado montante de impostos. Para Ruth Maria Chittó Gauer (2014, p. 42), os constituintes franceses procuraram conciliar, numa perspectiva conservadora, o antigo com o moderno. Ao mesmo tempo que afirmavam a autonomia do indivíduo como cidadão, não rompiam, por inteiro, com a herança das sociedades *estamentais* e com as situações de submissão que elas tinham causado.

Antonio Hespanha (1993, p. 18 ss.) aponta algo semelhante a um *sistema elitista de poder*. Conforme o autor, o Estado liberal, ao emancipar-se exclusivamente na disciplina legal, curto-circuitava a comunicação jurídica com o mundo iletrado e tradicional. Apoiado nesse sistema elitista de poder, ignorando os subúrbios da cidade, o paradigma legalista se implantou de forma intensa.

No panorama jurídico brasileiro, o Título 8ª da Constituição Política do Império do Brasil apresentava as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. O artigo 179 afirmava que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Algumas liberdades foram assentadas, como a liberdade de expressão de pensamento (inciso IV), a liberdade religiosa (inciso V), a proibição de prisão sem culpa formada (inciso VIII), a proibição da prisão arbitrária (inciso X), a abolição das penas cruéis (inciso XIX) e a humanização das cadeias (XXI). Exigia-se, outrossim, o quanto antes, a criação de um código criminal fundado nas sólidas bases da justiça e equidade (inciso XVIII). Todavia a mesma Constituição mantinha a estrutura escravocrata. A pena de morte, também, não fora abolida e a igualdade estava condicionada à proporção dos merecimentos (inciso XIII), dos talentos e das virtudes de cada um (inciso XIV).

Após a proclamação de 15 de novembro de 1889, os republicanos destinaram sua atenção para a transformação do regime. Instalou-se um *governo provisório*, tendo como presidente o Marechal Deodoro da Fonseca. O Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, foi a primeira afirmação constitucional da República, em que

ficaram instituídos os Estados Unidos do Brasil. A Constituição de 1891 fora promulgada em 24 de fevereiro de 1891, seguindo o modelo da Carta norte-americana. A Constituição Republicana de 1891 exprimia, em seu texto, o pensamento republicano expresso no binômio federação e república presidencial. Estava mais direcionada à organização do Estado, ao funcionamento do sistema federativo e às garantias dos direitos individuais, ou seja, ela apenas esquematizava as atividades políticas. Porém o novo diploma constitucional não se demonstrou tão harmônico com a realidade brasileira. Aos poucos, tornou-se notório que "a Constituição de 1891 não dispunha de força normativa suficiente para ordenar o processo político, do que resultou o surgimento de insatisfações generalizadas, tendentes a aboli-la ou, no mínimo, a reformá-la profundamente" (MENDES, 2008, p. 165). Não demorou muito para surgirem discussões e discursos a respeito de uma possível reforma do diploma republicano, cujas alterações foram concretizadas em 1926, tanto no que concerne à organização do Estado quanto em relação aos direitos e às garantias individuais. Na década de 1930, a Constituição de 1891 foi totalmente afastada.

A formação do ordenamento punitivo foi tentada por Napoleão Bonaparte. Esse imperador elaborou um dos mais notáveis esforços de *sistematização de regras jurídicas* de toda a história (GILISSEN, 2003, p. 448). Foram promulgados, de 1804 a 1810, os seguintes diplomas: Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Código Penal e Código de Instrução Criminal.

A temática penal já fora objeto de outras codificações (Código Penal, de 1791), por exemplo, mas uma lei modificou o processo de instrução e uma nova codificação foi necessária. O Código Penal, de 1810, e o Código de Instrução Criminal, de 1808, reproduziam o discutido pelos ilustrados da grande revolução: legalidade dos delitos e das penas; direitos de defesa, etc. No entanto o diploma apresentava penas desumanas e degradantes, o ferrete, o confisco geral, a morte civil, entre outras. A difusão dos códigos napoleônicos se deu em vários países da Europa e da América latina durante o século XIX. Em Portugal, por exemplo, a ideia de codificação desenvolveu-se na segunda metade do século XVIII, em especial, na década de 1820, abandonando as ordenações do reino (GILISSEN, 2003, p. 456).

Estava aberto o caminho para a reforma do direito penal que adquiriu impulso nas últimas décadas do século XVIII, com a classificação dos atos

infracionais (delitos e crimes) e com a mitigação da pena, sob a forte ingerência do pensamento de Cesare Beccaria. No Brasil, a matéria penal foi objeto do Código Criminal do Império, de 1830, segundo se verá mais adiante. O primeiro código criminal brasileiro se afinava com o espírito liberal da época, porém conservava a pena de morte. Apesar de certa tendência ilustrada a dar garantias de um modo geral, tenciona-se[20] no sentido de afirmar que essas serviram mais precisamente à aristocracia e à burguesia.

O crescimento da atividade legislativa se deu especialmente porque o Estado invadiu cada vez mais os diversos domínios da vida econômica e social. A partir do século XIX, os ideais *individualistas e liberais* se mantiveram ou até mesmo se acentuaram, dando origem a uma atividade legislativa cada vez maior, que pretendeu refletir importantes tendências: liberdade; igualdade; humanidade; legalidade; proporcionalidade.

A liberdade é a base dos direitos do homem, positivados em diversas Cartas Constitucionais desde 1776. A salvaguarda desses direitos, como também a eliminação legal da escravatura, são indícios da tendência liberal. Gradualmente, na passagem do Estado absoluto ao Estado liberal e democrático, foi se desenvolvendo uma atitude mais positiva para a comunidade. Os homens começaram a ver a necessidade de mais igualdade, liberdade e fraternidade. Tais ideais foram usados para a correção dos abusos de uma sociedade não apenas despótica, mas, também, individualista e egoísta. Jean-Jacques Rousseau apresentou o mais importante sentido de liberdade: a participação direta do indivíduo no governo, ajudando a elaborar as leis, sendo livre para criticar e propor a sua renovação.

Durante o século XVIII, a teoria dos direitos naturais teve uma importância notável, muito mais do que se pode conhecer na historiografia recente. Isso porque a teoria significava uma lei imutável da justiça para todos os homens. Sua existência era anterior às leis ou convenções humanas, de modo a ser descoberta pela razão. Porém os direitos naturais também se apresentavam como uma generalização empírica a partir de fatos da história e da natureza humana.[21]

[20] Por exemplo: NEDER, 2007.

[21] Segundo Franklin Le Van Baumer (1977, p. 246), voltaire fez referências às leis e aos direitos naturais. Montesquieu, porém, era um crente da tradição do direito e um relativista político. Rousseau criticava os filósofos do direito natural, e, mostrava-se a favor de banir as leis e os direitos naturais do seu estado de natureza. Tentou, também, demonstrar que o homem só poderia ser consciente das noções da moral dentro da sociedade.

O triunfo do individualismo humano foi a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789. Essa apresentava em seu corpo a liberdade e a igualdade como direitos a todos os homens. Trata-se do caminho percorrido pelos preceitos jusnaturalistas ao plano da lei positiva, em que a igualdade e a liberdade tornavam-se direitos.

A ideia de liberdade *econômica* é, não obstante, popular. Aliás, é o que dispõe o art. 17, da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, em que mantinha o direito sagrado da *propriedade*. O autor Louis Dumont (1985, p. 86) registra que o individualismo subentende igualdade e liberdade. Para expressar tal igualdade, há duas teorias: a teoria igualitária *liberal* e a teoria *socialista*. Pela teoria liberal, a igualdade é ideal, em direitos e oportunidades, compatível com a liberdade máxima de cada um, afirmando a propriedade como um direito natural a ser assegurado. A teoria socialista prega a igualdade nos fatos, por exemplo, abolindo a propriedade privada. Para Franklin Le Van Baumer (1977, p. 262), os socialistas, no entanto, levaram a igualdade longe demais, exaltando-a acima da liberdade ou representando-a como uma chave para a liberdade.

O conceito de humanidade encontrava-se ligado umbilicalmente às máximas da liberdade e igualdade. O ponto comum da filosofia burguesa da época se achava justamente na noção dos seus ideais, entre os quais, o da noção de homem. Conforme Jean Touchard (1970, p. 169), o pensamento europeu confundia a própria causa com a da humanidade. A questão do homem faz do século XVIII um terreno comum aos díspares pensamentos.

O estudo do homem ou da humanidade se tornou a mais importante das ciências dos setecentos. Conforme Franklin Le Van Baumer (1977, p. 183), a natureza humana era o cerne das ciências, o único fundamento sólido para as outras ciências. Por isso, o protagonismo da antropologia, a ponto de tomar o lugar de outras ciências (como a filosofia naturalista e a teologia cristã) no rol de importância no que tange ao estudo da humanidade, pondo o homem no centro da grande *Encyclopédie* de Diderot, pois era inevitável que só a presença do homem tornava significativa a existência dos outros seres, sendo ele o ponto de partida e o fim para o qual tudo convergia.

De acordo com Jean Touchard (1970, p. 171), a difusão de ideias políticas se organizava gradualmente. O culto da humanidade era o primeiro princípio da franco-

maçonaria: reunir os homens proprietários do espírito ilustrado e de costumes delicados em defesa dos princípios da virtude, ciência e religião, nos quais o interesse da confraternidade se converteu no interesse do próprio gênero humano. O papel social desempenhado pelas Lojas, durante o Iluminismo, foi importante para a solidificação de círculos culturais e mundanos[22].

A crítica tornou-se tão soberana que não se detinha sequer diante do soberano: a crítica era a morte do rei. Os filósofos iluministas reduziram o monarca à condição de homem e, como homem, ele só podia ser um usurpador. Assim, os pensadores encontraram o dualismo do *homem* e do *príncipe*, e os decorrentes *deveres de homem* e *deveres de príncipe*. O príncipe estava previamente determinado, só podia ser uma coisa: *humano* e executor da *humanidade* (KOSELLECK, 1999, p. 103).

Acerca dos reflexos iluministas, Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 125) refere que "o Iluminismo, ou Ilustração, foi o momento em que a burguesia empreendeu claramente sua luta contra esses poderes tradicionais da nobreza e do clero e que também enfrentou, em parte, o próprio absolutismo monárquico". Para Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004, p. 110), a atenção estava destinada fundamentalmente a limitar o poder punitivo do Estado por meio de leis fixas a serem criadas. Tais aspectos atrelados, outrossim, a um ríspido controle sobre as autoridades, em razão da arbitrariedade que as acompanhava na fixação de penas. E, sem dúvida, a preocupação com racionalização do poder de punir do Estado preenchia os escritos dos pensadores da época do Iluminismo.

A limitação do poder punitivo como reação ao arbítrio dos soberanos se verificou em todos os representantes da Ilustração, porém de forma mais eloquente na obra de Cesare Beccaria. O movimento ilustrado pretendia negar o poder ou pôr limites a ele a fim de organizá-lo (ANITUA, 2013, p. 43). Nasce, naquele momento, a codificação e a supremacia do princípio da legalidade. Segundo Roberto Bergalli (1999, p. 58), o princípio da legalidade está enraizado na própria história do Estado

[22] A jurisdição moral questionava o Estado de uma maneira inteiramente nova, isto é, indiretamente. A separação entre política e moral implicava um veredicto moral sobre a política vigente. O segredo era a alma desse avesso político iluminista. A atividade contra o Estado, por meio do afastamento moral da política, transformou-se no fundamento, aparentemente apolítico, da luta contra o absolutismo. O uso de conceitos antagônicos era uma marca da literatura dos iluministas: razão e revelação; liberdade e despotismo; comércio e guerra; moral e política; decadência e progresso; luz e escuridão (KOSELLECK, 1999, p. 86 ss.).

moderno e constitui, junto aos princípios, um fundamento inarredável da organização política e indivisível da modernidade jurídica.

O princípio de legalidade, evocado por Cesare Beccaria, trazia em sua essência a limitação do poder arbitrário dos legisladores do antigo regime, como também do discricionário ambiente dos magistrados. Muito da sua força estava destinada à luta contra os velhos sistemas inquisitórios do sistema penal.

Importante mencionar a dimensão do princípio da legalidade no âmbito do sistema penal. Enrique Bacigalupo (1999, p. 46) menciona que o código penal deve ser entendido como a Magna Carta do cidadão. O autor ainda refere que o princípio de legalidade tem suas raízes no princípio democrático e na divisão dos poderes, cujas teses foram lançadas primordialmente por Jean-Jacques Rousseau e Charles de Secondat Montesquieu, respectivamente. A redução do princípio da legalidade a um único fundamento é praticamente impossível, sobretudo porque esse princípio tem funções de diversas ordens, inclusive determinando as condições de legitimidade constitucional da pena.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, impede o soberano, por razões de economia política, de impor penas que não guardem uma correspondência com o fato que motiva a sanção. De acordo com Gabriel Ignacio Antiua (2013, p. 44), a necessidade de impor limites a um poder punitivo dá lugar a um maior desenvolvimento da ciência jurídica como garantidora do indivíduo e configuradora de um poder limitado e democratizado. Para o autor, isso exige uma prévia *deslegitimação* do poder punitivo, algo que não previram os pensadores ilustrados mais representativos e cuja continuação não foi possível pelo predomínio dos saberes científicos sobre o pensamento acerca da pena.

A noção da proporcionalidade, dessa forma, consolidou-se como um robusto argumento na luta contra o uso habitual da pena capital. Sobre sua preocupação com a necessidade de diminuir o cometimento de delitos, bem como quanto à utilização de obstáculos – modos preventivos –, Cesare Beccaria, de antemão, observa o imprescindível dever de proporção entre o fato delituoso e a sanção imposta:

> Não somente é de interesse comum que não se cometam delitos, mas também que sejam mais raros relativamente à proporção de males que causam à sociedade. Mais fortes, pois, devem ser os obstáculos que afastam os homens dos delitos, na medida em que estes são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que levam os homens a cometê-los. Deve haver, assim, uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 1979, p. 82).

A codificação em geral e, notadamente, no Brasil, foi alimentada sobremaneira pelas tendências exploradas até aqui. O crescimento das atividades legislativas, entre elas, a formação do ordenamento punitivo brasileiro, deu-se seguindo especialmente o espírito das intenções de liberdade, igualdade, humanidade, legalidade e proporcionalidade. Tal estruturação jurídica influenciou significativamente na fundação inclusive da legislação de execução penal no Brasil.

Considerações finais

O artigo buscou entender a fundação da norma diante da razão moderna e o incremento das teorias limitadoras do castigo, indicando a aspiração totalizadora que sustenta a norma como o principal elemento de organização da sociedade e da conduta humana. O aparecimento das Constituições e das codificações seguiu algumas tendências que foram incorporadas em muitos países.

A modernidade não implicou a supressão do castigo, mas a sua profunda reorganização. A secularização do saber, o contratualismo, o individualismo e a centralidade da lei deslocaram o fundamento da punição do arbítrio imediato do soberano para a racionalidade jurídica e para a legalidade estatal. Nesse movimento, o castigo passou a ser apresentado como instrumento necessário de proteção de direitos e de garantia da ordem social, submetido a limites formais e procedimentais. Consolidava-se o monopólio estatal da coerção, tornando a pena uma prática regular, previsível e institucionalizada, integrada às engrenagens do Estado moderno.

A análise da aspiração totalizadora da norma demonstra que o avanço da normatividade produziu uma captura cada vez mais abrangente do castigo pela lei. A unificação do Direito, o enfraquecimento do pluralismo jurídico e a valorização da legislação como expressão da vontade soberana transformaram a punição em um fenômeno integralmente normatizado, uniforme e racionalizado. O castigo deixou de operar segundo lógicas fragmentárias, costumeiras ou locais e passou a ser organizado por um sistema jurídico que se pretendia universal e autossuficiente. A normatividade não apenas estruturou limites ao exercício da punição, mas também ampliou sua capacidade de incidência sobre os indivíduos, naturalizando o poder de punir como elemento constitutivo da organização social e da própria ideia de Estado.

A limitação da punição foi historicamente concebida e institucionalizada em linguagem de norma, mas essa mesma operação produziu uma racionalização expansiva do controle penal. A legalidade, a proporcionalidade e a separação de poderes funcionaram como dispositivos de contenção, sem impedir a multiplicação normativa e a crescente capilaridade punitiva do Estado moderno. O resultado é um paradoxo, em que a lei, invocada a limitar, torna-se também condição de possibilidade da expansão do punir.

Ainda, a constituição e a codificação foram elementos decisivos na formação do ordenamento punitivo moderno, ao integrar o castigo a uma arquitetura jurídica fundada na legalidade, na racionalidade e na centralidade da lei. A formação do ordenamento punitivo revela a tensão constitutiva da modernidade jurídica, na qual a contenção do castigo e a sua estabilização normativa caminham conjuntamente.

Por sua vez, o papel do jurista aparece como vetor ambivalente. De um lado, verifica-se uma conjuntura como arquiteto de garantias e mediador de direitos. Por outro lado, tornou-se um engenheiro da burocracia punitiva que estabiliza práticas seletivas sob a gramática da racionalidade. Essa ambivalência colabora na compreensão sobre a convivência entre tradições liberais e iluministas e arranjos excludentes, o que acarreta muitas vezes na transposição de modelos europeus em contextos e estruturas sociais desiguais, caracterizadas pelas marcas da colonialidade, e mascarando o alcance efetivo dos limites aspirados.

O artigo sugere que a aspiração totalizadora da norma através da lei é uma tentativa utópica de ordenar o social, além de ocultar conflitos, naturalizar exclusões e despolitizar debates sobre punição. Por fim, o estudo evidencia que a racionalidade moderna, ao mesmo tempo em que propôs a limitação do poder punitivo por meio da lei, também instituiu um processo contínuo de expansão normativa. Nesse sentido, entende-se necessário repensar os fundamentos da legalidade e da racionalidade punitiva moderna, deslocando o foco da mera formalização normativa para a efetividade concreta da limitação do castigo, proporcionando espaços a partir de uma linguagem de resistência à violência estatal, especialmente em contexto penal e prisional.

Referências

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Castigo, cárceles y controles**. Buenos Aires: Didot, 2013, p. 43.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento Europeu Moderno.** Vol. I: séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1977.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BERGALLI, Roberto. Principio de legalidad: fundamento de la modernidade. In: Rujana Quintero (comp.). **Filosofia del derecho, ética, cultura y constitución**. Bogotá: Gustavo Ibañez/Universidad Libre, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

CERQUEIRA, Marcello. **A constituição na história**: origem e reforma: da revolução inglesa de 1640 à crise do leste europeu. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DUMONT, Louis. **O individualismo:** uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FALCON, Francisco; MOURA, Gerson. **A formação do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 26 ed. São Paulo: Graal, 2008.

GALILEI, Galileu. O Ensaiador. **Os pensadores**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma:** para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HESPANHA, Antonio. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antonio. **Justiça e litigiosidade:** história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HOBBES, Thomas**.** Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. **Os Pensadores**. São Paulo: Victor Civita/Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise:** uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MAUSS, Marcel. **Sociedad y ciencias sociales**. Obras III. Barcelona: Barral, 1972.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro:** obediência e submissão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

TOUCHARD, Jean. **História das ideias políticas.** Vol. II. Lisboa: Publicações Europa-America, 1970.

WEBER, Max. **Ciência e política:** duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.

Recebido em Outubro de 2025
Aprovado em Dezembro de 2025