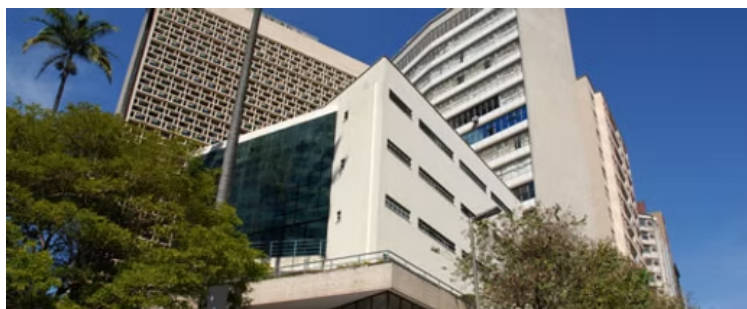




Programa

Observatório da Justiça Militar Estadual

Fernando Galvão · 18 de set. de 2024

Bases naturalistas do discurso punitivo

O problema relativo aos fundamentos da ordem jurídica apresenta importante complexidade. Quando voltamos as atenções especificamente para os fundamentos do direito de punir as dificuldades aumentam ainda mais. Um exame mais cuidadoso sobre os fundamentos do Direito Penal evidencia que a pergunta inicial sobre o *porquê* de sua existência, sobre a razão ou a justificativa que sustenta e legitima o poder punitivo estatal, se decompõe em muitas indagações fundamentais. Considerando a necessidade de justificar os enormes custos sociais necessários para a manutenção do sistema repressivo estatal Ferrajoli se debruçou sobre 12 (doze) questões fundamentais para compreender os fundamentos do Direito Penal. Tais questões estão relacionadas à admissibilidade, aos fins, aos pressupostos e às formas das proibições, dos juízos penais e da aplicação das penas. Nesse sentido importa saber: se é conveniente, por que razão, quando e como proibir determinadas condutas humanas; se é conveniente, por que razão, quando e como julgar os casos de suposta violação das proibições; e se é conveniente, por que razão, quando e como punir.[1]

Para os restritos fins do presente texto, importa refletir sobre as pré-compreensões que possibilitam a elaboração dos argumentos que justificam, em todos os seus aspectos, a intervenção punitiva. A pergunta que essencialmente desafia a investigação diz respeito a identificar a base de sustentação sobre a qual são construídos os argumentos que justificam as normas jurídico-penais. Esta investigação abre uma perspectiva de discussão em que as controvérsias entre o *jusnaturalismo* e o *positivismo jurídico* parecem inconciliáveis. A polarização que se estabeleceu entre os defensores das concepções naturalistas e positivistas dificulta a compreensão do fenômeno jurídico-penal e de sua específica racionalidade. O enfrentamento do desafio exige superar a referida contraposição. Na linha de pensamento hermenêutico proposto por Gadamer, é possível compreender os elementos que conformam as pré-compreensões do discurso jurídico-repressivo a partir da complementariedade das tradições *naturalistas* e *positivistas*, em uma fusão dos horizontes[2] que se estabelece por meio de um diálogo significativo entre as fontes de legitimação do direito de punir.

Cabe registrar que a compreensão humana sobre o significado de suas construções culturais é sempre um ato histórico, que se verifica no contexto de determinada temporalidade e se condiciona pela experiência acumulada até o momento em que se realiza. A reflexão que realizamos no presente momento sobre as linhas de base para a argumentação própria ao direito de punir depende de nossas pré-compreensões.[3] As possibilidades de compreensão (aberturas) para as quais a presente reflexão se projeta exige reexaminar os elementos tradicionais para revigorá-los com as inquietações relativas ao horizonte interpretativo do Direito Penal contemporâneo, em suas bases de legitimação e racionalidade.

1. Tradição do direito natural

A tradição do direito natural é muito longa e consistente. Para os fins restritos da presente introdução às ideias penais, é suficiente fazer uma apertada referência aos seus elementos mais importantes.

Pode-se entender o *jusnaturalismo* como sendo uma doutrina que sustenta a existência de um direito natural que conforma um sistema de normas de conduta intersubjetiva que é anterior e distinto do que é constituído pelas normas de direito positivo que são produzidas pelo Estado. O *jusnaturalismo* afirma que o direito natural ostenta um valor em si, que é anterior e de valor superior ao do direito positivo. Por isso, havendo conflito entre as normas do direito natural e as do direito positivo, devem prevalecer as normas do direito natural.[4]

No âmbito da filosofia jurídica é possível identificar, ao menos três vertentes discursivas fundamentais do pensamento *jusnaturalista* (que, certamente, apresentam muitas variantes). A primeira vertente concebe que a lei é estabelecida por vontade da divindade, que revela o seu conteúdo aos homens. A segunda sustenta que existe uma lei natural em sentido estrito, que se apresenta como orientação instintivamente natural para todos os seres animados. A terceira vertente discursiva do *jusnaturalismo*, por fim, sustenta que o conteúdo das leis é ditado pela razão humana, que o encontra por meio da reflexão. As três vertentes discursivas do *jusnaturalismo* são heterogêneas e até mesmo contraditórias, apesar de todas partirem da ideia de que existe um sistema de normas logicamente anterior e eticamente superior ao sistema produzido pelo

Estado. De qualquer modo, importa ressaltar que a concepção do direito natural pretende fixar um limite intransponível ao poder estatal. As normas jurídicas positivas que contrariem o direito natural são consideradas pelas doutrinas jusnaturalistas como ilegítimas e, por isso, podem ser desobedecidas pelos cidadãos.[5]

O Direito Penal sofreu e ainda sofre fortes influências do pensamento jusnaturalista, que se revela nos discursos de fundamentação do poder punitivo, na elaboração da teoria do crime e na identificação dos bens jurídicos que merecem a tutela penal.

O processo histórico de justificação das penas não descreveu trajetória linear. Não se pode constatar uma progressão sistemática dos argumentos que fundamentaram as penas e tampouco se pode estabelecer períodos precisos para cada uma de suas fases evolutivas. Contudo, as principais influências do jusnaturalismo penal podem ser identificadas para entender a passagem da fase das vinganças a fase dos discursos humanitários racionalizadores.

2. Tempos primitivos

As primeiras referências de fundamentação para o poder punitivo estão estritamente vinculadas à concepção de um direito que decorre da natureza do ser humano ou das diversas formas de divindade. A intervenção punitiva expressou, em seus primórdios e durante a maior parte de sua história, formas de vingança em relação às ofensas praticadas (aos crimes). No início do processo civilizatório, as punições decorrentes da vingança privada encontraram sustentação direta na natureza do homem. Posteriormente, as razões que ampararam a vingança privada foram, paulatinamente, convivendo com as ideias relacionadas a uma vingança divina. Com a formação dos estados, as condições de sustentação necessárias ao discurso da vingança pública se apresentaram. Mas, em todas as suas manifestações, a ideia da vingança sempre foi fortemente influenciada pelo sentimento religioso/espiritual.[6]

A doutrina registra que no início dos tempos a vingança privada se apresentou como natural reação de um indivíduo contra a ofensa que lhe foi dirigida por outro. Com a inserção dos indivíduos no grupos tribais, o grupo ao qual pertence o indivíduo ofendido passou a apoiá-lo na reação contra a agressão sofrida e o grupo ao qual pertencia o ofensor também passou a envolver-se no conflito.[7] A vingança privada dos primeiros tempos não se amparou em um sistema de normas que se possa denominar de Direito, muito menos de Direito Penal. A explicação para a punição se apresentava muito simples: a agressão sofrida conferia ao ofendido (e ao seu grupo) o “direito natural” de revidar.

Como o direito de revidar era de natureza privada, percebeu-se que poderia ser objeto de negócio. O instituto da *composição* surgiu de maneira mais rudimentar ao permitir, ao menos para as ofensas menos graves, a compra pelo ofensor (e seu grupo) do direito de vingar que pertencia ao ofendido (e seu grupo). O *dinheiro da paz*, que consistiu em uma prestação em favor do grupo ofendido, passou a garantir aos que tinham riquezas a impunidade pelas ofensas praticadas. A princípio, o ofendido e seus parentes poderiam aplicar castigos ao ofensor ou deles receber uma compensação material pela ofensa praticada. Posteriormente, o poder público viria a se apropriar das compensações impostas em razão da prática dos crimes. O instituto da *composição*, que encontrou desenvolvimento mais significativo no direito germânico do que no direito romano[8], cumpriu o importante papel de limitar a violência promovida pela vingança privada.

Os grupos primitivos também identificaram a fonte dos direitos privados na delegação por parte da divindade. O direito natural de vingança passou a ser concebido como um direito sagrado, deferido aos homens pelos deuses. Nesse sentido, a punição passou a adquirir uma natureza sacra e a vingança acabava por ser mais do que um direito conferido pelos deuses ao ofendido: era verdadeiramente um dever, que tinha de ser cumprido para expiar a ira dos deuses.[9] Esse direito natural, agora de origem divina, que amparou a vingança privada não estabelecia limites para a reação individual ou a dos grupos, o que levou à imposição de castigos frequentemente desproporcionais e violentos.

A punição ainda encontrou fundamento diretamente no pensamento mágico-religioso (*totem*) que expressava a força divina que, encolerizada, determinava a ocorrência dos fenômenos naturais destrutivos, como as pestes, as secas e as tempestades. Na perspectiva da vingança divina, as normas proibitivas (*tabús*) se fundamentavam em sua utilidade para acalmar a ira dos deuses. Na civilização que ainda não dispunha de conhecimentos científicos mínimos, o princípio orientador da punição era o da retribuição em vida, segundo o qual as ofensas praticadas contra os deuses se castigavam ainda neste mundo, e não no mundo dos espíritos que ainda estaria por vir.[10]

Nas sociedades de estrutura familiar (tribal) que precederam a formação dos estados, a pena já consistia em uma reação social à ofensa produzida pela violação da norma que visava a manutenção da paz. A pena não expressava uma vingança individual, como consta em alguns relatos doutrinários, mas uma reação social em favor da paz pretendida para os grupos. [11]

As famílias se agrupavam sobre um determinado território em razão do vínculo de sangue, daí a denominada *vindicta* ou *vingança de sangue*. A punição era imposta ao membro do grupo que praticava uma infração ao *tabú* em desfavor da paz da tribo, bem como ao indivíduo não pertencente a tribo que tivesse perturbado as suas atividades ou atingido qualquer de seus membros. Nesse contexto, a retribuição proporcionada pela pena possuía natureza essencialmente religiosa.[12] Como a violação das normas de conduta repercutiam na paz do grupo e a paz estava sob a proteção dos deuses, a reação social tinha fundamento no poder divino.[13] As punições primitivas que pretendiam reagir às violações da vontade dos deuses expressavam o descontrole emocional dos grupos que, posteriormente, foi sintetizado na conhecida fórmula da *lei de linch*, que permite o lynchamento do criminoso pela população enfurecida.[14] A intervenção contra o criminoso carecia de medida e finalidade, frequentemente constituindo uma instintiva reação impetuosa e violenta. Mas, a crueldade dos castigos encontrava explicação na proporcionalidade que se pretendia estabelecer entre o castigo imposto ao ofensor e a grandiosidade do deus ofendido.[15] A gravidade da ofensa exigia que a resposta se colocasse na mesma altura.

Com base no direito de natureza divina foram concebidos os juízos de deus (*ordálias*), que ganharam sua primeira expressão formal no art. 2º do Código de Hamurabi escrito no século XVIII aC[16], e predominaram nos julgamentos realizados muitos séculos após chegando aos anos da Idade Média. Os juízos de deus basearam-se na crença de que as ordálias provocavam a divindade a se manifestar, por milagres, para proteger os inocentes submetidos às dolorosas e perigosas provações. Se o suspeito fosse inocente, a divindade iria protegê-lo nas provações. Se o suspeito fosse culpado, desprovido da tutela divina, sucumbiria frente a provação.

A violência promovida com base na ideia de vingança encontrou certa limitação no *ius talionis*, que foi registrado pela primeira vez na estela de Hammurabi (§§ 196-214).[17] A expressão “olho por olho, dente por dente” que sintetiza a ideia de proporção nos influencia até os dias atuais. Curioso observar que na parte superior da estela de diorito negro que se encontra atualmente no Museu do Louvre foi esculpida a imagem do Rei Hammurabi, de pé, recebendo de uma divindade (provavelmente o deus solar Samas) que se encontra sentada em um trono, as insígnias do poder real e o encargo de estabelecer a justiça e o direito na Babilônia.[18] Esta representação gráfica, como também o registro expresso do prólogo da estela[19], é bastante significativa ao evidenciar que, para os povos do oriente antigo, o poder do rei provinha da delegação divina.

No direito hebraico, o Deuteronômio (leis mosaicas – 1473 aC) também deixa claro que o poder dos juízes provém da delegação divina[20], sendo novamente registrada a ideia de proporção da pena de Talião: *vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé*. [21] As disposições do Deuteronômio, com suas exortações a reconhecer a ação divina na história humana, de modo a não somente celebrá-la nas liturgias como também a responder a Deus com a observância de suas exigências de ordem moral e social, continuam a exercer grande influência na orientação do comportamento dos cristãos nos dias atuais.

O direito hindú da antiguidade também foi revelado aos homens pelos deuses. O Código de Manú (cuja data de sua constituição não é certa, mas estima-se que tenha sido produzido entre 1.300 a 800 aC) sustentou haver uma hierarquia entre o mundo celeste e o terrestre para legitimar a sociedade de castas na divindade atribuída aos brâmanes. No art. 733, o Código deixa claro que *instruído ou ignorante, um brâmane é uma divindade poderosa*. [22] A punição, nesse contexto, expressa o poder divino e o seu cumprimento uma reconciliação que possibilita ao condenado alcançar diretamente o reino dos céus. Segundo o art. 315 do Código de Manú “os homens que cometem crimes e aos quais o rei inflingiu castigos, vão direto ao céu, isentos de pecados, tão puros como as pessoas que fizeram boas ações”. [23]

Com a formação dos primeiros Estados o poder que as famílias detinham para impor penas foi paulatinamente sendo substituído pelo poder público. A grécia dos séculos VIII e VII aC produziu muitas cidades-estados com numerosas legislações, mas em todas elas o direito divino prestou-se a sustentar a aplicação de punições severas. A severidade das Leis do eupátrida Drácon (621 aC), considerado o primeiro legislador grego, foi justificada na necessidade de honrar aos deuses. [24]

A coexistência de diversas crenças acabou por levar à contestação do poder estatal baseado na delegação divina. A filosofia greco-romana da antiguidade, que prosperou por aproximadamente um milênio (do século VI aC até o século VI dC) e constitui um dos pilares da cultura ocidental, ofereceu críticas científicas que contestavam a origem do poder do estado sacerdotal. [25] A explicação mágico-religiosa para os acontecimentos naturais, que sustentou as punições primitivas, encontrou contestação no primeiro período da filosofia grega da antiguidade. Os filósofos da natureza de Mileto (Tales, Anaximandro e Anaxímenes) pensaram os fenômenos naturais (*physis*) desvinculados de qualquer vontade divina, empreendendo os primeiros esforços filosóficos significativos que visaram encontrar o princípio único de explicação para o mundo. [26] A filosofia naturalista ofereceu as bases para a superação das explicações religiosas produzidas pela mitologia fenícia [27], mas fundamentou suas reflexões sobre o pressuposto de que o mundo pode ser compreendido a partir de um princípio natural universal. No que diz respeito ao fundamento da ordem jurídica, a ideia de que o mundo é determinado por princípios universais absolutos posteriormente revelaria-se apenas uma ilusão. [28]

A filosofia grega da antiguidade, com Sócrates, inicia a investigação filosófica sobre a natureza humana e sua finalidade [29], visando compreender a partir do homem toda a realidade natural. Platão, o mais brilhante discípulo de Sócrates, é considerado por alguns doutrinadores como o fundador da teoria do direito natural por nele estabelecer um fundamento inteligível e transcendente para as leis positivas. [30] A teoria do direito natural formulada por Platão está centrada na compreensão da ação divina ordenadora do universo. Platão sustentou que o escopo máximo da vida humana na terra é a imitação da ação divina. O filósofo considerou que todas as coisas do mundo naturalístico expressam a inteligência do deus criador, em um belo trabalho ordenador. [31] Como o homem compartilha, em algum grau, a inteligência divina deve seguir a ordenação divina para também criar belas obras. Nesse sentido, Platão concebe a ideia de justiça (ou direito natural) por meio da ordenação dos diversos elementos humanos, sejam internos (partes da alma) ou externos (as classes da sociedade da cidade perfeita). A justiça que se verifica na cidade perfeita (imaginária) não seria obtida por meio de uma convenção ou contrato, mas se funda na natureza das coisas – como ordem imposta ao homem e à cidade pela natureza profunda das coisas. [32]

Aristóteles, por sua vez, sustentou que a natureza humana se orienta por uma perspectiva teleológica que leva o homem a conduzir-se de maneira a poder realizar a sua finalidade que é alcançar a situação de bem-estar. Por isso, os homens teriam uma vocação natural para a associação já que a forma associativa de viver possibilita a garantia de realização de uma vida boa ou, em outras palavras, da felicidade. Para Aristóteles, naturalmente, a associação dos homens os conduzem a fazer parte de uma sociedade política, pois a vida associativa implica necessariamente no exercício da atividade política. Aristóteles sustentou que o homem é um “animal cívico” naturalmente feito para a sociedade política, sendo que o Estado, ou a sociedade política, é o primeiro objeto a que se propõe a natureza. [33] A mais importante contribuição de Aristóteles para o pensamento jusnaturalismo foi a sua conhecida distinção entre justo natural e o justo legal, que concebe o direito natural

como universal e imutável, posto que baseado na verdade ou na essência eterna das coisas. O direito positivo, por sua vez, é concebido como variável de lugar para lugar conforme as circunstâncias humanas.[34]

A filosofia clássica da antiguidade grega nos legou uma importante referência sobre a preponderância do direito natural sobre a vontade dos reis. Nas tragédias gregas pode-se observar no desafio da personagem *Antígona*, concebida por Sófocles em 442 aC, a força dos fundamentos divinos. Para contestar a validade das normas editadas por Creonte, *Antígona* justifica ter realizado os ritos do sepultamento de seu irmão *Polinices* com base na superioridade das leis divinas não escritas, que são permanentes e imutáveis. A sempre lembrada tragédia de *Antígona* expressa a força de um *direito achado no céu*, melhor e mais valioso, capaz de afastar o dever de obediência às normas editadas pelos homens. Esta importante referência da cultura grega evidencia o aspecto de maior importância para o discurso jusnaturalista: as normas jurídicas produzidas pelo Estado que se oponham ao direito natural, qualquer que seja a vertente de sua concepção, é considerada ilegítima e, por isso, podem ser desobedecidas pelos cidadãos.[35]

O Direito Penal romano também conservou o caráter sacro da pena, como forma de expiação da ofensa praticada contra a comunidade religiosa e meio de aplacar a ira dos deuses. O poder ilimitado inicialmente conferido ao *pater familias* sobre a vida e a morte dos que se encontravam sob a sua chefia (Lei das XII Tábuas – Tábua Quarta, 1 e 2)[36] foi, paulatinamente, sendo transferido ao Estado.[37] A vingança privada foi sendo substituída pela vingança pública. Os reis-sacerdotes possuíam o poder de vida e morte sobre aqueles que cometiam crimes, amparados por um direito que se confundia com a religião. [38] O ofensor era considerado um ser maldito, possuidor de uma vida nua (*homo sacer*) absolutamente desprotegida, que se encontrava submetido a vingança dos deuses ou de qualquer pessoa que poderia matá-lo impunemente.[39] Com a instauração da república romana (509 aC) houve a separação entre o estado e a igreja[40], o que tornou clara a necessidade de encontrar novas explicações para o poder punitivo.

3. Idade Média

O pensamento medieval se caracterizou pela aceitação indiscriminada do jusnaturalismo em todas as suas manifestações, apesar da incompatibilidade existente entre elas. A concepção naturalista de Ulpiano e o jusnaturalismo racionalista de Cícero conviveram com a doutrina de um direito natural revelado por deus.[41]

O Direito Penal da Idade Média surge sob a influência do direito germânico dos povos que invadiram a Europa romana e da Igreja católica que sobrevive aos romanos (direito canônico), com a extinção do império romano.

O direito canônico, em razão da força que a igreja de Pedro adquiriu à época, do caráter universal de seu discurso e do fato de ser um direito escrito, predominou no período com amparo no legado das contribuições do direito romano e da vingança pública.[42] O jusnaturalismo católico da Idade Média reafirmou, por Santo Agostinho e São Tomás, a ideia de que uma lei positiva contrária ao direito natural não é uma verdadeira lei e, por isso, não obriga.[43]

Com a desintegração do Império Romano do ocidente, Santo Agostinho desenvolveu a ideia de que a Igreja constitui a cidade espiritual de Deus, distinta da cidade material em que vivem os homens.[44] Tomás de Aquino sustentou que o mundo é governado pela Divina Providência e toda a comunidade do universo é governada pela razão divina. Por isso, a razão mesma do governo das coisas, em Deus, que é o regedor do universo, tem a natureza de lei. E como a razão divina nada concebe temporalmente, mas tem o conceito eterno, conforme a Escritura (Pr 8, 23), é forçoso dar a essa lei a denominação de eterna.

A pena ainda permaneceu como expressão da vontade (retribuição) divina no Estado Teocrático que se formou na Idade Média, sendo que na fórmula de Agostinho a pena justa é retribuição do pecado.[45]

Nesse período de nosso processo civilizatório o Estado foi concebido como instrumento do governo dos deuses e não como uma criação humana. O governante fundamentava seu poder na delegação dos deuses e a punição retribuía a violação da lei divina.[46] Contudo, o direito canônico opôs-se ao Juízo das Ordálias.[47]

O direito muçulmano surge na Idade Média, embora não exerça naquele momento posição de predomínio. Nos dias atuais, entretanto, por sua estreita vinculação com a religião, regula a vida de cerca de um quinto da população mundial.[48] O Alcorão se apresenta como expressão fiel das palavras de Alah e fornece um guia para os homes que o temem.[49] No que diz respeito à justiça, o Alcorão expressamente utiliza o princípio da *Lei de Talião*. [50]

À época do regime feudal a vingança privada reaparece como contestação ao poder público de punir, merecendo destaque para a pretensão de obter o pagamento do preço da expiação.[51]

Ao final da Idade Média, surgem na Europa os estados centralizados na pessoa do monarca e o direito anglo-saxão (germânico na Bretanha) como obra das cortes reais que disputavam o poder com a jurisdição local dos senhores feudais. Cabe notar que o direito inglês medieval exerce grande influência na concepção de direito de todos os países de língua inglesa até os dias atuais.

As cortes reais da Idade Média foram inicialmente concebidas como juízos de exceção, para o julgamento das causas em que um interesse da Coroa estivesse envolvido. Posteriormente, as cortes reais foram paulatinamente ampliando a sua competência por aceitar a alegação de que as condutas dos réus assumiam contornos quase delituais (delito civil particular – *trespass*) e expressavam uma desobediência ao rei. Com a aceitação de que um número maior de causas tratavam de assuntos concernentes à Coroa, a jurisdição das cortes acabou por instituir um sistema que não distinguia bem as questões de direito público das de direito privado.[52] O *common law* aplicado pelas cortes não se fundava nos conceitos gerais do direito romano, como ocorreu no desenvolvimento do direito francês, mas essencialmente jurisprudencial e fundado no contencioso. Nesse sentido, o direito construído pelas cortes formou um conjunto formal de regras processuais que se

consolidaram em razão da solução dos litígios. As normas processuais arcaicas que se fundavam no julgamentos de deus (ordálias) foram abandonados em favor das soluções razoáveis (indicadas pela razão humana) consolidadas na formalidade das regras processuais.[53]

No direito inglês medieval, o Rei era a fonte de toda a justiça. Como não poderia deixar que esta fosse violada em seu reino, após a Guerra das duas Rosas (sec. XVI), o Rei passou a receber muitas petições para a solução de casos concretos de conflito. Devido ao número excessivo de pleitos, o Rei delega a seu Chanceler a solução dos conflitos que passam a ser resolvidos com base nas regras de equidade (*rules of equity*).[54] Com isso, o direito inglês passou a apresentar uma estrutura dualista: por um lado as cortes reais, que aplicavam o *common law*, e por outro a Chancelaria, que concedia os remédios reais de equidade com base nas *rules of equity*. Em 1875 foi criada a *Supreme Court of Judicature*, que utiliza tanto as regras do *common law* como as das *rules of equity*, e conserva até o século XX uma característica essencialmente casuística-jurisprudencial baseada na “regra do precedente”. A evolução que o direito inglês apresenta nos dias atuais se deve à combinação da regra do precedente com a técnica das distinções, em que o juiz percebe as peculiaridades do novo caso que lhe é submetido em relação aos casos precedentes.[55]

A conformação do Direito Inglês medieval é livre das amarras divinas. A racionalidade que orientou a construção do direito inglês é prática, baseada na concepção contratualista de direito natural. O jusnaturalismo inglês, formulado a partir do pensamento de Thomas Hobbes, Locke e Rousseau desafia o paradigma aristotélico[56] de sustentação do poder político, baseado na natureza do homem, e contesta o direito divino dos reis. Em outras palavras, para a perspectiva contratualista o Estado não é o resultado da natureza humana e a autoridade do rei não é delegada por um deus, como acreditavam aqueles que defendiam o direito divino dos reis. Mas, pelo contrário, o Estado é artificialmente constituído e a autoridade do governante é a consequência de um pacto havido entre os homens.

O naturalismo contratualista, porém, não é isento da influência do pensamento mágico-religioso. Hobbes parte da premissa de que o homem é naturalmente egoísta e voltado para satisfação dos próprios interesses, de modo que está sempre disposto a travar a guerra com os demais. Em seu livro *Do Cidadão*, Hobbes afirma que no estado de natureza todo homem tem o direito de obter tudo o que quiser, sendo o único juiz dos meios necessários e adequados para tanto, inclusive nos casos em que muitos têm o apetite pelas mesmas coisas, e que o começo da sociedade humana provém do medo recíproco.[57] Para Hobbes, a experiência demonstra que os homens não encontram prazer na companhia dos outros. Somente se associam em razão da necessidade de preservação de um determinado interesse.[58] A possibilidade de conflito gerada pela disputa natural entre homens que possuem os mesmos direitos sobre todas as coisas faz do estado de natureza (que preexiste ao estado civil) um estado de permanente guerra, de todos contra todos.[59] O medo do conflito entre os homens e o desejo de preservar a própria vida leva o homem a abrir mão de seu direito natural a todas as coisas para constituir, por meio de um pacto, a entidade estatal como garantidora da segurança de todos.[60] O jusnaturalismo de Hobbes fundamenta o poder absoluto do soberano no pacto artificialmente produzido entre os homens para a manutenção da paz. Nesse sentido, a fonte do poder do soberano encontra-se no pacto e não na delegação divina.[61] O contrato social constitui uma base natural para os argumentos que justificam a formação do Estado e de seu poder/dever de punir. O pacto entre os homens ocorre na realidade natural. No entanto, Hobbes também sustentou que os homens, queiram ou não, estão absolutamente submetidos ao poder divino. Com base no direito natural, deus reina sobre os homens com poder irresistível para punir quem viola suas leis.[62]

Concebendo o crime como afronta ao contrato social, Rousseau sustentou que o criminoso se apresenta como um rebelde e traidor da pátria. Ao violar as leis da comunidade o criminoso lhe move guerra e não deve ser mais considerado cidadão. Diante da ameaça à conservação do Estado, Rousseau afirmou que o criminoso deve perecer como um inimigo.[63]

Desta forma, o jusnaturalismo inglês reformula o pensamento clássico. Se em Aristóteles o instinto natural de procriação e virtude do homem de querer realizar o bem leva a associar-se, em Hobbes não é a virtude, mas sim o interesse de alcançar o próprio benefício, que leva o homem a associar-se a seus semelhantes. Assim, pode-se constatar que se para o modelo clássico a política é exercida para o alcance do bem comum, para o modelo jusnaturalista a política é conduzida pela lógica da satisfação do interesse próprio. Cabe observar que a simples contraposição destas duas concepções não permite concluir que uma concepção ideal de política foi desmascarada por uma concepção real. Ambas as concepções fundamentam a associação política na natureza humana, na qual se pode identificar tanto a virtude quanto o interesse vil.

4. modernidade

As importantes contribuições de Copérnico, Galileu, Kepler e Newton estimularam a cultura em geral e o desenvolvimento da ciência empírica na era moderna. Nesse contexto cultural, contrapondo-se às premissas do direito romano e do direito germânico, os jusnaturalistas passaram a fundamentar o poder estatal (incluindo o poder/dever de punir) na razão. A modernidade se propôs a resgatar o valor do ser humano, que é capaz de encontrar a verdade das coisas cientificamente por meio do uso da razão.

Inicialmente, o pensamento naturalista de Hugo Grotius concebeu o direito natural como sendo ditado pela razão humana, que analisa a conformidade das ações com a natureza racional, de valor universal e absoluto (já que imutável). Grotius, no entanto, não se desvinculou da ideia de que a natureza possui origem divina. Considerando que Deus é o autor da natureza, sustentou que a análise racional do homem sobre a ação examinada poderá evidenciar se Deus a proíbe ou a ordena. As ações, em razão de sua própria natureza (divina), deveriam ser percebidas pelos homens como boas ou más.[64] No que diz respeito especificamente ao direito de punir, Grotius extrai da natureza os fundamentos para a antiga *Lei de Radamante* segundo a qual “aquele que fez o mal deve sofrer o mal”[65], defende que a pena deve ser proporcional ao crime praticado[66] e inicia um processo de racionalização do Direito Penal estatal.[67]

No século XVIII, a reação iluminista ao absolutismo monárquico promoveu a emancipação do pensamento humano em questões políticas e sociais, bem como desenvolveu a noção de cidadania centrada na liberdade individual e na defesa da propriedade burguesa. O pensamento iluminista explicou a fonte do poder estatal no contrato social. A igualdade, como um direito natural dos indivíduos-cidadãos, encontra na força das leis do estado o seu meio de realização.

Após longa caminhada de conquistas e percalços, no período que se convencionou denominar de humanitário, o Direito Penal passou a fundamentar a intervenção punitiva em razões humanas. A ideia de vingança, por sua vez, foi cedendo lugar aos reclamos humanitários por conferir racionalidade às punições. Tornou-se necessário, assim, sustentar a intervenção punitiva em razões que respeitem aos princípios humanitários.

Apesar dos esforços humanitários, a influência da tradição do direito natural ainda é bastante forte na formação das razões do Direito Penal, em especial na concepção dos conceitos jurídicos que trabalham a conduta humana como realidade natural.

A consistência da tradição jusnaturalista permite concluir, com Vicente Ráo, que um direito natural existe (ao menos no imaginário do povo) e a ele sempre recorremos quando investigamos o fundamento e a legitimidade das regras de direito positivo, bem como quando os direitos inerentes à natureza, à dignidade e a personalidade do homem periclitam frente a força do poder do Estado.[68]

5. influência nos dias contemporâneos

O jusnaturalismo penal, com suas raízes profundas na história do pensamento jurídico, continua a influenciar o Direito Penal contemporâneo. Apesar das transformações sociais, políticas e filosóficas ao longo dos séculos, a ideia de um direito intrínseco à natureza humana, que serve como parâmetro para a justiça e para a limitação do poder punitivo estatal, mantém sua relevância. A busca por um equilíbrio entre a necessidade de segurança jurídica e a proteção dos direitos fundamentais tem sido um desafio constante para os sistemas penais contemporâneos.

Hoje, essa influência se manifesta na constante tensão entre a busca por um sistema de justiça que seja, ao mesmo tempo, efetivo e humano. As bases jusnaturalistas continuam a inspirar a construção de garantias contra a intervenção punitiva excessiva do Estado, buscando limitar o poder estatal e resguardar a dignidade humana. No entanto, o desafio reside em conciliar esses princípios com a necessidade prática de manter a ordem social e proteger os direitos dos cidadãos.

A natureza dinâmica da sociedade e a evolução dos valores éticos e morais tornam imperativo o reexame contínuo dos fundamentos do Direito Penal. Através do diálogo entre o jusnaturalismo e outras correntes do pensamento jurídico, é possível construir um sistema punitivo mais justo, que seja capaz de responder às complexidades do mundo contemporâneo, sem perder de vista os princípios fundamentais que buscam a realização da justiça. Assim, o jusnaturalismo penal mantém-se como uma referência essencial na busca por uma ordem jurídica que equilibre a proteção dos direitos individuais com as demandas de segurança e justiça social.

Fernando Galvão é Desembargador civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais e Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Referência Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.
- ASÚA, Luis Jeménez de. *Tratado de Derecho Penal: concepto del derecho penal y de La criminología, historia y legislación penal comparada*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1950.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOUZON, Emanuel. *As cartas de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 1986.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 8ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DAVID, Renê. *O direito inglês*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo (verbetes). In BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira et al. 6ª edição. Brasília: Ed. Unb, 1994, v. 1..
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Editorial Trotta. 1995.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Buenos Aires: Arayú, 1953.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal – parte geral*. Atualizado por Fernando Fragoso. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Ênio Paulo Giachini. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2005. 2v.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4ª edição. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2009.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro; coordenação Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (col. Os pensadores).

LACERDA, Bruno Amaro. *Direito natural em Platão*. Curitiba: Juruá, 2009.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. Vol. I.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. 1.

PLATÃO. *A República*. Introdução e notas de Robert Baccou. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965. Vol. 1.

RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v. 1 e 2.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. D. las Pereira. 2.ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, vol.2.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951, v. I, t.II.

STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. Tradução de Volney J. Berkenbrock e outros. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 2009.

VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi: Código de manu, Excertos (livro oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*. Bauru, SP: EDIPRO, 1994.

NOTAS

- [1] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 211.
- [2] GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*, p. 457. Tratando da fusão entre os preconceitos formados nos horizontes de compreensão antigos que nos chegam pela tradição e o horizonte de compreensão do presente, Gadamer sustenta que as velhas e novas compreensões caminham juntas para conferir a vitalidade do entendimento humano.
- [3] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, (parágrafo 32). No referido parágrafo, o autor nos esclarece que a compreensão é uma abertura ao *dasein* – uma potencialidade do ser humano que está no mundo - que se funda em pré-compreensões (nas compreensões adquiridas previamente) e que sempre remete ao futuro (ao por vir). No mesmo sentido: GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*, p. 416-448.
- [4] FASSÓ, Guido. *Jusnaturalismo*, p. 655-656.
- [5] FASSÓ, Guido. *Jusnaturalismo*, p. 655-656.
- [6] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, p. 70.
- [7] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, vol. 1, p. 28-29.
- [8] ASÚA, Luis Jeménez de. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 208.
- [9] FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, p. 31-32.
- [10] ASÚA, Luis Jeménez de. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 205.
- [11] LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*, p. 07; e ASÚA, Luis Jeménez de. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 207.
- [12] ASÚA, Luis Jeménez de. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 206 e LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*, p. 05-06.
- [13] LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*, p. 07.
- [14] ASÚA, Luis Jeménez de. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 205.
- [15] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, vol. 1, p. 29.
- [16] BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi*, p. 47.
- [17] BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi*, p. 30.
- [18] BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi*, p. 24.
- [19] BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi*, p. 39 e segs.
- [20] BIBLIA SAGRADA. Deuteronômio (1), p. 198-199.
- [21] BIBLIA SAGRADA. Deuteronômio (19), p. 218.
- [22] VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). *Código de Hamurabi: Código de Manú, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tabuas*, p. 120.
- [23] VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). *Código de Hamurabi: Código de Manú, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tabuas*, p. 78.
- [24] CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*, p. 73.
- [25] STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*, p. 99-100.
- [26] STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*, p. 101-104.
- [27] STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*, p. 101-104.
- [28] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 22.
- [29] STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*, p. 124-125.
- [30] LACERDA, Bruno Amaro. *Direito natural em Platão*, p. 200.
- [31] PLATÃO. *Leis*, 966e.
- [32] PLATÃO. *A República*, p. 234-235.
- [33] ARISTÓTELES. *A política*, p. 04.
- [34] ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*, p. 103-14.
- [35] FASSÓ, Guido. *Jusnaturalismo*, p. 656.
- [36] VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). *Código de Hamurabi: Código de Manú, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tabuas*, p. 126.
- [37] CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*, p. 98.
- [38] FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, p. 32.
- [39] AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*, p. 90-91.
- [40] FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, p. 32.
- [41] FASSÓ, Guido. *Jusnaturalismo*, p. 656-657.

- [42] CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*, p. 132-142.
- [43] FASSÓ, Guido. *Jusnaturalismo*, p. 657.
- [44] SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*, p. 89. No extrato do Capítulo XLIII do Livro II das *Revisões (Retractationum libri duo)* Agostinho resume o plano de sua obra *Cidade de Deus*, consignando que nos Livros XI a XIV, tratou da origem das duas cidades; nos Livros XV a XVIII, tratou do progresso e desenvolvimento de ambas; por fim, nos livros XIX a XXII tratou do desenlace de cada uma das cidades.
- [45] SANTO AGOSTINHO. *Retractationum Libri* (I, 9, 5)
- [46] Fontán BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*, p. 85; SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, v. 1, t. II, p. 374.
- [47] FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, p. 41.
- [48] CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*, p. 143.
- [49] O ALCORÃO. II Al Bâcara, versículo 02.
- [50] O ALCORÃO. II Al Bâcara, versículo 179.
- [51] FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, p. 42.
- [52] DAVID, Renê. *O direito inglês*, p. 04-05.
- [53] DAVID, Renê. *O direito inglês*, p. 06.
- [54] DAVID, Renê. *O direito inglês*, p. 08.
- [55] DAVID, Renê. *O direito inglês*, p. 11-14.
- [56] ARISTÓTELES. *A política*, p. 02-04. O modelo aristotélico de política parte da premissa de que os homens possuem uma vocação natural para formar sociedades e nelas viver em busca de sua felicidade. Aristóteles sustentou que a primeira associação do homem se formou em razão do instinto natural de procriação. Neste sentido, o homem procura a mulher com a qual deseja procriar e com ela forma o primeiro núcleo associativo: o núcleo familiar.
- [57] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, p. 25-36.
- [58] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, p. 26.
- [59] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, p. 33.
- [60] HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 141-144.
- [61] HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 141-142.
- [62] HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 264-265.
- [63] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, p.102.
- [64] GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, p. 79-82.
- [65] GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, p. 781.
- [66] GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, p. 833-834.
- [67] LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*, p. 56.
- [68] RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, vol. 1, p.59.

[direito penal militar](#) · [Direito Penal](#) · [Estado Democrático de Direito](#)



Faculdade de Direito da UFMG
Av. João Pinheiro, nº 100 - Centro CEP 30130-180
Centro - Belo Horizonte Tel: 31-3409-8650



Escola Judicial Militar
Rua Tomáz Gonzaga, nº 686 - Lourdes CEP 30180-143
Belo Horizonte Tel: 3274-1566